

BUNDESGERICHTSHOF

VII ZB 21/70

BESCHLUSS

in der Rechtssache

1. der Frau Marie R [REDACTED] geb. S [REDACTED] und
2. des Autoschlossers Günter R [REDACTED], beide
in B [REDACTED]-V [REDACTED], L [REDACTED] Straße Nr. [REDACTED],

Beklagte, Berufungskläger
und zu 1 Beschwerdeführerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Maurermeister Helmut W [REDACTED] in [REDACTED] O [REDACTED],

Kläger, Berufungskläger
und Beschwerdegegner,

- Prozeßbevollmächtigte II. Instanz: Rechtsanwälte [REDACTED] I,
Wendland und [REDACTED] II
in C [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 21. Januar 1971 durch den Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofs Glanzmann und die Bundesrichter Rietschel, Erbel, Schmidt und Dr. Girisch

beschlossen:

Die sofortige Beschwerde der Beklagten Marie R. [REDACTED] gegen den Beschluß des 13. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Celle vom 5. November 1970 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat die Kosten ihrer Beschwerde zu tragen.

G r ü n d e :

Der Kläger hat für ein Umbauvorhaben Arbeiten geleistet, als deren Besteller er die beiden Beklagten bezeichnet. Er hat hierfür eine restliche Werklohnforderung von 7.495,76 DM geltendgemacht. Durch Urteil des Landgerichts Verden vom 10. Juni 1970 wurden die Beklagten als Gesamtschuldner zur Zahlung von 6.242,16 DM nebst Zinsen verurteilt.

Gegen dieses den Beklagten am 23. Juni 1970 zugestellte Urteil wurde am 22. Juli 1970 Berufung eingelegt. Die Berufungsschrift lautete wie folgt:

"Berufung in Sachen des Autoschlossers Günter
R [REDACTED], B [REDACTED]-V [REDACTED], L [REDACTED]straße [REDACTED]
Beklagten und Berufungsklägers
Prozeßbevollmächtigter ...
 gegen
den Maurermeister Helmut W [REDACTED]

Gegen das am 10. Juni 1970 verkündete und am 23. Juni 1970 zugestellte Urteil des Landgerichts in Verden legen wir namens des Beklagten Berufung ein

Am 1. Oktober 1970 legten die Anwälte der beklagten Partei erneut Berufung für beide Beklagte ein und erklärten mit Schriftsatz vom 30. September 1970 "klarstellend", daß die am 22. Juli 1970 eingelegte Berufung sich auf beide Beklagte beziehe. Vorsorglich beantragten sie, für die Beschwerdeführerin Marie R. [REDACTED] wegen der Versäumung der Berufungsfrist die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren. Hierzu wurde vorgetragen, die Beklagten hätten beide die Absicht gehabt, gegen das Urteil des Landgerichts Berufung einzulegen. Die Beschwerdeführerin sei dann am 9. Juli 1970 schwer erkrankt in das Krankenhaus eingeliefert worden und nicht mehr in der Lage gewesen, sich um den Prozeß zu kümmern. Der Beklagte Günter R. [REDACTED] habe den Kaufmann Günther M. [REDACTED], mit dem er befreundet sei und der ihn in dem Prozeß auch beraten habe, gebeten, einen Rechtsanwalt in C. [REDACTED] ausfindig zu machen und die Einlegung der Berufung zu veranlassen. M. [REDACTED] habe den Auftrag, Berufung einzulegen, am 22. Juli 1970 an die Rechtsanwälte der Berufungsinstanz telefonisch durchgegeben, habe es aber unterlassen, auch die Beschwerdeführerin als Berufungsklägerin zu benennen, da er der Meinung gewesen sei, daß der Prozeß allein von dem Beklagten Günter R. [REDACTED] geführt worden, dieser also der einzige Beklagte sei.



Das Oberlandesgericht hat den Antrag auf Wiedereinsetzung zurückgewiesen und die Berufung der Beschwerdeführerin als unzulässig verworfen.

Die hiergegen frist- und formgerecht eingelegte sofortige Beschwerde der Beklagten Marie Rengstorf ist nicht begründet.

1. Das Oberlandesgericht geht rechtsfehlerfrei davon aus, daß die Berufung vom 22. Juli 1970 nur für den Beklagten Günter R [REDACTED] eingelegt worden ist.

Aus der Berufungsschrift muß hervorgehen, wer Rechtsmittelkläger ist. Die Entscheidung des VIII. Zivilsenats (NJW 1969, 928), wonach bei mehreren Berufungsbeklagten nicht unbedingt sämtliche in der Rechtsmittelschrift aufgeführt werden müssen, ist für den Fall mehrerer Berufungskläger nicht entsprechend anwendbar (Beschuß des VII. Zivilsenats vom 1. Oktober 1970 - VII ZB 9/70 -).

