Oberheim

Erfolgreiche Taktik im Zivilprozess

von

Dr. Rainer Oberheim
Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht, Frankfurt am Main

9., vollständig überarbeitete Auflage 2023

Leseprobe

Luchterhand Verlag 2023

Zitiervorschlag: Oberheim, Erfolgreiche Taktik im Zivilprozess Rn.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über http://dnb.d-nb.de abrufbar.

ISBN 978-3-472-09737-2

www.wolterskluwer.de

Alle Rechte vorbehalten.

© 2023 Wolters Kluwer Deutschland GmbH, Wolters-Kluwer-Straße 1, 50354 Hürth.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Verlag und Autor übernehmen keine Haftung für inhaltliche oder drucktechnische Fehler.

Umschlagkonzeption: Martina Busch, Grafikdesign, Homburg Kirrberg
Satz: Datagroup-Int SRL, Timisoara, Romania
Druck und Weiterverarbeitung: Wydawnictwo Diecezjalne i Drukarnia w Sandomierzu, Sandomierz, Polen

Gedruckt auf säurefreiem, alterungsbeständigem und chlorfreiem Papier.

Luchterhand Verlag 2023

Leseprobe

Vorwort

Seit nunmehr über 20 Jahren versucht das vorliegende Werk dem Anwalt zu helfen, jeden Zivilprozess individuell optimal zu gestalten, auf unerwartete, zufällig oder durch ein Verhalten des Gegners eintretende Abweichungen vom erwarteten Prozessverlauf spontan und angemessen zu reagieren sowie eventuelle Fehler des Prozessgegners zu erkennen und hieraus nach Möglichkeit Vorteile zu ziehen. Dabei müssen die verschiedenen zur Verfügung stehenden prozessualen Handlungsalternativen erkannt, Vor- und Nachteile für den Einzelfall gegeneinander abgewogen und sachgerecht eingesetzt werden. Die dabei anzustellenden Überlegungen setzen die Kenntnis des Verfahrensrechts voraus, gehen darüber aber deutlich hinaus.

Für die Bearbeitung des Themas standen langjährige Erfahrungen des Autors in der Aus- und Fortbildung von Rechtsanwälten, als Justitiar des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main und vor allem als Richter bei verschiedenen Gerichten zur Verfügung. Damit konnten neben den spezifisch berufsrechtlichen und praktischen Anforderungen an die anwaltliche Tätigkeit auch die Auswirkungen des prozessualen Verhaltens auf den Adressaten des prozesstaktischen Verhaltens, nämlich das Gericht, einbezogen werden.

Die vorliegende 9. Auflage berücksichtigt neben der »kleinen ZPO-Reform« zum 1.1.2020 und den Anpassungen des Verfahrensrechts an die Corona-Pandemie vor allem die erheblichen Änderungen, die der weitere Ausbau des elektronischen Rechtsverkehrs zum 1.1.2022 gebracht hat. Hinzu kamen in großem Umfang aktuelle Veröffentlichungen aus Rechtsprechung und Literatur bis zum 1.6.2022.

Zu danken habe ich zahlreichen Kollegen sowohl aus der Anwaltschaft als auch aus der Richterschaft, für fachkundige und interessante Anregungen und Hinweise, die ich gerne aufgegriffen und für die Neuauflage berücksichtigt habe.

Damit sollte das vorliegende Buch dem Anwalt helfen können, bei der Prozessführung – wie von der Rechtsprechung gefordert (BGH MDR 2003, 928) – nicht nur materielle und verfahrensrechtliche Anforderungen zu erfüllen, sondern auch prozesstaktische Überlegungen anzustellen Nur so sind er und seine Mandanten vor Gericht nicht nur »in Gottes Hand«, sondern auch »ihres Glückes Schmied«.

Frankfurt am Main im Juni 2022

Rainer Oberheim

Luchterhand Verlag 2023

Leseprobe

Inhaltsverzeichnis

Vorwort V
Verzeichnis der grafischen Darstellungen XI
Abkürzungsverzeichnis XIII
Literaturverzeichnis XIX

Kapitel 1: Einführung 1
A. Der Zivilprozess 1
I. Aufgaben und Funktionen 1
II. Prozessphasen 2
III. Prozessmaximen 6
B. Reformen des Zivilprozesses 7
I. Das ZPO-Reformgesetz 2002 7
II. Weitere Reformen 8
III. Zukünftige Reformen 12
C. Zivilprozess in Zeiten der Pandemie 15
D. Der Anwalt im Zivilprozess 16
I. Anwaltliche Tätigkeit im Allgemeinen 16
II. Anwaltliche Taktik im Zivilprozess 16

Kapitel 2: Prozess vorbereitende Maßnahmen 29
A. Mandantengespräch 29
I. Die Übernahme des Mandats 30
II. Die Feststellung der Ausgangssituation 45
III. Die Rechtsprüfung 59
IV. Die Beratung des Mandanten 67
B. Rechtswahrung, Rechtsgestaltung, Rechtsdurchsetzung 72
I. Außergerichtliche Maßnahmen 72
II. Fristwahrung 77
III. Das außergerichtliche Güteverfahren (§ 15a EGZPO) 93

Kapitel 3: Rechtssicherung 96
A. Eilverfahren: Arrest und einstweilige Verfügung 97
I. Allgemeine Grundsätze 97
II. Arrest (§§ 916 ff. ZPO) 99
III. Einstweilige Verfügung (§§ 935 ff. ZPO) 107
B. Selbstständiges Beweisverfahren (§§ 485 ff. ZPO) 110
I. Allgemeines 110
II. Antrag vor Hauptsacheverfahren 116
III. Antrag während Hauptsacheverfahren 116

Kapitel 4: Rechtstitulierung im allgemeinen Klageverfahren 118
A. Grundentscheidungen gerichtlichen Vorgehens 120
I. Gericht 121
II. Parteien 133
III. Streitgegenstand 148
IV. Verfahrensart 157
B. Die Verfahrenseinleitung im allgemeinen Klageverfahren (Klageschrift) 159
I. Gericht (§ 253 Abs. 2 Nr. 1 ZPO) 160
II. Parteien (§ 253 Abs. 2 Nr. 1 ZPO) 161
III. Antrag (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO) 167

