
Datum: 28.10.1996
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 19. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 19 U 34/96
ECLI: ECLI:DE:OLGK:1996:1028.19U34.96.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 86 O 97/94
Schlagworte: Ausschluß Beweismittel
Normen: ZPO §§ 379, 402
Leitsätze:
Der fruchtlose Ablauf der nach §§ 379, 402 ZPO bestimmten Frist zur Zahlung des Auslagenvorschusses für den Sachverständigen hat anders als im Fall des § 356 ZPO nicht die Folge, daß das Beweismittel nicht mehr benutzt werden kann.
Rechtskraft: rechtskräftig

Tenor:
Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil der 6. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln vom 21. Dezember 1995 - 86 O 97/94 - abgeändert und die Beklagte verurteilt, an die Stadtparkasse B., R.straße 5, B., 23.257,07 DM nebst 12 % Zinsen seit dem 17.7.1993 zu zahlen. Insoweit ist das Urteil vorläufig vollstreckbar. Im übrigen wird die angefochtene Entscheidung aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht - Kammer für Handelssachen - zurückverwiesen. Gerichtskosten für das Berufungsverfahren werden gem. § 8 GKG nicht erhoben; im übrigen bleibt die Entscheidung über die Kosten des Berufungsverfahrens dem Landgericht vorbehalten.

Die Klägerin führte im Auftrag der Beklagten Rohrvortriebsarbeiten am Bauvorhaben A 1/A 61 durch. Die Parteien streiten über die Höhe der der Klägerin zustehenden Vergütung.

Nach Durchführung der Arbeiten erteilte die Klägerin unter dem 22.3.1993 zunächst eine Schlußrechnung über 510.552,39 DM, die sie auf brutto 481.708,44 DM korrigierte; hiervon brachte sie 183.268,85 DM an Abschlagszahlungen in Abzug und gelangte so zu einer Restforderung von 298.439,59 DM, die sie mit der Klage geltend gemacht hat. Die Beklagte hat von der Gesamtforderung 216.268,37 DM als gerechtfertigt angesehen; von der sich nach Abzug der Abschlagszahlungen hieraus ergebenden Restforderung von 32.999,52 DM hat sie einen von der Klägerin anerkannten Schadensersatz von 9.742,45 DM abgezogen und ist so zu einer offenen Restforderung von 23.257,07 DM gelangt.

Die Klägerin hat im Termin vom 22.3.1995 beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 298.439,59 DM nebst 12 % Zinsen ab dem 17.7.1993 zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat die Berechtigung der Klageforderung bestritten.

Der Vorsitzende der Kammer für Handelssachen hat zur Aufklärung der streitigen Rechnungsdifferenzen am 10.8.1995 einen Beweisbeschluß erlassen, wonach auf Antrag der Klägerin über zahlreiche zwischen den Parteien streitige Punkte ein Sachverständigengutachten eingeholt werden sollte. Der Klägerin wurde eine Frist zur Einzahlung des Vorschusses von 6.000,-- DM binnen eines Monats ab Zustellung gesetzt, die Zustellung erfolgte am 23.8.1995 (Bl. 436 d.A.). Mit Schriftsatz vom 21.9.1995 bat die Klägerin, die Frist zur Einzahlung um 14 Tage zu verlängern. Sie begründete dies u.a. damit, daß sie habe Konkursantrag stellen müssen, der mangels Masse abgelehnt worden sei; die geltend gemachte Forderung sei jedoch in voller Höhe an die Stadtparkasse B. abgetreten, diese werde den Rechtsstreit weiterführen. Der Vorsitzende verlängerte die Frist "nach Antrag".

Unter dem 7.11.1995 bestimmte der Vorsitzende Termin zur Fortsetzung der mdl. Verhandlung auf den 27.11.1995. Mit Schriftsatz vom 14.11.1995 kündigte die Klägerin eine Umstellung ihres Klageantrags dahingehend an, daß Zahlung an die Stadtparkasse B. verlangt werde.

In dem Termin vom 27.11.1995 wies der Vorsitzende als Einzelrichter die Klägerin darauf hin, daß der Auslagenvorschuß bisher nicht zu den Akten gelangt sei. Daraufhin erklärte die Klägerin, heute keinen Antrag zu verlesen. Die Beklagte wiederholte ihren Klageabweisungsantrag und beantragte eine Entscheidung nach Lage der Akten. Der Vorsitzende bestimmte daraufhin Termin zur Verkündung einer Entscheidung auf den 21.12.1994 (richtig: 1995).

