

131. Kann die Zustellung durch Niederlegung nach §. 167 C.P.O. bewirkt werden, wenn die Zustellung in der Wohnung wegen des landesgesetzlichen Verbotes des Eindringens in fremde Wohnungen zur Nachtzeit unausführbar war?

V. Civilsenat. Ur. v. 15. Februar 1893 i. S. N. (Bekl.) w. N. (Kl.)
Rep. V. 266/92.

I. Landgericht Lyck.

II. Oberlandesgericht Königsberg.

Der Kläger war in erster Instanz mit seiner Klage auf Löschung zweier Hypothekeneinträge von zusammen 708 *M* abgewiesen worden. Auf seine Berufung ist in zweiter Instanz, unter Verwerfung der Einrede der Unzulässigkeit der Berufung, abändernd nach dem Klage-

antrage erkannt worden. Das Berufungsurteil wird vom Beklagten mit der Revision angegriffen; der Antrag geht auf Aufhebung des Berufungsurteiles und auf Verwerfung der Berufung wegen Unzulässigkeit. Der Beklagte hält die Berufung für unzulässig, weil sie nicht rechtzeitig eingelegt, nämlich die Berufungsschrift nicht rechtzeitig zugestellt worden sei. Das Urteil erster Instanz war dem Vertreter des Klägers am 11. März 1891 zugestellt worden. Erst am 11. April nachmittags ist die Berufungsschrift von Königsberg nach Lyck an den Gerichtsvollzieher R. abgegangen, damit dieser sie dem Rechtsanwalt S. als Prozeßbevollmächtigtem des Beklagten in erster Instanz zustelle. Der Gerichtsvollzieher erhielt die Berufungsschrift abends 10 Uhr und begab sich damit und mit der ihm eingehändigten, telegraphisch erbetenen Ermächtigung des Amtsgerichtes in Lyck zur Zustellung zur Nachtzeit an die Wohnung des Rechtsanwaltes S., fand aber sowohl diese wie die Wohnung des Hauswirtes verschlossen und erhielt auch trotz Klingelns und Klopfens, und obwohl dies in beiden Wohnungen gehört wurde, keinen Einlaß. Hierauf hat der Gerichtsvollzieher um 10 Uhr 20 Minuten in dem Magistratsgebäude, wo er die Polizeiwachstube noch offen fand, dem dort angetroffenen Gefangenwärter G. die Berufungsschrift nebst Zustellungsermächtigung übergeben, und von diesem sind die Schriftstücke am folgenden Morgen dem Bürgermeister, der zugleich Polizeivorsteher ist, eingehändig worden. Die Zustellungsurkunde des Gerichtsvollziehers besagt, daß er den Rechtsanwalt S. in dessen Wohnung nicht angetroffen habe, daß auch die Zustellung weder an einen Hausgenossen oder eine dienende Person noch an den Hauswirt oder Vermieter möglich gewesen sei, daß er deshalb die bezeichneten Schriftstücke bei dem Magistrate zu Lyck niedergelegt und die Niederlegung durch eine an der Thür des Rechtsanwaltes S. befestigte schriftliche Anzeige, sowie durch mündliche Mitteilung an einen Nachbar bekannt gemacht habe.

Der Revision wurde stattgegeben aus folgenden

Gründen:

„Der Gerichtsvollzieher R. ist bei Zustellung der Berufungsschrift gemäß dem §. 167 C.P.D. verfahren, wonach die Zustellung dann durch Niederlegung bei den dort aufgeführten Behörden gestattet

ist, wenn sie nach den vorangegangenen Bestimmungen (§§. 165. 166) nicht ausführbar ist. Auch der Berufungsrichter hält den §. 167 im vorliegenden Falle für anwendbar und führt weiter aus, daß die Übergabe der Berufungsschrift an den Gefangenwärter G. in der Polizeiwachtstube des Magistratsgebäudes eine Niederlegung bei dem Polizeivorsteher im Sinne des §. 167 darstelle. Ob diese Ausführung richtig sei, darf unerörtert bleiben, da im Gegensatz zu dem Berufungsurteile der §. 167 überhaupt nicht für anwendbar erachtet werden kann.