Luchterhand Verlag 2023

Leseprobe

IV. Begründung (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO) . . . 199
V. Form . . . 241
VI. Sonstige formelle Anforderungen . . . 255
C. Die Verteidigung des Beklagten (Klageerwiderung) . . . 257
I. Taktische Überlegungen . . . 257
II. Verhalten gegenüber dem Kläger . . . 257
III. Einbeziehung Dritter in den Rechtsstreit . . . 295
D. Das Vorverfahren (Weitere Schriftsätze) . . . 299
I. Vorverfahrensart, Kammerbefassung . . . 299
II. Weitere Schriftsätze beider Parteien . . . 300
III. Die Präklusion verspäteten Vorbringens . . . 300
E. Die mündliche Verhandlung . . . 322
I. Chancen und Risiken . . . 323
II. Vorbereitung . . . 326
III. Ablauf . . . 337
IV. Die Güteverhandlung . . . 338
V. Die streitige Verhandlung . . . 342
VI. Materielle Prozessleitungspflicht des Gerichts . . . 344
VII. Schriftsatznachlass . . . 361
VIII. Protokoll . . . 365

Kapitel 5: Beweisaufnahme . . . 368
A. Beweisgrundsätze . . . 369
I. Übersicht . . . 369
II. Beweisantrag . . . 370
III. Beweisverbote . . . 373
IV. Beweiserleichterungen . . . 377
V. Gegenbeweis, Beweis des Gegenteils und unwiderlegliche Vermutung . . . 399
VI. Beweislast . . . 400
VII. Beweisverhandlung . . . 408
VIII. Beweiswürdigung . . . 409
IX. Beweismaß . . . 412
B. Beweiserhebung . . . 413
I. Zeugen . . . 414
II. Sachverständigengutachten . . . 437
III. Urkunden . . . 448
IV. Parteivernehmung . . . 460
V. Augenschein . . . 465
C. Beweisaufnahme in besonderen Verfahren . . . 471
D. Wichtige Beweisthemen . . . 471
I. Zugang . . . 471
II. Wert . . . 478
III. Stellvertretung . . . 478
IV. Schenkungseinwand . . . 479
V. Werkvertrag . . . 480
VI. Mängelanzeige im Reiserecht . . . 481
VII. Innere Tatsachen . . . 482
E. Beweisrechtliche Verfahrensfehler . . . 482
I. Bedeutung für die Berufung . . . 482
II. Beispiel . . . 485

Kapitel 6: Rechtstitulierung in besonderen Verfahren . . . 487
A. Mahnverfahren (§§ 688 ff. ZPO) . . . 489
I. Allgemeines . . . 489
II. Verjährungshemmung . . . 491
III. Risiko: Unzureichende Individualisierung . . . 493

Luchterhand Verlag 2023

Leseprobe

IV. Weitere Nachteile . . . 495
B. Urkundenverfahren (§§ 592 ff. ZPO) . . . 497
I. Besonderheiten . . . 497
II. Voraussetzungen . . . 499
III. Reaktionsmöglichkeiten des Beklagten . . . 502
IV. Nachverfahren . . . 504
C. Amtsgerichtliches Verfahren . . . 506
I. Das amtsgerichtliche Verfahren im Allgemeinen . . . 506
II. Das amtsgerichtliche Bagatellverfahren (§ 495a ZPO) . . . 507
D. Massenverfahren . . . 512
E. Kollektivverfahren . . . 513
I. Gewinnabschöpfungsverfahren . . . 515
II. Unterlassungsverfahren . . . 515
III. Kapitalanleger-Musterverfahren (§§ 1 ff. KapMuG) . . . 516
IV. Musterfeststellungsverfahren . . . 519
V. Verbandsklage . . . 521
F. Adhäsionsverfahren (§§ 403 ff. StPO) . . . 522
I. Voraussetzungen . . . 522
II. Rechte des Antragstellers . . . 524
III. Entscheidung des Gerichts . . . 524
IV. Vor- und Nachteile für den Geschädigten . . . 527
V. Abschluss eines Vergleichs . . . 528
VI. Kosten und Gebühren . . . 529

Kapitel 7: Rechtsdurchsetzung im Zwangsvollstreckungsverfahren . . . 531
A. Der Antrag auf Einleitung der Zwangsvollstreckung . . . 534
I. Taktische Überlegungen . . . 534
II. Vollstreckungsanträge . . . 538
B. Vollstreckungsschutz . . . 568
I. Wahrung der Schuldnerinteressen . . . 568
II. Wahrung der Interessen Dritter . . . 569
C. Rechtsbehelfe . . . 570
I. Klauselverfahren . . . 571
II. Vollstreckungsverfahren . . . 574
III. Weitere Verfahren . . . 585

Kapitel 8: Nachträgliche Änderungen der ursprünglichen Verfahrenskonzeption . . . 588
A. Änderung der Gerichtszuständigkeit . . . 589
I. Zuständigkeitsfortdauer . . . 589
II. Verweisung . . . 589
B. Änderung der Prozessbeteiligten . . . 593
I. Parteiberichtigung . . . 593
II. Parteiwechsel . . . 594
III. Parteibeitritt . . . 598
IV. Intervention . . . 598
V. Die Streitverkündung . . . 600
C. Änderung des Streitgegenstands . . . 615
I. Klageänderung . . . 615
II. Erledigung der Hauptsache . . . 623
III. Vergleich . . . 636
IV. Klagerücknahme und Verzicht . . . 660
D. Änderung des Verfahrensablaufs . . . 663
I. Schriftliches Verfahren (§ 128 ZPO) . . . 664
II. Säumnisverfahren . . . 665
III. Verfahrensanträge . . . 669

