

61. Steht es dem über den Schadenersatzanspruch aus § 945 Z.P.D. erkennenden Gerichte zu, den Arrest, der im Arrestprozesse als von Anfang an ungerechtfertigt aufgehoben worden ist, auf Grund selbständiger Prüfung für rechtmäßig angeordnet zu erklären?

VI. Zivilsenat. Ur. v. 6. Juni 1904 i. S. S. (Bett.) w. B. (Kl.).
Rep. VI. 444/03.

- I. Landgericht Dresden.
- II. Oberlandesgericht daselbst.

Der Kläger hatte am 10. März 1902 gegen den Beklagten bei dem Landgericht in Dresden wegen eines Darlehnsanspruches einen dinglichen Arrest in Höhe von 22660 *M* und 400 *M* Kosten erwirkt, welcher gegen Sicherheitsleistung des Gläubigers von 3000 *M* und mit der Bestimmung angeordnet war, daß durch Hinterlegung einer Sicherheit von 23060 *M* von Seiten des Schuldners die Vollziehung des Arrestes gehemmt würde. Um die Vollziehung des Arrestes abzuwenden, hatte der Beklagte die zu hinterlegende Summe bei einem Dritten entliehen. Es war dann aber auf den Widerspruch des Beklagten durch Urteil des Landgerichtes der Arrest aufgehoben, und die Berufung des Klägers hiergegen vom Oberlandesgericht zurückgewiesen worden. Darauf klagte der Kläger eine Darlehnsforderung ein; der Beklagte machte aber im Wege der Aufrechnung einen Schadensersatzanspruch wegen des vom Kläger erwirkten Arrestes geltend. Der erste Richter erklärte den letzteren Anspruch nach § 945 B.F.O. für begründet; das Berufungsgericht dagegen verurteilte den Beklagten nach dem Klagantrage, weil der am 10. März 1902 verfügte Arrest vollständig gerechtfertigt gewesen sei.

Auf die Revision des Beklagten ist das Berufungsurteil aufgehoben worden.

Aus den Gründen:

... „Rechtlich steht in Frage, ob die Schadensersatzpflicht des Arrestsuchers gemäß § 945 B.F.O. schon durch die Tatsache begründet wird, daß durch ein im Arrestprozesse — rechtskräftig — ergangenes Urteil der Arrest aus dem Grunde aufgehoben worden ist, weil der Arrest mangels eines Arrestgrundes von Anfang an ungerechtfertigt gewesen sei, oder ob, entgegen einem solchen Urteil, das im ordentlichen Verfahren über den Schadensersatzanspruch erkennende Gericht auf Grund selbständiger Prüfung den Arrest für rechtmäßig angeordnet erklären kann. Die Frage ist in dem ersteren Sinne zu beantworten.

Die Vorschrift des § 945 B.F.O. beruht, gemeinsam mit den Bestimmungen in § 717 Abs. 2, § 320 Abs. 4 Satz 3 und § 600 Abs. 2 B.F.O., auf dem Rechtsgedanken, daß ein Gläubiger, welcher von der mit einem außerordentlichen Rechtsbehelf — gegen die Regel — ver-

knüpften Befugnis der sofortigen Vollstreckung Gebrauch macht, dies auf seine Gefahr tun müsse, und daß er daher ohne Rücksicht auf sein Verschulden dem Gegner den durch solche Maßregel verursachten Schaden im Falle der Aufhebung der vorläufigen Entscheidung zu ersetzen habe.

Vgl. Begründung der Zivilprozeßnovelle zu § 945 (§ 822a) S. 192; Kommissionsbericht S. 171; Hahn-Mugdan, Materialien Bd. 8 S. 173. 391 flg.; Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Bürgerlichen Gesetzbuches Bd. 2 S. 671 flg. 678. 724 flg.

