

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 31/73

Versäumnis-
URTEIL

Verkündet am
4. Juli 1974
Horn,
Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

1. des Architekten Bauingenieurs Alfred K [REDACTED],
W [REDACTED], G [REDACTED]straße [REDACTED]
Beklagten, Berufungsbeklagten
und Revisionsklägers,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Freiherr von [REDACTED] .
2. des Architekten Walter G [REDACTED], H [REDACTED],
F [REDACTED] L [REDACTED],
Beklagten, Berufungsbeklagten
und Revisionsbeklagten,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma Autohaus P [REDACTED] KG, vertreten durch ihre
persönlich haftende Gesellschafterin Elfriede P [REDACTED],
H [REDACTED], F [REDACTED]straße [REDACTED],

- Klägerin, Berufungsklägerin,
Revisionsbeklagte und
Revisionsklägerin,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. h.c. [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 4. Juli 1974 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Vogt sowie die Richter Erbel, Dr. Girisch, Meise und Dr. Recken

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Frankfurt/Main vom 12. Dezember 1972 wird zurückgewiesen.

Auf die Revision des Beklagten Klein werden das Zwischenurteil vom 16. März 1971 und das Urteil vom 12. Dezember 1972 des genannten Gerichts aufgehoben, soweit zum Nachteil dieses Beklagten erkannt ist. Insoweit wird der Einspruch der Klägerin gegen das Versäumnisurteil des genannten Gerichts vom 12. November 1970 als unzulässig verworfen.

Die Kosten des Rechtsstreits hat die Klägerin zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Von Rechts wegen

- 3 -

Tatbestand:

Die persönlich haftende Gesellschafterin der Klägerin, Frau Elfriede P., ließ in den Jahren 1947/48 ihr Anwesen in H., F.-straße wiederaufbauen. Die Klägerin betrieb darin eine Autoreparaturwerkstätte mit Autohandel.

Im Jahre 1963 beauftragte Frau P. den Beklagten G. mit der Planung von Um- und Erweiterungsarbeiten an ihrem Anwesen. Ende 1964 entzog sie ihm den Auftrag und schloß mit dem Beklagten K. einen Architektenvertrag. Im Februar 1965 stürzte das Gebäude teilweise ein.

Frau P. hat ihre Ersatzansprüche aus den Verträgen mit den Beklagten an die Klägerin abgetreten. Die Klägerin hat gegen beide Beklagten als Gesamtschuldner auf Zahlung von 63.156,29 DM nebst Zinsen und auf Feststellung geklagt, daß diese ihr auch allen weiteren Schaden zu ersetzen hätten.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen.

Im Berufungsverfahren hat die Klägerin unter Abstandnahme von der Feststellungsklage die Zahlungsklage auf 73.156,29 DM nebst Zinsen erhöht.

Das Oberlandesgericht hat durch Versäumnisurteil vom 12. November 1970 die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Die Beklagten haben das Versäumnisurteil der Klägerin am 26./27. November 1970 zugestellt. Auf den am 12. Februar 1971 eingegangenen Wiedereinsetzungsan-



trag der Klägerin verbunden mit dem Einspruch gegen das Versäumnisurteil hat das Oberlandesgericht durch Zwischenurteil vom 16. März 1971 der Klägerin die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Einspruchsfrist gewährt. Das Oberlandesgericht hat alsdann, unter teilweiser Aufhebung des Versäumnisurteils, die Klage gegen den Beklagten K[REDACTED] dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt, es jedoch bei der Abweisung der Klage gegen den Beklagten G[REDACTED] belassen.

Der Prozeßbevollmächtigte der Klägerin hat in der Revisionsverhandlung erklärt, daß er nicht auftrete. Er hat zur Sache nicht verhandelt.

Der Beklagte G[REDACTED] hat beantragt, die Revision der Klägerin zurückzuweisen.

Der Beklagte K[REDACTED] erstrebt die Abweisung der Klage in erster Linie durch Verwerfung des Einspruchs gegen das Versäumnisurteil des Berufungsgerichts, hilfsweise durch dessen Aufrechterhaltung.