Mit Schriftsatz vom 15.12.1995, eingegangen am 18.12.1995, teilte die Klägerin mit, daß der Auslagenvorschuß am 27.11.1995 überwiesen worden sei und legte im übrigen substantiiert dar, warum sich die Einzahlung verzögert habe. Desweiteren vertrat sie die Ansicht, der Beweisbeschluß sei nunmehr auszuführen. Ausweislich der Akten ist die Einzahlung des Auslagenvorschusses am 30.11.1995 bei der Gerichtskasse eingegangen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des erstinstanzlichen Sach- und Streitstandes wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils Bezug genommen. 13

Das Landgericht hat - durch den Vorsitzenden - die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, die von der Beklagten anerkannte Restforderung von 23.257,07 DM habe der Klägerin nicht zugesprochen werden können, weil sie infolge der Abtretung nicht Zahlung an sich verlangen könne; den angekündigten Antrag auf Zahlung an die Stadtparkasse habe sie nicht verlesen. Im übrigen sei die Klägerin beweisfällig geblieben, weil die Einzahlung des Auslagenvorschusses verspätet erfolgt und die Einholung des Sachverständigengutachtens deshalb unterblieben sei. Wegen der weiteren Begründung wird auch insoweit auf den Inhalt der angefochtenen Entscheidung verwiesen. 14

Mit der form- und fristgerecht eingelegten und auch rechtzeitig begründeten Berufung macht die Klägerin geltend: 15

Der Vorsitzende habe nicht allein entscheiden dürfen, weshalb das Urteil aufzuheben sei. Den anerkannten Betrag habe er ohnehin zusprechen müssen, da die Klägerin insoweit in Prozeßstandschaft geklagt habe. Die Kammer habe sie außerdem zu Unrecht als beweisfällig angesehen, sie habe nicht wegen verspäteter Einzahlung des Auslagenvorschusses mit dem Beweismittel ausgeschlossen werden dürfen; ihr Anspruch sei materiell begründet. 16

Die Klägerin beantragt, 17

unter Abänderung des angefochtenen Urteils die Beklagte zu verurteilen, an die Stadtparkasse B. 298.439,59 DM nebst 12 % Zinsen ab dem 17.7.1993 zu zahlen; 18

ihr zu gestatten, Sicherheiten auch durch Bürgschaften einer deutschen Großbank, einer Genossenschaftsbank oder einer öffentlichen Sparkasse erbringen zu können. 19

Die Beklagte beantragt, 20

die gegnerische Berufung zurückzuweisen; 21

ihr zu gestatten, Sicherheiten auch durch Bürgschaften einer deutschen Großbank, einer Genossenschaftsbank oder einer öffentlichen Sparkasse erbringen zu können. 22

Sie bezweifelt die Aktivlegitimation der Klägerin und verteidigt die angefochtene Entscheidung. 23

Wegen der Einzelheiten des Berufungsvorbringens wird auf die Schriftsätze der Parteien Bezug genommen. 24

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e 25

Die zulässige Berufung der Klägerin führt, soweit nicht der Senat selbst entschieden hat, zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und Zurückverweisung an das Landgericht; das Verfahren vor dem Landgericht leidet an einem wesentlichen Verfahrensmangel i.S. des § 539 ZPO. 26

Die von der Beklagten gegen die Prozeßführungsbefugnis der Klägerin vorgebrachten Bedenken greifen nicht durch. Hierzu hat der Bundesgerichtshof bereits früher (VersR 1991,562) ausgeführt: 27

