

75. Kann die Rechtsgültigkeit einer gemäß den §§ 203, 204 und 208 Z.P.O. bewilligten oder angeordneten und ordnungsgemäß ausgeführten öffentlichen Zustellung eines Urteils noch nach Ablauf der danach in Lauf gesetzten Frist zur Einlegung des gegen das Urteil zulässig gewesenen Rechtsmittels von der Partei, deren Aufenthalt als unbekannt angenommen war, im Instanzenzuge mit dem Nachweise angefochten werden, daß in Wirklichkeit ihr Aufenthalt nicht unbekannt, daß er insbesondere dem Gegner selbst bekannt gewesen sei?

III. Zivilsenat. Urt. v. 2. Dezember 1904 i. S. L. (Bekl.) w. L.  
Chefr. (Rl.). Rep. III. 211/04.

I. Landgericht Oldenburg.

II. Oberlandesgericht daselbst.

Die Parteien schlossen am 15. April 1887 miteinander die Ehe. Im Sommer 1889 entfernte sich der Beklagte aus B., seinem damaligen Wohnorte. Im Juni 1890 reichte die Klägerin bei dem Landgerichte in Oldenburg eine Klage gegen ihn auf Wiederherstellung des ehelichen

Lebens ein und beantragte zugleich, die öffentliche Zustellung der Klage an den Beklagten zu bewilligen, indem sie behauptete, der Beklagte habe sie und die Kinder böswillig verlassen, wie er dies schon früher einmal getan habe; sein zeitiger Aufenthaltsort sei ihr unbekannt; vermutlich werde er wieder, wie das erstemal, nach Amerika gereist sein, und später sei über sein Vermögen der Konkurs eröffnet worden. Sie überreichte zum Nachweise, daß sein Aufenthalt unbekannt sei, eine Bescheinigung des Gemeindevorstehers in B. vom 11. Juni 1890, daß der Beklagte sich am 1. Juli 1889 heimlich von dort entfernt und bisher keine Nachricht über seinen Verbleib gegeben habe. Daraufhin bewilligte das Landgericht die öffentliche Zustellung der Klageschrift, und diese wurde durch Anheftung an der Gerichtstafel und durch Einrückung eines Auszugs in den Deutschen Reichsanzeiger bewirkt. In dem Termin zur mündlichen Verhandlung vom 7. November 1890 erschien von seiten des Beklagten niemand, und der Beklagte wurde deshalb verurteilt, binnen zwei Monaten zur Klägerin zurückzukehren und die Ehe mit ihr fortzusetzen, widrigenfalls die Ehe auf deren Antrag geschieden, und er für den schuldigen Teil erklärt werden solle. Auf Antrag des Anwalts der Klägerin erfolgte die öffentliche Zustellung dieses Urteils durch Anheftung einer Ausfertigung an der Gerichtstafel am 12. Dezember 1890. Im April 1891 reichte darauf der Anwalt der Klägerin bei dem Landgerichte eine neue Ladung ein, in der er unter der Behauptung, daß der Beklagte bis jetzt nicht zu der Klägerin zurückgekehrt, und sein Aufenthaltsort nach wie vor unbekannt sei, die Stellung des Antrages, die Ehe zu scheiden und den Beklagten für den schuldigen Teil zu erklären, ankündigte. Er überreichte zugleich eine den Unterschriften nach von dem Gemeindevorsteher in N. beglaubigte Bescheinigung zweier Nachbarn der Klägerin vom 2. April 1891, daß ihr Mann sich bisher zur Fortsetzung des ehelichen Lebens nicht wieder eingefunden habe, und beantragte mit bezug hierauf die öffentliche Zustellung der Ladung. Diese erfolgte wiederum durch Anheftung an der Gerichtstafel und durch Einrückung eines Auszugs der Ladungsschrift in den Deutschen Reichsanzeiger. In dem Termine zur mündlichen Verhandlung vom 19. Juni 1891 erschien für den Beklagten niemand, und es erging deshalb ein Urteil dahin, daß die Ehe der Parteien geschieden, und der Beklagte für den schuldigen Teil erklärt

werde. Nachdem noch in dem Termine der Anwalt der Klägerin die öffentliche Zustellung des Urteils an den Beklagten beantragt hatte, ordnete das Prozeßgericht am 22. desselben Monats die Zustellung des Urteils von Amts wegen an beide Teile, an den Beklagten im Wege der öffentlichen Bekanntmachung, an. Die Gerichtsschreiberei bewirkte darauf die Anheftung einer Ausfertigung des Urteils an die Gerichtstafel, und zwar am 14. Juli 1891.

