

Volltext zu MIR Dok.: 052-2009
Veröffentlicht in: MIR 03/2009
Gericht: OLG Frankfurt a.M.
Aktenzeichen: 19 U 120/08
Entscheidungsdatum: 03.12.2008
Vorinstanz(en): LG Frankfurt a.M., Az. 2-21 O 289/06

Permanenter Link zum Dokument: http://www.medien-internet-und-recht.de/volltext.php?mir_dok_id=1893

www.medien-internet-und-recht.de

ISSN: 1861-9754

MEDIEN INTERNET und RECHT und alle in der Publikation/Zeitschrift enthaltenden Inhalte, Beiträge, Abbildungen und Veröffentlichungen sind urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen sowie die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen. Die Verlagsrechte erstrecken sich auch auf die veröffentlichten Gerichtsentscheidungen und deren Leitsätze, die urheberrechtlichen Schutz genießen, soweit sie vom Einsender oder von der Schriftleitung/Redaktion redigiert bzw. erarbeitet sind. Mit der Annahme zur Veröffentlichung überträgt der Autor dem Verlag das ausschließliche Nutzungs-/Verlagsrecht für die Zeit bis zum Ablauf des Urheberrechts. Diese Rechtsübertragung bezieht sich insbesondere auf das Recht des Verlages, das Werk zu gewerblichen Zwecken per Kopie (Mikrofilm, Fotokopie, CD-ROM, Dateikopien oder andere Verfahren in Online- und Printmedien etc.) zu vervielfältigen und/oder in elektronische oder andere Datenbanken aufzunehmen. Für unverlangt eingesandte Manuskripte wird keine Haftung übernommen. Mit Namen (Autor/Gericht/Quelle) gekennzeichnete Beiträge stellen ausdrücklich nicht unbedingt die Meinung der Redaktion dar.

Inhaltliche oder redaktionelle Fehler vorbehalten.

OBERLANDESGERICHT FRANKFURT AM MAIN IM NAMEN DES VOLKES URTEIL

In dem Rechtsstreit

hat der 19. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main durch ... aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 24. September 2008

für Recht erkannt:

Auf die Berufung des Beklagten wird das am 25.04.2008 verkündete Urteil der 21. Zivilkammer des Landgerichts Frankfurt/Main abgeändert.

Das Versäumnisurteil des Landgerichts Frankfurt/Main vom 14.05.2007 wird aufgehoben. Die Klage wird abgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Kläger darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der Beklagte zuvor Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Der Gebührenstreitwert für die Berufungsinstanz wird auf 25.564,59 EUR festgesetzt.

Gründe

I.

Wegen des erstinstanzlichen Sach- und Streitstandes wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils Bezug genommen.

Zu ergänzen ist, dass der Kläger vor Einreichung der Klage auch versucht hatte, mit dem Beklagten über dessen Mobil-Telefonnummer Kontakt aufzunehmen; dabei wurde lediglich die Mailbox des Beklagten aktiviert, ein unmittelbarer Gesprächskontakt mit ihm kam nicht zustande.

Bereits am 21.04.2004 hatte der Kläger einen Antrag auf Erlass eines Mahnbescheides gegen den Beklagten wegen eines Darlehensrückzahlungsanspruchs von 25.564,59 EUR gemäß Darlehen vom 10.10.2001 bei dem Mahngericht eingereicht. Der beantragte Mahnbescheid wurde am 27.04.2004 erlassen und dem Beklagten am 30.04.2004 zugestellt. Die Benachrichtigung des Mahngerichts von dem Widerspruch des Beklagten gegen den Mahnbescheid vom 18.05.2004 ging am 24.05.2004 bei dem damaligen Prozessbevollmächtigten des Klägers ein.