Dieser Paragraph trifft Anordnungen für den Fall, daß die Zustellung nach den vorangegangenen Bestimmungen nicht ausführbar ist. Nach den vorangegangenen Bestimmungen soll die Zustellung, wenn sie von dem Empfänger nicht anderswo freiwillig entgegengenommen wird, in dessen Wohnung oder Geschäftslokal geschehen (§. 165); wenn die Person, welcher zugestellt werden soll, in ihrer Wohnung nicht angetroffen wird, so kann die Zustellung (im Wege sog. Ersatzzustellung) in der Wohnung an einen zu der Familie gehörigen erwachsenen Hausgenossen oder an eine in der Familie dienende erwachsene Person, und wenn auch eine solche Person nicht angetroffen wird, an den in demselben Hause wohnenden Hauswirt oder Vermieter, falls diese zur Annahme bereit sind, erfolgen (§. 166). Der Berufungsrichter hält nun die Voraussetzung des §. 167, daß die Zustellung nach den Bestimmungen der §§. 165. 166 a. a. O. nicht ausführbar sei, im vorliegenden Falle deshalb für erfüllt, weil der Gerichtsvollzieher in der Wohnung des Rechtsanwaltes S., dem zugestellt werden sollte, weder diesen noch einen zu dessen Familie gehörigen Hausgenossen oder einen Diensthoten oder den Hauswirt angetroffen habe, indem er den Begriff des Nichtantreffens dahin erläutert, daß die Bemühungen des Gerichtsvollziehers, eine dieser Personen in der Wohnung der als Zustellungsempfänger bezeichneten Person zu treffen, vergeblich geblieben sein müßten, einerlei weshalb, sei es, daß tatsächlich keine dieser Personen in der Wohnung anwesend gewesen sei, oder daß eine von ihnen zwar in der Wohnung gewesen, aber vom Gerichtsvollzieher entweder zufällig oder deshalb, weil sie ihn absichtlich nicht vorgelassen habe, nicht getroffen worden sei. Bei dieser im allgemeinen zutreffenden Erläuterung ist jedoch in Anwendung auf den vorliegenden Fall der Umstand nicht aus-

reichend gewürdigt worden, daß die vergeblichen Bemühungen des Gerichtsvollziehers, die Zustellung in der Wohnung des Rechtsanwaltes S. vorzunehmen, zur Nachtzeit (nach 10 Uhr abends) stattgefunden haben, und daß in Preußen das Eindringen in eine fremde Wohnung während der Nachtzeit — abgesehen von den gesetzlich zugelassenen, auf Zustellungen sich jedoch nicht beziehenden Ausnahmen — verboten ist.

Rgl. Art. 5 der preuß. Verfassung und §§. 7—9 des Gesetzes zum Schutze der persönlichen Freiheit vom 12. Februar 1850.

Der Berufungsrichter scheint diesem Verbote eine Bedeutung für den vorliegenden Fall deshalb nicht beizumessen, weil, wie er ausführt, die Zustellung zur Nachtzeit in der Civilprozeßordnung nicht untersagt, also zugelassen werde, reichsgesetzlich mithin für wirksam erachtet werden müsse. Nun ist es richtig, daß, da die Bestimmung in §. 681 a. a. D. sich lediglich auf die Zwangsvollstreckung bezieht, die Civilprozeßordnung darüber, zu welchen Zeiten Zustellungen ausgeführt werden dürfen, keine weitere Bestimmung enthält als die sich nur auf die Sonn- und Feiertage beziehende in §. 171, daß sie namentlich nicht die Zustellungen zur Nachtzeit für unzulässig erklärt. Aus den Motiven S. 151 (Sahn, Materialien zur C.P.D. S. 229) ergibt sich, daß letzteres absichtlich unterlassen worden ist, weil die meisten Staaten materielle Gesetze zum Schutze der persönlichen Freiheit besäßen und, wo solche nicht beständen, die nötigen Anordnungen im Reglementswege getroffen werden könnten. Daraus scheint der Berufungsrichter zu schließen, daß Zustellungen überhaupt nicht deshalb, weil sie zur Nachtzeit geschehen sind, und zwar auch dann nicht angefochten werden dürften, wenn sie im Widerspruche mit einem landesgesetzlichen Verbote zur Nachtzeit vorgenommen worden sind. Ob diese auch in der Litteratur überwiegend vertretene Ansicht für richtig zu erachten sei, kann dahingestellt bleiben, weil hier ein solcher Fall nicht vorliegt; denn der Gerichtsvollzieher R. hat keinen Einlaß in die Wohnung des Rechtsanwaltes S. gefunden und ist deshalb gar nicht in die Lage gekommen, eine Zustellung in Übertretung des landesgesetzlichen Verbotes des Eindringens in eine fremde Wohnung zur Nachtzeit vorzunehmen. Aber die hier zu entscheidende Frage ist die, ob nicht die Anwendung des §. 167 C.P.D. dann für ausgeschlossen zu erachten sei, wenn die Versuche des Gerichtsvollziehers,

eine der in den §§. 165. 166 bezeichneten Personen in der Wohnung zu treffen, an dem Verbote des Eindringens in eine fremde Wohnung zur Nachtzeit gescheitert sind, und diese Frage ist zu bejahen.

