

BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

II ZR 48/98

vom

16. März 1998

in der Sache

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat am 16. März 1998 durch den Vorsitzenden Richter Röhrich und die Richter Dr. Hesselberger, Prof. Dr. Henze, Dr. Kapsa und Kraemer

beschlossen:

Auf den Antrag der Beklagten wird das Revisionsverfahren hinsichtlich der unbekannten Erben des Beklagten zu 2 ausgesetzt.

Der weitergehende Antrag auf Aussetzung auch des den Beklagten zu 1 betreffenden Revisionsverfahrens wird abgelehnt.

Gründe:

I. Die Beklagten sind durch Urteil des Oberlandesgerichts München vom 26. September 1997 als Gesamtschuldner verurteilt worden, an den Kläger 2.500.000,-- DM nebst Zinsen zu bezahlen. Sie haben dagegen Revision bei dem Bayerischen Obersten Landesgericht durch ihre bisherigen Prozeßbevollmächtigten eingelegt, die danach unter dem 14. Januar 1998 beantragt haben, das Verfahren insgesamt auszusetzen, weil der Beklagte zu 2 verstorben sei. Das Bayerische Oberste Landesgericht hat durch Beschluß vom 10. Februar 1998 den Bundesgerichtshof als für das weitere Revisionsverfahren zuständiges Gericht bestimmt (§§ 8 EGGVG, 7 EGZPO, Art. 11 Abs. 1 AGGVG) und diesem auch die Entscheidung über den Aussetzungsantrag überlassen.

-

II. Aufgrund der für den Bundesgerichtshof bindenden Zuständigkeitsentscheidung des Bayerischen Obersten Landesgerichts (§ 7 EGZPO) hat der Senat auch über den bei diesem Gericht gestellten Aussetzungsantrag der Beklagten gemäß §§ 246 Abs. 1 2. Halb., 248 Abs. 2 ZPO zu entscheiden (vgl. M. Wolf in: MünchKomm ZPO, § 7 EGZPO Rdn. 9 m.N.). Gemäß § 246 Abs. 1 2. Halbs. ZPO war das Verfahren nur hinsichtlich der unbekannten Erben des Beklagten zu 2 auszusetzen.

Eine Unterbrechung des Verfahrens gemäß § 239 Abs. 1 ZPO, die den Aussetzungsantrag gegenstandslos machen würde, ist durch den Tod des Beklagten zu 2 gemäß § 246 Abs. 1 1. Halbs. ZPO nicht eingetreten. Zwar haben seine Prozeßbevollmächtigten nicht mitgeteilt, ob er vor oder nach Einlegung der Revision verstorben ist. Darauf kommt es hier aber nicht entscheidend an. Im Falle des Todes der Partei vor Einlegung eines Rechtsmittels gilt diese noch als durch ihren Prozeßbevollmächtigten der Vorinstanz vertreten (vgl. BGH, Beschl. v. 12. November 1980 - IVb ZB 601/80, NJW 1981, 686; RGZ 68, 247, 256; Stein/Jonas/Roth, ZPO, 20. Aufl., § 246 Rdn. 6; Feiber in MünchKomm ZPO, § 246 Rdn. 11). Die durch den Tod des Vollmachtgebers nicht beendete Vollmacht (§ 86 ZPO) umfaßt auch die Einlegung von Rechtsmitteln, so daß eine Unterbrechung jedenfalls dann nicht eintritt, wenn der Prozeßbevollmächtigte bei dem Rechtsmittelgericht postulationsfähig ist. Das war hier der Fall. Denn bei dem Bayerischen Obersten Landesgericht, das bis zu seiner Entscheidung über die Zuständigkeit des Bundesgerichtshofes "vorläufiges Revisionsgericht" war (vgl. M. Wolf aaO § 7 EGZPO Rdn. 6), sind gemäß § 8 Abs. 1 EGZPO alle bei einem



Landgericht- oder Oberlandesgericht zugelassenen Rechtsanwälte postulationsfähig und können dort bis zur Entscheidung über die Zuständigkeit des Bundesgerichtshofes auch eine Revisionsbegründung einreichen (vgl. Stein/Jonas/Schlosser, ZPO, 20. Aufl., EGZPO § 7 Rdn. 6, § 8 Rdn. 1). Daraus ergibt sich von selbst, daß das Verfahren auch dann nicht gemäß § 239 ZPO unterbrochen wurde, wenn der Beklagte zu 1 erst nach Einlegung der Revision verstorben sein sollte. Die Voraussetzungen des § 246 Abs. 1 ZPO sind erfüllt, wenn die Partei im Zeitpunkt eines an sich die Unterbrechung des Verfahrens begründenden Ereignisses (§§ 239, 241, 242 ZPO) durch einen Prozeßbevollmächtigten vertreten wird, der bei dem Gericht, an dem das Verfahren anhängig ist, zugelassen ist (vgl. BGHZ 2, 227, 229).

Auf den Antrag des Prozeßbevollmächtigten des Beklagten zu 2 ist daher die Aussetzung des diesen betreffenden Revisionsverfahrens anzuordnen (§ 246 Abs. 1 2. Halbs. ZPO). Die Aussetzung auch auf die Revision des Beklagten zu 1 zu erstrecken, besteht kein Anlaß, weil die beiden Beklagten nicht notwendige Streitgenossen (§ 62 ZPO) sind und

eine Unterbrechung gemäß § 239 ZPO, an deren Stelle hier die Ausetzung tritt, sich ebenfalls auf das Verfahren der von dem unterbrechenden Ereignis betroffenen Partei beschränken würde (vgl. Thomas/Putzo, ZPO, 20. Aufl., § 239 Rdn. 2).

Röhricht
Dr. Henze

Dr. Hesselberger

Prof.

Dr. Kapsa

Kraemer