

117

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IV ZR 65/74

Verkündet am
29. September 1976
H e l l m a n n ,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Herrn Wolfgang K [REDACTED] , M [REDACTED]/Italien,
V [REDACTED] M [REDACTED] [REDACTED] vertreten durch seinen Vormund
Dottore Gianpetro R [REDACTED] , M [REDACTED]/Italien, V [REDACTED] V [REDACTED] [REDACTED] ,

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte [REDACTED] und [REDACTED] -

gegen

Frau Ruth Edeltraud K [REDACTED] , B [REDACTED]-S [REDACTED] ,
K [REDACTED] strasse [REDACTED] ,

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte
Dr. [REDACTED] und [REDACTED] -

Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 29. September 1976 durch die Richter Professor Johannsen, Dr. Buchholz, Knüfer, Rottmüller und Dr. Hoegen

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Teilurteil des 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 19. Dezember 1973 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Parteien sind seit dem Jahre 1969 geschiedene Eheleute deutscher Staatsangehörigkeit. Sie haben bis zum Jahre 1965 in Mailand zusammen gelebt. Der Kläger wohnt noch dort, während die Beklagte in die Bundesrepublik Deutschland verzogen ist. Der Kläger ist seit dem 31. Januar 1968 entmündigt.

Als die Parteien noch in Mailand zusammen lebten, wurden zwei mit Mitteln des Klägers erworbene, in Mailand gelegene Eigentumswohnungen auf den Namen der Beklagten eingetragen. Mit seiner Klage hat der Kläger zunächst beantragt, die beiden Eigentumswohnungen an ihn zu übertragen (Klageanträge zu 1 und 2). Er hat dazu geltend gemacht, die Wohnungen seien der Beklagten nur treuhänderisch übertragen worden und das Treuhandverhältnis sei beendet; nehme man das nicht an, so läge eine Schenkung vor, die er wegen groben Undanks widerrufe. Außerdem hat der Kläger im Wege der Stufenklage beantragt, die Beklagte zu verurteilen, ihm Auskunft über den Bestand ihres Endvermögens bei Beendigung des Güterstandes der Zugewinnsgemeinschaft zu erteilen und ihm die sich aufgrund der Auskunft ergebende Zugewinnausgleichsforderung zu zahlen (Klageantrag zu 3). Die Beklagte hat erwidert, die Eigentumswohnungen seien ihr nicht treuhänderisch übertragen oder geschenkt worden; vielmehr habe sie die Wohnungen als Entgelt für ihre Mitarbeit in der Firma des Klägers erhalten. Gegenüber der Stufenklage auf Zugewinnausgleich hat sie sich auf Verjährung berufen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, und zwar hinsichtlich der Klageanträge zu 1 und 2, die der Kläger ohne Einwilligung der Beklagten zurückgenommen hatte, durch Teilversäumnisurteil als unzulässig mit der Begründung, deutsche Gerichte seien zur Entscheidung über Anträge auf Übereignung von in Italien gelegenen Grundstücken nicht zuständig, ein diesen Klageanträgen stattgebendes Urteil werde in Italien nicht vollstreckbar sein und deshalb fehle der Klage insoweit das Rechtsschutzbedürfnis.



Der Kläger hat gegen das Urteil des Landgerichts, soweit es sich als Versäumnisurteil bezeichnet hat, Einspruch und außerdem gegen das Urteil im ganzen Berufung eingelegt. Das Landgericht hat die Rechtzeitigkeit des Einspruchs festgestellt, sich für zuständig erklärt und die Zulässigkeit der Klage bejaht. Nach Erlaß eines Auf-lagebeschlusses hat es die Akten dem Oberlandesgericht wegen der Berufung vorgelegt.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Klägers durch Teilurteil insoweit zurückgewiesen, als das Land-gericht den Klageantrag zu 3 abgewiesen hat. Hiergegen wendet sich die Revision des Klägers.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht hat den Anspruch auf Auskunft über das Endvermögen und auf Zahlung des sich aus der Auskunft ergebenden Zugewinnausgleichs wegen Verjährung abgewiesen. Es hat dazu ausgeführt, die dreijährige Ver-jährungsfrist des § 1378 Abs. 4 Satz 1 BGB habe am 9. De-zember 1969 zu laufen begonnen und sei somit am 9. Dezem-ber 1972 abgelaufen. Eine Unterbrechung dieser Frist durch Zustellung der Klage sei nicht eingetreten. Die Klage sei zwar am 29. November 1972 bei Gericht eingereicht worden. Ihre Zustellung an die Beklagte habe aber nicht ausge-führt werden können, weil die Beklagte nicht unter der in der Klage angegebenen Anschrift erreichbar gewesen sei. Die erneute Zustellung der Klage an den früheren Schei-dungsanwalt der Beklagten am 15. Dezember 1972 sei nicht wirksam gewesen, weil dieser am 15. Dezember 1972 noch kei-

