

7. 1. Gehört die Aufnahme einer Zustellungsurkunde zum Begriff und Wesen der Zustellung?
2. Liegt eine Zustellungsurkunde vor, wenn die Unterschrift des Gerichtsvollziehers unter der Urschrift fehlt?
3. Ist es in solchem Falle von Bedeutung, wenn die beglaubigte Abschrift der Zustellungsurkunde mangelfrei ist?
ZPO. § 190 Absf. 1, §§ 191, 170 Absf. 1, § 198 Absf. 2.

VI. Zivilsenat. Beschl. v. 21. März 1929 i. S. R. (Rl.) w. G. (Bekl.).
VIB 7/29.

- I. Landgericht Düsseldorf.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Der Sachverhalt ergibt sich aus nachstehenden
Gründen:

Im Auftrag des erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten des Klägers übergab am 16. November 1928 der Gerichtsvollzieher G. einer Büroangestellten der erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten des Beklagten eine beglaubigte Abschrift des landgerichtlichen Urteils vom 6. November 1928 zum Zwecke der Zustellung. Über den Hergang entwarf er eine entsprechende Zustellungsurkunde, unterließ es aber, sie mit seiner Unterschrift zu versehen. Diesen Entwurf verband er mit der Ausfertigung des zuzustellenden Urteils und sandte letztere seinem Auftraggeber zurück. Jedoch enthält die auf die beglaubigte Urteilsabschrift gesetzte beglaubigte Abschrift der „Zustellungsurkunde“ die Unterschrift des Gerichtsvollziehers in der Form: „gez. G . . .“; der Beglaubigungsvermerk ist von G. eigenhändig unterschrieben. Am 28. Dezember 1928 legte der Kläger gegen das Urteil Berufung ein mit dem Bemerkten, das Urteil sei noch nicht zugestellt; die am 16. November versuchte Zustellung sei mangels unterschriftlicher Vollziehung der „Zustellungsurkunde“ durch den Gerichtsvollzieher nichtig. Der Beklagte begehrte Verwerfung der Berufung als unzulässig, da die Zustellung am 16. November ordnungsmäßig erfolgt und daher die Berufung verspätet eingelegt sei.

Diesem Antrag hat das Oberlandesgericht durch den angefochtenen Beschluß entsprochen. Zur Begründung ist im wesentlichen folgendes ausgeführt worden. Die Aufnahme der Zustellungsurkunde sei nicht ein Teil des Zustellungsaktes, sondern sie geschehe nur zur Schaffung einer öffentlichen Beweisurkunde über die erfolgte Zustellung. Infolge des Fehlens der Unterschrift des Gerichtsvollziehers liege zwar hier keine öffentliche Urkunde vor. Dies schließe jedoch nicht aus, die mangelhafte Zustellungsurkunde im Wege der freien Beweiswürdigung (§ 286 B.P.O.) bei Prüfung der Frage, ob eine Zustellung stattgefunden habe, mit heranzuziehen und die Zustellung als bewirkt anzunehmen, wenn hierfür auch noch andere Umstände sprächen. Ein solcher Umstand sei hier die vorliegende formgerechte

beglaubigte Abschrift der Zustellungsurkunde. Uebrigens behauptete auch der Kläger gar nicht, daß der eigentliche Zustellungs Vorgang eine Ordnungswidrigkeit aufweise. Sei aber hiernach die Zustellung des angefochtenen Urteils am 16. November 1928 wirksam erfolgt, so sei die Berufung als unzulässig zu verwerfen.

Die gegen diesen Beschluß eingelegte sofortige Beschwerde ist begründet. In Frage steht, ob am 16. November 1928 eine Zustellung des angefochtenen Urteils im Sinne der §§ 166ff. ZPO. stattgefunden hat, woraus sich bejahendenfalls die Verwerfung der Berufung ohne weiteres ergeben würde. Die Beantwortung dieser Frage hängt zunächst davon ab, ob im Sinne der Zivilprozessordnung die Aufnahme der Zustellungsurkunde zum Begriff und Wesen der Zustellung gehört oder ob diese schon mit der Übergabe des zuzustellenden Schriftstücks (unter Beachtung der dafür vorgeschriebenen zwingenden Formvorschriften, vor allem also durch eine zur Vornahme von Zustellungen zuständige Person) vollendet wird und die Aufnahme einer Urkunde nur zur Schaffung eines Beweismittels angeordnet ist, das zwar der Erleichterung des Beweises über eine erfolgte Zustellung dienen soll, das aber auch durch andere Beweise ersetzt werden kann.

Der Senat erachtet die Zustellung des Urteils, wie sie vorliegt, für unwirksam aus folgenden Erwägungen.

