

rens, daß Anhörung fakultativ ist, muß bei Kollision also der Vorschrift des § 922 Abs. 3 ZPO weichen. Mit diesem Ergebnis zeigt sich auch der Artikel von C o h n in NJ 1957 S. 407 einverstanden.

Dem Grundsatz des Beschwerdeverfahrens, das auf mündliche Verhandlung Entscheidung in Beschlufsform ergeht, steht für das Arrest- und einstweilige Verfügungsverfahren die Vorschrift des § 922 Abs. 1 ZPO entgegen, welche auf die mündliche Verhandlung des § 921 ZPO und der §§ 937 Abs. 2, 936 ZPO Entscheidung in Urteilsform vorschreibt. Was für den § 922 Abs. 3 ZPO gilt, trifft auch für § 922 Abs. 1 ZPO zu; ihm muß die entgegenstehende Grundsatzregelung des Beschwerdeverfahrens weichen. Die Erwägung, daß hier der Devolutiveffekt das Beschwerdegericht nur über die Richtigkeit einer einzelnen, selbständig angefochtenen Zwischenentscheidung befinden läßt, führt wohl nicht so zwangsläufig, wie es im OG-Urteil vom 17. Juli 1955, NJ-Rechtsprechungsbeilage 1956 S. 5 ausgeführt ist, zur Entscheidung in Beschlufsform. Der Devolutiveffekt mit so beschränkter Folge ist kein Reservat oder Kriterium des Beschwerdeverfahrens, wie § 303 ZPO zeigt. Die mündliche Verhandlung vor der Beschwerdeinstanz ist nur der Verfahrensform nach auf Grund des § 573 ZPO anberaumt, ihrem Wesen und Inhalt nach ist sie die erste mündliche Verhandlung der Arrest- bzw. einstweiligen Verfügungssache i. S. der §§ 921 Abs. 1, 937 Abs. 2 ZPO, wobei der ganze vorhandene Prozeßstoff hier durch den Devolutiveffekt der Beschwerde vor die höhere Instanz gebracht ist. Gerade indem man dem angeführten Urteil des Obersten Gerichts folgt, wonach gegen den auf Beschwerde ergehenden Arrest- bzw. einstweiligen Verfügungsbeschluß der Widerspruch stattfindet und vor dem unteren Gericht verhandelt und entschieden wird, gelangt man zu der verfahrensrechtlichen Notwendigkeit, daß das Beschwerdegericht dann, wenn vor ihm mündlich verhandelt war, nicht durch Beschluß, sondern durch Urteil entscheidet. Nach dem Grundsatz der Beschwerderegulation in den §§ 567 ff. ZPO wäre das untere Gericht für das weitere Verfahren an die Beschwerdeentscheidung des höheren Gerichts gebunden. Der Widerspruch aber richtet sich gerade gegen den Inhalt dieser Beschwerdeentscheidung und stellt ihn vor das untere Gericht zur Neuentscheidung, und zwar der Regel nach auf Grund des gleichen bzw. mit gleichen Mitteln glaubhaft gemachten Sachverhalts. Nur neues Vorbringen der Parteien oder neue Mittel der Glaubhaftmachung könnten dem unteren Gericht, sofern es an die Beschwerdeentscheidung im Grundsatz gebunden wäre, eine abweichende Entscheidung ermöglichen. Für den Normalfall würde die Bindung bewirken, daß der Widerspruch von vornherein sinn- und zwecklos wäre. Solche Verfahrensregelung für den Widerspruch ist dem Gesetz notwendig fremd. Also ist es klar, daß die untere Instanz an die Feststellung des höheren Gerichts, ob und inwieweit glaubhaft gemacht ist, und an seine Rechtsauffassung nicht gebunden sein kann. Das untere Gericht hat nicht nur das Recht, sondern auch die Pflicht, im Widerspruchsverfahren den Sachverhalt, auch wenn sich am Vorbringen der Parteien und den Mitteln der Glaubhaftmachung nicht das geringste gegenüber der Beschwerdeinstanz geändert hat, eigenverantwortlich und nach eigener, evtl. der des höheren Gerichts durchaus gegensätzlicher Beurteilung zu entscheiden. Diese Verfahrensrechtslage widerspricht auch keinem unser Prozeßrecht beherrschenden Prinzip, wenn sie sich aus einem Verfahrensablauf ergibt, bei dem die innerhalb des ganzen Verfahrens überhaupt erste mündliche Verhandlung der Sache nicht vor dem höheren Gericht, sondern dann im Widerspruchsverfahren vor dem unteren Gericht stattgefunden hat. Eine ganz andere Verfahrensrechtslage ergibt sich, wenn der Prozeßstoff im Verfahrensablauf bereits in der höheren Instanz mündlich verhandelt ist. Das Ergebnis mündlicher Verhandlung vor dem höheren Gericht, niedergelegt in dessen Entscheidung, dem unteren Gericht zur Überprüfung auf gleicher Basis (Glaubhaftmachung) und Neuentscheidung vorlegen heißt ein Prinzip des Verhältnisses von höherer Instanz zu unterer Instanz verletzen. Der Zirkel verfahrensrechtlicher Gegenläufigkeit schliesse sich, wenn dann gegen das Urteil der unteren Instanz Berufung stattfände und nunmehr im gewöhnlichen

Instanzenzug derselbe, von der höheren Instanz \* Eds Beschwerdegericht mündlich verhandelte und entschiedene Prozeßstoff wieder vor derselben höheren Instanz als Berufungsgericht mündlich verhandelt und entschieden werden müßte, und zwar immer, wie beim unteren Gericht, mit der Maßgabe, daß Glaubhaftmachung genügt.