Am 11. November 1903 ging bei dem Oberlandesgerichte in Oldenburg eine Berufungsschrift des Beklagten ein. Dieser ließ sie am 16. desselben Monats dem Anwalte der Klägerin für den ersten Rechtszug zustellen und verband damit eine nochmalige Zustellung der ergangenen beiden Urteile. In dem Termine zur mündlichen Verhandlung trug der Beklagte vor: die öffentliche Zustellung beider Urteile sei zwar formell richtig erfolgt, aber unwirksam gewesen, weil die Voraussetzungen für eine öffentliche Zustellung nicht vorgelegen hätten. Sein Aufenthalt sei nämlich zur Zeit beider Zustellungen wie auch zur Zeit der öffentlichen Zustellung der Klage und der späteren Ladung nicht unbekannt gewesen. Insbesondere habe die Klägerin seinen Aufenthalt gekannt und deshalb die öffentliche Zustellung in allen Fällen erschlichen. Infolge von Zwistigkeiten, die namentlich durch geschäftliche Schwierigkeiten veranlaßt worden seien, seien sie übereingekommen, daß er, Beklagter, wieder, wie früher für kurze Zeit, nach Amerika auswanderte, und daß, sobald es ihm gelungen wäre, einen sicheren Erwerb zu finden, die Klägerin mit den Kindern nachkäme. Er habe zunächst von Amsterdam, dann von New-York an die Klägerin Briefe geschrieben und von ihr Antworten erhalten, und so hätten sie bis 1902 in regelmäßigem Briefwechsel miteinander gestanden. Er überreichte zwei seiner Briefe an die Klägerin in Abschrift und eine Anzahl Briefe dieser an ihn in Urschrift und schob der Klägerin über die Echtheit den Eid zu. Er behauptete auch, ihr regelmäßig Geld gesandt zu haben, und zwar unter anderem in den von ihm angegebenen Beträgen in der Zeit vom 9. Dezember 1891 bis zum 10. Dezember 1901. Die Klägerin habe das Geld angenommen und den Empfang bestätigt, aber niemals erwähnt, daß die Ehe geschieden sei. Der Beklagte schob auch der Klägerin den Eid darüber zu, daß sie zur Zeit der öffentlichen Zustellung der Klage, der späteren Ladung und der beiden Urteile seinen Aufenthalt gekannt habe.

Er beantragte:

Aufhebung der angefochtenen Urteile und Abweisung der Klage.

Die Klägerin erkannte die Echtheit der in Urschrift überreichten Briefe und die Richtigkeit der Abschrift der in dieser Gestalt vorgelegten Briefe an, erklärte, die ihr zugeschobenen Eide nicht leisten zu können, und fügte hinzu, im Dezember 1890 habe sie gewußt, daß der Beklagte in New-York sei, sie habe aber seine Adresse nicht gekannt. Nach Fällung des ersten Urteils sei sie nie wieder gefragt worden, ob sie den Aufenthalt ihres Mannes kenne; von dem zweiten habe sie erst durch die Zustellung Kenntnis erhalten. Die von dem Beklagten angegebenen Geldbeträge habe sie nicht alle bekommen.

Das Berufungsgericht verwarf dem Antrage der Klägerin entsprechend die Berufung als unzulässig. Die Revision des Beklagten ist zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

... „Sachlich ist die Entscheidung nicht zu beanstanden, wiewohl die Revision meint, daß der § 186 Abs. 1 B.P.D. ä. F. (§ 203 Abs. 1 B.P.D. n. F.) auf solche Fälle keine Anwendung finden könne, in denen sich später zeige, daß der Aufenthalt der betreffenden Partei in Wirklichkeit nicht unbekannt gewesen, oder, wie hier, von dem Gegner die öffentliche Zustellung sogar erschlichen worden sei. Da das Urteil in dem Verfahren wegen Wiederherstellung des ehelichen Lebens nur vorbereitender Natur im Verhältnisse zu dem späteren Scheidungsurteile ist, kann es nur darauf ankommen, ob dieses Urteil dem Beklagten ordnungsmäßig zugestellt, somit die einmonatige Notfrist zur Einlegung der Berufung gemäß § 516 für ihn in Lauf gesetzt, und ob deshalb die Berufung, die nach den Feststellungen im Tatbestande gemäß § 207 Abs. 2 B.P.D. als am 11. November 1903 eingelegt zu gelten hat, noch innerhalb der Notfrist eingelegt ist, oder nicht. Die Ausführung der öffentlichen Zustellung des Scheidungsurteils an den Beklagten, die nach § 187 Abs. 2 Satz 1 der damals noch in Geltung gewesenen Zivilprozeßordnung ä. F. durch Anheftung einer Ausfertigung des Urteils an die Gerichtstafel zu geschehen hatte, ist gesetzmäßig erfolgt, indem eine Ausfertigung am 14. Juli 1891 an die Gerichtstafel angeheftet und am 17. September 1891 wieder abgenommen worden ist. Es fragt sich daher nur, ob die Voraussetzung für die Ausführung der Zustellung im

