

78

Nachschlagewerk: ja  
BGHZ: nein

BGB § 1587 Abs. 2; ZPO §§ 176, 187, 295

- a) Ist ein Scheidungsantrag unter Verstoß gegen zwingende Formvorschriften (hier: § 176 ZPO) zugestellt worden, so wirkt eine Heilung des Formmangels nach § 295 ZPO nicht auf den Zeitpunkt der (fehlerhaften) Zustellung zurück.
- b) Die fehlerhafte Zustellung des Scheidungsantrages kann nach § 187 ZPO geheilt werden.

BGH, Beschl.v. 21. Dezember 1983 - IVb ZB 29/82 - OLG Köln  
AG Köln

# BUNDESGERICHTSHOF

IVb ZB 29/82

## BESCHLUSS

in der Familiensache

Hans Georg H [REDACTED], E [REDACTED] Weg [REDACTED], A [REDACTED]/Ahr,

Antragsteller,

- Verfahrensbevollmächtigte  
I. Instanz:

Rechtsanwälte Dr. [REDACTED]  
und [REDACTED]  
[REDACTED], [REDACTED] -

g e g e n

Anna H [REDACTED] geb. F [REDACTED], I [REDACTED] Weg [REDACTED], K [REDACTED],

Antragsgegnerin,

- Verfahrensbevollmächtigter  
I. Instanz:

Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]  
[REDACTED] / [REDACTED] -  
[REDACTED], [REDACTED] -

### weitere Beteiligte:

1. Land Nordrhein-Westfalen, vertreten durch das Landesamt  
für Besoldung und Versorgung Nordrhein-Westfalen, V [REDACTED]  
[REDACTED] Straße [REDACTED], D [REDACTED] 1, zu Az.: [REDACTED] [REDACTED] 07,

Beschwerdeführer,

- Verfahrensbevollmächtigter:

Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

2. Landesversicherungsanstalt Rheinprovinz, K [REDACTED] sallee [REDACTED],  
D [REDACTED] 1, zu Vers.-Nr.: [REDACTED] F 526

Der IVb - Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat durch  
den Vorsitzenden Richter Lohmann und die Richter Portmann,  
Dr. Seidl, Dr. Krohn und Nonnenkamp

am 21. Dezember 1983  
beschlossen:

Auf die weitere Beschwerde des Landes Nordrhein-  
Westfalen wird der Beschluß des 21. Zivilsenats  
- Senat für Familiensachen - des Oberlandesge-  
richts Köln vom 30. November 1981 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Behandlung und Ent-  
scheidung, auch über die Kosten des Verfahrens  
der weiteren Beschwerde, an das Oberlandesgericht  
zurückverwiesen.

Beschwerdewert: 1.000 DM.

### G r ü n d e :

#### I.

Die Parteien haben am 28. August 1954 geheiratet.  
Der Scheidungsantrag des Ehemannes (Antragsteller) ist der  
Ehefrau (Antragsgegnerin) selbst am 2. Juni 1979 zugestellt  
worden. Die Vorinstanzen sind davon ausgegangen, daß die  
Ehezeit (§ 1587 Abs. 2 BGB), die am 1. August 1954 begonnen  
hat, am 31. Mai 1979 geendet habe.



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)  
Kostenlos  
Über 200 Gesetze  
Über 100.000 Urteile  
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Die Ehefrau hat während der Ehe Rentenanwartschaften bei der Landesversicherungsanstalt Rheinprovinz (LVA, weitere Beteiligte zu 2) erworben; sie war am 31. Mai 1979 noch erwerbstätig. Für den Ehemann sind Anwartschaften in der gesetzlichen Rentenversicherung nur in der Zeit vor der Ehe begründet worden. Er stand vom 1. Mai 1949 bis zum 31. März 1980, als er vorzeitig in den Ruhestand versetzt wurde, als Beamter im Justizdienst des Landes Nordrhein-Westfalen (weiterer Beteiligter zu 1).

Das Amtsgericht - Familiengericht - hat die Ehe vorab geschieden - insoweit rechtskräftig - und sodann den Versorgungsausgleich in der Weise geregelt, daß es zu Lasten der Beamtenversorgung des Ehemannes für die Ehefrau auf deren Versicherungskonto bei der LVA Rentenanwartschaften in Höhe von monatlich 199,20 DM, bezogen auf den 31. Mai 1979, begründet hat. Die dagegen gerichtete Beschwerde des Landes Nordrhein-Westfalen hat das Oberlandesgericht zurückgewiesen. Mit der - zugelassenen - weiteren Beschwerde will das Land wie in den Vorinstanzen erreichen, daß die beamtenversorgungsrechtlich eingreifende Kürzungsregelung im Versorgungsausgleich berücksichtigt wird.