In der Durchführung dieses, an sich dem materiellen Recht angehörigen, Grundsatzes tritt allerdings bei den Fällen des § 945 — Arrest und einstweilige Verfügung — ein Unterschied von den anderen, sonst gleichartigen Fällen — Ausnutzung eines für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteils, eines Vorbehaltsurteils — zutage, welcher schon durch die verschiedene prozessuale Gestaltung der fraglichen Rechtsbehelfe bedingt ist. In den §§ 717. 302. 600 B.P.O. ist als die Voraussetzung der Schadensersatzpflicht schlechtthin bezeichnet, daß die betreffende frühere Entscheidung aufgehoben (oder abgeändert) wird, wonach also lediglich die Tatsache der Aufhebung entscheidet, und das gleiche ist in § 945 für die Fälle des § 926 Abs. 2 und § 942 Abs. 3 — Aufhebung des Arrestes *ıc* wegen Unterlassung bestimmter Prozeßhandlungen von seiten der betreibenden Partei — festgesetzt. Im übrigen dagegen ist in § 945 die Schadensersatzpflicht an die Voraussetzung geknüpft, daß sich „die Anordnung eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung als von Anfang an ungerechtfertigt erweist“. Hier soll also nicht schon die Aufhebung des Arrestbefehls (der einstweiligen Verfügung), sondern dessen fehlende innere Berechtigung entscheiden; es kommt nicht bloß auf die Tatsache, daß, sondern auch auf den Grund, weshalb die Anordnung wieder außer Kraft gesetzt wird, an, und die formelle Aufhebung der fraglichen Verfügung ist hier auch nicht unbedingtes Erfordernis. Die in dem ursprünglichen Kommissionsantrage vorgesehene Bestimmung (§ 813a): „Wird ein vollzogener Arrest nach § 805 oder § 806 Abs. 2 aufgehoben oder abgeändert, oder fällt er weg, weil der Hauptanspruch als unbegründet erkannt wird“, erschien als zu eng, da auch diejenigen Fälle zu berücksichtigen seien, in denen der Arrest nicht durch Beschluß, sondern durch Endurteil angeordnet worden *ıc*, in denen der Gläubiger

den Arrest freiwillig aufhebe, weil er sich von dem Ungrunde seines Anspruches überzeugt habe.

Vgl. Protokolle zum B.G.B. a. a. O. S. 724.

Die Vorschrift des § 945 kann also auch dann Platz greifen, wenn der Arrest nicht durch Urteil beseitigt, oder wenn es bei Anordnung durch Beschluß zu einem Widerspruchsverfahren gar nicht gekommen ist.

Vgl. insoweit Gaupp-Stein, Z.P.D. zu § 945, Bem. II, 4. Aufl. S. 797.

Eine Verschiedenheit besteht weiter darin, daß der § 945, im Gegensatz zu den §§ 302, 600 und 717 Z.P.D., keine Vorschriften über die prozessuale Geltendmachung des Schadenersatzanspruches, namentlich deren Zulassung in dem anhängigen Rechtsstreit, enthält. Der Schadenersatzanspruch aus § 945 kann nicht in dem summarischen Verfahren über den Arrest oder die einstweilige Verfügung verfolgt, muß vielmehr im ordentlichen Verfahren, im Hauptprozeße oder besonderen Rechtsstreit, zum Austrag gebracht werden.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Zivilf. Bd. 50 S. 406, Bd. 51 S. 41, Bd. 54 S. 347.

Zur endgültigen Erledigung des Rechtsverhältnisses in Ansehung der Schadenersatzpflicht gehört gegebenenfalls auch die Frage, ob überhaupt ein materieller Rechtsgrund für den Schadenersatzanspruch vorliegt. Über den Hauptanspruch des Arrestklägers, den materiellen Anspruch als solchen, kann in dem Arrestverfahren nicht endgültig entschieden werden, und was den Arrestgrund (§ 917 Z.P.D.) betrifft, so ist insbesondere an die Fälle zu denken, in denen das Arrestverfahren sein Ende gefunden hat, ohne daß es bisher zu einer Entscheidung über die Rechtmäßigkeit des Arrestes gekommen ist.

