

97. 1. Wie ist zu verfahren, wenn die nach Art. 190a H.G.B. auferlegte Sicherheit innerhalb der festgesetzten Frist nicht geleistet worden ist?

Kann diese Sicherheitsleistung (nach §. 105 C.F.D.) bis zur Entscheidung über den Antrag der Beklagten oder doch (nach §. 209 C.F.D.) bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung über diesen Antrag nachgeholt werden?

2. Ist das Urteil, durch welches die Klage gemäß Art. 190a H.G.B. (bezw. §. 105 C.F.D.) für zurückgenommen erklärt wurde,

wenn der Kläger bei der Verhandlung nicht erschienen war, als ein Verjüumnisurteil anzusehen, sonach gegen dasselbe Einspruch zulässig?

II. Civilsenat. Urth. v. 6. Dezember 1889 i. S. Dr. Schw.'s Sanatorium (Bekl.) w. Sch. u. Gen. (Kl.) Rep. II. 253/89.

I. Landgericht Mannheim.

II. Oberlandesgericht Karlsruhe.

Die Kläger haben in der Klage auf Grund der Artt. 190 a. 222 H.G.B. in der Fassung vom Jahre 1884 Ungültigerklärung von zwei Beschlüssen beantragt, welche von der Generalversammlung der Aktiengesellschaft „Professor Dr. Schw.'s Sanatorium“ am 30. Mai 1888 gefaßt worden sind. Auf Antrag der Beklagten wurde den Klägern durch Beschluß des Landgerichtes Mannheim vom 30. November 1888 aufgegeben, der beklagten Gesellschaft wegen des ihr drohenden Nachtheiles binnen vier Wochen eine Sicherheit in Höhe von 6000  $\text{M}$  zu leisten. Als dies nicht geschah, wurde durch Urteil des Landgerichtes Mannheim vom 25. Januar 1889 unter Bezugnahme auf die §§. 105. 243 C.P.D. die Klage für zurückgenommen erklärt. Gegen dieses Urteil legten die Kläger Einspruch ein und beantragten, unter Vorlage einer Urkunde über die inzwischen erfolgte Hinterlegung der 6000  $\text{M}$ , das ergangene „Verjüumnisurteil“ aufzuheben.

Durch Urteil des Landgerichtes Mannheim vom 8. März 1889 wurde der von den Klägern eingelegte Einspruch als unstatthaft verworfen, weil das angefochtene Urteil nicht als Verjüumnisurteil im Sinne der §§. 295 flg. C.P.D. anzusehen sei, deshalb auch nicht durch Einspruch angefochten werden könne, vielmehr den Klägern nur anheimzugeben sei, eine neue Klage zu erheben. Auf Berufung der Kläger hat das Oberlandesgericht Karlsruhe das angefochtene Urteil und das demselben vorausgegangene Verfahren bis zum Termine vom 25. Januar 1889 aufgehoben und die Sache zu anderweiter Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht Mannheim zurückverwiesen. Auf Revision der beklagten Gesellschaft wurde das Urteil des Oberlandesgerichtes insoweit aufgehoben, als in demselben das dem landgerichtlichen Urteile vorausgegangene Verfahren bis einschließlich zum Termine vom 25. Januar 1889 aufgehoben worden ist. Im übrigen wurde die Revision zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

„Die Zulässigkeit der Revision war nicht zu bezweifeln, obgleich das Berufungsgericht angenommen hat, daß das angefochtene Urteil als Zwischenurteil anzusehen sei. Wie das Reichsgericht schon wiederholt ausgeführt hat,

vgl. insbes. Entsch. des R.G.'s in Civilf. Bd. 6 S. 335. 423, sowie Bd. 13 S. 358,

sind die Urteile des Berufungsgerichtes, durch welche die Sache (gemäß §§. 500. 501 C.P.D.) in die erste Instanz zurückverwiesen wird, weil dieselben die Instanz abschließen, Endurteile im Sinne des §. 507 C.P.D., können sonach durch Revision angefochten werden. Dagegen konnte die Revision nur teilweise für begründet erachtet werden.

