

## K. Einstweiliger Rechtsschutz

**Literatur:** *Huber*, Grundwissen – Zivilprozessrecht: Einstweiliger Rechtsschutz durch Arrest und einstweilige Verfügung (Anordnungsverfahren), JuS 2018, 226; *ders.*, Grundwissen – Zivilprozessrecht: Einstweiliger Rechtsschutz durch Arrest und einstweilige Verfügung (Rechtsbehelfsverfahren), JuS 2018, 421.

- 1 Der einstweilige Rechtsschutz ist extrem praxisrelevant. In den letzten Jahren war in Deutschland, aber auch in ganz Europa zu beobachten, dass schnelle richterliche Entscheidungen aufgrund summarischer Prüfung und einstweilige Maßnahmen zur Sicherung von Gläubigerrechten stark an Bedeutung gewonnen haben. In bestimmten Rechtsbereichen wie dem Wettbewerbsrecht haben sie das Hauptsacheverfahren weitgehend verdrängt.

Die nationalen Rechte der europäischen Staaten sind im Bereich des einstweiligen Rechtsschutzes sehr unterschiedlich gestaltet. Vor allem bei der Vorwegnahme der Hauptsache sind einige Länder wenig zurückhaltend, wie die Niederlande und Frankreich. Andere, wie Deutschland, setzen das Instrument der Leistungsverfügung nach wie vor zurückhaltend ein. Die EuGVO enthält keine Regelung der internationalen Zuständigkeit und der Rechtsbehelfe des einstweiligen Rechtsschutzes. Geregelt ist nur die Anerkennung von Entscheidungen, die im nationalen Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes ergehen (Art. 36 i.V.m. 2 lit. a EuGVO).<sup>1</sup>

### § 38 Regelung des einstweiligen Rechtsschutzes

- 2 Ein Gläubiger kann die Vollstreckung erst beginnen, wenn er nach Durchführung des mitunter lange währenden Erkenntnisverfahrens (bis zu drei Instanzen!) einen Vollstreckungstitel erlangt hat. Bis dahin ist die Durchsetzung seines Rechts gefährdet, weil er keineswegs sicher sein kann, dass nach dieser Zeit noch Vollstreckungsobjekte vorhanden sind (das herauszugebende Auto wird verkauft, Geld wird ausgegeben). Um dem Gläubiger bei Gefährdung seiner Rechte die künftige Vollstreckung zu sichern, enthält das Zwangsvollstreckungsrecht die Regelung des einstweiligen Rechtsschutzes (§§ 916 ff.). Tatsächlich handelt es sich beim einstweiligen Rechtsschutz um ein abweichend vom Hauptsacheverfahren geregeltes **Erkenntnisverfahren**, dem wiederum ein Zwangsvollstreckungsverfahren nachfolgt. In Familiensachen finden sich die speziellen Regelungen in den §§ 49 ff. FamFG (s.o. § 35 Rn. 6). Statthaft ist dort die einstweilige Anordnung (§ 49 FamFG). Gem. § 119 Abs. 2 FamFG ist in Familienstreitsachen aber weiter der Arrest (§§ 916 ff.) statthaft.

In Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes werden die Parteien nicht Kläger und Beklagter, sondern **Antragsteller** und **Antragsgegner** genannt.

#### I. Arten

- 3 Das Gesetz unterscheidet zwischen Arrest (§ 916 bis § 934) und einstweiliger Verfügung (§ 935 bis § 945).

1 *Adolphsen*, Europäisches Zivilverfahrensrecht, Kap. 7 Rn. 25.

Der **Arrest** dient zur Sicherung der Zwangsvollstreckung in das bewegliche oder unbewegliche Vermögen wegen einer Geldforderung oder wegen eines Anspruchs, der in eine Geldforderung übergehen kann, z.B. Ansprüche auf Schadensersatz, Rückgewähr oder Herausgabe einer Bereicherung. 4

Die **einstweilige Verfügung** regelt die Verwirklichung anderer Ansprüche, z.B. des Anspruchs auf Herausgabe einer Sache, auf Abgabe einer Willenserklärung, auf Unterlassung oder Widerruf. 5

Der Arrest kann also einen Vermögenswert einer Leistung sichern, die einstweilige Verfügung die Leistung selbst. 6

Soweit das Gesetz nicht eine besondere Regelung trifft, gelten im Verfügungsverfahren die Regeln des Arrestverfahrens (§ 936). 7

