

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

ZPO §§ 175, 213

Zur Zustellung durch Aufgabe zur Post bei Übermittlung
des zuzustellenden Schriftstücks durch Einschreibsendung
mit Rückschein.

BGH, Urt. v. 10. Dezember 1986 - IVb ZR 4/86 - OLG Zweibrücken
AG Landau

BUNDESGERICHTSHOF

51

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IVb ZR 4/86

in der Familiensache

Verkündet am:
10. Dezember 1986
Ernst
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Der IVb - Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 10. Dezember 1986 durch die Richter Dr. Blumenröhr, Portmann, Dr. Krohn, Dr. Macke und Dr. Zysk

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des
6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts
Zweibrücken vom 12. Dezember 1985
wird auf Kosten des Beklagten
zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerin hat den Beklagten, der in der Schweiz lebt, auf Zahlung nachehelichen Unterhalts in Anspruch genommen. Dieser ist zur mündlichen Verhandlung vor dem Amtsgericht - Familiengericht - persönlich erschienen. Einen Zustellungsbevollmächtigten hat er im ersten Rechtszug nicht benannt. Das Amtsgericht hat der Klage durch am 7. September 1984 verkündetes Urteil teilweise stattgegeben. Auf der letzten Seite der in den Gerichtsakten befindlichen Urschrift ist vermerkt, daß eine Urteilsausfertigung an den Beklagten am 14. September 1984 "mit Einschreiben gegen Rückschein" übersandt worden ist. Tatsächlich zugegangen ist dem Beklagten das Urteil am 18. September 1984.

WII



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Mit einem am 17. Oktober 1984 beim Oberlandesgericht eingegangenen Schriftsatz seiner damaligen Prozeßbevollmächtigten Rechtsanwälte Dr. C. und K. hat der Beklagte Berufung gegen das amtsgerichtliche Urteil eingelegt.

Auf Rückfrage des Oberlandesgerichts hat sich der Urkundsbeamte der Geschäftsstelle des Amtsgerichts am 10. Mai 1985 dienstlich dahin geäußert, daß er am 14. September 1984 eine Zustellung des Urteils an den Beklagten durch Aufgabe zur Post bewirkt hat; einen Aktenvermerk gemäß § 213 ZPO hat er nachgeholt.

Der Beklagte hat daraufhin wegen der Versäumung der Frist zur Einlegung der Berufung um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nachgesucht.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Beklagten unter Versagung der beantragten Wiedereinsetzung als unzulässig verworfen. Dagegen richtet sich die Revision des Beklagten.

Entscheidungsgründe

Das Rechtsmittel hat keinen Erfolg.

1. Das Oberlandesgericht geht davon aus, daß die einmonatige Frist für die Einlegung der Berufung (§ 516 ZPO) am 14. September 1984 durch Zustellung des amtsgerichtlichen Urteils im Wege der Aufgabe zur Post in Lauf gesetzt worden ist (§ 175 Abs. 1 Satz 3 ZPO) und daher bereits abgelaufen war, als die



Berufungsschrift am 17. Oktober 1984 einging. Dies hält den Angriffen der Revision stand.

a) Sie bezweifelt nicht, daß die Voraussetzungen für eine Zustellung durch Aufgabe zur Post (§ 175 Abs. 1 Sätze 1 und 2 ZPO) vorgelegen haben, weil der im Ausland lebende Beklagte im ersten Rechtszug keinen Zustellungsbevollmächtigten benannt hatte. Ihr ist zuzugeben, daß wegen der schwerwiegenden Fiktion des § 175 Abs. 1 Nr. 3 ZPO (die Zustellung gilt bereits an dem Tage der Aufgabe zur Post als bewirkt) die gesetzlichen Förmlichkeiten streng einzuhalten sind, wozu gehört, daß der Urkundsbeamte der Geschäftsstelle gemäß § 213 ZPO in den Akten vermerkt, zu welcher Zeit und unter welcher Adresse die Aufgabe zur Post geschehen ist (vgl. etwa BGHZ 73, 388, 390 m.w.N.). Diesen Anforderungen genügt zwar nicht der auf die Urschrift des Urteils gesetzte Vermerk vom 14. September 1984, weil hier insbesondere die Angabe der Adresse des Zustellungsempfängers fehlt, wohl aber der auf Rückfrage des Oberlandesgerichts am 10. Mai 1985 nachgeholte Vermerk. Nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs steht es der Wirksamkeit eines solchen Vermerks nicht entgegen, wenn er erst geraume Zeit nach dem Zustellungsvorgang gefertigt wird, sofern der Urkundsbeamte nur die Verantwortung für die Richtigkeit der in ihm enthaltenen Angaben noch übernehmen kann; unerheblich ist auch, ob zwischenzeitlich bereits ein Rechtsmittel eingelegt worden ist, dessen Zulässigkeit durch den Vermerk berührt wird (vgl. BGH, Urteile vom 28. Oktober 1960 - IV ZR 45/60 - MDR 1961, 212 = LM RANwO /BrZ/ Nr. 9 und vom 27. Oktober 1961 - IV ZR 113/61 - VersR 1962, 123; Beschluß vom 14. Oktober 1982 - III ZB 23/82 - NJW 1983, 884; ebenso Kommentare zur ZPO von



