

VII. PROZESSRECHT

PROCÉDURE

43. Urteil der I. Zivilabteilung vom 29. Januar 1916

i. S. August Knoblauch, Beklagter und Berufungskläger
gegen Emil Knoblauch, Kläger und Berufungsbeklagter.

Begriff der « Zivilrechtstreitigkeit » nach Art. 56 OG. Abgrenzung von den Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Der Entscheid über gerichtliche Ernennung von Liquidatoren nach Art. 580 OR betrifft eine « Zivilrechtstreitigkeit » und der abschliessende kantonale Entscheid darüber ein « Haupturteil » nach Art. 58 OG. Prüfung, ob die richterliche Ernennung im gegebenen Falle Platz zu greifen habe.

Eine berufungsfähige « Zivilrechtstreitigkeit » ist ferner der Streit darüber, ob die Gesellschaftsliquidation durch körperliche Teilung zu erfolgen habe oder nicht. Prüfung der Frage im gegebenen Falle (Liquidation einer Fabrikunternehmung) unter Anwendung von Art. 82 Abs. 1 OG. Auslegung der Art. 544 Abs. 1 und 582 Abs. 1 OR.

1. — Durch Urteil des Bundesgerichts vom 13. Juli 1914 wurde die zwischen den Parteien seit Ende 1907 bestandene Kollektivgesellschaft E. und A. Knoblauch als auf den 1. November 1914 aufgelöst erklärt.

Im vorliegenden Prozess hat nunmehr der Gesellschafter E. Knoblauch die Klagebegehren gestellt: 1. Es sei zur Liquidation der Firma vom Gericht ein Liquidator eventuell mehrere solcher zu ernennen und der oder die Liquidatoren zu beauftragen, die Liquidation gemäss den Bestimmungen des OR unverzüglich durchzuführen, und zugleich sei den bisher zur Geschäftsführung befugten Gesellschaftern die Vertretungsbefugnis zu

entziehen. 2. Der Eintritt der Liquidation der Firma und die Ernennung des oder der Liquidatoren seien im Handelsregister einzutragen.

Der Beklagte hat Abweisung dieser Begehren beantragt, mit der Begründung: Angesichts der Veränderung der wirtschaftlichen Verhältnisse, wie sie seit dem bundesgerichtlichen Urteile der europäische Krieg herbeigeführt habe, sei eine Liquidation des Geschäfts zur Zeit im Interesse beider Parteien nicht angängig und daher stehe dem formellen Rechte des Klägers auf Vollziehung jenes Urteils die Einrede der Arglist entgegen. Der Klageantrag auf Bestellung von Liquidatoren sei aber auch deshalb abzuweisen, weil ein objektiver Grund fehle, um von der Regel des Art. 580¹ OR abzuweichen, wonach die Gesellschafter die Liquidation zu besorgen haben. Der Kläger sei an den bestehenden Differenzen schuld und könne daraus keinen Anspruch ableiten. Endlich erweise sich die Ernennung von Liquidatoren als überflüssig, weil sich die Liquidation auf Grund einer körperlichen Teilung sehr leicht durchführen lasse.

Vom letztern Gesichtspunkte aus hat der Beklagte für den Fall, dass die Liquidation sofort stattzufinden hätte, Widerklage erhoben mit dem Begehren, der Richter wolle auf körperliche Teilung der Gesellschaftsaktiven und Passiven erkennen und diese Teilung nach Vorschrift des Gesetzes vollziehen. Zur Begründung wurde darauf abgestellt, dass das Gesellschaftsverhältnis unter dem a OR entstanden sei, die Gesellschafter also Miteigentümer der Geschäftsaktiven geworden seien und bei Miteigentum in erster Linie eine reale Teilung stattzufinden habe, die hier, wo das Gesellschaftsvermögen aus zwei getrennten Fabriken bestehe, sehr wohl möglich sei.

Dem Widerklagebegehren hat der Kläger einen Antrag auf Nichteintreten und eventuell einen solchen auf Abweisung wegen sachlicher Unbegründetheit entgegengestellt. Der erstere wurde darauf gestützt, dass das Widerklagebegehren, weil bloss eventuell erhoben, for-

mell ungültig sei und dass es zudem in der Form eines eventuellen Antwortbegehrens hätte angebracht werden müssen.

