

Vorschläge zur Modernisierung des Rechts der

einstweiligen Verfügung

Prof. Dr. Reinhard Greger, Universität Erlangen - Nürnberg

Januar 2009

Inhalt

A. Gutachten

I. Rechtstatsachen zum einstweiligen Rechtsschutz; Reformbedarf	4
II. Grundpositionen	6
1. Effizienter Rechtsschutz	6
2. Ausgewogenheit des Rechtsschutzes	8
3. Rechtliches Gehör	9
4. Ausschluss missbräuchlichen Verhaltens; Prozessökonomie	9
III. Einzelfragen	10
1. Dringlichkeit des einstweiligen Rechtsschutzes	10
2. Zuständigkeit	12
3. Parallelverfahren	15
4. Entscheidung ohne mündliche Verhandlung	17
5. Anhörung im Beschlussverfahren	20
6. Schutzschrift	22
7. Widerspruchsverfahren	23
8. Zurückweisung des Antrags	24
9. Beschleunigte Durchführung der mündlichen Verhandlung	26
10. Güteverhandlung	27
11. Intensität der Schlüssigkeitsprüfung	27
12. Interessenabwägung; Verhältnismäßigkeit	29
13. Glaubhaftmachung	30
14. Entscheidungsbegründung	33
15. Rechtsmittelbeschränkung	34

16. Sicherheitsleistung	34
17. Fehlende Bindung an den Antrag	36
18. Aufbrauchfrist	37
19. Übergang in das Hauptsacheverfahren	38
20. Fehlende Kodifizierung	41
B. Gesetzesvorschlag	43

A. Gutachten

I. Rechtstatsachen zum einstweiligen Rechtsschutz; Reformbedarf

Die gesetzliche Regelung des einstweiligen Rechtsschutzes im Zivilrecht steht in krassem Gegensatz zu ihrer praktischen Relevanz.

Bei den deutschen Amtsgerichten wurden im Jahre 2006 56.171 Arrest- und Verfügungsverfahren erledigt, bei den Landgerichten erster Instanz waren es 26.548. Dies entspricht einem Anteil an der Gesamtzahl der Erledigungen von 4,2 % bei den Amtsgerichten und 6,6 % bei den Landgerichten erster Instanz.¹ Für die praktische Relevanz des einstweiligen Rechtsschutzes ist jedoch mehr noch als diese – beachtliche und in letzter Zeit zunehmende – Quantität der Umstände maßgeblich, dass in diesen Verfahren oftmals sehr einschneidende und endgültig wirkende Rechtsakte ergehen. Auf den Gebieten des unlauteren Wettbewerbs, des Presserechts, des Urheberrechts und des Persönlichkeitsschutzes werden Rechtsstreitigkeiten zu einem ganz erheblichen Teil im Verfahren der einstweiligen Verfügung ausgetragen. Hauptsacheverfahren unterbleiben vielfach, weil die Beteiligten durch Zeitablauf oder durch die vorläufige Rechtsklärung im Verfügungsverfahren das Interesse hieran verlieren.² Das Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes übernimmt somit in ganz erheblichem Umfang die Funktion der Rechtsschutzgewährung zur Gänze.

Die gesetzliche Regelung dieser Verfahren wirkt demgegenüber geradezu rudimentär. Insbesondere gilt dies für das heute im Vordergrund stehende Verfahren der einstweiligen Verfügung: Nur acht Paragraphen der ZPO befassen sich explizit mit ihm; im Übrigen verweist § 936 ZPO pauschal auf die Vorschriften des Arrestverfahrens. Erschwert bereits diese Regelungstechnik die Rechtsanwendung, so wird sie zusätzlich noch dadurch belastet, dass die Vorschriften zum Teil unklar und lückenhaft sind. Sie wurden seit Erlass der ZPO im Jahre 1877 so gut wie nicht verändert und entsprechen zum Teil weder den Anforderungen eines modernen Verfassungsverständnisses (etwa im Hinblick auf rechtliches Gehör, Waffengleichheit und Verhältnismäßigkeit) noch dem seither zu verzeichnenden grundlegenden Funktionswandel des einstweiligen Rechtsschutzes. Die Vorschriften sind abgestellt auf das ursprüngliche Ziel des einstweiligen Rechtsschutzes, die Vollstreckung eines im Hauptprozess

¹ Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 2.1: Rechtspflege Zivilgerichte, 2008.

² Walker, Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozess und im arbeitsgerichtlichen Verfahren, 1993, Rdn. 28 ff.; Berger, Einstweiliger Rechtsschutz im Zivilrecht, 2006, Kap. 1 Rdn. 2.

noch zu erstreitenden Urteils zu sichern. Heute steht im Vordergrund der Zweck, dem Antragsteller durch kurzfristig vollstreckbare Ge- oder Verbote dauerhaften Schutz vor drohenden oder andauernden Rechtsverletzungen zu verschaffen. Die Kommission für das Zivilprozessrecht hat dies in ihrem 1977 vom Bundesministerium der Justiz herausgegebenen Bericht³ näher ausgeführt und als Ursache dieser Entwicklung die lange Dauer der ordentlichen Prozesse, aber auch die Tatsache ausgemacht, „dass die einstweilige Verfügung sich als ein wirksames Kampfmittel – oft auch im Vergleich zum Strafverfahren – erwiesen hatte, mit dem leicht zum Nachteil des Gegners vollendete Tatsachen geschaffen werden konnten“.

Die Kommission führt a.a.O. weiter aus:

„Damit hatte sich im Wege richterlicher Rechtsfortbildung aus einem Verfahren der Sicherung und Regelung ein *summarisches Verfahren auf Leistung* entwickelt, für das die Vorschriften der §§ 935 bis 945, insbesondere § 938, kaum mehr als ausreichende, insbesondere eingrenzende Grundlage angesehen werden können. Ungleichmäßigkeiten in der gerichtlichen Praxis sind die kaum zu vermeidende Folge. Für den von Geboten und Verboten Betroffenen, aber auch für den abgewiesenen Antragsteller stehen oft hohe ideelle und materielle Interessen auf dem Spiele, zu denen die Beschränkung der Beweismittel (§ 936, § 920 Abs. 2, § 294 Abs. 2) und der Rechtsmittel (§ 545 Abs. 2) in einem krassen Missverhältnis steht. Da die Ereignisse solche Anordnungen oder ihre Ablehnung häufig überholen und obsolet machen, fehlt bisweilen die Kontrolle durch die obergerichtliche Rechtsprechung überhaupt.“

Unter Hinweis auf das Bedürfnis für einen über bloße Sicherung hinausgehenden, zeitgerechten Rechtsschutz einerseits, die rechtsstaatlichen Anforderungen an den Schutz des Gegners „in einem solchen Verfahren mit weitreichenden Auswirkungen, aber minderen Beweismitteln und eingeschränkten Rechtsmitteln“ hat die Kommission eine gesetzliche Neuregelung des Verfügungsverfahrens befürwortet. Ebenso wie frühere Forderungen nach einer klaren, den praktischen Erfordernissen entsprechenden Neuregelung⁴ ist auch dieses Votum jedoch ungehört verhallt.

Die jahrzehntelange Untätigkeit des Gesetzgebers auf diesem Gebiet überrascht deswegen ganz besonders, weil die Gerichte hier in einem sensiblen Spannungsfeld von erheblicher Grundrechtsrelevanz agieren müssen. Aufgrund des summarischen Charakters des Verfahrens besteht ein hohes Risiko von Fehlentscheidungen mit manchmal irreparablen Konsequenzen.⁵ Dieses wird durch die Beeinträchtigung des rechtlichen Gehörs bei den gesetzlich zugelassenen Beschlussentscheidungen vergrößert, die Verteidigungsmöglichkeiten des von

³ S. 213 ff.

⁴ Vgl. K. Blomeyer, ZZP 65 (1952) 52 ff.

⁵ Walker, Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozess, Rdn. 32, 420.

Verfügungsanträgen oftmals überraschten Antragsgegners werden schwer beschränkt. Die Entscheidungspraxis ist uneinheitlich, weil es an klaren gesetzlichen Grundlagen fehlt. Nicht einmal in der Wissenschaft besteht Einigkeit über elementare Fragen des einstweiligen Rechtsschutzes, wie die letzte umfassende Bearbeitung dieser Rechtsmaterie in der Habilitationsschrift von *Leipold*⁶ gezeigt hat.⁷

Die Rechtsunsicherheit schlägt sich nieder in einer verbreiteten Unzufriedenheit mit der Praxis des einstweiligen Rechtsschutzes – und zwar auf allen Seiten. Antragsteller bemängeln, dass Verfügungsverfahren nicht mit der gebotenen Beschleunigung geführt werden, Antragsgegner sehen sich durch zu leichthändig und ohne ausreichende Verteidigungsmöglichkeit erlassene Verfügungen in ihren Rechten verletzt. Richter und Rechtsanwälte, die – sofern nicht auf einschlägigen Spezialgebieten tätig – nur wenig Erfahrung mit dem Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes haben und unter großem Zeitdruck mit oft weitreichenden Folgen agieren müssen, beklagen das Fehlen klarer Vorschriften und einer übersichtlichen Gesetzssystematik. Auch in den Standardkommentaren zur ZPO schlägt sich die verfehlte Verweisungstechnik nieder, die das Verfahren der einstweiligen Verfügung als eine Art Appendix zum Arrestverfahren erscheinen lässt.

II. Grundpositionen

Ein rechtsstaatlichen Anforderungen genügendes Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes muss bestimmte Grundvoraussetzungen erfüllen. Diese werden nachstehend dargestellt; auf ihrer Grundlage werden sodann einzelne Kritikpunkte der bestehenden Rechtslage untersucht und, wo geboten, Änderungsvorschläge unterbreitet.

1. Effizienter Rechtsschutz

Die Rechtsdurchsetzung im regulären Zivilprozess mit seinen verfahrensrechtlichen Garantien erfordert Zeit. Bis eine richterliche Entscheidung ergehen kann, vergehen Monate, oftmals Jahre; die anschließende Vollstreckung der Entscheidung kann nochmals erhebliche Zeit in Anspruch nehmen.

Eine Rechtsordnung, die sich auf diese Form der Rechtsschutzgewährung beschränkte, würde ihrer Aufgabe, Rechtssicherheit und Rechtsfrieden zu schaffen, nicht gerecht. Der

⁶ Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes, 1971. *Leipold* vertritt dort die These, Eilentscheidungen könnten ohne umfassende Prüfung der Rechtslage allein aufgrund einer Interessenabwägung ergehen.

⁷ Ebenso *Walker*, Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozess, Rdn. 8.

Rechtsstaat darf sich nicht auf die juristische Aufarbeitung begangener Rechtsverstöße beschränken; aus dem Rechtsstaatsprinzip ist vielmehr die Gewährleistung eines wirkungsvollen Rechtsschutzes abzuleiten.⁸ Dieser muss auch den Schutz vor drohenden oder andauernden Rechtsverletzungen umfassen.⁹

Diesen Zielen dient das – allen Rechtsordnungen bekannte, aber sehr unterschiedlich gestaltete – Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes. Es hat in der deutschen ZPO die folgende Ausprägung erfahren:

- Arrest (Sistierung von Vermögenswerten oder der Person des Schuldners) zur Sicherung der künftigen Vollstreckung wegen einer Geldforderung (§ 916 ZPO);
- einstweilige Verfügung zum Schutz vor Veränderungen, durch die die Durchsetzung sonstiger Rechte vereitelt oder erschwert werden könnte (§ 935 ZPO);
- einstweilige Verfügung zur vorübergehenden Regelung von Rechtsbeziehungen (§ 940 ZPO).

Dieses seit Inkrafttreten der ZPO am 1.10.1879 unveränderte Regelungskonzept wird den tatsächlichen Ansprüchen seit Langem nicht mehr gerecht. Im Vordergrund steht nicht mehr das vom historischen Gesetzgeber vornehmlich verfolgte, in der Zuordnung des einstweiligen Rechtsschutzes zum Buch 8 der ZPO Niederschlag findende Ziel der Sicherung einer künftigen Zwangsvollstreckung, sondern die effiziente Verteidigung gegen akute Rechtsverletzungen. Die gesetzliche Unterscheidung von Sicherungsverfügungen (§ 935 ZPO) und Verfügungsverfügungen (§ 940 ZPO) wird daher in der Rechtspraxis nicht mehr beachtet.¹⁰ Insbesondere im Wettbewerbsrecht, im Bereich der gewerblichen Schutzrechte sowie im Zuge des Ausbaus des allgemeinen Persönlichkeitsrechts hat sich die (im Mittelpunkt der nachstehende Untersuchung stehende) Sonderform der Unterlassungsverfügung entwickelt, durch die ein bestimmtes Verhalten unter Androhung von Ordnungsmitteln untersagt, ein Unterlassungsanspruch also nicht nur gesichert, sondern sogleich realisiert wird.¹¹ Bei Vor Enthaltung von Leistungen, auf die der Gläubiger existenznotwendig angewiesen ist, lässt die Rechtsprechung auch die Titulierung von Leistungsansprüchen durch einstweilige Verfügung zu.¹²

In dieser Entwicklung manifestiert sich die Notwendigkeit, für Fälle flagranter Rechtsverletzungen ein Verfahren bereitzustellen, mittels dessen sich der Verletzte auf rechtsstaatliche

⁸ BVerfGE 107, 395, 401; 93, 99, 107; 88, 118, 123; 74, 228, 233; 54, 277, 291; 53, 115, 127.

⁹ BVerfGE 46, 166, 178; BVerfG NJW 2004, 2297, 2298 (zum vorläufigen Rechtsschutz gegen Akte der öffentlichen Gewalt). Zur Übertragung auf den einstweiligen Rechtsschutz im Zivilrecht eingehend *Walker*, Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozess, Rdn. 55 ff.

¹⁰ *Grunsky* in Stein/Jonas, ZPO 22. Aufl. 2002, vor § 935 Rdn. 30; *Berger*, Einstweiliger Rechtsschutz im Zivilrecht, Kap. 2 Rdn. 13 m.w.N.

¹¹ *Grunsky* in Stein/Jonas, vor § 935 Rdn. 46.

¹² *Grunsky* in Stein/Jonas, vor § 935 Rdn. 31 ff.; *Berger*, Einstweiliger Rechtsschutz im Zivilrecht, Kap. 2 Rdn. 16.

Weise, d.h. unter Beachtung des Selbsthilfeverbots und des staatlichen Gewaltmonopols, schützen kann.¹³ Um seinen Zweck erfüllen zu können, muss ein solches Verfahren effizient ausgestaltet sein, d.h. es muss dem Verletzten innerhalb kurzer Zeit und auf einfachem Wege zu einem vollstreckbaren Titel verhelfen. Erreicht wird dies dadurch, dass über Anträge auf einstweiligen Rechtsschutz in einem summarischen Verfahren entschieden werden kann. Das Rechtsstaatsprinzip und der verfassungsrechtliche Anspruch auf effiziente Rechtsschutzgewährung gebieten, dass die Gerichte von diesen Möglichkeiten Gebrauch machen und über entsprechende Anträge kurzfristig und in einem möglichst konzentrierten Verfahren entscheiden.

Effizienz ist Wesensmerkmal und damit Leitgedanke des Verfahrens auf einstweiligen Rechtsschutz.

2. Ausgewogenheit des Rechtsschutzes

Über dem Effizienzerfordernis darf aber der gleichfalls aus dem Rechtsstaatsprinzip folgende Anspruch der anderen Seite auf Wahrung ihrer Rechte nicht vernachlässigt werden. Die Betätigungsfreiheit des mit einem Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz Überzogenen darf nicht über Gebühr beeinträchtigt werden. Insbesondere müssen ihm die rechtsstaatlichen Verfahrensgarantien in dem Maße zur Seite stehen, in dem dies ohne Außerkraftsetzung des vorstehend dargestellten Effizienzprinzips möglich ist. Eine einseitige verfahrensrechtliche Bevorzugung einer Partei darf es auch im einstweiligen Rechtsschutz nicht geben;¹⁴ wo die Ausgewogenheit zwangsläufig beeinträchtigt wird, müssen kompensatorische Regelungen eingreifen.¹⁵

Zu den wesentlichen, auch hier maßgeblichen Merkmalen eines rechtsstaatlichen Verfahrens gehören das Recht auf ein faires Verfahren¹⁶ und der hieraus sowie aus Art. 3 GG fließende Grundsatz der Waffengleichheit.¹⁷ Diese Anforderungen gehen über die Gewähr des rechtlichen Gehörs (dazu sogleich) hinaus.¹⁸ Fairness und Waffengleichheit bedeuten, dass beide Parteien gleichgewichtig auf den Verfahrensausgang einwirken und dadurch eine Fehlentscheidung vermeiden können.¹⁹

¹³ *Berger*, Einstweiliger Rechtsschutz im Zivilrecht, Kap. 1 Rdn. 4.

¹⁴ *Walker*, Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozess, Rdn. 71 ff., 419.

¹⁵ *Schmidt-Aßmann* in Maunz/Dürig, GG, Art. 103 I Rdn. 19; *Walker*, Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozess Rdn. 419.