Der § 190 Abs. 1 ZPO. bestimmt: „Über die Zustellung ist eine Urkunde aufzunehmen“, und der § 191 schreibt vor, was die Zustellungsurkunde enthalten muß. Dieser Ausdrucksweise pflegen sich die neueren deutschen Gesetze und insbesondere die Zivilprozessordnung zur Kennzeichnung solcher Vorschriften zu bedienen, die so wesentlich sind, daß ihre Nichtbeachtung die Unwirksamkeit der vorgenommenen Handlung nach sich zieht. Dafür, daß der Gesetzgeber etwa gerade in den § 190 Abs. 1, § 191 ZPO. den gewählten Worten „ist“ und „muß“ eine andere Bedeutung, den Sinn einer bloßen Sollvorschrift, hätte beilegen wollen, gibt die Entstehungsgeschichte der genannten Vorschriften (§§ 173, 174 alter Fassung) nicht den mindesten Anhalt. Im Gegenteil heißt es auf S. 141 der Begründung eines Entwurfs der ZPO. (Sahn Materialien Bd. I S. 221): „Unter Zustellung versteht der Entwurf: Mitteilung einer Abschrift oder einer Ausfertigung des zuzustellenden Schriftstückes unter Beurkundung der erfolgten Mitteilung (§§ 165, 166)“.

und auf S. 152 das. (Sahn S. 230) ist hinzugefügt: „Die §§ 166 bis 168 betreffen den Zustellungsakt selbst“. Die §§ 166, 167 des Entwurfs entsprechen den §§ 173, 174 des Gesetzes a. F. und sind mit Änderungen, die ohne Bedeutung sind, Gesetz geworden. Während der gesetzgeberischen Vorarbeiten ist gegen die mitgeteilte Grundauffassung des Entwurfs vom Wesen der Zustellung von keiner Seite Widerspruch erhoben worden (vgl. Sahn a. a. O. Bd. I S. 571, Bd. II S. 957).

Bei der grundlegenden Bedeutung, die dem Formalakt der Zustellung für das gesamte Prozeßverfahren, insbesondere auch gerade für den hier in Betracht kommenden Beginn der Notfristen innewohnt, erscheint es auch durchaus berechtigt, daß der Gesetzgeber die Wirksamkeit der Zustellung von der Aufnahme einer Urkunde abhängig gemacht hat. Über jene Bedeutung der Zustellung sagen die Motive S. 141, 142 (Sahn Bd. I S. 222): „Für ein mündliches Verfahren ist in jeder Lage des Rechtsstreits und in jeder Instanz der Zustellungsakt von höchster prozessualer Bedeutung. Die Zustellung bildet die erste und eigentliche Grundlage, auf der sich das ganze Verfahren aufbaut, und bedarf schon deshalb einer strengen gesetzlichen Form. Daß legaliter, prompt und sicher zugestellt werde, daß namentlich kein Streit über das Ob und Wie der Zustellung entstehe, erscheint als eine besondere Aufgabe der prozessualischen Legislation.“ Mit diesen zutreffenden Erwägungen wäre es unvereinbar, wenn der Gesetzgeber in der Aufnahme der Zustellungsurkunde nichts weiter als die bloße Schaffung eines Beweismittels gesehen hätte, dessen Nichtherstellung ohne Einfluß auf die Gültigkeit des Aktes wäre und das nur neben anderen Arten des Beweises stände.

Den für letztere Auffassung geltendgemachten Gründen vermag der Senat keine ausschlaggebende Bedeutung beizumessen. Es sind dies im wesentlichen die folgenden. Der § 170 Abs. 1 ZPO. schreibe vor, daß die Zustellung in der Übergabe einer Ausfertigung oder einer beglaubigten Abschrift des zuzustellenden Schriftstücks bestehe; allein bei diesem Hinweis wird übersehen, daß der § 170 Abs. 1 ZPO. in § 190 Abs. 1 das. seine Ergänzung findet. Dem allenfalls für nicht ganz genau zu erachtenden Wortlaut des § 191 Nr. 4 ZPO., der von der Person spricht, „welcher zugestellt ist“, kann kein entscheidendes Gewicht beigelegt werden. Der Satz der

Motive S. 153 (Fahn Bd. I S. 231) endlich: „Daß die Zustellungsurkunde eine öffentliche ist und als solche beweist, daß ferner mangelhafte Zustellungsurkunden rüchichtlich ihrer Beweiskraft vom Richter frei zu würdigen sind, bedarf keines Ausspruchs“ behandelt mit Mängeln behaftete Zustellungsurkunden, verhält sich jedoch über Nichtaufnahme solcher Urkunden überhaupt nicht.