Wege der öffentlichen Bekanntmachung erfüllt war, oder nicht. Nach § 186 Abs. 1 Z.P.D. ä. F. (§ 203 Abs. 1 n. F.) besteht diese darin, daß „der Aufenthalt“ der Partei, an welche die Zustellung erfolgen soll, „unbekannt ist“. Nähere Anweisungen darüber, unter welchen Umständen der Aufenthalt einer Partei als unbekannt zu gelten habe, hat das Gesetz nicht gegeben. Nach seinem Wortlaute und seinem erkennbaren Sinne ist daher zunächst für die auf Parteibetrieb erfolgenden Zustellungen davon auszugehen, daß die Partei, die nach § 204 Abs. 1 Z.P.D. die öffentliche Zustellung eines Schriftstücks bei dem Prozeßgerichte nachsucht, diesem den Nachweis zu liefern hat, daß der Aufenthalt der Partei, der das Schriftstück zugestellt werden soll, unbekannt ist, d. h. nicht bloß ihr selbst, sondern überhaupt. Der Nachweis wird der Regel nach durch obrigkeitliche Bescheinigungen, unter Umständen auch durch Versicherungen unverdächtigter Privatpersonen, deren Unterschriften obrigkeitlich beglaubigt sind, zu erbringen sein. Geeignetenfalls wird auch, wenn Bedenken dagegen auftauchen, ob der Gesuchsteller überhaupt die Mittel, die sich etwa dargeboten hätten, den Aufenthalt der anderen Partei zu erforschen, unbenutzt gelassen habe, seine persönliche Vernehmung anzuordnen sein. Immer aber kann es nur darauf ankommen, daß durch die geführten Nachweise das Gericht die Überzeugung gewinnt, daß der Aufenthalt der Partei, an welche die Zustellung im Wege der öffentlichen Bekanntmachung geschehen soll, unbekannt in dem vorher bezeichneten Sinne sei. Daraus ergibt sich, daß allerdings die Möglichkeit besteht, daß im einzelnen Falle gleichwohl dieser oder jener Person, ja sogar dem Gesuchsteller selbst der Aufenthalt der anderen Partei in Wirklichkeit bekannt ist. Hiermit kann indessen das Gesetz, das eine allgemein anwendbare Vorschrift aufstellen muß, nicht rechnen. Denn zunächst gibt es kein Mittel, gewissermaßen absolut das Unbekanntsein des Aufenthalts einer Person festzustellen. Sodann aber verlangt die Rechtssicherheit, insbesondere die Rücksicht auf die notwendige Unanfechtbarkeit der Urteile, die sich nach den vom Gesetze dafür aufgestellten, verhältnismäßig leicht übersehbaren Erfordernissen als rechtskräftig darstellen, und damit endgültig zwischen den Parteien Recht schaffen sollen, daß, wenn diesen Erfordernissen genügt ist, die Rechtskraft des Urteils nicht noch nach Ablauf der Frist zur Einlegung des dagegen zulässig gewordenen Rechtsmittels, vielleicht

sogar nach Jahren, mit dem Versuche des Nachweises in Frage gestellt werden könne, daß in Wirklichkeit die Voraussetzung für die Zulässigkeit der öffentlichen Zustellung, daß der Aufenthalt der Partei, an die sie erfolgen sollte, nicht, insbesondere nicht dem Gesuchsteller, bekannt gewesen, unerfüllt gewesen sei. Das freie Ermessen des Gerichts muß demnach darüber entscheiden, welche Nachweise es für erforderlich, aber auch für ausreichend erachten will, um annehmen zu können, daß der Aufenthalt der betreffenden Person unbekannt sei.

Zu demselben Ergebnisse führt aber auch die Auslegung des Gesetzes aus seiner Entstehungsgeschichte. Die Begründung zu dem Entwurfe der Zivilprozeßordnung skizzierte das Verfahren bei der Erwirkung der öffentlichen Zustellung dahin: „Die öffentliche Zustellung ist nach dem Entwurfe von der Partei nachzusuchen und nach vorgängiger *causae cognitio* mit oder ohne Anhörung des Petenten vom Prozeßgerichte zu bewilligen (gegen die Ablehnung des Gesuchs findet Beschwerde statt —).“

