

99. 1. Ist das in der Berufungsinanz gegen eine Partei nach Wegfall ihres zweitinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten erlassene Verfümmisurteil an die Partei selbst oder an ihren erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten zuzustellen?

2. Hat die Nichtausübung des Rügerechts gemäß § 295 ZPO. dessen Verlust zur Folge, wenn ein Verzichtwille erweislich ausgeschlossen war?

3. Kann auf die Rüge eines wesentlichen Mangels der Zustellung eines Verfümmisurteils verzichtet werden?

4. Sind im Falle des § 244 Abs. 2 Satz 1 ZPO. die Vorschriften der §§ 174 Abs. 2, 175 ZPO. anwendbar?

IV. Zivilsenat. Ur. v. 30. Mai 1921 i. S. G. (R.) m. Firma Q. & R. (Befl.). IV 617/20.

I. Landgericht Breslau. — II. Oberlandesgericht daselbst.

Der Kläger, ein Kaufmann aus Czernowitz, der während des Krieges in Wien wohnte, erhob im Jahre 1916 bei dem Landgericht in B. gegen die Beklagte eine Klage auf Zahlung von 14592 M. nebst Zinsen aus ungerechtfertigter Bereicherung. Das Landgericht wies die Klage durch Urteil vom 23. Oktober 1917 ab. Der Kläger

legte durch den Rechtsanwalt Dr. S. in B. Berufung ein. Nachdem in der Berufungsinstanz Beweisaufnahme stattgefunden hatte, wurde das Verfahren dadurch unterbrochen, daß der Rechtsanwalt Dr. S. in der Liste der beim Oberlandesgericht B. zugelassenen Rechtsanwälte gelöscht wurde. Die Beklagte lud darauf den Kläger in Person zur Verhandlung der Hauptsache zu dem vom Vorsitzenden auf den 15. Mai 1920 anberaumten Termin mit der Aufforderung, einen beim Oberlandesgericht in B. zugelassenen Rechtsanwalt zu seiner Vertretung zu bestellen. In diesem Termin erschien für den Kläger niemand; die Beklagte wies nach, daß die Ladung an den Kläger persönlich unter dessen bisheriger Adresse Wien Hahngasse 34 vom Gerichtsvollzieher am 23. April 1920 als Einschreibebrief zur Post gegeben sei, und das Oberlandesgericht erkannte gemäß dem Antrage der Beklagten durch Veräumnisurteil auf Zurückweisung der Berufung. Eine Ausfertigung dieses Veräumnisurteils wurde zwecks Zustellung an den Kläger am 31. Mai 1920 im Auftrage der Beklagten durch den Gerichtsvollzieher unter der gleichen Adresse wie die vorausgegangene Ladung als Einschreibesendung zur Post gegeben. Gegen das Veräumnisurteil legte der Geh. Justizrat Dr. F. in B. namens des Klägers am 23. Juli 1920 Einspruch ein, indem er gleichzeitig die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen den Ablauf der Einspruchsfrist beantragte und zur Begründung dieses Antrags geltend machte, daß der Kläger, der im Dezember 1919 wieder nach Czernowitz übergesiedelt sei, weder von der Löschung seines Prozeßbevollmächtigten, noch von der Ladung zum Termin am 15. Mai 1920, noch von dem Erlaß des Veräumnisurteils Kenntnis erlangt habe, daß diese Tatsachen vielmehr erst am 21. Juli 1920 von dem neuen Prozeßbevollmächtigten auf Nachfrage im Bureau des Anwalts der Gegenpartei in Erfahrung gebracht seien. Das Oberlandesgericht verwarf den Einspruch des Klägers unter Verfügung der erbetenen Wiedereinsetzung als unzulässig. Die Revision hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

Das Berufungsgericht nimmt an, das Veräumnisurteil vom 15. Mai 1920 sei gemäß § 175 ZPO. mit der am 31. Mai 1920 erfolgten Aufgabe zur Post als an den Kläger zugestellt anzusehen, die Einspruchsfrist daher mit dem 14. Juni 1920 abgelaufen und der erst am 23. Juli 1920 eingelegte Einspruch verspätet gewesen. Ein Wiedereinsetzungsgrund liege nicht vor, da die angebliche Unkenntnis des Klägers von Zustellung des Veräumnisurteils, auch wenn das Vorbringen des Klägers als richtig unterstellt werde, keine unverschuldete gewesen wäre, es übrigens auch an ausreichender Glaubhaftmachung für die Behauptungen des Klägers fehle. Die Revision bekämpft lediglich die Annahme, daß eine wirksame Zustellung des

Veräumnisurteils an den Kläger stattgefunden habe, da dieses Urteil dem für die erste Instanz bestellten Prozeßbevollmächtigten des Klägers habe zugestellt werden müssen, was nicht geschehen sei. Die Rüge ist begründet.