Luchterhand Verlag 2023

Leseprobe

Kapitel 9: Rechtsbehelfe 671
A. Allgemeines 673
I. Rechtsbehelfsbelehrung durch das Gericht 674
II. Voraussetzungen 676
III. Anfechtung falsch bezeichneter Entscheidungen 678
B. Rechtsbehelfe im erstinstanzlichen Verfahren 679
I. Befangenheitsablehnung Verfahrensbeteiligter 679
II. Dienstaufsichtsbeschwerde. 690
III. Verzögerungsrüge und Entschädigungsklage (§§ 198 ff. GVG) 692
IV. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§ 233 ZPO) 692
V. Einspruch gegen Versäumnisurteil und Vollstreckungsbescheid (§§ 340, 700 ZPO) 718
VI. Berichtigungen und Ergänzungen 721
VII. Rüge der Verletzung rechtlichen Gehörs (§ 321a ZPO). 730
VIII. Rechtsbehelfe im Eilverfahren 738
C. Berufung 740
I. Die Anfechtungsentscheidung 741
II. Einlegung der Berufung. 754
III. Begründung der Berufung 775
IV. Die Tätigkeit des Anwalts für den Berufungsbeklagten und andere Verfahrensbeteiligte . . 813
V. Verfahren der Berufung 832
VI. Beendigung der Berufung 842
D. Beschwerde. 848
I. Sofortige Beschwerde. 848
II. Andere Beschwerden 854
E. Rechtsbeschwerde und Revision 855
F. Rechtsbehelfe im Vollstreckungsverfahren 856
G. Weitere Rechtsbehelfe 856
I. Außerordentliche Rechtsmittel 856
II. Gegenvorstellung. 857
III. Verfassungsbeschwerde 858
IV. Verzögerungsrüge und Entschädigungsklage 859

Stichwortverzeichnis 861

Luchterhand Verlag 2023

Leseprobe

Verzeichnis der grafischen Darstellungen

		Rdn.
1.	Ablauf des Zivilprozesses	10
2.	Zivilprozessuale Verfahren	667
3.	Inhalt der Klageschrift	674
4.	Verhalten des Beklagten	1093
5.	Arten der Zwangsvollstreckung	2313
6.	Rechtsbehelfe im Zwangsvollstreckungsverfahren	2494
7.	Rechtsbehelfe im Zivilprozess	2973
8.	Verfahrensablauf und Entscheidungen im Berufungsverfahren	3616

Luchterhand Verlag 2023

Leseprobe

Kapitel 3: Rechtssicherung

Übersicht

		Rdn.
Vorbemerkung		374
A.	**Eilverfahren: Arrest und einstweilige Verfügung**	378
I.	Allgemeine Grundsätze	378
II.	Arrest (§§ 916 ff. ZPO)	388
	1. Taktische Überlegungen	388
	2. Voraussetzungen	393
	3. Verfahren	415
	4. Schutzschrift, Abschlusserklärung, Unterwerfung	422
III.	Einstweilige Verfügung (§§ 935 ff. ZPO)	433
	1. Sicherungsverfügung	438
	2. Regelungsverfügung	440
	3. Leistungsverfügung	445
B.	**Selbstständiges Beweisverfahren (§§ 485 ff. ZPO)**	451
I.	Allgemeines	451
	1. Taktische Überlegungen	452
	2. Antrag	460
	3. Verfahren	465
	4. Wirkungen	474
II.	Antrag vor Hauptsacheverfahren	480
III.	Antrag während Hauptsacheverfahren	482

374 Nicht selten besteht für die Rechtswahrung ein besonderes Eilbedürfnis. In typischen Fällen aus dem Bereich des Mietrechts hat der Gesetzgeber dem durch ein ausdrückliches gesetzliches **Beschleunigungsgebot** für das gerichtliche Verfahren Rechnung getragen.

§ 272 Abs. 4 ZPO verpflichtet das Gericht, **Räumungssachen** vorrangig und beschleunigt zu bearbeiten.

Nach dem Willen des Gesetzgebers ursprünglich dem Schutz des Vermieters gegen Zahlungsverzug dienend wird eine teleologische Reduktion des Anwendungsbereichs auf diese Fälle vertreten (Emmerich WuM 13, 330), von der h.M. aber abgelehnt. Danach ermöglicht diese Vorschrift eine rasche Klärung streitiger Fragen im Interesse beider Mietparteien und ist nicht auf Wohnraummietsachen beschränkt (Anders/Gehle/Hunke § 273 Rn. 17 m.w.N.)

Nach § 44 EGZPO sind Verfahren über die **Anpassung der Miete** oder Pacht für Grundstücke oder Räume, die keine Wohnräume sind, wegen staatlicher Maßnahmen zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie vorrangig und beschleunigt zu behandeln, Ein früher erster Termin soll spätestens einen Monat nach Zustellung der Klageschrift erfolgen (Klein MDR 2021, 393; Brinkmann/Thüsing NZM 2021, 5).

Ergänzt wird damit Art. 240 EGBGB § 7, nach dem für vermietete Grundstücke und Gewerberäume, die pandemiebedingt nicht oder nur eingeschränkt verwendbar sind, ein Wegfall der Geschäftsgrundlage nach § 313 Abs. 1 BGB vermutet wird. Gelten soll die Beschleunigung nicht nur, wenn der gewerbliche Mieter als Kläger Anpassung seiner Miete oder Mietminderung begehrt, sondern auch dann, wenn er als Beklagter eine entsprechende Einrede erhebt.

Die erreichbare Beschleunigung hält sich praktisch in Grenzen. Die Monatsfrist ist nicht zwingend (»soll«) und kann durch einen bloß fristwahrenden Durchlauftermin konterkarriert werden. Der gesetzliche Ausschluss eines schriftlichen Vorverfahrens kann zudem kontraproduktiv wirken.

375 Ist die beabsichtigte Rechtsdurchsetzung bedroht, weil zu besorgen ist, dass sie innerhalb der zur Durchsetzung in einem allgemeinen Verfahren erforderlichen Zeitspanne vereitelt oder wesentlich erschwert wird, kann es erforderlich sein, rechtssichernde Maßnahmen zu ergreifen.

376 Droht der Nachteil allein aus dem Ablauf einer **Frist**, kommen Frist wahrende Maßnahmen in Betracht; insoweit kann auf die unter Rdn. 307–360 gemachten Ausführungen verwiesen werden.

377 **Anderen Gefahren** kann begegnet werden:
– durch eine auf die **Sicherung des Anspruchs** und seiner Durchsetzbarkeit gerichteten Eilanordnung des Gerichts (unten Rdn. 378);

Dabei unterscheidet die ZPO zwischen dem auf die Sicherung eines Geldzahlungsanspruchs gerichteten Arrest (§§ 916 ff. ZPO) und der auf die Sicherung anderer, nicht auf Zahlung gerichteter Ansprüche gerichteten einstweiligen Verfügung (§§ 935 ff. ZPO).

Luchterhand Verlag 2023

Leseprobe

– durch eine auf die **Sicherung von Beweismitteln** gerichteten Vorwegnahme der Beweisaufnahme (unten Rdn. 451).

