

114. Können einstweilige Verfügungen erlassen werden, bevor die Hauptsache anhängig ist? Welche Bedeutung ist in dem Verfahren über die Rechtmäßigkeit einer auf Grund des §. 819 C.F.D. erlassenen, einstweiligen Verfügung der Berufung des Beklagten auf ein ihm zustehendes obligatorisches

Recht zur Vornahme der von dem Eigentümer eines Grundstückes verbotenen Handlungen beizulegen?

C.P.D. §§. 814—21.

III. Civilsenat. Ur. v. 20. Mai 1881 i. S. B. (Kl.) w. G. (Bekl.)
Rep. III. 447/81.

- I. Landgericht Stade.
- II. Oberlandesgericht Celle.

Der Kläger ist Eigentümer von vier Grundstücken, welche auf beiden Längsseiten von Grundstücken des Beklagten begrenzt werden. Am 23. Dezember 1880 fanden unter den Parteien Verhandlungen statt über den Abschluß eines Vertrages, durch welchen dem Beklagten vom Kläger das Recht eingeräumt werden sollte, quer über dessen Grundstücke ein Schienengeleis zu legen, um den Abraum von der beklagischen Cementfabrik nach den hinter den klägerischen Grundstücken belegenen Grundstücken des Beklagten zu schaffen, den dort befindlichen Thon nach der Fabrik zu transportieren und die beklagischen Grundstücke auszufüllen, sowie wegen Überlassung des Betriebes der auf den klägerischen Grundstücken befindlichen Ziegelei an den Beklagten und Aufschüttung der klägerischen Grundstücke. Ob diese Verhandlungen zum definitiven Abschluß eines Vertrages gekommen, ist unter den Parteien streitig, Beklagter behauptet es, während der Kläger es bestreitet, weil nicht allein, was feststeht, über wesentliche Punkte des Vertrages, namentlich dessen Dauer Differenzen obwalten, sondern auch die Perfektion des Vertrages von dessen schriftlicher Abfassung abhängig gemacht, eine solche aber nicht erfolgt sei, da er sich geweigert habe, den ihm vom Beklagten am 23. Dezember zugestellten Vertragsentwurf zu unterzeichnen und Beklagter die Unterschrift des von ihm, Kläger, gemachten Entwurfes vom 29. Dezember zu vollziehen. Beklagter ließ durch eine größere Zahl von Arbeitern das Schienengeleis auf den Grundstücken des Klägers legen. Am 31. Dezember 1880 begab sich Kläger mit sieben Arbeitern auf seine Grundstücke, verbot dem bei der Anlegung des Schienengeleises beschäftigten Werkmeister des Beklagten die Fortsetzung der Arbeit und versuchte, um sich im Besitz zu schützen, die gemachten Anlagen teilweise zu zerstören. Der Werkmeister verhinderte letzteres und leistete, wie auch der mit einer größeren Zahl

von Arbeitern erscheinende technische Direktor der beklagischen Fabrik, unter Berufung auf das vertragsmäßig dem Beklagten eingeräumte Recht, dem Verbote der Fortsetzung der Arbeiten keine Folge. Auf Antrag des Klägers erließ das Amtsgericht Osten am 1. Januar 1881 eine durch Beschluß vom 7. Januar modifizierte, einstweilige Verfügung, durch welche dem Beklagten auf Grund des §. 819 C.P.D. die Fortsetzung der Arbeiten auf den klägerischen Grundstücken bei 500 M. Strafe verboten und dem Kläger die Bestellung einer Kaution auferlegt wurde. In dem in Gemäßheit des §. 820 C.P.D. vor dem Landgerichte zu Stade über die Rechtmäßigkeit der einstweiligen Verfügung stattgehabten Verfahren machte Beklagter, unter Widerspruch des Klägers, geltend, daß er nach dem zum definitiven Abschlusse gelangten Vertrage zur Legung des Schienengeleises über die Grundstücke des Klägers berechtigt und deshalb der Erlaß der einstweiligen Verfügung nicht gerechtfertigt sei. Das Landgericht bestätigte jedoch die Verfügung des Amtsgerichts. Das Oberlandesgericht, an welches die Sache infolge der Berufung des Beklagten gelangte, verfügte Beweisaufnahme durch Vernehmung von Zeugen darüber, ob der vom Beklagten behauptete Vertrag definitiv abgeschlossen sei, und hob dann die einstweilige Verfügung auf, indem es durch den aufgenommenen Beweis als festgestellt ansah, daß trotz der über die Ausführung des Vertrages entstandenen Differenzen, der Vertrag definitiv zum Abschluß gelangt sei, weil nach den Zeugenaussagen angenommen werden müsse, daß die schriftliche Abfassung nur des Beweises wegen habe erfolgen sollen, Kläger aber keine Veranlassung gehabt habe, den Erlaß einer einstweiligen Verfügung zu beantragen, da Beklagter nur in Ausübung eines ihm vom Kläger eingeräumten Rechtes gehandelt habe.