Zunächst war mit dem Berufungsgerichte anzunehmen, daß die Kläger, nachdem die Frist zur Sicherheitsleistung verstrichen war, ohne daß dieselben diese Sicherheit gestellt hatten, nicht bloß zur Verhandlung über die prozeßhindernde Einrede, sondern zur Verhandlung über die Sache selbst geladen werden konnten, und daß nach Lage der Sache eine solche Ladung als angemessen erschien. Durch die Entscheidung des Landgerichtes über die Verpflichtung der Kläger zur Sicherheitsleistung und über die Höhe derselben, welche allerdings nicht durch Beschluß, sondern durch Zwischenurteil hätte getroffen werden sollen, war der Streit über die prozeßhindernde Einrede abgeschlossen. Es stand fest, daß die Kläger verpflichtet seien, die ihnen auferlegte Sicherheit zu leisten, und war darüber nicht weiter zu verhandeln. Vielmehr handelte es sich nur noch um die Frage, ob in die Verhandlung über die Sache selbst einzutreten oder auf Antrag die Klage gemäß Artt. 190 a. 222 H.G.B. (in der Fassung vom 18. Juli 1884) für zurückgenommen zu erklären sei. Ob das Eine oder das Andere zu geschehen habe, konnte erst in der Verhandlung selbst bestimmt werden. Einerseits konnten die Beklagten in jedem Augenblicke auf die von ihnen geforderte Sicherheitsleistung verzichten und, wenn die Kläger nicht erschienen, ohne weiteres auch ohne Verzicht auf die spätere Geltendmachung ihrer Einrede verlangen, daß die Klage durch Versäumnisurteil (nach §. 295 C.P.D.) abgewiesen werde. Andererseits waren die Kläger berechtigt, bis zur mündlichen Verhandlung, ja bis zum Schlusse derselben die versäumte Sicherheitsleistung nachzuholen und dadurch die gesetzliche Folge der Versäumnung abzuwenden.

Dann war aber das Hindernis, welches einer Verhandlung über die Sache selbst bisher im Wege stand, beseitigt. In dieser Beziehung erscheint es zwar, da die Formulierung des Art. 190 a H.G.B. nicht, wie in dem Berichte der Reichstagskommission (S. 18) behauptet ist, derjenigen des §. 105 C.P.D. genau entspricht, als zweifelhaft, ob die Nachholung der Sicherheitsleistung unter Anwendung der letzteren Vorschrift bis zur Entscheidung über den Antrag des Beklagten, die Klage als zurückgenommen zu erklären, zu gestatten ist. Da es sich aber um eine prozessualische Sicherheitsleistung und um Versäumung einer richterlichen Frist im Sinne der Zivilprozessordnung (§. 198) handelt, hatte jedenfalls §. 209 Abs. 2 dieses Gesetzbuches Anwendung zu finden, nach welchem die versäumte Prozeßhandlung nachgeholt werden kann, solange nicht der auf Verwirklichung des Rechtsnachteiles gerichtete und hierzu erforderliche Antrag gestellt und die mündliche Verhandlung über denselben geschlossen ist.

Im vorliegenden Falle war übrigens auch lediglich „zur mündlichen Verhandlung“ geladen worden. Es hätte deshalb unzweifelhaft, wenn beide Parteien erschienen wären, über die Sache selbst verhandelt werden können, und wären auch bei dem Nichterscheinen der Kläger die Beklagten befugt gewesen, die Abweisung der Klage durch Versäumnisurteil im Sinne des §. 295 C.P.D. zu beantragen. Ein derartiger Antrag ist aber nicht gestellt worden. Vielmehr hat der Anwalt der Beklagten ausweislich des Sitzungsprotokolles „Versäumnisurteil gemäß §. 105“ beantragt.

