

BUNDESGERICHTSHOF

VII ZB 2/90

BESCHLUSS

in dem Rechtsstreit

der MB R [REDACTED] + K [REDACTED] GmbH i.L., vertreten durch
den Kaufmann Dieter F [REDACTED] als Nachtragsliquidator,
B [REDACTED]straße [REDACTED], G [REDACTED],

Klägerin, Berufungsklägerin
und Beschwerdeführerin,

- Prozeßbevollmächtigte
II. Instanz:

Rechtsanwälte Dr. [REDACTED], [REDACTED],
[REDACTED], Dr. [REDACTED], Dr. [REDACTED],
Dr. [REDACTED], Dr. [REDACTED], Dr. [REDACTED],
Dr. [REDACTED], Dr. [REDACTED],
Dr. [REDACTED], [REDACTED], Dr. [REDACTED],
[REDACTED], [REDACTED] -

g e g e n

die B [REDACTED] S [REDACTED] GmbH & Co. KG, vertreten durch
ihre Geschäftsführerin, die B [REDACTED] S [REDACTED] GmbH,
diese wiederum vertreten durch ihre Geschäftsführer
Dipl.-Ing. F [REDACTED]-Joachim S [REDACTED] und Dr. Jürgen S [REDACTED],
G [REDACTED] Weg [REDACTED], G [REDACTED],

Beklagte, Berufungsbeklagte
und Beschwerdegegnerin,

- Prozeßbevollmächtigte
II. Instanz:

Rechtsanwälte Dr. [REDACTED],
Dr. [REDACTED], Dr. [REDACTED],
Dr. [REDACTED], Dr. [REDACTED],
[REDACTED], [REDACTED] -

WI

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat durch
den Vorsitzenden Richter Dr. Lang sowie die Richter
Prof. Quack, Dr. Thode, Hausmann und Dr. Wiebel

am 26. April 1990

beschlossen:

Die sofortige Beschwerde der Klägerin
gegen den Beschluß des 21. Zivilsenats
des Oberlandesgerichts Hamm vom
28. November 1989 wird mit der Maßgabe
zurückgewiesen, daß die Klägerin die
Kosten des Berufungsverfahrens trägt.

Die Kosten der sofortigen Beschwerde
trägt die Klägerin.

Beschwerdewert: 750 DM

G r ü n d e :

I.

Die Parteien streiten darüber, ob der Klägerin noch Ansprüche gegen die Beklagte im Rahmen von Ausschachtungsarbeiten zustehen.

Die Klägerin hat mit der im April 1987 erhobenen, später mehrfach geänderten Klage die Beklagte auf Zahlung von Restwerklohn und Erstattung von Vorhaltekosten für eine

- 3 -

Spundwand in Anspruch genommen. Nach Zahlung eines Betrages von 7.820,40 DM hat die Klägerin die Hauptsache insoweit für erledigt erklärt und sich noch einer Forderung in Höhe von 15.230,40 DM nebst Zinsen berührt. Im Laufe des Rechtsstreites ist am 22. Juli 1988 die Auflösung der Klägerin wegen rechtskräftiger Ablehnung der Eröffnung des Konkursverfahrens mangels Masse in das Handelsregister eingetragen worden; am 17. Januar 1989 ist die Klägerin von Amts wegen gelöscht worden.

Das Landgericht hat durch das am 26. April 1989 verkündete, dem Prozeßbevollmächtigten der Klägerin am 16. Juni 1989 zugestellte Urteil die Hauptsache hinsichtlich der Zahlung für erledigt erklärt; im übrigen hat es die Klage abgewiesen.

Gegen dieses Urteil hat die Klägerin am 14. August 1989 Berufung eingelegt und zugleich beantragt, ihr vorsorglich Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren. Zur Begründung hat sie vorgetragen, infolge der Amtslöschung sei ihre Parteifähigkeit mit der Folge entfallen, daß die Zustellung an ihren Prozeßbevollmächtigten unwirksam gewesen sei. Jedenfalls sei sie mangels gesetzlichen Vertreters nicht in der Lage gewesen, auf das Schreiben ihres erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten vom 3. Juli 1989 zu erwidern, in dem dieser um Weisung zur Frage der Einlegung der Berufung gebeten hatte. Ihr früherer Geschäftsführer habe sich vom 3. Juli bis 1. August 1989 im Ausland aufgehalten. Ihr Prozeßbevollmächtigter habe von der Amtslöschung keine Kenntnis gehabt.