Das heutige selbstständige Beweisverfahren der §§ 485 ff. ZPO umfasst neben diesem Zweck auch die Vermeidung unnötiger Hauptsacheverfahren. Streiten die Parteien nur um Tatsachen, nicht auch um Rechtsfragen, so genügt es häufig, diese Tatsachen im Rahmen einer gerichtlich betriebenen Beweisaufnahme zu klären, ohne dass es der übrigen Teile eines allgemeinen Klageverfahrens (mündliche Verhandlung, Urteil) bedarf.

A. Eilverfahren: Arrest und einstweilige Verfügung

I. Allgemeine Grundsätze

Arrest und einstweilige Verfügung gehören (wie auch das Mahn- und das Urkundenverfahren) zu den sog. »**summarischen Verfahren**« der ZPO. Diese sind den allgemeinen Verfahren gegenüber schneller und häufig auch billiger. Diese Verfahrensvereinfachung bedarf einer besonderen Rechtfertigung, sie wird durch einen zumindest teilweisen Verzicht auf wesentliche Grundsätze des allgemeinen Verfahrens (rechtliches Gehör, mündliche Verhandlung, umfassende Sach- und Rechtsprüfung) erreicht und durch andere Besonderheiten kompensiert. 378

Bei den Eilverfahren rechtfertigt sich die Verfahrensvereinfachung aus der Schutzbedürftigkeit der bedrohten Ansprüche und besteht in einem (fakultativen) Verzicht auf rechtliches Gehör, mündliche Verhandlung und vollständige Sachprüfung. Ausgeglichen wird dies durch die nur beschränkte Vollstreckungsmöglichkeit eines so erlangten Titels und die Nachholung der unterlassenen Verfahrensteile auf Widerspruch des Gegners hin.

Für den Gläubiger bieten die Eilverfahren eine Möglichkeit zur raschen **Vollstreckung**. Er kann damit verhindern, dass der Schuldner die Zeit bis zur Erlangung eines Hauptsachetitels nutzt, um die Vollstreckung zu verhindern oder zu erschweren. 379

Wichtige Anwendungsbereiche der Eilverfahren finden sich im Wettbewerbsrecht, im Bereich des Ehrenschutzes sowie in Bausachen. In Familiensachen und Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit sind spezielle Regelungen vorhanden (§§ 49 ff. FamFG i.V.m. §§ 119, 157, 214, 226, 242, 246 ff., 300 ff., 331 ff., 427 FamFG; zur Abgrenzung zur einstweiligen Verfügung Thomas/Putzo/Hüßtege §§ 620 Rn. 6, 644 Rn. 2). Einstweilige Anordnungen in Bezug auf die Zwangsvollstreckung können nach § 769 ZPO ergehen.

Arrest und einstweilige Verfügung **unterscheiden** sich hinsichtlich des zu sichernden Anspruchs: Ist dieser auf Geldzahlung gerichtet oder kann er in eine solche übergehen, ergeht ein Arrest, ist der Anspruch auf eine andere Leistung (z.B. Herausgabe oder Vornahme einer Handlung) gerichtet, ergeht eine einstweilige Verfügung. Praktisch besteht indes meist ein Wahlrecht des Gläubigers, da – zumindest über die Unmöglichkeitsregeln – nahezu alle Ansprüche »in einen Zahlungsanspruch übergehen« können. 380

▶ Beispiel:

Befürchtet der Käufer, dass der Verkäufer die Sache einem Dritten übereignet, so kann er seinen Herausgabeanspruch aus § 433 BGB durch eine einstweilige Verfügung sichern. 381

Erwirbt der Dritte gutgläubig Eigentum, so wird dem Verkäufer die Übergabe an den Käufer unmöglich, sodass dieser statt der Herausgabe Zahlung von Schadensersatz verlangen kann (§§ 280, 283 BGB).

Bei der Wahl des Sicherungsinstituts wird deswegen sinnvollerweise nicht auf den Anspruchsinhalt, sondern auf das **Interesse des Gläubigers** abgestellt. 382

▶ Praxistipp:

Zur Sicherung eines nicht auf Zahlung gerichteten Anspruchs dient die einstweilige Verfügung, wenn es dem Gläubiger um die Sicherung seines (primären) Erfüllungsinteresses geht. 383

Luchterhand Verlag 2023

Leseprobe

> Genügt dem Gläubiger die Sicherung seines (sekundären) Schadensersatzinteresses, ist ein Arrest zu beantragen.

384 **Streitgegenstand** des Eilverfahrens ist nicht der materiellrechtliche Anspruch, sondern dessen Sicherung (Stein/Jonas/Grunsky vor § 935 Rn. 9). Dies hat eine Reihe von prozessualen Konsequenzen.

Eil- und Hauptsacheverfahren können ohne Probleme hinsichtlich der Rechtshängigkeit oder der Rechtskraft unabhängig voneinander gleichzeitig oder nacheinander ablaufen. Mehrere Eilanträge können zulässig sein bei Verschiedenheit des Sicherungsgrunds oder des Rechtsschutzziels oder nach Ablauf der Vollstreckungsfrist (OLG Düsseldorf NJW 1982, 2435). Rechtshängigkeit des Eilverfahrens tritt nicht erst mit der Zustellung an den Beklagten, sondern bereits mit dem Eingang bei Gericht ein, eine Hemmung der Verjährung des zu sichernden Anspruchs tritt ohne die (ggf. nachträgliche) Zustellung indes nicht ein (§ 204 Abs. 1 Nr. 9 BGB).

Für eine Eilanordnung kann das Rechtsschutzbedürfnis fehlen, wenn eine hinreichende Sicherung bereits anderweitig gewährleistet ist. Besonderer Prüfung im Einzelfall bedarf dies beim Vorhandensein vollziehbarer Sicherungstitel, Hauptsachetitel und ggf. auch dinglicher Sicherungsrechte (Pfandrecht; Kannowski JuS 2001, 482 m.w.N.).

385 Im Übrigen handelt es sich um ein reguläres Verfahren der ZPO, auf das die allgemeinen **Verfahrensgrundsätze** durchweg Anwendung finden.

