

**Gutachten des Deutschen Notarinstituts**

**Abruf-Nr.: 157972**

**letzte Aktualisierung: 29. September 2017**

**BGB §§ 2296, 130, 132; ZPO § 178**

**Zustellung einer Rücktrittserklärung vom Erbvertrag durch die Ex-Ehefrau; Ersatz-zustellung an die neue Ehefrau des erbvertragsbeteiligten Ex-Ehemanns**

**I. Sachverhalt**

A und B waren als Eheleute verheiratet. Sie hatten einen Erbvertrag errichtet, in dem sie sich gegenseitig zu Erben eingesetzt haben. Dabei wurde ausdrücklich vereinbart, dass dieser Vertrag über die Scheidung hinaus Gültigkeit behalten soll. In dem Erbvertrag war die Möglichkeit zu dessen Rücktritt vorbehalten. Die Ehe ist in der Folgezeit geschieden worden und der Ehemann ist eine neue Ehe eingegangen.

Die ehemalige Ehefrau möchte von diesem Erbvertrag zurücktreten. Sie hat deshalb von Ihnen eine Rücktrittserklärung beurkunden lassen. Diese Rücktrittserklärung haben Sie in Ausfertigung dem Gerichtsvollzieher zugeleitet mit dem Auftrag, diese dem früheren Ehemann zuzustellen. Der Gerichtsvollzieher hat diesen aber nicht angetroffen, sondern nur dessen neue Ehefrau. Dieser hat er die Ausfertigung ausgehändigt.

Sie sind der Meinung, nach § 178 Abs. 1 ZPO kann normalerweise, wenn die Hauptperson nicht erreichbar ist, die Ausfertigung auch dem Ehepartner ausgehändigt werden.

Nach § 178 Abs. 2 ZPO ist eine solche Zustellung Ihrer Meinung nach jedoch unwirksam, wenn die Person, der die Ausfertigung ausgehändigt worden ist, ein eigenes wirtschaftliches Interesse an dieser Urkunde hat.

Im konkreten Fall hat zwar die neue Ehefrau ein wirtschaftliches Interesse, dass die Ausfertigung ihrem neuen Mann ausgehändigt wird.

Der Gerichtsvollzieher vertritt aber die Auffassung, dass die Ausfertigung wirksam zugestellt sei.

**II. Frage**

Ist die Zustellung des Rücktritts wirksam erfolgt?

### III. Zur Rechtslage

#### 1. Zugangsfiktion durch Zustellung unter Vermittlung eines Gerichtsvollziehers

Für die Übermittlung des Rücktritts vom Erbvertrag gem. § 2296 BGB gelten die §§ 130-132 BGB. Die Übermittlung des Rücktritts bedarf also – im Gegensatz zu der Erklärung selbst (§ 2296 Abs. 2 BGB) – keiner besonderen Form. Der **Rücktritt** wird **wirksam**, soweit die Rücktrittserklärung in Ausfertigung dem anderen Vertragsteil **zugeht**. Es ist allerdings *aus Beweisgründen* sinnvoll, die Rücktrittserklärung durch einen Gerichtsvollzieher förmlich zustellen zu lassen.

Gem. § 132 Abs. 1 BGB **gilt** eine Willenserklärung dann als **zugegangen**, wenn sie **durch Vermittlung eines Gerichtsvollziehers zugestellt** worden ist. Die Zustellung erfolgt nach den Vorschriften der ZPO (§ 132 Abs. 1 S. 2 BGB), also nach den Maßgaben der §§ 192-194 ZPO. § 193 ZPO verschafft dem Zustellungsveranlasser eine öffentliche Urkunde (§§ 193 Abs. 3, 191, 182 Abs. 1 S. 2 ZPO) mit der Beweiskraft des § 418 ZPO zum sicheren Nachweis der Zustellung, wenn der Gerichtsvollzieher persönlich zustellt (§§ 192 Abs. 1, 193 ZPO).

Dazu ergänzt § 193 ZPO den Inhalt der Zustellungsurkunde (§ 192 Abs. 2 ZPO) um die Bezeichnung der Personen, für die zugestellt werden sollen (**Zustellungsveranlasser**). § 193 ZPO regelt die Ausführung der Zustellung nur in einem Teilbereich. Die Norm setzt voraus, dass der Gerichtsvollzieher über § 191 ZPO nach den Normen der §§ 177-181 ZPO zustellt, da es sich um eine beurkundete Zustellung handelt.

