

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

-----

ZPO §§ 878, 750, 804; BGB § 826 Fa

Zur Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen die Widerspruchsklage eines im Anschluß pfändenden Gläubigers deshalb begründet ist, weil der früher pfändende Gläubiger die Bewilligung der öffentlichen Zustellung des Titels an den Schuldner erschlichen hat.

BGH, Urt. v. 6. Oktober 1971 - VIII ZR 165/69 - OLG Hamburg  
LG Hamburg

# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 165/69

### URTEIL

Verkündet am

6. Oktober 1971  
Scheibl,  
Justizhauptsekretär  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Bankhauses S [REDACTED] Aktiengesellschaft, Teheran/Iran,  
Ave S [REDACTED], vertreten durch die Vorstandsmitglieder  
(Board of Directors) Gen. F [REDACTED] A [REDACTED]-evli Präsident,  
Mr. Djalil Sa [REDACTED] Vice-Präsident, Mr. Gholam-Hossein Az [REDACTED]  
Vice-Präsident,

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Rechtsanwalt Dr. Helmut B [REDACTED] in K [REDACTED], E [REDACTED]stein [REDACTED],  
als Pfleger für die unbekannten Erben des am 22. August 1970  
verstorbenen Kaufmanns Artasches T [REDACTED], zuletzt wohnhaft  
in J [REDACTED] bei K [REDACTED], Bi [REDACTED]allee [REDACTED];

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 6. Oktober 1971 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Dr. Messner, Mormann und Dr. Hiddemann

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 10. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts zu Hamburg vom 10. Juli 1969 aufgehoben.

Die Sache wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

### Tatbestand

Der im Revisionsrechtszuge verstorbene frühere Kläger (im folgenden weiterhin als Kläger bezeichnet) und die Beklagte waren Gläubiger des iranischen Teppichhändlers Ali Asghar G. (im folgenden: Schuldner), der in der Bundesrepublik mit Teppichen handelte. Sie streiten um den Erlös aus der Versteigerung von Teppichen des Schuldners, die sie beide gepfändet hatten. Der Erlös ist in Höhe von (noch) 135 000 DM hinterlegt.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Die beklagte iranische Bank gab in den Monaten April und Mai 1960 dem Schuldner einen Kredit zur Finanzierung des Exports von 120 Teppichballen mit einem Fakturenwert von rd. 550 000 DM in die Bundesrepublik. Am 9. Dezember 1960 erwirkte die Beklagte beim Landgericht Hamburg (24 Q 9/60) einen dinglichen Arrest gegen den Schuldner wegen einer Teilforderung von 300 000 DM, mit der Behauptung, der Schuldner habe sie über den Wert der exportierten Teppiche getäuscht, die in Wirklichkeit nur 175 000 DM wert seien; deshalb sei ihre Kreditforderung gegen den Schuldner in Höhe der Arrestforderung ungesichert. Das Arrestgericht bewilligte am 20. Dezember 1960 die öffentliche Zustellung des Arrestbefehls. Im März 1961 erhob die Beklagte beim Landgericht Hamburg (24 O 43/61) gegen den Schuldner Klage auf Zahlung von 460 000 DM nebst 12 % Zinsen. In der Klageschrift war als Anschrift des damaligen Beklagten die Anschrift eines iranischen Kaufmanns in F [REDACTED] angegeben. Die dort zunächst zugestellte Klageschrift schickte der iranische Kaufmann mit dem Vermerk zurück: "Empfänger unbekannt verzogen, versehentlich geöffnet." Auf Rückfrage des Gerichts erklärte das Postamt, die Nachforschungen hätten ergeben, daß der Schuldner wohl unter der angegebenen Anschrift beschäftigt gewesen sei, die Firma aber keine definitive Auskunft über seinen Verbleib geben könne. Die jetzige Beklagte beantragte daraufhin unter Vorlage weiterer Bescheinigungen die Bewilligung der öffentlichen Zustellung der Klageschrift. Das Gericht gab dem Antrag am 10. Mai 1961 statt und erließ am 26. Juli 1961 ein Versäumnisurteil gegen den Schuld-