Darüber kann kein Zweifel sein, daß das mehrfach gedachte Verbot für Preußen noch besteht; denn es ist, weil nicht prozeß-, sondern materiellechtlichen Inhaltes, nicht durch §. 14 des Einf.-Ges. zur Civilprozeßordnung und auch sonst nicht durch eine reichs- oder landesgesetzliche Vorschrift aufgehoben worden. Ohne Einwilligung des Rechtsanwaltes S. durfte also der Gerichtsvollzieher R. dessen Wohnung am 11. April 1891 nach 10 Uhr abends zu einem im Gesetze vom 12. Februar 1850 nicht zugelassenen Zwecke, mithin auch zum Zwecke einer Zustellung nicht betreten, weil es damals Nachtzeit im Sinne des §. 8 jenes Gesetzes war. Eine solche Einwilligung ist dem Gerichtsvollzieher nicht erteilt, sondern versagt worden; denn seinem Einlaßbegehren ist nicht entsprochen worden, obwohl es unbestritten sowohl in der Wohnung des Rechtsanwaltes wie dessen Hauswirtes gehört wurde, und es macht hierbei keinen Unterschied, ob man im Hause wußte oder nicht wußte, wer den Einlaß begehre. Damit entfiel aber dem Gerichtsvollzieher nicht etwa bloß die tatsächliche Möglichkeit, sondern die Berechtigung, eine Zustellung der Berufungsschrift nach den Bestimmungen der §§. 165. 166 C.P.D. vorzunehmen, nämlich in der Wohnung des Rechtsanwaltes S. die Berufungsschrift diesem selbst oder ersatzweise einem Hausgenossen zuzustellen. Fehlte dem Gerichtsvollzieher diese Berechtigung, so blieben auch seine mißlungenen Versuche, eine Zustellung nach den Bestimmungen der §§. 165. 166 a. a. D. vorzunehmen, rechtlich unerheblich. Sein Attest in der ausgestellten Zustellungsurkunde, daß er den Rechtsanwalt S. in dessen Wohnung nicht angetroffen habe, und daß auch die Zustellung an einen Hausgenossen oder Diensthoten oder an den Hauswirt nicht möglich gewesen sei, entspricht schon deshalb nicht dem Begriffe, der im Sinne des §. 166 a. a. D. mit dem Nichtantreffen dieser Personen und im Sinne des §. 167 a. a. D. mit der Nichtausführbarkeit einer Zustellung nach den vorangegangenen Bestimmungen zu verbinden ist. Dieser Begriff erfordert, daß rechtlich taugliche Versuche, eine der fraglichen Personen anzutreffen und eine Zustellung nach den Bestimmungen der §§. 165. 166 a. a. D. vorzunehmen, angestellt worden und mißlungen sind, und daran fehlt

es hier. Der Gerichtsvollzieher, der vergeblich versucht, zur Nachtzeit zuzustellen, befindet sich in einer rechtlich anderen Lage, als wenn ihm zur Tageszeit der Zutritt von der Person, der zugestellt werden soll, verwehrt wird; im letzteren Falle ist der Gerichtsvollzieher in der rechtmäßigen Ausübung einer Amtshandlung begriffen, im ersteren ist ihm der Zutritt zu der betreffenden Person verboten und damit die rechtliche Befugnis einer Zustellung abgeschnitten.

Hieran wird auch durch den Umstand nichts geändert, daß vorliegenden Falles das Amtsgericht in Byd dem Gerichtsvollzieher K. die Ermächtigung erteilt hatte, die Zustellung der Berufungsschrift an den Rechtsanwalt S. zur Nachtzeit vorzunehmen. Der §. 8 der preuß. Geschäftsanweisung für Gerichtsvollzieher vom 24. Juli 1879 (Just.-Min.-Bl. 1879 S. 205) bestimmt zwar, daß Amtshandlungen, die das Betreten einer Wohnung erforderlich machen, zur Nachtzeit nur mit Genehmigung des auftraggebenden Richters *u* vorgenommen werden dürfen; aber daraus folgt nicht, daß eine solche Genehmigung, selbst wenn sie vorschriftsmäßig erteilt ist, das Betreten einer fremden Wohnung zur Nachtzeit im Widerspruche mit einem gesetzlichen Verbote zu einem erlaubten umwandle. Gesetzlich bestehende Verbote können durch Reglement des Justizministers nicht umgestoßen werden, und das hat jene Geschäftsanweisung selbstverständlich auch gar nicht beabsichtigt.

Aus dieser Darlegung ergibt sich, daß eine Zustellung der Berufungsschrift an den Rechtsanwalt S. in rechtlich zulässiger Weise nicht versucht worden war, als der Gerichtsvollzieher in Gemäßheit des §. 167 C.P.O. zu einer ersatzweisen Niederlegung der Berufungsschrift bei dem Polizeivorsteher schritt, und daß deshalb auch dieser Schritt rechtlich bedeutungslos, der §. 167 auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar war.

Es mußte deshalb unter Aufhebung des Berufungsurteiles die Berufung des Klägers gegen das erste Urteil wegen versäumter rechtzeitiger Einlegung als unzulässig verworfen und der Kläger in die Kosten der Berufungs- und der Revisionsinstanz verurteilt werden. . . .