

111. 1. Beschwerde gegen den vom Berufungsgerichte in einer Ehescheidungsache erlassenen Beschluß, durch den im Verhandlungstermine eine sachliche Entscheidung über den von der Berufungsklägerin gestellten Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen Versäumung der Berufungsfrist und über die gleichzeitig nachgeholt Berufung abgelehnt worden ist, weil die öffentliche Zustellung der Ladung an den Prozeßgegner nicht ordnungsmäßig erfolgt sei.

C.P.D. §§ 216, 568 ffg. 485, 497, 272, 281, 530.

2. Erfordert die öffentliche Zustellung, daß der Aushang durch den Gerichtsschreiber des Prozeßgerichtes persönlich bewirkt wird? Kann der Beweis der erfolgten Anheftung nur durch eine Bescheinigung des Gerichtsschreibers geführt werden?

C.P.D. §§ 187, 259.

Geschäftsordnung für die Gerichtsschreibereien der preussischen Oberlandesgerichte vom 8. September 1879 § 17 (Just.-Min.-Bl. S. 324).

IV. Civilsenat. Beschl. v. 21. Dezember 1893 i. S. R. (Rl.) w. R. (Besl.) Beschw.-Rep. IV. 196/93.

I. Landgericht I Berlin.

II. Kammergericht daselbst.

Gründe:

„Die Klägerin ist mit ihrer Ehescheidungsklage von dem Landgerichte durch Urteil vom 9. Januar 1893 abgewiesen. Auf ihren Antrag hat die öffentliche Zustellung des Urtheiles an den Beklagten stattgefunden. Am 26. April 1893 hat die Klägerin dem Kammergerichte einen Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen Versäumung der Berufungsfrist und eine Berufungsschrift mit dem Gesuche überreicht, die öffentliche Zustellung dieser Schriftstücke an den Beklagten zu bewilligen. Die Bewilligung ist erfolgt unter Bestimmung des Verhandlungstermines auf den 4. Oktober 1893. Der Gerichtsschreiber des Berufungsgerichtes hat die öffentliche Zustellung der gedachten Schriftstücke nebst der Ladung besorgt. Er hat die Einrückung eines Auszuges in den Deutschen Reichsanzeiger und in die amtlichen Publikationsorgane veranlaßt. Die Anheftung der zuzustellenden Schriftstücke an die Gerichtstafel ist nach einer Bescheinigung des ersten Gerichtsbieners des Berufungsgerichtes in der Zeit vom

26. Mai bis zum 26. Juni 1893 bewirkt. In dem Verhandlungstermine am 4. Oktober 1893 ist nur die Berufungsklägerin vertreten gewesen. Ihrem Antrage gemäß ist die Vertagung des Termines auf den 25. November 1893 beschlossen und verkündet worden. In dem neuen Termine ist wiederum nur die Berufungsklägerin vertreten gewesen. Dieselbe hat die Urkunden, welche sich auf die Bewilligung und Ausführung der öffentlichen Zustellung des landgerichtlichen Urtheiles, des Wiedereinsetzungsantrages und der Berufungsschrift beziehen, vorgelegt, die Anträge aus den beiden letztgenannten Schriftsätzen verlesen und solche mündlich begründet. Auf diese mündliche Verhandlung ist vom Berufungsgerichte der Beschluß verkündet, daß eine sachliche Entscheidung abgelehnt werde.

Zur Begründung des Beschlusses ist ausgeführt: Das Berufungsgericht sei zur Abgabe einer sachlichen Entscheidung nicht in der Lage, weil der Beklagte zu dem Verhandlungstermine am 4. Oktober 1893 nicht ordnungsgemäß geladen sei. Die wegen eines solchen Mangels für den ordentlichen Prozeß gebotene Zurückweisung des auf Erlassung des Veräumnisurtheiles gerichteten Antrages (§ 300 Ziff. 2 C.P.D.) gestalte sich für das Verfahren in Ehesachen zufolge der Vorschrift des § 578 a. a. O. zu der Ablehnung einer materiellen Entscheidung. Die Ladung des Beklagten zum Termine den 4. Oktober 1893 sei aber insofern ordnungswidrig, als die Befcheinigung über die Anheftung des Ausschusses an die Gerichtstafel (§ 187 Abs. 2 C.P.D.) durch einen Gerichtsdiener ausgestellt sei. Dies verstoße gegen die Vorschrift des § 187 Abs. 1 a. a. O., wonach die öffentliche Zustellung vom Gerichtsschreiber von Amts wegen zu besorgen sei. Die Civilprozeßordnung kenne keinen Gerichtsdiener, also auch keine Vertretung des Gerichtsschreibers durch einen Gerichtsdiener. Es liege aber auch ein Verstoß gegen die Geschäftsordnung für die Gerichtsschreibereien der preussischen Oberlandesgerichte vom 8. September 1879 vor, in deren § 17 bestimmt sei, daß, soweit die öffentliche Zustellung durch Anheftung an die Gerichtstafel erfolge, der Gerichtsschreiber, welcher dabei die Hilfe eines Gerichtsdieners in Anspruch nehmen könne, die Anheftung und Abnahme zu besorgen und die Bemerkte auf dem Ausschusse zu bescheinigen habe.

