

100. Ist eine Zustellung durch den Gerichtsvollzieher im Anwaltsprozeß deswegen unwirksam, weil der Gerichtsvollzieher unter Vermittlung des Gerichtsschreibers des Prozeßgerichtes beauftragt wurde, obgleich die Voraussetzungen des § 166 Abs. 2 Satz 2 C.P.O. nicht vorgelegen hatten?

II. Civilsenat. Beschl. v. 20. November 1900 i. S. W. (Rl.) w. B. (Bekl.). Beschw.-Rep. II. 125/00.

I. Oberlandesgericht Karlsruhe.

Der Prozeßbevollmächtigte der Beklagten in der Berufungsinstanz, Rechtsanwalt M., hatte mit Schrift vom 15. September 1900 bei dem Oberlandesgerichte eine Berichtigung des Thatbestandes in dessen am 12. Juli 1900 verkündeten Urteil beantragt. Der Aushang des Verzeichnisses, in dem jenes Urteil eingetragen war, ist am 6. September 1900 und die Zustellung des gedachten Urtheiles am 10. September 1900 erfolgt.

Am Schlusse jener Schrift war der Vermerk enthalten: „Die Zustellung bitte ich durch die Gerichtsschreiberei zu veranlassen“. Der Gerichtsschreiber des Oberlandesgerichtes übergab, diesem Ersuchen um seine Vermittelung entsprechend, die Schrift mit Terminsnote dem Gerichtsvollzieher, welcher dieselbe am 19. September 1900 an den Prozeßbevollmächtigten des Klägers in der Berufungsinstanz zugestellt hat. Die hierüber aufgenommene Zustellungsurkunde bezeichnet als Auftraggeber den Rechtsanwalt M. und entspricht den Vorschriften des § 191 C.P.D.

In dem zur Verhandlung über diesen Antrag bestimmten Termin war der Kläger nicht vertreten. Das Oberlandesgericht hat mit dem angefochtenen Beschlusse jenen Antrag als unzulässig verworfen. Es ermog, daß die einwöchige Frist des § 320 (früher 291) Abs. 1 C.P.D. keine Notfrist sei und danach wegen der Gerichtsferien und weil der 23. September ein Sonntag war, bei Anwendung der §§ 320 Abs. 2, 223 (früher 201) Abs. 1 Satz 2 und 222 (früher 200) Abs. 2 C.P.D. erst mit Ablauf des 24. September geendigt hätte. Durch eine am 19. September erfolgte gültige Zustellung wäre daher, so führte es weiter aus, die Frist des § 320 Abs. 1 a. a. D. gewahrt worden. Es nahm aber an, die erfolgte Zustellung könne nicht für wirksam erachtet werden, weil der Prozeßbevollmächtigte des Beklagten sich dazu der Vermittelung des Gerichtsschreibers bedient habe, nach § 166 Abs. 2 Satz 2 C.P.D. jedoch in Anwaltsprozessen der Gerichtsvollzieher durch Vermittelung des Gerichtsschreibers nur in Ansehung von Zustellungen beauftragt werden könne, durch welche eine Notfrist gewahrt werden soll.

Dieser Beschluß ist auf die Beschwerde des Beklagten aufgehoben worden aus folgenden

Gründen:

„Der Zulässigkeit der erhobenen Beschwerde steht § 320 Abs. 4 C.P.D. nicht entgegen, da dort eine sachliche Entscheidung vorausgesetzt wird, hier aber aus prozessualen Gründen der Antrag als unzulässig zurückgewiesen wurde. Der in erster Reihe geltend gemachte Beschwerdebegrund, daß bei dem Ausbleiben des Gegners nicht von Amts wegen zu prüfen gewesen sei, ob der Antrag rechtzeitig zugestellt war, weil es sich nicht um eine Notfrist handele und danach eine Fristversäumnis

nicht von Amts wegen zu berücksichtigen sei, vermag zwar die Beschwerde nicht zu rechtfertigen. Denn wenn auch nur eine nach § 224 (früher 202) Abs. 1 C.P.D. der Disposition der Parteien unterstehende gesetzliche Frist vorliegt,

Entscheidung des IV. Civilsenates vom 23. Januar 1899, Juristische Wochenschrift 1899 S. 92¹⁸,

und demzufolge auch § 295 (früher 267) Abs. 1 C.P.D. Anwendung findet, so begründet das einfache Ausbleiben, wie sich aus dem Wortlaute jener Vorschrift und aus anderen Bestimmungen der Zivilprozessordnung, z. B. § 335 (früher 300) Abs. 1 Ziff. 2, ergibt, nicht die Folge des § 295 Abs. 1 a. a. D., der ein Versäumen der in der mündlichen Verhandlung erschienenen Partei voraussetzt.