Der Standpunkt, daß die Zivilprozeßordnung unter Zustellung die beurkundete Übergabe versteht, ist auch in der bisherigen Rechtsprechung des Reichsgerichts — die sich, soweit festgestellt werden konnte, mit einem dem vorliegenden Fall gleichartigen Sachverhalt noch nicht zu beschäftigen hatte — zum mindesten überwiegend vertreten worden (vgl. u. a. RGZ. Bd. 11 S. 404 und Beschluß vom 28. Oktober 1902 VII B 163/02, insbesondere aber RGZ. Bd. 19 S. 423). Die Entscheidungen bei Gruch. Bd. 36 S. 126 und in RGZ. Bd. 52 S. 13 mögen vielleicht von einer anderen Grundanschauung ausgehen, diese ist jedoch nicht zur wesentlichen Grundlage jener Entscheidungen gemacht worden. Das Bayerische Oberste Landesgericht hat in den Entscheidungen in SeuffArch. Bd. 42 Nr. 327 und Bd. 54 Nr. 180 (von denen die letztere denselben Sachverhalt wie hier zu beurteilen hatte) die Zustellungsurkunde für ein bloßes Beweismittel erachtet. Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte ist geteilter Auffassung (vgl. die Nachweisungen bei Stein-Jonas RPD. Note 3 zu § 190). Wie hier ist u. a. in RDO. Bd. 6 S. 394 und Bd. 29 S. 75 entschieden. Die Erläuterungswerke zur Zivilprozeßordnung vertreten fast durchweg die gegenteilige Meinung (vgl. Wilmowski-Levy Anm. 1 zu § 173 a. F. und Anm. 1 zu § 174 a. F.; Struckmann-Roch Anm. 3 zu § 190; Skoniecki-Gelpcke Anm. 1 zu § 191; Reinde Anm. 1 zu § 190; Petersen-Anger Anm. 1 zu § 190; Freudenthal Anm. 1 zu § 190; Baumbach Anm. 1 zu § 190). Dagegen halten Stein-Jonas Bem. I zu § 190, Neufkamp Anm. 2 zu § 166 und Seuffert Anm. 1 zu § 190 die Aufnahme einer Zustellungsurkunde für einen notwendigen Bestandteil des Zustellungsaktes, ebenso auch grundsätzlich Förster-Rann Anm. 1 zu § 190, der es jedoch für ausreichend hält, wenn der Zustellungsbeamte in der Absicht, den Zustellungsakt zu beurkunden, eine Urkunde errichtet hat.

Es mag noch darauf hingewiesen werden, daß aus der Be-

jahung der hier erörterten Frage nichts für die Beantwortung zweier weiterer Fragen folgt. Einmal kann, sofern eine Zustellungsurkunde aufgenommen, die Zustellung also wirksam erfolgt ist, der Beweis der Ordnungsmäßigkeit der Zustellung auch durch sonstige Beweismittel geführt werden, wenn die Urkunde in Verlust geraten ist (P.W. 1899 S. 163 Nr. 8) oder aus anderen Gründen nicht vorgelegt werden kann (RGZ. Bd. 46 S. 373). Denn die Zivilprozessordnung schreibt nirgends vor, daß die Zustellung nur durch Vorlegung der Zustellungsurkunde nachgewiesen werden könne. Und ferner wird die Wirksamkeit einer Zustellung nicht dadurch beeinträchtigt, daß die Zustellungsurkunde unwesentliche Mängel aufweist. Ob ein Mangel als wesentlich oder als unwesentlich anzusehen ist, mag im Einzelfall zweifelhaft sein (vgl. u. a. RGZ. Bd. 17 S. 405 und S. 414, Bd. 24 S. 416, Bd. 52 S. 367, Bd. 109 S. 267; Warn-Rspr. 1917 Nr. 185; RG. in P.W. 1906 S. 566, auch RDVG. Bd. 31 S. 36 und Stein-Jonas Bem. 1 zu § 191). Einer näheren Stellungnahme zu letzterer Frage bedarf es aber im vorliegenden Falle nicht.

Hier fehlt es an der Unterschrift des Gerichtsvollziehers unter der Urchrift der „Zustellungsurkunde“. Danach ist aber eine Urkunde über die Urteilsübergabe überhaupt nicht aufgenommen. Denn die in § 191 Nr. 7 ZPO. vorgeschriebene Unterzeichnung der Zustellungsurkunde durch den Zustellungsbeamten ist — ebenso wie die in § 198 Abs. 2 ZPO. vorgesehene Unterschrift des Rechtsanwalts unter dem Empfangsbekanntnis — für den Begriff der Zustellungsurkunde so wesentlich, daß ein solches ununterzeichnetes Schriftstück keine Urkunde darstellt. Ein derartiges Schriftstück ist der Entwurf zu einer Urkunde; in Folge der Nichtunterzeichnung ist der Beurkundungsakt nicht zum Abschluß gelangt (RGZ. Bd. 46 S. 377). Die fehlende Beurkundung der Zustellung kann, wie kaum der Hervorhebung bedarf, nicht dadurch ersetzt werden, daß der Gerichtsvollzieher eine beglaubigte Abschrift einer in Wirklichkeit nicht vorhandenen Zustellungsurkunde angefertigt und dem Zustellungsempfänger ausgehändigt hat. Denn nicht die Herstellung einer beglaubigten Abschrift der Zustellungsurkunde, sondern die der Urchrift ist für die Wirksamkeit der Zustellung wesentlich, und eine Säumnis oder ein sonstiger Nachteil, die es etwa rechtfertigen könnten, der beglaubigten Abschrift der „Zustellungsurkunde“ maßgebliche Bedeutung beizulegen, ist dem Beklagten durch die Übergabe

der beglaubigten Abschrift der Zustellungsurkunde nicht erwachsen (RdZ. Bd. 82 S. 427 und Stein-Jonas Bem. III zu § 190 und Bem. V zu § 170).