Uneingeschränkt anwendbar sind die Vorschriften über Prozesskostenhilfe (§§ 114 ff. ZPO), Antragsänderung (§§ 263 ff. ZPO), Antragsrücknahme (§ 269 ZPO), Erledigung (§ 91a ZPO), Anerkenntnis und Verzicht (§§ 306 f. ZPO) und Vergleich (§ 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO). Die materielle Prozessleitungspflicht des Gerichts gilt ebenfalls uneingeschränkt, doch kommt eine Frist zur Stellungnahme für die Parteien grundsätzlich nicht in Betracht (§ 139 Abs. 5 ZPO). Es bleibt auch bei den allgemeinen Regeln über die Darlegungs- und Substantiierungslast, sodass insoweit Erleichterungen für den Antragsteller nicht greifen. Dies gilt auch für das Erfordernis der Abfassung von Entscheidungen (Urteile, Beschlüsse) durch das Gericht; über die allgemeinen Vorschriften hinausreichende Möglichkeiten zur Vereinfachung oder gar zum Verzicht auf eine Begründung kennen die Eilverfahren nicht. Diese allgemeinen Regelungen lassen es zu, dass Beschlüsse, mit denen einem Eilantrag stattgegeben wird, einer Begründung nicht zwingend bedürfen (OLG Nürnberg WRP 1991, 827, 828; Walker Rn. 367).

386 Im Wege einstweiligen Rechtsschutzes kann grundsätzlich nur eine **Sicherung** des Anspruchs erreicht werden, eine Befriedigung kommt nur ausnahmsweise in Betracht, wenn die Erbringung der Leistung durch den Schuldner erforderlich ist, um wesentliche Nachteile vom Gläubiger abzuwenden und andere Maßnahmen hierzu nicht ausreichen.

Das Prinzip der bloßen Sicherung, nicht der Erfüllung des Anspruchs im Eilverfahren zeigt sich auch bei der Durchsetzung der Eilanordnung. Ihre Sicherungswirkung entfaltet die Eilanordnung mit ihrer Vollziehung, die nach den Regeln der Zwangsvollstreckung erfolgt (§§ 928, 936 ZPO), wobei Verfahrensbeschleunigung und Gegnerüberraschung abweichende Regelungen für die Vollstreckungsklausel (§ 929 Abs. 1 PO), die Vollziehungsfrist (§ 929 Abs. 2 ZPO), den Beginn der Vollziehung (§ 929 Abs. 3 ZPO), die Pfändung beweglicher Sachen und Forderungen (§ 930 ZPO) sowie von Schiffen (§ 931 ZPO), die Vollziehung in das unbewegliche Vermögen (§ 932 ZPO), die Vollziehung des persönlichen Arrests (§ 933 ZPO) und für die Aufhebung der Arrestvollziehung (§ 934 ZPO) bedingen. Wichtige Ausnahmen von der grundsätzlichen Unzulässigkeit der Vorwegnahme der Hauptsache durch die Eilanordnung gelten im Bereich der Leistungsverfügung, wo der Gläubiger bereits aufgrund der im Eilverfahren angeordneten Maßnahme sein endgültiges Rechtsschutzziel erreicht. Eilanordnungen – egal, ob sie in Form eines Urteils oder eines Beschlusses ergehen – sind auch ohne besonderen Ausspruch stets sofort vollstreckbar (Prütting/Gehrlein/Fischer § 929 Rn. 2). Die Parteien können auf Rechtsbehelfe und sogar auf ein Hauptsacheverfahren verzichten und so die Entscheidung als endgültige akzeptieren (sog. »Abschlusserklärung«).

387 Die besonderen Verfahrensmaximen des Eilverfahrens führen zu Besonderheiten auch im Bereich der **Rechtsbehelfe** (dazu unten Rdn. 3217).

Luchterhand Verlag 2023

Leseprobe

II. Arrest (§§ 916 ff. ZPO)

1. Taktische Überlegungen

Der Arrest ist die passende Eilverfahrensart, wenn der Gläubiger ein Geldzahlungsinteresse sichern will. 388

Die Besonderheiten des Arrestverfahrens ermöglichen eine **Überraschung** des Gegners, womit verhindert werden kann, dass dieser die Rechtsdurchsetzung vereitelt oder erschwert. Durch den Verzicht auf eine gründliche Sachprüfung ist die Chance des Gläubigers auf Erlangung eines Titels größer als im Hauptsacheverfahren. Für spätere Vergleichsverhandlungen kann damit die eigene Position deutlich verbessert werden. 389

Vor allem die einstweilige Verfügung auf Eintragung einer Vormerkung für eine Bauunternehmersicherungshypothek soll meist nur den Zweck verfolgen, den Bauherrn und/oder die vorrangigen Grundpfandrechtsgläubiger »nervös« zu machen und/oder den Bauherrn bei seinen Verkaufsbemühungen zu stören und mit ihm »ins Gespräch zu kommen«, um auf diese Weise unter Umständen eine außergerichtliche Einigung über die umstrittene Bauforderung zu erzielen (Siegburg BauR 1990, 290).

Ob eine Überraschung des Gegners durch die unerwartete Entscheidung des Gerichts wirklich erforderlich ist, muss im Einzelfall geprüft werden. Fehlt es, kann zumindest die Möglichkeit einer Entscheidung ohne vorherige Anhörung des Gegners entfallen (BVerfG NJW 2018, 3631).

Ob durch den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung die **Verjährung** gehemmt werden kann, liegt nicht allein in der Macht des Gläubigers. Voraussetzung für den Eintritt der Hemmungswirkung ist die Zustellung des Eilantrags durch das Gericht oder die Zustellung der Eilanordnung durch den Antragsteller (§ 204 Abs. 1 Nr. 9 BGB). 390

Hält das Gericht den Antrag für unzulässig oder unbegründet und weist ihn deswegen ohne Zustellung an den Antragsgegner zurück, tritt eine Verjährungshemmung nicht ein (Grüneberg/Ellenberger § 204 Rn. 24). In diesem Fall muss daher die Hemmung erforderlichenfalls anderweitig herbeigeführt werden (§ 204 BGB).

