

106. Wo ist der Widerspruch gegen die vom Oberlandesgerichte auf Beschwerde durch Beschluß erlassene einstweilige Verfügung zu erheben?

I. Civilsenat. Ur. v. 27. April 1892 i. S. S. & Co. (Bekl.) w. G.
(Rl.) Rep. I. 32/92.

I. Landgericht Duisburg.

II. Oberlandesgericht Hamm.

Die Klägerin hatte eine einstweilige Verfügung wider die Fabrikanten Gebrüder S. & Co. zu Ch. auf Unterlassung von Störungen im Gewerbebetriebe beantragt. Das Landgericht hat die Verfügung ohne Anhörung der Parteien abgelehnt; auf die Beschwerde der Klägerin hat das Oberlandesgericht, wiederum ohne Anhörung der Parteien, die beantragte einstweilige Verfügung erlassen. Nun haben

die Beklagten Widerspruchsklage bei dem Landgerichte angestellt. Das Landgericht hat Beweis aufgenommen und demnächst mittels Urtheiles die einstweilige Verfügung aufgehoben. Auf die Berufung der Klägerin hat das Oberlandesgericht das erstinstanzliche Urtheil aufgehoben, weil der Widerspruch nicht bei dem Landgerichte, sondern bei dem Oberlandesgerichte, welches die einstweilige Verfügung erlassen hatte, zu erheben gewesen wäre. Auf eingelegte Revision hat das Reichsgericht das Oberlandesgerichtsurtheil aufgehoben aus folgenden

Gründen:

„Die Civilprozeßordnung hat die zwischen den Parteien streitige, von dem Berufungsrichter zu Ungunsten der Revisionsklägerin entschiedene Frage nicht direkt beantwortet. Die Beantwortung läßt sich aber aus den Bestimmungen der Civilprozeßordnung gewinnen.

Das Berufungsgericht legt ein erhebliches Gewicht darauf, daß das Beschwerdegericht befugt gewesen wäre, vor Erlass seiner Entscheidung die Parteien in mündlicher Verhandlung zu hören (§. 536 C.P.O.). Wäre dieser Weg eingeschlagen worden, so würde die demnächst von dem Beschwerdegerichte getroffene Entscheidung ein Endurtheil gewesen sein (§. 802). Daraus schließt das Berufungsgericht, daß, wenn die mündliche Verhandlung nicht von dem Beschwerdegerichte vor seiner Entscheidung, sondern von dem Beklagten nach getroffener Entscheidung veranlaßt wird, diese mündliche Verhandlung auch vor dem Beschwerdegerichte ergehen müsse, und daß, da die Entscheidung über den Widerspruch dieselbe rechtliche Bedeutung habe wie die Entscheidung nach beiderseitigem Gehör, ohne daß vorher ein Beschluß gefaßt war, das Urtheil in jenem Falle von demselben Gerichte zu ergehen habe wie in diesem Falle.

Das Reichsgericht hält diese Argumentation nicht für schlüssig. Wenn das Beschwerdegericht davon absieht, sofort eine Entscheidung zu treffen, vielmehr zunächst eine mündliche Verhandlung eröffnet, so bleibt die Sache eben bis zur demnächst ergehenden Entscheidung bei dem Beschwerdegerichte anhängig. Daß nun, nachdem beide Teile gehört sind, die Entscheidung nicht mehr anders als in Form eines Urtheiles erfolgen kann, ist lediglich eine Folge davon, daß eben beide Teile gehört sind. Damit ist nicht etwa ausgesprochen, daß mit der Beschwerde gegen einen ablehnenden Beschluß, der auf einseitigen Antrag erlassen war, die Sache an das Beschwerdegericht mit der