Der Beklagte meldete sich bei der anwaltlichen Vertreterin des Klägers, nachdem ihm deren Schreiben vom 26.02.2004 zugegangen war, telefonisch. Der Inhalt des Telefongesprächs ist zwischen den Parteien streitig. Die Rechtsanwältin des Klägers und der Beklagte korrespondierten in der Folgezeit noch gemäß Schreiben vom 24.06.2004 und 16.07.2004 (Bl. 11, 14 d.A.). Mit E-Mail vom 20.07.2005 (Bl. 269 d.A.) schrieb der Beklagte an den Kläger als Reaktion auf eine zugegangene SMS, dass er derzeit Zahlungen, die offenbar der Kläger von ihm verlangt hatte, nicht leisten könne. Die E-Mail des für den Kläger vorgerichtlich tätig gewesenen Rechtsanwalts vom 04.07.2006, mit der eine Zahlungsaufforderung nebst Klageandrohung an den Beklagten versandt wurde, ging diesem zwar zu, blieb aber unbeantwortet (Bl. 16 – 18 d.A.).

Der Kläger hat behauptet, nach dem Anwaltsschreiben vom 26.02.2004 habe der Beklagte in dem Telefongespräch mit Rechtsanwältin RA1 mitgeteilt, dass er derzeit nicht in der Lage sei, das Darlehen zurückzahlen, dass er aber zur Rückführung des Darlehens die Abtretung von Ansprüchen an den Kläger vorschlage.

Nach öffentlicher Zustellung der Klage hat das Landgericht den Beklagten im schriftlichen Vorverfahren gemäß § 331 Abs. 3 ZPO durch Versäumnisurteil verurteilt, an den Kläger 25.564,59 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5,5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 26.10.2001 zu zahlen. Auf den Einspruch und Wiedereinsetzungsantrag des Beklagten hin haben die Parteien vor dem Landgericht im Termin am 17.03.2008 verhandelt. Das Landgericht hat durch am 25.04.2008 verkündetes Urteil den Antrag des Beklagten auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zurückgewiesen und seinen Einspruch gegen das Versäumnisurteil vom 14.05.2007 als unzulässig verworfen (Bl. 154 – 161 d.A.). Gegen das ihm am 29.04.2008 zugestellte Urteil hat der Beklagte am 29.05.2008 Berufung eingelegt und das Rechtsmittel nach Verlängerung der Begründungsfrist bis zum 30.07.2008 an diesem Tage begründet.

Mit der Berufung macht der Beklagte geltend, dass das Versäumnisurteil nicht wirksam zugestellt worden sei, da die Voraussetzungen der öffentlichen Zustellung nicht vorgelegen hätten. Demgemäß sei die Einspruchsfrist nicht in Lauf gesetzt worden. Der Kläger hätte allen sich ihm bietenden Erkenntnisquellen in Bezug auf die Anschrift des Beklagten nachgehen müssen. Er hätte deshalb jedenfalls auch die ihm bekannt gewesene Mobilfunknummer sowie die E-Mail-Adresse des Beklagten nutzen müssen, um dessen Wohnanschrift zu erfragen. Er behauptet, dem Kläger sei die seit 01.05.2006 bestehende Anschrift in O1, Str....., bekannt gewesen, weil er – der Beklagte – sie dem Kläger nach seiner Rückkehr nach Deutschland mitgeteilt habe. Jedenfalls sei die Klageforderung verjährt.

Der Beklagte beantragt,

unter Abänderung des am 25.04.2008 verkündeten Urteils des Landgerichts Frankfurt/Main das Versäumnisurteil vom 14.05.2007 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Der Kläger verteidigt das angefochtene Urteil. Er führt aus, dass das Landgericht dem Beklagten zu Recht die Wiedereinsetzung versagt habe. Obwohl der Beklagte nach Zugang der E-Mail vom 04.07.2006 mit Erhebung der Klage habe rechnen müssen, habe er dem Kläger seine Anschrift nicht mitgeteilt, sich auch – unstreitig – bei der Stadt O1 nicht polizeilich angemeldet. Die Verjährungseinrede des Beklagten greife nicht durch. Denn er habe das Bestehen der Darlehensforderung des Klägers sowohl bei den Telefonaten mit Rechtsanwältin RA1 in der Zeit vom 26.02.2004 bis 16.07.2004 als auch aufgrund seiner E-Mail vom 20.07.2005 anerkannt. Ferner sei die Hemmung der Verjährung durch die Rechtsverfolgung im Wege des Mahnverfahrens im Jahre 2004 zu berücksichtigen.