Stein/Jonas/Schumann 20. Aufl. § 213 Rdn. 1; Zöllner/Stephan 14. Aufl. § 213 Rdn. 2; Baumbach/Lauterbach/Hartmann 44. Aufl. § 213 Anm. 1 A; a.A. Wieczorek 2. Aufl. § 213 Anm. B I a: nicht nach Erhebung einer Rechtsmittelrüge). Die Revision bittet um Überprüfung dieser Rechtsprechung und macht geltend, es könne nicht rechtens sein, daß eine im Zeitpunkt der Einlegung zulässige Berufung durch eine spätere Nachholung des Vermerks gemäß § 213 ZPO unzulässig werde. Dadurch würde es letztlich dem Urkundsbeamten der Geschäftsstelle ermöglicht, über die Zulässigkeit eines Rechtsmittels zu bestimmen. Da vorliegend bei Eingang der Berufungsschrift am 17. Oktober 1984 ein formgerechter Aktenvermerk noch nicht vorhanden gewesen sei, sei das Rechtsmittel des Beklagten als zulässig zu erachten.

Diese Ausführungen geben dem Senat keinen Anlaß, die angeführte Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu der Frage in Zweifel zu ziehen. Der Revision kann schon nicht gefolgt werden, wenn sie meint, ein Rechtsmittel sei zulässig, wenn im Zeitpunkt der Einlegung ein dem § 213 ZPO genügender Aktenvermerk nicht vorliegt. Wie bereits in der Entscheidung vom 28. Oktober 1960 (aaO) dargelegt ist, ist vielmehr in diesen Fällen die Zulässigkeit ungewiß, solange ein solcher Vermerk noch nachgeholt werden kann. Diesen mit Unsicherheiten behafteten Schwebezustand muß der Zustellungsempfänger u.a. deshalb hinnehmen, weil er der aus § 174 Abs. 2 ZPO folgenden Obliegenheit, nach ordnungsgemäßer Einleitung des Verfahrens wegen seines Wohnsitzes im Ausland einen Zustellungsbevollmächtigten zu benennen, nicht nachgekommen ist. Dadurch, daß der Urkundsbeamte die korrekte Übergabe des zuzustellenden Schriftstücks an die Post zunächst



nicht einwandfrei beurkundet hat, erhält der Zustellungsempfänger im übrigen ebensowenig eine schutzwerte Position, wie wenn die unrichtige Fassung eines an sich korrekten Urteils nachträglich gemäß § 319 ZPO berichtigt und dadurch einem auf die unrichtige Fassung gestützten Rechtsmittel die Grundlage entzogen wird (vgl. dazu BGHZ 18, 350, 356 f).

b) Die Revision macht weiter unter Bezugnahme auf das Urteil des früheren IV. Zivilsenats vom 7. Dezember 1966 (IV ZR 264/65 - MDR 1967, 475) geltend, durch die Zusendung des amtsgerichtlichen Urteils mittels Einschreibebriefs gegen Rückschein sei der Eindruck erweckt worden, daß entgegen § 175 Abs. 1 Satz 3 ZPO nicht der Tag der Aufgabe zur Post, sondern derjenige des Zugangs bzw. der Unterzeichnung des Rückscheins für die Zustellung maßgebend sei. Darauf werde auch im Schrifttum (Wieczorek aaO § 213 Anm. B III) hingewiesen. Im vorliegenden Fall habe der Beklagte demgemäß auf dem amtsgerichtlichen Urteil vermerkt, daß dieses am 18. September 1984 durch die Post zugestellt worden sei. Durch die Übersendung in der geschehenen Weise seien die prozessuale Bedeutung und Tragweite der Zustellung unklar und diese ungeeignet geworden, als rechtswirksame Zustellung durch Aufgabe zur Post zu gelten.