**II. Voraussetzungen**

Alle Arten des einstweiligen Rechtsschutzes verlangen die Glaubhaftmachung eines Arrest- bzw. Verfügungsanspruchs und eines Arrest- bzw. Verfügungsgrundes. 8

**Arrest- bzw. Verfügungsanspruch** ist der materielle Anspruch, der geltend gemacht wird. 9

**Arrest- bzw. Verfügungsgrund** ist der jeweilige Grund, wegen dem eine Entscheidung im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes erforderlich ist (s. § 935 und § 940). 10

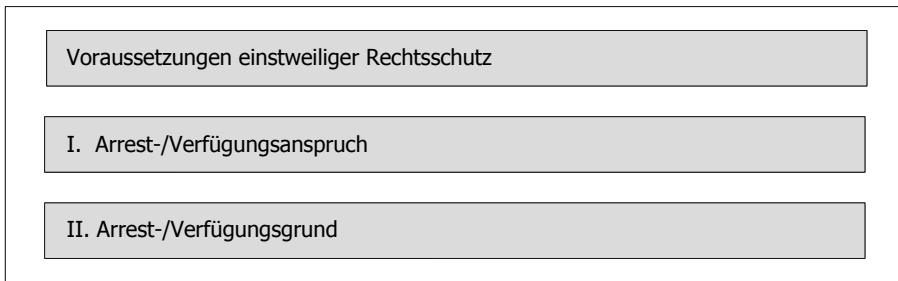


Abb. 55 Prüfung einstweiliger Rechtsschutz

Beides muss nicht zur vollen Überzeugung des Gerichts bewiesen werden, vielmehr reicht die **Glaubhaftmachung** (§§ 936, 920 Abs. 2 i.V.m. § 294). Glaubhaftmachung ist eine Art der Beweisführung, die dem Richter abweichend vom Gebot des Vollbeweises einen geringeren Grad von Wahrscheinlichkeit vermittelt (§ 23 Rn. 55). Von besonderer Bedeutung ist in der Praxis die eidesstattliche Versicherung (§ 294 Abs. 1), die außer den üblichen Beweismitteln zulässig ist. 11

**III. Verfahren**

**Zuständig** ist grundsätzlich das Gericht, das in der Hauptsache zuständig wäre (§§ 919, 937, 943). Die Entscheidung kann in dringenden Fällen sowie dann, wenn der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückzuweisen ist, ohne **mündliche Verhandlung** ergehen (§ 937 Abs. 2). Dies ist jedoch der **Ausnahmefall**. Das BVerfG hat die Anforderungen an die Wahrung rechtlichen Gehörs im Verfahren 12

des einstweiligen Rechtsschutzes in den letzten Jahren verschärft.<sup>1</sup> Danach darf von der Erforderlichkeit einer Überraschung des Gegners bei der Geltendmachung von Ansprüchen nicht als Regel ausgegangen werden kann. Die generelle Dringlichkeit der Maßnahme genügt für den Verzicht auf eine mündliche Verhandlung nicht, weil sie schon für das Vorliegen eines Verfügungsgrundes erforderlich ist. Eine derartige Dringlichkeit ist daher wegen der grundsätzlich erforderlichen Gewährung rechtlichen Gehörs nur gegeben, wenn die Durchführung einer mündlichen Verhandlung den Zweck der einstweiligen Verfügung gefährden würde. In diesen Fällen reicht es aus, nachträglich Gehör zu gewähren. Voraussetzung der Verweisung auf eine nachträgliche Anhörung ist aber, dass ansonsten der Zweck des einstweiligen Verfügungsverfahrens in Form wirksamen vorläufigen Rechtsschutzes in Eilfällen, verhindert würde.<sup>2</sup> Der Verzicht auf eine mündliche Verhandlung berechtigt aber nicht ohne weiteres dazu, die Gegenseite bis zur Entscheidung über den Verfügungsantrag ganz aus dem Verfahren herauszuhalten. Das BVerfG trennt in seinen Entscheidungen den Verzicht auf eine mündliche Verhandlung und den Verzicht auf die Einbeziehung des Antragsgegners in das Verfahren. Nach dem Grundsatz der **prozessualen Waffengleichheit**<sup>3</sup> kommt eine stattgebende Entscheidung über den Verfügungsantrag vielmehr grundsätzlich nur in Betracht, wenn die Gegenseite zuvor die Möglichkeit hatte, auf das mit dem Antrag geltend gemachte Vorbringen zu erwidern. Das BVerfG hat dies deutlich formuliert: „*Ein einseitiges Geheimverfahren über einen mehrwöchigen Zeitraum, in dem sich Gericht und Antragsteller über Rechtsfragen austauschen, ohne den Antragsgegner in irgendeiner Form einzubeziehen, ist mit den Verfahrensgrundsätzen des Grundgesetzes [...] unvereinbar.*“<sup>4</sup> Insbesondere bei einer Pressekammer des LG Berlin sind derartige Verstöße gegen den Grundsatz prozessualer Waffengleichheit offenbar systematisch. Dabei missachtet das LG Berlin auch die Bindungswirkung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, obwohl das BVerfG daran ausdrücklich erinnert hat.<sup>5</sup>