Mit Urteil vom 25. November 1915 hat das aargauische Handelsgericht die beiden Klagebegehren gutgeheissen, wobei es die Schweizerische Treuhandgesellschaft in Basel als Liquidatorin ernannte. Es nimmt an, der Klageanspruch betreibe die Vornahme eines Aktes der sog. freiwilligen Gerichtsbarkeit. Auf die Widerklage trat das Gericht nicht ein, weil gegenüber Ansprüchen aus dem Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit Widerklagen, die, wie die vorliegende, eine rein materiellrechtliche Entscheidung verlangen, nicht zulässig seien. Uebrigens, wird weiter ausgeführt, müsste die Widerklage sachlich abgewiesen werden.

Gegen dieses Urteil hat der Beklagte die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit den Anträgen: Es sei in Aufhebung des angefochtenen Urteils die Liquidation der Gesellschaft E. und A. Knoblauch zu verschieben; eventuell habe die Liquidation durch reale Teilung zu erfolgen und die allfällig zu bestellenden Liquidatoren seien anzuweisen, die Liquidation in diesem Sinne durchzuführen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Gegenpartei.

Nachträglich hat der Beklagte (mit Eingabe vom 20. Januar 1916) erklärt: Er ziehe die Berufung zurück, soweit sie sich darauf beziehe, dass die Liquidation verschoben werde. Dagegen halte er sie noch soweit aufrecht, als damit verlangt werde, dass die Liquidation durch reale Teilung erfolge und die allfällig zu bestellenden Liquidatoren angewiesen werden, die Liquidation in diesem Sinne durchzuführen.

2. — Die Erklärung des Beklagten, er lasse seine Berufung fallen, «soweit sie sich darauf beziehe, dass die Liquidation verschoben werde», besagt nicht, dass hiemit zugleich der gegnerische Antrag um Ernennung eines oder mehrerer Liquidatoren anerkannt werde, der den Haupt-

inhalt der gegnerischen Anträge bildet und von der Vorinstanz gutgeheissen wurde. Da sich der Beklagte hierüber auch in der heutigen Verhandlung nicht ausgesprochen hat, muss jener Antrag als noch streitig gelten. Es unterliegen mithin neben dem Widerklage auch noch die zwei Klagebegehren der Nachprüfung durch das Bundesgericht, wobei immerhin der Beurteilung der letzteren die Annahme zu Grunde zu legen ist, dass die Liquidation der Gesellschaft sofort durchzuführen sei.

3. — Was die beiden Klagebegehren und im besondern den in ihnen enthaltenen Antrag auf Bestellung von Liquidatoren anlangt, so fragt es sich vor allem, ob das Urteil der Vorinstanz berufungsfähig sei und namentlich, ob es als Urteil in einer «Zivilrechtsstreitigkeit» nach Art. 56 OG zu gelten habe.

Das Handelsgericht hat seinen Entscheid über diese Begehren als Akt der nicht streitigen Gerichtsbarkeit bezeichnet und bemerkt, der aargauische Gesetzgeber habe offenbar aus Versehen versäumt, die Bestellung von Liquidatoren nach Art. 580² OR dem Einzelrichter zuzuweisen.

Für die Frage der bundesgerichtlichen Zuständigkeit sind diese Ausführungen nicht entscheidend. Allerdings will der Ausdruck «Zivilrechtsstreitigkeit» in Art. 56 OG unter anderm auch eine Abgrenzung der streitigen von der freiwilligen Gerichtsbarkeit schaffen und das Gebiet der letztern der Zuständigkeit des Bundesgerichts als Berufungsinstanz entziehen. Aber diese Abgrenzung regelt sich nicht nach den die freiwillige Gerichtsbarkeit ordnenden Bestimmungen des kantonalen Rechts, die von Kanton zu Kanton verschieden sind, und namentlich kann es nicht darauf ankommen, ob das angefochtene Urteil von einem Kollegialgericht oder einem Einzelrichter ausgefällt und ob es von jener Behörde erlassen sei, der das kantonale Recht die als Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit bezeichneten Angelegenheiten zur Beurteilung übertragen

hat. Der Begriff des « Akts der freiwilligen Gerichtsbarkeit » als Gegensatz zu dem der « Zivilrechtsstreitigkeit » des Art. 56 ist vielmehr wie dieser ein Begriff des eidgenössischen Rechts und zu seiner Bestimmung muss auf die allgemeinen Grundsätze über die Natur der freiwilligen Gerichtsbarkeit und den besondern Charakter des Rechtsverhältnisses abgestellt werden, das jeweilen den Gegenstand der richterlichen Prüfung bildet. Hiebei fällt folgendes in Betracht :