Wegen der Problematik des Vorliegens der Voraussetzungen für die öffentliche Zustellung hat der Kläger sich in der mündlichen Verhandlung am 24.09.2008 ferner auf die Anlage K10 zu seinem Schriftsatz vom 21.04.2008 bezogen (Bl. 145 d.A.) und behauptet, dass der Beklagte auf fernmündliche Nachfrage seine Anschrift seinerzeit falsch mit Str.... angegeben habe.

II.

Die Berufung des Beklagten ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des Versäumnisurteils vom 14.05.2007 und zur Abweisung der Klage.

Zu Unrecht hat das Landgericht dem Beklagten die Wiedereinsetzung wegen der Versäumung der Einspruchsfrist gegen das Versäumnisurteil versagt und den Einspruch als verfristet verworfen. Vielmehr bestand für die Entscheidung über das Wiedereinsetzungsgesuch kein Raum, weil der Beklagte die Frist zur Einlegung des Einspruchs gegen das Versäumnisurteil nicht versäumt hatte. Denn diese Frist war wegen der fehlerhaft bewilligten öffentlichen Zustellung des Versäumnisurteils nicht in Lauf gesetzt worden.

Allerdings ist eine richtig ausgeführte öffentliche Zustellung wirksam, selbst wenn die Voraussetzungen des § 185 ZPO objektiv nicht erfüllt waren, etwa weil sie durch falsche oder unvollständige Angaben erschlichen war (BGH NJW 2003, 1326; Zöller/Stöber, ZPO, 26. Aufl., § 186 Rn. 9). Das gilt jedoch dann nicht, wenn die Voraussetzungen des § 185 ZPO nicht vorlagen und zusätzlich das bewilligende Gericht dies hätte erkennen können (Bundesverfassungsgericht NJW 1988, 2361; BGH NJW 2002, 827). Setzt die fehlerhafte Bewilligung der öffentlichen Zustellung die Ursache für die Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör und gebietet dieser Verfahrensfehler, den Gehörsverstoß durch Sachentscheidung zu heilen, dann wird durch die – im übrigen wirksame – Zustellung die Einspruchs- oder Rechtsmittelfrist nicht in Lauf gesetzt.

So liegt es hier. Der Aufenthalt des Beklagten war nicht unbekannt im Sinne § 185 Nr. 1 ZPO. Unbekannt im Sinne dieser Norm ist der Aufenthalt einer Partei, wenn er nicht nur dem Gegner und dem Gericht, sondern allgemein unbekannt ist (BGH NJW 2002, 827, 828; Zöller/Stöber, ZPO, 26. Aufl., § 185 Rn. 2 m.w.N.). Diese Voraussetzung kann nur dann angenommen werden, wenn die die öffentliche Zustellung beantragende Partei das erforderliche und mögliche für die Ermittlung des unbekanntes Aufenthalts getan hat. Daran fehlt es hier. Zwar hat der Kläger zahlreiche Aktivitäten entfaltet, um die Anschrift des Beklagten in Erfahrung zu bringen. Er hat es aber unterlassen, den Beklagten unmittelbar zur Bekanntgabe seiner Anschrift zum Zweck der Zustellung der beabsichtigten Klage aufzufordern. Hierzu hätte er sich der ihm bekannten Mobilfunknummer des Beklagten bedienen können und dem Beklagten eine entsprechende Nachricht auf der Mail-Box übermitteln können. Der Kläger hätte dem Beklagten die Frage nach dessen Postanschrift ferner über die ihm bekannte E-Mail-Adresse übermitteln können. Stattdessen ließ der Kläger über seinen vorgerichtlich tätigen Rechtsanwalt dem Beklagten mit E-Mail vom 04.07.2006 lediglich eine (weitere) Zahlungsaufforderung nebst Klageandrohung übermitteln. Der Umstand, dass der Beklagte die ihm zugegangene E-Mail vom 04.07.2006 unbeantwortet ließ, erlaubt nicht den Schluss, dass er auf eine entsprechende Anfrage auch nicht seine Anschrift zum Zwecke der Zustellung der Klage bekannt gegeben hätte. Mit Rücksicht auf den drohenden Rechtsverlust für den Fall einer öffentlichen Zustellung ist der Senat der Überzeugung, dass der Beklagte dem Kläger seine Anschrift bekannt gegeben hätte, wenn der Kläger ihm anderenfalls den Antrag auf öffentliche Zustellung der Klage in Aussicht gestellt hätte.