ne Prozeßvollmacht für den vorliegenden Prozeß gehabt habe. Er habe sich erst am 11. Januar 1973 als Prozeßbevollmächtigter der Beklagten gemeldet und zugleich die Nichtzustellung der Klage gerügt. Eine Heilung nach § 187 ZPO sei nicht anzunehmen, weil der Kläger nicht vorgebracht habe, daß der Beklagten die Klageschrift bis Ende Dezember 1972 zugegangen sei. Eine Zustellung nach Ende Dezember 1972 könne aber nicht mehr als "demnächst" im Sinne des § 261 b Abs. 3 ZPO angesehen werden, da dem Kläger oder seinen Vertretern als Nachlässigkeit zur Last zu legen sei, daß sie in der Klage nicht die ihnen bekannte zutreffende Anschrift der Beklagten angegeben hätten. Die am 5. Juni 1973 erneut erfolgte Zustellung der Klageschrift an den Prozeßbevollmächtigten der Beklagten sei allemal verspätet. Es sei auch nicht arglistig, daß sich die Beklagte auf Verjährung berufe.

Die hiergegen gerichteten Angriffe der Revision sind begründet. Da die Klageschrift dem späteren Prozeßbevollmächtigten der Beklagten am 15. Dezember 1972 zugestellt worden ist und dieser der frühere Scheidungsanwalt der Beklagten war, hätte das Berufungsgericht, worauf die Revision zutreffend hinweist, in Betracht ziehen müssen, daß dieser die Klageschrift oder eine Abschrift davon entsprechend anwaltlicher Übung alsbald der Beklagten zur Stellungnahme übersandt haben könnte. Ehe das Berufungsgericht das verneinte, wäre es, wie die Revision weiter mit Recht geltend macht, gehalten gewesen, dem Kläger durch einen Hinweis nach § 139 ZPO Gelegenheit zu geben, sich dazu zu erklären. Die Revision hat vorgebracht, der Kläger hätte dann die vorgenannten Angaben gemacht und unter das Zeugnis des Prozeßbevollmächtigten der Beklagten gestellt. Danach könnten die Voraussetzungen einer Heilung nach § 187 ZPO als erfüllt angesehen werden.

Im übrigen würde die Zustellung der Klage spätestens in dem Zeitpunkt als bewirkt anzusehen sein, in dem der Prozeßbevollmächtigte der Beklagten, dem die Klageschrift am 15. Dezember 1972 zugestellt worden ist, Prozeßvollmacht hatte. Eine erneute Zustellung der Klage an ihn nach Erteilung der Prozeßvollmacht kann, da das eine leere Förmerei wäre, nicht verlangt werden (Baumbach/Lauterbach ZPO 34. Aufl. § 176 Anm. 2 B). Da der Prozeßbevollmächtigte der Beklagten bereits mit Schriftsatz vom 11. Januar 1973 dem Gericht angezeigt hat, ihm sei Prozeßvollmacht erteilt, eine eingehende Information sei aber noch nicht möglich, könnte es sein, daß ihm die Vollmacht (schriftlich oder mündlich) schon im Laufe des Monats Dezember 1972 erteilt worden war und die Zustellung der Klage dann noch als eine demnächstige im Sinne des § 261 b Abs. 3 ZPO anzusehen sein würde.

