

103. Können die in §§ 688 Abs. 1. 710 Abs. 4 C.P.D. bezeichneten Anträge, wenn das Gericht erster Instanz im Urteile die zuvor getroffenen Anordnungen aufgehoben hat (C.P.D. § 689), in der Berufungsinstanz wiederholt werden? Ist Voraussetzung für die Entscheidung hierüber der Nachweis der Einlegung der Berufung in der Hauptsache?

VI. Civilsenat. Beschl. v. 5. März 1894 i. S. R. (Befl.) w. Sch.
(Rl.) Beschw.-Rep. VI. 25/94.

I. Landgericht Ulm.

II. Oberlandesgericht Stuttgart.

Aus den Gründen:

„Der Bankier Sch. in G., Unterpfandsgläubiger der Firma Fr. daselbst, hat gegen mehrere Gläubiger dieser Firma, welche eine große Zahl nach der Behauptung Sch.'s (gemäß dem württembergischen Pfandgesetze vom 15. April 1825 Artt. 3. 51) in seinem Unterpfandsrechte begriffener Fahrnisgegenstände pfänden ließen, nach § 710 C.P.D. Klage auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse der gepfändeten Gegenstände bei dem Landgerichte U. erhoben. Gleichzeitig beantragte er, die Hinterlegung des Erlöses anzuordnen. Das Landgericht willfahrte diesem Antrage durch mehrere Beschlüsse (§ 710 Abs. 4. § 688 C.P.D.). In der Folge hat es die Klage aus Rechtsgründen abgewiesen und durch das Urteil in Gemäßheit der § 710 Abs. 4. § 689 jene einstweiligen Anordnungen wieder aufgehoben. Am 3. Februar 1894 hat Kläger bei dem Oberlandesgerichte zu St. einen Berufungsschriftsatz zum Zwecke der Terminsbestimmung behufs Einlegung der Berufung gegen das ihm nach seiner Behauptung am 13. Januar desselben Jahres zugestellte Urteil erster Instanz — gegenüber sämtlichen Beklagten — eingereicht; die Terminsbestimmung ist erfolgt. Am gleichen Tage

beantragte Kläger in besonderem Schriftsaze bei dem Oberlandesgerichte die Erlassung einer einstweiligen Anordnung (und zwar ohne mündliche Verhandlung) dahin, daß die von ihm in Anspruch genommenen Erlöse aus den betreffenden gepfändeten Gegenständen bei der Hofbank in St., woselbst sie zufolge der Anordnungen des Landgerichtes hinterlegt worden sind, hinterlegt bleiben. Zur Begründung dieses Antrages und zur Glaubhaftmachung seines Klagenanspruches wies er unter anderem darauf hin, daß die von ihm aus den Entscheidungsgründen des Gerichtes erster Instanz mitgeteilte Rechtsanschauung dieses Gerichtes, auf welcher die Klageabweisung beruhe, sich in bewußten Gegensatz zu der in Präjudizien niedergelegten Ansicht des Oberlandesgerichtes bezüglich der maßgebenden Rechtsfrage stelle. Das Oberlandesgericht hat auf diesen Antrag (ohne vorausgegangene mündliche Verhandlung) am 15. Februar in Gemäßheit des § 710 Abs. 4 beschlossen, daß die genannten Erlöse auch ferner bei der Hofbank hinterlegt zu bleiben haben, die Vollziehung dieses Beschlusses aber durch den Nachweis der Erhebung der Berufung (der Zustellung des Berufungsschriftsazes) bedingt sei.

Gegen diesen Beschluß hat einer der Beklagten, U. K., ordnungsmäßig die sofortige Beschwerde eingelegt. Dieselbe ist zwar nach § 710 Abs. 4. § 688 Abs. 3 und § 701 zulässig,¹ jedoch nicht begründet. Beschwerdeführer ist der Ansicht: der in § 710 Abs. 4 vorgesehene Beschluß könne nur von dem Gerichte erster Instanz erlassen werden; nachdem dieses in seinem Urteile gemäß § 689 C.P.D. den die Hinterlegung anordnenden Beschluß aufgehoben habe, dürfe diese im Urteile enthaltene vorläufig vollstreckbare Anordnung nur in Gemäßheit des in § 689 in Bezug genommenen § 656 C.P.D. aufgehoben oder abgeändert werden; hiernach sei der angefochtene Beschluß als unzulässig aufzuheben. Dieser Ansicht kann nicht beigetreten werden. Der § 710 Abs. 4, welcher im Falle der Glaubhaftmachung des nach § 710 Abs. 1 erhobenen Anspruches die Anordnung der Hinterlegung des Erlöses „durch das Gericht“ zuläßt, bestimmt, daß hierbei die Vorschriften der §§ 688. 689 entsprechende

¹ Das Reichsgericht ist hierbei davon ausgegangen, daß das Oberlandesgericht hier nicht als Berufungsgericht, sondern als Prozeßgericht in Betracht komme, und daß daher § 656 Abs. 3 C.P.D. hier nicht anwendbar sei. D. G.