ner auf Zahlung von 460 000 DM nebst 12 v.H. Zinsen. Für das Versäumnisurteil wurde aufgrund eines Beschlusses vom 8. August 1961 ebenfalls die öffentliche Zustellung bewilligt. Die Beklagte pfändete am 12. Januar 1962 689 Teppiche des Schuldners, die bis dahin als Sicherheit für eine Bank eingelagert gewesen waren.

Der Kläger war längere Zeit für den Schuldner in der Bundesrepublik als Vertrauensmann bei der Beaufsichtigung und Leitung eines Teppichhandels tätig, den der Schuldner seinen beiden in Hamburg lebenden Söhnen übertragen hatte. Am 20. Juli 1962 erstritt der Kläger gegen den Schuldner ein Urteil auf Zahlung von rd. 58 000 DM nebst 5 % Zinsen als Vergütung für seine Tätigkeit. Das Oberlandesgericht wies die Berufung des Schuldners durch Urteil vom 9. Mai 1963 zurück. Am 14. Mai 1963 pfändete auch der Kläger die von der Beklagten bereits gepfändeten 689 Teppiche.

Der Gerichtsvollzieher versteigerte die Teppiche in mehreren Partien in der Zeit von März bis August 1964. Den Erlös von insgesamt rd. 350 000 DM hinterlegte er bei der Hinterlegungsstelle des Amtsgerichts Hamburg zugunsten beider Parteien. Das Amtsgericht stellte am 9. Dezember 1964 einen Teilungsplan auf, nach dem die Beklagte mit ihrer den hinterlegten Betrag übersteigenden Forderung von rd. 477 000 DM nebst Zinsen den Rang vor dem Kläger hatte. Durch Beschluß vom 30. Juli 1965 ordnete das Amtsgericht die Auszahlung des Hinterlegungsbetrages an die Beklagte an,

soweit er 135 000 DM überstieg, weil der Kläger höchstens mit diesem Betrag ein Anrecht auf die Hinterlegungssumme haben könne. Der Teilungsplan wurde, nachdem die Beklagte ihre Forderungsaufstellung berichtigend ermäßigt hatte, am 10. Januar 1966 dahin geändert, daß die Beklagte mit einer Forderung von noch rd. 290 000 DM nebst Zinsen den Rang vor dem Kläger einnahm.

Mit der Widerspruchsklage nach § 878 ZPO erstrebt der Kläger eine Änderung des Teilungsplanes dahin, daß er mit seiner Forderung vor der Beklagten berücksichtigt werde. Zur Begründung hat er geltend gemacht, die Beklagte habe sich das Versäumnisurteil gegen den Schuldner und die Bewilligung der öffentlichen Zustellung des Urteils durch wissentlich unrichtige Angaben erschlichen. Sachlich sei das Versäumnisurteil insbesondere deshalb unrichtig, weil die Beklagte von ihrer eingeklagten Forderung nicht den schon vor dem Versäumnisurteil aus der Verwertung von 120 Teppichballen erzielten Erlös abgesetzt habe und dazu noch die Teppiche verschleudert habe. Ferner verlange sie zu Unrecht 12 % Zinsen. Der Aufenthalt des Schuldners sei der Beklagten bekannt gewesen, als sie sich die öffentliche Zustellung bewilligen ließ. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen.

In der Berufungsinstanz hat die Beklagte die 4 Original-Kreditverträge mit dem Schuldner vorgelegt, mit dem Bemerken, drei von ihnen habe für den Schuldner dessen Generalbevollmächtigter Mohammad Sar[REDACTED] unterschrieben. Daraufhin hat der Kläger

den Vorwurf, die Beklagte habe sich die öffentliche Zustellung im Arrest- und im Erkenntnisverfahren erschlichen, auch darauf gestützt, die Beklagte habe gemäß § 173 ZPO an diesen Generalbevollmächtigten des Schuldners zustellen können und müssen, statt sich die öffentliche Zustellung bewilligen zu lassen.

