

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

ZPO §§ 175, 213

- a) Die Zustellung eines Versäumnisurteils nach § 175 Abs. 1 Satz 2 ZPO ist unwirksam, wenn eine mündliche Verhandlung nicht stattgefunden hat und der Zustellungsempfänger dem Gegner vorher auch keinen Schriftsatz hat zustellen lassen.
- b) Ein Vermerk der Geschäftsstelle, der nur besagt, das zuzustellende Schriftstück dem Justizwachtmeister zwecks Zustellung durch Aufgabe zur Post übergeben zu haben, entspricht nicht den Anforderungen des § 213 Satz 1 ZPO (Ergänzung zu BGHZ 8, 314, 316; 32, 370, 372). Der Fehler zieht die Unwirksamkeit der Zustellung nach sich. Er wird nicht durch Erteilung einer aus den Akten nicht ersichtlichen Auskunft über die Zustellung behoben.

BGH, Beschl. v. 28. September 1978 - IV ZB 104/78 - OLG Saarbrücken
AG St. Wendel

17

BUNDESGERICHTSHOF

IV ZB 104/78

BESCHLUSS

in dem Rechtsstreit

des Herrn Fred A [REDACTED],
[REDACTED] 6, rue de M [REDACTED], F- [REDACTED] P [REDACTED] R [REDACTED],

Beklagten und Beschwerdeführers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Frau Dorothee A [REDACTED] geb. C [REDACTED],
Am S [REDACTED] platz, St. W [REDACTED],

Klägerin und Beschwerdegegnerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

17

Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat
am 28. September 1978 durch den Vorsitzenden Richter
Dr. Grell und die Richter Dr. Buchholz, Rottmüller,
Dr. Hoegen und Dr. Seidl

beschlossen:

Auf die weitere Beschwerde des Beklagten
wird der Beschluß des 6. Zivilsenats -
Senats für Familiensachen - des Oberlan-
desgerichts Saarbrücken vom 20. Juni 1978
aufgehoben.

Des weiteren wird auf die Beschwerde des
Beklagten der Beschluß des Familiengerichts
St. Wendel vom 19. April 1978 nebst
dem ihm zugrunde liegenden Verfahren auf-
gehoben.

Die Sache wird an das Amtsgericht - Fami-
liengericht - St. Wendel zur neuen Ent-
scheidung, auch über die Kosten der Be-
schwerde und der weiteren Beschwerde, zu-
rückverwiesen.

G r ü n d e :

I.

Die Klägerin begehrt von ihrem von ihr getrennt
lebenden oder bereits geschiedenen Ehemann die Zahlung
einer monatlichen Unterhaltsrente von 1.367,40 DM ab



1. August 1977 und eines Unterhaltsrückstandes von 5.100,-- DM. Die Klage wurde dem in Paris wohnhaften Beklagten auf diplomatischem Wege am 27. Oktober 1977 zugestellt. Am 12. Dezember 1977 erging gegen ihn ohne mündliche Verhandlung Versäumnisurteil nach Antrag. Die Zustellung des Urteils an den Beklagten wurde am 23. Februar 1978 durch Aufgabe zur Post vorgenommen, der Beklagte will das Urteil nach der von ihm abgegebenen eidesstattlichen Versicherung am 6. März 1978 erhalten haben.

Am 13. März 1978 hat der Beklagte zu Protokoll des Amtsgerichts Einspruch gegen das Versäumnisurteil eingelegt und zugleich Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragt. Mit Beschluß vom 19. April 1978 hat das Amtsgericht - Familiengericht - den Wiedereinsetzungsantrag zurückgewiesen und den Einspruch gegen das Versäumnisurteil wegen Verspätung als unzulässig verworfen. Der Beschluß ist dem Beklagten durch Aufgabe zur Post, die am 27. April 1978 erfolgte, mit Rückschein zugestellt worden und dem Beklagten am 2. Mai 1978 zugegangen.

