

BUNDESGERICHTSHOFIV ZB 63/71**BESCHLUSS**

in Sachen

des Schachtmeisters Martin M [REDACTED], G [REDACTED],
M [REDACTED]straße [REDACTED],

Berufungsklägers und Beschwerde-
führers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED]
[REDACTED] -

gegen

den am [REDACTED] 1969 geborenen Werner K [REDACTED],
gesetzlich vertreten durch das Kreisjugendamt in M [REDACTED]
an der D [REDACTED],

Berufungsbeklagten und
Beschwerdegegner,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED],
[REDACTED] -

Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat in der Sitzung vom 10. November 1971 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Hauß und der Bundesrichter Johannsen, Dr. Pfretzschner, Dr. Reinhardt und Dr. Bukow

beschlossen:

Der Beschluß des 20. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 15. Juni 1971 wird aufgehoben.

G r ü n d e

Der Beklagte hat gegen das in dieser Sache ergangene Urteil des Amtsgerichts am 11. Juni 1971 Berufung eingelegt. Dieses Rechtsmittel ist durch den angefochtenen Beschluß als unzulässig verworfen worden. Das Berufungsgericht hat angenommen, das angefochtene Urteil des Amtsgerichts sei bereits am 22. April 1971 dem Prozeßbevollmächtigten des Beklagten zugestellt worden. Die Berufung sei daher verspätet eingelegt und deswegen unzulässig.

Die von dem Beklagten hiergegen frist- und formgerecht eingelegte sofortige Beschwerde ist begründet.

Die Berufung ist rechtzeitig eingelegt. Denn das am 26. März 1971 verkündete Urteil des Amtsgerichts war dem Beklagten, als er dieses Rechtsmittel einlegte, noch nicht zugestellt.

Bei dem Rechtsstreit der Parteien handelt es sich um eine Kindschaftssache. Das in dieser Sache ergangene Urteil des

- 3 -

Amtsgerichts war nach §§ 640 Abs. 1, 625 ZPO von Amts wegen zuzustellen. Die Geschäftsstelle des Amtsgerichts hat eine Ausfertigung des Urteils dem Prozeßbevollmächtigten des Beklagten am 22. April 1971 zugehen lassen.

Eine wirksame Zustellung gemäß den §§ 198, 212a ZPO liegt nur vor, wenn der Zustellende den Willen gehabt hat, das übersandte Schriftstück zuzustellen, und auch die Person, der zugestellt werden soll, mitgewirkt hat. Sie muß den Willen gehabt haben, eine Zustellung entgegenzunehmen (BGHZ 14, 342, 345), d.h., es muß ihr bekannt sein, daß der Absender die Absicht hat, ihr das übersandte Schriftstück zuzustellen (Stein/Jonas/Pohle ZPO 19. Aufl. § 198 II 1 für die Zustellung von Anwalt zu Anwalt).

Daß der Absender eines Schriftstücks, das zuzustellen ist, den Willen hat, dieses zuzustellen, kann in der Regel angenommen werden, wenn er es dem Empfänger zugehen läßt und dabei ein vom Empfänger auszufüllendes Empfangsbekanntnis beifügt, ebenso, daß dem Empfänger, der das Schriftstück erhält, diese Absicht bekannt ist. In dem hier zu entscheidenden Fall können jedoch insoweit Zweifel bestehen, die nicht mehr aufgeklärt werden können.

In dem vor dem Inkrafttreten des Nichtehelichengesetze bei dem Amtsgericht anhängig gewesenen Rechtsstreitigkeiten der unehelichen Kinder gegen ihren Erzeuger auf Zahlung von Unterhalt waren die Urteile nach §§ 496, 317 Abs. 1 ZPO im Parteibetrieb zuzustellen. Der Prozeßbevollmächtigte des Beklagten hatte am 31. März 1971 gebeten, ihm eine vollständige Ausfertigung des Urteils vom 26. März 1971 zu übersenden. An der Urschrift dieses Urteils befindet sich folgende mit Schreibmaschine geschriebene Verfügung vom 21. April 1971



"je eine einf. Ausf. d. Urt. m. T. u. Grd. fls.
ert. an RA Betz u. RA Reisert am 21. Apr. 1971".