¹⁶ BVerfGE 57, 250, 275; 78, 123, 126; 91, 176, 181.

¹⁷ BVerfGE 38, 105, 111; 52, 131, 156; *Walker*, Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozess, Rdn. 420.

¹⁸ *Schmidt-Aßmann* in Maunz/Dürig, GG, Art. 103 I Rdn. 9 f.

¹⁹ *Walker*, Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozess, Rdn. 420; *Tettinger*, Fairneß und Waffengleichheit, 1984, S. 18 ff.

3. Rechtliches Gehör

Der im GG und der Europäischen Menschenrechtskonvention ausdrücklich normierte Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG, Art. 6 EMRK) beansprucht auch im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes Gültigkeit.²⁰ Er bedeutet, dass das Gericht den Beteiligten Gelegenheit zur Stellungnahme zu allen für die zu treffende Entscheidung erheblichen tatsächlichen und rechtlichen Fragen geben sowie das Vorbringen zur Kenntnis nehmen und in Erwägung ziehen muss.²¹

Das Grundrecht auf rechtliches Gehör unterliegt keinem ausdrücklichen Gesetzesvorbehalt, sondern nur den verfassungsimmanenten Schranken. Es darf also nur dann beschnitten werden, wenn kollidierende Grundrechte anderer oder andere mit Verfassungsrang ausgestattete Rechtswerte dies erzwingen.²² Im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes kommt der aus dem Rechtsstaatsprinzip abzuleitende Anspruch auf effiziente Rechtsschutzgewährung (s. oben 1) als kollidierendes Verfassungsrecht in Betracht.²³ Die Abwägung kann jedoch stets nur im Einzelfall vorgenommen werden; nicht etwa kann der Anspruch auf rechtliches Gehör allein schon unter Berufung auf den Eilcharakter dieses Verfahrens ausgeschaltet werden.²⁴ Nur wenn bei einer vorherigen Anhörung des Gegners die Eilentscheidung zu spät käme oder ihren Zweck verfehlen würde (etwa weil der Gegner, durch die Anhörung vorgewarnt, noch benachteiligende Handlungen vornehmen könnte), kann es gerechtfertigt sein, das Gehör erst nachträglich zu gewähren.²⁵ Bei der Abwägung ist zu beachten, dass rechtliches Gehör nicht zwingend in Form einer mündlichen Verhandlung gewährt werden muss, sondern dass auch eine formlose Anhörung, etwa im Wege der Telekommunikation, ausreichen kann.²⁶ Eine etwa vorliegende Schutzschrift ist in jedem Fall zu beachten.²⁷

4. Ausschluss missbräuchlichen Verhaltens; Prozessökonomie

Das Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes ist in hohem Maße missbrauchsanfällig. Da in diesem Verfahren die behauptete Rechtsposition nicht bewiesen werden muss, sondern lediglich eine summarische Wahrscheinlichkeitsbeurteilung stattfindet, kann eine Verbots-

²⁰ BVerfGE 9, 89, 97 f.; 65, 227, 233; BVerfG NJW 2004, 2443, 2444; *Grunsky* in Stein/Jonas, vor § 916 Rdn. 38; *Berger*, Einstweiliger Rechtsschutz im Zivilrecht, Kap. 2 Rdn. 20

²¹ BVerfGE 42, 364, 367; 60, 250, 252; 64, 135, 143 f.; *Schmidt-Aßmann* in Maunz/Dürig, GG, Art. 103 I Rdn. 66 ff.; *Greger* in Zöllner, ZPO, 27. Aufl. 2009, vor § 128 Rdn. 6 ff.

²² BVerfGE 28, 243, 261.

²³ *Berger*, Einstweiliger Rechtsschutz im Zivilrecht, Kap. 2 Rdn. 21.

²⁴ BVerfGE 9, 89, 97 f.; 65, 227, 233; *Schmidt-Aßmann* in Maunz/Dürig, GG, Art. 103 I Rdn. 92; *Berger*, Einstweiliger Rechtsschutz im Zivilrecht, Kap. 2 Rdn. 21.

²⁵ BVerfGE 65, 227, 233; *Grunsky* in Stein/Jonas, vor § 916 Rdn. 38; *Berger*, Einstweiliger Rechtsschutz im Zivilrecht, Kap. 2 Rdn. 21.

²⁶ *Berger*, Einstweiliger Rechtsschutz im Zivilrecht, Kap. 2 Rdn. 22.

²⁷ *Vollkommer* in Zöllner, § 937 Rdn. 4; *Grunsky* in Stein/Jonas, § 937 Rdn. 7.

verfügung relativ leicht erwirkt werden. Die bei ungerechtfertigter Anordnung drohende Schadensersatzpflicht nach § 945 ZPO knüpft nicht an die Anordnung, sondern erst an die Vollziehung der Maßregel an und erweist sich in der Praxis oft als stumpfes Schwert.

Durch die Parallelität von einstweiligem Rechtsschutz und Hauptsacheverfahren wird der Verfahrensaufwand vermehrt, was der Prozessökonomie widerspricht und den Lästigkeitswert für den Antragsgegner nicht selten so erhöht, dass er sich zu nicht durch die Rechtslage vorgegebenen Konzessionen bereit findet. In Wettbewerbs- und Pressesachen werden häufig parallele Verfügungsanträge bei verschiedenen Gerichten eingereicht in der Hoffnung, dass wenigstens eines der Gerichte die begehrte Verfügung erlässt; die weiteren Anträge werden dann zurückgenommen.²⁸ Ein solches Vorgehen verstößt zwar gegen § 261 Abs. 3 Nr. 1 ZPO, weil das Rechtsschutzbegehren ab Einreichung des ersten Antrags rechtshängig wird,²⁹ bleibt aber aufgrund des anfangs nur einseitigen Verfahrens häufig unentdeckt.

Parallele Verfügungsanträge verschiedener Personen werden von der Rechtshängigkeitsperre ohnehin nicht erfasst. Daher kann sich z.B. im Wettbewerbsrecht der Antragsgegner wegen ein und desselben Verstoßes einer Vielzahl von Verfügungsverfahren ausgesetzt sehen. Nur unter besonderen Umständen, etwa bei einem abgestimmten Verhalten der Unterlassungsgläubiger, kann wegen Rechtsmissbrauchs nach § 8 Abs. 4 UWG die Zulässigkeit einer Mehrfachverfolgung verneint werden.³⁰

III. Einzelfragen

Nachfolgend werden einzelne Aspekte des einstweiligen Rechtsschutzes, die in der Praxis als besonders unbefriedigend empfunden werden, dargestellt **(a)** und bewertet **(b)**. Soweit möglich, werden Vorschläge zur Verbesserung der Rechtslage unterbreitet **(c)**. Dabei wird der Blick auch auf Regelungen in ausländischen Rechtsordnungen sowie auf bereits vorliegende Vorschläge gerichtet.

1. Dringlichkeit des einstweiligen Rechtsschutzes

a) Voraussetzung für den Erlass einer einstweiligen Verfügung ist das Vorliegen eines Verfügungsgrundes, d.h. einer Gefährdung der Rechte des Antragstellers, der nur durch eine Maßnahme des einstweiligen Rechtsschutzes begegnet werden kann. Die Maßnahme muss

²⁸ *Berger*, Einstweiliger Rechtsschutz im Zivilrecht, Kap. 3 Rdn. 89; *Walker*, Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozess, Rdn. 156.

²⁹ *Grunsky* in Stein/Jonas, vor § 935 Rdn. 14; *Berger*, Einstweiliger Rechtsschutz im Zivilrecht, Kap. 3 Rdn. 22.

³⁰ BGHZ 144, 166 = NJW 2000, 3566, 3568 ff.

in diesem Sinne dringlich sein. Es genügt nicht, dass der zu sichernde Anspruch glaubhaft gemacht wird, sondern der Antragsteller muss zusätzlich dieses besondere Rechtsschutzbedürfnis der „Dringlichkeit“ darlegen.³¹

Welche Anforderungen hierfür konkret erfüllt sein müssen, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab. Dabei ist jedoch nach der Rechtsprechung auch der zeitliche Abstand zwischen dem Erkennen der Rechtsbeeinträchtigung und dem Antrag auf einstweilige Verfügung in Rechnung zu stellen: Wer unnötig lange Zeit verstreichen lässt, bis er einstweiligen Rechtsschutz in Anspruch nimmt, muss besondere Gründe vortragen, wenn er gleichwohl den Verfügungsgrund der Dringlichkeit plausibel machen will.³² Dies gilt selbst dort, wo das Gesetz eine Glaubhaftmachung des Verfügungsgrundes ausnahmsweise für entbehrlich erklärt (z.B. in § 12 Abs. 2 UWG für wettbewerbsrechtliche Unterlassungsansprüche);³³ treffend wird insoweit von einer Selbstwiderlegung der Dringlichkeitsvermutung gesprochen.³⁴

Auch wenn die für die Einleitung der Rechtsverfolgung zuzubilligende Frist stark von den Besonderheiten des Falles abhängt, haben sich in der Rechtsprechung gewisse Richtwerte herausgebildet. Allerdings weichen diese von Gericht zu Gericht erheblich voneinander ab: Teilweise wird schon nach einem Monat die Dringlichkeit grundsätzlich verneint;³⁵ andere orientieren sich an einer Frist von zwei bis drei Monaten,³⁶ vier bis fünf Monaten³⁷ oder sogar sechs Monaten.³⁸

b) Die Uneinheitlichkeit der Rechtsprechung ist zu beklagen. Bei der Frage, binnen welcher Frist eine Person, die sich in ihren Rechten so gravierend beeinträchtigt sieht, dass sie gegen den dafür Verantwortlichen in einem summarischen, prozessuale Garantien ausschließenden Eilverfahren einen vollstreckungsfähigen gerichtlichen Titel erwirken zu können glaubt, um den entsprechenden Rechtsschutz nachsuchen muss, müssen einheitliche Maßstäbe gelten. Es kann nicht sein, dass diese generelle Grundsatzfrage in einem Gerichtsbezirk (oder sogar

³¹ Boemke in Berger, Einstweiliger Rechtsschutz im Zivilrecht, Kap. 5 Rdn. 33.

³² Grunsky in Stein/Jonas, § 940 Rdn. 8; Vollkommer in Zöller, § 940 Rdn. 2; Boemke in Berger, Einstweiliger Rechtsschutz im Zivilrecht, Kap. 5 Rdn. 35. Aus der Rechtsprechung s. OLG Hamm NJW-RR 1990, 1236; OLG München FamRZ 1996, 1411; KG NJW-RR 2001, 1202; OLG Saarbrücken MDR 2008, 335; OLG Hamburg MDR 2008, 861.

³³ Grunsky in Stein/Jonas, § 940 Rdn. 8 m.w.N.; Vollkommer in Zöller, § 940 Rdn. 2; Boemke in Berger, Einstweiliger Rechtsschutz im Zivilrecht, Kap. 5 Rdn. 155. Aus der Rechtsprechung s. OLG Köln GRUR 1994, 138, 140; OLG Hamburg NJW-RR 1986, 716; OLG Frankfurt GRUR 1984, 693; KG MDR 1994, 1011, 1012.

³⁴ Walker, Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozess, Rdn. 255 m.w.N.

³⁵ OLG München WRP 1983, 643, 644 u. GRUR 1992, 328; OLG Nürnberg MDR 2002, 533; ausdrücklich abl. OLG Hamburg WRP 1996, 218.

³⁶ OLG Koblenz GRUR 1978, 718; OLG Hamm WRP 1981, 224.

³⁷ OLG Köln GRUR 1978, 655; OLG Bremen GRUR 1987, 241; OLG Hamburg WRP 1992, 395.

³⁸ OLG Hamburg GRUR 1977, 175; OLG Frankfurt WRP 1979, 207; OLG Hamm WRP 1981, 473.

einem Spruchkörper) anders beantwortet wird als in einem anderen. Ob ein Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz an diesem Zeitaspekt scheitern kann, muss für Rechtsuchende und Anwälte berechenbar sein, zum einen, um erfolglose Anträge von vornherein zu vermeiden, zum anderen um Rechtsverlusten durch aus Unkenntnis verspätete Anträge entgegenzuwirken.

c) Starre Fristen können freilich nicht aufgestellt werden; dazu sind die für einen einstweiligen Rechtsschutz in Frage kommenden Fälle zu vielgestaltig. Die Lösung könnte aber darin bestehen, eine gesetzliche Regelfrist zu bestimmen, von der nur unter Darlegung fehlender Nachlässigkeit abgewichen werden kann.

Hierbei empfiehlt es sich, die Regelfrist möglichst kurz zu bemessen. Das Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes muss wegen seiner eingeschränkten Verfahrensgarantien einen Ausnahmecharakter behalten. Wer dieses die Grenze der Rechtsstaatlichkeit tangierende Verfahren (s. oben II 2, 3) in Anspruch nehmen und sich in der Reihenfolge der richterlichen Sachbehandlung gegenüber anderen Rechtsuchenden eine Vorrangstellung verschaffen will, von dem kann verlangt werden, dass er sein besonderes Rechtsschutzinteresse durch ein zügiges Vorgehen unter Beweis stellt. Es ist widersprüchlich, vom Gericht eine Entscheidung binnen weniger Tage zu verlangen, sich selbst aber mit dem Antrag auf diese Entscheidung Monate Zeit zu lassen. Ein solches „venire contra factum proprium“ verstößt gegen den auch im Prozessrecht geltenden Grundsatz von Treu und Glauben. In solchen Fällen kann auf das reguläre Erkenntnisverfahren verwiesen werden, insbesondere wenn dort die Möglichkeit von interimistisch rechtswahrenden Maßnahmen vorgesehen wird (s. dazu unten 19 a aa).

2. Zuständigkeit

a) Nach geltendem Recht ist für das Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Verfügung in erster Linie das Gericht der Hauptsache zuständig (§ 937 Abs. 1, § 943 Abs. 1 ZPO), d.h. das für den Rechtsstreit über den mit dem Verfügungsantrag geltend gemachten Anspruch sachlich und örtlich zuständige Gericht.

Ist der *Hauptsacheprozess noch nicht anhängig*, ist der Verfügungsantrag somit bei dem Gericht zu stellen, bei dem die Klage einzureichen wäre; bei mehrfacher Zuständigkeit (allgemeiner und besonderer Gerichtsstand; „fliegender“ Gerichtsstand bei Verbreitungsdelikten) kann der Antragsteller wählen (§ 35 ZPO). Das österreichische Recht ordnet diese „fiktive Hauptsachezuständigkeit“ nur bei bestimmten Verfügungen, z.B. nach dem Wettbewerbs- oder Urheberrecht an (§ 387 Abs. 3 EO); ansonsten ist die einstweilige Verfügung am

allgemeinen Gerichtsstand des Antragsgegners, hilfsweise am Ort ihrer Vollstreckung zu beantragen (§ 387 Abs. 2 EO). Dem entspricht der Vorschlag der Kommission für ein europäisches Zivilprozessgesetzbuch.³⁹

Ist der *Hauptsacheprozess bereits anhängig*, d.h. Klage bereits eingereicht,⁴⁰ verengt sich die Zuständigkeit auf das damit befasste Gericht; dies kann auch ein Berufungsgericht sein (§ 943 Abs. 1 ZPO). Nach der Rechtsprechung soll es für den Erlass der einstweiligen Maßnahme nicht darauf ankommen, ob das Gericht, bei dem die Klage eingereicht wurde, für diese tatsächlich zuständig ist; entscheidend soll allein die Anhängigkeit sein.⁴¹ Dieser Rechtsprechung liegt das Bestreben zugrunde, das Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes nicht mit der Prüfung von Zuständigkeitsfragen zu befrachten. Sie lädt allerdings zum Erschleichen einer Zuständigkeit förmlich ein und wird aus diesem Grund auf die Fälle fehlender Rechtswegzuständigkeit⁴² oder fehlender internationaler Zuständigkeit nicht angewendet.⁴³

Neben dieser allgemeinen Zuständigkeit des Hauptsachegerichts sieht die ZPO eine besondere *Eilzuständigkeit des Amtsgerichts* vor: In dringenden Fällen kann die einstweilige Verfügung auch bei dem Amtsgericht beantragt werden, in dessen Bezirk sich der Streitgegenstand befindet (§ 942 Abs. 1 ZPO; der in Abs. 2 geregelte Fall einer amtsgerichtlichen Zuständigkeit in Grundbuchsachen bleibt im Folgenden außer Betracht). Diese Eilzuständigkeit ist unabhängig von der Anhängigkeit eines Hauptsacheverfahrens und vom Streitwert; sie findet ihren alleinigen Grund in der Dringlichkeit der Sache, die – über das allgemeine Dringlichkeitserfordernis des Verfügungsverfahrens (s. oben 1) hinausgehend – darin besteht, dass das an sich zuständige Hauptsachegericht nur mit erheblichen Verzögerungen angerufen werden kann.⁴⁴ Dem Charakter als Notzuständigkeit entsprechend sieht § 942 ZPO vor, dass das Amtsgericht den Weg zu einer Überprüfung der einstweiligen Verfügung durch das Hauptsachegericht eröffnen muss: Dem Antragsteller ist eine Frist zu setzen, binnen derer er eine mündliche Verhandlung vor dem Hauptsachegericht zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit der einstweiligen Verfügung beantragen muss; anderenfalls wird die Verfügung aufgehoben (§ 942 Abs. 3 ZPO).