▶ Praxistipp:

Soll die Verjährungsfrist gewahrt werden, muss das Gericht entweder auf die Notwendigkeit einer Zustellung besonders hingewiesen werden (oben Rdn. 355) oder es müssen (zusätzlich) andere Möglichkeiten der Hemmung genutzt werden. 391

Die durch den Arrest erzielbaren Vorteile sind nur **vorläufig**. 392

So ist schon die Vollziehung nicht auf die Befriedigung des Gläubigers, sondern nur auf die Sicherung des Anspruchs gerichtet. Zudem stehen dem Gegner über die allgemeinen Rechtsmittel hinaus (sofortige Beschwerde, Berufung) weitere Rechtsbehelfe zu, mit denen er die Eilanordnung angreifen (§§ 924, 926, 927 ZPO) – dazu unten Rdn. 3217 – oder gar Schadensersatz fordern kann (§ 945 ZPO; BGH MDR 2015, 154). Die Rechtskraft einer Entscheidung ist beschränkt auf den durchgesetzten Sicherungszweck und erfasst die Hauptsache nicht.

2. Voraussetzungen

Voraussetzungen für den Erlass eines Arrests sind: 393

(1) Die Stellung eines **Arrestgesuchs** durch den Gläubiger. 394

Über die allgemeinen formellen Voraussetzungen des § 253 Abs. 2 ZPO hinaus bedarf dieser Antrag gem. § 920 ZPO der Bezeichnung und der Glaubhaftmachung des Anspruchs und des Arrestgrunds. 395

Gestellt werden muss auch ein bestimmter Antrag. Dieser sollte auf Anordnung des dinglichen oder des persönlichen Arrests lauten. Konkrete Gegenstände, in die der Arrest vollzogen werden soll, sind nicht anzugeben. Ausreichend ist der Antrag auf Anordnung des Arrests »in das Vermögen des Schuldners«. Beabsichtigt der Gläubiger die Vollziehung in eine Forderung, sollte zugleich der Antrag 396

Luchterhand Verlag 2023

Leseprobe

auf Erlass eines Pfändungsbeschlusses gestellt werden (§ 829 ZPO), wofür das Arrestgericht als Vollstreckungsgericht zuständig ist (§ 930 Abs. 1 Satz 3 ZPO; Cuypers ZAP Fach 13, S. 1945; Huber JuS 2018, 226).

397 Ein Gerichtskostenvorschuss (§ 12 GKG) ist nicht erforderlich, der Antrag kann auch beim Landgericht ohne Anwalt gestellt werden (§§ 920 Abs. 3, 78 Abs. 5 ZPO).

398 Zuständig ist sowohl das Gericht der Hauptsache als auch des Amtsgerichts der belegenen Sache bei Grundbucheintragungen sowie bei dinglichem Arrest, sonst nur bei Dringlichkeit (§§ 35, 919, 937, 942 ZPO). Bei der Auswahl des Gerichts kann gerade hier eine (bekannte) zügige Arbeitsweise ausschlaggebend sein, weshalb viele Antragsteller (erfahrungsgemäß) z.B. das Amtsgericht dem Landgericht vorziehen. Vorsicht geboten ist allerdings vor einem Wechsel des Gerichts (»Forum-Shopping«); wird ein bereits gestellter Antrag zurückgenommen, und vor einem anderen, aussichtsreicher erscheinenden Gericht erneut geltend gemacht, wird häufig eine Selbstwiderlegung der Dringlichkeitsvermutung oder ein Fehlen des besonderen Rechtsschutzbedürfnisses angenommen (OLG Hamburg NJW-RR 2007, 763).

399 (2) **Arrestanspruch** kann nur ein Anspruch sein, der auf Geldzahlung gerichtet ist oder in einen solchen übergehen kann.

400 Er ist zu beziffern, nach seinem Rechtsgrund so konkret wie möglich zu bezeichnen und schlüssig vorzutragen. Neben dem Hauptanspruch kommen – ggf. pauschalierte – Ansprüche auf Ersatz von Kosten, Auslagen und Zinsen in Betracht.

401 (3) Je nach Art der späteren Arrestvollziehung sind unterschiedliche Anforderungen an den **Arrestgrund** zu stellen.

402 Ein **dinglicher Arrest** (§ 917 ZPO) führt zur Sicherungsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners (§§ 928 ff. ZPO) und ist statthaft, wenn zu besorgen ist, dass ohne seine Verhängung die spätere Hauptsachevollstreckung vereitelt oder wesentlich erschwert werden würde (§ 917 ZPO). Hier müssen Umstände oder Verhaltensweisen des Schuldners vorliegen, aus denen der Schluss gezogen werden kann, er wolle sein Vermögen dem Zugriff der Gläubiger entziehen (Mertins JuS 2009, 911).

▶ Praxistipp:

403 Mit dem dinglichen Arrest kann der Gläubiger die vom Schuldner herbeigeführte drohende Verschlechterung seiner Situation verhindern, nicht aber seine Position anderen Gläubigern gegenüber verbessern.

404 Arrestgründe können z.B. sein (Thomas/Putzo/Seiler § 917 Rn. 2):
- die beabsichtige oder begonnene Verschwendung, Verschleuderung, Veräußerung oder ungewöhnliche Belastung des Vermögens, jedenfalls dann, wenn kein gleichwertiges Äquivalent erlangt wird oder die Form des erworbenen Vermögens die Vollstreckung bedroht (Bargeld anstelle von Immobilien; str.),
- ein häufiger Wechsel des Wohnsitzes, ggf. ohne Ummeldung,
- die Verlagerung des eigenen Wohnsitzes oder wesentlicher Teile des Vermögens ins Ausland (§ 917 Abs. 2 ZPO).

Diese schlagwortartige Aufzählung ist nur ein gewisser Anhaltspunkt. Denn letztlich kommt es entscheidend auf die Würdigung der Umstände des Einzelfalles an, wobei häufig mehrere Umstände zusammenkommen (z.B. OLG Koblenz NJW-RR 2002, 575).

405 Kein Arrestgrund ist dagegen
- die bloße Vertragsverletzung (z.B. unpünktliche Zahlung) des Schuldners.
- die (unverändert) schlechte Vermögenslage des Gläubigers oder
- die bloße (drohende) Konkurrenz mit anderen Gläubigern,

Luchterhand Verlag 2023

Leseprobe

In Zweifelsfällen kann es dennoch sinnvoll sein, solche Umstände zusätzlich zu dem eigentlichen Arrestgrund vorzutragen, weil dies die Bereitschaft des Gerichts zum Erlass der beantragten Eilanordnung oft fördert.