## II.

Das Rechtsmittel führt zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und zur Zurückverweisung der Sache an das Oberlandesgericht. Seine Annahme, die Ehezeit (§ 1587 Abs. 2 BGB) habe mit dem 31. Mai 1979 geendet, wird durch den Sachverhalt, den der Senat seiner Entscheidung zugrundelegen hat, nicht getragen. Damit entbehrt die Regelung

des Versorgungsausgleichs durch das Oberlandesgericht insoweit der Grundlage.

1. Nach § 1587 Abs. 2 BGB gilt als Ende der Ehezeit im Sinne der Vorschriften über den Versorgungsausgleich das Ende des Monats, der dem Eintritt der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrages vorausgeht. Die Rechtshängigkeit wird durch die Erhebung des Scheidungsantrages begründet (§ 608 i.V. mit § 261 Abs. 1 ZPO), diese wiederum erfolgt durch seine Zustellung (§ 253 Abs. 1 ZPO).

Im vorliegenden Fall hat sich mit Schriftsatz vom 18. Mai 1979, bei Gericht eingegangen am 22. Mai 1979, Rechtsanwalt Dr. Speith unter Vorlage einer Prozeßvollmacht für das Ehescheidungsverfahren zum Verfahrensbevollmächtigten der Ehefrau bestellt. Gleichwohl ist der Scheidungsantrag am 2. Juni 1979 an die Ehefrau selbst zugestellt worden. Das verstößt gegen die Vorschrift des § 176 ZPO, nach der Zustellungen, die in einem anhängigen Rechtsstreit bewirkt werden sollen, an den für den Rechtszug bestellten Prozeßbevollmächtigten erfolgen müssen. Diese Regel gilt bereits für die Zustellung der Klage (hier: Antragsschrift), weil § 176 ZPO nur die Anhängigkeit, nicht aber die Rechtshängigkeit der Klage voraussetzt (Senatsbeschuß vom 1. Oktober 1980 - IVb ZR 613/80 - LM ZPO § 176 Nr. 13).

Der Verstoß gegen § 176 ZPO macht die Zustellung wirkungslos (BGHZ 61, 308, 310; OLG Köln MDR 1976, 50; Baumbach/Lauterbach/Hartmann ZPO 42. Aufl. § 176 Anm. 2 E; Stein/Jonas/Pohle ZPO 19. Aufl. § 176 Anm. V; Zöllner/Stephan ZPO 13. Aufl. § 176 Anm. 4). Mit der

Zustellung an die Ehefrau selbst ist der Scheidungsantrag daher nicht erhoben worden, so daß diese Zustellung das Ende der Ehezeit im Sinne des § 1587 Abs. 2 BGB nicht festgelegt hat.

2. Allerdings hat die Ehefrau in der mündlichen Verhandlung vor dem Familiengericht vom 17. November 1980, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Speith, zur Sache verhandelt, ohne den Mangel der Zustellung zu rügen. In der vorhergehenden mündlichen Verhandlung vom 18. September 1980 war sie zwar auch erschienen und hatte der Scheidung zugestimmt, jedoch war sie damals nicht, wie nach § 78 Abs. 1 Satz 2 ZPO erforderlich, durch einen Rechtsanwalt vertreten gewesen. Durch die rügelose Verhandlung am 17. November 1980 ist der Zustellungsmangel gemäß § 295 ZPO geheilt worden, jedoch nur mit der Folge, daß als Ende der Ehezeit spätestens der 31. Oktober 1980 anzusetzen ist. Auf den Zeitpunkt der (unwirksamen) Zustellung wirkt diese Heilung nicht zurück.

Nach § 295 Abs. 1 ZPO kann die Verletzung einer das Verfahren und insbesondere die Form einer Prozeßhandlung betreffenden Vorschrift nicht mehr gerügt werden, wenn die Partei den Mangel in der nächsten mündlichen Verhandlung nicht gerügt hat, soweit nicht Vorschriften verletzt sind, auf deren Befolgung die Partei wirksam nicht verzichten kann. Zu den danach im Regelfall verzichtbaren Rügen gehören Beanstandungen hinsichtlich der Zustellung der Klageschrift (BGHZ 25, 66, 72 m.w.Nachw.; allgemeine Meinung). Die rügelose Verhandlung bewirkt in derartigen Fällen den Eintritt der Rechtshängigkeit.