Vgl. Hahn, Materialien zur Zivilprozeßordnung 2. Aufl. Bd. 1 S. 233. Auch hier wird somit nur eine Prüfung der von dem Gesuchsteller zu erbringenden Nachweise durch das Gericht verlangt, das Maß der zu erfordernden Aufklärungen aber dessen pflichtmäßigem Ermessen überlassen. Bei der ersten Lesung des Entwurfs in der Kommission des Reichstags aber bemerkte der Direktor im Reichskanzleramte, v. Amberg, auf das Bedenken des Abgeordneten Klotz, daß im Gesetze nicht bestimmt sei, unter welchen Voraussetzungen der Aufenthalt einer Person als unbekannt gelten solle, und auf die einfache Behauptung des Extrahenten hin doch Unbekanntsein des Aufenthalts nicht angenommen werden könne: man werde gut tun, dem richterlichen Ermessen hier freien Spielraum zu lassen, zumal da generelle Bestimmungen darüber, wann der Aufenthalt einer Person unbekannt sei und wann nicht, kaum möglich seien. Durch diese Äußerung erklärte der Abgeordnete Klotz sich für befriedigt; vgl. Hahn, a. a. O. Bd. 1 S. 580.

Auf Zustellungen von Amts wegen sodann, die als öffentliche zu bewirken sind, — und um eine solche handelt es sich im vorliegenden Falle nach § 625 B. P. O. (früher § 582) — müssen die Bestimmungen der §§ 203 flg. (früher §§ 186 flg.) zur entsprechenden

Anwendung kommen. Diese jetzt in § 208 Z.P.D. ausdrücklich gegebene Vorschrift muß auch schon für die Zeit der Herrschaft der früheren Fassung des Gesetzes nach allgemeinen Grundsätzen als in Geltung gewesen angesehen werden. Hiernach ist es zunächst Sache des Prozeßgerichts, das die öffentliche Zustellung anordnet, das Vorhandensein der Voraussetzungen dafür von Amts wegen festzustellen. Der Natur der Sache nach können aber die Nachweise, die vorher bereits die Partei für eine auf Parteibetrieb zu bewirkende öffentliche Zustellung dafür beigebracht hat, daß der Aufenthalt der Person, der zugestellt werden soll, unbekannt sei, nach Lage der Umstände für ausreichend zu der Annahme erachtet werden, daß auch zur Zeit der späteren von Amts wegen vorzunehmenden öffentlichen Zustellung der Aufenthalt jener Person unbekannt sei.

Wendet man diese Sätze auf den hier vorliegenden Fall an, so ergibt sich folgendes. Die von der Klägerin mit der Klageschrift überreichte Bescheinigung des Gemeindevorstehers in B. vom 11. Juni 1890 konnte an sich als ausreichender Nachweis betrachtet werden, daß der Aufenthalt des Beklagten unbekannt sei. In Verbindung mit der späteren Bescheinigung des Arbeiters D. und des Zimmermanns A., Nachbarn der Klägerin, vom 2. April 1891, daß der Beklagte sich bisher zur Fortsetzung des ehelichen Lebens bei der Klägerin nicht wieder eingefunden habe, und der Bitte des Sachwalters der letzteren in dem Termine vom 19. Juni 1891, die Zustellung des Urteils an den Beklagten öffentlich zu bewirken, konnte sodann das Prozeßgericht in jener ersten Bescheinigung vom 11. Juni 1890 auch eine genügende Grundlage für die Annahme finden, daß auch zur Zeit des Erlasses des Scheidungsurteils der Aufenthalt des Beklagten noch unbekannt wäre. Ob es, objektiv betrachtet, sachgemäß war, einen solchen Nachweis ohne persönliche Anhörung der Klägerin als gegeben anzusehen, war in den höheren Rechtszügen nicht zu untersuchen, da nach den obigen Ausführungen das Gericht lediglich nach seinem freien Ermessen darüber zu entscheiden hatte, ob es jenen Nachweis als vorliegend ansehen konnte oder nicht.

Vgl. Petersen u. Anger, Z.P.D. 4. Aufl., Bem. 4 zu § 204;

Gaupp, Z.P.D. Bem. IV zu § 187.

War aber hiernach die Annahme des Prozeßgerichts nicht zu beanstanden, daß die Voraussetzung für die Bewirkung der Zustellung

des Scheidungsurteils an den Beklagten im Wege der öffentlichen Bekanntmachung erfüllt sei, so wurde mit dieser Zustellung auch die Frist zur Einlegung der Berufung in Lauf gesetzt. Daraus folgt dann aber nach den aus dem Tatbestande sich ergebenden Feststellungen, daß die erst im November 1903 erfolgte Einlegung der Berufung verspätet war. Das Berufungsgericht hat deshalb mit Recht die Berufung als unzulässig verworfen. Ob der Beklagte etwa eine Restitutionsklage oder einen Schadensersatzanspruch gegen die Klägerin wegen arglistigen Verhaltens erheben könnte, ist im gegenwärtigen Rechtsstreite nicht zu erörtern." . . .