Nach § 176 ZPO. müssen Zustellungen, welche in einem anhängigen Rechtsstreite geschehen sollen, an den für die Instanz bestellten Prozeßbevollmächtigten erfolgen. Bei dieser Vorschrift ist jedoch der regelmäßige Fall vorausgesetzt, daß die Partei für jede Instanz einen Prozeßbevollmächtigten bestellt. Für diesen Fall soll durch die §§ 176, 178 geregelt werden, an welchen der mehreren Prozeßbevollmächtigten die einzelnen Zustellungen zu geschehen haben. Dagegen hat die Ermächtigung des für die untere Instanz bestellten Prozeßbevollmächtigten zur Entgegennahme von Zustellungen dann nicht auf den Rahmen der unteren Instanz beschränkt werden sollen, wenn für die höhere Instanz kein Prozeßbevollmächtigter vorhanden ist. Die Zivilprozeßordnung steht, wie in den Motiven zu den §§ 155 flg. des Entwurfs (jetzt §§ 176, 178) bemerkt ist, auf dem Standpunkte, daß Zustellungen nach eingetretener Anhängigkeit des Rechtsstreits nicht mehr an die Partei selbst, sondern nur an deren Prozeßbevollmächtigten, wenn ein solcher bestellt sei, zu erfolgen hätten, weil die Partei durch Erteilung der Prozeßvollmacht sich des eigenen Prozeßbetriebes begeben habe. Hieraus in Verbindung mit den Vorschriften des § 81 ZPO. über den Umfang der Prozeßvollmacht und des § 210a ZPO. über die Zustellung der Rechtsmittelschriften ist vom Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung gefolgert worden, daß die Vollmacht des Prozeßbevollmächtigten der unteren Instanz keineswegs mit Erlaß und Zustellung des Endurteils erlischt, vielmehr auch weiterhin noch wirksam ist und nur so weit und so lange außer Kraft bleibt, als die Prozeßtätigkeit eines für die höhere Instanz bestellten Prozeßbevollmächtigten Platz greift, und daß deshalb, wenn die Partei einen Prozeßbevollmächtigten nur für die untere Instanz bestellt hat, das in der höheren Instanz ergangene Veräumnisurteil an diesen und nicht an die Partei persönlich zuzustellen ist (RGZ. Bd. 8 S. 425, Bd. 9 S. 329; Urz. vom 24. Juni 1918 VI 105/18). Nach den Erwägungen, auf denen diese Rechtsprechung beruht, kann es aber keinen Unterschied machen, ob die Partei für die höhere Instanz überhaupt keinen Prozeßbevollmächtigten bestellt hat, oder ob der bestellte Prozeßbevollmächtigte der höheren Instanz weggefallen und an seine Stelle kein neuer Bevollmächtigter getreten ist. Denn mit dem Wegfall des Prozeßbevollmächtigten höherer Instanz ist auch die durch seine Bestellung herbeigeführte Suspension der Vollmacht des Prozeßbevollmächtigten der unteren Instanz in Wegfall gekommen und dieser auch zum Prozeßbetrieb in der höheren Instanz im Rahmen des § 81 ZPO. als voll ermächtigt anzusehen.

