

101. 1. Kann eine ungültig vollzogene Ersatzzustellung dadurch die Bedeutung einer rechtswirksamen Zustellung erhalten, daß der Zustellungsempfänger den Adressaten rechtzeitig unter Behändigung der zugestellten Schriftstücke von der geschehenen Zustellung in Kenntnis setzt?

2. Unmittelbare Beteiligung eines Zeugen am Ausgange des Rechtsstreites.

C.P.D. §. 358 Ziff. 4.

III. Civilsenat. Urt. v. 18. Januar 1887 i. S. H. (Rl.) w. H. (Bekl.)  
Rep. III. 228/86.

I. Landgericht Limburg.

II. Oberlandesgericht Frankfurt a./M.

Gegen das Urteil der ersten Instanz, welches am 9. März 1885. zugestellt worden war, wurde vom Beklagten Berufung eingelegt. Die

Zustellung der Berufungsschrift erfolgte am 9. April 1885 durch den Gerichtsvollzieher K. In der Urschrift seiner Zustellungsurkunde bekundete derselbe, daß er an diesem Tage eine beglaubigte Abschrift der Berufungsschrift und der Zustellungsurkunde für den Beklagten zum Zwecke der Zustellung an den Justizrat N. in W., den erstinstanzlichen Anwalt der Kläger,

„da derselbe an der Annahme verhindert war“, an dessen Gehilfen H. übergeben habe; in der zugestellten Abschrift war statt des hervorgehobenen Satzes gesagt:

„da derselbe zwar anwesend, jedoch an der Annahme verhindert war“.

Über den Hergang der Zustellung ergab sich aus den Erklärungen der Parteien und den Aussagen der beiderseitigen Zeugen — bei deren Vernehmung die Beeidigung des auf Antrag des Berufungsklägers vorgenommenen Gerichtsvollziehers K. gerichtsseitig auf Grund des §. 358 Ziff. 4 C.P.O. abgelehnt wurde, weil derselbe an dem Ausgange des Rechtsstreites unmittelbar beteiligt sei — das Folgende: Der Gerichtsvollzieher kam am Nachmittage des 9. April 1885 in das Geschäftsbüro des Justizrates N., fand denselben dort zwar anwesend, aber in einer Unterredung mit zwei Klienten begriffen, wandte sich darauf, ohne ihn anzureden, zu dessen in demselben Zimmer an einem anderen Tische befindlichen Gehilfen H., sagte diesem, daß er, um den Justizrat in seiner Unterredung nicht zu stören, die Berufungsschrift des Beklagten an ihn, H., zustellen wolle, fertigte an dessen Tische die Zustellungsurkunde und die Abschrift derselben aus, übergab darauf beglaubigte Abschrift der Berufungsschrift und der Zustellungsurkunde an H., welcher dieselben unbeanstandet entgegennahm, und entfernte sich alsdann, ohne mit dem Justizrate N. gesprochen zu haben. Etwa eine Viertelstunde nachher, nachdem sich auch die beiden Klienten entfernt hatten, setzte H. den Justizrat N. von der erfolgten Zustellung unter Behändigung der zugestellten Stücke in Kenntnis. Letzterer erklärte darauf sofort, daß die Zustellung nicht in gehöriger Weise geschehen sei, und forderte sein Personal auf, den Vorfall in Erinnerung zu behalten, weil sie darüber demnächst Zeugnis abzulegen haben könnten. Die Behauptung des Berufungsklägers, Justizrat N. habe wahrgenommen, daß K. an H. eine Zustellung ausrichte, wurde vom Berufungsgerichte als nicht erwiesen erachtet, vielmehr dem Zeugnisse des Justizrat N. geglaubt, daß er zwar den Verkehr des K. mit H.

bemerkt, jedoch nicht geahnt habe, daß es sich dabei um eine Zustellung handele. Ebenso wurden auch die von dem Berufungskläger noch aufgestellten Behauptungen, daß Justizrat R. den Gerichtsvollzieher R. schon früher angewiesen habe, ihn, wenn er anderweitig beschäftigt sei, nicht mit Zustellungen zu behelligen, sondern dieselben an seinen Gehilfen zu vollziehen, und daß derselbe in solcher Weise auch bei den Postzustellungen verfahren lasse, für unerwiesen erklärt.