Auf Revision des Klägers wurde diese Entscheidung aufgehoben und die Berufung des Beklagten gegen das Urteil des Landgerichts zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

„Der von dem Revisionsbeklagten zunächst erhobene Einwand, die Entscheidung des Berufungsgerichts sei dem Angriffe mit der Revision deshalb entzogen, weil die Frage, ob im einzelnen Falle eine einstweilige Verfügung zu erlassen sei, von dem völlig freien Ermessen des Gerichts abhängt, und wenn dasselbe bei Ausübung dieses Ermessens fehl gegangen sei, keine Verletzung eines Gesetzes, sondern nur eine unrichtige

Beurteilung der konkreten, thatsächlichen Verhältnisse vorliege, ist nicht begründet. Aus der Natur und dem Zwecke der einstweiligen Verfügungen folgt allerdings, daß nicht allein die Bestimmung darüber, welche Anordnungen zur Erreichung des Zweckes erforderlich sind, dem freien Ermessen des Gerichts zu überlassen ist (§. 817 C.P.D.), sondern daß es auch bei der Frage, ob im einzelnen Falle die Voraussetzungen für den Erlass einer einstweiligen Verfügung vorhanden sind, vorzugsweise auf die Beurteilung der jeweiligen thatsächlichen Verhältnisse ankommt und dem richterlichen Ermessen Raum gegeben ist. Denn die Beantwortung der Frage, „ob zu besorgen sei, daß durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung des Rechtes einer Partei vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte“ (C.P.D. §. 814), oder „ob die Regelung eines einstweiligen Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis zur Abwendung wesentlicher Nachteile oder zur Verhinderung drohender Gewalt nötig erscheine“ (C.P.D. §. 819), ist von der thatsächlichen Sachlage in jedem einzelnen Falle abhängig und bei der Unbestimmtheit der Begriffe Sache des Ermessens des Gerichts. Allein auch bei Entscheidungen über einstweilige Verfügungen ist es keineswegs ausgeschlossen, daß sie auf einer die Revision eröffnenden Rechtsverletzung beruhen. Dieses gilt namentlich auch für einen Fall, wie dem hier vorliegenden, wo der Berufungsrichter die erlassene einstweilige Verfügung nicht deshalb aufhebt, weil er das Vorhandensein der von dem Amtsgerichte und dem Landgerichte als gegeben angenommenen, thatsächlichen Voraussetzungen des Erlasses einer einstweiligen Verfügung nach C.P.D. §. 819 verneint, sondern deshalb, weil nach dem erhobenen Beweise die Beklagte kraft eines mit dem Kläger geschlossenen, als perfekt geworden anzusehenden Vertrages die Berechtigung erlangt habe, auf dessen Grundstücken diejenigen Einrichtungen zu treffen, deren Vornahme der Kläger ihr verboten und deshalb für den Kläger jegliche Veranlassung gefehlt habe, mittels Erwirkung einer einstweiligen Verfügung Handlungen zu inhibieren, welche der Beklagte lediglich in Ausübung eines ihm vom Kläger eingeräumten Rechtes vorgenommen habe.