28

"Die abgeschlossene Liquidation der Erstbekl. und ihre anschließende Löschung im Handelsregister stehen weder der Zulässigkeit der Revision noch, wie das Berufungsgericht im Ergebnis zu Recht angenommen hat, der fortdauernden Zulässigkeit der Klage entgegen. Zwar hat der BGH entschieden, daß eine juristische Person, deren Liquidation beendet ist und die im Register gelöscht wurde, parteiunfähig wird mit der Folge, daß eine gegen sie bereits anhängige Klage unzulässig wird (BGHZ 74, 212 a. A. BAG NJW 82, 1831 unter 4 zweifelnd auch BAG AP § 50 ZPO Nr. 6 unter B I). Andererseits ist in der Rechtsprechung des BGH anerkannt, daß weder der Abschluß der Liquidation noch die Registerlöschung die fortbestehende Parteifähigkeit einer juristischen Person beeinflussen, wenn noch Anhaltspunkte für ein verwertbares Vermögen bestehen, wofür im Aktivprozeß der juristischen Person schon die Geltendmachung des Klaganspruchs (BGHZ 75, 178 (182 f.) BGH vom 11.5.1989 - III ZR 96/87 - BGHR Löschg § 1 Abs. 1 S. 1 - Parteifähigkeit 1) und im Passivprozeß eine entsprechende Behauptung des Kl. genüge (BGHZ 48, 303 (307) BGH vom 4.6.1957 - VIII ZR 68/56 - WM 57, 975 unter I)....."

Die Klägerin hat hier zusätzlich unwidersprochen vorgetragen, daß sie noch über freies Vermögen verfüge (Bl. 444 d.A.); sie bleibt klagebefugt. 29

Auch die Abtretung der Klageforderung an die Stadtparkasse B. hindert nicht, unabhängig davon, ob die Abtretung vor oder nach Rechtshängigkeit erfolgt ist. Für die Abtretung nach Rechtshängigkeit folgt dies aus § 265 Abs. 2 ZPO; ist sie vorher erfolgt, so handelte die Klägerin zunächst in verdeckter gewillkürter Prozeßstandschaft, die deshalb zulässig war, weil die Klägerin der bisherige Rechtsinhaber war (vgl. Zöller - Vollkommer, ZPO, 18. Aufl., vor § 50 Rn 43 und 47), und nach Offenlegung in aktiver Prozeßstandschaft. Daß die Klägerin hierzu ermächtigt war, ist nicht bestritten und folgt schon daraus, daß die Sparkasse - unstreitig - auch den Auslagenvorschuß gezahlt hat. 30

Der Senat teilt letztlich auch nicht die Bedenken der Klägerin hinsichtlich der Entscheidungsbefugnis des Vorsitzenden der Kammer für Handelssachen. Soweit der Vorsitzende der Kammer für Handelssachen allein entschieden hat, lagen die Voraussetzungen des § 349 Abs. 2 ZPO zwar ebenso wenig vor wie ein ausdrückliches Einverständnis der Parteien nach § 349 Abs. 3 ZPO; insoweit dürfte aber im rügelosen Verhandeln am 20.3.1995 (Bl. 402 d.A.) entweder ein stillschweigendes Einverständnis (vgl. Baumbach-Hartmann, ZPO, 48. Aufl., § 295 Anm. D 4) oder ein Rügeverzicht i.S. des § 295 ZPO liegen; daß es sich bei § 349 ZPO um eine verzichtbare Verfahrensnorm handelt, folgt aus § 349 Abs. 3 ZPO. 31

Nicht haltbar ist dagegen die Begründung, mit der das Landgericht den von der Beklagten anerkannten Werklohnanspruch der Klägerin abgewiesen hat. Das Vorliegen der Voraussetzungen der gewillkürten Prozeßstandschaft ist von Amts wegen zu prüfen (Zöller, a.a.O. Rn 47a). Da dem Landgericht bis zur letzten mündlichen Verhandlung am 27.11.1995 (Bl. 445 d.A.) alles hierzu mitgeteilt war und die Klägerin im offensichtlich zuvor eingegangenen Schriftsatz vom 24.11.1995 (Bl. 443, 451 d.A.) auch ihren Antrag auf Zahlung an die Sparkasse umgestellt hatte, hätte das Landgericht die Klage auf keinen Fall gänzlich abweisen dürfen, sondern zumindest die auch nach seiner Ansicht unstreitigen 23.257,07 DM zusprechen müssen, was der Senat hiermit nachholt. Denn Gegenstand der Entscheidung nach Lage der Akten (§ 251 a ZPO) ist der gesamte Akteninhalt, soweit er bis zum versäumten Termin vorlag; das gilt auch für schriftliche Sachanträge (vgl. Zöller - Greger, ZPO, 18. Aufl., § 251a Rn 5). 32