Vom Berufungsgerichte wurde dem Antrage der Berufungsbeklagten gemäß die Berufung wegen Mangels einer gehörigen Zustellung als unzulässig verworfen. Auf die Revision des Beklagten wurde dieses Urteil aufgehoben und die Berufung für zulässig erkannt aus folgenden

#### Gründen:

„Durch die Zustellungsurkunde ist eine gültig vorgenommene Zustellung nicht dargethan, weil es fehlt an der nach §. 174 Ziff. 4 C.P.D. erforderlichen Angabe eines, die stattgefundene Ersatzzustellung gesetzlich rechtfertigenden Grundes; denn nach §. 168 Abs. 2 war die Statthaftigkeit der Zustellung an den Gehilfen H. anstatt des Adressaten Justizrat R. dadurch bedingt, daß letzterer in seinem Geschäftslokale nicht angetroffen und ersterer daselbst anwesend war, und beides ist nicht bekundet. Das Berufungsgericht hat aber mit Recht bei seiner Prüfung der Gehörigkeit der Zustellung auch die Erklärung der Parteien über den Hergang derselben und die Ergebnisse der hierüber angetretenen Beweise berücksichtigt; die Bedeutung der Zustellungsurkunde beruht nur auf der ihr als einer öffentlichen Urkunde zukommenden Beweiskraft, und demnach ist gemäß §. 383 Abs. 2 eine Ergänzung und Berichtigung ihrer Beurkundungen im Wege anderweiter Beweise zulässig.

In betreff des Beweisverfahrens ist gerügt worden, daß die Beerdigung des Zeugen Gerichtsvollziehers R. nicht hätte abgelehnt werden dürfen, weil demselben eine unmittelbare Beteiligung am Ausgange des jetzigen Rechtsstreites (§. 358 Ziff. 4) nicht zuzuschreiben sei. Diese Rüge ist unbegründet. Ist die Zustellung der Berufungsschrift infolge ungehöriger Ausführung derselben rechtsunwirksam und somit die Berufung versäumt worden, so haftet der Gerichtsvollzieher seinem Auftraggeber, dem Berufungskläger, für den demselben hieraus entstandenen Schaden. Nun würde zwar durch ein wegen Ungehörigkeit

der Zustellung die Berufung als unzulässig verwerfendes Urteil noch keineswegs die Schadenersatzpflicht des Zeugen seinem Auftraggeber gegenüber festgestellt sein; allein durch ein die Zulässigkeit der Berufung aussprechendes Urteil wird auch der Zeuge ohne weiteres befreit von der ihn wegen seines ungehörigen Verfahrens bedrohenden Ersatzverbindlichkeit und deshalb ist ihm mit Recht ein unmittelbares Interesse an dem Ausgange des jetzigen Rechtsstreites zugeschrieben.

