

106. 1. Welches Verfahren greift Platz, wenn gegen den Antrag auf gerichtliche Ernennung von Liquidatoren für eine offene Handelsgesellschaft Widerspruch erhoben wird?
2. Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Vorschriften über den Verlust des Rügerechtes gegen prozessuale Verstöße.

3. Inwieweit ist ein ohne Klagerhebung eingeleitetes Verfahren nach Maßgabe der Civilprozeßordnung zu beurteilen?

S.G.B. Art. 133 Abs. 2.

C.P.D. §§ 230 Abs. 1. 267. 527 Abs. 2. 528 Abs. 3 Nr. 1 (253. 295. 564. 565 n. F.).

VI. Civilsenat. Urtheil v. 7. Dezember 1899 i. S. R. (Rl.) w. Sch. (Befl.). Rep. VI. 330/99.

I. Landgericht Hof.

II. Oberlandesgericht Bamberg.

Am 2. Februar 1874 ist beim damaligen Handelsgericht Hof im Firmenregister der Übergang des von der Witwe Rosine R. unter der Firma Christian R.'s Erbin betriebenen Landesproduktengeschäftes auf den Kläger und im Gesellschaftsregister die Errichtung einer zwischen den Parteien unter der nämlichen Firma seit dem 31. Januar 1874 bestehenden offenen Handelsgesellschaft eingetragen worden.

Nach Darstellung des Beklagten soll die Gesellschaft schon um den 15. Mai 1875, nach klägerischer Behauptung erst in Folge einer am 24. Februar 1886 geschehenen brieflichen Kündigung auf den 25. Juli 1887 wieder aufgelöst worden sein. Unstreitig besteht mindestens seit diesem Tage die Gesellschaft nicht mehr und findet sich im Gesellschaftsregister vom Jahr 1893 auf Betreiben des Beklagten die Auflösung der Gesellschaft eingetragen.

Ein durch den Kläger bei der Kammer für Handelsfachen eingebrachter Antrag vom 15./26. Januar 1895, als Liquidator der Firma Christian R.'s Erbin den Landtagsabgeordneten R. aufzustellen, ist nach Abhaltung mehrerer ergebnisloser Termine für beruhend erklärt worden. Dagegen hat die Kammer für Handelsfachen auf erneuten Antrag vom 12. September 1898 am 14. desselben Monates beschlossen, als Liquidator den Kaufmann Gustav F. in Hof zu bestellen, und auf Beschwerde des Beklagten am 8. Oktober 1898 weiter, zur Verhandlung der Sache, da über die Person des Liquidators Streit erhoben werden wolle, die Sitzung vom 19. Oktober 1898 zu bestimmen. In derselben ist — ohne Stellung sachlicher Anträge — die Verhandlung auf den 26. Oktober 1898 vertagt worden, in welchem Termine die Parteien mündlich zur Sache verhandelten.

Darauf hat die Kammer für Handelsfachen mit Urteil vom 2. November 1898 zwei Liquidatoren ernannt, das Oberlandesgericht aber infolge Berufung des Beklagten jenes Urteil aufgehoben und „den Antrag des Bierbrauers Ernst K. in Hof auf Ernennung eines Liquidators durch das Gericht als unbegründet abgewiesen“.

Auf Revision des Klägers ist letzteres Urteil aufgehoben, das landgerichtliche Urteil dahin, daß der Kläger wegen Mangels einer Klagerhebung abgewiesen werde, abgeändert und der Kläger in die Kosten des Rechtsstreites verfällt worden aus folgenden

Gründen:

„Dem Berufungsgericht ist zwar darin beizupflichten, daß ein Streitiges bürgerliches Rechtsverhältnis gegeben erscheint, wenn ein Teilhaber einer offenen Handelsgesellschaft aus Art. 133 H.G.B. die Ernennung von Liquidatoren durch den Richter beantragt, und ein anderer Teilhaber Widerspruch erhebt, also in betreff der Liquidatoren Streitigkeiten unter den Gesellschaftern bestehen.

Vgl. Staub, Kommentar zum H.G.B. Art. 133 § 6 Abs. 1; Entsch. des R.G.'s in Civilf. Bd. 13 S. 155—157.

Dagegen gelangt es von diesem Ausgangspunkt aus mit Unrecht zu der Annahme, über den vorliegenden, vom Kläger gestellten Antrag auf gerichtliche Ernennung eines Liquidators sei nach Maßgabe der Civilprozeßordnung sachlich durch Urteil zu entscheiden.