Ist eine Hauptsache rechtshängig, ist dieses Gericht auch für Maßnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes zuständig (§§ 919, 937). Das AG, in dessen Bezirk sich der Streitgegenstand befindet, ist wahlweise zuständig (§ 919), im Fall der einstweiligen Verfügung besteht nur eine Notzuständigkeit in dringenden Fällen (§ 942).

- 13 In der Praxis große Bedeutung hat die **Schutzschrift**.<sup>6</sup> Die Schutzschrift ist ein vorbeugendes Verteidigungsmittel gegen einen potenziellen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung. Sie dient dazu, die Glaubhaftmachung von Verfügungsanspruch und Verfügungsgrund zu erschweren und eine mündliche Verhandlung herbeizuführen. Hierzu wird die Schutzschrift bei all den Gerichten hinterlegt, bei denen eine einstweilige Verfügung beantragt werden könnte. Um diese vielfache Hinterlegung zu

1 BVerfG, Beschluss vom 03.06.2020, Az.: 1 BvR 1246/20 = NJW 2020, 2021; Beschluss vom 30.09.2018, Az.: BvR 2421/17 = NJW 2018, 3634; BVerfG, Beschluss vom 30.09.2018, Az.: 1 BvR 1783/17 = NJW 2018, 3631.

2 BVerfG, Beschluss vom 30.09.2018, Az.: 1 BvR 2421/17 = NJW 2018, 3634 Rn. 28; Brox/Walker, Zwangsvollstreckungsrecht, Rn. 1634.

3 Zur Herleitung BVerfG, Beschluss vom 03.06.2020, Az.: 1 BvR 1246/20 = NJW 2020, 2021, 2023 (Rn. 16); Beschluss vom 30.09.2018, Az.: 1 BvR 2421/17 = NJW 2018, 3634 (Rn. 27); Mantz, Das Recht auf Waffengleichheit und die Praxis im Verfahren der einstweiligen Verfügung, NJW 2019, 953, 954.

4 Beschluss vom 30.09.2018, Az.: 1 BvR 2421/17 = NJW 2018, 3634 Rn. 36.

5 BVerfG, Beschluss vom 11.01.2022, Az.: 1 BvR 123/21 -, Rn. 42; BVerfG, Beschluss vom 26.04. 2023, Az.: 1 BvR 718/23, Rn. 27. Zu diesem Verhalten <https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/lg-berlin-geruegt-von-bverfg-verstoss-prozessuale-waffengleichheit-bild-boris-becker/> und <https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/bverfg-1bvr60523-presserecht-lg-berlin-prozessuale-waffengleichheit-verstoss/> (abgerufen am: 30.05.2023).

6 Apel/Drescher, Die Schutzschrift (§ 945 a ZPO) – Eine Einführung, Jura 2017, 427; Huber, Zivilprozessrecht: Schutzschrift und Schutzschriftenregister, JuS 2018, 1266.

vermeiden, hat das Gesetz zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten<sup>7</sup> (s.o. § 8 Rn. 16) den seit 1.1.2016 geltenden § 945 a Abs. 1 S. 1 eingeführt, der eine partielle Regelung der Schutzschrift enthält und vorsieht, dass die Länder ein zentrales, länderübergreifendes elektronisches Schutzschriftenregister führen.<sup>8</sup> Eine Schutzschrift gilt dann als bei allen ordentlichen Gerichten der Länder eingereicht, sobald sie in das zentrale Schutzschriftenregister eingestellt ist (§ 945 a Abs. 2). Eine Definition der Schutzschrift findet sich in § 945 a Abs. 1 S. 2.