Wirkung devolviert sei, daß, wenn demnächst auch nach einem auf die Beschwerde gefaßten Beschlusse im weiteren Verfahren ein Endurteil notwendig werden könnte, dieses weitere Verfahren vor dem Beschwerdegerichte stattfinden und das Endurteil von diesem erlassen werden müßte. Aus der Natur des Beschwerdeverfahrens folgt dies nicht. Liegt dem Beschwerdegerichte ein einfacher, auf einseitigen Antrag des Klägers erlassener Beschluß des Vorderrichters vor, und beschränkt sich der Beschwerderichter darauf, ohne Anhörung des Gegners über die Beschwerde zu befinden, so setzt er seinen, sei es ablehnenden, sei es deferierenden Beschluß an die Stelle des Beschlusses des Vorderrichters. Damit ist das Beschwerdeverfahren erledigt. Wenn nun die Bestimmungen der Zivilprozeßordnung die auf einseitigen Antrag erlassene einstweilige Verfügung nur als eine vorläufige Entscheidung gelten lassen, gegen welche Widerspruch erhoben werden kann, sodaß dann ein kontradiktorisches Verfahren eröffnet wird, das mit einem Endurteile schließt, so ist das eben eine andere Gestaltung, bei welcher von der Fassung eines vorläufigen Beschlusses abgesehen wird.

Das Berufungsgericht erörtert in seinen Erwägungen nicht die Bestimmung des §. 538 C.P.O., nach welcher das Beschwerdegericht, wenn es die Beschwerde für begründet erachtet, dem Gerichte, von welchem die beschwerende Entscheidung erlassen war, die erforderliche Anordnung übertragen kann. Die Argumente des Berufungsgerichtes würden dahin führen, daß auch in diesem Falle der Widerspruch nicht bei dem Richter, welcher es für richtig und angemessen hielt, die beantragte einstweilige Verfügung abzulehnen, sondern bei dem Richter erhoben werden müßte, welcher der Beschwerde stattgegeben und den Erlaß dieser Verfügung angeordnet, die Ausführung aber dem Vorderrichter übertragen hat. Das ist aber sicher nicht der Fall. Hat das Landgericht die einstweilige Verfügung, sei es aus eigener Entschließung, sei es auf Anordnung des Oberlandesgerichtes, erlassen, so muß auch der Widerspruch bei dem Landgerichte erhoben und es muß über denselben von dem Landgerichte erkannt werden.

Die Bestimmung des §. 538 C.P.O. entspricht dem Vorgange des gemeinrechtlichen Prozesses. Wenn gegen einfache Interlokute Appellation eingelegt war, und der Beschluß des Appellationsrichters reformierte, so erachtete die gemeinrechtliche Praxis, welcher viele Partikularprozeßgesetze folgten, es nicht für zweckmäßig, das weitere

Verfahren bei dem Appellationsrichter zu belassen, wenn schon jener Beschluß (etwa über eine Abweisung der Klage a limine) auch dem demnächst zu erlassenden Endurteile nicht präjudizierte. Um aber der entgegenstehenden Anordnung des kanonischen Rechtes zu entgehen, kam man auf diesen Ausweg: die Ordination, welche die Beschwerde für begründet erklärte, änderte die angefochtene Verfügung nicht ab, sondern gab dem Unterrichter auf, sie abzuändern und folgerweise die Verhandlungen von sich aus fortzuführen.

Vgl. Weßell, Civilprozeß §. 57 S. 707 (2. Aufl.).

Nach diesem vorbildlichen Vorgange kann die Anordnung des Beschwerdegerichtes, welche gemäß §. 533 erlassen wird, selbstverständlich auch nur dieselbe Wirkung ausüben wie jene Ordination des gemeinen Prozesses. Da wir aber nicht mehr an die Bestimmungen des kanonischen Rechtes über Appellationen gegen einfache Interlokute gebunden sind, so fragt sich, ob irgend ein Grund besteht, auf dem Boden der Civilprozeßordnung den Fall, daß das Beschwerdegericht materiell ändert, aber die formelle Ausführung dem Vorderrichter überträgt, und den Fall, daß das Beschwerdegericht auch formell selbständig die einstweilige Verfügung, welche der Vorderrichter abgelehnt hat, erläßt, für die Gestaltung des weiteren prozessualischen Verfahrens verschieden zu behandeln. Ein solcher Grund wird schwerlich zu entdecken sein. Und da auch, wie gezeigt, die Natur des Beschwerdeverfahrens auf diesen Weg hinweist, so wird man allgemein anzunehmen haben, daß, wenn das Beschwerdegericht dem Antrage auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung in der einen oder in der anderen Form stattgibt, der Widerspruch bei dem Richter zu erheben und von dem Richter abzurteilen ist, bei welchem zunächst der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung gestellt ist und zu stellen war.