Mit einem beim Amtsgericht am 16. Mai 1978 eingegangenen Schriftsatz hat der Beklagte gegen den Beschluß sofortige Beschwerde eingelegt. Mit einem weiteren Schriftsatz vom 29. Mai 1978 hat er die sofortige Beschwerde begründet, nochmals Einspruch gegen das Versäumnisurteil eingelegt und den Antrag auf Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der Einspruchsfrist wiederholt. Das Oberlandesgericht hat die sofortige Beschwerde mit Beschluß vom 20. Juni 1978 wegen Verspätung verworfen.

Gegen diesen Beschluß, der dem Prozeßbevollmächtigten des Beklagten am 4. Juli 1978 zugestellt worden ist, hat dieser mit einem bei dem Oberlandesgericht am 18. Juli 1978 eingegangenen Schriftsatz sofortige weitere Beschwerde eingelegt. Die Klägerin beantragt, die weitere Beschwerde als unzulässig zu verwerfen.

II.

1. Die weitere Beschwerde ist statthaft, wenn gegen ein Urteil gleichen Inhalts die Revision stattfinden würde (§ 568 a ZPO). Das ist hier der Fall, da ein Urteil, das die Berufung gegen ein den Einspruch verwerfendes Urteil als unzulässig verwirft, nach § 547 ZPO mit der Revision angefochten werden kann. Die in der Beschwerdeerwiderung vertretene Ansicht, die weitere Beschwerde sei, wie sich aus dem letzten Halbsatz des § 568 a ZPO ergebe, nur bei Zulassung durch das Oberlandesgericht oder in vermögensrechtlichen Streitigkeiten mit einem Wert von über 40.000,-- DM zulässig, ist unzutreffend. In den Fällen des § 547 ZPO ist die Revision schlechthin zulässig, ohne daß es einer Zulassung durch das Oberlandesgericht oder der Überschreitung der genannten Wertgrenze bedarf. Die Zulässigkeit der weiteren sofortigen Beschwerde folgt in diesen Fällen unmittelbar aus dem vorausgehenden Text des § 568 a ZPO, so daß insoweit die Verweisung auf die Vorschriften der §§ 546, 554 b ZPO im letzten Halbsatz des § 568 a ZPO nicht zum Zuge kommt. Durch diese Verweisung sollen die für die Revision geltenden Zulässigkeitsvorschriften für entsprechend anwend-

bar erklärt, nicht aber die entsprechende Anwendung des § 547 ZPO ausgeschlossen werden (ebenso Stein/Jonas/Grunsky ZPO 20. Aufl. § 568 a Rn. 4).

Entgegen der in der Beschwerdebegründung vertretenen Ansicht ist die weitere sofortige Beschwerde auch formgerecht eingelegt worden. Sie brauchte nicht beim Bundesgerichtshof eingereicht zu werden. Vielmehr stand es dem Beschwerdeführer frei, sie gemäß § 569 Abs. 1 ZPO bei dem Gericht einzulegen, das die angefochtene Entscheidung erlassen hat, oder gemäß § 577 Abs. 2 Satz 2 ZPO bei dem Beschwerdegericht. Im ersten Fall bedarf es nicht der Zuziehung eines bei dem Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalts. Die in der Beschwerdeerwiderung angezogene Kommentarstelle (Stein/Jonas/Grunsky ZPO 20. Aufl. § 569 Rn. 7) sagt nichts anderes.

Die Zweiwochenfrist des § 577 Abs. 2 Satz 1 ZPO ist eingehalten worden. Die weitere sofortige Beschwerde ist daher zulässig.