Der Arrestgrund (oder das Rechtsschutzbedürfnis) kann auch dann fehlen, wenn dem Gläubiger anderweitig ausreichend Sicherheiten eingeräumt sind oder wenn er bereits im Besitz eines rechtskräftigen bzw. ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbaren Titels ist. 406

▶ Beispiel:

Hat sich der Schuldner wirksam der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen (§ 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO) oder hat der Gläubiger bereits ein (vorläufig) vollstreckbares Urteil erwirkt (§ 704 ZPO), so bedarf es eines weiteren Titels nicht. 407

Frage des Einzelfalles muss es sein, inwieweit Sicherungsrechte (Eigentumsvorbehalt) den Eilgrund entfallen lassen können.

Der **persönliche Arrest** (§ 918 ZPO) sichert die Zwangsvollstreckung durch eine Behinderung der persönlichen Freiheit des Schuldners, ggf. sogar durch dessen Inhaftierung. Er ist wegen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit dem dinglichen Arrest gegenüber nur subsidiär und kommt praktisch so gut wie nicht vor. Er muss erforderlich sein, um die gefährdete Zwangsvollstreckung zu sichern und soll verhindern, dass der Schuldner glaubhaft vorhandene und pfändbare Vermögensgegenstände beiseiteschafft. Der Zweck besteht nicht darin, den Schuldner zur Beschaffung von Vermögensstücken zu zwingen. 408

In Betracht kommt er z.B., um zu verhindern, dass sich der Schuldner durch Flucht ins Ausland der Abgabe der eidesstattlichen Versicherung entzieht oder wenn er Angaben über den Verbleib wesentlichen Vermögens verweigert (Thomas/Putzo/Seiler § 918 Rn. 2). Eine klare (dogmatische) Abgrenzung zum dinglichen Arrest ist kaum möglich.

(4) Die **Glaubhaftmachung** von Arrestanspruch und Arrestgrund richtet sich nach § 294 ZPO. 409

Zur Glaubhaftmachung unten Rdn. 1659.

Die Glaubhaftmachung erspart dem Gläubiger den Vollbeweis der Arrestvoraussetzungen. Das Gericht muss von der Wahrheit der Gläubigerbehauptungen nicht restlos überzeugt werden (Vollbeweis), es genügt, wenn hierfür eine gewisse Wahrscheinlichkeit spricht. Herbeigeführt werden kann diese nicht nur durch die regulären Beweismittel der ZPO, sondern zusätzlich auch durch eine eidesstattliche Versicherung. Allerdings muss die Glaubhaftmachung »sofort« erfolgen. Berücksichtigt werden können damit nur präsente Beweismittel, eine Vertragung zum Zwecke der Beschaffung oder Erhebung der Beweise ist nicht möglich.

Wichtigste Form der Glaubhaftmachung ist die Abgabe einer (eigenen) eidesstattlichen Versicherung. 410

Die eidesstattliche Versicherung kann von einem Dritten, der Partei oder auch ihrem Anwalt herrühren. Sie hat grundsätzlich schriftlich zu erfolgen (auch per Telefax, Zöller/Greger § 294 Rn. 4) und eine eigene Darstellung der versicherten Tatsachen (keine bloße Bezugnahme auf den Antragsschriftsatz!) sowie die Versicherung der Richtigkeit dieser Tatsachen »an Eides statt« (§ 156 StGB) zu enthalten. Bei Anwälten kann die »anwaltliche Versicherung« genügen, wenn es um Vorgänge geht, die sie im Rahmen ihrer Berufstätigkeit wahrgenommen haben (§ 102 Abs. 2 ZPO; Prütting/Gehrlein/Laumen § 294 Rn. 3).

▶ Praxistipp:

Es ist darauf zu achten, dass sich die eidesstattliche Versicherung auf alle Voraussetzungen des Arrests erstreckt. 411

Verbreitet wird die bloße Bezugnahme auf den Schriftsatz des Anwalts als nicht ausreichend erachtet, eine eigenständige Schilderung der zu versichernden Tatsachen gefordert (Rdn. 1661). Dann besteht die Gefahr, dass die eidesstattliche Versicherung nicht alle erforderlichen Tatsachen umfasst (»unschlüssig« ist).

Luchterhand Verlag 2023

Leseprobe

▶ Praxistipp:

412 Die Voraussetzungen eines Arrests sollten stets mit einer eidesstattlichen Versicherung glaubhaft gemacht werden. Nach Möglichkeit sollte sich die Glaubhaftmachung darauf aber nicht beschränken.

Die Besonderheiten der Glaubhaftmachung gelten nicht nur für den Gläubiger, sondern auch für den Gegner, soweit dieser sich verteidigt. Erfolgt die Glaubhaftmachung des Antragstellers allein durch eine eigene eidesstattliche Versicherung, kann der Antragsgegner sie durch eine eigene eidesstattliche Versicherung widerlegen; mangels überwiegender Wahrscheinlichkeit der Antragsvoraussetzungen muss der Antrag dann abgewiesen werden. Für die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast gelten die allgemeinen Grundsätze.

▶ Beispiel:

413 Will ein Bauunternehmer seine Werklohnforderung durch Eintragung der Vormerkung einer Bauunternehmersicherungshypothek sichern, kann er deren Höhe durch Vorlage der prüffähigen Schlussrechnung mit den dazugehörigen Vertrags- und Abrechnungsunterlagen sowie einer eidesstattlichen Versicherung ihrer Richtigkeit glaubhaft machen (Grüneberg/Sprau § 650f Rn. 11). Die erforderliche Identität zwischen Besteller (Schuldner der Werklohnforderung) und Grundstückseigentümer kann durch Vorlage eines Grundbuchauszuges glaubhaft gemacht werden (§ 650f Abs. 1 BGB). Verteidigt sich der Bauherr dagegen mit Mängeln des Bauwerks, so genügt es, dass er deren Vorliegen behauptet und die Höhe der Mangelbeseitigungskosten durch eine eigene eidesstattliche Versicherung glaubhaft macht. Da der Unternehmer bis zur Abnahme für die Mängelfreiheit beweispflichtig ist, muss er diese Mängelfreiheit darlegen und glaubhaft machen (BGHZ 68, 180).

