

73. Findet Revision statt gegen ein Endurteil, durch welches das Oberlandesgericht auf Beschwerde über die Ablehnung einer einstweiligen Verfügung diese erlassen hat?  
C.P.D. §§ 545. 922.

V. Zivilsenat. Urtr. v. 11. Oktober 1902 i. S. Konkursmasse der Gewerksch. B. (Bell.) w. v. B.-B. (Kl.). Rep. V. 359/02.

I. Landgericht Guben.

II. Kammergericht Berlin.

Der Kläger hatte im Laufe der ersten Instanz den Erlaß einer einstweiligen Verfügung beantragt, die vom Landgericht durch Beschluß abgelehnt worden war. Auf seine Beschwerde gegen diesen Beschluß ordnete das Kammergericht mündliche Verhandlung an und erließ dann auf Grund derselben ein Endurteil, durch welches dem Antrage auf einstweilige Verfügung, jedoch nicht in vollem Umfange, stattgegeben wurde. Gegen dieses Urteil legten beide Parteien Revision ein. Im übrigen aus den

Gründen:

„Der Vertreter des Klägers hat einen Zweifel an der Zulässigkeit der beiderseitigen Revisionen angeregt und ausgeführt, daß nach § 545

C.P.D. die Revision gegen die in der Berufungsinstanz von den Oberlandesgerichten erlassenen Endurteile stattfindet, während die hier angefochtene Entscheidung des Kammergerichts zwar — nach angeordneter mündlicher Verhandlung über die Beschwerde des mit seinem Gesuch um eine einstweilige Verfügung vom Landgericht abgewiesenen Klägers — in Form eines Endurteils ergangen, dagegen nicht in der Berufungsinstanz, sondern in der Beschwerdeinstanz erlassen sei. Der Zweifel ist unberechtigt.

Zuzugeben ist nur, daß der Wortlaut des § 545 für die Unzulässigkeit der Revision verwertet werden könnte, wenn man unter den in der Berufungsinstanz erlassenen solche Endurteile verstehen müßte, die auf das eingelegte Rechtsmittel der Berufung ergehen. Ein anderer Grund wird auch in der Tat von den Schriftstellern, die sich für die Unzulässigkeit der Revision ausgesprochen, nicht angeführt.

Vgl. die Kommentare zur Civilprozeßordnung von Gaupp-Stein 4. Aufl. Bd. 2 zu § 545 Anm. II und zu § 922 Anm. II b, S. 70 und 751, und von Petersen u. Anger 4. Aufl. Bd. 2 zu § 545 Anm. 2 und zu § 922 Anm. 8 S. 56. 634; ferner Herm. Meyer, Prozeßprogr. 5. Aufl. § 127 S. 341. 342, etwas abweichend früher in der Zeitschr. für Civilprozeß Bd. 20 S. 490 flg.

Es läßt sich aber nicht verkennen, daß diese Ansicht zu einem Ergebnis, das vom Gesetzgeber nicht gewollt sein kann, namentlich zu einer auffallenden Verkümmernng des Rechts der gegnerischen Partei auf rechtliches Gehör führt. Diese braucht in erster Instanz nicht gehört zu werden und erfährt, wenn der Antrag auf Erlaß der einstweiligen Verfügung durch Beschluß abgelehnt, darüber Beschwerde geführt, und über diese mündliche Verhandlung angeordnet wird, meistens erst jetzt zum erstenmal von dem gegen sie geplanten Angriff (§ 922 Abs. 3 C.P.D.). In der mündlichen Verhandlung kann sie sich verteidigen, aber wenn sie dann unterliegt, wäre sie nach der Ansicht, daß Revision unzulässig sei, schutzlos, denn darüber kann kein Zweifel obwalten, daß ihr gegen das auf die mündliche Verhandlung erlassene Urteil auch nicht das Rechtsmittel der Beschwerde zusteht.