Das Berufungsgericht hat bis auf einen geringfügigen Teilanspruch der Klage stattgegeben und eine Änderung des Teilungsplans dahin angeordnet, daß der Kläger mit seiner Forderung von 72 205,12 DM nebst 5 % Zinsen von 57 664,14 DM seit dem 9. Februar 1965 vor der Restforderung der Beklagten berücksichtigt werde. Mit der Revision erstrebt die Beklagte die Wiederherstellung des Urteils des Landgerichts. Der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen.

#### Entscheidungsgründe

Das Berufungsgericht hat den Widerspruch des Klägers gegen die vorrangige Befriedigung der Beklagten deshalb für begründet erachtet, weil die Pfändung der Beklagten rechtsfehlerhaft gewesen sei und der Kläger sich auf diese Fehlerhaftigkeit berufen könne. Die Fehlerhaftigkeit der Pfändung sieht das Berufungsgericht darin, daß der Vollstreckungstitel nicht ordnungsgemäß zugestellt sei (§ 750 ZPO). Denn die öffentliche Zustellung des Urteils sei schon deshalb unzulässig gewesen, weil der Schuldner G [REDACTED] einen Generalbevollmächtigten gehabt habe, an den das

Urteil gemäß § 173 ZPO hätte zugestellt werden müssen. Auf die Unzulässigkeit der öffentlichen Zustellung könne auch der Kläger sich berufen, weil die Beklagte die öffentliche Zustellung in rechtsmißbräuchlicher Weise herbeigeführt habe. Diesen Verstoß habe der Kläger nicht nur im Wege der Erinnerung nach § 766 ZPO geltend machen können, er gebe dem Kläger vielmehr auch das Recht, im Verteilungsverfahren den Rang vor der Beklagten zu beanspruchen.

I. Das Berufungsgericht geht mit Recht davon aus, daß der im Range nachstehende Kläger der Ausführung des Verteilungsplans widersprechen kann, wenn die Beklagte sich den besseren Rang dadurch verschafft hat, daß sie die Zustellung des Vollstreckungstitels in rechtsmißbräuchlicher Weise herbeigeführt hat. Die rechtliche Begründung, welche das Berufungsgericht hierfür gibt, ist allerdings nicht in vollem Umfange zutreffend.

Das Erschleichen der öffentlichen Zustellung des Vollstreckungstitels bildet keinen vollstreckungsrechtlichen Mangel der Pfändung, der mit der Erinnerung des § 766 ZPO gerügt werden könnte. Die Erinnerung nach § 766 ZPO betrifft lediglich das Verfahren der Vollstreckungsorgane. Deren Verfahren ist auch dann ordnungsgemäß, wenn die öffentliche Zustellung erschlichen ist. Insbesondere ist § 750 ZPO nicht verletzt. Denn der Vollstreckungstitel ist dem Schuldner zugestellt worden. Auch die Zustellung selbst ist verfahrensrechtlich nicht zu beanstanden. Das in §§ 203 ff ZPO vorgeschriebene