Durch die Beweisergebnisse ist bestätigt worden, daß die Zustellung nicht in gehöriger Weise ausgeführt worden ist. Die von dem Revisionskläger behauptete analoge Anwendbarkeit der im §. 168 Abs. 2 für den Fall der Abwesenheit des Anwaltes ausgesprochene Gestattung einer Ersatzzustellung auf den Fall, daß der angetroffene Anwalt durch sonstige Beschäftigungen an der Entgegennahme der Zustellung behindert sei, ist nicht anzuerkennen, und da der Gerichtsvollzieher berechtigt war, behufs der ihm obliegenden Amtshandlung den Anwalt in dessen damaliger Unterredung zu unterbrechen, so war außerdem auch eine Behinderung der an den Anwalt und dessen eigene Person auszurichtenden Zustellung in der That nicht vorhanden. Daß die Zustellung an H. mit Vorwissen und unter stillschweigender Genehmigung des Justizrates R. geschehen sei, ist ebensowenig erwiesen worden, wie die gleichfalls erhebliche Behauptung des Berufungsklägers, daß Justizrat R. den Gerichtsvollzieher R. schon früher generell angewiesen habe, in dergleichen Fällen nicht an ihn selbst, sondern an seine Gehilfen zuzufallen. Seine ferner unerwiesene gebliebene Behauptung in betreff des bei den Postzustellungen an Justizrat R. beobachteten Verfahrens ist auch rechtlich unerheblich, weil daraus eine Ermächtigung des Gerichtsvollziehers R., in gleicher Weise zu verfahren, nicht hergeleitet werden könnte. Auch die von dem Berufungskläger noch vorgeschützte Replik des Dolus ist unzutreffend, so sehr es auch sonst zu mißbilligen sein mag, daß die Berufungsbeklagten aus einem sie materiell in keiner Weise benachteiligenden Versehen des Gerichtsvollziehers, zu welchem derselbe sich nur durch eine schonende Rücksichtnahme auf die Person ihres damaligen Vertreters hat verleiten lassen, einen Grund zur Behauptung der den Gerichtsvollzieher mit schwerer Verantwortlichkeit belastenden Unzulässigkeit der Berufung entnommen haben, so kann doch in der Geltendmachung des Mangels einer gesetzlich notwendigen Formalität niemals ein Dolus im rechtlichen Sinne gefunden werden.

Es erübrigt aber noch die Prüfung der von dem Berufungsgerichte verneinten Frage, ob der von dem Gerichtsvollzieher durch die Ersatzzustellung an den Gehilfen H. begangene Zustellungsfehler dadurch geheilt worden ist, daß letzterer noch an demselben Tage, dem letzten Tage der Berufungsfrist, die zugestellten Stücke an den Adressaten Justizrat N. unter Benachrichtigung desselben von der erfolgten Zustellung übergeben hat, und diese Frage ist — allerdings entgegen den Meinungen der meisten Kommentatoren der Civilprozeßordnung, aber dem wesentlichen nach in Übereinstimmung mit den Ausführungen von Peterfen in seinem Kommentar 2. Aufl. S. 292 und in seiner Abhandlung in Busch, Zeitschrift Bd. 1 S. 20 flg. — zu bejahen. Die Civilprozeßordnung spricht nirgends aus, daß ein jeder bei Ausführung einer Zustellung vorgekommener Formfehler die Unwirksamkeit der Zustellung nach sich ziehe. Sollte nun auch nach der bekannten Terminologie der Civilprozeßordnung dem Ausdrucke „müssen“ überall die Bedeutung beizulegen sein, daß eine unter Anwendung dieses Ausdruckes getroffene Vorschrift die gegen dieselbe verstoßenden Prozeßhandlungen mit Nichtigkeit bedroht, so ist doch auch dieser Ausdruck in der hier fraglichen Hinsicht nirgends angewandt; im §. 174 bezieht derselbe sich nur auf die Erfordernisse einer Zustellungsurkunde und im §. 162 nur auf das Verhältnis der Partei, für welche die Zustellung bestimmt ist, zu ihrem Prozeßbevollmächtigten. Man muß daher nach allgemeinen Grundsätzen annehmen, daß nur ein wesentlicher Fehler des Zustellungsverfahrens die Zustellung unbedingt als nichtig erscheinen läßt, wogegen ein unwesentlicher Mangel, je nach seiner konkreten Bedeutung, übersehen werden darf oder durch eine nachträgliche Heilung gehoben werden kann.