Vgl. den Beschluß des I. Civilsenats des Reichsgerichts vom 29. Januar 1898 in Gruchots Beiträgen Bd. 43 S. 770 flg. Stände schon diese Beschränkung der einen Partei auf eine einzige

Instanz im Widerspruch sowohl mit dem Grundsatz der Gleichheit der Parteirechte als mit der Zweckbestimmung des Instanzenzuges, so springt das dadurch geschaffene Mißverhältnis noch mehr in die Augen, wenn man sich vergegenwärtigt, welchen Gang das Verfahren nimmt, wenn auf die Beschwerde nicht mündliche Verhandlung angeordnet und folgeweise nicht durch Endurteil, sondern im Beschlußwege zu ungunsten des Gegners entschieden wird. Dann kann dieser gegen den die einstweilige Verfügung anordnenden Beschluß der zweiten Instanz Widerspruch erheben, die nun eintretende mündliche Verhandlung findet statt in erster Instanz,

Entsch. des R.G.'s in Civilf. Bd. 29 Nr. 106 S. 396 fg.; vgl. auch Urteil des Obersten Landesgerichts für Bayern vom 15. Dezember 1899 in Seufferts Archiv Bd. 55 Nr. 249,

und gegen deren Entscheidung steht das Rechtsmittel der Berufung, gegen das Berufungsurteil das der Revision offen, also hat dann der Antragsgegner drei Instanzen für eine mündliche Verhandlung der Sache. Die Anordnung der mündlichen Verhandlung auf die Beschwerde über den die nachgesuchte einstweilige Verfügung ablehnenden Beschluß, die dazu dienen soll, die Sache gründlich zu erörtern und auch den Gegner zu hören, hätte hiernach den entgegengesetzten, nämlich den Erfolg, daß die Sache weniger gründlich geprüft wird und der Gegner weniger zu Gehör kommt, als es der Fall sein könnte, wenn die Beschwerde ohne mündliche Verhandlung, durch Beschluß beschieden wird. Daß dies in der Absicht des Gesetzgebers gelegen haben könnte, ist eine ausgeschlossene Annahme und läßt sich auch nicht aus dem § 545 herauslesen. Vom Reichsgericht ist bereits entschieden, daß diese Gesetzesbestimmung auch in dem Fall der Zulassung der Revision nicht entgegensteht, wenn ein Oberlandesgericht als Gericht der Hauptsache im Sinne des § 943 Abs. 1 C.P.O. einen Arrest durch Endurteil angeordnet hat, also über den Arrest nur eine erstmalige Entscheidung vorliegt, der eine Entscheidung erster Instanz nicht vorausgegangen ist.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civilf. Bd. 5 Nr. 123 S. 430 (II. Civilsenat) und Bd. 50 Nr. 81 S. 342 (I. Civilsenat).

Auch in diesem Falle handelt es sich nicht um ein in der Berufungsinstanz erlassenes Endurteil in dem gewöhnlich damit verbundenen Sinne, dem Sinne nämlich, daß es ergangen sei auf Be-

rufung gegen eine vorangegangene Entscheidung erster Instanz. Es ist aber vom Reichsgericht ausgeführt worden, daß der Gesetzgeber Entscheidungen dieser Art, weil sie vom Berufungsgericht in dieser Eigenschaft, nämlich als in der Berufungsinstanz mit der Hauptsache befaßt, erlassen würden, nicht als erstinstanzliche, sondern als berufungsinstanzliche Entscheidungen angesehen wissen wolle. Ob sich dieser Gesichtspunkt im vorliegenden Fall verwerten läßt, wo das Kammergericht insofern in der Hauptsache eingelegter Berufung für die Hauptsache Berufungsinstanz geworden war, mag dahingestellt bleiben. Die vom Kammergericht über die einstweilige Verfügung gefällte zweitinstanzliche Entscheidung ist jedenfalls deshalb im Sinne des § 545 in der Berufungsinstanz erlassen, weil, nachdem mündliche Verhandlung angeordnet und damit die Notwendigkeit einer Entscheidung durch Endurteil herbeigeführt worden war (§ 922 Abs. 1), das Beschwerdeverfahren in das Verfahren übergeleitet war, das bei eingelegter Berufung eingeschlagen werden muß und mit Rücksicht darauf als Verfahren der Berufungsinstanz bezeichnet werden darf. Der im § 545 gewählte Ausdruck für die der Revision unterliegenden Entscheidungen hat seinen Gegensatz in denjenigen Entscheidungen, die von den Oberlandesgerichten nach den Bestimmungen in § 5 Einf.-Gef. zum G.B.G. vom 27. Januar 1877 und § 5 Einf.-Gef. zur G.B.D. vom 30. Januar 1877 möglicherweise in erster Instanz abgegeben werden können.“ . . .