Auch damit kann die Revision nicht durchdringen. Das Gesetz sieht in § 175 Abs. 2 ZPO die Einschreibsendung als Form zur Übermittlung des zuzustellenden Schriftstücks ausdrücklich vor. Wenn diese Vorschrift auch auf eine Zustellung von Amts wegen, wie sie hier vorliegt, nicht unmittelbar anwendbar ist, so kann der Urkundsbeamte nach allgemeiner Ansicht hierbei doch nach pflichtgemäßem Ermessen entscheiden, ob er die



Einschreibsendung wählen will (vgl. Stein/Jonas/Schumann aaO § 213 Rdn. 2; Zöllner/Stephan aaO § 213 Rdn. 1; Baumbach/Lauterbach/Hartmann aaO § 213 Anm. 1 B). Der Einschreibebrief gegen Rückschein ist lediglich eine Unterart der Einschreibsendung (vgl. Weltpostvertrag Art. 37 - BGBI. 1965 II 1699). Demgemäß ist bereits in der Entscheidung BGHZ 32, 370, 374 u.a. ausgeführt worden, daß es durchaus zweckmäßig sein kann, auch die Zustellung durch Aufgabe zur Post mittels Übersendung eines Einschreibebriefs mit Rückschein vorzunehmen und dadurch eine bessere Gewähr dafür zu schaffen, daß die Sendung ihren Empfänger erreicht. Da es in zivilprozessualen Verfahren eine förmliche Zustellung durch Einschreiben gegen Rückschein nicht gibt und demgemäß der Tag des Zugangs einer Einschreibsendung niemals für eine Zustellung maßgebend sein kann, ist - anders als in dem durch Urteil vom 7. Dezember 1966 (aaO) entschiedenen Fall, in dem eine besondere Empfangsbescheinigung mit einem Verzicht auf förmliche Zustellung beigelegt war - für diese Fälle nicht der Schluß gerechtfertigt, durch die gewählte Übersendungsform sei eine Unklarheit über die prozessuale Bedeutung und Tragweite der Zustellung hervorgerufen worden.

2. Den Wiedereinsetzungsantrag hat das Oberlandesgericht im wesentlichen deshalb abgelehnt, weil der Beklagte nicht habe darlegen können, daß die Berufungsfrist ohne Verschulden der mit der Einlegung des Rechtsmittels beauftragten Rechtsanwälte Dr. C. und K. versäumt worden sei. Diese hätten den Rechtsmittelauftrag durch Schreiben des Beklagten vom 21. September 1984 erhalten, wobei als Datum der Zustellung des amtsgerichtlichen Urteils der 18. September 1984 angegeben worden sei. Eine Überprüfung dieser Angabe sei geboten gewesen,



weil sie von einem juristischen Laien gestammt habe und nicht erkennbar gewesen sei, auf welche Art und Weise im Ausland zugestellt worden sei. Bei einer Rückfrage hätte sich ergeben, daß das mitgeteilte Zustellungsdatum nicht habe stimmen können. Es sei daher Aufgabe der Anwälte gewesen, den Zustellungszeitpunkt anderweitig zu ermitteln, notfalls durch eine Anfrage beim Amtsgericht. Der Beklagte habe jedoch nicht einmal dargetan, daß sich die Rechtsanwälte Dr. C. und K. überhaupt um eine Klärung des Zustellungsdatums bemüht hätten.

Was die Revision dagegen vorbringt, verhilft ihr nicht zum Erfolg.

a) Sie macht geltend, die Wiedereinsetzung könne hier auch dann nicht versagt werden, wenn davon ausgegangen werde, daß die Rechtsanwälte Dr. C. und K. eine Nachprüfung des ihnen mitgeteilten Zustellungsdatums unterlassen hätten. Zu diesem Zweck hätten sie nämlich allenfalls in die Gerichtsakten Einsicht nehmen müssen; anderweitige Ermittlungen seien ihnen nicht zuzumuten gewesen. Bei einer Einsicht in die Gerichtsakten hätten sie seinerzeit aber festgestellt, daß eine wirksame Zustellung des erstinstanzlichen Urteils mangels eines ordnungsgemäßen Aktenvermerks nach § 213 ZPO noch nicht erfolgt sei. Sie hätten daher davon ausgehen dürfen, daß der Lauf der Berufungsfrist jedenfalls nicht vor dem 18. September 1984 begonnen habe.