Allein durch diese Besonderheiten des Schadenersatzanspruches aus § 945 Z.P.D. ist für den vorliegend allein in Frage stehenden Fall, wenn der Arrest im Widerspruchsverfahren als von Anfang an ungerechtfertigt aufgehoben worden ist, die Entscheidung darüber, inwieweit dem Gericht in dem Schadenersatzprozeße eine selbständige Prüfung zustehe, noch nicht gegeben. Es kommt darauf an, ob solchenfalls mit dem im Arrestverfahren (rechtskräftig) ergangenen Urteil die Voraussetzung des § 945: „Erweist sich die Anordnung als von Anfang an ungerechtfertigt“, erfüllt sei. Zur Bejahung der Frage würde der Gesichtspunkt der Rechtskraft des Urteils im

Arrestprozeß wohl nicht ausreichen. Denn einmal ist die Rechtskraftwirkung eines solchen Urteils eine beschränkte; sie erstreckt sich, bei der Eigenschaft des Arrestes und der einstweiligen Verfügung als einer Maßregel von vorübergehender Bedeutung, nur auf die Entscheidung der Frage, ob diese Anordnungen vorläufig für statthaft zu erachten waren, oder nicht.

Vgl. Entsch. des R. O.'s in Zivill. Bb. 33 S. 415 fig.

Sodann aber ist es im Hinblick auf § 322 B. P. D., wonach grundsätzlich nur die in dem Urteil getroffene Entscheidung, nicht auch die Urteilsgründe der Rechtskraft fähig sind, mindestens zweifelhaft, ob hier zur Erläuterung der Urteilsformel für die Bestimmung des Umfangs der Rechtskraft eine Heranziehung der Urteilsgründe (Entsch. des R. O.'s in Zivill. Bb. 25 S. 214, Bb. 33 S. 4) überall in dem Sinne zulässig wäre, daß als rechtskräftig ausgesprochen auch der Grund der Aufhebung des Arrestes gelten würde. Und gerade der Grund, aus welchem der Arrest aufgehoben wurde, daß die Anordnung von Anfang an ungerechtfertigt war, ist für die nach § 945 B. P. D. zu treffende Entscheidung das maßgebende Moment. Allerdings ist die Tatsache, daß ein den Arrest aufhebendes, nach § 922 oder § 925 B. P. D. ergangenes Urteil formell rechtskräftig geworden ist, die Voraussetzung einer maßgebenden Bedeutung desselben für den Schadensersatzanspruch auch im Falle des § 945, sofern hiermit erst die endgültige urteilsmäßige Erledigung des Arrestanspruches feststeht; aber jene Tatsache des rechtskräftig gewordenen Urteils ist hier eben nicht, wie in den analogen Fällen der §§ 302. 600. 717 B. P. D., ohne weiteres genügend.

Indes wird durch die über die materielle Rechtskraft der Urteile bestehenden Vorschriften nicht eine besondere gesetzliche Anordnung ausgeschlossen, welche bestimmte Rechtsfolgen an die Tatsache knüpft, daß aus einem gewissen Grunde eine bestimmte richterliche Entscheidung ergangen ist, und eine derartige gesetzliche Regelung könnte in dem § 945 B. P. D. unbedenklich gefunden werden, sofern die Worte: „Erweist sich die Anordnung u.“, vornehmlich auf den Fall eines im Verfahren über den Arrest oder die einstweilige Verfügung ergangenen Urteils zu beziehen sind. Hier hat sich eben durch dieses den Arrest aufhebende Urteil und dessen Begründung erwiesen, daß die Anordnung des Arrestes von Anfang an ungerechtfertigt war. Diese