³⁹ Nr. 10.4, abgedr. in ZP 109 (1996) 359; dazu *Schilken* ZP 109 (1996) 328.

⁴⁰ Nicht entscheidend ist die Zustellung der Klage; *Berger*, Einstweiliger Rechtsschutz im Zivilrecht, Kap. 3 Rdn. 58 m.w.N.

⁴¹ RGZ 50, 342, 346; LG Frankfurt/M. NJW 1990, 652; *Grunsky* in Stein/Jonas, § 919 Rdn. 5; *Vollkommer* in Zöller, § 919 Rdn. 8.

⁴² BAG NJW 2000, 2524.

⁴³ OLG Koblenz RIW 1990, 318 m.w.N.; *Grunsky* in Stein/Jonas, § 919 Rdn. 5; *Vollkommer* in Zöller, § 919 Rdn. 8.

⁴⁴ *Berger*, Einstweiliger Rechtsschutz im Zivilrecht, Kap. 3 Rdn. 65.

b) Die Eilzuständigkeit des Amtsgerichts erscheint heute wie ein Relikt aus der Postkutschenzeit. Angesichts der jetzigen Verkehrsverhältnisse und der Möglichkeit, Schriftsätze durch Telekopie (§ 130 Nr. 6 ZPO), ggf. auch elektronisch (§ 130 a ZPO) einzureichen, besteht für sie keine Notwendigkeit mehr. Die Vorschrift verleitet zu Fehlbehandlungen (Anrufung des Amtsgerichts in Verkennung der besonderen Dringlichkeitsvoraussetzungen) und Missbrauch.⁴⁵ Sie erhöht, besonders wenn es zu einem Überprüfungsverfahren kommt, den gerichtlichen Verfahrensaufwand. Auch die Kommission für das Zivilprozessrecht hat die Vorschrift kritisiert, jedoch lediglich eine Verschärfung der Dringlichkeitskriterien vorgeschlagen.⁴⁶ Seit 1977 haben sich die Verhältnisse weiter entwickelt; aus heutiger Sicht erscheint die Vorschrift völlig verzichtbar.

Fehlerquellen, Missbrauchsmöglichkeiten und Verfahrenerschwernisse schafft jedoch auch die allgemeine Zuständigkeitsregelung. Ziel einer prozessökonomischen Regelung muss es sein, die Zuständigkeit für das Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes so eng wie möglich an die für das Hauptsacheverfahren anzuknüpfen, um zu verhindern, dass sich neben- oder nacheinander mehrere Gerichte mit demselben Streitstoff befassen müssen und der in Anspruch Genommene sich vor mehreren Gerichten verteidigen muss. Dazu muss die Wahlmöglichkeit des Antragstellers zwischen mehreren Gerichtsständen beschnitten werden und die Hauptsachezuständigkeit auch im Verfügungsverfahren überprüfbar sein.

Eine ausschließliche Anknüpfung an den allgemeinen Gerichtsstand erscheint jedoch nicht empfehlenswert, da sie die Vorteile besonderer Gerichtsstände entfallen lässt und, will man dies nicht auch für das Hauptsacheverfahren in Kauf nehmen, zu einer Zuständigkeitsspaltung für Verfügungs- und Hauptverfahren führt. Zur Problematik der Einleitung mehrerer Verfügungsverfahren bei verschiedenen Gerichten s. unten 3.

c) Es wird daher vorgeschlagen, § 942 ZPO aufzuheben (evtl. unter Aufrechterhaltung der grundbuchrechtlichen Sonderzuständigkeit nach Abs. 2).

Für den Fall, dass der mit dem Verfügungsantrag verfolgte Anspruch noch nicht im regulären Erkenntnisverfahren rechtshängig i.S.v. § 261 Abs. 1 ZPO ist, sollte die Zuständigkeit desjenigen Gerichts bestimmt werden, bei dem die Klage zulässigerweise erhoben werden könnte, d.h. die sachliche, örtliche, internationale und Rechtswegzuständigkeit gegeben wäre. Um ein Auseinanderfallen von einstweiliger und Hauptsachezuständigkeit zu vermeiden, sollte bestimmt werden, dass der Antragsteller durch die Anrufung eines demnach zuständigen Gerichts für das Verfügungsverfahren zugleich die Zuständigkeit für das Hauptsacheverfah-

⁴⁵ Laut Bericht der Kommission für das Zivilprozessrecht (S. 218) wird das Amtsgericht bisweilen unter bewusster Umgehung des Hauptsachegerichts angerufen.

⁴⁶ Bericht S. 218.

ren festlegt, d.h. auf die Möglichkeit verzichtet, nach § 35 ZPO einen anderen von mehreren möglichen Gerichtsständen zu wählen. Dies müsste auch für den Fall gelten, dass die Hauptsache anhängig, aber noch nicht rechtshängig ist.

Ist die Hauptsache bereits rechtshängig, muss umgekehrt eine hierdurch ausgeübte Gerichtsstandswahl auch für das Verfügungsverfahren maßgeblich sein. Dem entspricht bereits der geltende § 943 Abs. 1 ZPO. Zum Ausschluss der oben aufgezeigten Missbrauchsmöglichkeit ist jedoch klarzustellen, dass das bloße Anhängigmachen, also auch die Einreichung der Klage bei einem unzuständigen Gericht, nicht ausreicht, um dessen Zuständigkeit für das Verfügungsverfahren zu begründen. Erkennt das Gericht bereits in diesem Stadium, dass es nicht für die Hauptsache zuständig ist, kann es für den Verfügungsantrag ebenso wie für die Klage einen Verweisungsantrag nach § 281 ZPO oder die Rücknahme nach § 269 ZPO anregen und, wenn der Antragsteller dem nicht folgt, den Verfügungsantrag als unzulässig zurückweisen.

Im Interesse einer prozessökonomischen Bündelung von Verfügungs- und Hauptsacheverfahren sollte des Weiteren angeordnet werden, dass dann, wenn die Rechtsbeziehung, für die der einstweilige Rechtsschutz begehrt wird, bereits Gegenstand oder Vorfrage eines anderen Klage- oder Verfügungsverfahrens ist, der einstweilige Rechtsschutz nur in dem dortigen Verfahren beantragt werden kann (näher zu dem hierfür vorzusehenden Verfahren unten 19 c).

3. Parallelverfahren

a) Ein erheblicher Missstand besteht darin, dass in derselben Angelegenheit mehrere Verfügungsanträge parallel bei verschiedenen Gerichten eingereicht werden können (vgl. oben II 4). Ermöglicht wird dies dadurch, dass häufig mehrere Gerichtsstände nebeneinander gegeben sind; auch ermöglicht der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung (§ 32 ZPO) eine Klage vor jedem Gericht, in dessen Bezirk ein Eingriff in das geschützte Rechtsgut stattgefunden hat.⁴⁷ Diese Maßgeblichkeit des Erfolgsorts führt dazu, dass bei Wettbewerbsverstößen, Schutzrechtverletzungen sowie Persönlichkeitsverletzungen durch Druckwerke, Rundfunksendungen u. dgl. Verfügungsanträge bei einer unübersehbaren Vielzahl von Gerichten gestellt werden können, nämlich überall dort, wo das inkriminierte Erzeugnis bestimmungsgemäß, d.h. nach dem Willen des Verantwortlichen, verbreitet werden sollte.⁴⁸ Auch wenn die Rechtshängigkeit eines Antrags der Zulässigkeit eines weiteren Antrags mit identischem

⁴⁷ BGH NJW 1994, 1413, 1414; 1996, 1411, 1413.

⁴⁸ S. zu diesem „fliegenden Gerichtsstand“ BGH NJW 1977, 1590; Roth in Stein/Jonas § 32 Rdn. 34; Hausmann in Wieczorek/Schütze, ZPO, 3. Aufl. 1994, § 32 Rdn. 41; Vollkommer in Zöllner, § 32 Rdn. 17. Zur Verbreitung per Internet s. BGH NJW 2005, 1435; OLG Bremen CR 2000, 770.

Inhalt entgegensteht (§ 261 Abs. 3 Nr. 1 ZPO),⁴⁹ kann, da die anderen Gerichte und der Antragsgegner nicht sogleich von der Mehrfachverfolgung erfahren, abgewartet werden, ob eines der Gerichte die einstweilige Verfügung ohne mündlich Verhandlung erlässt; der Abweisung der anderen Anträge kann der Antragsteller dann durch Rücknahme zuvorkommen.

Außerdem begründet die bestehende Zuständigkeitsregelung die Gefahr, dass verschiedene Antragsteller, sei es in einer konzertierten Aktion, sei es unabhängig voneinander, gleichzeitig bei verschiedenen Gerichten Verfügungsverfahren gegen dieselbe Person in Gang setzen.

b) Durch die Mehrfachverfolgung wird die Rechtsverteidigung des Antragsgegners erschwert; außerdem werden Justizressourcen übermäßig in Anspruch genommen.

Gesetzgebung und Rechtsprechung haben diesem Missstand bereits partiell abzuhelpen versucht: Für Verbandsklagen nach § 8 Abs. 3 Nr. 2 - 4 UWG durch den Ausschluss des besonderen Gerichtsstands des Begehungsorts nach § 14 Abs. 2 Satz 2 UWG, bei abgestimmtem Vorgehen mehrerer Verfolger durch Zulassung des Rechtsmissbrauchseinwands nach § 8 Abs. 4 UWG (s. oben II 4).

Der häufig wie ein unwürdiges Katz-und-Maus-Spiel anmutenden Praxis der Mehrfachverfolgung, insbesondere beim Vorgehen gegen die Verbreitung von Druckwerken und Sendungen, ist damit aber noch nicht ausreichend Einhalt geboten.

Der sog. „fliegende Gerichtsstand“ des geltenden Rechts wird allerdings nicht aufgegeben werden können. Der Erfolg des deliktischen Handelns gehört zum Tatbestand der unerlaubten Handlung, kann daher vom Begehungsort nicht ohne Sprengung des dogmatischen Systems abgespalten werden; dies hat der EuGH auch bereits für die internationale Zuständigkeit (Art. 5 Nr. 3 EuGVÜ bzw. EuGVVO) festgeschrieben.⁵⁰ Den Gerichtsstand des Deliktsorts ganz aufzugeben, wie dies für die Verbandsklage nach § 8 Abs. 3 Nr. 2 – 4 UWG geschehen ist, erscheint nicht vertretbar, weil der Verletzte zum Zweck der Rechtsverfolgung den Sitz des Verletzers ermitteln und dort, u.U. im Ausland, Rechtsschutz begehren müsste.⁵¹ Nicht praktikabel wäre es aber auch, einen Gerichtsstand am Wohnsitz des Verletzten zu begründen; der Verbreiter von Druckwerken oder Presseerzeugnissen würde sich dann unabsehbaren Rechtsverfolgungsmaßnahmen ausgesetzt sehen, wenn sein Produkt eine außerhalb des beabsichtigten Verbreitungsgebiets wohnende Person beträfe.⁵²

⁴⁹ Berger, Einstweiliger Rechtsschutz im Zivilrecht, Kap. 3 Rdn. 22.

⁵⁰ EuGH NJW 1977, 493.

⁵¹ § 387 Abs. 2 österr. EO sieht allerdings – mit gewissen Ausnahmen in Abs. 3 – eine Zuständigkeit des Bezirksgerichts am Sitz des Antragsgegners vor, soweit dieser nicht im Ausland liegt.

⁵² BGH NJW 1977, 1590; Hausmann in Wieczorek/Schütze, § 32 Rdn. 42.

c) Die Lösung kann daher nicht in einer Änderung des allgemeinen Gerichtsstandsrechts gefunden werden, sondern nur, indem Vorkehrungen gegen dessen missbräuchliche Ausnutzung geschaffen werden. Zu denken ist z.B. an eine Vorschrift nach Art von § 8 Abs. 4 UWG für Verbreitungsdelikte außerhalb des Wettbewerbsrechts. Sie würde auch eine Handhabe gegen abgestimmte Anträge verschiedener Personen bieten.⁵³

Die Kommission für das Zivilprozessrecht hat ein Vorgehen gegen die missbräuchliche Ausnutzung mehrfacher Gerichtszuständigkeit ebenfalls für geboten erachtet und vorgeschlagen, von jedem Antragsteller die Erklärung zu verlangen, ob die Sache anderweit anhängig gemacht worden ist. Unterbleibt die Erklärung in einem Fall, in dem mehrere Gerichte zuständig sein können, soll der Antrag zurückzuweisen sein.⁵⁴ Muss der Antragsteller eingestehen, dass er mehrere parallele Anträge gestellt hat, nimmt er diesen selbst die Zulässigkeit. Eine solche Regelung, ergänzt um eine allgemeine Missbrauchsklausel, könnte Schutz vor gewissen Auswüchsen bieten, ohne zu stark in das bestehende Gerichtsstandsrecht einzugreifen.

4. Entscheidung ohne mündliche Verhandlung

a) Nach § 937 Abs. 2 ZPO kann eine einstweilige Verfügung in dringenden Fällen ohne mündliche Verhandlung erlassen werden. Die Gesetzessystematik bringt zum Ausdruck, dass dieses Vorgehen die Ausnahme bilden soll; dies entspricht auch der sich aus dem Verfassungsrecht, insbesondere dem Anspruch auf rechtliches Gehör ergebenden Wertung. Nach der Rechtsprechung des BVerfG ist eine vorherige Anhörung auch bei Maßnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes geboten; nur wenn der Schutz gewichtiger Interessen die Überraschung des Betroffenen unabweisbar erfordert, ist es ausnahmsweise zulässig, ihn erst nach der Entscheidung anzuhören.⁵⁵ Mit der Möglichkeit des Widerspruchs gegen eine Beschlussverfügung (§ 924 Abs. 1, § 936 ZPO) kann das Unterlassen einer vorherigen Anhörung daher nicht gerechtfertigt werden.⁵⁶

Die Justizstatistik vermittelt indessen ein mit dem Ausnahmecharakter der Beschlussverfügung schwerlich zu vereinbarendes Bild: Im Jahre 2006 wurden bei den deutschen Amtsgerichten von den insgesamt 56.171 Arrest- und Verfügungsverfahren 21.294 (37,9 %) durch Beschluss erledigt, bei den Landgerichten waren es 11.371 von 26.548 Erledigungen, d.h. 42,8 %.

⁵³ Vgl. BGHZ 144, 166 = NJW 2000, 3566, 3568 ff.

⁵⁴ Bericht der Kommission für das Zivilprozessrecht, 1977, S. 217 sowie Anlage 2 Art. 1 Nr. 78.

⁵⁵ BVerfGE 65, 227, 233.

⁵⁶ Walker, Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozess, Rdn. 427.

b) Aus der Gesetzssystematik ergibt sich, dass die Dringlichkeit, von der § 937 Abs. 2 ZPO das Absehen von einer mündlichen Verhandlung abhängig macht, eine andere Bedeutung haben muss als die Dringlichkeit, die als Element des Verfügungsgrundes Voraussetzung für den Erlass jeglicher einstweiliger Verfügung ist. Es muss sich um eine besondere, gesteigerte Dringlichkeit handeln, die sich darin manifestiert, dass eine nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung ergehende einstweilige Verfügung wegen des Zeitablaufs ihren Zweck nicht mehr erfüllen könnte.⁵⁷

In der Praxis wird der Ausnahmecharakter einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung vielfach nicht genügend beachtet. Anträgen, die den Verfügungsanspruch schlüssig darstellen und vollständig mit eidesstattlicher Versicherung belegen sowie die Dringlichkeit plausibel erläutern, häufig auch noch mit dem ausdrücklichen Antrag auf Absehen von der mündlichen Verhandlung verbunden sind, wird oft formblattmäßig stattgegeben. Die Unterscheidung zwischen der Dringlichkeit als allgemeiner Voraussetzung für den Erlass einer einstweiligen Verfügung und der besonderen Dringlichkeit, die für eine Beschlussverfügung ohne mündliche Verhandlung erforderlich ist, wird dabei entweder übersehen oder in ihrer Bedeutung für die Wahrung der verfassungsmäßigen Rechte des Antragsgegners (s. oben II 3) verkannt.

Dazu tragen auch die Gegebenheiten des richterlichen Arbeitsablaufs bei. Anträge auf einstweilige Verfügung werden dem Richter stets sogleich nach Eingang bei der Geschäftsstelle vorgelegt. Sie werden von dem in eine andere Sache vertieften Richter zwangsläufig als Störung empfunden. Die Neigung, den bereits randvollen Terminkalender der nächsten Tage mit einem weiteren Verhandlungstermin zu befrachten, ist verständlicherweise gering, die Versuchung, das von der Justizverwaltung zur Verfügung gestellte Formblatt für eine Beschlussverfügung auszufüllen und damit die störende Akte innerhalb weniger Minuten wieder vom Tisch zu haben, dagegen groß.