Diese Erwägungen der Revision sind nicht stichhaltig, auch wenn – was keineswegs zweifelsfrei ist – unterstellt wird, das Zustellungsdatum habe lediglich anhand der Gerichtsakten überprüft werden müssen. Bei einer Einsichtnahme in diese



hätte sich zunächst ergeben, daß bereits die Ladung des Beklagten zum Termin vom 21. August 1984 sowie die Umladung zum Termin vom 28. August 1984 durch Aufgabe zur Post zugestellt worden waren; korrekte Aktenvermerke gemäß § 213 ZPO waren insoweit vorhanden. Das legte die Annahme nahe, daß auch für die gerichtlichen Entscheidungen diese Zustellungsart in Betracht kam. Auf der letzten Seite des amtsgerichtlichen Urteils befand sich der Vermerk über die Absendung einer Ausfertigung an den Beklagten am 14. September 1984 durch Einschreiben gegen Rückschein. Ein Rechtsanwalt muß wissen, daß nach den zivilprozessualen Vorschriften der Tag des Zugangs einer Einschreibsendung niemals für eine förmliche Zustellung maßgebend ist (vgl. BGH, Beschluß vom 20. Juni 1962 - IV ZB 125/62 - MDR 1962, 808). Andererseits hatte der Beklagte als Zustellungstag den 18. September 1984 mitgeteilt, was sich als Tag des Empfangs der Einschreibsendung aufdrängen mußte. Zwar war ein den Anforderungen des § 213 ZPO entsprechender Aktenvermerk über eine Zustellung durch Aufgabe zur Post am 14. September 1984 nicht vorhanden, aber insoweit mußte in Rechnung gestellt werden, daß ein solcher nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. oben I a) noch mit rückwirkender Kraft nachgeholt werden konnte. Diese Rechtsprechung, die in den gängigen ZPO-Kommentaren ohne weiteres nachzulesen war, mußten die Rechtsanwälte Dr. C. und K. ihrem Handeln zugrundelegen. Sie mußten daher im Interesse ihres Mandanten den sichersten Weg gehen und vorsorglich so handeln, als habe die Berufungsfrist aufgrund des § 175 Abs. 1 Satz 3 ZPO bereits am 14. September 1984 zu laufen begonnen (vgl. dazu etwa BGH, Beschluß vom 12. März 1985 - VI ZB 21/84 - VersR 1985, 574). Bei einer Akten Einsicht alsbald nach Erhalt des Rechtsmittelauftrags mit Schreiben vom 21. September 1984



51

war ohnehin für die Einhaltung einer am 14. Oktober 1984 ablaufenden Berufungsfrist hinreichend Zeit. Wegen des Fehlens eines § 213 ZPO genügenden Aktenvermerks können die damaligen Prozeßbevollmächtigten des Beklagten somit nicht als entlastet angesehen werden.

b) Das Oberlandesgericht hat im übrigen unter den gegebenen Umständen keineswegs überspannte Anforderungen an die Sorgfaltspflicht der Rechtsanwälte Dr. C. und K. gestellt, wenn es von ihnen verlangt hat, das ihnen vom Beklagten mitgeteilte Zustellungsdatum zu überprüfen. Das zieht auch die Revision letztlich nicht in Zweifel. Wie sich die damaligen Bevollmächtigten des Beklagten insoweit tatsächlich verhalten haben, ist nach wie vor nicht dargelegt worden. Die Versagung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand setzt aber auch nicht voraus, daß sich Umstände feststellen lassen, die konkret für die Partei oder ihre Bevollmächtigten einen Schuldvorwurf begründen. Es genügt, wenn der zur Begründung des Wiedereinsetzungsgesuchs vorgetragene Sachverhalt eine solche Möglichkeit nicht ausräumt (vgl. etwa BGH, Beschluß vom 22. Oktober 1981 - VII ZB 17/81 - VersR 1982, 144 f; Senatsbeschluß vom 15. Oktober 1986 - IVb ZB 69/86 - zur Veröffent-

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 11 -

lichung vorgesehen). Das ist hier der Fall. Das Oberlandesgericht hat somit zu Recht den Wiedereinsetzungsantrag des Beklagten abgelehnt (§§ 233, 85 Abs. 2 ZPO).

Blumenröhr

Portmann

Krohn

Macke

Zysk

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



JLaw – Gesetze und Urteile

Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile

[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)