Die Ermittlung der Zustellungsanschrift durch schlichte Nachfrage beim Beklagten selbst wäre allerdings dann nicht erforderlich gewesen, wenn der Beklagte zuvor in einem Telefongespräch seine wirkliche Anschrift durch Nennung einer nicht zutreffenden Anschrift bewusst verheimlicht hätte. In diesem Fall hätte sich eine erneute Nachfrage als offenkundig ungeeignete Möglichkeit zur Ermittlung des Aufenthaltes dargestellt. Es kann jedoch nicht festgestellt werden, dass der Beklagte dem Kläger auf entsprechende Frage eine falsche Adresse mitteilte.

Im ersten Rechtszug hat der Kläger zu der von ihm behaupteten Falschauskunft des Beklagten zu seiner Anschrift widersprüchlich vorgetragen. Während eine derartige Behauptung bei seinem Sachvortrag zur

Begründung seines Antrags auf öffentliche Zustellung nicht erhoben worden war, hat er später behauptet, dass er selbst Ende 2005 mit dem Beklagten telefoniert habe, und dass seine bei dem Telefongespräch anwesend gewesene Sekretärin die Antwort des Beklagten, dass er nun in der Str. in O1 wohne, auf dem Fax des Beklagten vom 16.03.2005 notiert habe. Diese Behauptung, für deren Richtigkeit sich der Kläger auf das Zeugnis N.N. bezogen hatte, hielt er jedoch mit Schriftsatz vom 21.04.2008 nicht mehr aufrecht, sondern behauptete nunmehr, dass seine Sekretärin selbst im Jahre 2006 mit dem Beklagten telefoniert habe, um nachzuforschen, ob dessen Adresse in L1 noch zutreffe; die ihr vom Beklagten angegebene Adresse „Str.... in O1“ habe seine Sekretärin auf dem Fax des Beklagten vom 16.03.2005 notiert. Diesen Sachvortrag hat der Kläger jedoch im Berufungsrechtszug innerhalb der ihm gesetzten Berufungserwiderungsfrist weder wiederholt, noch hat er auf sein erstinstanzliches Vorbringen Bezug genommen. Erst in der mündlichen Verhandlung am 24.09.2008 hat der Kläger auf seinen Sachvortrag im Schriftsatz vom 21.04.2008 Bezug genommen. Dieses verspätete Vorbringen kann gemäß §§ 530, 521 Abs. 2 ZPO nicht berücksichtigt werden. Mit Beschluss vom 01.08.2008 war dem Kläger unter Hinweis auf die Folgen der Fristversäumung eine Frist zur Berufungserwiderung bis zum 16.09.2008 gesetzt worden. Die Berücksichtigung seines neuen Vorbringens würde auch die Erledigung des Rechtsstreits verzögern. Da der Beklagte in dem nachgelassenen Schriftsatz das neue Vorbringen des Klägers bestreitet, müsste dem Kläger bei Berücksichtigung seines Vorbringens Gelegenheit zum Beweisantritt und gegebenenfalls zur Beweisführung durch Anberaumung eines neuen Termins gegeben werden. Das neue Vorbringen des Klägers zu der angeblichen Falschauskunft des Beklagten ist auch nicht deshalb zuzulassen, weil es einen Gesichtspunkt betrifft, der vom Gericht des ersten Rechtszuges erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten worden ist (§ 531 Abs. 2 Nr. 1 ZPO). Zwar hat das Landgericht die Voraussetzungen der öffentlichen Zustellung nicht (erneut) überprüft. Jedoch haben die Parteien im ersten Rechtszug umfassend zu der Frage vorgetragen, ob den Beklagten an der Unkenntnis von der öffentlichen Zustellung ein Verschulden trifft. In diesem Zusammenhang hat der Kläger wie offensichtlich auch das Landgericht dieselben Tatsachen für erheblich gehalten, die auch für die Wirksamkeit der öffentlichen Zustellung relevant sind. Überdies ist dem Kläger mit der Ladungsverfügung am 01.09.2008 auch der Hinweis darauf zugestellt worden, dass die öffentliche Zustellung des Versäumnisurteils möglicherweise unwirksam war und deshalb die Einspruchsfrist nicht in Lauf gesetzt hat. Er hätte deshalb bis zum Ablauf der Berufungserwiderungsfrist auch zu diesem Gesichtspunkt – jedenfalls durch Inbezugnahme seines erstinstanzlichen Sachvortrages – Stellung nehmen können. Danach kann die Erteilung einer falschen Auskunft zu der Frage nach der Anschrift durch den Beklagten und somit die Unzumutbarkeit einer entsprechenden Anfrage nicht festgestellt werden.

