

17. 1. Welche Klage ist als Hauptklage zu erheben, wenn eine Bauforderung (§ 648 B.G.B.) im Wege einstweiliger Verfügung durch Vormerkung gesichert, und auf erhobenen Widerspruch die Erhebung der Klage zur Hauptsache binnen bestimmter Frist angeordnet ist?

2. Hat über den Antrag, die einstweilige Verfügung wegen Nichtinnehaltung der für die Erhebung der Hauptklage bestimmten Frist aufzuheben, wenn diese Frist erst nach Erlassung des ersten Urteils abließ, der Berufungsrichter zu befinden?

Z.P.D. § 926.

V. Zivilsenat. Urt. v. 15. November 1905 i. S. Witwe Ph. u. Gen. (Bekl.) w. Handelsgesellsch. A. (Kl.). Rep. V. 363/05.

- I. Landgericht II Berlin.
- II. Kammergericht daselbst.

Die Klägerin lieferte zu einem Neubau, den der im Dezember 1902 verstorbene Erblasser der Beklagten auf seinem Grundstück in Schöneberg errichtete, Tischlerarbeiten und Materialien, wofür ihr dieser 7438,20 M schuldig geblieben sein sollte. Auf ihren Antrag erließ das Landgericht am 5. Oktober 1904 eine einstweilige Verfügung dahin, daß für sie in Höhe dieses Betrags eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung einer Sicherungshypothek von gleicher Höhe auf dem erwähnten Grundstück eingetragen werde. Die Vormerkung wurde am 12. Oktober 1904 eingetragen. Demnächst erhoben die Beklagten gegen die einstweilige Verfügung Widerspruch und verlangten deren Aufhebung. Der erste Richter erkannte auf Aufrechterhaltung der einstweiligen Verfügung, und der zweite Richter wies die Berufung der Beklagten mit einer hier nicht interessierenden Maßgabe zurück. Das Reichsgericht hob auf Revision der Beklagten das Berufungsurteil auf und verwies die Sache an das Berufungsgericht zurück.

Aus den Gründen:

... „Der Berufungsrichter lehnt es ab, auf die Behauptung der Beklagten einzugehen, daß die einstweilige Verfügung schon deshalb aufgehoben werden müsse, weil die Klägerin der Anordnung des Arrestgerichts, die Hauptklage binnen bestimmter Frist zu erheben, nicht nachgekommen sei. Er meint, hierüber sei im gegenwärtigen Verfahren nicht zu befinden; den Beklagten müsse es vielmehr überlassen bleiben, den Antrag auf Aufhebung der einstweiligen Verfügung, wenn er auf § 926 A. B. G. gestützt werden solle, bei dem Arrestgericht anzubringen. Der Berufungsrichter nimmt hierbei Bezug auf das in den Blättern für Rechtspf. im Bezirke des Kammergerichts Jahrg. 1895 S. 78 mitgeteilte Urteil des Kammergerichts vom 30. März 1895, dessen Begründung er sich zu eigen macht. Der erkennende Senat des Reichsgerichts vermag diese Rechtsauffassung nicht zu teilen.

In tatsächlicher Beziehung sei vortweggeschickt, daß die Beklagten unter dem 20. Dezember 1904 beantragt haben, der Antragstellerin aufzugeben, binnen einer zu bestimmenden Frist Klage in der Hauptsache zu erheben. Das Arrestgericht (Landgericht II in Berlin) hat hierauf unter dem 21. Dezember 1904 angeordnet, daß die Antragstellerin „binnen einer Frist von 3 Wochen von heute ab gerechnet“ Klage

zu erheben habe. Diese Verfügung ist am 27. Dezember 1904 den Vertretern beider Parteien zugestellt. Am 7. Januar 1905, also während die Frist noch lief, wurde das Urteil erster Instanz, das die einstweilige Verfügung aufrecht erhielt, verkündet. An demselben Tage hat auch die Klägerin Klage gegen die Beklagten erhoben; die Beklagten behaupten aber, diese Klage gehe auf Zahlung der noch restierenden Bauforderung, während die Klage, deren Erhebung der Klägerin aufgegeben worden sei, auf Einräumung der Sicherungshypothek hätte erhoben werden müssen. Die Klägerin hat in dieser Beziehung eine bindige Erklärung nicht abgegeben. Sie erwidert, dem Berufungsgericht stehe „eine Nachprüfung in dieser Richtung“ nicht zu, womit wohl derselbe rechtliche Standpunkt, auf dem der Berufungsrichter steht, vertreten werden soll. Eine Feststellung, welchen Inhalt die von der Klägerin erhobene Klage hat, und wohin der Klageantrag geht, ist nicht getroffen. Für die Revisionsinstanz war daher die Richtigkeit der Behauptung der Beklagten zu unterstellen. Ist aber diese Behauptung richtig, geht also die erhobene Klage in der Tat nur auf Zahlung der restierenden Bauforderung, und nicht auf Einräumung derjenigen Sicherungshypothek, zu deren Erhaltung die Vormerkung eingetragen ist, so hat mit ihrer Erhebung die Klägerin der Anordnung des Arrestgerichts allerdings nicht genügt.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Zivilf. Bd. 30 S. 351, Bd. 55 S. 142;

Jahrb. der Entsch. des Kammergerichts Bd. 21 S. A 100.