Verstärkt wird diese Vorgehensweise noch dadurch, dass sie durch den Wortlaut des § 937 Abs. 2 ZPO („in dringenden Fällen“) gedeckt ist, die Vorschrift den unzutreffenden⁵⁸ Eindruck eines Verfahrensermessens erweckt und das rechtliche Gehör des Antragsgegners durch das Widerspruchsverfahren ausreichend gewahrt zu sein scheint.

Die Kommission für das Zivilprozessrecht hat in ihrem 1977 erschienenen Bericht bereits auf das zu häufige Absehen von mündlicher Verhandlung hingewiesen und konstatiert: „Beobachtungen der Obergerichte haben gezeigt, dass die Praxis dazu neigt, die Dringlichkeit

⁵⁷ Grunsky in Stein/Jonas, § 937 Rdn. 5; Drescher in Münchener Kommentar zur ZPO, 3. Aufl. § 937 Rdn. 5; Thümmel in Wieczorek/Schütze, § 937 Rdn. 7; Vollkommer in Zöller, § 937 Rdn. 2; Skamel in Berger, Einstweiliger Rechtsschutz im Zivilrecht, Kap. 6 Rdn. 9; Walker, Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozess, Rdn. 284 ff.

⁵⁸ Drescher in Münchener Kommentar zur ZPO, § 937 Rdn. 6; Walker, Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozess, Rdn. 284.

stärker vom Gegenstand der Regelung her als danach zu beurteilen, ob sich eine mündliche Verhandlung – auch außerhalb einer ordentlichen Sitzung – noch durchführen lässt.⁵⁹

Mit dem Einschub „auch außerhalb einer ordentlichen Sitzung“ spricht die Kommission den verbreiteten Irrglauben an, von einer mündlichen Verhandlung könne bereits deswegen abgesehen werden, weil die nächsten Sitzungstage ausgebucht seien und eine erst in etlichen Wochen stattfindende Verhandlung dem Schutzbedürfnis des Antragstellers nicht genüge. Verkannt wird hierbei, dass zulässige und schlüssig begründete Anträge auf einstweiligen Rechtsschutz – andere können durch Beschluss ohne mündliche Verhandlung zurückgewiesen werden (§ 937 Abs. 2 Alt. 2 ZPO) – aufgrund der rechtsstaatlichen Justizgewährungspflicht Vorrang vor der Erledigung anderer Sachen haben, zugleich aber die verfassungsmäßigen Rechte des Antragsgegners zu wahren sind (s. zu diesem Spannungsverhältnis und seiner verfassungsrechtlichen Dimension oben II 2). Der Richter muss deshalb eine kurzfristige mündliche Verhandlung über den Verfügungsantrag auch dann durchführen, wenn hierfür ein gesonderter Termin, auch außerhalb der üblichen Verhandlungszeiten und des üblichen Sitzungssaals, anberaumt und die Erledigung anderer Sachen zurückgestellt werden muss.⁶⁰

Verzögerungseffekte durch Anberaumung einer mündlichen Verhandlung können auch dadurch begrenzt werden, dass keine Einlassungsfrist (§ 274 Abs. 3 ZPO) einzuhalten ist,⁶¹ die Ladungsfrist des § 217 ZPO auf Antrag abgekürzt werden kann (§ 226 Abs. 1 ZPO)⁶² und die Durchführung des Verfahrens nicht von einem Gerichtskostenvorschuss (§ 12 Abs. 1 GKG) abhängig ist.⁶³ Insbesondere wenn eine Schutzschrift vorliegt, also bereits ein mit der Sache vertrauter Prozessbevollmächtigter bestellt ist, kann nach der durch Telekopie bewirkten Zustellung (§ 174 Abs. 2 ZPO) u.U. schon nach wenigen Stunden eine mündliche Verhandlung durchgeführt werden, auf jeden Fall aber innerhalb weniger Tage. Damit reduziert sich die Notwendigkeit eines Absehens von mündlicher Verhandlung – in krassem Gegensatz zur bestehenden Praxis – auf die wenigen Fälle, in denen selbst ein Aufschub von ein paar Tagen oder die Vorwarnung des Gegners den Rechtsschutzverfolg vereiteln würde.

Im Übrigen spricht auch ein Blick auf das internationale Recht dafür, das Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes in der Regel als kontradiktorisches Verfahren auszugestalten. Nach der Rechtsprechung des EuGH zum EuGVÜ, der sich der BGH für die EuGVVO angeschlossen hat, können Entscheidungen des einstweiligen Rechtsschutzes im Ausland nicht

⁵⁹ AaO S. 216.

⁶⁰ Walker, Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozess, Rdn. 278.

⁶¹ Grunsky in Stein/Jonas, § 922 Rdn. 21; Vollkommer in Zöller, § 922 Rdn. 15

⁶² Grunsky in Stein/Jonas, § 922 Rdn. 21; Skamel in Berger, Einstweiliger Rechtsschutz im Zivilrecht, Kap. 6 Rdn. 13.

⁶³ Skamel in Berger, Einstweiliger Rechtsschutz im Zivilrecht, Kap. 6 Rdn. 14.

anerkannt und für vollstreckbar erklärt werden, wenn dem Gegner kein rechtliches Gehör gewährt worden ist.⁶⁴ Damit werden also u.U. einem Antragsteller durch Erlass einer einstweiligen Verfügung ohne mündliche Verhandlung Steine statt Brot gegeben. Vor allem aber wird deutlich, in welchem starkem Maße die verbreitete Praxis deutscher Gerichte hinter dem Standard zurückbleibt, den das europäische Recht für ein rechtsstaatliches Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes aufstellt.

c) Zu der vorbeschriebenen Vernachlässigung des rechtlichen Gehörs trägt die undeutliche Vorschrift des § 937 Abs. 2 ZPO zweifellos erheblich bei. Bereits die Kommission für das Zivilprozessrecht hat sich daher für eine präzisere Fassung ausgesprochen und folgenden Vorschlag unterbreitet:⁶⁵

„Eine einstweilige Verfügung darf ohne mündliche Verhandlung nur ergehen, wenn sie so eilbedürftig ist, dass sie nicht bis zur mündlichen Verhandlung aufgeschoben werden kann, oder wenn durch die Anordnung der mündlichen Verhandlung der Zweck der einstweiligen Verfügung gefährdet wird.“

In ähnlicher Weise umschreibt Art. 50 Abs. 2 des Übereinkommens über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums (TRIPS)⁶⁶ den Anwendungsbereich eines einstweiligen Verfügungsverfahrens ohne Anhörung des Gegners (irreparabler Schaden oder Beweismittelverlust durch Verzögerung der Entscheidung).

Nach dem Entwurf der Kommission für ein Europäisches Zivilprozessgesetzbuch schließlich sollte eine Entscheidung ohne vorherige Anhörung nur zulässig sein, wenn die vorläufige Maßnahme dringend ist und außergewöhnliche Umstände eine Entscheidung im einseitigen Verfahren erzwingen.⁶⁷

All diese Regelungen bringen den Ausnahmecharakter wesentlich deutlicher zum Ausdruck als der geltende § 937 Abs. 2 ZPO, der daher eine entsprechende Fassung erhalten sollte.

5. Anhörung im Beschlussverfahren

a) Rechtliches Gehör kann nicht nur in einer mündlichen Verhandlung, sondern auch in anderer Form gewährt werden. In den zahlreichen Verfahren ohne obligatorische mündliche Verhandlung (§ 128 Abs. 2, 4 ZPO) ist die Einräumung einer Gelegenheit zur schriftlichen

⁶⁴ EuGHE 1980, 1553, 1565 ff; BGH ZIP 1999, 483, 485; 2007, 396. Dazu *Gottwald* ZZP 103 (1990) 266; *Schlosser* IPRax 1985, 321.

⁶⁵ Bericht, Anlage 2 Art. 1 Nr. 78.

⁶⁶ BGBl 1994 II 1730.

⁶⁷ Nr. 10.3.1 des Entwurfs; abgedr. in ZZP109 (1996) 358. Dazu *Schilken* ZZP 109 (1996) 327.

Stellungnahme selbstverständliche Praxis; insbesondere im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist die formlose mündliche oder telefonische Anhörung weit verbreitet. Im Verfügungsverfahren wird dagegen, falls keine mündliche Verhandlung anberaumt wird, der Beschluss zumeist ohne jegliche Kontaktaufnahme mit dem Antragsgegner erlassen.

Selbst die Tatsache seines Erlasses wird dem Betroffenen vorenthalten: Nach § 936 i.V.m. § 922 Abs. 2 ZPO wird der Beschluss nur dem Antragsteller zugestellt. Dieser kann ihn dann, nur beschränkt durch die Frist nach § 929 Abs. 2, 3 ZPO, solange zurückbehalten, bis ihm der Zeitpunkt für eine Vollziehung geeignet erscheint, und dann von sich aus die Zustellung des Beschlusses an den Gegner bewirken.

b) Der hohe Rang des Anspruchs auf rechtliches Gehör gebietet es, alle Möglichkeiten auszuschöpfen, die dem Antragsgegner Gelegenheit zur Stellungnahme zu der gegen ihn beantragten Verfügung bieten. Sieht das Gericht wegen besonderer Dringlichkeit von einer mündlichen Verhandlung ab, muss es das rechtliche Gehör – soweit irgend möglich und nicht ausnahmsweise wegen des Überraschungszwecks entbehrlich – in anderer Form gewähren.⁶⁸ Das auf Effizienz und Schnelligkeit angelegte Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes erfordert Vorgehensweisen, die sich deutlich von dem stark formalisierten, regulären Erkenntnisverfahren unterscheiden. Wenn dem Antragsteller die Möglichkeit geboten wird, ohne mündliche Verhandlung einschneidende Ge- oder Verbotsverfügungen gegen den Antragsgegner zu erwirken, muss diesem die Gelegenheit gegeben werden, seine Argumente in die richterliche Entscheidungsfindung einzubringen. Dies folgt nicht nur aus Art. 103 GG, sondern ist ein Gebot der Waffengleichheit und der prozessualen Fairness.

Obwohl die Praxis in großem Umfang einstweilige Verfügungen ohne mündliche Verhandlung erlässt, unternimmt sie kaum Anstrengungen, die darin liegende Vereitelung des rechtlichen Gehörs des Antragsgegners (s. oben 4) zu vermeiden. Dabei wäre es in vielen Fällen, in denen wegen besonderer Dringlichkeit nicht bis zu einer mündlichen Verhandlung zugewartet werden kann, möglich, den Antragsgegner wenigstens telefonisch anzuhören oder ihm Gelegenheit zu geben, per Telekopie oder E-Mail eine schriftliche Stellungnahme oder einen Anwaltschriftsatz hereinzureichen.⁶⁹ Der Richter kann hier ohne Weiteres mit der Partei selbst kommunizieren; Anwaltszwang besteht für dieses Verfahrensstadium auch vor dem Landgericht nicht.⁷⁰

⁶⁸ Walker, Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozess, Rdn. 280.

⁶⁹ Für eine Verpflichtung hierzu Grunsky in Stein/Jonas, § 922 Rdn. 1; Thümmel in Wieczorek/Schütze, § 937 Rdn. 7; Skamel in Berger, Einstweiliger Rechtsschutz im Zivilrecht, Kap. 6 Rdn. 17; für Ermessen Drescher in Münchener Kommentar zur ZPO, § 937 Rdn. 6.

⁷⁰ Grunsky in Stein/Jonas, § 922 Rdn. 2; Vollkommer in Zöller, § 922 Rdn. 1; Skamel in Berger, Einstweiliger Rechtsschutz im Zivilrecht, Kap. 6 Rdn. 4.

Erschüttert die Anhörung des Antragsgegners die Glaubhaftmachung von Verfügungsanspruch, Verfügungsgrund und besonderer Dringlichkeit für ein Absehen von mündlicher Verhandlung nicht, kann der Richter ohne Weiteres die beantragte einstweilige Verfügung im Beschlusswege erlassen. Bekommt der Richter hingegen Zweifel am Vorliegen einer der genannten Voraussetzungen, wird er in der Regel mündliche Verhandlung anzuberaumen haben;⁷¹ eine sofortige Zurückweisung des Antrags durch Beschluss würde nunmehr das rechtliche Gehör des Antragstellers verletzen.

Dass das Gericht die ohne Anhörung des Antragsgegners ergangene Entscheidung diesem auch noch nach ihrem Erlass vorenthält, um dem Antragsteller taktische Vorteile zu verschaffen, muss als gravierender Verstoß gegen den Grundsatz der Waffengleichheit angesehen werden.

c) In den gesetzlichen Vorschriften über das Verfahren der einstweiligen Verfügung sollte geregelt werden, dass vor Erlass einer Beschlussverfügung dem Antragsteller Gelegenheit zu geben ist, in freier Form (mündlich, schriftlich oder im Wege der Telekommunikation) zu dem Antrag Stellung zu nehmen, sofern nicht durch den Zeitverlust oder die Vorwarnung der Zweck der einstweiligen Verfügung vereitelt würde.

Musste eine vorherige Gehörgewährung unterbleiben, gebietet es der Grundsatz des fairen Verfahrens, dass der Betroffene im Beschluss auf die Möglichkeit hingewiesen wird, durch Einlegung des Widerspruchs eine mündliche Verhandlung zu erreichen.

Die Regelung, dass der Beschluss nur dem Antragsteller zuzustellen ist (§ 936 i.V.m. § 922 Abs. 2 ZPO), muss beseitigt werden.

6. Schutzschrift

a) Die geschilderte Vernachlässigung des rechtlichen Gehörs im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes hat dazu geführt, dass sich insbesondere im Wettbewerbsrecht Unternehmen, die einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung erwarten (z.B. aufgrund einer vorangegangenen Abmahnung), durch Einreichung einer Schutzschrift selbst rechtliches Gehör verschaffen. Mit diesen vorbeugenden Verteidigungsschriften kann sowohl auf die Verneinung der besonderen Dringlichkeit für ein Absehen von mündlicher Verhandlung hingewirkt als auch das Bestehen von Verfügungsgrund und Verfügungsanspruch bestritten

⁷¹ *Grunsky* in Stein/Jonas, § 922 Rdn. 1.

oder die Glaubhaftmachung des Antragstellers erschüttert werden.⁷² Die Gerichte sind verpflichtet, derartige Schutzschriften zu beachten.⁷³

Wegen der Mehrzahl potenzieller Gerichtsstände in Wettbewerbs- und Pressesachen werden Schutzschriften oft vorsorglich bei vielen Gerichten eingereicht. Dies führt zu einem enormen Aufwand an Schreibwerk und Registratur. Geschäftsstellen müssen bei jedem Antrag auf einstweilige Verfügung prüfen, ob eine Schutzschrift vorliegt. Kommt es zu einem Verfügungsverfahren, muss die Schutzschrift dem Antragsteller mitgeteilt werden.

b) Für Schutzschriften besteht angesichts der Rechtsprechungspraxis ein unabweisbares Bedürfnis. Würden die Gerichte ihrer Verpflichtung zur Gewähr des rechtlichen Gehörs stärkere Beachtung schenken, könnte dieses aber weitgehend entfallen.

c) Es wird daher nicht vorgeschlagen, dieses aus einem praktischen Missstand heraus außer-gesetzlich entwickelte Notinstrument gesetzlich zu verfestigen. Stattdessen sollte es durch Verbesserung der Verfahrensgarantien im einstweiligen Verfügungsverfahren (s. oben 4, 5) entbehrlich gemacht werden.

7. Widerspruchsverfahren

a) Bei einstweiligen Verfügungen, die ohne mündliche Verhandlung ergangen sind, kann der Antragsgegner eine solche nachträglich erwirken, indem er gegen den Beschluss Widerspruch einlegt (§§ 936, 924 Abs. 1 ZPO). Der Widerspruch führt dazu, dass das Gericht, welches die einstweilige Verfügung erlassen hat, über deren Rechtmäßigkeit mit den Parteien verhandelt und durch Urteil ihre (ggf. teilweise) Bestätigung, Aufhebung oder Abänderung ausspricht (wobei die Aufhebung gegen Sicherheitsleistung durch § 939 ZPO eingeschränkt wird). Für das Verfahren gelten dieselben Vorschriften wie bei einer von vornherein anberaumten mündlichen Verhandlung; insbesondere die Beschränkung auf Glaubhaftmachung.⁷⁴

Kritisiert wird, dass das Widerspruchsverfahren vor dem iudex a quo geführt wird, so dass eine unvoreingenommene Überprüfung und damit eine effiziente Gewähr nachträglichen Gehörs nicht gesichert seien.

⁷² Grunsky in Stein/Jonas, § 937 Rdn. 7; Vollkommer in Zöller, § 937 Rdn. 4; Berger, Einstweiliger Rechtsschutz im Zivilrecht, Kap. 2 Rdn. 37

⁷³ BGH NJW 2003, 1257, 1258; Grunsky in Stein/Jonas, § 937 Rdn. 7; Vollkommer in Zöller, § 937 Rdn. 4; Berger, Einstweiliger Rechtsschutz im Zivilrecht, Kap. 2 Rdn. 38 m.w.N.