Der « Zivilrechtsstreitigkeit » kommt in vorliegender Beziehung als wesentliche Eigenschaft zu, dass sie eine *Rechtsstreitigkeit* ist, also den Schutz bestrittener Privatrechte gegen Störungen und Gefährdungen bezweckt. Demnach scheiden als zur « freiwilligen Gerichtsbarkeit » gehörend die Fälle aus, wo die richterliche Aufgabe ihrem Hauptzwecke nach darin besteht, bei der Begründung, Aufhebung usw. an sich nicht im Streite liegender (privater) Rechte mitzuwirken (vergl. STEIN, ZPO für das deutsche Reich, 10. Auflage, § 1, III S. 10 und die dort angeführte Literatur). Zu den letztern Fällen lässt sich aber die gerichtliche Ernennung von Liquidatoren, so wie sie gemäss Art. 580 OR vorzunehmen ist, nicht zählen. Freilich werden auch dadurch Rechte begründet und abgeändert : Der Richter schafft durch seinen Entscheid die dem ernannten Liquidator gesetzlich zukommende Zuständigkeit und verändert durch die damit verbundene Neuordnung der Vertretungsbefugnis, unmittel- oder mittelbar, die bisherige Rechtsstellung der Gesellschafter im Verhältnis unter sich und nach aussen. Allein das beweist nur, dass sein Entscheid konstitutiver Art ist, keineswegs aber, dass ihm nicht auch die Eigenschaft, eine « Rechtsstreitigkeit » zu erledigen, als wesentliches Merkmal zukomme. Dieser letztere Charakter des richterlichen Ernennungsaktes ergibt sich denn auch aus dem Gesetze mit aller Deutlichkeit. Der Art. 580 gewährt dem einzelnen Gesellschafter nicht etwa einen unbedingten Anspruch auf Ernennung

besonderer Liquidatoren, in welchem Falle sich sagen liesse, dass sich die richterliche Tätigkeit darin erschöpfe, diesen Anspruch durch Begründung der mit dem Ernennungsakt verbundenen Rechtslage zu erfüllen, sondern er ermächtigt den Gesellschafter lediglich, die Wahl von Liquidatoren zu beantragen und bestimmt, dass die gerichtliche Ernennung im « Streitfalle » Platz greife, also dann, wenn die Gesellschafter über die Frage, ob besondere Liquidatoren einzusetzen seien, nicht einig gehen und ihr Streit darüber behördlich ausgetragen werden muss. Das entspricht aber durchaus der « Zivilrechtsstreitigkeit » im Sinne des OG, (gleicher Auffassung für das deutsche Recht, trotzdem es die Ernennung besonderer Liquidatoren den Behörden der freiwilligen Gerichtsbarkeit überweist, HELLWIG, Lehrbuch des Zivilprozessrechts I S. 81).

Sodann hat man es, was die Beurteilung der Klage anlangt, auch mit einem « Haupturteil » nach Art. 58 OG zu tun. Gegenstand der handelsgerichtlichen Entscheidung bildet das Begehren um Ernennung von Liquidatoren und die damit verbundenen Nebenanträge (um Beauftragung der Liquidatoren mit der sofortigen Durchführung der Liquidation, um Entziehung der bisherigen Vertretungsbefugnis beider Gesellschafter und um Anordnung der erforderlichen Eintragungen im Handelsregister). Ueber alle diese Ansprüche hat die Vorinstanz abschliessend entschieden. Zu Unrecht auch wird der Charakter des Haupturteils mit der Begründung bestritten, der Kläger bezwecke lediglich die Vollziehung des die Liquidation aussprechenden Bundesgerichtsentscheidens vom 13. Juni 1914, also eine blosser Vollstreckungsmassnahme. Soweit dies richtig ist, ändert es doch nichts daran, dass diese Massnahme nur auf Grund der Verhandlungen in einem Rechtsstreite getroffen werden kann, der ein selbständiges Inzident des gesamten Liquidationsverfahrens bildet.