Das Berufungsgericht hat dessenungeachtet angenommen, das Landgericht hätte Versäumnisurteil nach §. 295 C.P.D. erlassen und die Klage nicht bloß für zurückgenommen erklären, sondern abweisen sollen. Diese Annahme erscheint aber als unzutreffend. Ganz abgesehen davon, daß das Gericht die Klage in keinem Falle ohne einen darauf gerichteten Antrag der Beklagten abweisen durfte, kann auch nicht angenommen werden, daß der Beklagte, wenn der Kläger die ihm auferlegte Sicherheitsleistung nicht bewirkt, den in §. 105 C.P.D. und Art. 190 a H.G.B. vorgesehenen Antrag, die Klage für zurückgenommen zu erklären, nur dann stellen dürfe, wenn der Kläger bei der mündlichen Verhandlung erschienen ist, im Falle des Ausbleibens aber Abweisung der Klage (nach §. 295) beantragen müsse. Da das Gesetz nicht unterscheidet, hat der Beklagte vielmehr die Wahl, ob er ledig-

lich den Antrag, daß die Klage für zurückgenommen erklärt werde, stellen oder Abweisung der Klage beantragen will. Hiernach ist darin, daß das Landgericht die Klage auf Antrag der Beklagten für zurückgenommen erklärt hat, ein Mangel des Verfahrens im Sinne des §. 501 C.P.D. nicht zu finden. Es erscheint deshalb als ungerechtfertigt, daß nicht bloß das Urteil vom 8. März 1889, sondern auch „das demselben vorausgegangene Verfahren bis zum Termine vom 25. Januar 1889 einschließlich desselben“ aufgehoben worden ist. Hierzu war das Oberlandesgericht in keiner Weise befugt, da es lediglich mit der Frage befaßt war, ob der Einspruch gegen das Urteil vom 25. Januar 1889 mit Recht oder mit Unrecht verworfen worden sei. In dieser Richtung mußte sonach der Revision Folge gegeben und das angefochtene Urteil aufgehoben werden.

Als unbegründet erscheint dieselbe dagegen, soweit es sich um die Aufhebung des Urteiles vom 8. März 1889 handelt, weil das Oberlandesgericht mit Recht angenommen hat, das Urteil vom 25. Januar 1889 sei als ein Verjüumnisurteil anzusehen, und der Einspruch deshalb mit Unrecht für unstatthaft erklärt worden.

Es wird allerdings vielfach behauptet, der Erlaß eines Verjüumnisurteiles setze voraus, daß Verjüumnis einer mündlichen Verhandlung über die Sache selbst oder doch über einen Zwischenstreit vorliege, und daraus gefolgert, daß ein Verjüumnisurteil nicht in Frage stehe, sonach der Einspruch unstatthaft sei, wenn wegen Zurücknahme der Klage die Verpflichtung des Klägers zur Kostentragung (gemäß §. 243 Abs. 3 C.P.D.) durch Urteil ausgesprochen oder wegen Verjüumnung der Sicherheitsleistung gemäß §. 105 dieses Gesetzbuches die Klage für zurückgenommen erklärt werde.

Diese Auffassung ist aber als unzutreffend anzusehen. Das Reichsgericht hat schon in einem Urteile vom 11. Januar 1882

vgl. Entsch. des R.G.'s in Civil. Bd. 6 S. 364 flg.,

ausgesprochen, daß auf den Antrag des Revisionsbeklagten, den im Termine nicht erschienenen Revisionskläger, welcher die Revision zurückgenommen hat, des Rechtsmittels für verlustig zu erklären, ein durch Einspruch anfechtbares Verjüumnisurteil zu erlassen sei, obgleich der Grund dieser Verlustigerklärung in der Zurücknahme, nicht in dem Umstande zu finden sei, daß der Revisionskläger im Termine nicht