Verfahren im einstweiligen Rechtsschutz und Hauptsacheverfahren können nebeneinander betrieben werden, da der Rechtshängigkeitseinwand (§ 261 Abs. 3 Nr. 1) nicht eingreift, weil unterschiedliche Streitgegenstände vorliegen. **Streitgegenstand** des Verfügungsverfahrens ist nicht der Anspruch selbst, sondern die Zulässigkeit seiner zwangsweisen Durchsetzung.<sup>9</sup> Zwischen mehreren Anträgen auf Erlass eines Arrestes bzw. einer einstweiligen Verfügung greift jedoch der Rechtshängigkeitseinwand ein, so dass der nachfolgende Antrag unzulässig ist.

**Merke:** Einstweiliger Rechtsschutz ist neben dem Hauptsacheverfahren zulässig.

Ein dem Verfügungsverfahren nachfolgendes **Hauptsacheverfahren** ist nicht zwingend durchzuführen. Stellt der Schuldner aber einen Antrag und ist zu diesem Zeitpunkt noch keine Hauptsache anhängig, hat das Gericht nach § 926 Abs. 1 binnen einer zu bestimmenden Frist die Klageerhebung anzuordnen.

Das Gericht der Hauptsache ist nicht durch die materielle Rechtskraft an die Entscheidung des Gerichts im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes gebunden, weil die Verfahren unterschiedliche Streitgegenstände haben.

Erweist sich die Anordnung einer Maßnahme des einstweiligen Rechtsschutzes (Arrest oder Verfügung) als von Anfang an ungerechtfertigt oder wird die angeordnete Maßregel aufgehoben (aufgrund des § 926 Abs. 2 oder des § 942 Abs. 3), so ist die Partei, die die Anordnung erwirkt hat, **zum Ersatz des Schadens** verpflichtet, der dem Gegner aus der Vollziehung der angeordneten Maßregel entsteht (§ 945). Bei § 945 handelt es sich um einen verschuldensunabhängigen Schadensersatzanspruch. Durch diese Schadensersatzpflicht soll Missbräuchen des Instituts des einstweiligen Rechtsschutzes vorgebeugt werden (Risikohaftung).

#### IV. Regelung des Arrestes

Das Arrestverfahren ist relativ detailliert in den §§ 916 ff. geregelt, auf die für das Verfügungsverfahren (§§ 935 ff.) verwiesen wird (§ 936), obwohl es in der Praxis von geringerer Bedeutung ist, als das Verfügungsverfahren.

Damit ein Arrest erlassen wird, müssen ein Arrestanspruch und ein Arrestgrund glaubhaft gemacht werden (§ 920 Abs. 2).

Das Gesetz unterscheidet den **dinglichen** und den **persönlichen Arrest**. Der dingliche Arrest wird erlassen, wenn die Besorgnis besteht, dass ohne seine Verhängung die Vollstreckung eines Urteils vereitelt oder wesentlich erschwert würde (§ 917 Abs. 1). Ein

<sup>7</sup> Gesetz vom 10.10.2013, BGBl. I 2013, Nr. 62, 16.10.2013, S. 3786.

<sup>8</sup> Dazu *Wehlau/Kalbfus*, Die Schutzschrift im elektronischen Rechtsverkehr, ZRP 2012, 101; *Walker*, Die Schutzschrift und das elektronische Schutzschriftenregister nach §§ 945 a, 945 b ZPO, FS Schilken, 2015, S. 815; Das Schutzschriftenregister wird durch die Landesjustizverwaltung Hessen geführt, <https://schutzschriftenregister.hessen.de/einreichung> (abgerufen am 24.6.2021).

<sup>9</sup> Thomas/*Putzo/Seiler*, ZPO, Vorbem. § 916 Rn. 2.

persönlicher Arrest (§ 918) kann erlassen werden, wenn ohne ihn die Vollstreckung generell gefährdet wird.