2. Die Beschwerde ist auch sachlich begründet.

Zunächst war der von dem Beklagten gegen das Versäumnisurteil vom 12. Dezember 1977 eingelegte Einspruch entgegen der Ansicht des Amtsgerichts nicht verspätet. Die Zustellung des Versäumnisurteils ist nämlich fehlerhafterweise nach § 175 Abs. 1 Satz 2 ZPO vorgenommen worden. Nach dieser Vorschrift ist die Zustellung bei einer im Ausland wohnenden Partei möglich, wenn diese nicht bei der nächsten gerichtlichen Verhandlung oder in einem vorher dem Geg-

ner zugestellten Schriftsatz einen Zustellungsbevollmächtigten benannt hat. Im vorliegenden Fall hat eine mündliche Verhandlung nicht stattgefunden; vielmehr hat das Amtsgericht das Versäumnisurteil gemäß § 331 Abs. 3 ZPO ohne mündliche Verhandlung erlassen. Der Beklagte hatte vor Erlaß des Versäumnisurteils ausweislich der Akten auch keinen Schriftsatz eingereicht oder zustellen lassen. Demnach waren die Voraussetzungen für eine Zustellung nach § 175 Abs. 1 Satz 2 ZPO nicht gegeben. Somit trat die Rechtsfolge des § 175 Abs. 1 Satz 3 ZPO nicht ein.

Auch die Zustellung des vom Amtsgericht erlassenen Beschlusses vom 19. April 1978 ist fehlerhaft. Sie konnte zwar, wie geschehen, nach § 175 Abs. 1 Satz 2 ZPO vorgenommen werden. Der Beklagte hatte weder bei den zu Protokoll der Geschäftsstelle des Amtsgerichts am 13. März 1978 abgegebenen Erklärungen noch in dem weiteren an das Amtsgericht gerichteten Schriftsatz vom 4. April 1978 einen Zustellungsbevollmächtigten benannt. Daher waren die Voraussetzungen für die Zustellung nach § 175 Abs. 1 Satz 2 ZPO gegeben. Es ist auch nicht zu beanstanden, daß von der Geschäftsstelle eine Zustellung des Beschlusses durch Aufgabe zur Post veranlaßt worden ist. Die von dem Beklagten in der Beschwerde vertretene Ansicht, diese Zustellungsart verstoße gegen § 175 Abs. 1 Satz 2 ZPO, da nach dieser Vorschrift das Schriftstück durch den Gerichtsvollzieher zur Post gegeben werden müsse, trifft nicht zu. Das Erfordernis, daß der Gerichtsvollzieher das Schriftstück zur Post geben soll, gilt nur für die Zustellungen, die die Parteien vornehmen lassen, nicht für Zustellungen von Amts wegen,

für die nach § 209 ZPO die Geschäftsstelle zuständig ist (Baumbach/Lauterbach ZPO 36. Aufl. § 175 Anm. 1 C; Stein/Jonas ZPO 19. Aufl. § 175 Anm. III 3).

Jedoch bestimmt § 213 ZPO für die von Amts wegen vorgenommene Zustellung durch Aufgabe zur Post, daß der Urkundsbeamte der Geschäftsstelle in den Akten zu vermerken hat, zu welcher Zeit und unter welcher Adresse die Aufgabe zur Post geschehen ist. Ein solcher Vermerk befindet sich hier nicht in den Akten. Vielmehr enthalten die Akten nur den Vermerk der Geschäftsstelle, die Beschlußausfertigung dem Wachtmeister zur Zustellung durch Aufgabe zur Post übergeben zu haben (Bl. 45 d.A.). Bei der grundlegenden Bedeutung, die der Zustellung, vor allem für den Beginn der Rechtsmittelfrist, zukommt, und im besonderen im Hinblick auf die schwerwiegende Fiktion des Zustellungsdatums bei der Zustellung nach § 175 ZPO (§ 175 Abs. 1 Satz 3 ZPO), müssen an die Einhaltung der für die Zustellung vorgeschriebenen Formen strenge Anforderungen gestellt werden. Das gilt auch gerade für den in § 213 Satz 1 ZPO vorgeschriebenen Vermerk, der bei der Zustellung nach § 175 ZPO an die Stelle der Aufnahme einer Zustellungsurkunde tritt (§ 213 Satz 2 ZPO). Ist der Vermerk, wie hier, nicht formgerecht vorgenommen worden, dann kann die Zustellung nicht als wirksam angesehen werden (BGHZ 8, 314, 316; 32, 370, 372).