Handschriftlich ist dann die Abkürzung "fls." gestrichen und darüber geschrieben worden "m.ES.". Das Urteil ist dem Prozeßbevollmächtigten des Beklagten am 21. April 1971 zugeleitet worden. Ein Empfangsbekenntnis war ihm wie dies bei zuzustellenden Schriftstücken sonst üblich, wenn auch nicht erforderlich ist, nicht beigelegt. Die Urteilsausfertigung ging am 22. April 1971 bei dem Prozeßbevollmächtigten ein. Am selben Tage, zeitlich später, erhielt er gleichfalls ein vom 21. April 1971 datiertes Schreiben des Amtsgerichts, durch das er gebeten wurde, in dieser Sache "die anliegende Empfangsbestätigung nachträglich zu unterzeichnen und zurückzuleiten". Unter diesen Umständen muß zugunsten des Prozeßbevollmächtigten davon ausgegangen werden, daß die Urteilsausfertigung dem Prozeßbevollmächtigten nur formlos übersandt worden ist und der Wille, sie ihm zuzustellen, gefehlt hat. Dann würde keine wirksame Zustellung vorliegen. Die formlose, wenn auch erweisliche Übersendung einer Urkunde an die Partei ist keine Zustellung (Stein/Jonas/Pohle ZPO 19. Aufl. vor § 166 IV 1).

Eine wirksame Zustellung liegt nicht deswegen vor, weil dem Prozeßbevollmächtigten nachträglich ein Empfangsbekenntnis übersandt worden ist, das er auch unterzeichnet hat. Zwar kann der Empfang eines zugestellten Schriftstücks auch nachträglich bestätigt werden und die Bestätigung wirkt dann auf den Zeitpunkt zurück, in dem der Zustellungsempfänger das zugestellte Schriftstück entgegengenommen hat (BGHZ 35, 236). Voraussetzung ist aber, daß, abgesehen von dem Fehlen der Empfangsbestätigung, eine wirksame Zustellung vorliegt.

Der Mangel der Zustellung ist auch nicht nach § 187 ZPO geheilt. Die Berufungsfrist ist nach § 516 ZPO eine Notfrist. Für diese gilt die Bestimmung des § 187 Satz 1 ZPO nicht.

Wenn dem Empfänger, wie es hier geschehen ist, eine Ausfertigung des zuzustellenden Schriftstücks formlos übersandt worden ist, muß, damit eine wirksame Zustellung vorliegt, grundsätzlich das zuzustellende Schriftstück nochmals mit dem Willen, es zustellen zu wollen, übersandt werden. Davon kann nur abgesehen werden, wenn der Empfänger eindeutig zu erkennen gibt, daß er auf die nochmalige Übersendung des Schriftstücks verzichtet und das in den §§ 198, 212a ZPO genannte Empfangsbekenntnis für das bereits in seinem Besitz befindliche Schriftstück ausstellt und dem Zustellenden zuleitet.

Einen solchen Verzicht hat der Prozeßbevollmächtigte des Beklagten nicht erklärt. Er hat zwar das Empfangsbekenntnis nachträglich ausgefüllt und darin den Empfang der ihm "zugestellten" Ausfertigung bekannt. In dieser Erklärung liegt unter den hier gegebenen Umständen kein Verzicht auf die wiederholte Übersendung der Ausfertigung. Ein solcher könnte nur angenommen werden, wenn das Gericht, als es dem Prozeßbevollmächtigten den Vordruck des Empfangsbekenntnisses mit der Bitte, es zu unterzeichnen, zuleitete, auf das unterlaufene Versehen hingewiesen und gebeten hätte, das formlos übersandte Schriftstück als zugestellt gelten zu lassen. Das war nicht geschehen. Das Amtsgericht hat den Prozeßbevollmächtigten nur gebeten, die anliegende Empfangsbestätigung nachträglich zu unterzeichnen und zurückzuleiten. Es liegt nahe, daß dem Prozeßbevollmächtigten des Beklagten bei der Unterzeichnung der Empfangsbestätigung nicht bewußt war, daß sie mit einer beabsichtigten Zustellung des Urteils von Amts wegen im Zusammenhang stand.

- 6 -

Da sonach das Urteil des Amtsgerichts noch nicht zugestellt war, als der Prozeßbevollmächtigte des Beklagten am 11. Juni 1971 Berufung einlegte, mußte der angefochtene Beschluß aufgehoben werden.

Dr. Hauß

Johannsen

Dr. Pfretzschner

Dr. Reinhardt

Dr. Bukow