Das Berufungsgericht hat mit Beschluß vom 28. November 1989 die Wiedereinsetzung versagt und die Berufung als unzulässig verworfen; die Kosten hat es den erstinstanzlichen Anwälten der Klägerin als vollmachtlosen Vertretern auferlegt. Zur Begründung hat es im wesentlichen ausgeführt, die Klägerin sei spätestens seit Eintritt der Rechtskraft der landgerichtlichen Entscheidung nicht mehr existent.

Hiergegen hat die Klägerin sofortige Beschwerde eingelegt. Durch Beschluß des Amtsgerichts Gelsenkirchen vom 3. Januar 1990 ist Nachtragsliquidation angeordnet und ein Nachtragsliquidator bestellt worden. Dieser hat alle Prozeßhandlungen der erst- und zweitinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten der Klägerin genehmigt.

II.

Die form- und fristgerecht eingelegte sofortige Beschwerde der Klägerin ist - jedenfalls aufgrund der Erklärung des Nachtragliquidators vom 3. Januar 1990 - zulässig, aber nicht begründet. Denn der Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand hat keinen Erfolg, da die Klägerin nicht ohne ihr Verschulden verhindert war, die Frist zur Einlegung der Berufung zu wahren.

1. Die Frist zur Einlegung der Berufung lief am Montag, den 17. Juli 1989 ab. Die Klägerin war entgegen ihrer Ansicht zu diesem Zeitpunkt parteifähig. Trotz der Eintragung der Auflösung nach § 1 Abs. 1 des Gesetzes über die Auflösung und Löschung von Gesellschaften und Genossenschaften vom 9. Oktober 1934 (LöschG) blieb sie parteifähig; im

Hinblick auf den anhängigen Rechtsstreit richtete sich ihr Zweck nunmehr auf die Abwicklung nach Maßgabe der §§ 66 ff GmbHG, wobei sie durch ihren bisherigen Geschäftsführer als Liquidator vertreten wurde.

Die Löschung der Klägerin am 17. Januar 1989 nach § 2 Abs. 2 LösSchG führte gleichfalls nicht zum Wegfall ihrer Parteifähigkeit mit der Folge, daß das erstinstanzliche Verfahren auch ohne Antrag unterbrochen war. Die Wirkung der Löschung im Handelsregister hatte nur deklaratorische, nicht aber konstitutive Bedeutung (BGH LM GmbHG § 74 Nr. 1; BGHZ 48, 303, 307; BGH Urteil vom 10. Februar 1977
- II ZR 213/74 = WM 1977, 581; BGH Urteil vom 11. Mai 1989
- III ZR 96/87 = BGHR ZPO § 50 Abs. 1 Gesellschaft 2 m.w.N.).

2. Die Klägerin war auch nicht ohne ihr Verschulden daran gehindert, fristgemäß Berufung gegen das ihrem Prozeßbevollmächtigten am 16. Juni 1989 zugestellte Urteil einzulegen. Dabei kann offen bleiben, ob ihr früherer Geschäftsführer sie zu diesem Zeitpunkt noch vertreten konnte. War er vertretungsberechtigt, so durfte er Anfang Juli 1989 keinen längeren Auslandsaufenthalt antreten, ohne den erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten der Klägerin davon zu unterrichten. Denn in der mündlichen Verhandlung vom 26. April 1989, zu dem der Prozeßbevollmächtigte der Klägerin geladen und erschienen war, wurde ein Urteil verkündet, mit dessen Zustellung demnächst zu rechnen war. Unter diesen Umständen ist ein längerer Urlaubsaufenthalt ihres Vertreters nicht unentschuldigt im Sinne von § 233 ZPO (Senatsbeschuß vom 25. März 1982 - VII ZB 23/81 = VersR 1982, 652,

653). War der frühere Geschäftsführer der Klägerin zum fraglichen Zeitpunkt nicht mehr vertretungsberechtigt, so liegt sein Verschulden darin, daß er nach dem am 22. Juli 1988 im Handelsregister eingetragenen Beschluß über die Auflösung der Klägerin die drohende Löschung im Hinblick auf das behauptete Aktivvermögen nicht verhindert hatte, obwohl er dazu rechtlich in der Lage war. Jedenfalls hätte er hierüber alsbald den Prozeßbevollmächtigten der Klägerin unterrichten können und müssen, damit im Falle einer Löschung rechtzeitig ein Nachtragsliquidator bestellt werden konnte.

Mithin hat das Berufungsgericht im Ergebnis zu Recht dem Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand nicht entsprochen und die Berufung gemäß § 519 b Abs. 1 ZPO als unzulässig verworfen. Jedenfalls nachdem der Nachtragsliquidator der Klägerin die Prozeßführung ihrer Prozeßbevollmächtigten genehmigt hat, muß die Klägerin die Kosten der erfolglos gebliebenen Berufung selbst tragen.

Lang

Quack

Thode

Hausmann

Wiebel