Sowohl bei der Zustellung durch den Gerichtsvollzieher (§ 193 ZPO) als auch bei der Beauftragung der Post durch den Gerichtsvollzieher (§ 194 ZPO) ist **Leitbild der Zustellung die persönliche Übergabe des Schriftstücks an den Zustellungsadressaten** (§ 177 ZPO). Ist eine solche persönliche Übergabe des Schriftstücks an den Adressaten allerdings nicht möglich, kommt auch eine **Ersatzzustellung gem. §§ 178 ff. ZPO** in Betracht (vgl. MünchKommBGB/Einsele, 7. Aufl. 2015, § 132 Rn. 3; Palandt/Ellenberger, BGB, Stand: 76. Aufl. 2017, § 132 Rn. 2).

- a) Wird der Zustellungsadressat in seiner Wohnung, im Geschäftsraum oder in der Gemeinschaftseinrichtung, in der er wohnt, nicht angetroffen, kann die **Ersatzzustellung gem. § 178 ZPO** durch Übergabe in der Wohnung an einen erwachsenen Familienangehörigen, eine in der Familie beschäftigte Person oder einen erwachsenen ständigen Mitbewohner (bzw. in den Geschäftsräumen an eine dort beschäftigte Person bzw. in der Gemeinschaftseinrichtung an den Leiter der Einrichtung oder einen dazu ermächtigten Vertreter) erfolgen.

Ist dies nicht möglich, kann die **Ersatzzustellung nach § 180 ZPO** erfolgen, indem das entsprechende Schriftstück in einen zu der Wohnung oder dem Geschäftsraum gehörenden Briefkasten oder in eine ähnliche Vorrichtung eingelegt wird, die der Adressat für den Postempfang eingerichtet hat und die in der allgemein üblichen Art für eine sichere Aufbewahrung geeignet ist. Letzteres wäre bspw. nicht der Fall, wenn der Briefkasten nicht verschließbar oder aufgebrochen ist oder wenn er überquillt und hierdurch ein Indiz besteht, dass er nicht regelmäßig geleert wird (vgl. MünchKommZPO/Häublein, 5. Aufl. 2016, § 180 Rn. 5).

Mit der Einlegung gilt das Schriftstück als zugestellt (§ 180 S. 2 ZPO). Dabei ist es grundsätzlich ohne Bedeutung, wenn der betreffende Briefkasten auch von den Angehörigen der Familie des Adressaten benutzt wird.

- b) Zu beachten ist im Rahmen der Ersatzzustellung aber die **Regelung des § 178 Abs. 2 ZPO**. Hiernach ist die Zustellung an eine in § 178 Abs. 1 ZPO genannte Person unwirksam, wenn diese an dem **Rechtsstreit als Gegner der Person**, der zugestellt wird, beteiligt ist.

Übertragen auf den Fall des Rücktritts vom Erbvertrag bedeutet dies, dass eine Ersatzzustellung gem. § 178 ZPO **nicht an den Rücktritt erklärenden Erblasser** selbst erfolgen kann, wenn dieser **mit dem Rücktrittsgegner (noch) in einer Wohnung lebt**. Dementsprechend muss auch die Einlegung in den Briefkasten gem. § 180 ZPO unterbleiben, wenn die Vorrichtung **auch vom Prozessgegner** (bzw. in diesem Zusammenhang vom zurücktretenden Ehegatten) benutzt wird (vgl. OLG Nürnberg NJW-RR 2004, 1517; AG Bergisch-Gladbach FamRZ 2004, 955, 956). Die Regelung entspricht § 185 ZPO a. F. und will die ohnehin **mit einem gewissen Weiterleitungsrisiko** verbundene Ersatzzustellung dort verhindern, wo wegen Interessenkollision die Gefahr der Nichtaushändigung des Schriftstücks an den Adressaten **größer erscheint als gewöhnlich**.