Verfahren ist eingehalten. Der Mangel der Zustellung soll nach der Behauptung des Klägers darin liegen, daß die Bewilligung der öffentlichen Zustellung aufgrund falscher Angaben erteilt worden ist. Dadurch wird jedoch die Zustellung nicht unwirksam. Die Bewilligung der öffentlichen Zustellung ist eine gerichtliche Entscheidung. Diese Entscheidung wird nicht dadurch unwirksam, daß die vom Gericht angenommenen Voraussetzungen der Bewilligung in Wirklichkeit nicht gegeben waren (RGZ 59, 259, 265; 61, 359, 363; Stein/Jonas/Pohle, ZPO, 19. Aufl., § 204 Anm. II 3). Dies gilt - entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts - auch dann, wenn die Bewilligung in arglistiger Weise durch wissentlich falsche Angaben erschlichen wird (RG aaO; Rosenberg/Schwab, Zivilprozeßrecht, 10. Aufl., § 75 II 4 b; Wieczorek, ZPO, § 204 Anm. A II c 4; anderer Ansicht ohne Begründung Stein/Jonas/Pohle aaO; Baumbach/Lauterbach, ZPO, 30. Aufl., Einführung 2 vor § 203). Denn gerichtliche Entscheidungen sind als Staatshoheitsakte grundsätzlich so lange wirksam, bis sie auf ein Rechtsmittel der Beteiligten hin aufgehoben werden. Eine Aufhebung des Bewilligungsbeschlusses ist bisher nicht erfolgt. Sie ist auch nicht zu erwarten, weil es gegen den Ausspruch der Bewilligung der öffentlichen Zustellung keinen Rechtsbehelf gibt (Stein/Jonas/Pohle aaO Anm. II 4). Somit haftet der von der Beklagten ausgebrachten Pfändung kein vollstreckungsrechtlicher Mangel an.

Gleichwohl kann der Kläger sich zur Begründung seiner Widerspruchsklage darauf berufen, daß die Beklagte die öffentliche Zustellung des Versäumnisurteils in unredlicher Weise erwirkt habe. Wenn die Beklagte sich die nach § 750 ZPO erforderliche Zustellung des Vollstreckungstitels erschlichen hat, dann hat sie eine der Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung in unredlicher Weise herbeigeführt. Damit beruht ihr Pfändungspfandrecht oder wenigstens dessen Rang auf einem rechtsmißbräuchlichen Verhalten. Der Ausnutzung einer rechtsmißbräuchlich erworbenen Rechtsposition aber steht der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung (§ 242 BGB) entgegen. Dieser Grundsatz gilt auch im Verfahrensrecht. Da der Kläger durch die angeblich rechtsmißbräuchlich erlangte bessere Rangstellung der Beklagten beeinträchtigt ist, könnte er der Beklagten mit der Widerspruchsklage den Einwand des Rechtsmißbrauchs entgegenhalten und verlangen, vor der Beklagten aus dem Versteigerungserlös befriedigt zu werden.

II. Voraussetzung dafür ist allerdings, daß die Beklagte tatsächlich die öffentliche Zustellung des Versäumnisurteils in rechtsmißbräuchlicher Weise herbeigeführt hat. Das Berufungsgericht bejaht dies aufgrund einer Gesamtwürdigung des Verhaltens der Beklagten. Diese Überzeugung beruht im wesentlichen auf einer tatrichterlichen Würdigung der gesamten Umstände des Falles. Die Frage, ob ein bestimmtes Verhalten einen Verstoß gegen Treu und Glauben darstellt, ist aber zugleich eine Rechtsfrage, die der

Nachprüfung durch das Revisionsgericht unterliegt (RGZ 145, 26, 32; Stein/Jonas/Grunsky, ZPO, 19. Aufl. § 549 Anm. III B 3 b dd). Die Ausführungen des Berufungsgerichts zu dieser Frage halten einer Nachprüfung nicht stand.