Das Landgericht hätte auch erkennen können, dass die Voraussetzungen für die öffentliche Zustellung des Versäumnisurteils wie schon der Klage nicht vorlagen. Denn aus den dem Landgericht vom Kläger vor Anordnung der öffentlichen Zustellung eingereichten Unterlagen ergab sich nicht nur die E-Mail-Adresse des Beklagten, sondern auch die Versendung einer E-Mail des anwaltlichen Vertreters des Klägers vom 04.07.2006 an den Beklagten. Das Landgericht hätte deshalb den Kläger auffordern müssen, die Anschrift des Beklagten durch eine entsprechende E-Mail-Anfrage bei diesem zu ermitteln.

Ob auch der Beklagte Anlass hatte, aufgrund der ihm obliegenden Sorgfalt von sich aus dem Kläger eine Zustellanschrift mitzuteilen, ist für die Voraussetzungen einer öffentlichen Zustellung ohne Belang.

Danach wurde die Einspruchsfrist gegen das Versäumnisurteil nicht in Lauf gesetzt; der Einspruch der Beklagten ging vielmehr rechtzeitig bei dem Landgericht ein.

Die wegen des rechtzeitigen Einspruchs gegen das Versäumnisurteil gebotene Sachprüfung ergibt, dass die Klage jedenfalls deshalb unbegründet ist, weil der Beklagte die Zahlung wegen Verjährung des – hier unterstellten – Anspruchs auf Darlehensrückzahlung verweigern kann (§ 214 Abs. 1 BGB).

Für den vertraglichen Erfüllungsanspruch des Klägers wegen des nach seiner Behauptung am 26.10.2001 vereinbarten Darlehens galt ursprünglich eine Verjährungsfrist von 30 Jahren gemäß § 195 BGB a.F. (Palandt/Heinrichs, BGB, 61. Aufl., § 195 Rn. 5). Da die ab 01.01.2002 geltende Verjährungsfrist von drei Jahren (§ 195 BGB) kürzer als die alte Verjährungsfrist ist, ist ab dem 01.02.2002 die kürzere Frist maßgeblich (EGBGB 229 § 6 Abs. 4). Die ab dem 01.02.2002 geltende Verjährungsfrist von drei Jahren wäre am 31.12.2005 abgelaufen. Da nach Vortrag des Klägers für das Darlehen eine Laufzeit von einem Jahr vereinbart war, wurde der Rückzahlungsanspruch ohne Kündigung am 26.10.2002 fällig, so dass der Ablauf der Verjährung mit dem Ende dieses Jahres begann. Unterstellt man zu Gunsten des Klägers, dass der Beklagte nach Zugang des Schreibens seines anwaltlichen Vertreters vom 26.02.2004 in einem Telefongespräch über die Rückführung des Darlehens verhandelte, und sieht man in diesem Umstand ein Anerkenntnis der Verpflichtung zur Rückzahlung des Darlehens, begann die Verjährung gemäß § 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB erneut. Mangels konkreter Zeitangaben des Klägers geht der Senat davon aus, dass das maßgebliche Telefongespräch zwischen der Rechtsanwältin des Klägers und dem Beklagten im März 2004 stattfand, weil dieser

Zeitraum für eine Reaktion des Beklagten auf das Schreiben vom 26.02.2004 nahe liegt. Daraus würde sich eine neue Verjährungsfrist für die Klageforderung bis März 2007 ergeben.