Der Revisionskläger stützt seinen Angriff auch nicht auf eine unrichtige Beurteilung der thatsächlichen Verhältnisse, sondern behauptet, die angefochtene Entscheidung beruhe einerseits auf einer Verletzung der Vorschriften in den §§. 814. 819 C.P.D., indem deren Anwendbarkeit

nicht dadurch ausgeschlossen werden könne, daß die Beklagte ein obligatorisches Recht zur Vornahme der in Frage stehenden Handlungen auf den Grundstücken des Klägers in Anspruch nehme, sowie auf der Verletzung der über das Handeln gegen Verbot bestehenden Rechtsgrundsätze und verstoße andererseits durch die Annahme, daß zwischen den Parteien ein Vertrag über die Berechtigung der Beklagten, über die Grundstücke des Klägers ein Schienengeleis zu legen, perfekt geworden sei, gegen 1. 17 Cod. de fide instr. 3, 23 und die Rechtsnormen über die Perfektion der Verträge, eventuell gegen die Vorschrift des §. 513 Ziff. 7 C.P.D., weil ohne Angabe von Gründen angenommen worden, daß ein Vertrag unter den Parteien zustande gekommen sei.

Die Revision mußte für begründet erachtet werden, weil die Annahme des Berufungsgerichts, daß der Erlaß einer einstweiligen Verfügung dadurch ausgeschlossen werde, daß die Beklagte in Ausübung eines ihr vom Kläger vertragsmäßig eingeräumten Rechtes gehandelt habe, die Vorschriften der Civilprozeßordnung über die einstweiligen Verfügungen und die Grundsätze über Handeln gegen Verbot verletzt. Nach den Verhandlungen steht fest, daß der Kläger Eigentümer derjenigen Grundstücke ist, auf welchen die Beklagte ein Schienengeleis hat legen lassen; daß derselbe am 31. Dezember 1880 dem mit einer Mehrzahl von Arbeitern auf diesen Grundstücken bei der Anlage des Geleises beschäftigten Werkmeister und dem hinzugekommenen technischen Direktor der Beklagten die Vornahme der Arbeiten verboten, diesem Verbote jedoch keine Folge geleistet worden ist, vielmehr die Arbeiten fortgesetzt sind und der Kläger an der zum Zwecke des Schutzes seines Besitzes beabsichtigten teilweisen Zerstörung des Schienengeleises verhindert ist. Diesem Verbote des Klägers, auf seinem Grundstücke die fraglichen Arbeiten vorzunehmen bezw. fortzusetzen, mußte Folge geleistet werden, und es durfte die Beklagte, bezw. die in ihrem Auftrage handelnden Beamten und Arbeiter, selbst wenn Kläger in Folge eines mit der Beklagten abgeschlossenen Vertrages verpflichtet gewesen wäre, die Anlage des Schienengeleises zu gestatten, nicht eigenmächtig die Arbeiten fortsetzen. Es durfte dieses im vorliegenden Falle um so weniger geschehen, weil über die Frage, ob die zwischen den Parteien über die Anlage des fraglichen Schienengeleises über die klägerischen Grundstücke und dessen Benutzung stattgehabten Verhandlungen zum definitiven Abschlusse eines Vertrages