Die gegen diese Entscheidung erhobene Beschwerde der Klägerin erscheint zulässig und begründet.

Nach § 216 C.P.D. ist das Verfahren über den Antrag auf Wiedereinsetzung mit dem Verfahren über die nachgeholtte Prozeßhandlung grundsätzlich zu verbinden, und auf die Entscheidung über die Zulässigkeit des Antrages und auf die Anfechtung dieser Entscheidung finden die für die nachgeholtte Prozeßhandlung in diesen Beziehungen geltenden Vorschriften mit der Beschränkung Anwendung, daß dem Antragsteller der Einspruch versagt ist. Im vorliegenden Falle betraf die nachgeholtte Prozeßhandlung die Einlegung der Berufung in einer Ehesache. Nach dem für dieses Rechtsmittel maßgebenden Verfahren hatte sich daher auch das Verfahren betreffs des Wiedereinsetzungsantrages zu richten. Das Verfahren für die Berufung in Ehesachen folgt mit geringen Modifikationen dem Berufungsverfahren im ordentlichen landgerichtlichen Prozesse (§§ 568—592 C.P.D.), und dieses ist, soweit es auf die Verhandlung und Entscheidung über das eingelegte Rechtsmittel ankommt, gemäß § 485 a. a. D. grundsätzlich dem erstinstanzlichen Verfahren angepaßt, wie solches in Buch II Abschnitt 1 der Civilprozeßordnung im einzelnen geregelt ist. Es hat denn auch vorliegend in dem Termine vom 25. November 1893, auf welchen der ursprünglich bestimmte Termin am 4. Oktober 1893 mittels verkündeten Beschlusses vertagt worden war, vor dem Berufungsgerichte eine Verhandlung über den Wiedereinsetzungsantrag und die nachgeholtte Berufungseinlegung seitens des Sachwalters der Klägerin stattgefunden (§§ 246. 127—151. 487. 488. 499. 578 a. a. D., wobei der Antrag gestellt ist, der Wiedereinsetzung und der Berufung gemäß zu erkennen. Auf Grund dieser Verhandlung lag dem Berufungsgerichte zufolge §§ 497—499. 272. 281 a. a. D. ob, eine Entscheidung über die Zulässigkeit, bezw. die Begründetheit der gestellten Anträge in Urteilsform abzugeben. Nicht aber stand es in der Befugnis des Berufungsgerichtes, wie geschehen, eine sachliche Entscheidung mittels Beschlusses abzulehnen. Die Rechtfertigung dieses Beschlusses aus § 300 Ziff. 2 in Verbindung mit § 578 Abs. 4 C.P.D. ist unzutreffend, weil ein Antrag auf Erlassung des Verfümmisurtheiles überhaupt nicht in Frage stand. Vielmehr hatte das Berufungsgericht in Gemäßheit der §§ 216. 497 a. a. D. zunächst von Amts wegen die Statthaftigkeit des Wiedereinsetzungsantrages bezw. der Berufung zu prüfen. Ergab sich hierbei, wie es thatsächlich geschehen ist, ein Bedenken, so hätte nach § 130 Abs. 2 C.P.D. der