Im vorliegenden Fall ist der Berufungsschrift nicht zu entnehmen, daß für die Beschwerdeführerin ebenfalls Berufung eingelegt werden sollte. Zwar kann eine Berufungsschrift an Hand der Prozeßakten und des angefochtenen Urteils ausgelegt werden. Das ist aber nur insoweit möglich, als diese vor Ablauf der Rechtsmittelfrist dem Berufungsgericht vorgelegen haben (BGHZ 21, 168). Das war nach den Feststellungen des Oberlandesgerichts nicht der Fall. Im übrigen hätten auch die Prozeßakten noch nicht die Auslegung gerechtfertigt, daß für die Be-

schwerdeführerin ebenfalls Berufung eingelegt werden sollte; denn es ist nicht ungewöhnlich, daß von zwei verurteilten Gesamtschuldnern nur einer ein Rechtsmittel einlegt.

Die von der Beschwerdeführerin zur Prüfung gestellte Frage, ob zwischen den Beklagten nicht ein Gesellschaftsverhältnis und damit eine notwendige Streitgenossenschaft bestanden habe mit der Folge, daß die Berufung des Beklagten Günter R. sich auch auf die Beschwerdeführerin erstrecke (§ 62 ZPO), ist zu verneinen. Der Vortrag der Parteien ergibt nichts für das Vorhandensein eines Gesellschaftsverhältnisses; die Beschwerdeführerin hat damit, daß sie vor dem Landgericht ihre Passivlegitimation bestritt, weil nur ihr Sohn den Auftrag an den Kläger erteilt habe, sogar ein Gesellschaftsverhältnis geleugnet. Außerdem würde auch ein etwaiges Gesellschaftsverhältnis noch nicht die Annahme einer notwendigen Streitgenossenschaft rechtfertigen (Urteil des BGH vom 13. Juli 1970 - VIII ZR 230/68 - = BGHZ 54, 251).

Die Berufung der Beklagten Marie R. ist infolgedessen verspätet eingelegt worden.

2. Das Oberlandesgericht hat auch ohne Rechtsfehler den Antrag auf Wiedereinsetzung zurückgewiesen.

Die Beklagte Marie R. mag infolge ihrer Erkrankung möglicherweise kein persönliches Verschulden an der Versäumung der Berufungsfrist treffen. Sie

muß sich aber in jedem Fall das Verschulden ihres Vertreters anrechnen lassen (§ 232 Abs. 2 ZPO). Als solcher hat der Beklagte Günter R. [REDACTED] aber gehandelt. Er hatte auch entgegen der mit der Beschwerde vertretenen Auffassung Vollmacht, für seine Mutter Berufung einzulegen. Das ergibt sich aus deren eidesstattlichen Versicherung, in der es u.a. heißt:

"... Ich habe das Urteil mit meinem Sohn besprochen. Wir sind uns darüber einig geworden, daß wir gegen dieses Urteil Berufung einlegen wollten, zumal ich mit der Sache überhaupt nichts zu tun habe, weil nur mein Sohn Bauherr war
Ich habe erst durch den Brief der Rechtsanwältin ... vom 24.9.1970 davon Kenntnis bekommen, daß ich in der Berufungsschrift nicht als Berufungsklägerin aufgeführt bin. Ich hatte selbstverständlich angenommen, daß die Berufung auch mich als Berufungsklägerin auswies."

Diese Angaben - insbesondere dem letzten Satz - ist zu entnehmen, daß die Beschwerdeführerin von Anfang an den Willen hatte, ihr Sohn solle als ihr Vertreter auch für sie Berufung einlegen.

Auf die Frage, ob sich die Vollmacht schon aus dem nahen verwandtschaftlichen Verhältnis der beiden Beklagten ergibt und ob die Bestimmung des § 232 Abs. 2 ZPO auch dann Platz greift, wenn der Sohn als vollmachtloser Geschäftsführer ohne Auftrag (mit nachträglicher Genehmigung) gehandelt hat, kommt es demnach nicht an.

Die Beklagte hat auch, wie das Oberlandesgericht zutreffend annimmt, nicht glaubhaft gemacht, daß ihren

Sohn an der Versäumung der Berufungsfrist kein Verschulden trifft. Dieser hat zwar in seiner eidesstattlichen Versicherung erklärt, M[REDACTED] sei im wesentlichen über den Prozeßablauf unterrichtet gewesen und er habe ihm die Prozeßunterlagen überlassen. Dem steht aber die eidesstattliche Versicherung Meyers entgegen, daß für ihn nur der Sohn als Bauherr in Frage gekommen sei und er nicht gewußt habe, daß sich das Urteil auch gegen die Beschwerdeführerin richte.

Der Vorwurf, daß der Beklagte Günter R[REDACTED] Meyer schuldhaft nicht hinreichend über die Prozeßbeteiligung der Beschwerdeführerin und die Notwendigkeit, auch für sie Berufung einzulegen, unterrichtet hat, ist somit nicht ausgeräumt. Auf die Frage, ob M[REDACTED] als Vertreter der Beklagten oder nur als Bote anzusehen ist und ob ihn ebenfalls ein Verschulden an der Versäumung der Berufungsfrist trifft, kommt es unter diesen Umständen nicht mehr an.

3. Die Beschwerde der Beklagten ist daher mit der
Kostenfolge des § 97 ZPO als unbegründet zurückzuweisen.

Glanzmann

Rietschel

Erbel

Schmidt

Girisch