Der Berufungsrichter führt noch ein anderes Argument für seine Entscheidung vor. Naturgemäß könne nur von einer Erörterung und Verhandlung vor dem verfügenden Gerichte selbst eine zweckentsprechende und sachgemäße Prüfung der Rechtmäßigkeit der von ihm erlassenen Verfügung erwartet werden. Ein anderes Gericht würde nicht die Gesichtspunkte, die der durch den Widerspruch angefochtenen Verfügung zu Grunde liegen, seiner Beurteilung unterstellen, bei der letzteren vielmehr häufig von einer anderen und selbständigen Auffassung ausgehen. Der Berufungsrichter bezieht sich dabei auf

Künzel in seinen und Rassow's Beiträgen Bd. 29 S. 459. Dieser Schriftsteller erörtert die Frage weiter von dem Gesichtspunkte des niederen und des höheren Richters. Er ist der Meinung, daß nach der Civilprozeßordnung die Nachprüfung einer gefällten Entscheidung niemals Sache einer nachgeordneten Instanz sein könne. Und er wirft die Frage auf, ob es den Prinzipien der Civilprozeßordnung entspreche, daß, wenn in einer der Revision nicht zugänglichen Sache das Reichsgericht auf Beschwerde einen Arrest angeordnet habe, das Oberlandesgericht definitiv und unanfechtbar dazu berufen sei, auf den erhobenen Widerspruch zu entscheiden, ob sein früherer Beschluß oder der des Reichsgerichtes gesetzlich begründet war. Ob gerade diese Frage glücklich gestellt ist, läßt sich aus einem weiter unten zu erörternden Grunde bezweifeln. Mit dem in den Vordergrund gestellten Gesichtspunkte ist das Verhältnis des höheren und des niederen Richters allzu scharf betont und das Verhältnis der vorläufigen Entscheidung und des demnächst ergehenden Endurtheiles zu wenig berücksichtigt. Es ist ja im allgemeinen richtig, daß der Gesetzgeber mit Aufstellung einer Ordnung höherer und niederer Gerichte den Zweck verfolgt, daß, wenn in einem konkreten Falle die Entscheidung des Gerichtes höherer Ordnung angerufen wird, diese auch für den vorliegenden Fall formell maßgebend sein soll. Allein wenn der Gesetzgeber die Nachprüfung einer auch von dem höheren Richter auf Grund des von einer Seite vorgetragenen Materiales getroffenen vorläufigen Entscheidung auf Grund des von beiden Theilen in der mündlichen Verhandlung vorgetragenen, oft genug abweichenden, jedenfalls vervollständigten Materiales sachgemäß fordert, so würde es doch sehr wenig angemessen sein, den Richter, welcher bei der definitiven Entscheidung zu prüfen hat, an jene Vorentscheidung formell zu binden. Und die Nachteile, welche sich daraus ergeben würden, wenn man nur, um die freie Nachprüfung des nachgeordneten Richters zu vermeiden, jede Sache, in welcher der höhere Richter einmal eine vorläufige Entscheidung erteilt hat, diesem auch zur definitiven Aburteilung überweisen wollte, würden die befürchteten Nachteile einer Nachprüfung des nachgeordneten Richters weit überwiegen.

Mit gutem Grunde hat der Gesetzgeber die Beschwerde nicht an dieselben Beschränkungen gebunden wie die Berufung und die Revision. Wäre die Ansicht des Berufungsgerichtes und des von ihm

angeführten Künzel richtig, so müßten in allen Fällen, in welchen sich einmal ein Oberlandesgericht oder das Reichsgericht auf eine erhobene Beschwerde über eine bei einem Amtsgerichte oder über eine bei einem Landgerichte anhängig zu machende, nicht revidibele Sache ausgesprochen hat, die Schranken, welche dem Berufungs- und dem Revisionsverfahren gezogen sind, durchbrochen werden. Die Beschwerde wegen verweigerter Erteilung des Armenrechtes kann dem Gerichte höherer Ordnung Anlaß geben, sich über die rechtliche Begründung des erhobenen Anspruches oder des eingelegten Rechtsmittels im allgemeinen auszusprechen, rechtliche Gesichtspunkte anzudeuten, wenn auch nicht über den Anspruch oder das Rechtsmittel zu entscheiden. Nach jener Ansicht müßte das die Folge haben, daß die Sache nun auch bei diesem Gerichte höherer Ordnung anhängig bliebe, das Reichsgericht müßte in einer nicht revidibelen Sache die Funktion eines Berufungsgerichtes, das Oberlandesgericht in einer amtsgerichtlichen Sache die Funktion des Landgerichtes übernehmen — bloß um die Kollision seiner autoritativen Vorentscheidung mit der definitiven Entscheidung des nachgeordneten Richters zu vermeiden.