geführt haben oder nicht, unter den Parteien Streit bestand. Nachdem der Kläger in bestimmtester Weise die Fortsetzung der Arbeiten auf seinem Eigentume verboten hatte, war es Sache der Beklagten, die ihr vermeintlich aus dem mit dem Kläger abgeschlossenen Vertrage zustehenden Rechte im Wege des Prozesses geltend zu machen, sie durfte aber nicht diese ihr angeblich kontraktlich zustehenden, vom Kläger bestrittenen Rechte selbst zur Geltung bringen. Der §. 819 C.P.D. bezieht sich gerade auf Fälle der vorliegenden Art, in denen es sich um Regelung des Besitzstandes oder eines einstweiligen Zustandes bis dahin handelt, daß im ordentlichen Verfahren über ein unter den Parteien streitiges Rechtsverhältnis entschieden worden ist, und es ist der Erlaß der einstweiligen Verfügung weiter nur dadurch bedingt, daß diese Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile oder zur Verhinderung drohender Gefahr oder aus anderen Gründen nötig erscheint. Daß diese Voraussetzungen, namentlich die Gefahr von Gewaltthätigkeiten vorliegen, ist nach den Verhandlungen zweifellos, auch von dem Berufungsgerichte nicht verneint. Die unter den Parteien streitige Frage, ob ein Vertrag über die Anlage des Schienengeleises und dessen Benutzung zustande gekommen sei, kann aber nicht in diesem Verfahren entschieden werden, welches lediglich die Frage der Rechtmäßigkeit des Erlasses einer einstweiligen Verfügung zum Zwecke der Regelung eines einstweiligen Zustandes bis zur Entscheidung des zwischen den Parteien obwaltenden Streites zum Gegenstande hat.

War hiernach das angefochtene Urteil aufzuheben, so kann die weitere Frage, ob die Annahme des Berufungsgerichts, es sei dargethan, daß, ungeachtet der über wesentliche Punkte des Vertrages bestehenden Differenzen, zwischen den Parteien ein Vertrag zustande gekommen sei, kraft dessen die beklagte Firma die Berechtigung erlangt habe, über die klägerischen Grundstücke ein Schienengeleis zu legen, auf Verletzung von Rechtsätzen beruhe, dahin gestellt bleiben.

In der Sache selbst war die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Landgerichts zu Stade vom 27. Januar 1881 zurückzuweisen, weil die Voraussetzungen des §. 819 C.P.D. auch in der Beziehung gegeben sind, daß nach den feststehenden Thatsachen die Notwendigkeit der Regelung eines einstweiligen Zustandes zur Verhinderung drohender Gewalt vorliegt, und weil die angefochtene Entscheidung auch aus anderen Gründen als richtig sich nicht darstellt (§. 526 C.P.D.).

Bestes würde allerdings der Fall sein, wenn die Ansicht begründet wäre, daß nach den Vorschriften der Zivilprozeßordnung der Erlaß einstweiliger Verfügungen überhaupt nicht zulässig sei, bevor die Hauptsache anhängig ist,¹ indem dann, weil im vorliegenden Falle die Hauptsache zur Zeit des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung nicht anhängig war, die die Aufhebung der erlassenen Verfügung aussprechende Entscheidung des Berufungsgerichts gerechtfertigt sein würde.

Dieser Ansicht kann jedoch nicht beigetreten werden. Erwägt man, daß bei der Annahme, daß die Anhängigkeit der Hauptsache die Voraussetzung für die Erlassung einer einstweiligen Verfügung bilde, eine bedenkliche Lücke im Gesetze bestehen würde, weil in den nicht seltenen Fällen eines dringenden Bedürfnisses des sofortigen Erlasses einer einstweiligen Verfügung, bevor die Hauptsache anhängig gemacht werden kann, ein gerichtlicher Schutz nicht würde erlangt werden können, eine Lücke, die um so bedenklicher sein würde, als das im bisherigen Prozeßrechte bestehende Mittel zum schleunigen Schutze des Besitztandes, das *possessorium summarissimum*, beseitigt und durch die einstweiligen Verfügungen ersetzt ist, erwägt man ferner, daß im gemeinen Prozesse und in den neueren Prozeßgesetzen und Entwürfen die Erlassung einstweiliger Verfügungen durch die Anhängigkeit der Hauptsache nicht bedingt ist, daß ferner in den Motiven zum Abschnitte über die einstweiligen Verfügungen ausdrücklich hervorgehoben wird, die Vorschriften in den §§. 761 flg. des Entwurfes (§§. 814 flg. C.P.D.) stimmen im wesentlichen mit den Vorschriften der neueren deutschen Prozeßordnungen und Entwürfe (vergl. hannoversche bürgerl. Proz.-Ordn. §§. 519 flg.; badische Pr.D. §§. 625 flg.; württembergische Pr.D. Artt. 844 flg.; bayerische Pr.D. Artt. 605 flg.; hannoverscher Entw. §§. 540 flg.; preußischer Entw. §§. 823 flg.; norddeutscher Entw. §§. 729 flg.) überein und bedürfen daher nur in einzelnen Bestimmungen einer besonderen Begründung, daß aber weder in den Motiven, noch in den Verhandlungen über den Entwurf eine so wesentliche Abweichung von den citierten Prozeßgesetzen und Entwürfen erwähnt wird; so muß die gedachte Auffassung der Bestimmungen der Zivilprozeßordnung von vorn-