4. — Muss sonach in Ansehung der Klage auf die Be-

rufung eingetreten werden, so erweist sich diese jedoch sachlich ohne weiteres als unbegründet. Die im früheren Entscheide des Bundesgerichts festgestellten Tatsachen in Verbindung mit den dortigen Ausführungen sowie die Akten des jetzigen Rechtsstreites tun zur Genüge dar, dass das gespannte Verhältnis zwischen den beiden Gesellschaftern ein sachgemäss Zusammenarbeiten zum Zwecke einer den beiderseitigen Interessen dienenden Liquidation des Geschäfts ausschliesst und dass die Ernennung eines besondern, diesen Zwistigkeiten fernstehenden Liquidators daher unumgänglich ist. Die Behauptung, der Kläger könne diese Ernennung aus dem Grunde nicht verlangen, weil die Liquidation durch Realteilung vorzunehmen sei, erledigt sich schon dadurch, dass dieser Grund, wie unten nachzuweisen, in Wirklichkeit nicht besteht. Gegen die Person des ernannten Liquidators endlich — die Schweizerische Treuhandgesellschaft in Basel — ist nichts eingewendet worden.

5. — Auch das Widerklagebegehren, wonach richterlich auf körperliche Teilung der Gesellschafts-Aktiven und-Passiven erkannt und die Vollziehung dieser Teilung angeordnet werden soll, betrifft eine berufungsfähige « Zivilrechtsstreitigkeit » im Sinne des OG, denn es handelt sich um die Geltendmachung eines aus dem Gesellschaftsverhältnisse abgeleiteten, bestrittenen Anspruches.

Die Vorinstanz hat diesen Anspruch, gerade wegen seiner materiellrechtlichen Natur, unbeurteilt gelassen, weil der Streit darüber nicht im gleichen Verfahren erledigt werden könne wie der über die Klagebegehren, die sich nach ihrer Ansicht auf eine Sache der freiwilligen Gerichtsbarkeit beziehen. Immerhin bieten die Akten eine hinreichende tatsächliche Grundlage, um über das Widerklagebegehren ohne vorherige Rückweisung endgültig entscheiden zu können, was nach Art. 82¹ OG zulässig ist (vergl. BGE 37 II S. 445 Erw. 6).

In tatsächlicher Beziehung darf nämlich als ausge-

wiesen gelten, dass eine Teilung, wie sie der Widerkläger verlangt, wonach jedem Gesellschafter eine der beiden zum Geschäft gehörenden Fabriken zugewiesen würde, eine wirtschaftlich unrichtige und schädliche Vorkehr darstellen würde, indem sie dem Zweck der Liquidation zuwiderliefe, unter gleichmässiger Wahrung der Interessen beider Gesellschafter ein möglichst günstiges Ergebnis zu erzielen. Die zwei Fabriken bilden die Hauptbestandteile der materiellen Mittel eines bisher einheitlichen Betriebsganzen und sind diesem und einander angepasst. Ihre Trennung und die Spaltung in zwei selbständige Betriebe liesse sich daher nur mit Unkosten und sonstigen Nachteilen durchführen und die neuen Betriebe würden nicht nur wegen ihres kleineren Umfanges an Konkurrenzfähigkeit einbüssen, sondern auch sich selbst durch gegenseitige Konkurrenz schädigen. Eine solche wertzerstörende Art der Liquidation könnte der Widerkläger nur auf Grund einer sie bestimmt vorschreibenden gesetzlichen Vorschrift verlangen. Mit Unrecht beruft er sich hiebei auf den Art. 544¹ des aOR (unter dessen Herrschaft das Gesellschaftsverhältnis begründet wurde und das daher auch für dessen Liquidation massgebend ist). Wenn laut dieser Bestimmung das Eigentum der einfachen Gesellschaft den einzelnen Gesellschaftern zu Miteigentum gehört, so folgt doch daraus keineswegs, dass bei der Liquidation der Kollektivgesellschaft der einzelne Gesellschafter einen unbedingten Rechtsanspruch auf reale Teilung des Gesellschaftseigentums habe. Dem widerspricht vor allem die Art und Weise, wie das Gesetz die Liquidation dieser Gesellschaft geregelt hat. Nach Art. 582¹ ist nämlich das Vermögen der Kollektivgesellschaft (als Ganzes oder in seinen einzelnen Bestandteilen) zu « versilbern », worunter, wenn nicht ausschliesslich, so doch in erster Linie die Umsetzung in Geld fällt; und dass der Grundbesitz hievon keine Ausnahme macht, zeigt der Absatz 3 des Artikels, indem er die steigerungsweise Verwertung als die ordentliche Liquidationsart erklärt, von

der ohne Zustimmung aller Gesellschafter nicht abgegangen werden darf. Ein unentziehbares Recht auf Realteilung hat mithin das Gesetz dem einzelnen Gesellschafter nicht einräumen wollen und zwar wesentlich auch gerade aus dem oben erörterten, durch den vorliegenden Fall erhärteten Grunde, weil sich die Liquidation sonst oftmals wirtschaftlich zweckwidrig gestalten müsste.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Aargau vom 25. November 1915 bestätigt.