⁷⁴ Näher Heiderhoff in Berger, Einstweiliger Rechtsschutz im Zivilrecht, Kap. 8 Rdn. 27 ff.

b) Es ist stimmig, dass nach einer Beschlussentscheidung zunächst eine Selbstkontrolle innerhalb derselben Instanz durchgeführt wird. Dies entspricht dem Ausnahmecharakter des Beschlussverfahrens besser als die sofortige Eröffnung einer zweiten Instanz. Anders als bei § 321a ZPO, wo ebenfalls der iudex a quo entscheidet, muss dieser hier nicht über eigene Verfahrensfehler befinden, sondern entscheiden, ob eine auf einseitiger Information beruhende Eilentscheidung der Überprüfung in einem kontradiktorischen Verfahren standhält. Dass hierbei eine Neigung besteht, die vorangegangene Beschlussentscheidung zu halten, ist nicht erwiesen und eher unwahrscheinlich.

c) Das Widerspruchsverfahren sollte nicht geändert, sondern durch Zurückdrängen von Entscheidungen ohne mündliche Verhandlung eher überflüssig gemacht werden.

8. Zurückweisung des Antrags

a) Nach § 937 Abs. 2 Alt. 2 ZPO kann über den Antrag auf einstweilige Verfügung auch dann ohne mündliche Verhandlung entschieden werden, wenn er zurückzuweisen ist. Ob die Zurückweisung wegen Fehlens einer Zulässigkeitsvoraussetzung oder wegen Unschlüssigkeit oder wegen unzureichender Glaubhaftmachung erfolgt, ist hierfür unerheblich. Diese Regelung soll der Vermeidung unnötiger mündlicher Verhandlungen sowie der Beschleunigung des Verfahrens dienen: Der Antragsteller soll rasch eine gerichtliche Entscheidung über seinen Antrag erhalten, damit er ggf. zeitnah einen neuen, verbesserten Antrag stellen oder auf eine zu seinen Gunsten ergehende Entscheidung der Beschwerdeinstanz hinwirken kann.⁷⁵ Um zu verhindern, dass der Antragsgegner durch ein strategisches Vorgehen diese Möglichkeiten konterkariert, ordnet § 922 Abs. 3 i.V.m. § 936 ZPO an, dass der Zurückweisungsbeschluss dem Antragsgegner nicht mitgeteilt wird.

b) Die auf den ersten Blick klar und sachgerecht erscheinende Regelung gibt zu erheblichen Zweifeln Anlass. Entgegen den Intentionen der Gesetzesverfasser wohnt ihr nämlich eine verfahrensmehrende Tendenz inne; zudem gerät sie mit der richterlichen Hinweispflicht nach § 139 ZPO in Konflikt: Statt durch einen Hinweis auf den Schlüssigkeits- oder Glaubhaftmachungsmangel eine Erledigung der Sache in einer kurzfristig anberaumten mündlichen Verhandlung zu erreichen, wird der Antragsteller gezwungen, ein Rechtsmittelverfah-

⁷⁵ *Skamel* in Berger, Einstweiliger Rechtsschutz im Zivilrecht, Kap. 6 Rdn. 12; *Vollkommer* in Zöller, § 937 Rdn. 2a. So auch die Begründung des Entwurfs eines Rechtspflegevereinfachungsgesetzes (BT-Drs. 11/3621 S. 52), mit dem diese Regelung im Jahre 1990 eingeführt wurde.

ren durchzuführen oder ein neues Verfügungsverfahren einzuleiten. Auch die Chance, gemäß § 278 Abs. 1, 2 ZPO auf eine gütliche Konfliktlösung hinzuwirken, wird dadurch verschüttet.

In Rechtsprechung und Literatur wird daher die Ansicht vertreten, dass eine Beschlusszurückweisung nach § 937 Abs. 2 Alt. 2 ZPO unzulässig ist, wenn die vom Antragsteller angestrebte Rechtsverfolgung offensichtlich keine Erfolgsaussicht hat (es also sinnlos wäre, dem Antragsteller ein Beschwerde- oder ein neues Verfügungsverfahren zu eröffnen), aber auch dann, wenn die Möglichkeit besteht, den Mangel der Antragschrift zu beheben.⁷⁶ Unzulässigkeit der Beschlusszurückweisung wird des Weiteren auch dann bejaht, wenn der Antragsgegner bereits anderweitig von dem Verfahren Kenntnis erlangt hat⁷⁷ oder wenn eine gütliche Lösung möglich erscheint.⁷⁸ Teilweise wird die restriktive Handhabung des § 937 Abs. 2 Alt. 2 ZPO auf die Formel gebracht, auch für die zurückweisende Beschlussentscheidung gelte das Erfordernis der Dringlichkeit.⁷⁹ All dies ist jedoch streitig. Die Gegenmeinung stellt die Entscheidung über die Durchführung einer mündlichen Verhandlung in das Ermessen des Gerichts.⁸⁰

Das mit § 937 Abs. 2 Alt. 2 ZPO erstrebte Ziel, den alten Streit um die Zulässigkeit von Antragszurückweisungen ohne mündliche Verhandlung beizulegen, wurde somit nicht erreicht; der Anschein einer klaren Regelung trägt. Wie aufgezeigt, wird fast ausnahmslos eine restriktive Anwendung der Vorschrift vertreten, zum Teil so restriktiv, dass kaum ein Anwendungsbereich für sie verbleibt. In der Tat würde die Vorschrift, würde sie entsprechend ihrem Wortlaut angewendet, kontraproduktiv (nämlich verfahrensmehrend und aufwandsteigernd) wirken, den Anspruch auf rechtliches Gehör verletzen⁸¹ und mit wichtigen Grundregeln des Zivilprozessrechts (§§ 139, 278 ZPO) kollidieren. Nicht zuletzt hinterlässt es unter dem Aspekt des fairen Verfahrens einen schalen Beigeschmack, wenn das Gericht dem Antragsgegner seine Entscheidung vorenthält, um der anderen Seite trotz einer als ungerechtfertigt zurückgewiesenen Rechtsverfolgungsmaßnahme strategische Vorteile zu erhalten. Legt der Antragsteller sofortige Beschwerde gegen den zurückweisenden Beschluss ein, wird der Antragsgegner sogleich in zweiter Instanz mit dem Verfahren konfrontiert; zugleich ist dies wegen § 574 Abs. 1 Satz 2, § 542 Abs. 2 ZPO die letzte Instanz. Dem Antragsteller stehen also zwei Instanzen, dem Antragsgegner steht nur eine zur Verfügung. Mit dem Prinzip der Waffengleichheit ist dies schwerlich vereinbar.

⁷⁶ KG MDR 1991, 1194; *Skamel* in Berger, Einstweiliger Rechtsschutz im Zivilrecht, Kap. 6 Rdn. 12

⁷⁷ *Grunsky* in Stein/Jonas, § 937 Rdn. 8

⁷⁸ *Vollkommer* in Zöller, § 937 Rdn. 2a.

⁷⁹ *Thümmel* in Wieczorek/Schütze, § 937 Rdn. 6.

⁸⁰ *Drescher* in Münchener Kommentar zur ZPO, § 937 Rdn. 7.

⁸¹ *Walker*, Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozess, Rdn. 292 ff.

c) § 937 Abs. 2 Alt. 2 ZPO sollte daher aufgehoben werden. Der Grundsatz, dass über kontradiktorische Anträge in einem regulären, den Gegner einbeziehenden Verfahren zu entscheiden ist, beansprucht auch im einstweiligen Rechtsschutz Geltung. Die Vorschrift steht, wie die herrschende Meinung zu Recht vertritt, mit dem Grundsatz der Verfahrensökonomie und -gerechtigkeit in Widerspruch und muss daher so restriktiv angewendet werden, dass ihr kaum ein Anwendungsbereich verbleibt. Ihr entgegenstehender Wortlaut verleitet zu Fehlbehandlungen und verursacht unnötigen Verfahrensaufwand.

9. Beschleunigte Durchführung der mündlichen Verhandlung

a) Das summarische Verfahren der einstweiligen Verfügung bezieht seine Rechtfertigung daraus, dass ein effizienter Rechtsschutz in bestimmten Fällen die kurzfristige Erlangung eines gerichtlichen Titels unabdingbar macht (s. oben II 1). Dieses Sonderverfahren muss daher echten Eilfällen vorbehalten bleiben (was durch das Erfordernis des Verfügungsgrundes sichergestellt wird), dann aber von der Justiz auch mit entsprechender Beschleunigung durchgeführt werden. Die ZPO bringt dies als Selbstverständlichkeit nicht besonders zum Ausdruck. Als Folge davon wird jedoch in der Praxis, insbesondere von Richtern, die nur sporadisch mit Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes befasst werden, dem Beschleunigungsgebot vielfach nicht der gebotene Stellenwert beigemessen. Es kommt vor, dass erst Wochen nach Eingang des Antrags mündlich verhandelt wird. Vielfach verwenden Richter dieselben verfahrenseinleitenden Formblätter wie im Klageverfahren und ordnen ein schriftliches Vorverfahren oder einen frühen ersten Termin mit Schriftsatzfristen an. Die Bereitschaft, besondere Verhandlungstermine anzuberaumen und dafür ggf. andere Sachen zurückzustellen, ist, wie bereits ausgeführt, nicht sehr stark ausgeprägt.

b) Ein Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes, welches nicht innerhalb weniger Tage zum Abschluss gebracht wird, verliert seinen Sinn. Würde den Parteien ein Zeitraum von mehreren Wochen zur Vorbereitung der mündlichen Verhandlung eingeräumt, könnte auch sogleich ein regulärer Frühtermin i.S.v. § 275 ZPO stattfinden, mit entsprechender Vorbereitung durch das Gericht nach § 273 ZPO und Herbeischaffung evtl. erforderlicher Beweismittel. Es bestünde keine Rechtfertigung mehr dafür, für die Sachverhaltsfeststellung die bloße Glaubhaftmachung genügen zu lassen, und die Aufspaltung der Rechtsverfolgung in ein Verfügungs- und ein Hauptsacheverfahren verlöre weitgehend ihren Sinn.

c) Der Eilcharakter des Verfahrens und die hierfür zu beachtenden Maßgaben der richterlichen Sachbehandlung (Frist für die Terminsbestimmung; Abkürzung der Ladungsfrist; Verzicht auf schriftsätzliche Vorbereitung; Unzulässigkeit von Vertagung und Aussetzung) sollten daher ausdrücklich im Gesetz bestimmt werden.

10. Güteverhandlung

a) § 278 Abs. 2 ZPO, wonach der mündlichen Verhandlung grundsätzlich eine Güteverhandlung unter persönlicher Beteiligung der Parteien vorauszugehen hat, gilt auch im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes.⁸² Sinn, Zweck und äußere Gegebenheiten dieses Verfahrens erfordern freilich Abstriche in Bezug auf die Intensität des Güteversuchs; eine gesonderte, von der mündlichen Verhandlung abgekoppelte Güteverhandlung wäre mit dem Eilcharakter des Verfügungsverfahrens nicht vereinbar. In der Praxis wird von einem Güteversuch aber oftmals völlig abgesehen, weil er als nicht zum summarischen Charakter dieses Verfahrens passend angesehen wird.

b) Sinnvoll ist es auf jeden Fall, dass das Gericht die Parteien persönlich lädt und mit ihnen den Streitstoff entsprechend der Zielrichtung des § 278 Abs. 2 ZPO erörtert. Gerade unter dem Druck des bereits schwebenden Verfügungsverfahrens lassen sich nicht selten Einigungen erzielen, die nicht nur eine Rücknahme des Verfügungsantrags ermöglichen, sondern auch ein Hauptsacheverfahren entbehrlich machen.

c) Im Gesetz sollte deshalb klargestellt werden, dass auch im Verfügungsverfahren grundsätzlich mit den persönlich erschienenen Parteien zur Güte zu verhandeln und diese Güteverhandlung auf den Rechtsstreit in seiner Gesamtheit zu erstrecken ist.

11. Intensität der Schlüssigkeitsprüfung

a) Es ist umstritten, ob die für das Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes kennzeichnende summarische Prüfung nur für den Sachverhalt (Glaubhaftmachung!) oder auch für die Rechtsfragen gilt, ob also das Gericht sich letzte Klarheit darüber verschaffen muss, ob die vorgetragenen und glaubhaft gemachten Tatsachen den Verfügungsanspruch rechtfertigen. Nach herrschender Meinung ist selbst bei schwierigen rechtlichen Fragen eine uneinge-

⁸² *Leipold* in Stein/Jonas, § 278 Rdn. 12; *Assmann* in Wieczorek/Schütze, ZPO, 3. Aufl. 2008, § 278 Rdn. 23; *Greger* in Zöller, § 278 Rdn. 8.

schränkte Schlüssigkeitsprüfung geboten;⁸³ andere wollen eine summarische Prüfung auch für die rechtlichen Voraussetzungen genügen lassen.⁸⁴ Vereinzelt wird sogar vertreten, dass von einer Schlüssigkeitsprüfung ganz abzusehen und stattdessen eine reine Interessenabwägung vorzunehmen sei.⁸⁵ Schließlich wird noch vertreten, dass bei besonders schwierigen Sachen eine einstweilige Verfügung überhaupt nicht in Betracht kommt.⁸⁶

Aus der Rechtsprechung finden sich kaum grundsätzliche Aussagen zu dieser Streitfrage. Angesichts ihrer zentralen Bedeutung ist dies überraschend. Die Problematik wird offensichtlich eher pragmatisch als dogmatisch behandelt, und da es im einstweiligen Rechtsschutzverfahren keine oberste Rechtsprüfungsinstanz gibt (§ 542 Abs. 2 ZPO), kann es nicht zu einer grundsätzlichen Klärung kommen.

b) Die geschilderte Rechtsunsicherheit in dem genannten, zentralen Bereich des einstweiligen Rechtsschutzes erscheint nicht hinnehmbar. Um rechtsstaatswidrige Ungleichbehandlungen zu vermeiden, muss der Gesetzgeber den Gerichten verbindliche Vorgaben machen. Angesichts des Zwecks der einstweiligen Verfügung, bestehende Rechtspositionen vor Verlust oder Beeinträchtigung zu schützen, kann von einer vollständigen rechtlichen Überprüfung des behaupteten Verfügungsanspruchs nicht abgesehen werden. Diese wäre zwar für das Hauptsacheverfahren nicht bindend; das Gericht könnte dort aufgrund reiflicherer Erwägungen zu anderen Beurteilungen kommen. Von einer Schlüssigkeitsprüfung im Verfügungsverfahren abzusehen und stattdessen auf eine bloße Interessenabwägung abzustellen, würde den Charakter des einstweiligen Rechtsschutzes aber völlig verändern. Ein derartiger Ansatz mag im öffentlichen Recht am Platze sein; auf das Zivilrecht, bei dem subjektive Rechte gleichgeordneter Rechtsträger einander gegenüberstehen, lässt er sich nicht übertragen.

Im Übrigen wird auch bei der Schlüssigkeitsprüfung im Versäumnisverfahren (§ 331 ZPO) nicht nach einfachen und schwierigen Rechtslagen differenziert: Was dem Richter hier abverlangt wird, kann auch im Verfügungsverfahren nicht als Überforderung gewertet werden.

⁸³ *Drescher* in Münchener Kommentar zur ZPO, § 935 Rdn. 13; *Skamel* in Berger, Einstweiliger Rechtsschutz im Zivilrecht, Kap. 6 Rdn. 21; *Walker*, Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozess, Rdn. 309 ff. m.w.N.

⁸⁴ *Grunsky* in Stein/Jonas, § 935 Rdn. 6; *Vollkommer* in Zöller, § 922 Rdn. 6.

⁸⁵ *Leipold*, Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes (1971) S. 83 ff.; ders. ZJP 90 (1977), 266 ff.

⁸⁶ Nachweise zum gewerblichen Rechtsschutz bei *Grunsky* in Stein/Jonas, § 935 Rdn. 10.

c) Im Gesetz ist daher klarzustellen, dass eine einstweilige Verfügung nur ergehen darf, wenn die vorgetragenen und glaubhaft gemachten Tatsachen den Verfügungsanspruch rechtfertigen.

Unbeschadet bleibt die Pflicht, den Antragsteller vor einer Zurückweisung des Antrags auf Mängel der Schlüssigkeit nach § 139 ZPO hinzuweisen.