Verfahrensfehlerhaft hat das Landgericht auch die Zahlung des Auslagenvorschusses für den Sachverständigen als nach §§ 402, 379 ZPO verspätet angesehen und die Klägerin deshalb 33

als beweisfällig geblieben mit der Klage abgewiesen. Der fruchtlose Ablauf der nach § 379 ZPO bestimmten Frist hat nicht wie im Fall des § 356 ZPO die Folge, daß das Beweismittel nicht mehr benutzt werden kann; die Klägerin bleibe mit diesem Beweismittel, da eine ausdrückliche Entscheidung darüber, ob es gerechtfertigt ist, die Klägerin mit dem Beweismittel auszuschließen, nicht vorliegt, im Gegensatz zur Zurückweisung nach § 296 ZPO nicht nach § 528 Abs. 3 ZPO ausgeschlossen; eine automatische Zurückweisung des Beweismittels findet nicht statt (BGH NJW 1980, 343; NJW 1982, 2559 [2560]); es unterbleibt, dem fiskalischen Regelungszweck des § 379 S. 2 ZPO entsprechend (so BGH NJW 1985, 1903 [1904]), lediglich die Ladung oder Beauftragung. Die Klägerin hat ihren Antrag auf Einholung des Sachverständigengutachtens, wie er im Beweisbeschuß des Landgerichts (Bl. 431 f. d.A.) angeordnet war, aufrecht erhalten und dem Gericht innerhalb der Spruchfrist auch mitgeteilt, daß der Auslagenvorschuß gezahlt sei; lt. in den Akten befindlicher Zahlungsanzeige ist er auch am 30.11.1995 (Spruchtermin war der 21.12.1995) bei der Gerichtskasse eingegangen. Das Landgericht hätte daher nunmehr darüber zu entscheiden gehabt, ob es dem Beweisantrag noch stattgab oder ihn unter den Voraussetzungen des § 296 Abs. 2 ZPO zurückweist (BGH a.a.O.). Dazu hätte das Landgericht prüfen müssen, ob die Nichteinzahlung des Auslagenvorschusses auf grober Nachlässigkeit beruhte; diese Prüfung hat das Landgericht ersichtlich nicht angestellt, sondern einzig auf § 379 S. 2 ZPO, der kein Verschulden verlangt, und die nicht fristgerechte Einzahlung abgestellt. Hätte das Landgericht dagegen, wie erforderlich, geprüft, ob die Klägerin schuldhaft die Einzahlung versäumt hat, so hätte es diese Frage verneinen müssen; insoweit kann auf die den Parteien bekannten umfänglichen Darlegungen der Klägerin in den Schriftsätzen vom 24.11. und 15.12.1995 verwiesen werden, nach denen sich die Verzögerungen aus dem beantragten Konkursverfahren, der Prüfung der Sparkasse und einem entschuldigtem Büroversehen ergeben hatten. Das Landgericht hätte deshalb, statt ein Urteil zu erlassen, die weitere Durchführung des Beweisbeschlusses beschließen müssen. Insoweit war die Lage auch nicht anders, als wenn die Klägerin den Auslagenvorschuß im Termin beigebracht hätte; auch in diesem Fall hätte weiter Beweis erhoben werden müssen, woraus wiederum folgt, daß die Erledigung des Rechtsstreits auch nicht verzögert worden ist. Durch die Verfahrensweise des Landgerichts ist der Klägerin ihr Beweismittel abgeschnitten und damit ihr rechtliches Gehör verletzt worden; das stellt einen Verfahrensmangel i.S. des § 539 ZPO dar, der hier wegen des Umfangs der noch vorzunehmenden Sachaufklärung zur Zurückverweisung an das Landgericht führen muß. Deshalb bedarf auch die Frage keiner Vertiefung, ob das Landgericht überhaupt über den Antrag der Klägerin, die Frist zur Zahlung des Auslagenvorschusses zu verlängern, entschieden hat, da die entsprechende Verfügung nicht unterschrieben, sondern nur paraphiert worden ist, was nicht ausreicht (vgl. Zöller - Stöber, ZPO, § 225 Rn 2c m. Rspr.-Nachweisen).

Der Zinsanspruch rechtfertigt sich aus §§ 284, 286, 288 BGB; die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 713 ZPO. 34

Beschwer für beide Parteien über 60.000,-- DM 35

Berufungsstreitwert: 298.439,59 DM 36