Ein für die Berechnung der Verjährungsfrist maßgebliches erneutes Anerkenntnis des Beklagten kann in dessen E-Mail an den Kläger vom 20.07.2005 nicht gesehen werden. Es erscheint schon zweifelhaft, ob der Beklagte dadurch, dass er in dieser E-Mail die von ihm offenbar verlangte Zahlung eines nicht näher bekannten Betrages in Raten mangels vorhandener Geldmittel ablehnt, das Bewusstsein vom Bestehen einer entsprechenden Schuld unzweideutig zum Ausdruck bringt. Jedenfalls ist aber nicht ersichtlich, dass sich das Schreiben des Beklagten auf die Klageforderung bezieht. Ein Schuldgrund oder ein Forderungsbetrag, der auf einen Zusammenhang mit dem vom Kläger behaupteten Darlehen schließen lassen könnte, ergeben sich aus diesem Schreiben nicht. Ein Bezug des Schreibens des Beklagten vom 20.07.2005 zu der Darlehensforderung des Klägers kann auch nicht damit begründet werden, dass ein anderer Anspruch seinerzeit nicht im Raum gestanden hätte. Derartige behauptet der Kläger nicht; auch standen die Parteien unstreitig über einen längeren Zeitraum in geschäftlichem Kontakt, der aus unterschiedlichen Gründen zu (weiteren) Zahlungsansprüchen führte.

Die zu Gunsten des Klägers zu unterstellende Verjährungsfrist bis März 2007 verlängert sich gemäß § 203 BGB durch Hemmung wegen schwebender Verhandlungen über den Anspruch. Die Hemmung der Verjährung durch Verhandlungen wurde ausgelöst durch das anwaltliche Schreiben des Klägers vom 26.02.2004. Da die Verhandlungen nach dem anwaltlichen Schreiben des Klägers vom 16.07.2004 „einschliefen“, endete die Hemmung durch Verhandlungen in dem Zeitpunkt, in dem nach Treu und Glauben der nächste Schritt zu erwarten gewesen wäre, hier demnach allenfalls zwei Monate später am 16.09.2004.

Teilweise zeitgleich, teilweise aber auch über den genannten Zeitraum der Hemmung hinausgehend, trat eine Hemmung der Verjährung auch durch die Zustellung des Mahnbescheids am 30.04.2004 ein (§ 204 Abs. 1 Nr. 3 BGB). Da das Mahnverfahren nach der Übersendung der Nachricht vom Widerspruch des Beklagten an den damaligen Prozessbevollmächtigten des Klägers am 24.05.2004 nicht weiter betrieben wurde, endete die Hemmung gemäß § 204 Abs. 2 BGB sechs Monate nach dem 24.05.2004, somit am 24.11.2004.

Danach ergibt sich wegen der geführten Verhandlungen und wegen des Mahnverfahrens eine Hemmung der Verjährung vom 26.02.2004 bis zum 24.11.2004, also von insgesamt knapp neun Monaten. Rechnet man diesen Zeitraum dem sich ohne Hemmung ergebenden Ablauf der Verjährungsfrist im März 2007 hinzu, trat Verjährung spätestens Ende Dezember 2007 ein.

Durch die öffentliche Bekanntmachung der Klageschrift gemäß Anordnung vom 01.02.2007 trat eine weitere Hemmung nach § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB nicht ein. Die öffentliche Zustellung der Klageschrift war aus den gleichen Gründen wirkungslos wie die spätere öffentliche Zustellung des Versäumnisurteils. Sie kann eine Hemmung der Verjährung deshalb nicht ergeben (BGH NJW 2002, 827, 830). Der Zustellungsmangel der Klageschrift wurde erst durch die rügelose Verhandlung des Beklagten zur Sache im Termin am 17.03.2008 gemäß § 295 ZPO geheilt. Die Wirkungen der Heilung traten ex nunc ein (Zöller/Greger, ZPO, 26. Aufl., § 253 Rn. 26a m.w.N.). Am 17.03.2008 war aber Verjährung bereits eingetreten.

Der Kläger hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen, da seine Klage im Ergebnis keinen Erfolg hat (§ 91 ZPO). Das gilt auch für die durch die Säumnis veranlassten Kosten, da das Versäumnisurteil nicht in gesetzlicher Weise ergangen ist (§ 344 ZPO).

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision liegen nicht vor.