Hiernach hätte das Veräumnisurteil vom 15. Mai 1920, solange der Kläger an Stelle des durch Löschung in der Liste der Rechtsanwälte zur Fortführung der Vertretung unfähig gewordenen Rechtsanwalts Dr. S. keinen neuen Prozeßbevollmächtigten für die Berufungsinstanz bestellt hatte, dem Rechtsanwalt Dr. L. in B. als dem erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten des Klägers zugestellt werden müssen. Die Beklagte kann sich für die Zulässigkeit des von ihr eingeschlagenen Verfahrens weder auf die §§ 174 Abs. 2, 175 noch auf § 244 Abs. 2 ZPO. berufen. Eine Verpflichtung des Klägers, einen Zustellungsbevollmächtigten gemäß § 174 Abs. 2 zu benennen, bestand nicht, weil er einen am Sitze des Prozeßgerichts wohnenden Prozeßbevollmächtigten, den Rechtsanwalt L. bestellt hatte, der trotz seiner Bestellung für die erste Instanz zur Empfangnahme aller Zustellungen in der Berufungsinstanz berechtigt war, solange kein Prozeßbevollmächtigter für die Berufungsinstanz vorhanden war. Die Vorschriften des § 244 Abs. 2 ZPO. enthalten in Satz 1 eine Ausnahme von dem allgemeinen Grundsatz, daß Zustellungen beim Vorhandensein eines Prozeßbevollmächtigten an diesen und nicht an die Partei persönlich zu bewirken sind. Dort ist bestimmt, daß in dem gefeßten Falle die Ladung zur Verhandlung oder die Aufforderung zur Bestellung eines neuen Anwalts binnen bestimmter Frist an die Partei selbst zu richten ist. Da diese Vorschrift schlechthin und ohne Unterscheidung, ob der Wegfall des Prozeßbevollmächtigten in der unteren oder einer höheren Instanz erfolgt, zur Anwendung kommen muß, so folgt daraus, daß die dort behandelte Ladung oder Aufforderung auch beim Vorhandensein eines für die untere Instanz bestellten Prozeßbevollmächtigten nur wirksam ist, wenn sie der Partei persönlich zugestellt wird (R.W. 1905 S. 178 Nr. 22). Das gilt aber nur für die Zustellung des in Satz 1 bezeichneten, die Aufnahme des Verfahrens betreibenden Schriftsatzes; nicht auch für die folgenden in dem aufgenommenen Verfahren zu bewirkenden Zustellungen, für die es bei der allgemeinen Regel verbleibt, daß sie, solange kein neuer Prozeßbevollmächtigter der höheren Instanz bestellt ist, an den für die untere Instanz bestellten Prozeßbevollmächtigten zu geschehen haben. Die Vorschriften von Satz 2 und 4 des § 244 Abs. 2 beziehen sich ihrem klaren Wortlaut nach nur auf den Fall, daß die Aufnahme des Verfahrens auf dem in Satz 1 zugelassenen zweiten Wege durch Aufforderung zur Bestellung eines neuen Anwalts binnen der vom Vorliegenden bestimmten Frist betrieben wird. Bei dem gegenwärtig von der Beklagten eingeschlagenen Wege, daß der Gegner zur Verhandlung der Hauptsache geladen ist, kommen die Vorschriften von Satz 2 und 3 nicht zur Anwendung.

Die an den Kläger persönlich erfolgte Zustellung des Veräumnis-

urteils vom 15. Mai 1920 war hiernach unwirksam und nicht geeignet, die Einspruchsfrist in Lauf zu setzen. Da eine Zustellung des Veräumnisurteils an den Prozeßbevollmächtigten des Klägers bis zur Einlegung des Einspruchs überhaupt nicht bewirkt worden war, war auch in diesem Zeitpunkte die Einspruchsfrist noch nicht abgelaufen, der Einspruch also nicht verspätet. Daß der Einspruch auch vor der Zustellung des Veräumnisurteils wirksam eingelegt werden darf, ist in feststehender Rechtsprechung anerkannt.

Die Revisionsbeklagte macht geltend, der Kläger habe das Recht, sich auf die Unwirksamkeit der an ihn persönlich vorgenommenen Zustellung des Veräumnisurteils zu berufen, nach § 295 ZPO. durch Unterlassung einer darauf gerichteten Rüge in der Berufungsinstanz verloren. Das ist unrichtig. Allerdings hat der Kläger in der Berufungsinstanz die Unwirksamkeit der Zustellung nicht ausdrücklich geltend gemacht, vielmehr bei der Einlegung des Einspruchs die Wiedereinsetzung gegen den Ablauf der Einspruchsfrist nachgesucht und damit zu erkennen gegeben, daß er die Zustellung vom 31. Mai 1920 zur Inlauffezung der Einspruchsfrist für geeignet ansah. Wenn aber hiernach auch der der Zustellung des Veräumnisurteils anhaftende Mangel bei der mündlichen Verhandlung über die Zulässigkeit des Einspruchs vom Kläger nicht gerügt worden ist, so folgt doch daraus nicht, daß der Mangel nach § 295 als geheilt gelten müßte. § 295 stellt den Grundsatz auf, daß der von einer Partei erklärte Verzicht auf Befolgung einer an sich verzichtbaren Verfahrensvorschrift bindend sei und eine spätere Rüge der Verletzung der Vorschrift ausschliesse. Wenn dem Verzicht der Partei die Nichtausübung des Rügerechts bei der nächsten mündlichen Verhandlung gleichgestellt ist, so erklärt sich das damit, daß der Verzicht nicht ausdrücklich erklärt zu werden braucht und daß die Nichtausübung des Rügerechts in der Regel einen stillschweigenden Verzicht enthalten wird. Daraus folgt, daß der Nichtausübung des Rügerechts die gleiche Wirkung wie einem ausdrücklichen Verzicht nicht beigelegt werden darf, wenn sich aus den Umständen ergibt, daß ein Verzichtwille der Partei ausgeschlossen gewesen ist (RM. 1899 S. 742 Nr. 9). Das ist aber im gegenwärtigen Falle ohne weiteres anzunehmen. Es muß als ausgeschlossen gelten, daß der Kläger, der durch seinen Wiedereinsetzungsantrag bemüht war, sich gegen den ihm aus der am 31. Mai 1920 vorgenommenen Zustellung des Veräumnisurteils drohenden Nachteil zu schützen, den Willen gehabt haben könnte, auf das Recht, die Unwirksamkeit dieser Zustellung zu rügen, zu verzichten. Aber ganz abgesehen hiervon steht der Annahme der Revisionsbeklagten die Vorschrift des § 295 Abs. 2 entgegen, nach der die Bestimmung des Abs. 1 nicht zur Anwendung kommt, wenn Vorschriften verletzt sind, auf deren Befolgung eine Partei wirk-