- 21 Entscheidet das Gericht nach mündlicher Verhandlung, so wird der Arrestbefehl durch Urteil erlassen (§ 922 Abs. 1). Rechtsmittel ist die Berufung, da es sich um ein Endurteil handelt. Entscheidet das Gericht ohne mündliche Verhandlung durch Beschluss, kann der Schuldner **Widerspruch** einlegen (§ 924 Abs. 1).
- 22 Wird der Antrag des Gläubigers auf Anordnung des Arrestes zurückgewiesen, so steht ihm die sofortige Beschwerde zu (§ 567).
- 23 Da der Arrest nur die Vollstreckung sichern soll, kann der Schuldner dem Gläubiger eine Klagefrist für die Hauptsache durch das Gericht setzen lassen (§ 926 Abs. 1).
- 24 Der Arrestbefehl ist ein Vollstreckungstitel (§ 928). Wegen der Sicherungsfunktion des Arrestes darf auf der Grundlage des Arrestbefehls nur gepfändet werden, ein gepfändeter Gegenstand darf aber nicht verwertet werden (§ 930). Der persönliche Sicherheitsarrest wird durch Verhaftung des Schuldners vollzogen (§ 933).

### V. Regelung der einstweiligen Verfügung

- 25 Den **Inhalt der einstweiligen Verfügung** bestimmt das Gericht nach freiem Ermessen (§ 938). In dringenden Fällen kann der Vorsitzende, sofern die Erledigung der Gesuche eine mündliche Verhandlung nicht erfordert, anstatt des Gerichts entscheiden (§ 944).
- 26 Die einstweilige Verfügung ist im Gesetz wiederum zweigeteilt, wobei die Abgrenzung häufig unsicher und in der Praxis ohne Bedeutung ist.
  - **Klausurhinweis:** Da in jedem Fall § 938 gilt, ist die Abgrenzung auch in der Klausur nicht erforderlich. Es reicht aus, die einstweilige Verfügung pauschal auf §§ 935, 940 zu stützen. ◀

#### 1. Sicherungsverfügung

- 27 Die **Sicherungsverfügung** ist in § 935 normiert. Sie betrifft Ansprüche (Verfügungsanspruch), die auf eine **Individualleistung** gerichtet sind, etwa die Herausgabe einer Sache.
- 28 Die Sicherungsverfügung darf wie der Arrest ausschließlich zu einer Sicherung des Gläubigers führen. Daher darf nicht die Herausgabe der Sache an den Gläubiger angeordnet werden, sondern nur die an einen **Sequester** als einer zur Verwahrung und Verwaltung vom Gericht eingesetzten Person. Das Gericht kann auch ein Veräußerungsverbot mit den Wirkungen der §§ 135, 136 BGB erlassen.
- 29 **Verfügungsgrund** ist die Besorgnis, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustands die Verwirklichung des Rechtes einer Partei vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte. Besteht eine solche Gefahr, kommt es nicht auf eine Abwägung der Interessen des Antragstellers mit denen des Antragsgegners an.

#### 2. Regelungsverfügung

- 30 Die **Regelungsverfügung** ist in § 940 enthalten. Ziel ist die einstweilige Regelung eines Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis. Dieses Rechtsverhältnis muss zwischen den Parteien bestehen.

Beispielsfälle sind Streitigkeiten aus Dauerschuldverhältnissen, z.B. unter Mietern zur Nutzung gemeinsamer Einrichtungen oder Streitigkeiten unter Gesellschaftern, z.B. um die Geschäftsführungsbefugnis. 31

**Verfügungsgrund** der Regelungsverfügung ist, dass die Regelung, insbesondere bei dauernden Rechtsverhältnissen, zur Abwendung wesentlicher Nachteile oder zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus anderen Gründen nötig erscheint. Hierbei kommt es im Unterscheid zur Sicherungsverfügung zu einer Abwägung der Interessen des Antragsgegners mit denen des Antragstellers. Zögert der Antragsteller die Stellung des Antrags übermäßig lange hinaus, spricht das dafür, dass er auf die Verfügung nicht angewiesen ist, so dass ein Verfügungsgrund nicht besteht. Allerdings muss ausreichend Zeit zur rechtlichen oder technischen Prüfung zugebilligt werden. 32

### 3. Leistungsverfügung

Die Leistungsverfügung gewährt dem Antragsteller bereits eine Befriedigung, ist also an sich keine vorläufige Maßnahme. Trotzdem lässt die Rechtsprechung die Leistungsverfügung zu, wenn der Antragsteller auf die sofortige Befriedigung derart angewiesen ist, dass das Abwarten eines Hauptsacheverfahrens ausgeschlossen ist und zu irreparablen Schäden führen würde. Eine gesetzliche Regelung fehlt. Z.T. wird die Leistungsverfügung als Fall der Regelungsverfügung angesehen, z.T. als richterliche Rechtsfortbildung.<sup>10</sup> 33