12. Interessenabwägung; Verhältnismäßigkeit

a) Eine Abwägung der Interessen von Antragsteller und Antragsgegner kann zwar, wie vorstehend dargelegt, die Schlüssigkeitsprüfung nicht ersetzen, ist aber vor dem Erlass einer einstweiligen Verfügung – jedenfalls soweit es sich nicht um eine reine Sicherungsverfügung handelt – zusätzlich zur Feststellung der rechtlichen Voraussetzungen vorzunehmen.⁸⁷ Dies folgt daraus, dass der Antragsteller hier nicht nur – wie im Erkenntnisverfahren – die Titulierung seines Rechts begehrt, sondern darüber hinaus dem Gegner mit sofortiger Wirkung bestimmte Einschränkungen seiner Betätigungsfreiheit auferlegen lassen will. Er begehrt ein Mehr gegenüber der bloßen Rechtsbestätigung, was sich auch in dem Erfordernis eines besonderen Verfügungsgrundes niederschlägt. Das Gebot der Ausgewogenheit des Rechtsschutzes (s. oben II 2) erfordert es jedoch, auch die Folgen der einstweiligen Verfügung für den Antragsgegner bei der Entscheidung über den Verfügungsantrag zu berücksichtigen. Es ist eine Folgenabschätzung vorzunehmen: Das Interesse des Antragstellers am sofortigen Wirksamwerden des beantragten Ge- oder Verbots ist gegen die negativen Auswirkungen dieser sofortigen Wirkung auf Seiten des Antragsgegners abzuwägen. Nicht die Rechtsdurchsetzung als solche kann Gegenstand dieser Abwägung sein, sondern nur deren vorgriffweise Sicherstellung durch die einstweilige Maßnahme.

Auch § 938 ZPO, der den Inhalt der einstweiligen Verfügung in das Ermessen des Gerichts stellt, wird so verstanden, dass er, obwohl er nur von der Erforderlichkeit spricht, eine Abwägung der Folgen, auch unter dem Aspekt der Verhältnismäßigkeit, verlangt.⁸⁸

Den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in den Vorschriften über die einstweilige Verfügung besonders zum Ausdruck zu bringen, hat bereits die Kommission für das Zivilprozessrecht im Jahre 1977 mit Nachdruck gefordert; der Rechtsstaatsgrundsatz verlange, dass die Entscheidung über eine über den Sicherungszweck hinausgehende Verfügung auf einer sorgfältigen Interessenabwägung beruht.⁸⁹

⁸⁷ Grunsky in Stein/Jonas, § 935 Rdn. 9; Boemke in Berger, Einstweiliger Rechtsschutz im Zivilrecht, Kap. 5 Rdn. 42, 44 m.w.N. zu modifizierenden Literaturmeinungen.

⁸⁸ Grunsky in Stein/Jonas, § 938 Rdn. 17; Drescher in Münchener Kommentar zur ZPO, § 938 Rdn. 3.

⁸⁹ Bericht S. 215.

In Art. 266 der soeben (19.12.2008) beschlossenen Schweizerischen Zivilprozessordnung wird für Maßnahmen gegen periodisch erscheinende Medien der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz besonders betont. Das österreichische Recht lenkt den Blick auf die – im Interesse der Verhältnismäßigkeit oftmals sachgerechte – Befristung der einstweiligen Verfügung, indem es für den Antrag wie im Beschluss Angaben zu der Zeit, für welche die Verfügung getroffen werden soll, verlangt (§ 389 Abs. 1, § 391 Abs. 1 EO).

b) Die Forderung der Kommission für das Zivilprozessrecht ist uneingeschränkt zu unterstützen, ein gesetzgeberisches Tätigwerden dringend geboten. Die Notwendigkeit einer Interessenabwägung und das Verhältnismäßigkeitserfordernis kommen in den aus vorkonstitutioneller Zeit stammenden Vorschriften der §§ 935 ff. ZPO nicht einmal ansatzweise zum Ausdruck. Im Gegenteil: Die Vorschriften erwecken den Eindruck, als komme es allein auf die Zweckmäßigkeit an (§§ 935, 938, 940 ZPO). Es liegt nahe, die oftmals zu unkritische Entscheidungspraxis auf diese einseitige Betonung der Interessen des Antragstellers zurückzuführen.

c) Auch wenn die Notwendigkeit der Interessenabwägung und das Verhältnismäßigkeitserfordernis als ungeschriebene Rechtsprinzipien Geltung beanspruchen, ist ihre ausdrückliche Hervorhebung im Interesse einer sachgerechten, einheitlichen Rechtsanwendung dringend zu empfehlen.

13. Glaubhaftmachung

a) Nach §§ 936, 920 Abs. 2 ZPO sind die Voraussetzungen für den Erlass einer einstweiligen Verfügung vom Antragsteller lediglich glaubhaft zu machen. Der Antragsteller muss also nicht die volle Überzeugung des Richters vom Bestehen des Verfügungsanspruchs und des Verfügungsgrundes herbeiführen, sondern ihm lediglich die Grundlagen für eine positive Wahrscheinlichkeitsbeurteilung liefern. § 294 ZPO stellt klar, dass hierfür auch die eidesstattliche Versicherung des Antragstellers selbst ausreichen kann; andere als präsen- te Beweismittel werden dort ausdrücklich ausgeschlossen.

Auch wenn diese Herabsetzung des Beweismaßes für beide Parteien gilt, kommt sie in praxi doch hauptsächlich dem Antragsteller zugute. Er kann auf diesem Wege selbst dann, wenn er kein im Hauptsacheverfahren zulässiges Beweismittel besitzt, eine ihm günstige Eilentscheidung erreichen. Anders als im regulären Zivilprozess nützt es dem Antragsgegner wenig, wenn er anspruchsbegründende Tatsachen bestreitet: Sind sie glaubhaft gemacht, hat der Richter sie gleichwohl seiner Entscheidung zugrunde zu legen. Nur wenn dem

Antragsteller Gegenrechte oder (rechtsvernichtende oder -hemmende) Einwendungen zur Verfügung stehen – was nur ausnahmsweise der Fall ist – kommt auch ihm die Erleichterung der Glaubhaftmachung zugute.⁹⁰

Zu Lasten des Antragsgegners wirkt auch, dass er selbst bei Vorhandensein ihm günstiger Beweismittel durch § 294 Abs. 2 ZPO gehindert wird, diese in das Verfahren einzuführen. Da er oftmals von dem Verfügungsantrag überrascht wird und im Beschlussverfahren überhaupt nicht, bei mündlicher Verhandlung wegen der kurzfristigen Terminierung nur sehr eingeschränkt in der Lage ist, eine sofortige Beweisaufnahme herbeizuführen, ist er gegenüber dem Antragsteller, der seine Prozessstrategie gezielt vorbereiten kann, deutlich im Nachteil.

Das Glaubhaftmachungsmittel der eidesstattlichen Versicherung bietet keinen ausreichenden Schutz vor ungerechtfertigten, d.h. mit der im Hauptsacheverfahren festzustellenden Rechtslage nicht übereinstimmenden einstweiligen Verfügungen. Die eidesstattliche Versicherung ist nichts anderes als eine von der interessierten Partei selbst aufgestellte Behauptung. Ihre Funktion als Grundlage der richterlichen Entscheidung erhält sie allein dadurch, dass sie in einer Form aufgestellt wird, die den Erklärenden für den Fall der Unrichtigkeit mit Strafe bedroht. Eine Bestrafung nach §§ 156, 163 Abs. 1 StGB setzt jedoch voraus, dass dem Erklärenden nicht nur die Unrichtigkeit, sondern auch die subjektiven Tatbestandsmerkmale – Vorsatz oder Fahrlässigkeit – nachgewiesen werden. In den häufigen non-liquet-Fällen, in denen weder die Wahrheit einer Behauptung noch ihre Unwahrheit bewiesen werden kann, verschafft § 294 ZPO dem Antragsteller also einen erheblichen strategischen Vorteil. Selbst wenn er im Hauptsacheverfahren an der Beweislast scheitert, hat er sich durch das vorläufige Verbot u.U. wertvolle Vorteile, z.B. im Wettbewerb, verschafft, die das Risiko einer Schadensersatzpflicht nach § 945 ZPO überwiegen.

Zu Recht wird in Rechtsprechung und Literatur darauf hingewiesen, dass eidesstattlichen Versicherungen im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes mit besonderer Vorsicht und einem gewissen Misstrauen zu begegnen ist.⁹¹ In der Praxis ist demgegenüber eine verbreitete Neigung festzustellen, durch eidesstattliche Versicherung bekräftigte Behauptungen selbst dann als Entscheidungsgrundlage ausreichen zu lassen, wenn sie nur in einer pauschalen Bezugnahme auf den Antragschriftsatz bestehen. In der obergerichtlichen Rechtsprechung ist wiederholt ausgesprochen worden, dass eine eidesstattliche Versicherung dann keinen für die Glaubhaftmachung hinreichenden Beweiswert hat, wenn sie keine eigene Tatsachendarstellung enthält, aus einem Gemisch von Tatsachendarstellungen und

⁹⁰ Walker, Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozess, Rdn. 430.

⁹¹ BPatG GRUR 1978, 359; LAG München DB 1978, 260; OLG Frankfurt GRUR 1984, 304; *Leipold* in Stein/Jonas, § 294 Rdn. 19; *Walker*, Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozess, Rdn. 430; *Skamel* in Berger, Einstweiliger Rechtsschutz im Zivilrecht, Kap. 6 Rdn. 29.

Wertungen besteht oder einen Vorgang schildert, der sich der eigenen Wahrnehmung entzieht.⁹²

b) Die vorstehend wiedergegebenen Vorbehalte gegen eine zu unkritische Handhabung bei der Glaubhaftmachung sind berechtigt. Durch die Herabsetzung des Beweismaßes kann es zu einer Störung der prozessualen Waffengleichheit kommen, weil sie, wie dargelegt, vornehmlich zu Gunsten des Antragstellers wirkt.⁹³

Auf der anderen Seite ist die Herabsetzung des Beweismaßes unabdingbares Element eines effizienten einstweiligen Rechtsschutzes. Es muss versucht werden, dieses Bedürfnis mit den rechtsstaatlichen Anforderungen an die Ausgewogenheit des Rechtsschutzes in Einklang zu bringen.

c) An dem im deutschen Verfahrensrecht eingeführten Begriff der Glaubhaftmachung sollte festgehalten werden; andere Umschreibungen, wie sie z.B. der Entwurf der Kommission für ein Europäisches Zivilprozessgesetzbuch⁹⁴ versucht, können schwerlich größere Klarheit bringen. Auch die (deutsche) Kommission für das Zivilprozessrecht sah nach eingehender Diskussion verschiedenster Optionen⁹⁵ von einem Änderungsvorschlag ab.⁹⁶ Im Gesetz sollte jedoch zum Ausdruck kommen, dass an eidesstattliche Versicherungen bestimmte Anforderungen zu stellen sind, insbesondere formularmäßige Pauschalversicherungen nicht ausreichen. Für die mündliche Verhandlung sollte in aller Regel die persönliche Anwesenheit der Parteien angeordnet und, soweit möglich, die Präsentation von Beweismitteln aufgegeben werden. Dadurch könnte der bedenklichen Tendenz, selbst einschneidende Maßnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes aufgrund rein schriftlichen Vorbringens anzuordnen, entgegengewirkt werden.

⁹² BGH NJW 1988, 2045; 2004, 3491, 3492; OLG Celle NdsRpfl 2004, 186; OLG Brandenburg OLGR 2003, 561; OLG Karlsruhe OLGR 1998, 95; OLG Düsseldorf MDR 1986, 152. S. auch *Leipold* in Stein/Jonas, § 294 Rdn. 19; *Greger* in Zöller, § 294 Rdn. 4.

⁹³ *Walker*, Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozess, Rdn. 430.

⁹⁴ S. hierzu *Schilken*, ZZP 109 (1996) 315 ff. mit dem Text des Entwurfs S. 345 ff. Der Entwurf spricht unter 10.2 in der französischen Fassung von „vérification sommaire“, in der englischen Fassung heißt es „whenever the court is satisfied, without going into the matter at length, that the existence of the claimed right is obvious“.

⁹⁵ Diskutiert wurden u.a. der Ausschluss eidesstattlicher Versicherungen des Antragstellers und die richterliche Befugnis zu einer beschränkten Amtsermittlung.

⁹⁶ Bericht S. 219.

14. Entscheidungsbegründung

a) Einstweilige Verfügungen, die aufgrund mündlicher Verhandlung durch Urteil ergehen, sind nach § 313 Abs. 1 Nr. 6 ZPO mit Entscheidungsgründen zu versehen, soweit nicht ausnahmsweise § 313a oder § 313b ZPO eingreift.⁹⁷

Beschlussverfügungen werden in der Praxis üblicherweise nicht besonders begründet; zumeist wird auf die Antragsbegründung Bezug genommen.⁹⁸ Dies soll selbst dann ausreichen, wenn eine Schutzschrift vorlag.⁹⁹ In der Literatur wird zumindest eine Begründung der besonderen Dringlichkeit für erforderlich gehalten.¹⁰⁰

b) Angesichts der besonderen Eilbedürftigkeit von Beschlussverfügungen können an die Begründungspflicht nur ermäßigte Anforderungen gestellt werden. Die Argumentation, anhand der Antragsbegründung könne der Antragsgegner ersehen, welche Gründe zum Erlass der einstweiligen Verfügung geführt haben, greift jedoch zu kurz. Sie verkennt, dass dem Erlass der einstweiligen Verfügung wertende und abwägende Entscheidungen vorausgehen müssen:

Besteht besondere Dringlichkeit, die ein Absehen von mündlicher Verhandlung legitimiert? Kann die vorherige Anhörung des Antragsgegners unterbleiben? Reicht die Glaubhaftmachung? Ist die Verhältnismäßigkeit gewahrt?

Zu all dem lässt sich der Antragsbegründung nichts entnehmen; eine kurze Begründung hierzu ist daher unverzichtbar. Sie dient nicht nur der Information des Betroffenen, sondern auch der Selbstkontrolle des Richters.¹⁰¹ Die Möglichkeit, Widerspruch einzulegen, ändert schon wegen des fehlenden Einflusses auf die Vollziehbarkeit (§ 924 Abs. 3 i.V.m. § 936 ZPO) nichts daran, dass dem Beschluss dieselbe Wirkung zukommt wie einem Urteil.

c) Es sollte daher angeordnet werden, dass der stattgebende Beschluss mit einer kurzen Begründung versehen wird, die zwar auf die Antragsbegründung Bezug nehmen kann, aber erkennen lassen muss, weshalb das Gericht ihr gefolgt ist und ohne mündliche Verhandlung entschieden hat.

⁹⁷ Heiderhoff in Berger, Einstweiliger Rechtsschutz im Zivilrecht, Kap. 7 Rdn. 32.

⁹⁸ OLG Nürnberg NJW 1976, 1101; Grunsky in Stein/Jonas, § 922 Rdn. 5; Vollkommer in Zöller, § 922 Rdn. 10; Heiderhoff in Berger, Einstweiliger Rechtsschutz im Zivilrecht, Kap. 7 Rdn. 35; Walker, Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozess, Rdn. 434.

⁹⁹ OLG Köln MDR 1998, 432 m. krit. Anm. Schneider.

¹⁰⁰ Grunsky in Stein/Jonas, § 937 Rdn. 9; Vollkommer in Zöller, § 937 Rdn. 2; Heiderhoff in Berger, Einstweiliger Rechtsschutz im Zivilrecht, Kap. 7 Rdn. 35.

¹⁰¹ Zu diesem aus dem Rechtsstaatsprinzip folgenden Zweck des Begründungszwangs s. Lücke, Begründungszwang und Verfassung (1987) S. 39 ff.

15. Rechtsmittelbeschränkung

a) Im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes ist der Instanzenzug nur zweistufig. Eine Revision findet nicht statt (§ 542 Abs. 2 ZPO), ebenso wenig die Rechtsbeschwerde bei ablehnenden Beschlüssen (§ 574 Abs. 1 Satz 2 ZPO). Diese Beschränkung ist sinnvoll, weil ein zu lange dauernder Rechtsstreit mit dem Wesen des einstweiligen Rechtsschutzes nicht vereinbar wäre.¹⁰² Sie hat aber auch negative Auswirkungen, weil die Zwecke der dritten Instanz (Rechtfortbildung und -vereinheitlichung) nicht zum Tragen kommen können. Viele Unklarheiten und Unsicherheiten in der Rechtsanwendung sind hierauf zurückzuführen.¹⁰³

b) Ein so wichtiges Rechtsgebiet wie der einstweilige Rechtsschutz darf von der Rechtsvereinheitlichung nicht ausgeschlossen werden. Seit Einführung der Zulassungsrevision (§ 543 ZPO) besteht die Gefahr nicht mehr, dass die dritte Instanz zur Verfahrensverzögerung missbraucht wird. Eine aufschiebende Wirkung haben die Rechtsmittel gegen einstweilige Verfügungen ohnehin nicht.¹⁰⁴ In aller Regel wird sich der einstweilige Rechtsschutz zwar erledigt haben, bis eine Entscheidung des BGH ergehen kann; in Einzelfällen kann sich aber die Möglichkeit ergeben, eine streitige Rechtsfrage durch das oberste Gericht klären zu lassen. Sie sollte nicht abgeschnitten werden.

Dies gilt auch für die Rechtsbeschwerde bei ablehnenden Beschlüssen (bei der eine Verschleppungsabsicht ohnehin nicht in Betracht kommt).

c) § 542 Abs. 2 Satz 1 und § 574 Abs. 1 Satz 2 ZPO sollten daher aufgehoben werden.