Anwendung finden. Nach § 688 kann das für die Entscheidung über die in §§ 686, 687 bezeichneten Einwendungen zuständige Prozeßgericht auf Antrag ohne mündliche Verhandlung „bis zur Erlassung des Urteils“ (in der Hauptsache) durch bestimmte Anordnungen zu Gunsten des Schuldners in die gegen diesen begonnene Zwangsvollstreckung eingreifen. Gemäß § 689 aber soll das Prozeßgericht in dem Urteile über die Hauptsache auch darüber Entscheidung treffen, ob die von ihm zuvor nach § 688 erlassenen Anordnungen aufzuheben, abzuändern oder zu bestätigen seien, und in betreff der Anfechtung einer solchen Entscheidung werden (§ 689 Satz 2) die Vorschriften des § 656 für entsprechend anwendbar erklärt. Es kann nicht wohl bezweifelt werden, daß mit der in § 710 Abs. 4 enthaltenen Verweisung auf die Vorschriften der §§ 688, 689 auch die sinngemäße Anwendbarkeit der Vorschriften des § 656 gemeint ist. Allein obwohl auch anzuerkennen ist, daß die in dem Urteile über die Hauptsache getroffene Entscheidung über die in § 688 und in § 710 Abs. 4 bezeichneten Maßregeln ein Bestandteil des Urteiles ist, darf hieraus doch, wie die vergleichende Berücksichtigung der maßgebenden Vorschriften der Zivilprozeßordnung ergibt, nicht gefolgert werden, daß die durch jene Entscheidung betroffene Partei zur Abhilfe immer ausschließlich auf den Weg der Berufung gegen die Entscheidung verwiesen wäre. Die Motive des Gesetzes gewähren kaum einen sicheren Anhalt für die Deutung in dem einen oder anderen Sinne. Zu § 689 (Entwurf § 638) sprechen sie sich ... nur dahin aus, das erlassene kontradiktorische bzw. Versäumnisurteil unterliege in betreff der Hauptsache dem Angriffe nach allgemeinen Grundsätzen, soweit es jedoch Vollstreckungsanordnungen treffe, wegen der sich darbietenden Parallele mit einem über die vorläufige Vollstreckbarkeit geführten Streite nicht über die Berufungsinstanz hinaus (Entwurf § 608, jetzt § 656). Der zweite Satz des § 710 Abs. 4, welcher die Vorschriften der §§ 688, 689 für entsprechend anwendbar erklärt, wurde erst von der Redaktionskommission der Reichsjustizkommission beigelegt, um möglichst Einklang mit § 690 Abs. 3 herzustellen, woselbst (Entwurf § 639) sich die gleiche Verweisung findet. Die Motive zu § 690 schweigen zu diesem Punkte. Von den Kommentatoren der Zivilprozeßordnung erklären die einen das Urteil, auch soweit es die zuvor erlassenen Anordnungen aufhebt, allgemein für berufungsfähig, während andere