Auffassung erscheint denn auch sowohl nach dem gesetzgeberischen Zweck des § 945, als im Hinblick auf die Aufgabe und prozessuale Regelung des Arrestprozesses gerechtfertigt. Der Arrest ist ein gefährlicher, in die Privatrechtssphäre des Betroffenen tief einschneidender Rechtsbehelf, über den in einem summarischen Verfahren, auf bloße Glaubhaftmachung der Voraussetzungen hin, verfügt und entschieden wird. Schon in diesem Verfahren jedoch sind dem Arrestbeklagten — wie auch dem Arrestkläger — die erforderlichen Rechtsbehelfe, Widerspruch und Rechtsmittel, gewährt, um den Streit über den beantragten Arrest als vorläufige Maßnahme vor dem Gerichte zum Austrag zu bringen. Wenn in dem hierzu vom Gesetze bestimmten Verfahren ein Urteil über die Rechtmäßigkeit des Arrestes ergeht, so hat das die Bedeutung einer endgültigen Entscheidung über den Arrestanspruch, darüber, ob der so wie geschehen beantragte Arrest gerechtfertigt sei, oder nicht. Ist insbesondere in dem auf Widerspruch rechtskräftig ergangenen Urteil der Arrest aus dem Grunde aufgehoben, weil die Anordnung als ungerechtfertigt erkannt wurde, so steht damit fest, daß auf Grund der vom Arrestkläger bis dahin vorgebrachten Tatsachen und unternommenen Glaubhaftmachung (vgl. Entsch. des R.G.'s in Zivils. Bd. 27 S. 425 flg.) die Anwendung eines Arrestes nicht zulässig war, und daraus folgt ohne weiteres, daß der betreibende Teil durch Erwirkung dieses Arrestes einen rechtlosen Eingriff in die Rechtssphäre des Gegners verübt hat, wofür er nach Maßgabe des § 945 B.P.O. verantwortlich ist. Der Arrestsucher trägt eben auch die Gefahr einer mangelhaften Glaubhaftmachung für die Voraussetzungen des Arrestes oder des erfolgreichen Widerstreites des Gegners im Arrestprozesse, und er macht sich schadenersatzpflichtig schon dadurch, daß er, ohne daß ihm die Erfordernisse der vorläufigen exekutivischen Maßregel objektiv zur Seite standen, damit gegen den Schuldner vorgegangen ist, mag er auch späterhin in der Lage sein, nachzuweisen, daß ein Arrest bei anderer Begründung des Antrags, bei besserer Glaubhaftmachung gerechtfertigt gewesen wäre; es wäre das ein anderer Arrest als der verfügte. Man würde in dieser Beziehung nicht genötigt sein, mit Stein in Gaupp's Kommentar zur B.P.O. § 945 Bem. II a 1. 2 S. 797 (vgl. zu § 922 Bem. III 2 a S. 754) einen Unterschied zwischen den beiden Voraussetzungen des Arrestes, dem materiellen Anspruche und dem Arrestgrunde, zu machen; denn wenn

freilich der Arrestprozeß über jenen Anspruch als solchen, wie schon erwähnt, keine rechtskräftige Entscheidung ergibt, so hat sich doch durch das im Arrestprozeße ergangene Urteil, welches den Arrest wegen Nichtbestehens oder fehlender Glaubhaftmachung des zu sichernden Anspruches aufgehoben hat, das erwiesen, daß die Voraussetzung der vorläufigen Maßregel des Arrestes, ein im Arrestverfahren glaubhaft zu machender Anspruch, gefehlt hat. Es braucht jedoch die Frage nach dieser Richtung hier nicht entschieden zu werden. Jedenfalls hinsichtlich des Bestehens oder Nichtbestehens eines Arrestgrundes muß für die im Arresturteil ergangene Entscheidung maßgebende Bedeutung in Anspruch genommen werden. Es müßten auch Gründe rechtspolitischer Art, welche dem Gesetzgeber nicht haben entgehen können, zu dieser Auffassung führen. Als gewiß sehr unzuweckmäßig und dem Interesse der Rechtsicherheit wenig entsprechend erschien es, wenn im Rechtsstreit über den Schadensersatzanspruch ein beliebiges anderes Gericht darüber abzuurteilen hätte, ob die Entscheidung des Arrestrichters richtig war, oder nicht; ein Ergebnis, welches Stein a. a. O. Bem. II, 2, für das von ihm gewählte Beispiel der durch drei Instanzen des Arrestprozeßes angefochtenen Entscheidung nicht mit Unrecht als ein „turbulentes Verfahren“ kennzeichnet, das übrigens ebenso mißlich wäre gegenüber einem den Arrest aufhebenden, wie einem den Arrest bestätigenden Urteile. Bei der Entscheidung über den Arrestantrag handelt es sich, zumal hinsichtlich des Arrestgrundes (§ 917 Abs. 1 B. P. O.), wesentlich um Fragen, welche dem richterlichen Ermessen einen weiten Spielraum lassen, und für deren Beurteilung die zur Zeit des Arrestverfahrens bestehende Sachlage allein die erforderliche Grundlage abgeben kann: ob eine Arrestgefahr glaubhaft gemacht sei (§ 920 Abs. 2), oder ob es auch ohne Glaubhaftmachung angemessen sei, den Arrest gegen eine vom Gerichte zu bestimmende Sicherheitsleistung anzuordnen (§ 921 Abs. 2 B. P. O.). Es kann nicht angehen, die Nachprüfung dieser Fragen dem Gericht, welches in einem besonderen Verfahren über den Schadensersatzanspruch — möglicherweise lange Zeit nach Beendigung des Arrestprozeßes und unter ganz veränderten Verhältnissen — zu erkennen hat, zuzumuten oder anheimzugeben. Vollends als unzulässig müßte es, wie die Revision mit Recht bemerkt, erachtet werden, daß das Gericht in dem Schadensersatzprozeße den im Arrestverfahren auf-