44. Urteil der I. Zivilabteilung vom 19. Juli 1916

i. S. Müller & C^{ie}, Beklagte und Berufungskläger
gegen Witwe Sophie Müller und Kons., Kläger
und Berufungsbeklagte.

Begriff der « Zivilrechtsstreitigkeit » nach Art. 56 OG: fallen darunter Streitigkeiten darüber, ob ein oder mehrere Gesellschaftsliquidatoren zu ernennen, ob die in Betracht kommenden Personen qualifiziert seien und in welchem Verfahren die Ernennung zu geschehen habe? Bei den genannten Streitigkeiten unterliegt der Streitgegenstand einer vermögensrechtlichen Schätzung und daher ist nach Art. 67 Abs. 3 OG der Streitwert anzugeben. Die Unterlassung dessen macht die Berufung unwirksam.

A. — Am 1. April 1916 starb Hermann Müller-Köpf, das einzige Vorstandsmitglied der Kommandit-Aktiengesellschaft Müller & C^{ie} in Basel. Am 13. April 1916 reichten die Erben des Verstorbenen (Witwe Sophie Müller-Köpf, Witwe Elisabeth Heer-Müller und Ernst Müller-Schmidlin) in Basel gegen die Firma Müller & C^{ie} Klage ein mit den Begehren: « 1. Es sei festzustellen, dass die » Kommandit-Aktien-Gesellschaft Müller & C^{ie} durch

» den Tod des einzigen Vorstandsmitgliedes Hermann Müller aufgelöst sei und sich in Liquidation befinde. » 2. Es sei der Gesellschaft durch das Zivilgericht ein » Liquidator zu bestellen und es sei als solcher die » Schweizerische Treuhandgesellschaft zu bezeichnen. » Zur Begründung des — einzig noch streitigen — zweiten dieser Begehren machten die Kläger geltend: Die Kommandit-Aktiengesellschaft sei eine Art der Kommanditgesellschaft und es seien daher auf ihre Liquidation die für die letztere Gesellschaftsform, nicht die für die Aktiengesellschaft aufgestellten Gesetzesbestimmungen ergänzend anzuwenden, also die Art. 611 und 580 OR.

Dem entgegen stellte sich die beklagte Firma, indem sie auf Abweisung des zweiten Klagebegehrens antrug, auf den Standpunkt, es sei die Liquidation nach den Vorschriften über die Aktiengesellschaft durchzuführen und es habe demnach laut Art. 666 OR die Generalversammlung, nicht der Richter, die Liquidatoren zu wählen.

B. — Das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt hat als zweite Instanz durch Urteil vom 17. Juni 1916 erkannt: 1. (Gutheissung des ersten Klagebegehrens seinem sachlichen Inhalte nach.) « 2. Die Schweizerische Treuhandgesellschaft A.-G. in Basel wird zum Liquidator » der aufgelösten Kommanditaktiengesellschaft ernannt. » 3. Der Handelsregisterführer in Basel wird angewiesen, » die Auflösung der Gesellschaft und die Bestellung der » Schweiz. Treuhandgesellschaft zum Liquidator in das » Handelsregister einzutragen. » 4. (Kostenpunkt.)

Die Dispositive 2 und 3 beruhen auf den Erwägungen: Dem unbeschränkt haftenden Vorstandsmitglied der Kommanditaktiengesellschaft müsse die Gesellschaftsliquidation gemeinsam mit den von der Generalversammlung ernannten Liquidatoren zustehen, seinen Erben aber ein Mitspracherecht bei der Ernennung der Liquidatoren. Im Streitfalle sei die Ernennung dem Richter zu übertragen. Bei den schroffen Gegensätzen, die zwischen den Klägern und den Kommanditisten zu Tage getreten