Bei der Frage, in welchem Zeitpunkt dann die Rechtshängigkeit eintritt, ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zu unterscheiden: Wenn die Klage überhaupt nicht zugestellt worden war, ist es so anzusehen, als sei sie in dem Augenblick zugestellt, in dem dieser Mangel nach § 295 ZPO geheilt wird; Rechtshängigkeit tritt daher in derartigen Fällen mit dem Verlust des Rügerechtes ex nunc ein (BGHZ 25, 66, 75; Johannsen in der Anmerkung zu diesem Urteil bei LM ZPO § 295 Nr. 13; vgl. dazu auch BGH Urteil vom 5. Juni 1961 - III ZR 73/60 - NJW 1961, 1627, 1629; von dieser Beurteilung geht weiterhin die Entscheidung vom 22. Dezember 1952 - III ZR 152/52 - LM DBG § 143 Nr. 4 - aus). Anders verhält es sich bei zwar erfolgter, aber fehlerhafter Zustellung. In solchen Fällen bewirkt der Verlust des Rügerechtes nach § 295 ZPO, daß der Anspruch - ex tunc - in dem Augenblick rechtshängig geworden ist, in dem die Klage fehlerhaft zugestellt worden war (Johannsen aaO; ebenso schon RGZ 87, 271, 272 f.; vgl. zur rückwirkenden Behebung von Mängeln der Art der Zustellung - dort im Gegensatz zu Mängeln der Klageschrift - auch BGH Urteil vom 9. Mai 1957 - III ZR 129/55 - LM ZPO § 253 Nr. 16).

Hier liegt ein Fall fehlerhafter Zustellung vor, der also an sich zur zweiten Gruppe gehört. Gleichwohl ist der Mangel hier nicht rückwirkend geheilt worden. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs können Klageausschlußfristen, die nicht der Parteidisposition unterliegen und deren Wahrung von Amts wegen zu prüfen ist, nicht dadurch der Entscheidung des Beklagten überlassen werden, daß darauf abgestellt wird, ob dieser wegen der Ordnungswidrigkeit der Klageerhebung eine

Rüge erhebt oder sich rügelos zur Hauptsache einläßt (BGHZ 22, 254, 257 = LM ZPO § 295 Nr. 11 mit Anmerkung von Pagendarm). Gleiches muß für den hier vorliegenden Fall gelten, daß die Zustellung das Ende der Ehezeit nach § 1587 Abs. 2 BGB bestimmt. Auch die Festlegung dieses Zeitpunktes muß von der unter Umständen willkürlichen Beeinflussung freigehalten werden, die dem Antragsgegner durch die Rüge des Mangels der Zustellung der Antragsschrift oder durch rügelose Einlassung zur Hauptsache zu Gebote stände. Die Bestimmung der Ehezeit ist für die Durchführung des Versorgungsausgleichs von großer Bedeutung. Um die Höhe des auszugleichenden Saldos zu gewinnen, müssen die beiderseits in der Ehezeit erworbenen Anwartschaften festgestellt werden. Eine Veränderung des Zeitpunktes des Endes der Ehezeit würde - je nach der Entwicklung der Versorgungsanwartschaften der Parteien - für die eine vorteilhaft sein und sich für die andere nachteilig auswirken. Als eine somit wichtige bürgerlich-rechtliche Auswirkung der Rechtshängigkeit steht die Bestimmung des Ehezeitendes, wenn der Antragsteller die Voraussetzungen für eine Zustellung der Antragsschrift geschaffen hat, nicht mehr zu seiner oder der Disposition des Gegners.

Deshalb wirkt dann, wenn ein Scheidungsantrag unter Verstoß gegen zwingende Formvorschriften zugestellt worden ist, eine Heilung des Formmangels nach § 295 ZPO nicht auf den Zeitpunkt der (fehlerhaften) Zustellung zurück. Diese Auffassung entspricht im Ergebnis derjenigen, die das Oberlandesgericht Stuttgart in der Entscheidung FamRZ 1981, 789 zur Frage der rückwirkenden Heilung eines zunächst durch einen nicht postulationsfähigen Verfahrensbevollmächtigten angebrachten Scheidungsantrages im Blick auf § 1587 Abs. 2 BGB vertreten hat.