¹ Vgl. v. Sarweh, C.P.D. §. 814 Note 3 (Bd. 2 S. 314); v. Bülow, C.P.D. §. 816; Krit. Vierteljahrschrift Bd. 15 S. 339 flg. D. E.

herein Bedenken erregen, und man würde ihr nur dann beitreten können, wenn Gründe vorlägen, welche die dem Bedürfnis entsprechende und mit dem bestehenden Rechtszustande übereinstimmende Auffassung, daß der Erlaß einstweiliger Verfügungen während eines bereits anhängigen Rechtsstreites sowohl, wie vor Einleitung eines solchen statthaft sei, ausschließen. Solche Gründe liegen aber nicht vor und es sind namentlich die für die erwähnte Ansicht geltend gemachten nicht geeignet, sie zu rechtfertigen.¹

Dieselbe wird zunächst auf den Wortlaut der §§. 814. 819. 820 C.P.D. gestützt und es wird darauf Gewicht gelegt, daß hier gleichmäßig von Verfügungen in Beziehung auf „den Streitgegenstand“ oder „ein streitiges Rechtsverhältnis“ die Rede sei, was Anhängigkeit der Hauptsache voraussetze, und ein weiteres Argument aus der Regelung der Zuständigkeit der Gerichte entnommen, indem in den §§. 810. 820. 821 C.P.D. für zuständig erklärt sei, „das Gericht der Hauptsache,“ das heiße nicht das für die Hauptsache zuständige Gericht, sondern nach der klaren Erläuterung des §. 821 das Prozeßgericht erster oder zweiter Instanz.

Die Ausdrücke „Streitgegenstand“ und „streitiges Rechtsverhältnis“ nötigen keineswegs zu der Annahme, daß der Gesetzgeber die Anhängigkeit der Hauptsache vorausgesetzt habe. Denn von einem „Streitgegenstand“, einem „streitigen Rechtsverhältnis“ kann man ebenso gut bereits vor der Anhängigmachung des Prozesses zur Entscheidung des unter den Beteiligten über den Gegenstand, resp. in Bezug auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis bestehenden Streites sprechen. Vorausgesetzt wird in den §§. 814. 819. 820 a. a. D. nur, daß überhaupt über den Gegenstand, über das Rechtsverhältnis, in Bezug auf welches ein einstweiliger Schutz beantragt wird, ein Streit unter den Parteien besteht. Es werden daher auch in solchen Gesekentwürfen, welche ausdrücklich die Erlassung einstweiliger Verfügungen schon vor der Einleitung des Rechtsstreites über die Hauptsache zulassen, die Ausdrücke

¹ Vgl. Strudmann u. Koch, C.P.D. S. 814 Note 1; v. Wilmowski u. Levy, C.P.D. S. 816; Hellmann, C.P.D. S. 814; Puchelt, C.P.D. S. 815; Seuffert, C.P.D. S. 823; Petersen, C.P.D. Bd. 2 S. 873; Endemann, C.P.D. §§. 814 ff. Bd. 3 S. 381 ff. D. E.