jam nicht verzichten kann. Das Reichsgericht hat bereits oft ausgesprochen, daß ein wesentlicher Mangel der Zustellung bei der Einlegung eines Rechtsmittels durch Verzicht nicht heilbar ist (RGZ. Bd. 15 S. 373, Bd. 30 S. 389, Bd. 99 S. 140; JW. 1902 S. 182 Nr. 6; Gruchot Bd. 38 S. 1220, Bd. 60 S. 1031). Diese auf § 224 ZPO. gestützte Ansicht, an der festzuhalten ist, muß dazu führen, auch einen Mangel bei der Zustellung eines Versäumnisurteils für unverzichtbar zu erklären, wenn es sich um die Frage der Rechtzeitigkeit des Einspruchs handelt. Nach § 339 ist die Einspruchsfrist eine Kofffrist und beginnt mit der Zustellung des Versäumnisurteils. Sie kann daher nach § 224 Abs. 1 durch Vereinbarung der Parteien weder verlängert noch abgekürzt werden, und deshalb kann ihr Lauf nicht vor der Zustellung des Versäumnisurteils beginnen. Die Prüfung der Zustellung des Versäumnisurteils gehört daher zu der nach § 341 dem Gericht von Amts wegen obliegenden Prüfung, ob der Einspruch in der gesetzlichen Frist eingelegt ist. Als wirksam kann aber die Zustellung nur angesehen werden, wenn dabei die gesetzlichen Vorschriften beobachtet sind. Die Zulassung einer Heilung von Mängeln der Urteilszustellung auf Grund des § 295 Abs. 1 würde eine Abkürzung der Einspruchsfrist im Wege der Parteivereinbarung bedeuten, die nach § 224 Abs. 1 unzulässig ist und daher auch der Vorschrift des § 295 Abs. 2 widerspricht. Die Zustellung des Urteils an die Partei selbst anstatt an ihren Prozeßbevollmächtigten ist aber ein Verstoß gegen die zwingende Vorschrift des § 176, der die Unwirksamkeit der Zustellung zur Folge hat, den Beginn des Laufes der Einspruchsfrist ausschließt und von Amts wegen zu berücksichtigen ist.

Das angefochtene Urteil ist hiernach aufzuheben, der Einspruch des Klägers gegen das Versäumnisurteil vom 15. Mai 1920 für unzulässig zu erklären und die Sache gemäß §§ 565, 538 Nr. 1 ZPO. an das Berufungsgericht zur weiteren sachlichen Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen. Bei der gemäß § 344 vorzunehmenden Prüfung, ob das Versäumnisurteil vom 15. Mai 1920 in gesetzlicher Weise ergangen ist, wird zu prüfen sein, ob der Kläger zu dem Termin vom 15. Mai 1920 vorgeschrittmäßig geladen war. Die Zustellung der an ihn gemäß § 244 Abs. 2 Satz 1 ZPO. ergangenen Ladung mußte, wie bereits ausgeführt, an ihn selbst erfolgen. Indem § 244 Abs. 2 Satz 1 für den dort gesetzten Fall die Zustellung ohne Einschränkung an die Partei selbst vorschreibt, schließt er die Zustellung an einen gemäß § 174 etwa bestellten Zustellungsbevollmächtigten aus. Die Vorschriften der §§ 174 Abs. 2, 175, wonach bei dem Mangel eines im Bezirk des Prozeßgerichts wohnhaften Zustellungsbevollmächtigten alle an eine im Ausland wohnende Partei zu bewirkenden Zustellungen durch Aufgabe zur Post geschehen können,

Kommen daher gegenüber der in § 244 Abs. 2 Satz 1 enthaltenen Sondervorschrift nicht zur Anwendung. Demgemäß mußte die Zustellung der gemäß § 244 Abs. 2 Satz 1 ergehenden Ladung an den in Österreich wohnenden Kläger durch Ersuchen der zuständigen Behörde oder, wenn der Kläger seinen Wohnsitz in Czernowitz hatte, nach den für dort zu bewirkende Zustellungen maßgebenden Vorschriften geschehen (S.W. 1905 S. 178 Nr. 22). Auf Grund einer gemäß § 175 geschehenen Zustellung der Ladung hätte beim Ausbleiben des Klägers ein Versäumnisurteil gegen ihn nicht erlassen werden dürfen.