Für die angeführten Streitigkeiten ist, da der allein maßgebende Art. 133 Abs. 2 H.G.B. keinerlei Vorbehalt macht, weder die Zuständigkeit von Verwaltungsbehörden begründet, noch reichsgesetzlich ein besonderes Gericht bestellt oder zugelassen. Gehören sie folgerichtig gemäß § 13 H.G.B. unzweifelhaft vor die ordentlichen Gerichte, so finden auf sie nach klarer gesetzlicher Vorschrift (§ 3 Abs. 1 Einf.-Ges. zur C.P.O.) die Vorschriften der Civilprozeßordnung in vollem Umfange Anwendung. Nun gestattet die Civilprozeßordnung allerdings in einzelnen Fällen die Eröffnung eines Verfahrens und die Erlassung von Entscheidungen, ohne förmliche Klage, auf einfaches, beim Gericht eingebrachtes Gesuch, so wenn es sich um Entmündigung (§§ 593 Abs. 2. 616. 625), Zahlungs- und Vollstreckungsbefehle (§§ 630. 639), Zwangsvollstreckung (§§ 685. 688 Abs. 1. 689. 690 u. a.), Arrest oder einstweilige Verfügung (§§ 800 Abs. 1. 815), gerichtliches Aufgebot (§ 824) handelt. In allen diesen Fällen sind aber offenbar eigentümliche Arten des

Verfahrens vorgesehen, welche bestimmte, den Gegenstand der Entscheidung berührende Voraussetzungen erfordern und sich insofern als streng umgrenzte, einer ausdehnenden Anwendung unzugängliche Ausnahmen kennzeichnen. . . . War deshalb über die vom Kläger begehrte, von dem Beklagten bekämpfte Ernennung eines Liquidators ein Austrag nur im ordentlichen Verfahren denkbar, so griff auch die allgemeine, für gewöhnliche bürgerliche Rechtsstreitigkeiten geltende Regel Platz, daß, unbeschadet zweier Ausnahmen für das amtsgerichtliche Verfahren (§§ 460 Abs. 1. 461 Abs. 2), jeder Civilprozeß durch Zustellung einer die Ladung des Gegners und andere unerläßliche Erklärungen enthaltenden Klageschrift (§ 230 Abs. 1 C.P.D.) eingeleitet werden muß.

Eine Klageschrift ist dem Beklagten niemals zugestellt worden, und diese Unterlassung ward nicht etwa dadurch geheilt, daß das Landgericht zuerst am 29. Januar 1895, noch ehe der Widerspruch des Beklagten feststand, „gemäß Art. 133 S.G.B.“ und sodann wieder, als sich der Beklagte gegen die auf klägerisches Wiederanrufen am 14. September 1898 beschlossene Aufstellung eines Liquidators beschwerte, in Erwägung, daß über die Person des Liquidators Streit erhoben werden wolle, je von Amts wegen zur Verhandlung Tagfahrt oder Termin bestimmte. Die landgerichtliche Behandlungsweise entsprach nicht den Vorschriften der Civilprozeßordnung und vermochte deshalb vom Boden derselben aus überhaupt keine rechtliche Wirkung zu entfalten, namentlich ein prozessuales Streitverhältnis nicht in das Leben zu rufen. Immerhin ist die Anwendbarkeit der Bestimmung in § 267 C.P.D. über den Verlust des Rügerechtes gegenüber gewissen Geseh- und Formwidrigkeiten ihrem vorbehaltlosen Wortlaut nach nicht von dem Bestehen eines durch ordnungsmäßige Klagerhebung eröffneten Rechtsstreites abhängig, sondern schon dann geboten, wenn die Parteien über einen vor die bürgerlichen Gerichte gehörigen Anspruch mündlich bei Gericht verhandeln.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civill. Bd. 13 S. 337, Bd. 22 S. 420; Jurist. Wochenschr. 1896 S. 171.

Nun wurde über den klägerischen Antrag ausweislich der landgerichtlichen Sitzungsprotokolle erstmals am 26. Oktober 1898 verhandelt, und nach dem landgerichtlichen Thatbestand hiebei sofort vom Beklagten ausgeführt, da ein Fall der streitigen Gerichtsbarkeit vor-