Der BGH führt zur Reichweite des § 178 Abs. 2 ZPO (= § 185 ZPO a. F.) **konkret** folgendes aus (BGH NJW 1984, 57):

„Die Vorschrift will die ohnehin schon riskantere Zustellung an Ersatzpersonen dort verhindern, wo wegen Interessenkollision **die Gefahr der Nichtaushändigung des Schriftstücks an den Adressaten** noch größer als normal ist (Zöller, § 185 Anm. 1). Wegen dieses Zwecks wird die Vorschrift **weit ausgelegt** (vgl. Wieczorek, § 185 Anm. A). Über ihren Wortlaut hinaus umfaßt sie auch **die Zustellung an einen nahen Angehörigen des Prozeßgegners** (Stein-Jonas, § 185 Anm. II; vgl. auch RGZ 35, 429 ff.). Ferner wird sie über den Kreis der unmittelbaren Prozeßbeteiligten hinaus auf alle Personen sinngemäß angewendet, zwischen denen eine konkrete Interessenkollision besteht (Zöller, § 185 Anm. 2; vgl. auch BAG, NJW 1981, 1399 f.).“

(Hervorhebungen durch Sachbearbeiter)

## 2. Anwendung auf den konkreten Sachverhalt

Im vorliegenden Fall ist die Rücktrittserklärung an die neue Ehefrau (C) des am Erbvertrag beteiligten Ex-Ehemanns (B) über **die den Rücktritt erklärende Ex-Ehefrau (A)** ersatzweise zugestellt worden.

- a) Die C ist als neue Ehefrau aber keine Gegnerin des B, sondern befindet sich **vielmehr in dessen Lager**. Eine Verbundenheit zwischen ihr und der den Rücktritt erklärenden Zustellungsveranlasserin A besteht gerade nicht bzw. ist uns nach dem vorgetragenen Sachverhalt nicht ersichtlich. **Die Nichtaushändigung des Schriftstücks an den Adressaten B** durch die C als neue Ehefrau ist deswegen eher nicht anzunehmen.

Auch ist uns zwischen C und ihrem Ehemann B zumindest **keine konkrete Interessenskollision** ersichtlich. Der Rücktritt vom Erbvertrag durch A bewirkt, dass **die vertragsmäßigen Verfügungen außer Kraft treten**. Werden sämtliche vertragsmäßigen Verfügungen durch Rücktritt aufgehoben, so werden im Zweifel auch die in den Erbvertrag aufgenommenen einseitigen Verfügungen unwirksam (MünchKommBGB/Musielak, BGB, 7. Aufl. 2017, § 2293 Rn. 9). Letztlich mag es durch den Rücktritt zwar sein, dass eine Verfügung zugunsten des B aufgehoben wird. Allerdings wird B auch von seinen etwaigen einseitigen und vertragsmäßigen Verfügungen frei. Eine **konkrete Interessenskollision** ist uns daher **nicht ersichtlich**.

Telos von § 178 Abs. 2 ZPO ist, eine Nichtaushändigung an den Zustellungsadressaten zu unterbinden. Angesichts der uns vorliegenden Informationen wird dieser *ratio legis* bei einer Ersatzzustellung an die C aber entsprochen, weil eine Aushändigung an B **eher zu erwarten ist als das Unterbleiben einer Weiterleitung**.

Dass die C möglicherweise ein **wirtschaftliches Interesse an der Weiterleitung der Rücktrittserklärung** der A gegenüber B hat, weil sich dadurch die Erbmasse zu ihren Gunsten erhöhen kann, ist dabei *unseres Erachtens* unschädlich. § 178 Abs. 2 ZPO will das Unterbleiben von Zustellungen vermeiden; bei Vorliegen eines wirtschaftlichen Interesses wird die C die Zustellung aber gerade bewirken, sodass der Schutzzweck der Norm nicht verletzt sein dürfte.

- b) Ein Verstoß gegen § 178 Abs. 2 ZPO hätte die **Unwirksamkeit der Zustellung zur Folge** (BeckOK-ZPO/Dörndorfer, 25. Ed. Stand: 15.6.2017, § 178 Rn. 19).

Selbst wenn man **entgegen der hier gemachten Ausführungen von der Unwirksamkeit der Ersatzzustellung** ausgehen sollte, kann eine **Heilung der unwirksamen Zustellung** nach § 189 ZPO in Betracht kommen, wenn dem gesetzlichen Zustellungsadressaten das Dokument tatsächlich zugegangen ist. Der tatsächliche Zugang kann sich etwa **aufgrund einer Reaktion des Rücktrittsgegners** auf die Rücktrittserklärung nachweisen lassen.

### 3. Ergebnis

Vor dem Hintergrund dessen, dass sich die Ehefrau C im Lager des Zustellungsadressaten B befindet und damit nicht auf Seiten der den Rücktritt erklärenden A steht, ist uns eine **Interessenskollision nicht ersichtlich** und wir gehen von der **Wirksamkeit der Zustellung der Rücktrittserklärung** aus.