Vorsitzende auf solches aufmerksam machen sollen. Daß dieser Fragepflicht genügt ist, läßt die Verhandlung nicht erkennen. Wurde das Bedenken nicht gehoben, so waren zufolge § 497 a. a. D. der Wiedereinsetzungsantrag bezw. die Berufung durch Endurteil als unzulässig oder doch als wirkungslos zu verwerfen. Hinzu kommt aber, daß das vom Berufungsgerichte zur Geltung gebrachte Bedenken im Geiste der §§ 187, 259 C. P. D. an sich beanstandet werden muß. Es handelt sich hier um die Frage, ob bei der öffentlichen Zustellung des Wiedereinsetzungsantrages und der Berufungsschrift die Vorschrift des § 187 Abs. 2 C. P. D., wonach eine beglaubigte Abschrift dieser Schriftstücke an die Gerichtstafel auf mindestens zwei Wochen (§ 189 Abs. 2 a. a. D.) anzuhängen ist, beobachtet worden ist. Das Berufungsgericht findet einen wesentlichen Verstoß darin, daß die über die Anheftung von der Klägerin beigebrachte Bescheinigung nicht von dem Gerichtsschreiber, sondern von dem ersten Gerichtsdienere des Berufungsgerichtes ausgestellt ist. Dabei sind vom Berufungsgerichte in Betracht gezogen die Vorschrift des § 187 Abs. 1 C. P. D., wonach die bewilligte öffentliche Zustellung durch den Gerichtsschreiber von Amts wegen zu besorgen ist, und der § 17 der preussischen Geschäftsordnung für die Gerichtsschreibereien der Oberlandesgerichte vom 8. September 1879, zufolge dessen der Gerichtsschreiber bei der Anheftung die Hilfe eines Gerichtsdieners in Anspruch nehmen kann, aber die Anheftung besorgen und die darüber vom Gerichtsdienere auf den Ausschlag zu setzenden Vermerke (§ 16 a. a. D.) bescheinigen soll. Allein diese Vorschriften rechtfertigen nicht die Entscheidung des Berufungsgerichtes. Dem Abs. 1 des § 187 C. P. D. kommt, entsprechend den Fällen der §§ 342, 367, nur die Bedeutung zu, daß die vom Gerichte bewilligte öffentliche Zustellung von dem Gerichtsschreiber kraft selbständiger Amtsfunktion auszuführen ist. Insofern erscheint es angemessen, daß der § 17 der preussischen Geschäftsordnung für die Gerichtsschreibereien der Oberlandesgerichte die Erledigung des Ausschlages gemäß § 187 Abs. 2 C. P. D. in die Hände des Gerichtsschreibers legt. Aber das Gesetz selbst giebt keine Bestimmung darüber, inwieweit die dazu erforderlichen Handlungen vom Gerichtsschreiber persönlich vorzunehmen sind, und inwieweit er sich dabei der Mitwirkung der ihm untergebenen Gerichtsbeamten bedienen darf. Vom Standpunkte der Civilprozeßordnung aus muß es für ausreichend gelten, wenn die Anheftung

des Aushanges an die Gerichtstafel überhaupt mit Wissen und Willen des Gerichtsschreibers durch einen anderen Gerichtsbeamten erfolgt. Auch enthält das Gesetz keine besondere Vorschrift darüber, in welcher Weise der Beweis der erfolgten Anheftung zu führen ist. Wenn die preussische Geschäftsordnung für die Gerichtsschreibereien der Oberlandesgerichte in § 17 bestimmt, daß die auf den Aushang zu setzenden Vermerke durch den Gerichtsschreiber bescheinigt werden sollen, so liegt darin nur eine dienstpragmatische Anordnung. Für die Beweisführung muß aber mangels einer gesetzlichen Sondervorschrift der allgemeine Grundsatz des § 259 C.P.D. dergestalt zur Anwendung kommen, daß das Prozeßgericht darüber, ob eine Anfechtung des Aushanges im Sinne des § 187 a. a. D. stattgefunden hat, nach seiner freien, aus dem Gesamtergebnisse der Verhandlung und Beweisaufnahme geschöpften Überzeugung zu entscheiden hat. Demzufolge durfte es vorliegend der Klägerin nicht verwehrt werden, den Beweis der geschriebenen Anheftung des Aushanges, falls die vom ersten Gerichtsdiener darüber erteilte Bescheinigung nicht für überzeugend erachtet wurde, noch durch andere Beweismittel zu erbringen. Zugleich aber lag gemäß § 130 Abs. 2 C.P.D. dem Berufungsgerichte die Amtspflicht ob, bei der Prüfung der Formalien dem Vertreter der Klägerin Gelegenheit zur Ergänzung des Beweistrittes zu geben. Daß dies geschehen ist, lassen die Prozeßakten nicht erkennen.

Das Ergebnis dieser Darlegung ist folgendes. Das Berufungsgericht durfte eine Entscheidung zur Sache nicht ablehnen und hatte solche in Urteilsform abzugeben. Nachdem es die Ablehnung gleichwohl in Beschlußform ausgesprochen hat, muß es im Sinne des § 530 C.P.D. der Klägerin freistehen, im Wege der Beschwerde die Beseitigung des Beschlusses zu erwirken. Dies führt zur Aufhebung der angegriffenen Entscheidung. Die Sache selbst aber ist zu anderweiter Verhandlung und zur Entscheidung über den Wiedereinsetzungsantrag, bezw. die Berufung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.“