erschienen sei. Zur Begründung dieser Entscheidung wurde ausgeführt, es sei auch für die prozessualischen Thatsachen, ob eine Zurücknahme des Rechtsmittels vorliege, und welche Wirkungen dieselbe habe, in Ansehung deren sehr wohl unter den Parteien Streit bestehen könne, nicht gleichgültig, ob der Kläger im Termine erschienen oder ausgeblieben sei, indem im letzteren Falle lediglich auf Grund der von dem Beklagten vorgelegten Materialien entschieden werden könne und eine Berücksichtigung der dem Kläger etwa möglichen Einwendungen ausgeschlossen sei; auch entspreche die Zulassung des Einspruches dem Systeme der Civilprozeßordnung, nach welchem im allgemeinen ein kontradiktorisches Urteil auf beiderseitige mündliche Verhandlung, welche sich nicht bloß auf das materielle Rechtsverhältnis, sondern auch auf die prozessualischen Streitpunkte erstreckt, ein Veräumnisurteil aber dann zu erlassen sei, wenn sich trotz der ergangenen Ladung nur eine Partei im Termine eingefunden oder nur diese Partei verhandelt habe. Diese Auffassung, welche als vollkommen zutreffend erscheint, unterliegt, soweit es sich um die Anwendung des §. 105 C.P.O. oder der Artt. 190a. 222 S.G.B. handelt, noch in viel geringerem Maße Bedenken, als dies in Ansehung des §. 243 C.P.O. der Fall ist. Während das Gericht von der Zurücknahme der Klage oder eines Rechtsmittels regelmäßig unmittelbare Kenntnis erlangt, ist dasselbe nämlich in Ansehung der Frage, ob die Sicherheitsleistung stattgefunden hat, bei dem Ausbleiben des Klägers lediglich auf die Behauptungen des Beklagten und die von demselben vorgelegten Schriftstücke angewiesen. Auch ist es, da die Sicherheitsleistung noch unmittelbar vor der Verhandlung bewirkt worden sein kann und die versäumte Prozeßhandlung noch während der Verhandlung nachgeholt werden darf, dem Beklagten gar nicht möglich, in zuverlässiger Weise nachzuweisen, daß die Sicherheitsleistung zur Zeit des Urteiles noch nicht bewirkt worden ist. Es kommt sonach dem Umstande, daß der Kläger bei der Verhandlung nicht erschienen ist, regelmäßig eine erhebliche Bedeutung zu, und es kann derselbe sehr leicht für die Beurteilung der Sache derart ausschlaggebend sein, daß, sofern der Kläger erschienen wäre, die von dem Beklagten beantragte Entscheidung nicht erlassen werden würde. Hiernach läßt es sich nicht rechtfertigen, daß nur das die Klage abweisende, nicht auch dasjenige Urteil als Veräumnisurteil angesehen wird, welches auf einseitigen Antrag des

Beklagten, ohne daß der Kläger gehört worden ist, die Klage für zurückgenommen erklärt.

Nun wird allerdings von den Revisionsklägern geltend gemacht, es komme nicht darauf an, ob ein Versäumnisurteil hätte erlassen werden sollen, sondern darauf, ob ein solches erlassen worden sei, und aus dem Urteile vom 25. Januar 1889 ergebe sich, daß das Gericht nicht ein Versäumnisurteil, sondern ein kontradiktorisches Urteil habe erlassen wollen. Aber dieser Einwand kann schon deshalb nicht durchschlagen, weil es demselben an einer thatsächlichen Unterlage fehlt. Aus dem erwähnten Urteile ist nämlich keineswegs zu entnehmen, daß das Landgericht ein kontradiktorisches Urteil erlassen wollte, sondern höchstens, daß es die Frage, ob Einspruch zulässig sei, offen ließ und einer späteren Entscheidung vorbehielt. Daß diese dann in dem Sinne erging, daß der Einspruch unstatthaft sei, kann nicht maßgebend sein. Bei dieser Sachlage kann dahingestellt bleiben, ob eine ausdrückliche Erklärung des Landgerichtes, daß es nicht ein Versäumnisurteil, sondern ein kontradiktorisches Urteil erlassen wolle, die Wirkung gehabt haben würde, den Einspruch auszuschließen. Da hiernach das Berufungsgericht mit Recht angenommen hat, der von den Klägern eingelegte Einspruch sei als zulässig anzusehen, so mußte die Revision insoweit zurückgewiesen werden, als die Aufhebung des Urteiles vom 8. März 1889 in Frage steht.“