gehobenen Arrest hinterher auf Grund solcher Tatsachen für gerechtfertigt erklärte, welche im Arrestprozesse gar nicht vorgebracht sind oder damals noch gar nicht eingetreten waren.

Für den Regelfall also, welchen nach der oben berührten Entstehungsgeschichte des § 945 B.P.D. der Gesetzgeber im Auge hatte, dürfen die Worte des Paragraphen: „Erweist sich“, dahin ergänzt werden: „im weiteren Verlaufe des Verfahrens über den Arrest oder die einstweilige Verfügung“. Die Aufhebung des Arrestes aus einem der drei in § 945 genannten Gründe begründet die gesetzliche Schadenersatzpflicht der Partei, welche die Anordnung erwirkt hat. Dieser Standpunkt wird wohl von den meisten Schriftstellern, wenn auch ohne näheres Eingehen, vertreten.

Vgl. Seuffert, B.P.D. Bd. 2 Bem. 2a zu § 945, 8. Aufl. S. 664 flg.; Petersen u. Anger, B.P.D. § 945 4. Aufl. Bd. 2 S. 670; Reinde, B.P.D. 5. Aufl. Bem. I zu § 945 S. 784; Struckmann u. Koch, B.P.D. 8. Aufl. Bd. 2 Bem. 1 zu § 945 S. 364; Crome, System des Deutschen bürgerl. Rechts Bd. 2, Abt. 2 § 331 S. 1043 Ziff. 2.

Es ist das im wesentlichen die gleiche Auffassung, auf Grund deren schon unter dem früheren Rechtszustande die unbedingte Schadenersatzpflicht des Arrestsuchers für den Fall von einer Seite behauptet, von anderer der künftigen Gesetzgebung empfohlen wurde, wenn die Aufhebung des Arrestes erfolgt, weil der Gläubiger ihn im Widerspruchsverfahren oder in der Rechtsmittelinstantz nicht zu rechtfertigen vermochte.

Vgl. Merkel, Über Arrest und einstweilige Verfügungen § 7 S. 185. 189; Henrici, bei Gruchot, Beiträge Bd. 32 S. 161 flg. 186 Anm. 18; Entsch. des R.G.'s in Zivils. Bd. 26 Nr. 38 S. 212.

Im gegenwärtigen Falle kann es angesichts der Entscheidungsgründe des am 16. Juni 1902 in der Arrestsache der Parteien ergangenen Berufungsurteils gar keinem Zweifel unterliegen, daß das Arrestgericht den Arrest aus dem Grunde aufgehoben hat, weil es die Anordnung desselben als von Anfang an und insbesondere wegen Mangels eines Arrestgrundes für ungerechtfertigt erachtete, daß mithin die — der Nachprüfung des Revisionsgerichts unterstehende — Auslegung jenes Urteils von seiten des Berufungsgerichts in diesem Prozesse eine unzutreffende ist.“ (Dies wird näher dargelegt.) . . .