3. Der Senat kann jedoch nicht davon ausgehen, daß der Scheidungsantrag erst am 17. November 1980 rechtshängig geworden ist. Nach § 187 ZPO könnte er vielmehr als zu einem früheren Zeitpunkt zugestellt anzusehen sein. Nach dieser Vorschrift kann die Zustellung als in dem Zeitpunkt bewirkt angesehen werden, in dem das Schriftstück dem Prozeßbeteiligten zugegangen ist, an den die Zustellung dem Gesetz gemäß gerichtet war oder gerichtet werden konnte. Im vorliegenden Fall hat das Gericht die Zustellung des Scheidungsantrages an die Ehefrau selbst gerichtet, während die Zustellung wirksam nur an ihren Verfahrensbevollmächtigten bewirkt werden konnte (oben unter 1). Auch bei einem solchen Zustellungsfehler kann § 187 ZPO eingreifen. Das ergibt bereits der Wortlaut der Vorschrift, der es genügen läßt, daß das Schriftstück dem Prozeßbeteiligten zugegangen ist, an den es gerichtet werden konnte (vgl. auch Baumbach/Lauterbach/Hartmann aaO § 187 Anm. 2 B; Stein/Jonas/Pohle aaO § 187 Anm. II 3 d).

Eine nach § 187 ZPO eingetretene Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags bestimmt das Ende der Ehezeit im Sinne des § 1587 Abs. 2 BGB. Dem kann insbesondere nicht entgegengehalten werden, in einem solchen Fall stehe möglicherweise nicht hinreichend fest, wann die Rechtshängigkeit eingetreten ist. Die Anwendung des § 187 ZPO setzt nach dem Wortlaut der Vorschrift nicht nur die Feststellung voraus, daß das Schriftstück zugegangen ist, sondern auch die Feststellung des Zeitpunktes, zu dem dies geschehen ist. Läßt sich dieser Zeitpunkt nicht ermitteln, steht aber fest, wann das Schriftstück spätestens in die Hände des Empfängers gelangt ist, so wird die Zustellung allerdings als in diesem Zeitpunkt

bewirkt angesehen werden können. Auch bei einer Heilung des Mangels einer formgerechten Zustellung nach § 187 ZPO muß also in jedem Fall der Zeitpunkt feststehen, zu dem die Zustellung (ggfs. spätestens) als bewirkt angesehen wird. Gerade wenn es sich - wie hier - um den Zugang eines Schriftstücks bei einem Rechtsanwalt handelt, wird sich dieser Zeitpunkt im übrigen regelmäßig zuverlässig aus dessen Handakten oder auch anhand seiner Schriftsätze feststellen lassen. Läßt sich ein solcher Zeitpunkt im Einzelfall nicht ermitteln, so ist für eine Heilung des Zustellungsmangels kein Raum.

Nach § 187 ZPO "kann" die Zustellung als im Zeitpunkt des Zugangs bewirkt "angesehen werden". Die Vorschrift verlangt also außer der Feststellung des Zugangs und seines Zeitpunkts eine gerichtliche Entscheidung darüber, ob das Schriftstück in diesem Zeitpunkt zugestellt ist. Auch daraus ergeben sich indessen keine durchgreifenden Bedenken, nach der auf diese Weise als bewirkt angesehenen Zustellung eines Scheidungsantrages das Ende der Ehezeit im Sinne des § 1587 Abs. 2 BGB zu bestimmen. In der Entscheidung BGHZ 17, 348, 352 = LM ZPO § 187 Nr. 4 mit Anmerkung von Rothe hat der Bundesgerichtshof selbst eine sachlich so einschneidende Rechtswirkung wie den Übergang von Grundeigentum, der von der Rechtswirksamkeit einer Zustellung abhing, nach der Regelung des § 187 ZPO beurteilt und dazu folgendes ausgeführt: Allerdings bestehe dadurch, daß erst durch die Entscheidung des Gerichts festgestellt werde, ob die Zustellung als bewirkt anzusehen sei, für eine gewisse Zeit eine an sich unerwünschte Unsicherheit über die Rechtslage. Diese könne aber hingenommen werden, da durch die Entscheidung des Gerichts die

Möglichkeit gegeben sei, in einem mit Rechtsgarantien ausgestatteten Verfahren die Unsicherheit zu beheben. Daß die Entscheidung in das pflichtgemäße Ermessen des Gerichts gestellt sei, schaffe gerade die Möglichkeit, den vielf gestalteten Lebensverhältnissen, die hier in Betracht kommen könnten, Rechnung zu tragen und im Einzelfall eine Lösung zu finden, bei der das gebotene Ergebnis nicht an einer im einzelnen Fall leeren Zustellungsförmlichkeit scheitere (BGHZ 17, 348, 352 f.). Diese Erwägungen gelten in entsprechender Weise für die Beantwortung der Frage, ob die Bestimmung des Ehezeitendes im Sinne des § 1587 Abs. 2 BGB von der gerichtlichen Entscheidung nach § 187 ZPO abhängig gemacht werden kann. Die Entscheidung, ob die Zustellung als bewirkt angesehen wird, steht nicht im freien, sondern im pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts. Es wird - unter Beachtung der Interessen des Gegners (Stein/Jonas/Pohle aaO § 187 Anm. III 2) - von der Vorschrift Gebrauch machen, wenn der Zustellungszweck offensichtlich erreicht ist (vgl. Baumbach/Lauterbach/Hartmann aaO § 187 Anm. 2 A a m.w.Nachw.). Denn die Zustellungsvorschriften sind nicht Selbstzweck; sie verlieren an Bedeutung, wenn ihre Funktion auf andere Weise erreicht ist. Das ist im allgemeinen dann geschehen, wenn der Prozeßbeteiligte, an den die Zustellung gerichtet war oder gerichtet werden konnte, trotz Verletzung der Zustellungsvorschriften in den Besitz des Schriftstücks gekommen ist (vgl. BGHZ 17, 348, 352).