Auf gerichtlichen Hinweis wegen der sich aus § 213 ZPO ergebenden Bedenken gegen die Wirksamkeit der Zustellung hat die Klägerin und Beschwerdegegnerin vorgebracht, ihrem erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten sei von der Geschäftsstelle des Amtsgerichts

auf Anfrage am 27. Februar 1978 die Auskunft zuteil geworden, das Versäumnisurteil sei am 21. Februar 1978 unter der (namentlich angegebenen) Adresse des Beklagten diesem durch Aufgabe zur Post zugestellt worden. Mit dieser Auskunft ist jedoch nichts zu Gunsten der Wirksamkeit der Zustellung gewonnen, selbst wenn eine entsprechende Auskunft auch hinsichtlich der Zustellung des Beschlusses vom 19. April 1978 erteilt worden sein sollte. Nach § 213 ZPO muß "in den Akten" vermerkt werden, zu welcher Zeit und unter welcher Adresse die Aufgabe zur Post geschehen ist. Dieses Erfordernis ist ebenso zwingend wie der vorgeschriebene Inhalt des Vermerks und dessen Unterzeichnung durch den verantwortlichen Urkundsbeamten der Geschäftsstelle. Allein die ordnungsmäßige Fassung und Niederlegung des Vermerks in den Akten ermöglicht es den Gerichten, insbesondere dem Rechtsmittelgericht, und dem Zustellungsempfänger im Falle der Akteneinsicht, sich Kenntnis über die Einhaltung der gesetzlichen Erfordernisse und den Zeitpunkt der Zustellung zu verschaffen. Eine nur nach außen gelangende Mitteilung über die gesetzlich vorgeschriebenen Erfordernisse, die nicht dem aktenkundigen Vermerk entspricht, vermag die Fehlerhaftigkeit des Vermerks und die sich aus ihr ergebende Unwirksamkeit der Zustellung nicht zu beheben. Urschrift oder Abschrift der Auskunft sind auch nicht nachträglich bis zum Abschluß der Instanz von der Geschäftsstelle zu den Akten genommen worden.

Mangels wirksamer Zustellung ist die Beschwerdefrist nicht in Lauf gesetzt worden und das Oberlandesgericht durfte die gegen den Beschluß des Familiengerichts eingelegte Beschwerde nicht wegen Verspätung

als unzulässig verwerfen. Der Beschluß des Oberlandesgerichts war deshalb aufzuheben. Mit seiner Aufhebung war, da die Sache insoweit entscheidungsreif ist, zugleich der Beschluß des Familiengerichts vom 19. April 1978 nebst dem diesem zugrunde liegenden Verfahren aufzuheben und die Sache in entsprechender Anwendung des § 538 Abs. 1 Nr. 1 ZPO an das Familiengericht zurückzuverweisen. Der vom Beklagten gegen das Versäumnisurteil des Familiengerichts eingelegte Einspruch war entgegen der Ansicht des Familiengerichts rechtzeitig, da auch die Zustellung des Versäumnisurteils fehlerhaft war, einmal deswegen, weil, wie oben bereits ausgeführt worden ist, insoweit die Voraussetzungen des § 175 ZPO nicht vorlagen, und zum anderen, weil der nach § 213 ZPO erforderliche Vermerk hier aus den gleichen Gründen wie bei der Zustellung des Beschlusses vom 19. April 1978 fehlerhaft war. Die Einspruchsfrist war deshalb nicht in Lauf gesetzt worden.

Dr. Grell

Dr. Buchholz

Rottmüller

Dr. Hoegen

Dr. Seidl