im Anschlusse an den Wortlaut der Motive zu § 689 die in dem Urteile getroffenen Vollstreckungsanordnungen als berufungsfähig bezeichnen. Ob hierbei der Gedanke an eine Beschränkung der Berufungsfähigkeit mit unterläuft, läßt sich nicht ersehen. Immerhin könnte man in Anwendung auf § 710 sagen, eine Vollstreckungsanordnung werde auch, nämlich zu Gunsten des Beklagten, durch das die früher angeordnete Hinterlegung aufhebende Urteil getroffen. Ausschlaggebend — gegen den von dem Beschwerdeführer den Bestimmungen in §§ 689. 710 untergelegten Sinn — ist aber die verschiedene Struktur des Verfahrens in den Fällen, auf welche sich § 656 direkt bezieht, und in den §§ 688. 689 und § 710 behandelten Fällen, sowie die besonderen Kompetenzbestimmungen in den letzteren Vorschriften. Der § 656 spricht (abweichend vom norddeutschen Entwurfe § 892) nicht unmittelbar aus, daß das Urteil in Ansehung seiner Verfügung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ausschließlich mit der Berufung angegriffen werden könne, trifft vielmehr nur Maßnahmen für die rasche Verhandlung und Entscheidung über die betreffs der vorläufigen Vollstreckbarkeit eingelegte Berufung und schließt die Anfechtung der in der Berufungsinstanz in dieser Richtung ergangenen Entscheidung aus. Daß in der That das Urteil erster Instanz auch insoweit nur mit der Berufung angegriffen werden kann, folgt aber nach allgemeinen Grundsätzen über die Rechtsmittel mit Notwendigkeit daraus, daß die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit immer lediglich auf Grund mündlicher Verhandlung durch das Urteil erfolgen kann; die auf die vorläufige Vollstreckbarkeit oder auf deren Abwendung abzielenden Anträge insbesondere bilden gleich der Hauptsache einen Gegenstand der mündlichen Verhandlung und des hierauf zu erlassenden Urtheiles (§§ 648 flg. 653. 654). Die Civilprozeßordnung läßt auch vor dem Berufungsgerichte keinen Antrag im Sinne des § 688 zu, um zur vorläufigen Vollstreckbarkeit des Urtheiles erster Instanz zu gelangen. Nur soweit sich in der Verhandlung vor dem Berufungsgerichte herausstellt, daß das nicht schon für vorläufig vollstreckbar erklärte Urteil erster Instanz durch die Berufungsanträge nicht angefochten wird, ist dasselbe auf den in der mündlichen Verhandlung gestellten Antrag von dem Berufungsgerichte für vorläufig vollstreckbar zu erklären (§ 496). Ganz anders verhält es sich in den in §§ 688. 689. 710 behandelten Fällen. Hier kann das

Prozeßgericht auf Antrag ohne vorgängige mündliche Verhandlung (durch Beschluß) vor dem Urteile über die Hauptsache die daselbst bezeichneten Maßregeln, im Falle des § 710 — bedingt oder unbedingt — die Hinterlegung des Erlöses anordnen. Diese Anordnungen sind nur als provisorische gedacht; sie ergehen nach § 688 „bis zur Erlassung des Urteils“ in der Hauptsache (in der Instanz), durch welches über das Bestehenbleiben, die Abänderung oder Aufhebung der angeordneten Maßnahmen entschieden werden soll. Dementsprechend sprechen die Motive zu § 689 . . . die Voraussetzung aus, daß das Urteil regelmäßig über die vorläufig angeordneten Maßregeln in wesentlicher Übereinstimmung mit der Entscheidung der Hauptsache Bestimmung treffen werde. Allein die Annahme, daß in den fraglichen Fällen, zumal in einem Falle der vorliegenden Art, die Partei nur im Wege der Berufung, also auf Grund mündlicher Verhandlung mittels Abänderung des Urteiles erster Instanz, eine ihr günstige Anordnung wieder erlangen könnte, widerspricht zunächst schon dem gekennzeichneten provisorischen Charakter der Anordnungen. Ist von dem Prozeßgerichte durch sein Urteil in der Hauptsache die zuvor getroffene vorläufige Anordnung aufgehoben, so existiert diese Anordnung nicht mehr; in den Fällen des § 688 kann der Gläubiger auf Grund dieser Aufhebung die Zwangsvollstreckung weiter betreiben; im Falle des § 710 kann der Gläubiger, welcher gepfändet hatte, ohne weiteres den Erlös für sich erheben. Wird aber Berufung in der Hauptsache eingelegt, so wird hierdurch vor dem Berufungsgerichte ein novum iudicium eröffnet, und es ist dieses Gericht auch auf entsprechende Anträge in der Lage, darüber zu befinden, ob für die vor ihm eröffnete Instanz Anlaß zu einer provisorischen Anordnung der in §§ 688. 710 bezeichneten Art bezw. die Voraussetzungen einer solchen vorliegen. Demgemäß spricht auch § 688 allgemein die Zuständigkeit des Prozeßgerichtes zur Erlassung der provisorischen Anordnungen aus. Hierunter ist zu verstehen das mit der Hauptsache in der Instanz befaßte Gericht.

So auch Förster, Kommentar zur Civilprozeßordnung Bd. 2 S. 416 zu § 688.