liege, so sei der Antrag vom 12. September 1898, als nicht in der gehörigen Form einer Klage gestellt, angebrachtermaßen abzuweisen. Im Hinblick auf diese ausdrückliche Rüge, welche zudem durch die Anträge, die Klage als unzulässig abzuweisen, eventuell unter Aufhebung des Beschlusses vom 14. September 1898 den klägerischen Antrag zurückzuweisen, in der Berufungsinstanz wiederholt wurde, bewendet es bei der Thatsache, daß ein Rechtsstreit im Sinne der Zivilprozessordnung überhaupt nicht eröffnet, der klägerische Anspruch auf gerichtliche Ernennung von Liquidatoren nicht rechtshängig geworden ist. Das Landgericht hat ermogen: weder mit Stellung des Antrages vom 12. September 1898, noch mit der darauf ergangenen Verfügung sei die Sache in das Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit hinübergespielt worden; daß der Antrag gerade als Klage bezeichnet werde, erfordere der Wortlaut des Art. 133 H.G.B. nicht. Mit dem Widerspruch des Beklagten sei die Sache kontradiktorisch geworden. Es fehle ein Anlaß zur Abweisung in der angebrachten Art; unter dem technischen Ausdruck „Klage“ hätte der klägerische Antrag keinen anderen Zweck und keine andere Wirkung gehabt, als er jetzt auch habe. In Wirklichkeit war aber das Landgericht von dem Kläger, worüber die Fassung seiner Eingaben vom 15./26. Januar 1895 und 12. September 1898 keinen Zweifel gestattet, nur als die nach Art. 28 bayer. Einf.-Gef. zum H.G.B. für Handelsfachen zuständige Behörde der nicht streitigen Gerichtsbarkeit,

vgl. Schierlinger, Die Normen des Bayerischen Landesrechts 2. Aufl. S. 10 Nr. 6,

angerufen und als solche noch durch Erlassung des Beschlusses vom 14. September 1894 in Thätigkeit getreten, und wurde der klägerische Antrag so wenig durch diesen Beschluß wie durch die Beschwerde des Beklagten von selbst in einen rechtshängigen Anspruch verwandelt. Hierzu hätte es erst noch einer ordnungsmäßigen Klagerhebung bedurft, während in dem anhängigen außergerichtlichen Verfahren auf die beklagliche Beschwerde der Beschluß vom 14. September 1898 zu beseitigen, und entweder die Unzuständigkeit der angegangenen Behörde auszusprechen,

vgl. Sammlung von Entscheidungen des Obersten Landesgerichtes für Bayern Bd. 15 S. 449 flg.,

oder der Kläger auf den Rechtsweg zu verweisen gewesen wäre.

Ferner kann die vom Berufungsgericht vertretene Meinung, daß der Streit im ordentlichen Civilprozeß zu entscheiden sei, obwohl eine Klagezustellung unterblieben ist, nicht darauf gestützt werden, daß das Handelsgesetzbuch keine Bestimmung enthält, in welchem Verfahren das Handelsgericht Anträge auf Ernennung von Liquidatoren nach Art. 133 Abs. 2 zu erledigen hat. Gerade weil das Handelsgesetzbuch nichts vorschreibt, und so für den Vorbehalt in § 13 Abs. 1 Einf.-Ges. zur C.P.D. kein Raum bleibt, kann sich das Verfahren über einen Anspruch aus Art. 133 Abs. 2 H.G.B. einzig und allein nach der Civilprozeßordnung regeln.

Im übrigen muß letztere, wenn schon vorliegend ein rechtshängiger Anspruch mangelt, bei Beurteilung des Streitverhältnisses Anwendung finden, soweit in den Vorinstanzen über den klägerischen Antrag, gleich als ob er im Prozeßweg verfolgt würde, verhandelt und entschieden worden ist.

Demzufolge erscheint, da der Wert des Streitgegenstandes von beiden Vorinstanzen bedenkenfrei auf 2000 *M* festgesetzt wurde, die Revision, und nicht minder die vorausgegangene Berufung an sich statthaft. Beide Rechtsmittel sind in der gesetzlichen Form und Frist eingelegt, also formell zulässig. Würde das den Kläger mit seinem Antrag auf gerichtliche Ernennung eines Liquidators für die Firma Christian K.'s Erbin zurückweisende Berufungsurteil rechtskräftig, so wäre er seines Rechtes aus Art. 133 Abs. 2 H.G.B. dauernd verlustig, während ihm die nochmalige Anrufung der Gerichte offen steht, wenn sein Antrag lediglich als angebrachtermaßen für eine Entscheidung im Prozeßweg ungeeignet abgelehnt wird. Insofern ist er durch das Berufungsurteil beschwert, und seiner — freilich in anderem Sinne erhobenen — Revision stattzugeben.

Das Berufungsurteil verstößt gegen den Grundsatz, daß ohne ordnungsmäßige Klage oder rügelose Einlassung der beklagten Partei im ordentlichen Civilprozeß über einen streitigen Anspruch nicht entschieden werden kann. Mithin liegt nicht bloß ein Mangel des Verfahrens (§ 527 Abs. 2 C.P.D.) vor, sondern eine Gesetzesverletzung bei Anwendung des Gesetzes auf das festgestellte, hier prozessuale, Streitverhältnis, und trifft, weil danach die Sache zur Endentscheidung reif ist, § 528 Abs. 3 Nr. 1 C.P.D. zu.“ ...