1. Das Berufungsgericht wirft der Beklagten in erster Linie vor, sie habe bei der Beantragung der öffentlichen Zustellung die in ihren Händen befindliche Generalvollmacht verschwiegen. Wie die Revision mit Recht rügt (§ 286 ZPO), hat das Berufungsgericht sich dabei nicht mit dem Vortrag der Beklagten auseinandergesetzt, daß nach persischem Recht die Zustellung an einen Generalbevollmächtigten nicht möglich sei. Die Beklagte ist eine persische Bank. Wenn nach dem Recht ihres Heimatstaates das Vorliegen einer Generalvollmacht für die Bewilligung einer öffentlichen Zustellung ohne Bedeutung ist, dann kann man den Organen der Beklagten nicht vorwerfen, daß sie arglistig handelten, als sie im Zusammenhang mit der Klagezustellung die Generalvollmacht nicht erwähnten. Allenfalls der deutsche Prozeßbevollmächtigte der Beklagten hätte die Bedeutung der Generalvollmacht in diesem Zusammenhang erkennen müssen. Es ist jedoch nicht ersichtlich, jedenfalls nicht festgestellt, daß diesem seinerzeit das Vorliegen der Generalvollmacht bekannt war.

Gegen ein arglistiges Verhalten der Beklagten und ihres Prozeßbevollmächtigten in diesem Punkt spricht ferner der Umstand, daß die Beklagte die

Originalverträge überreicht hat, ohne vom Gericht hierzu aufgefordert zu sein, und daß sie dabei selbst auf die Vollmacht hingewiesen hat. Das hätte sie schwerlich getan, wenn sie bei der Erwirkung der öffentlichen Zustellung die Existenz der Generalvollmacht arglistig verschwiegen hätte.

2. Weiterhin macht das Berufungsgericht unter dem Gesichtspunkt einer Gesamtwürdigung der Beklagten zum Vorwurf, daß sie ein Versäumnisurteil über den vollen Betrag von 460 000 DM nebst Zinsen erwirkt hat, obwohl sie zu dieser Zeit bereits in Höhe von rd. 200 000 DM befriedigt war. Auch hier fehlt es an einer ausreichenden Begründung für die Annahme eines subjektiv unredlichen Verhaltens der Beklagten. Die bloße Tatsache, daß die Beklagte den Klageantrag nicht entsprechend ermäßigt hat, besagt noch nicht, daß sie dies bewußt unterlassen hat in der Absicht, dem Schuldner mehr abzuverlangen, als ihr zustand. Es ist nicht von vornherein auszuschließen, daß das Beantragen der vollen Summe lediglich auf einem Versehen beruhte, wofür sprechen könnte, daß die Beklagte dann nicht versucht hat, den überhöhten Betrag vom Schuldner beizutreiben.

3. Schließlich begründet das Berufungsgericht die Annahme unredlichen Verhaltens der Beklagten damit, daß sie sich bei der Beantragung der öffentlichen Zustellung des Versäumnisurteils darauf berufen habe, daß bereits im Arrestverfahren eine öffentliche Zustellung bewilligt worden sei; diese öffentliche Zustellung aber habe die Beklagte er-

schlichen. Hierzu stellt das Berufungsgericht fest, die Beklagte habe nicht bestritten, daß ihr der Aufenthaltsort des Schuldners G [REDACTED] in Paris bekannt gewesen sei, als sie die öffentliche Zustellung des Arrestbefehls gegen ihn betrieben habe. Dabei hat das Berufungsgericht aber nicht berücksichtigt, daß sich die der Beklagten angeblich bekannte Pariser Anschrift kaum für eine Zustellung geeignet haben dürfte. Denn dabei handelte es sich um die Anschrift des Schwagers G [REDACTED], bei dem dieser sich nur besuchsweise aufhielt. Ehe eine Zustellung auf diplomatischem Wege hätte durchgeführt werden können, war G [REDACTED] längst nicht mehr in Paris, sondern in F [REDACTED], wo er sich - wie der Kläger selbst einräumt - jedenfalls damals nicht polizeilich gemeldet hatte. Dies kann die Nichterwähnung des Pariser Aufenthalts des Schuldners in einem durchaus anderen Licht erscheinen lassen.