In Anwendung auf den vorliegenden Fall müßte, wenn die von Künzel aufgeworfene Frage in dessen Sinne zu beantworten wäre, das Reichsgericht nach Beendigung der Beschwerdeinstanz auf erhobenen Widerspruch ein neues Verfahren wie ein Richter erster Instanz bei sich einleiten, in einer Sache, welche außerhalb einer Beschwerde niemals an das Reichsgericht gelangen kann, Beweise aufnehmen, tatsächliche Erwägungen anstellen, Feststellungen treffen und ein Endurteil erlassen. Und auch dann würde nicht vermieden werden können, daß das Oberlandesgericht, wenn es über die Hauptsache erkennt, dieselbe Frage zwischen denselben Parteien sachlich anders entscheidet, als sie von dem Reichsgerichte bei der Aburteilung über die einstweilige Verfügung entschieden worden ist. Diese Konsequenzen sind unannehmbar, und das zeigt, daß die angenommene Regel, aus welcher sie sich ergeben, eine unrichtige ist. Der Gesetzgeber hat richtiger einen angemesseneren Weg eingeschlagen. Dem Sinne seiner Anordnungen entspricht die Annahme, daß er nicht Anstand genommen hat, da, wo es die Sache fordert, auch dem nachgeordneten Richter die freie Nachprüfung einer ihm zur Abgabe eines Endurteiles vorgelegten Sache zu belassen, wenngleich der höhere Richter eine

vorläufige Entscheidung getroffen hat. Er darf davon abweichen, wenn er sich nicht durch die ihr beigegebenen sachlichen Gründe von ihrer Richtigkeit oder bei einem veränderten Sachverhalte von ihrer noch zutreffenden Richtigkeit überzeugt, wie der höhere Richter selbst von seiner vorläufigen Entscheidung abweichen, dieselbe aufheben oder abändern darf, wenn er das Endurteil zu fällen oder über ein Rechtsmittel zu entscheiden hat.

Daß der Gesetzgeber dem Reichsgerichte jene ihm angemessene Stellung außerhalb des Beschwerdeverfahrens nicht hat zuweisen wollen, ergibt sich schlagend aus §. 821 C.P.D. Dort wird bestimmt, daß, wenn die Hauptsache in der Berufungsinanz anhängig ist, das Berufungsgericht für den Erlaß eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung als Gericht der Hauptsache anzusehen sei. Daß, wenn die Hauptsache in der Revisionsinstanz anhängig ist, das Revisionsgericht in dieser Beziehung als Gericht der Hauptsache anzusehen sei, ist nicht angeordnet, und zwar aus denselben zutreffenden Gründen, aus welchen im §. 547 die Zuständigkeit des Reichsgerichtes für die Restitution selbst gegen Revisionsurteile eingeschränkt ist. Dem Revisionsgerichte soll eben außerhalb des Beschwerdeverfahrens sein Charakter als Revisionsgericht bewahrt bleiben. Und zu dem Beschwerdeverfahren gehört nun einmal das Verfahren über den gegen eine einstweilige Verfügung erhobenen Widerspruch nicht.

Wenn es noch irgend einer Rechtfertigung für die nach diesseitiger Auffassung von dem Gesetzgeber gewollte Ordnung des Verfahrens bedürfte, so würde dieselbe durch §. 802 C.P.D. gegeben sein. Danach und nach §. 536 hat es der Beschwerderichter in der Hand, wenn er es der Sachlage entsprechend findet, eine mündliche Verhandlung über die Beschwerde zu eröffnen und dann über die Erlassung der einstweiligen Verfügung durch Endurteil zu entscheiden. Damit bindet er den Vorderrichter. Denn der Widerspruch ist nach §. 804 nur gegen den Beschluß zulässig, durch welchen ein Arrest beziehungsweise eine einstweilige Verfügung angeordnet ist. Gegen das Endurteil giebt es nur die Berufung und die Revision innerhalb der durch die Civilprozeßordnung gezogenen Grenzen.“