Einer Anwendung des § 187 ZPO steht daher aus der Erwägung, daß damit auch das Ende der Ehezeit im Sinne des § 1587 Abs. 2 BGB festgelegt wird, nichts entgegen (ebenso im Ergebnis, wenn auch ohne nähere Begründung,

OLG Schleswig SchlHA 1980, 130; OLG München FamRZ 1981, 167). Danach bedarf es der Feststellung des Zeitpunktes, zu dem die Antragsschrift Rechtsanwalt Dr. Speith (spätestens) zugegangen ist, sowie der darauf beruhenden Entscheidung gemäß § 187 ZPO. Weil diese noch fehlen, muß die Sache an das Oberlandesgericht zurückverwiesen werden.

4. Aufgrund des sich ergebenden Ehezeitendes werden, wenn dieses von dem bisher angenommenen abweicht, vom Tatrichter neue Auskünfte der LVA und des Landes Nordrhein-Westfalen, Landesamt für Besoldung und Versorgung, über die Höhe der beiderseits ehezeitlich erworbenen Versorgungswartschaften eingeholt werden müssen.

Schon wegen des möglicherweise über den 31. Mai 1979 hinausreichenden Erwerbs von Rentenanwartschaften der Ehefrau ist nicht auszuschließen, daß die Beschwerde des Landes Nordrhein-Westfalen - zumindest teilweise - Erfolg hat.

### III.

Für das weitere Verfahren weist der Senat auf folgendes hin:

1. Daß das Oberlandesgericht bei der Bewertung der ehezeitlich erworbenen Beamtenversorgung des Ehemannes beamtenrechtliche Kürzungsvorschriften nicht angewandt hat, entspricht der Rechtslage. Wie der Senat in dem Beschluß vom 1. Dezember 1982 - IVb ZB 532/81 - FamRZ 1983, 358

entschieden hat, sieht § 1587 a Abs. 6 Halbsatz 2 BGB die Berücksichtigung solcher Vorschriften (dort: § 55 BeamtVG) nicht vor, soweit die konkurrierende Rentenanwartschaft vor der Ehezeit erworben worden ist (ebenso Senatsbeschuß vom 6. Juli 1983 - IVb ZB 794/81 - FamRZ 1983, 1005). Danach scheidet im vorliegenden Falle die Berücksichtigung von Kürzungsvorschriften bei der Bewertung der ehezeitlich erworbenen Beamtenversorgung des Ehemannes aus. Das gilt sowohl für eine Anwendung des § 55 BeamtVG als auch für eine solche des § 10 Abs. 2 BeamtVG aF; die Frage, welche dieser Vorschriften aufgrund der Rechtsänderung in Art. 2 § 1 Nr. 5 und 7 des Zweiten Gesetzes zur Verbesserung der Haushaltsstruktur (2. HStruktG) vom 22. Dezember 1981 (BGBl I 1523) einschlägig wäre, stellt sich daher nicht.

2. Hinsichtlich des Einflusses der vorzeitigen Pensionierung des Ehemannes auf die Bewertung seiner Beamtenversorgung weist der Senat auf den Beschluß BGHZ 82, 66 hin, der zu einer unterschiedlichen Beurteilung führt, je nachdem, ob die Versetzung in den Ruhestand vor oder nach dem Ehezeitende

stattgefunden hat. Die Grundsätze der genannten Entscheidung gelten nur dann, wenn die vorzeitige Pensionierung vor dem Ende der Ehezeit lag. Anderenfalls ist nach der allgemeinen Regel des § 1587 a Abs. 2 Nr. 1 BGB die Zeit bis zum Erreichen der Altersgrenze zu berücksichtigen.

Lohmann

Portmann

Seidl

Krohn

Nonnenkamp