16. Sicherheitsleistung

a) § 921 Abs. 1 i.V.m. § 936 ZPO gestattet dem Gericht, eine einstweilige Verfügung auch bei mangelnder Glaubhaftmachung von Verfügungsanspruch und/oder Verfügungsgrund anzuordnen, wenn wegen der dem Gegner drohenden Nachteile Sicherheit geleistet wird. Diese Möglichkeit ist von Amts wegen zu prüfen, eine Zurückweisung wegen mangelnder Glaubhaftmachung somit nur zulässig, wenn das Gericht eine Sicherheitsleistung nicht als ausreichend ansieht. Das Gericht müsste in diesem Fall zunächst einen Beschluss über die Sicherheitsleistung erlassen (ohne Mitteilung an den Gegner, § 922 Abs. 3 ZPO) und erst

¹⁰² Walker, Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozess, Rdn. 387.

¹⁰³ Berger, Einstweiliger Rechtsschutz im Zivilrecht, Kap. 1 Rdn. 3.

¹⁰⁴ Zur eingeschränkten Möglichkeit einer einstweiligen Einstellung der Zwangsvollstreckung s. Heiderhoff in Berger, Einstweiliger Rechtsschutz im Zivilrecht, Kap. 8 Rdn. 12 f.

nach deren Erbringung die einstweilige Verfügung anordnen. Da dieses Verfahren sehr schwerfällig und mit dem Beschleunigungsgebot beim einstweiligen Rechtsschutz kaum zu vereinbaren ist, wird in solchen Fällen üblicherweise sogleich die einstweilige Verfügung erlassen und in einem gleichzeitig ergehenden Beschluss ihre Vollziehung von der Sicherheitsleistung abhängig gemacht.¹⁰⁵

Das Gericht kann aber nach § 921 Satz 2 ZPO auch bei voller Glaubhaftmachung die Anordnung oder Vollziehung der einstweiligen Verfügung von einer Sicherheitsleistung abhängig machen, etwa wenn ein besonders hoher Schaden beim Antragsgegner zu befürchten ist.¹⁰⁶

Art. 264 der Schweizerischen Zivilprozessordnung spricht den zu befürchtenden Schadenseintritt ausdrücklich als Ermessenskriterium an.

Die Anordnung der Sicherheitsleistung kann den einstweiligen Rechtsschutz des Antragstellers entwerten oder sogar (wenn er zur Sicherheitsleistung nicht in der Lage ist) vereiteln. Ihm ist vor der Anordnung rechtliches Gehör zu gewähren. Besteht er auf Anordnung ohne Sicherheitsleistung, ist er durch den gegenteiligen Beschluss beschwert und kann gegen ihn sofortige Beschwerde erheben (§ 567 Abs. 1 Nr. 2 ZPO).¹⁰⁷ Dem Antragsgegner stehen gegen die einstweilige Verfügung die üblichen Rechtsbehelfe (Widerspruch, Berufung, Aufhebungsantrag nach §§ 926, 927 ZPO) zu; bei Beschlussverfügungen kann es zu einem zweigleisigen Rechtsmittelverfahren kommen. Widerspruch bzw. Berufung können auf die unterbliebene Anordnung einer Sicherheitsleistung beschränkt werden.¹⁰⁸

Die Kommission für das Zivilprozessrecht hatte eine Regelung erwogen, wonach der Vollzug einer einstweiligen Verfügung zum Schutze des Antragsgegners grundsätzlich von einer Sicherheitsleistung abhängig gemacht werden sollte. Da eine solche Regelung aber zahlreiche, schwer zu umschreibende Ausnahmen vorsehen müsste, hat die Kommission von einem solchen Vorschlag abgesehen und die Erwartung zum Ausdruck gebracht, dass dem Schutzbedürfnis des Antragsgegners durch angemessene Handhabung des richterlichen Ermessens Rechnung getragen wird.¹⁰⁹

b) Die bisher im Gesetz allein vorgesehene Möglichkeit, die *Anordnung* der einstweiligen Verfügung von einer Sicherheitsleistung abhängig zu machen, ist systemwidrig. Mit dem

¹⁰⁵ KG WRP 1995, 24; OLG Hamm GRUR 1984, 603; *Vollkommer* in Zöller, § 921 Rdn. 4; *Skamel* in Berger, Einstweiliger Rechtsschutz im Zivilrecht, Kap. 6 Rdn. 37.

¹⁰⁶ *Skamel* in Berger, Einstweiliger Rechtsschutz im Zivilrecht, Kap. 6 Rdn. 39. Ebenso § 390 Abs. 2 österr. EO.

¹⁰⁷ *Grunsky* in Stein/Jonas, § 921 Rdn. 11; *Vollkommer* in Zöller, § 921 Rdn. 6; *Skamel* in Berger, Einstweiliger Rechtsschutz im Zivilrecht, Kap. 6 Rdn. 38.

¹⁰⁸ *Grunsky* in Stein/Jonas, § 921 Rdn. 11; *Vollkommer* in Zöller, § 921 Rdn. 6; *Drescher* in Münchener Kommentar zur ZPO, § 921 Rdn. 7.

¹⁰⁹ Bericht S. 219.

Wesen des einstweiligen Rechtsschutzes vereinbar ist allein das in der Praxis entwickelte Vorgehen, die *Vollziehung* nur gegen Sicherheitsleistung zuzulassen.

Auf die Notwendigkeit einer Ermessensausübung in Bezug auf die Sicherheitsleistung sollte deutlicher hingewiesen werden.

Geht gegen eine Beschlussverfügung mit entsprechender Anordnung sowohl der Antragsteller (mit sofortiger Beschwerde) als auch der Antragsgegner (mit Widerspruch) vor, ist das Beschwerdeverfahren auszusetzen, bis feststeht, ob die einstweilige Verfügung bestätigt wird. Wird gegen das Urteil Berufung eingelegt, ist das Beschwerdeverfahren mit dem Berufungsverfahren zu verbinden.¹¹⁰

c) § 921 ZPO sollte der praktischen Übung angepasst, die Notwendigkeit einer Ermessensausübung deutlicher zum Ausdruck gebracht werden. Für die (selten auftretende) Rechtsbehelfskollision erscheint eine gesetzliche Regelung nicht erforderlich.

17. Fehlende Bindung an den Antrag

a) Nach § 938 ZPO Abs. 1 ZPO kann das Gericht den Inhalt der Verfügung nach freiem, am Zweck der Maßnahme orientierten Ermessen bestimmen; es besteht also keine strikte Bindung an den Antrag. Allerdings muss sich die Maßnahme im Rahmen des Beantragten halten.¹¹¹

b) Diese Regelung ist im Grundsatz sachgerecht; sie verleiht dem Verfügungsverfahren die angesichts seines Eilcharakters und des Abwägungsgebots unverzichtbare Flexibilität. Allerdings verlangt der Anspruch auf rechtliches Gehör, dass das Gericht beiden Seiten Gelegenheit zur Stellungnahme gibt, bevor es eine vom Antrag abweichende Maßnahme anordnet; Überraschungsentscheidungen sind zu vermeiden.¹¹²

c) Die Regelung ist grundsätzlich beizubehalten, aber um einen Hinweis auf die Notwendigkeit der Anhörung zu ergänzen.

¹¹⁰ Heiderhoff in Berger, Einstweiliger Rechtsschutz im Zivilrecht, Kap. 8 Rdn. 11.

¹¹¹ Grunsky in Stein/Jonas, § 938 Rdn. 2; Vollkommer in Zöller, § 938 Rdn. 2.

¹¹² So auch der Entwurf der Kommission für ein europäisches Zivilprozessgesetzbuch Nr. 10.3.2, ZP 109 (1996) 358; dazu Schilken ZP 109 (1996) 328.

18. Aufbrauchfrist

a) Insbesondere im gewerblichen Rechtsschutz stellt sich häufig die Frage, ob dem Antragsgegner zur Vermeidung unverhältnismäßig harter Folgen zu gestatten ist, den zu unterlassenden Gebrauch noch befristet fortzusetzen, bis vorhandenes Material aufgebraucht, die Werbung umgestellt oder die Störung in sonstiger Weise abgestellt ist. Die Rechtsprechung bejaht dies auf dem Wege einer Einschränkung des materiell-rechtlichen Unterlassungsanspruchs durch den Grundsatz von Treu und Glauben.¹¹³ Der Schadensersatzanspruch wegen des rechtswidrigen Verhaltens wird dadurch nicht tangiert.¹¹⁴

Im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes steht die Gewährung einer Aufbrauchfrist in einem gewissen Gegensatz zu der dort vorauszusetzenden Dringlichkeit. Die Abwägung der beiderseitigen Interessen kann jedoch ergeben, dass dem Antragsteller kurzfristig ein Unterlassungstitel zu verschaffen ist, auch wenn er von ihm nicht sogleich Gebrauch machen darf.¹¹⁵

b) Versteht man die Aufbrauchfrist mit der zutreffenden h.M. als Einschränkung des materiell-rechtlichen Unterlassungsanspruchs, ist ihre Behandlung im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes beim Verfügungsanspruch anzusiedeln. Da die einstweilige Verfügung nicht über den Verfügungsanspruch hinausgehen darf, muss sie die entsprechende Einschränkung berücksichtigen. Inwieweit eine Aufbrauchfrist zu gewähren ist, hängt von der Interessenabwägung im Einzelfall ab. Da eine solche nur stattfinden kann, wenn der Antragsgegner seine Interessen vorbringen konnte, ist dies ein weiteres Argument dafür, das rechtliche Gehör im Verfügungsverfahren ernster zu nehmen als gemeinhin üblich und entweder mündliche Verhandlung anzuberaumen oder eine formlose Anhörung im Beschlussverfahren vorzunehmen (s. dazu oben 4 und 5).

c) Eine Regelung im Verfahrensrecht ist demnach weder erforderlich noch möglich.

¹¹³ Vgl. BGH GRUR 1982, 425, 431; 1990, 522, 528; eingehend *Bornkamm* in Hefermehl/Köhler/Bornkamm, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 26. Aufl. 2008, § 8 UWG Rdn. 1.58 ff.; *Bähr* in Ahrens, Der Wettbewerbsprozess, 5. Aufl. 2005, § 38 Rdn. 5 ff.; *Melullis*, Handbuch des Wettbewerbsprozesses, 3. Aufl. 2000, Rdn. 893; *Ulrich* GRUR 1991, 26.

¹¹⁴ BGH GRUR 1974, 735; *Bähr* in Ahrens, Der Wettbewerbsprozess, § 38 Rdn. 10.

¹¹⁵ *Bornkamm* in Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 8 UWG Rdn. 1.68; *Melullis*, Handbuch des Wettbewerbsprozesses, Rdn. 896 m.w.N.; *Ulrich* GRUR 1991, 26, 28 ff. Aus der wettbewerbsrechtlichen Rechtsprechung s. OLG Stuttgart WRP 1989, 832; a.A. OLG Frankfurt WRP 1988, 110, 113.

19. Übergang in das Hauptsacheverfahren

a) Das Verfahren der einstweiligen Verfügung ist darauf angelegt, die endgültige Rechtsdurchsetzung vorzubereiten und zu sichern. Es führt damit zu einer Verdoppelung des Verfahrensaufwands für Parteien und Gericht: Letzteres hat zunächst über den einstweiligen Schutz des streitigen Rechts, dann über seine Durchsetzung zu entscheiden. Zielrichtung und Ausgestaltung dieser Verfahren unterscheiden sich grundlegend, so dass in der Tat von einer Aufspaltung des Rechtsschutzes in zwei gesonderte Verfahren gesprochen werden kann.

Letztlich geht es aber doch um ein einheitliches Rechtsschutzbegehren. Seine Aufspaltung widerspricht der Prozessökonomie. Es fehlt daher nicht an Bestrebungen, die Verfahren zusammenzuführen.

aa) Wird ein Antrag auf einstweilige Verfügung *in einem bereits anhängigen Zivilprozess* gestellt, ergeben sich Synergieeffekte aus der einheitlichen Zuständigkeit des Gerichts und aus der Verwertbarkeit von Erkenntnissen aus dem Klageverfahren. Auch kann ein „prozessbegleitendes“ Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes eine schnellere, u.U. sogar einvernehmliche Konfliktlösung fördern. Ein solcher Effekt ist z.B. von den einstweiligen Anordnungen im familiengerichtlichen Verfahren (§§ 620 ff.; § 621g ZPO) bekannt. Auch gesetzgeberische Überlegungen zur Einführung einer vorläufigen Zahlungsanordnung (§ 302a ZPO i.d.F. des Entwurfs eines Forderungssicherungsgesetzes¹¹⁶) gehen in diese Richtung.

bb) Für den einstweiligen Rechtsschutz *außerhalb eines anhängigen Prozesses* stellt sich die geltende Rechtslage wie folgt dar:

Es besteht keine generelle Verpflichtung, im Anschluss an ein Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes die endgültige Rechtsklärung in einem Hauptsacheverfahren herbeizuführen. Die Parteien können sich mit der vorläufigen Regelung abfinden; sie besteht dann grundsätzlich auf unbegrenzte Zeit als Vollstreckungstitel fort (falls der Antragsteller die Vollziehungsfrist nach § 929 Abs. 2 i.V.m. § 936 ZPO gewahrt hat). In den meisten Landespressesetzen ist für den Gegendarstellungsanspruch ein Hauptsacheverfahren sogar ausgeschlossen.¹¹⁷ Im Wettbewerbsrecht ist es gängige Praxis, durch eine sog. Abschlusserklärung die durch einstweilige Verfügung getroffene Regelung als endgültig anzuerkennen und auf

¹¹⁶ BT-Drs. 16/511 S. 7.

¹¹⁷ Z.B. § 11 Abs. 4 Satz 5 Landespressesetz Baden-Württemberg. Übersicht bei *Vollkommer* in Zöller, § 926 Rdn. 2.

jeglichen Rechtsbehelf zu verzichten; dadurch entfällt für eine Hauptsacheklage das Rechtsschutzbedürfnis.¹¹⁸

Von den zuletzt genannten Ausnahmen abgesehen bleibt es den Parteien jedoch unbenommen, ein Hauptsacheverfahren über den Verfügungsanspruch einzuleiten, sei es im Wege einer Leistungs- bzw. Unterlassungsklage des Antragstellers, sei es im Wege einer negativen Feststellungsklage des Antragsgegners.

Der Antragsgegner hat auch die Möglichkeit, beim Gericht eine Anordnung zu erwirken, wonach der Antragsteller binnen einer bestimmten Frist Klage zu erheben habe (§ 926 Abs. 1 i.V. m. § 936 ZPO). Kommt der Antragsteller dem nicht nach, kann der Gegner ein Urteilsverfahren auf Aufhebung der einstweiligen Verfügung einleiten (§ 926 Abs. 2 i.V. m. § 936 ZPO).

cc) Dieselbe Möglichkeit hat er, wenn der Fortbestand der einstweiligen Verfügung wegen veränderter Umstände nicht mehr gerechtfertigt ist (§ 927 i.V. m. § 936 ZPO). Auch wenn die Hauptsacheklage rechtskräftig abgewiesen¹¹⁹ oder ein mit der einstweiligen Verfügung inhaltsgleiches Unterlassungsurteil rechtskräftig wird,¹²⁰ kann die Aufhebung beantragt werden; die einstweilige Verfügung verliert nicht etwa von selbst ihre Wirkung.¹²¹ Die Kommission für ein europäisches Zivilprozessgesetzbuch hat dagegen vorgeschlagen, die einstweilige Verfügung mit dem Erlass einer für den Antragsteller negativen Hauptsacheentscheidung hinfällig werden zu lassen.¹²²

b) Die bestehenden Vorschriften regeln das Verhältnis zwischen einstweiligem und endgültigem Rechtsschutz im Grundsatz sach- und interessengerecht. Die Möglichkeit, interimistische Anordnungen in bereits anhängigen Prozessen zu treffen, sollte jedoch nach dem Vorbild der einstweiligen Anordnungen im familiengerichtlichen Verfahren ausgeweitet werden. Außerdem sollte angestrebt werden, den nach Erlass einer einstweiligen Verfügung eintretenden Schwebezustand bis zur eventuellen Erhebung einer Hauptsacheklage zu vermeiden oder zumindest zu verkürzen, ohne dass es des umständlichen Verfahrens nach § 926 ZPO (Fristsetzungsantrag, Aufhebungsverfahren) bedarf.

¹¹⁸ Köhler in Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 12 UWG Rdn. 3.77; Melullis, Handbuch des Wettbewerbsprozesses, Rdn. 672 ff.; Heiderhoff in Berger, Einstweiliger Rechtsschutz im Zivilrecht, Kap. 7 Rdn. 55 ff.

¹¹⁹ BGHZ 122, 172 = NJW 1993, 2685, 2687 m.w.N.; Vollkommer in Zöller, § 927 Rdn. 5.

¹²⁰ Vollkommer in Zöller, § 927 Rdn. 6.

¹²¹ BGHZ 122, 172 = NJW 1993, 2685, 2687.

¹²² Nr. 10.7.3 der Vorschläge, abgedr. in ZZP 109 (1996) 360; dagegen Schilken ZZP 109 (1996) 329.