Das Oberlandesgericht hatte daher ungeachtet des Ausbleibens des Gegners zu prüfen, ob die Frist des § 320 Abs. 1 a. a. D. durch jene Zustellung gewahrt sei. Allein dessen Annahme, daß die Zustellung vom 19. September unwirksam war, ist nicht gerechtfertigt. Sein Ausgangspunkt ist zwar zutreffend, daß hier keine Zustellung in Frage stand, auf welche § 166 Abs. 2 Satz 2 C.P.D. angewendet werden könne. Die weitere Annahme aber, daß die Zustellung zufolge der dennoch erfolgten Vermittelung des Gerichtsschreibers unwirksam sei, ist nicht begründet. Die nach Form und Inhalt dem Gesetze entsprechende Zustellungsurkunde rechtfertigt zunächst die Annahme der Rechtmäßigkeit des Zustellungsaktes, insoweit der Gegner denselben nicht beanstandet hat; eine solche Beanstandung ist nicht erhoben. Die Unwirksamkeit der Zustellung könnte danach nur daraus abgeleitet werden, daß dieselbe vom Gerichtsvollzieher ohne gehörigen Auftrag vorgenommen und demzufolge die Vermutung des § 167 (früher 153) Abs. 2 C.P.D. zerstört sei, während eine Heilung dieses Mangels durch nachträgliche Genehmigung nicht behauptet wurde. Hier ist aber davon auszugehen, daß der Zustellungsauftrag nicht, wie der Zustellungsakt, ein Formalakt ist, und daß er auch im Anwaltsprozesse nicht dem Anwaltszwange unterliegt.

Beschluß der vereinigten Civilsenate vom 3. Januar 1887, Entsch. des R.G.'s in Civilf. Bd. 17 S. 392.

Der Zustellungsauftrag ist danach im Anwaltsprozesse auch dann gehörig erteilt, wenn der Prozeßbevollmächtigte oder die Partei irgend einem Dritten die zuzustellende Schrift zur Vermittelung des Zustellungs-

auftrages an einen bestimmten oder von diesem Dritten zu bestimmenden Gerichtsvollzieher übergeben haben, und der Dritte diesen Zustellungsauftrag durch Übergabe an den ihm benannten Gerichtsvollzieher oder an einen Gerichtsvollzieher vermittelt hat. Vorliegend hätte der Gerichtsschreiber, weil kein Fall des § 166 Abs. 2 Satz 2 C.P.D. gegeben war, seine Vermittelung ablehnen können. Hat er aber seine Vermittelung gewährt, sei es, daß er der Meinung war, es liege ein Fall des § 166 Abs. 2 Satz 2 a. a. D. vor, oder daß er von dem Fehlen jener Voraussetzung Kenntnis hatte, und hat er den Zustellungsauftrag an den Gerichtsvollzieher einmal vermittelt, so kann der Umstand allein, daß er diese Vermittelung hätte versagen können und versagen sollen, bei dem Fehlen einer positiven Gesetzesvorschrift nicht zureichen, der thatächlich vollzogenen Vermittelung auch die Wirkung abzuerkennen, welche die von dem Gerichtsschreiber vorgenommene Handlung gehabt hätte, wenn sie in gleicher Weise von jedem Dritten vorgenommen worden wäre. Der Gerichtsschreiber hat lediglich den Zustellungsauftrag des Prozeßbevollmächtigten an den Gerichtsvollzieher vermittelt; es ist daher die Anwendung der Rechtsgrundsätze ausgeschlossen, wonach eine durch den Gerichtsschreiber von Amts wegen vorgenommene Zustellung deshalb ungültig ist, weil sie auf Betreiben der Partei vorgenommen werden mußte. Der Gerichtsschreiber hat den Zustellungsauftrag an den Gerichtsvollzieher in einem Falle vermittelt, auf den § 166 Abs. 2 C.P.D. nicht anwendbar ist; es kommt danach auch nicht in Betracht, daß der Gerichtsschreiber, was dessen rechtliche Beziehungen zu der seine Vermittelung angehenden Partei anlangt, in den Fällen des § 166 Abs. 2 a. a. D. lediglich als Organ der Behörde handelt, und daß zwischen ihm und der Partei, für welche er die Zustellung vermittelt, ein nach den Grundsätzen vom Mandat zu beurteilendes Rechtsverhältnis nicht besteht. Wie endlich die Rechtslage, anlangend die Gültigkeit der Zustellung, sich gestaltet hätte, wenn der Gerichtsschreiber nicht bloß in einer Weise thätig gewesen wäre, wie jeder Dritte bei Vermittelung des Zustellungsauftrages thätig sein konnte, sondern bei dem Zustellungsakte mitgewirkt, z. B. die Post mit der Zustellung beauftragt hätte, bedarf nicht der Entscheidung.

Danach war der angefochtene Beschluß auf die Beschwerde aufzuheben. Über den Antrag auf Berichtigung des Thatbestandes dürfen

sachlich nur diejenigen Richter entscheiden, die bei dem Urteil mitgewirkt haben (§ 320 Abs. 3 C.P.O.); daher war die Sache zur materiellen Entscheidung an das Oberlandesgericht zurückzuverweisen.