Ausgangspunkt der Rechtsprechung waren Unterhaltsforderungen (§ 1620 o BGB, § 620 a.F.), auf die der Antragsteller angewiesen war, so dass eine Zahlung an ihn erforderlich war. Später hat die Rechtsprechung den Anwendungsbereich der Leistungsverfügung ausgedehnt.<sup>11</sup> 34

Als **Verfügungsanspruch** kommt jeder Anspruch in Betracht, auch der auf eine Geldleistung gerichtete, da der Arrest aufgrund seines nur vorläufigen Charakters ausscheidet. 35

**Verfügungsgrund** können die Existenzgefährdung bzw. die Notlage des Antragstellers sein und die Abwendung eines endgültigen Rechtsverlusts des Antragstellers. 36

Da der Erlass einer Leistungsverfügung häufig endgültige Verhältnisse schafft und die Rückzahlung einer nach § 945 als Schadensersatz zu leistenden Geldsumme meist scheitert, sind an die Glaubhaftmachung des Verfügungsgrundes sehr hohe Anforderungen zu stellen. 37

<sup>10</sup> Schuschke/Walker, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, vor § 935 Rn. 49 mit Nachweisen zum Streitstand.

<sup>11</sup> Thomas/Putzo/Seiler, ZPO, § 940 Rn. 8 ff.

Zusammenfassende Übersicht einstweiliger Rechtsschutz

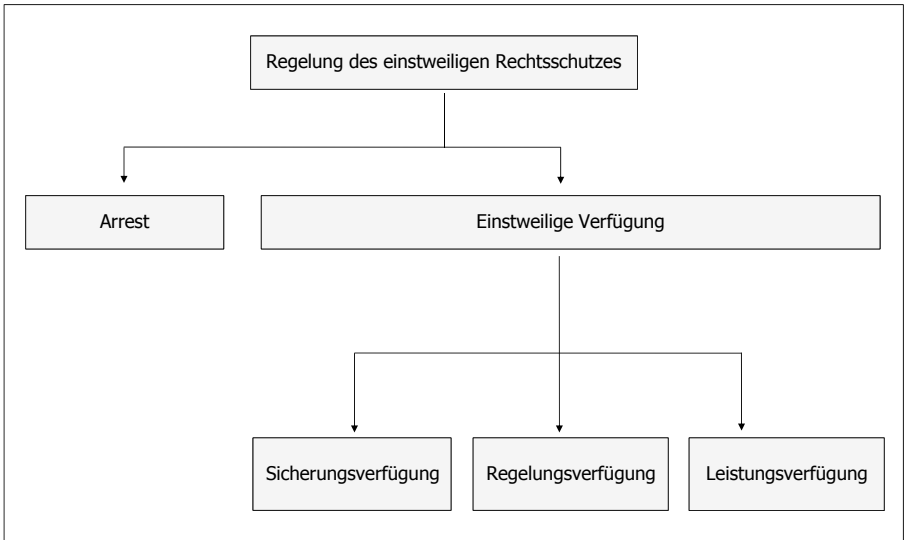


Abb. 56 Regelung des einstweiligen Rechtsschutzes

Wiederholungs- und Vertiefungsfragen

- > Welche Arten des einstweiligen Rechtsschutzes sind in der ZPO geregelt?
- > Welche Ansprüche werden durch Arrest, einstweilige Verfügung und Leistungsverfügung gesichert?
- > Kann durch den Arrest eine Befriedigung erlangt werden?
- > Was ist eine Schutzschrift?
- > Welches Gericht ist für den Erlass eines Arrestes, welches für den einer einstweiligen Verfügung zuständig?
- > Können Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes und Hauptsacheverfahren parallel betrieben werden?
- > Muss nach Erlass einer Maßnahme des einstweiligen Rechtsschutzes in jedem Fall ein Hauptsacheverfahren durchgeführt werden?
- > Besteht für den Antragsteller im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes ein Risiko, wenn sich herausstellt, dass die Anordnung einer vorläufigen Maßnahme ungerechtfertigt war?
- > Welche Arten der einstweiligen Verfügung gibt es?