Durch Anwendung des § 922 Abs. 1 ZPO auch in der Beschwerdeinstanz wird ein solcher prinzipienwidriger Verfahrenszug im Arrest- und einstweiligen Verfügungsverfahren ausgeschlossen. Die Anwendung bedeutet hier auch ebensowenig die unzulässige Einführung eines schöffenslosen Verfahrens, wie das durch eine Sachentscheidung des höheren Gerichts bei § 538 ZPO der Fall ist.

Gegen die in Anwendung der §§ 922 Abs. 1, 936 ZPO nach mündlicher Verhandlung durch die Beschwerdeinstanz in Urteilsform erlassene einstweilige Verfügung ist weder Widerspruch gegeben noch ein Rechtsmittel zulässig. Wohl aber kann sich der Antragsgegner der Rechtsbehelfe aus §§ 926, 927 ZPO bedienen.

#### Anmerkung:

*Die Entscheidung des Stadtgerichtes, der im Ergebnis und in der Begründung zuzustimmen ist, macht es notwendig, zu den bereits in dem Urteil des Obersten Gerichtes vom 14. Juli 1955, NJ-Rechtsprechungsbeilage 1956 S. 5, in den Beiträgen von G u d a t und C o h n in NJ 1957 S. 406 sowie im vorliegenden Urteil aufgeworfenen Problemen Stellung zu nehmen.*

#### I

*Der grundsätzlichen Feststellung des OG, daß „im Beschwerdeverfahren nicht durch Urteil, sondern nur durch Beschluß entschieden werden“ darf, kann in dieser Allgemeinheit nicht zugestimmt werden. Das OG führt in seiner Begründung aus, es liege „im Wesen des Beschwerdeverfahrens, daß — soweit nicht ausnahmsweise eine Endentscheidung mit der Beschwerde angefochten werden kann, wie im Fall des § 99 Abs. 3 ZPO — im Gegensatz zum Berufungsverfahren nicht der gesamte Prozeß auf die höhere Instanz übergeht, sondern daß das Beschwerdegericht nur über die Richtigkeit einer einzelnen, selbständig angefochtenen Zwischenentscheidung zu befinden hat. Ist dies geschehen, so geht das Verfahren wieder an die untere Instanz zurück“.*

*Es ist infolge der Verschiedenartigkeit und Mannigfaltigkeit der Fälle zweifellos schwierig, gemeinsame Merkmale für die gerichtlichen Entscheidungen zu finden, die nach der ZPO mit der Beschwerde anfechtbar sind. Jedoch ist allen mit der Beschwerde anfechtbaren Entscheidungen eins gemeinsam: sie weisen eine gewisse Selbständigkeit auf, die besonders deutlich wird, wenn durch die gerichtliche Entscheidung selbständige Verfahren abgeschlossen werden. Zur Verdeutlichung der folgenden Ausführungen ist es ratsam, die mit der Beschwerde anfechtbaren Entscheidungen, die in der Form eines Beschlusses, Zwischenurteils und ausnahmsweise auch eines Endurteils (§§ 99 Abs. 3 ZPO; 4, 6, 14 MSchG) ergehen können, in zwei Gruppen einzuteilen: nämlich in die Entscheidungen, die innerhalb eines anhängigen Verfahrens erlassen werden, und in solche, die selbständige Verfahren beenden. Das OG setzt sich nur mit der ersten Gruppe auseinander, so daß auch seine Begründung nur für diese zutrifft. Es hätte daher auch wohl nur die Schlußfolgerung ziehen können, im Beschwerdeverfahren gegen Entscheidungen der ersten Gruppe dürfe nicht durch Urteil, sondern nur durch Beschluß entschieden werden, wobei zu beachten ist, daß die über einen prozessualen Zwischenstreit entscheidenden Zwischenurteile (§ 303 ZPO) teils hinsichtlich der Rechtsmittel als Endurteile anzusehen (§§ 275, 302, 304 ZPO), teils jedoch mit der Beschwerde anfechtbar sind (z. B. in §§ 71, 135, 387, 407 ZPO). Obwohl also hier eine Anfechtung im Beschwerdeverfahren erfolgen kann, muß die Entscheidung der zweiten Instanz darüber nach mündlicher Verhandlung in der Form eines Urteils ergehen.*

*Die zweite Gruppe, also die ein selbständiges Verfahren abschließenden und mit der Beschwerde an-*