Entscheidungsgründe:

Die Revision der Klägerin ist zurückzuweisen, weil ihr Prozeßbevollmächtigter im Revisionstermin nicht verhandelt hat (§§ 557, 330, 333 ZPO).

Die Revision des Beklagten K[REDACTED] ist begründet, weil das Berufungsgericht der Klägerin die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der

Frist zur Einlegung des Einspruchs gegen das Versäumnisurteil nicht gewähren durfte.

I.

Die Beklagten haben dem Prozeßbevollmächtigten der Klägerin das Versäumnisurteil vom 12. November 1970 am 26./27. November 1970 wirksam zugestellt.

1. Daß der Prozeßbevollmächtigte der Klägerin zuvor das Mandat niedergelegt hatte, steht der Wirksamkeit der Zustellung nicht entgegen (§ 87 Abs. 2 ZPO).

2. Die Zustellung des Beklagten K[REDACTED] an die Klägerin ist auch nicht deshalb unwirksam, weil sein Prozeßbevollmächtigter auf der beglaubigten Fotokopie des Versäumnisurteils versehentlich vermerkt hat, das Urteil sei dem Prozeßbevollmächtigten des Beklagten G[REDACTED] zugestellt worden. Mit Recht stellt das Berufungsgericht in dem Zwischenurteil auf das Empfangsbekenntnis des früheren Prozeßbevollmächtigten der Klägerin ab, denn für die Zustellung kommt es nach § 198 Abs. 2 Satz 1 ZPO auf das mit Datum und Unterschrift versehene schriftliche Empfangsbekenntnis des Anwalts an, dem zugestellt werden soll. Eine vom zustellenden Rechtsanwalt dem anderen ausgestellte Bescheinigung über die Zustellung (§ 198 Abs. 2 Satz 2 ZPO) hat für die Wirksamkeit der Zustellung keine Bedeutung. Zu Unrecht beruft sich die Revision der Klägerin für die gegenteilige Ansicht auf den Beschluß des Bundesgerichtshofs vom 27. November 1951 - IV ZR 185/51 = LM ZPO § 198 Nr. 1. Dort ist gesagt, daß der Zustellungsempfänger die vollständige

Ausfertigung des Urteils bekommen muß und sie auch behalten darf. Daß die zugestellte Ausfertigung des Versäumnisurteils ihrem Prozeßbevollmächtigten nicht belassen worden wäre, hat die Klägerin nicht behauptet.

II.

Die von Frau P. [REDACTED] unterschriebene, am 10. Dezember 1970 beim Berufungsgericht eingereichte Eingabe vom 8. Dezember 1970 stellt keinen rechtswirksamen Einspruch i.S. der §§ 338 ff ZPO dar, da vor dem Oberlandesgericht Anwaltszwang besteht (§ 78 Abs. 1 ZPO). Die am 12. Februar 1971 beim Berufungsgericht eingegangene Einspruchsschrift des Prozeßbevollmächtigten der Klägerin ist nicht innerhalb von zwei Wochen nach der am 26./27. November 1970 erfolgten Zustellung des Versäumnisurteils (§ 339 ZPO) und somit verspätet eingegangen.

III.

Nach § 234 ZPO mußte die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Einspruchsfrist innerhalb einer zweiwöchigen Frist beantragt werden, die mit dem Tag begann, an dem das Hindernis behoben war.

Das Berufungsgericht meint in dem Zwischenurteil, die Klägerin sei durch unabwendbaren Zufall verhindert gewesen, die Frist zur Einlegung des Einspruchs gegen das Versäumnisurteil einzuhalten und dieses Hindernis sei erst mit der am 29. Januar 1971 erfolgten Zustellung des das Armenrecht versagenden Beschlusses vom 22. Januar 1971 behoben und somit der am 12. Februar 1971

eingegangene Antrag um Wiedereinsetzung rechtzeitig gestellt gewesen.

Dem vermag der Senat nicht zu folgen.

1. Ob die Wiedereinsetzung in dem Zwischenurteil gewährt werden durfte, kann der Senat zusammen mit dem Endurteil prüfen (BGHZ 5, 157, 159).