„Streitgegenstand,“ „streitige Verhältnisse“ ic gebraucht,¹ und es fehlt an einer Grundlage dafür, daß die Civilprozeß-Ordnung diese Ausdrücke nur in dem ihr beigelegten Sinne gebrauche. Ebenso wenig ist die Annahme gerechtfertigt, daß unter dem in den §§. 816. 820 a. a. D. für zuständig erklärten „Gerichte der Hauptsache“ nicht das Gericht zu verstehen sei, welches für die Hauptsache nach den allgemeinen Regeln über die sachliche und örtliche Zuständigkeit zuständig sein würde, bei welchem die Hauptsache anhängig sei oder anhängig werden könne, sondern das Prozeßgericht erster oder zweiter Instanz, also das Gericht, bei welchem die Hauptsache in erster oder zweiter Instanz zur Zeit des Antrags auf Erlass einer einstweiligen Verfügung anhängig ist. Daß an sich unter „dem Gerichte der Hauptsache“ sowohl das Gericht verstanden werden kann, bei welchem die Hauptsache anhängig zu machen, als auch dasjenige, bei welchem sie bereits anhängig ist, kann einem Zweifel nicht unterliegen, und folgt auch aus §. 799 C.P.D. Die gegenteilige Auffassung kann aber nicht aus der Bestimmung in §. 821 a. a. D. gefolgert werden. Diese Vorschrift, welche sich nicht bloß auf die einstweiligen Verfügungen, sondern auch auf den Arrest bezieht, bestimmt keineswegs, daß unter dem Gerichte der Hauptsache das „Prozeßgericht erster und zweiter Instanz“ zu verstehen sei, was auch mit der Regelung der Zuständigkeit im Arrestverfahren in Widerspruch stehen würde, sondern hat, wie die Motive und die Verhandlungen in der Reichs-Justizkommission ergeben, den Zweck eine Kompetenzregelung für die Fälle zu treffen, wenn die Hauptsache in der Berufungs- und Revisionsinstanz anhängig ist. Denn der dem §. 821 C.P.D. entsprechende §. 766 des Entwurfs lautete: „Als Gericht der Hauptsache im Sinne der Bestimmungen dieses Abschnitts ist, wenn die Hauptsache in der Berufungsinstanz anhängig ist, das Berufungsgericht anzusehen.“ Da in der Reichs-Justizkommission Verschiedenheit der Ansichten darüber entstand, welches Gericht für die Anordnung des Arrestes, bezw. die Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig sei, wenn die Hauptsache in der Revisionsinstanz anhängig sei, das Gericht erster Instanz oder das Berufungsgericht, wurde beantragt und beschlossen, den §. 766 so zu fassen, wie §. 821 gegenwärtig lautet, also

¹ Vgl. hannob. Entw. §. 540; norddeutsch. Entw. §§. 729. 744. 733; preuß. Entw. §§. 814. 823. D. E.

um auszudrücken, daß das Gericht erster Instanz als Gericht der Hauptsache auch dann anzusehen sei, wenn die Hauptsache in der Revisionsinstanz schwebt.¹ Der §. 821 spricht daher nicht für, sondern gegen die dem §. 816 gegebene Auslegung und kann für diese auch ein Argument aus den Motiven zu §. 816 nicht entnommen werden. Daraus, daß in die Civilprozeß-Ordnung die in anderen Prozeßgesetzen und Entwürfen enthaltene ausdrückliche Bestimmung, daß die Erlassung einstweiliger Verfügungen auch vor Einleitung des Rechtsstreites über die Hauptsache zulässig sei, nicht aufgenommen worden ist, kann um so weniger geschlossen werden, daß in dieser Beziehung eine Abweichung beabsichtigt sei, als es einer solchen ausdrücklichen Vorschrift nicht bedurfte. Denn in §. 815 a. a. D. sind auf die Anordnung einstweiliger Verfügungen die Vorschriften über die Anordnung eines Arrestes für anwendbar erklärt, soweit nicht die nachfolgenden Paragraphen abweichende Vorschriften enthalten, aus dem §. 806 geht aber hervor, daß die Anordnung von Arresten, auch wenn die Hauptsache noch nicht anhängig ist, zulässig sei. Diese Vorschrift des §. 806 findet auch auf einstweilige Verfügungen Anwendung, weil, wie ausgeführt, die Ansicht, daß §. 816 eine abweichende Vorschrift enthalte, nicht gerechtfertigt ist.“

¹ Vgl. Prot. Hahn S. 877.