Das Berufungsgericht wird daher erneut über die Sache zu befinden haben. Hierbei wird es zunächst zu klären haben, ob der Kläger die Klageansprüche 1 und 2 einerseits und 3 andererseits kumulativ oder als Haupt- und Hilfsanspruch geltend gemacht hat. Für letzteres sprechen die Ausführungen des Klägers in der Berufungsbegründung (S. 6/7, Bl. 90/91 der Akten). Dort hat der Kläger darauf hingewiesen, daß dann, wenn die Beklagte verpflichtet sei, die Eigentumswohnungen auf ihn zu übertragen, sie keinen Zugewinnausgleich zu zahlen haben werde oder einen erheblich geringeren. Daraus ergibt sich, daß der Kläger die Eigentumswohnungen mit in der Zugewinnberechnung erfaßt haben will. Dann kann er aber, da er die Klageanträge zu 1 und 2 in der Berufungsinstanz wieder aufgenommen hat, einen Zugewinnausgleichsanspruch nur

hilfsweise begehren wollen, weil, wie er selbst richtig ausgeführt hat, die Wohnungen nicht in den Zugewinn der Beklagten fallen, wenn sie an den Kläger aus anderen Rechtsgründen (Beendigung des Treuhandverhältnisses, Schenkungswiderruf) herauszugeben sind. Sie würden im übrigen im Falle der Schenkung auch ohnedies nicht Zugewinn sein (§ 1374 Abs. 2 BGB). Hat der Kläger den Klageanspruch zu 3 aber nur hilfsweise geltend gemacht, dann kann über ihn nicht durch Teilurteil entschieden werden, bevor nicht die Unbegründetheit der Hauptansprüche feststeht. Der Richter ist zu einer sachlichen Beurteilung des Hilfsantrags erst berechtigt, wenn er den Hauptantrag für erfolglos hält (Stein/Jonas ZPO 19. Aufl. § 260 Anm. II B 2 b; Rosenberg/Schwab Zivilprozeßrecht 11. Aufl. § 100 IV 3; auch BGH LM ZPO § 300 Nr. 1). Erst wenn feststeht, daß die Beklagte nicht verpflichtet ist, dem Kläger die Eigentumswohnungen herauszugeben, kommen sie als Zugewinn der Beklagten in Betracht.

Das Berufungsgericht kann daher bei seiner erneuten Entscheidung nicht offen lassen, ob die Hauptansprüche (Klageanträge zu 1 und 2) in die Berufungsinstanz gelangt sind. Daß das der Fall ist, wäre zu verneinen, wenn das Landgericht über diese Klageanträge in zutreffender Weise durch Teilversäumnisurteil entschieden hätte und demgemäß der von der Beklagten eingelegte Einspruch der richtige Rechtsbehelf gewesen wäre. Das Landgericht hat das Urteil zwar als Teilversäumnisurteil bezeichnet, doch haben die Voraussetzungen für den Erlass eines Versäumnisurteils anscheinend nicht vorgelegen. So fehlte es schon ausweislich der Sitzungsniederschrift vom 7. Juni 1973 und des Tatbestandes des landgerichtlichen Urteils an dem nach § 330 ZPO erforderlichen Antrag der Beklagten auf Erlass eines Versäumnisurteils. Ferner hat das Landgericht die Klagean-

träge zu 1 und 2 wegen Fehlens einer Prozeßvoraussetzung als unzulässig abgewiesen. Wird die Klage aber wegen des Fehlens einer Prozeßvoraussetzung als unzulässig abgewiesen, dann ist diese Entscheidung kein Versäumnisurteil (Rosenberg/Schwab Zivilprozeßrecht 11. Aufl. § 108 III 2; Stein/Jonas ZPO 19. Aufl. § 330 Anm. II 3). Schließlich konnte das Landgericht die Abweisung des Klageantrags zu 3, wenn er ein Hilfsantrag war, nur im Zusammenhang mit einer kontradiktorischen Entscheidung über die Klageanträge zu 1 und 2 aussprechen, da, wie bereits ausgeführt worden ist, über einen Hilfsantrag nicht entschieden werden darf, bevor nicht die Erfolglosigkeit des Hauptantrags feststeht. Das war hier aber bei einer einem Einspruch zugänglichen Versäumnisentscheidung über den Hauptantrag nicht der Fall. Das Urteil des Landgerichts wird daher als ein teilweise fehlerhaft als Versäumnisurteil bezeichnetes kontradiktorisches Urteil anzusehen sein, das in vollem Umfang mit der Berufung anfechtbar war und von dem Beklagten mit einer insgesamt statthaften Berufung angegriffen worden ist.

Demgemäß dürfte dem Berufungsgericht die Entscheidung über alle drei Klageanträge angefallen und eine Sachentscheidung über den Klageantrag zu 3, wenn dies ein Hilfsantrag ist, vor Entscheidung über die Hauptanträge nicht zulässig sein.

Johannsen

Dr. Buchholz

Knüfer

Rottmüller

Dr. Hoegen