Im übrigen geht es im vorliegenden Falle überhaupt nicht um die Wirksamkeit der Zustellung des Arrestbefehls, sondern um die ein halbes Jahr später erwirkte Zustellung des Versäumnisurteils. Das Berufungsgericht lastet der Beklagten an, daß sie sich bei der Zustellung des Versäumnisurteils auf die bereits im Arrestverfahren bewilligte öffentliche Zustellung bezogen und damit die dort arglistig geschaffene Rechtslage weiter ausgenutzt habe. Diese Begründung des Berufungsgerichts ist selbst dann rechtsfehlerhaft, wenn die Beklagte die öffentliche Zustellung im Arrestverfahren erschlichen haben sollte.

Denn hier hat das Berufungsgericht wiederum erhebliche Tatsachen, die zugunsten der Beklagten sprechen, nicht in seine Würdigung mit einbezogen. In der Klageschrift hatte die Beklagte eine F[REDACTED] Anschrift ihres Schuldners angegeben, unter der dieser tatsächlich zeitweilig zu erreichen gewesen ist. Als eine Zustellung unter dieser Anschrift gleichwohl nicht durchgeführt werden konnte, hat der Prozeßbevollmächtigte der Beklagten eine Anfrage an den Frankfurter Polizeipräsidenten gerichtet, die dahin beantwortet wurde, daß G[REDACTED] in Frankfurt nicht polizeilich gemeldet sei. Daraufhin erst hat die Beklagte - unter Vorlage einer Bescheinigung des iranischen Generalkonsulats, wonach G[REDACTED] sich auch nicht in Hamburg befinde - die öffentliche Zustellung der Klage und später des Urteils beantragt. Diese unstreitigen Tatsachen hätte das Berufungsgericht bei der Prüfung der Frage, ob die Beklagte die öffentliche Zustellung des Versäumnisurteils erschlichen hat, nicht unberücksichtigt lassen dürfen; sie waren vielmehr der gegebene Ausgangspunkt für die Prüfung.

Insgesamt trägt deshalb die Begründung des Berufungsgerichts nicht die Feststellung, die Beklagte habe die Bewilligung der öffentlichen Zustellung des Versäumnisurteils in einer gegen Treu und Glauben verstoßenden Weise erwirkt. Da das Berufungsurteil nur durch diese Feststellung getragen wird, kann es keinen Bestand haben (§ 564 ZPO).

Der Rechtsstreit muß gemäß § 565 ZPO an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden. Eine Entscheidung des Revisionsgerichts in der Sache selbst verbietet sich schon deshalb, weil die Würdigung des Gesamtverhaltens der Beklagten im wesentlichen auf tatsächlichem Gebiet liegt. Bei der erneuten Verhandlung des Rechtsstreits wird das Berufungsgericht sich unter Berücksichtigung der vorstehenden Ausführungen abermals mit der Frage zu befassen haben, ob der Beklagten wegen der Erwirkung der öffentlichen Zustellung des Versäumnisurteils der Vorwurf unredlichen Verhaltens gemacht werden kann. Kommt das Berufungsgericht zu dem Ergebnis, daß die Beklagte die öffentliche Zustellung nicht rechtsmißbräuchlich erwirkt hat, so bleibt weiterhin zu prüfen, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang der Kläger den von ihm in Anspruch genommenen Vorrang auf materielle Einwendungen gegen den titulierten Anspruch der Beklagten stützen kann. Bei dieser Prüfung wird sich das Berufungsgericht damit auseinanderzusetzen haben, daß über die Forderung bereits ein rechtskräftiger Titel vorliegt (vgl. RGZ 153, 200, 204) und daß der Schuldner die Forderung der Beklagten im Verteilungsverfahren ausdrücklich als berechtigt anerkannt hat.

Dem Berufungsgericht war auch die Entscheidung über die Kosten der Revision zu übertragen, weil diese von der Endentscheidung in der Sache selbst abhängig ist.

Dr. Haidinger

Dr. Gelhaar

Dr. Messner

Mormann

Dr. Hiddemann