Weber aus dem Inhalte der Vorschriften, noch aus den Motiven ist zu entnehmen, daß „Prozeßgericht“ hier nicht in diesem natürlichen Sinne, sondern als Gericht erster Instanz zu verstehen wäre. Wo

die Civilprozeßordnung bei einer Kompetenzbestimmung das Gericht erster Instanz meint, ist dies regelmäßig auch hervorgehoben. So wird z. B. gerade für die nach §§ 686. 687 vom Schuldner zu erhebenden Klagen das Prozeßgericht erster Instanz für zuständig erklärt. Daß aber hieraus nicht entnommen werden darf, auch in den Fällen der §§ 688. 689 sei nur das Prozeßgericht erster Instanz gemeint, zeigt sich klar daran, daß, worüber ein Zweifel gar nicht bestehen kann, die Anträge auf Erlassung einer Anordnung im Sinne des § 688, wenn in der Hauptsache Berufung eingelegt ist, auch erst in der Berufungsinstanz gestellt werden können. Dies alles gilt auch von dem § 710, sofern derselbe in Abs. 4 dem „Gerichte“ (ohne Beschränkung auf die erste Instanz) die Befugnis zur Anordnung der Hinterlegung des Erlöses zuspricht und hierbei im allgemeinen auf §§ 688. 689 verweist. Daneben nur wird für dringende Fälle die Annehmung des Vollstreckungsgerichtes unter einer besonderen Kautel gestattet (§ 688 Abs. 2). Andererseits ist noch darauf hinzuweisen, daß, wenn gegen ein für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urteil die Berufung eingelegt wird, gemäß § 657 C.P.D. doch auch das Berufungsgericht auf Antrag ohne vorgängige mündliche Verhandlung zu Gunsten des Schuldners durch eine der in § 647 bezeichneten Anordnungen in die Zwangsvollstreckung eingreifen kann, ähnlich also wie dem Ausgeführten zufolge nach §§ 688. 689. Die vorläufige Vollstreckung des Urtheiles kann allerdings der Kläger auf diesem Wege nicht erlangen; er muß vielmehr die Berufung einlegen und ist (abgesehen von dem Falle des § 496) zu seiner Sicherung auf die allgemeinen Rechtsbehelfe (§§ 796 flg. 814 flg.) angewiesen. Dies ist aber, wie gezeigt, die notwendige Folge des Verfahrens, welches für den vorliegenden Fall (im Gegensatz zur vorläufigen Vollstreckbarkeit) dem Kläger auch für die Berufungsinstanz den Weg der einstweiligen Anordnung eröffnet. Hierdurch allein kann unter Umständen das Interesse der Partei in einfacher und rascher Weise gewahrt werden. Die in § 689 enthaltene Verweisung auf § 656 kann hiernach doch auch für den Kläger noch von Bedeutung sein, wie der nicht ausgeschlossene Fall zeigt, wenn in der ersten Instanz in der Hauptsache zu seinen Gunsten erkannt, dennoch aber die zuvor zu seinen Gunsten getroffene Anordnung aufgehoben oder beschränkt würde.

Nach der Lage des vorliegenden Falles fragt sich weiter, ob ein Antrag nach §§ 710 Abs. 4. 688 schon vor Erhebung der Berufung

zulässig ist, bezw. einem solchen Antrage durch das Berufungsgericht schon vorher entsprochen werden darf. In der Theorie besteht hierüber Streit, indem einerseits vorgängige förmliche Klagerhebung erfordert, andererseits bloße „Anbringung der Klage bei Gericht“ für genügend erachtet wird, während von dritter Seite aus der Bestimmung in § 688 Abs. 2 gefolgert wird, daß auch vor förmlicher Erhebung der Klage der Antrag bei dem Prozeßgerichte gestellt und von diesem entsprechender Beschluß gefaßt werden könne.

Vgl. Wilimowski-Levy und Gaupp zu § 688.

Der Wortlaut des § 688 steht dieser Ansicht nicht entgegen. Ausschlaggebend sind hier Gründe des praktischen Bedürfnisses und der Zweckmäßigkeit. In Rücksicht hierauf hat sich das Reichsgericht im Anschlusse an die letztgenannte Ansicht schon dahin ausgesprochen, daß die Stellung eines Antrages im Sinne des § 688 und die Entscheidung hierüber auch vor der Klagerhebung zulässig, jedoch der Vollzug der Anordnung vom Nachweise der erfolgten Zustellung der Klage abhängig zu machen sei.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civilf. Bd. 10 S. 314 flg.

Gilt dies im Falle des § 688 und für die erste Instanz als zulässig, so muß es auch für den Fall des § 710 und für die Berufungsinstanz als zulässig angesehen werden. In solcher Weise ist das Oberlandesgericht vorliegenden Falles vorgegangen.“ ...