In diese Richtung geht Art. 262 Satz 2 der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung, wonach das Gericht der gesuchstellenden Partei eine Frist zur Einreichung der Klage setzt, verbunden mit der Androhung des Wegfalls der Maßnahme bei ungenutztem Ablauf der Frist. Auch nach § 391 Abs. 2 der österreichischen EO ist in vorprozessualen einstweiligen Verfügungen eine angemessene Frist für die Hauptsacheklage zu setzen; nach deren Ablauf ist die Verfügung auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben.

Die Tendenz sollte im Interesse der Verfahrensökonomie jedoch eher dahin gehen, Hauptsacheverfahren weitestmöglich entbehrlich zu machen. Dabei könnte die Praxis der Abschlusserklärung im Wettbewerbsprozess als Anregung dienen.

Unnötige Aufhebungsverfahren nach § 927 ZPO lassen sich vermeiden, wenn das automatische Unwirksamwerden der einstweiligen Verfügung durch ein klageabweisendes Urteil angeordnet wird; entgegen dem Kommissionsvorschlag sollte dies aber erst bei Rechtskraft der Hauptsacheentscheidung der Fall sein. Eine derartige Regelung enthält auch Art. 268 Abs. 2 der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung, allerdings auch für den Fall eines für den Antragsteller positiven Urteils; dafür soll das Gericht die Weitergeltung der vorläufigen Maßnahme anordnen können, wenn es der Vollstreckung dient oder das Gesetz dies vorsieht. Eine solche Regelung erscheint entbehrlich.

c) Für die Fälle, in denen bereits ein Hauptsacheverfahren anhängig ist, sollte eine an §§ 49 ff. FamFG orientierte Regelung geschaffen werden. Dabei ist klarzustellen, dass unter „Hauptsache“ nicht nur der Verfügungsanspruch, sondern z.B. auch eine Klage aus dem zugrundeliegenden Rechtsverhältnis zu verstehen ist.

Für isolierte Verfügungsverfahren könnten die genannten Effekte durch folgende gesetzliche Regelung erreicht werden:

Dem Antragsgegner wird in der einstweiligen Verfügung von Amts wegen eine Frist gesetzt, bis zu deren Ablauf er zu erklären hat, ob er die Regelung unter Verzicht auf alle Rechtsbehelfe (mit Ausnahme des Aufhebungsantrags wegen wesentlich veränderter Umstände) als endgültig anerkennt. Gibt er keine oder eine negative Erklärung ab, wird das Verfahren als Hauptsacheverfahren fortgesetzt. Dem Antragsteller wird – wie bei Überleitung des Mahnverfahrens ins streitige Verfahren nach § 697 ZPO – eine Frist zur Anspruchsbegründung gesetzt. Lässt er diese Frist verstreichen, kann nur noch der Antragsgegner erreichen, dass Termin zur mündlichen Verhandlung bestimmt wird.

Der bei Nichteinigung eintretende automatische Übergang ins Hauptverfahren verkürzt den Schwebezustand und übt auf beide Seiten einen gewissen Druck aus, nach dem Erlass einer einstweiligen Verfügung über eine endgültige Konfliktlösung ohne Durchführung des Haupt-

sacheverfahrens zu verhandeln. Das Gericht könnte die bereits gewonnenen Erkenntnisse zum Streitverhältnis zeitnah im Hauptverfahren verwerten. Der Vorschlag vereint somit Prozessvermeidung mit Prozessökonomie. Zudem mag er, da der Weg ins Hauptverfahren vorgezeichnet ist, vor manchem voreiligen Verfügungsantrag bewahren. Der Zweck des § 926 ZPO, die Klärung der Hauptsache auch gegen einen inaktiven Antragsgegner zu betreiben, bliebe gewahrt.

Schließlich sollte eine Regelung geschaffen werden, wonach eine einstweilige Verfügung wirkungslos wird, wenn das Bestehen des ihr zugrunde liegenden Anspruchs im Hauptsacheverfahren rechtskräftig verneint wird.

20. Fehlende Kodifizierung

a) Ein Grundmangel des deutschen Rechts der einstweiligen Verfügung besteht darin, dass es an einer systematischen, in sich geschlossenen Regelung in der ZPO fehlt. Der einstweilige Rechtsschutz ist in einem Abschnitt 5 des Buches 8 („Zwangsvollstreckung“) geregelt, obwohl es sich doch primär um ein Erkenntnisverfahren handelt.¹²³ In diesem Abschnitt wird vor allem der Arrest geregelt; mit dem – jedenfalls heute – wesentlich wichtigeren Institut der einstweiligen Verfügung beschäftigen sich nur wenige, zusammenhanglos aneinander gereihete Vorschriften (§§ 935, 937 – 942 ZPO); im Übrigen wird pauschal auf die Arrestvorschriften verwiesen (§ 936 ZPO).

Auch die Standardkommentare zur ZPO folgen dieser verfehlten Gesetzssystematik.

Sie wirkt sich deswegen besonders nachteilig aus, weil die Richter – soweit sie nicht in spezialisierten Kammern für Wettbewerbs- oder Pressesachen tätig sind – mit dem Sonderverfahren des einstweiligen Rechtsschutzes zumeist nur wenig Erfahrung haben und entsprechende Anträge außer der Reihe und unter Zeitdruck bearbeiten müssen. Der schnelle Blick ins Gesetz führt in solchen Fällen nicht weiter oder verleitet sogar – wie vorstehend aufgezeigt – zu Fehlbehandlungen.

Dass es für die lückenhafte, oft unklare Regelung keine höchstrichterliche Rechtsprechung gibt, kommt noch erschwerend hinzu.

b) Die große Bedeutung, die dem einstweiligen Rechtsschutz heute – anders als bei Erlass der ZPO anno 1877 – zukommt, das völlig gewandelte Verständnis von Rechtsstaatlichkeit und vor allem die große Tragweite gerichtlicher Entscheidungen auf diesem Gebiet lassen es

¹²³ Auf den verfehlten Standort hat auch die Kommission für das Zivilprozessrecht bereits hingewiesen (Bericht S. 220).

dringend geboten erscheinen, der Rechtspraxis eine ausgereifte, vollständige Kodifikation des einstweiligen Rechtsschutzes zur Verfügung zu stellen. Dabei ist der einstweiligen Verfügung ein in sich geschlossenes Regelwerk zu widmen, dem der Rechtsanwender auf einen Blick die wesentlichen Verfahrensschritte und die hierbei zu beachtenden Anforderungen entnehmen kann.

c) Als Diskussionsgrundlage wird nachstehend ein – auf die hier behandelten Fragen der einstweiligen Verfügung beschränkter – Entwurf unterbreitet. Nicht berücksichtigt ist die (in der ZPO bisher überhaupt nicht geregelte, aber dringend regelungsbedürftige) Leistungsverfügung, die zusammen mit der bereits im Gesetzgebungsverfahren befindlichen vorläufigen Zahlungsanordnung einen gesonderten, noch fundiert zu erörternden Regelungskomplex darstellt. Des Weiteren wurde auf eine Einarbeitung der Vorschriften über Vollziehung und Vollstreckung verzichtet, die im Wesentlichen aus dem geltenden Recht übernommen werden können.

Die Vorschriften könnten in die ZPO an die Stelle des durch das FamFG aufgehobenen Buches 9 treten. Im Folgenden werden die Paragraphen einfach durchnummeriert.

B. Gesetzesvorschlag

Vorbemerkung:

Der als Diskussionsgrundlage zu verstehende Entwurf beschränkt sich auf das Verfahren zur Anordnung von einstweiligen Verfügungen. Ausgeklammert wird die – in einen anderen Regelungszusammenhang gehörende – Leistungs- oder Befriedigungsverfügung.

1. Die §§ 935 bis 942 werden aufgehoben und durch folgende Vorschriften ersetzt:

§ 1 Einstweilige Verfügungen

(1) Das Gericht kann im Wege der einstweiligen Verfügung auf Antrag dringliche Maßnahmen anordnen:

1. zur Sicherung der Zwangsvollstreckung wegen eines nicht unter § 916 fallenden Anspruchs,
2. zur Regelung der Rechtsausübung in einer rechtlichen Beziehung, sofern diese zur Abwendung wesentlicher Nachteile oder zur Erhaltung des Rechtsfriedens nötig erscheint,
3. zum Schutz vor drohenden oder andauernden Rechtsverletzungen.

(2) Dringlichkeit besteht, wenn ohne die Maßnahme der Rechtsschutz oder der Rechtsfriede durch Zeitablauf in erheblicher Weise gefährdet wäre. Wurde der Antrag auf einstweilige Verfügung nicht innerhalb von zwei Wochen gestellt, nachdem der Antragsteller deren Notwendigkeit erkannt hat oder erkennen konnte, ist dem Antrag nur stattzugeben, wenn die Verzögerung nicht auf Nachlässigkeit beruht. Bei einer Verzögerung von mehr als zwei Monaten ist der Erlass einer einstweiligen Verfügung ausgeschlossen.

(3) Die dem Gegner aus der einstweiligen Verfügung erwachsenden Nachteile dürfen nicht außer Verhältnis zu ihrem Zweck stehen. Das Gericht kann nach Anhörung des Antragstellers eine mindere als die beantragte Maßnahme anordnen oder ihre Vollziehung von einer Sicherheitsleistung abhängig machen.

(4) Der Antrag ist abzulehnen, wenn die Rechtsverfolgung unter Berücksichtigung der gesamten Umstände missbräuchlich ist.

§ 2 Zuständigkeit

(1) Besteht für den zu sichernden Anspruch, die streitige Rechtsbeziehung oder das zu schützende Recht bereits anderweitige Rechtshängigkeit, so ist das Gericht der Hauptsache auch für die Entscheidung über den Antrag auf einstweilige Verfügung zuständig.

(2) In den anderen Fällen ist das Gericht zuständig, welches für die Hauptsache zuständig wäre. Zwischen mehreren zuständigen Gerichten hat der Antragsteller die Wahl. Seine Wahl bestimmt zugleich die Zuständigkeit für die Hauptsache.

§ 3 Inhalt des Antrags

(1) Zusätzlich zu den Anforderungen nach § 253 Abs. 2 bis 4 muss die Antragschrift Angaben enthalten

1. zur Dringlichkeit nach § 1 Abs. 2,
2. zur Verhältnismäßigkeit nach § 1 Abs. 3,
3. falls beantragt, zur Notwendigkeit eines Absehens von mündlicher Verhandlung oder sonstiger Anhörung des Gegners.

(2) Die Richtigkeit der Angaben nach Absatz 1 und die Tatsachen, aus denen sich das zu sichernde, zu regelnde oder zu schützende Recht ergibt, sind nach § 294 glaubhaft zu machen.

(3) Ferner ist anzugeben, ob wegen des behaupteten Rechts oder der ihm zugrunde liegenden Rechtsbeziehung bereits anderweitig Klage erhoben oder ein Antrag auf einstweilige Verfügung gestellt wurde, gegebenenfalls unter Angabe des Gerichts.

§ 4 Verhandlung über den Antrag

(1) Vorbehaltlich der Regelung in § 5 ist der Antrag unverzüglich dem Gegner zuzustellen und ein frühestmöglicher Termin zur mündlichen Verhandlung zu bestimmen. Mit Ausnahme von § 215 finden die allgemeinen Vorschriften über die Vorbereitung der mündlichen Verhandlung und die hierbei zu beachtenden Fristen keine Anwendung. Nur aus zwingenden Gründen darf ein Termin verlegt, die Verhandlung vertagt oder ausgesetzt werden.

(2) Zu der mündlichen Verhandlung ist das persönliche Erscheinen der Parteien anzuordnen, soweit dem nicht erhebliche Gründe entgegenstehen. § 278 ist mit der Maßgabe anzuwenden, dass die Güteverhandlung nach Absatz 2 mit der mündlichen Verhandlung zu verbinden und auf die gütliche Beilegung des Rechtsstreits in der Hauptsache zu erstrecken ist.

(3) Erachtet das Gericht das vom Antragsteller behauptete Recht und die Dringlichkeit als glaubhaft gemacht, erlässt es die einstweilige Verfügung; anderenfalls weist es den Antrag zurück. Die Entscheidung ergeht in beiden Fällen durch Endurteil. Die §§ 310 bis 317 gelten mit der Maßgabe, dass das Urteil im Verhandlungstermin zu verkünden ist.

§ 5 Entscheidung ohne mündliche Verhandlung

(1) Eine einstweilige Verfügung kann ohne mündliche Verhandlung erlassen werden, wenn der Zweck der Eilmaßnahme durch eine vorherige Information des Gegners oder durch den Aufschub bis zum Verhandlungstermin auch bei größtmöglicher Beschleunigung gefährdet wäre. Im zuletzt genannten Fall ist dem Gegner nach Möglichkeit Gelegenheit zu geben, sich schriftlich oder formlos zu dem Antrag zu äußern.

(2) Der Beschluss, durch den die einstweilige Verfügung erlassen wird, ist beiden Parteien zuzustellen. In der Begründung kann wegen der Sachdarstellung auf die beizufügende Antragschrift Bezug genommen werden; im Übrigen muss sie erkennen lassen, weshalb das Gericht die Voraussetzungen für den Erlass und für das Absehen von einer mündlichen Verhandlung als gegeben erachtet hat.

(3) Die Zurückweisung eines Verfügungsantrags kann nicht durch Beschluss erfolgen.

§ 6 Widerspruch

(1) In dem Beschluss ist der Antragsgegner darauf hinzuweisen, dass er schriftlich oder zu Protokoll der Geschäftsstelle Widerspruch erheben und dadurch eine mündliche Verhandlung über die Rechtmäßigkeit der einstweiligen Verfügung erreichen kann.

(2) Wird Widerspruch eingelegt, bestimmt das Gericht einen frühestmöglichen Termin zur mündlichen Verhandlung. Für diese gelten die Vorschriften des § 4.

(3) Die Vollziehung der einstweiligen Verfügung wird durch den Widerspruch nicht gehemmt. Das Gericht kann aber eine einstweilige Anordnung nach § 707 treffen; § 707 Abs. 1 Satz 2 ist nicht anzuwenden.

§ 7 Überleitung in das Hauptsacheverfahren

(1) In der Entscheidung, mit der eine einstweilige Verfügung erlassen wird, setzt das Gericht eine Frist, bis zu deren Ablauf der Antragsgegner zu erklären hat, ob er die Regelung als endgültig anerkennt (Abschlussklärung). Bei Abgabe der Erklärung ist ein Widerspruch oder ein Rechtsmittel gegen die einstweilige Verfügung ausgeschlossen. Bei fruchtlosem Ablauf der Frist gilt die Streitsache als im Hauptsacheverfahren anhängig geworden. Über diese Folgen ist der Antragsgegner bei der Fristsetzung zu belehren.

(2) Hat der Antragsgegner innerhalb der Frist keine Abschlussklärung abgegeben, fordert das Gericht den Antragsteller auf, seinen Anspruch binnen zwei Wochen in einer der Klageschrift entsprechenden Form zu begründen oder zu erklären, dass auf die Durchführung des Hauptsacheverfahrens verzichtet wird. § 270 Satz 2 gilt entsprechend.

(3) Bei Eingang der Anspruchsbegründung ist wie nach Eingang einer Klage weiter zu verfahren. Rechtshängigkeit der Hauptsache tritt mit der Zustellung der Antragsbegründung an den Antragsgegner ein. Zur schriftlichen Klageerwiderung im Vorverfahren nach § 276 kann auch eine mit der Zustellung der Anspruchsbegründung beginnende Frist gesetzt werden.

(4) Verzichtet der Antragsteller auf die Durchführung der Hauptsache, gilt diese als nicht anhängig geworden.

(5) Gibt der Anspruchsteller innerhalb der Frist keine Erklärung ab, ist das Ruhen des Verfahrens anzuordnen. Termin zur mündlichen Verhandlung wird nur auf Antrag des Antragsgegners bestimmt. Mit der Terminbestimmung setzt der Vorsitzende dem Antragsteller eine Frist zur Begründung des Anspruchs; Absatz 3 sowie § 296 Abs. 1, 4 gelten entsprechend.

§ 8 Wirkungsverlust

(1) Eine einstweilige Verfügung wird wirkungslos, wenn das Bestehen des ihr zugrunde liegenden Anspruchs im Hauptsacheverfahren rechtskräftig verneint wird.

(2) Wegen veränderter Umstände kann jederzeit die Aufhebung der einstweiligen Verfügung beantragt werden. Eine Aufhebung gegen Sicherheitsleistung ist nur aus besonderen Gründen zulässig. Die Entscheidung ergeht aufgrund mündlicher Verhandlung durch Endurteil. Zuständig ist das Gericht, das die einstweilige Verfügung angeordnet hat.

2. Weitere Änderungen der ZPO:

§ 294:

In Abs. 1 wird folgender Satz angefügt:

„Bei der eidesstattlichen Versicherung ist die Richtigkeit ausdrücklich angeführter Tatsachenbehauptungen unter Berufung auf die Strafbarkeit einer falschen eidesstattlich Versicherungen durch Unterschrift zu bestätigen“.

§ 542:

Absatz 2 Satz 1 wird aufgehoben.

§ 574:

Absatz 1 Satz 2 wird aufgehoben.

Die Begründung zu den Vorschlägen ergibt sich aus dem Gutachten (Teil A).