

**Dokumentnummer:** 7u4134\_09  
**letzte Aktualisierung:** 29.7.2010

**OLG München, 5.5.2010 - 7 U 4134/09**

GmbHG §§ 30, 31, 32a; HGB § 172a; BGB §§ 242, 397

**Nicht-Mahnung rückständiger Darlehensraten nicht als unzweideutiges Verhalten i. S. e. ausdrücklichen Forderungsverzichts zu verstehen**

OLG München

Aktenzeichen: 7 U 4134/09

Beschluss

16 HKO 21336/08 LG München I

In dem Rechtsstreit

...

erlässt der 7. Zivilsenat des Oberlandesgerichts München durch die unterzeichnenden Richter ohne mündliche Verhandlung

am 17.06.2010

folgenden Beschluss:

I.

Auf den Antrag der Beklagten zu 1) und des Streithelfers wird das Rubrum des Endurteils des Oberlandesgerichts München vom 05.05.2010 dahingehend berichtigt, dass es bei der Vertretung der Beklagten zu 1) statt „E. F.“ richtig lauten muss „F. D.“.

II.

Im Übrigen werden die Tatbestands- und Urteilsberichtigungsanträge sowie die Beschwerde der Beklagten zu 1) und des Streithelfers zurückgewiesen.

Gründe:

1. Die Rubrumsberichtigung hinsichtlich des Geschäftsführers der Beklagten zu 1) war antragsgemäß vorzunehmen; es handelt sich insoweit um ein offensichtliches Schreibversehen (§ 319 ZPO).

2. Die weitergehenden Anträge auf Tatbestands- bzw. Urteilsberichtigung waren hingegen zurückzuweisen.

a) Außer dem im Rubrum bereits aufgeführten Streithelfer waren keine weiteren Streitverkündeten im Rubrum aufzunehmen, da diese Streitverkündungen nicht rechtswirksam erfolgt sind. Zwar haben die Beklagten zu 1) und der Streithelfer mit Schriftsatz vom 26.1.2010, dort S. 14 (Bl. 174 d. A.) Dritten den Streit verkündet. Die allein in dieser „Replik auf die Berufungserwiderung, Streitverkündung“ erfolgte Streitverkündung ist allerdings nicht formwirksam erklärt. Gemäß § 73 ZPO bedarf es zum Zwecke der Streitverkündung der Einreichung eines Schriftsatzes, in dem der Grund der Streitverkündung und die Lage des Rechtsstreits anzugeben sind. Daran fehlt es hier. Ein entsprechender Streitverkündungsschriftsatz wurde nicht eingereicht. Die Beklagten geben lediglich an, die Lage des Rechtsstreits sei dem Streitverkündeten ... H. aus seiner Beteiligung an den zahlreichen von ihm anhängig gemachten Prozessen bekannt, den übrigen Streitverkündeten aus den bisher von ihnen wahrgenommenen Mandaten. Erforderlichenfalls mögen sie Akteneinsicht nehmen.

Dies erfüllt die Voraussetzungen an einem Streitverkündungsschriftsatz als einen bestimmenden Schriftsatz nicht. Auch aus den von den Beklagten zitierten Fundstellen (vgl. Münchener Kommentar, ZPO, 3. Aufl., § 73, Rdziff. 2, Musielak, ZPO, 7. Aufl., § 73, Rdziff. 3) ergibt sich nichts anderes. Danach hat der Streitverkündungsempfänger zwar ein Recht auf Akteneinsicht.

Dieses ersetzt aber nicht den zwingend notwendigen Streitverkündungsschriftsatz. Eine Zustellung seitens des Gerichts war daher nicht veranlasst.

b) Die unter Ziffer I der Entscheidungsgründe festgehaltenen Anträge wurden seitens des Beklagtenvertreters in der mündlichen Verhandlung vom 14.04.2010 (vgl. Protokoll Seite 3 = Bl. 187 d. A.) tatsächlich so gestellt.

Der Beklagtenvertreter stellte Antrag aus dem Schriftsatz vom 29.10.2009 (Bl. 123/124 d. A.). Auf Seite 8 des Endurteils wird dieser Antrag (inklusive Zurückverweisungsantrag an das Landgericht und den Hilfsanträgen) korrekt wiedergegeben.

Ein Vorbehalt hinsichtlich des Hilfswiderklageantrags über die Bezahlung von 24.000,-- € ist tatsächlich in der mündlichen Verhandlung nicht erklärt worden. (Der noch mit Schriftsatz vom 26.01.2010, dort Seite 9 = Bl. 169 d. A. angekündigte weitere Widerklageantrag auf Bezahlung von 25.668,36 € wurde ohnehin in der mündlichen Verhandlung nicht gestellt und damit nicht in den Entscheidungsgründen aufgenommen).

c) Der Antrag auf Zwischenfeststellungswiderklage wurde ebenfalls zutreffend unter Ziffer I der Entscheidungsgründe als Antrag des Streithelfers und nicht als Antrag der Beklagten zu 1) wiedergegeben.

Dies entsprach dem in der mündlichen Verhandlung gestellten Antrag des Streithelfervertreeters aus dem Schriftsatz vom 03.11.2009 (vgl. Bl. 93, Bl. 103 d. A.).