Die Richtigkeit dieser Auffassung wird auch, wie Peterfen in Busch, Zeitschrift a. a. O. S. 74 dargelegt hat, durch die Entstehungsgeschichte der Civilprozeßordnung bestätigt. Während der Art. 60 Code de proc. jeden Verstoß gegen die vorgeschriebenen Zustellungsformen ausdrücklich mit Nichtigkeit der Zustellung bedroht, und dieses Prinzip auch noch im §. 173 des preussischen Entwurfes der C.P.O. beibehalten war, wurde dasselbe in dem norddeutschen Entwurfe absichtlich aufgegeben. Wie die Protokolle der norddeutschen Kommission Bd. 1 S. 366 ergeben, wurde von dem Referenten beantragt, eine Bestimmung dahin aufzunehmen, daß, wer auf Grund einer Ladung erscheine,

nicht geltend machen könne, daß die Zustellung der Ladung wegen nicht vorschriftsmäßigen Verfahrens des Gerichtsvollziehers nichtig sei; der hiergegen erhobene Einwand, daß auch die erschienene Partei berechtigt sein müsse, einen Mangel der Frist oder eine Unvollständigkeit der Ladung in der Art, daß sich der Gegenstand derselben nicht erkennen lasse, zu rügen, wurde von dem Referenten zugegeben mit dem Bemerkten, es sei nur zu verhüten, daß die erschienene Partei lediglich einen Formmangel vorschütze, obwohl sie vollständig und rechtzeitig von dem Inhalte der Ladung Kenntnis erhalten habe. Nachdem hierauf von anderer Seite bezweifelt worden war, ob der Unterschied von Form und Inhalt der Ladung sich gesetzlich genügend fixieren lasse, erkannte die Mehrheit an, daß jede inhaltliche Rüge auch von der erschienenen Partei geltend gemacht werden dürfe, sie erklärte sich aber gegen die Aufnahme einer bezüglichen ausdrücklichen Gesetzesbestimmung, weil sie es vorzog, die Frage, ob eine Rüge die Form oder den Inhalt der Zustellung betreffe, der richterlichen Beurteilung in jedem einzelnen Falle zu überlassen. Seitdem sind die späteren Entwürfe auf die Aufstellung des Nichtigkeitsprinzips nicht wieder zurückgekommen.

Im vorliegenden Falle hat nun zwar die von dem Gerichtsvollzieher ungehörig vorgenommene Ersatzzustellung dadurch, daß von dem Zustellungsempfänger H. nachher die Zustellung an den Adressaten, Justizrat R., übermittelt wurde, die Bedeutung einer gültigen Ersatzzustellung nicht annehmen können, denn das Wesen einer Ersatzzustellung besteht eben darin, daß sie durch die Zustellung an den Ersatzmann wirksam wird, ohne daß es auch darauf ankommt, ob der Ersatzmann die zugestellten Stücke an den Adressaten weiter befördert hat oder nicht. Aber der Zweck einer jeden Zustellung besteht in der Übergabe des zuzustellenden Schriftstückes an den Adressaten; dieser durch das Wesen der Zustellung (§. 156) gegebene Zweck derselben ist im vorliegenden Falle vollständig und rechtzeitig dadurch erreicht worden, daß die zugestellte Berufungsschrift noch an demselben Tage in die Hände des Adressaten, Justizrates R., gelangt ist, und zwar, wie ihm bei Übergabe derselben von H. mündlich mitgeteilt wurde und er auch außerdem aus der mitübergebenen Abschrift der Zustellungsurkunde zu ersehen hatte, als zum Zwecke der an ihn vorzunehmenden Zustellung an seinen Gehilfen zugestellt. Der vorgekommene Zustellungsfehler

besteht somit jetzt nur noch darin, daß der Gerichtsvollzieher die Berufungsschrift dem Justizrate R., anstatt sie ihm persönlich zu behändigen, durch Vermittelung eines Gehilfen desselben übergeben hat, und diesem Fehler darf bei seiner materiellen Unerheblichkeit eine rechtliche Bedeutung nicht beigelegt werden.

Hiernach ist, unter Aufhebung des angefochtenen Urtheiles, die Berufung des Beklagten für zulässig zu erklären.“