2. Armut ist ein Wiedereinsetzungsgrund, wenn die Partei sich für arm halten und die Bewilligung des Armenrechts erwarten darf (Beschluß des Bundesgerichtshofs vom 18. Dezember 1951 - IV ZB 94/51 - = LM Nr. 14 zu § 233 ZPO). Wird das Armenrecht nach Ablauf einer Rechtsmittelfrist oder einer ihr insofern gleichstehenden Einspruchsfrist wegen mangelnder Armut abgelehnt, so muß die Partei zur Begründung des Antrags auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand darlegen, sie habe begründeten Anlaß gehabt anzunehmen, daß sie durch Armut an der rechtzeitigen Einlegung des Rechtsmittels verhindert sei. War diese Erwartung nicht gerechtfertigt, weil die Partei erkennen konnte, daß die Armut in dem Gesuch nicht ausreichend dargetan war, so kann ihr die Wiedereinsetzung nicht erteilt werden (BGHZ 26, 99, 101).

Darauf, daß die vorher eingereichten Unterlagen zum Nachweis der Armut der Klägerin nicht ausreichten, hatte das Berufungsgericht bereits in der Verhandlung vom 11. Dezember 1969 hingewiesen und deren Ergänzung verlangt. Da die Klägerin dieser Aufforderung trotz wiederholter Ankündigungen nicht nachgekommen war, hatte das Berufungsgericht ihr durch Beschluß vom 16. November 1970 das Armenrecht versagt. Die Klägerin durfte nicht

annehmen, daß der während der Einspruchsfrist erneut gestellte Armenrechtsantrag vom 10. Dezember 1970 Erfolg haben werde. Auch in diesem Antrag war nur die Armut der persönlich haftenden Gesellschafterin Frau P - ohne Nachweis - behauptet, über die Vermögensverhältnisse der Klägerin (Kommanditgesellschaft) dagegen nichts gesagt. Da die Klägerin somit keinen Zweifel haben konnte, daß ihre Armut auch in dem Armenrechtsgesuch vom 10. Dezember 1970 nicht dargetan war, durfte sie nicht erwarten, daß das Berufungsgericht ihr für das Einspruchsverfahren das Armenrecht bewilligen werde. Sie mußte vielmehr von vornherein damit rechnen, daß ihr, wie es das Berufungsgericht dann auch durch Beschluß vom 22. Januar 1971 getan hat, das Armenrecht auch für das Einspruchsverfahren verweigert werde. Die Klägerin war somit nicht durch das Hindernis einer vernünftigerweise begründeten Annahme der Armut an der rechtzeitigen Einlegung des Einspruchs verhindert.

3. Auch Krankheit der persönlich haftenden Gesellschafterin Frau P stand dem Nachweis der Armut der Klägerin nicht entgegen. Die vorgelegten ärztlichen Atteste für Frau P vom 26. November 1970 und vom 5. Februar 1971 ergeben dies nicht. Im Übrigen hat die Klägerin nicht behauptet, daß auch andere Gesellschafter daran gehindert gewesen wären, die Armut der Klägerin rechtzeitig glaubhaft zu machen. Sollte sie nicht das erforderliche Geld besessen haben, um durch ihren Steuerberater einen Status erstellen zu lassen - obwohl sie im Jahre 1970 Auslagenvorschüsse von 240 DM und 500 DM einzuzahlen vermochte -, so hätte sie die behauptete Vermögenslosigkeit doch wenigstens durch eidesstattliche Versicherungen ihrer Gesellschafter oder in anderer Weise belegen können.

IV.

Auf die Revision des Beklagten K[REDACTED] sind somit das Zwischenurteil vom 16. März 1971 und das Endurteil vom 12. Dezember 1972 des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Frankfurt/Main aufzuheben, soweit sie zu seinem Nachteil ergangen sind. Der Einspruch der Klägerin gegen das Versäumnisurteil ist insoweit gemäß § 341 ZPO als unzulässig zu verwerfen.

Nach §§ 91, 97 ZPO hat die Klägerin die Kosten des gesamten Rechtsstreits zu tragen.

Nach §§ 557, 708 Nr. 3 ZPO ist das Urteil für vorläufig vollstreckbar zu erklären.

Vogt

Erbel

Girisch

Meise

Recken