Denn eine Umschreibung der Vormerkung in die durch ihre Eintragung gesicherte Sicherungshypothek hätte auf Grund des zu erwartenden Urteils nicht erfolgen können, schon deshalb nicht, weil die Identität der zugesprochenen Baugelderforderung mit derjenigen, die der Vormerkung zugrunde liegt, nicht ohne weiteres feststehen würde. Die Hauptklage, welche die Klägerin nach der Anordnung des Arrestgerichts erheben sollte, war also, wie die Beklagten richtig geltend machen, die Klage auf Einräumung der Sicherungshypothek aus § 648 B.G.B., und deshalb würde, wenn diese Klage nicht rechtzeitig erhoben worden ist, der Antrag der Beklagten auf Aufhebung der einstweiligen Verfügung nach § 926 Abs. 2 B.P.O. begründet sein, wofür sich die zu ihm eingennommene rechtliche Stellung des Berufungsgerichts als unhaltbar erweist.

Was nun diesen letzteren Punkt anlangt, so ist zuzugeben, daß sich der auf § 926 B.P.O. gestützte Rechtsbehelf des Arrestbeklagten insofern von den anderen Gründen, aus denen nach §§ 925, 927 B.P.O. die Aufhebung des Arrestes verlangt werden kann, unterscheidet, als er lediglich prozessualer Natur und erst in dem Arrestverfahren entstanden ist, während sich jene anderen Gründe auf Umstände stützen, die außerhalb des Verfahrens liegen. Aber dieser Unterschied rechtfertigt nicht die vom Berufungsrichter daraus gezogene Folge, daß über den Rechtsbehelf des § 926, wenn bereits ein Verfahren über die Aufhebung des Arrestes — sei es aus § 925, oder aus § 927 — schwebt, und dieses in die Berufungsinstanz gediehen ist, ein besonderes Prozeßverfahren stattfinden müsse. Ein innerer Grund hierfür, der etwa aus der Parteistellung oder aus der Verschiedenartigkeit des Verfahrens hergeleitet werden könnte, ist nicht zu ersehen. Das Kammergericht legt zwar in dem oben erwähnten Urteile vom 30. März 1895 Gewicht darauf, daß dem Arrestkläger eine Instanz verloren gehen würde, wenn die Aufhebung des Arrestes aus § 926 Abs. 2 B.P.O. erstmalig in der Berufungsinstanz verlangt werden dürfte. Aber dies ist kein durchschlagender Grund; die Instanz geht überall da verloren, wo der Beklagte einen Einwand oder sonst einen Rechtsbehelf, den er schon in der ersten Instanz geltend machen konnte, erst in der Berufungsinstanz vorbringt und mit ihm ein obsiegliches Urteil erzielt. Übrigens trifft der Grund im vorliegenden Falle nicht einmal zu, weil die den Beklagten zur Klagerhebung gestellte Frist bei Verkündung des Urteils erster Instanz noch nicht abgelaufen war. Entscheidend aber spricht gegen den Berufungsrichter, daß die von ihm vertretene Meinung auf einen zwecklosen Formalismus hinausläuft; denn zwecklos wäre es, wenn der Berufungsrichter genötigt wäre, die Aufrechterhaltung eines Arrestes auszusprechen, von dem er sieht, daß ihn der Arrestbeklagte ohne weiteres durch einen Antrag aus § 926 Abs. 2 zu Falle bringen kann. Ob hieraus zu folgern ist, daß der Arrestbeklagte, wofern er in der Lage ist, den Antrag auf Aufhebung des Arrestes aus § 926 Abs. 2 zu stellen, ihn in dem anhängigen Verfahren in der Berufungsinstanz stellen muß, so daß er seiner Antragsbefugnis aus § 926 Abs. 2 verlustig ginge, wenn er dies verabsäumt, braucht hier nicht entschieden zu werden; denn dieser Fall

liegt nicht vor; hier handelt es sich darum, ob der Berufungsrichter berechtigt und verpflichtet ist, über den Antrag aus § 926 Abs. 2, wofern er vor ihm gestellt ist, selbst zu entscheiden, und dies ist, im Gegensatz zum Berufungsgericht, unbedenklich anzunehmen. Die Gründe, aus denen das Reichsgericht bereits ausgesprochen hat, daß über die Aufhebung des Arrestes, wenn diese mit erhobenem Widerspruch aus § 925 B.P.O. und mit dem Aufhebungsantrage aus § 927 B.P.O. verlangt wird, in demselben Verfahren zu entscheiden ist, vgl. Urteil des IV. Zivilsenats vom 9. Februar 1905, Gruchot's Beiträge Bd. 49 S. 1071; auch Urteil des I. Zivilsenats vom 16. März 1904, Entsch. in Zivilf. Bd. 57 S. 223, treffen auch hier zu. Daß das Gesetz, wie der Berufungsrichter anzunehmen scheint, nur das Arrestgericht ermächtigt hätte, die Aufhebung des Arrestes auszusprechen, wenn der von ihm getroffenen Anordnung nicht Folge geleistet wird, läßt sich aus § 926 Abs. 2 nicht entnehmen.

Hiernach hat der Berufungsrichter mit Unrecht eine Entscheidung darüber, ob die einstweilige Verfügung wegen Nichtinnehaltung der vom Arrestgericht aus § 926 Abs. 1 erlassenen Anordnung aufzuheben ist, abgelehnt." . . .