Der Einwand des Streithelfers, diese Zwischenfeststellungswiderklage hätten sich die Beklagten zu eigen gemacht, weil sonst das Handeln des Streithelfers im Widerspruch zum Handeln der unterstützten Hauptpartei gestanden hätte und damit unzulässig gewesen wäre, greift nicht.

Es gilt zwar das Verbot widersprechender Prozesshandlungen. Dies bedeutet aber nicht, dass grundsätzlich zulässige weitere Anträge des Streithelfers automatisch als Anträge der unterstützten Partei gelten.

d) Der Antrag auf Urteilsberichtigung hinsichtlich der Kostenentscheidung war ebenfalls zurückzuweisen.

Abgesehen davon, dass fraglich ist, ob eine falsche Kostenentscheidung überhaupt berichtigt werden könnte (vgl. Vollkommer in Zöller, ZPO 27. Aufl. § 319 Rz. 18 m. w. N.) ist die Kostenentscheidung vorliegend zutreffend erfolgt. Sie berechnet sich nach dem jeweiligen Obsiegen der Parteien und des Streithelfers, entsprechend dem festgelegten Streitwert. Der Streitwert wurde ebenfalls zutreffend berechnet (siehe dazu unter 3.).

3. Die Gegenvorstellung gegen die Streitwertfestsetzung war ebenfalls zurückzuweisen.

Zwar ist eine Beschwerde gegen die Streitwertfestsetzung hier nicht statthaft. Die „Beschwerde“ ist allerdings als Gegenvorstellung auszulegen.

Es verbleibt bei der Streitwertfestsetzung wie tenoriert.

Die Aufrechnungsforderung in Höhe von 32.314,36 € wirkt sich streitwerterhöhend aus, da hier eine der Rechtskraft fähige Entscheidung über sie ergangen ist (§ 45 Abs. 3 GKG).

Über die Hilfsaufrechnung war zu entscheiden, da dem Klageanspruch in Höhe von 32.314,36 € stattzugeben war (Ziffer 1 des Urteils) und die Einwendungen der Beklagten zu 1) hiergegen nicht zum Erfolg führten. Soweit in diesem Zusammenhang neues Vorbringen der Beklagten zu 1) als verspätet zurückgewiesen wurde (Ziffer 1.1 = Seite 13 des Urteils), ändert dies nichts

daran, dass über die Forderung in der Sache eine Entscheidung ergangen ist. Eine Nichtzulassung der Hilfsaufrechnung nach § 533 ZPO ist hier nicht erfolgt.

Auch die Widerklage wirkt sich streitwerterhöhend aus.

Zwar wurde die Widerklage der Beklagten zu 1) auf Zahlung von 24.000,-- €hilfsweise erhoben. Eine hilfsweise erhobene Widerklage wirkt aber nach ständiger Rechtsprechung des hiesigen Senats streitwerterhöhend, unabhängig davon, ob sie als unzulässig oder als unbegründet zurückgewiesen wird.

Dieser ständigen Rechtsprechung steht keine gesicherte höchstrichterliche Rechtsprechung entgegen.

Soweit sich die Beklagte zu 1) und der Streithelfer auf § 45 Abs. 3 GKG berufen, betrifft dies lediglich den Fall der Hilfsaufrechnung. Insofern ist auch höchstrichterlich geklärt, dass bei Zurückweisung nach § 533 ZPO eine Streitwerterhöhung nicht erfolgt (vgl. BGH NJW 2001, 3616).

Für den Fall einer Hilfswiderklage gilt dies aber nicht. Der Senat schließt sich der Ansicht von Schneider (vgl. MDR 88, 464) und Hartmann (vgl. Hartmann, Kostengesetze, 39. Aufl., § 45 GKG, Rdziff. 33) nicht an.

Eine analoge Anwendung von § 45 Abs. 3 GKG auf den Fall der Hilfswiderklage kommt nicht in Betracht.

Dies entspricht auch nicht dem Willen des Gesetzgebers. In § 45 Abs. 1 Satz 1 GKG ist die Widerklage ausdrücklich aufgeführt, ohne danach zu unterscheiden, ob sie nur hilfsweise erhoben wird; in § 45 Abs. 3 GKG wird die Widerklage nicht aufgeführt.

Soweit sich die Beklagte zu 1) und der Streithelfer auch gegen die Streitwerterhöhung der Zwischenfeststellungswiderklage wenden, ist festzustellen, dass diese Zwischenfeststellungswiderklage des Streithelfers ohnehin nicht hilfsweise erhoben wurde (vgl. Antrag in der mündlichen Verhandlung sowie Schriftsatz vom 03.11.2009 (Bl. 123 d. A.)). Entgegen der Auffassung der Beklagten zu 1) und des Streithelfers handelt es sich bei der hier erhobenen Zwischenfeststellungswiderklage nicht kraft gesetzlicher Definition um eine Eventualklage. Eine solche liegt nur vor, wenn sie ausdrücklich als solche erklärt wird, was hier nicht erfolgt ist (vgl. Greger in Zöller, ZPO. 27. Aufl. § 256 Rz. 29).

Im Übrigen gelten die obigen Ausführungen zur Widerklage hier entsprechend.