414 Gelingt die Glaubhaftmachung nicht, kann das Gericht die Maßnahme in Ausnahmefällen trotzdem anordnen, aber nur mit Sicherheitsleistung (§ 921 Abs. 2 Satz 1 ZPO). Diese kann man hierzu bei Mängeln in der Glaubhaftmachung auch (hilfsweise) ausdrücklich anbieten.

3. Verfahren

415 Über das Vollstreckungsgesuch entscheidet das Gericht zunächst stets durch einen **Beschluss**.

416 Dieser Beschluss kann auf **Zurückweisung** des Antrags lauten.

Nach überwiegender Auffassung erhält der Gegner hiervon keine Nachricht, um dem Gläubiger die Möglichkeit einer Überraschung zu erhalten, wenn er die Eilanordnung im Rechtsmittelverfahren (sofortige Beschwerde gegen die Zurückweisung, § 567 ZO) erwirkt. Etwas anderes kann sich aus der neueren Rechtsprechung des BVerfG zur prozessualen Waffengleichheit im Eilverfahren ergeben, aus dem folgen soll, dass erteilte Hinweise an den Antragsteller der Gegenseite auch im Falle der Ablehnung eines Antrags unverzüglich mitzuteilen sind (BVerfG NJW 2018, 3631).

Eine Mindermeinung vertritt die Auffassung, das Arrestgesuch könne nur nach mündlicher Verhandlung (und dann in der Form eines Urteils, § 921 ZPO; Schäfer MDR 1986, 979 m.w.N.) zurückgewiesen werden. Will der Gläubiger dies aus den dargestellten Gründen nicht, sollte er dem Gericht gegenüber seine Einwilligung in eine Zurückweisung durch Beschluss ausdrücklich klarstellen.

417 Dieser Beschluss kann auf **Anordnung** des Arrests lauten.

Hierdurch erreicht der Antragsteller sein Ziel am sichersten und schnellsten. Die Entscheidung ergeht dann ohne mündliche Verhandlung und in der Regel sogar ohne vorherige Anhörung des Antraggegners. Weil damit die Rechte des Schuldners zunächst völlig unberücksichtigt bleiben, kommt eine solche Vorgehensweise an sich nur dort in Betracht, wo sie zur Erreichung des Sicherungszwecks erforderlich ist. Tatsächlich aber wird in einer großen Zahl von Fällen so verfahren. Dafür spricht schon die für den Richter damit verbundene Arbeitserleichterung: Für ihn entfällt (zunächst) sowohl die Durchführung einer mündlichen Verhandlung als auch die Notwendigkeit einer Begründung der Entscheidung (Zöller/Vollkommer § 922 Rn. 10), mit Ausnahme der Begründung der besonderen Dringlichkeit (Prütting/Gehrlein/Fischer § 937 Rn. 3), die in der Praxis häufig nur formelhaft oder gar nicht erfolgt.

Luchterhand Verlag 2023

Leseprobe

Die Möglichkeit einer Entscheidung ohne vorherige Anhörung des Gegners hat das BVerfG in den letzten Jahren deutlich eingeschränkt. 418

In Presse- und Wettbewerbssachen bedarf es vor der gerichtlichen Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen einer Abmahnung. Das BVerfG sieht den Grundsatz der Waffengleichheit im Prozess verletzt, wenn der Prozessgegner vor Erlass der gerichtlichen Unterlassungsverfügung nicht in den gleichen Kenntnisstand versetzt wurde wie der Antragsteller. Dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der prozessualen Waffengleichheit genügen die Erwiderungsmöglichkeiten auf eine vorprozessuale Abmahnung nur dann, wenn der Verfügungsantrag im Anschluss an die Abmahnung unverzüglich nach Ablauf einer angemessenen Frist für die begehrte Unterlassungserklärung bei Gericht eingereicht wird, die abgemahnte Äußerung sowie die Begründung für die begehrte Unterlassung mit dem bei Gericht geltend gemachten Unterlassungsbegehren identisch sind und der Antragsteller ein etwaiges Zurückweisungsschreiben des Antragsgegners zusammen mit seiner Antragsschrift bei Gericht eingereicht hat (BVerfG NJW 2018, 3631; BVerfG NJW 2020, 2021; BVerfG NJW 2021, 1587; Mantz NJW 2020, 2007; Huber JuS 2021, 204; Schmidt-Gaedke ZAP 2022, 627).

Verallgemeinernd lässt sich daraus folgern, dass eine Eilanordnung nur auf einen dem Gegner bekannten Sachverhalt gestützt werden kann. Die Kenntnis kann auf eine vorprozessuale Abmahnung nur gestützt werden, wenn diese mit der Antragsschrift deckungsgleich (»kongruent«) ist. Kennt der Gegner den Sachverhalt nicht oder nicht vollständig, muss er vom Gericht vor der Entscheidung angehört werden, sei es schriftlich (E-Mail), telefonisch oder durch Anberaumung eines Termins zur mündlichen Verhandlung.

▶ **Praxistipp:**

Will der Antragsteller eine Entscheidung ohne vorherige Anhörung des Schuldners und ohne mündliche Verhandlung erreichen, muss er auf die besondere Dringlichkeit oder die Notwendigkeit, dem Schuldner keine Möglichkeit zur weiteren Vermögensverschleierung zu lassen, besonders hinweisen. 419

Eine Entscheidung ohne mündliche Verhandlung kann der Anwalt fördern, indem er eine Entscheidung ohne mündliche Verhandlung als solche ausdrücklich beantragt und eine (etwaige) besondere Dringlichkeit, welche über den Verfügungsgrund an sich hinausgeht, vorträgt (z.B. Gefahr der Vereitelung). Wenn dann noch etwaige Bedenken des Richters telefonisch geklärt werden können (besonders anbieten!), der Antrag wörtlich für die Tenorierung des Beschlusses übernommen werden kann und keine Lücken bei der Glaubhaftmachung vorhanden sind, ist in vielen Fällen ein sofortiger Erlass der einstweiligen Verfügung zu erwarten.

Die Gefahr einer Vermögensverschleierung lässt sich gut begründen, wenn schon der zu sichernde Anspruch aus Arglist oder einem vorsätzlichen Vermögensdelikt herrührt oder wenn der Arrestgrund in der bereits begonnenen Vermögensverschiebung besteht.

Soll auf die besondere Dringlichkeit abgestellt werden, muss zusätzlich zu den diese objektiv begründenden Umständen deutlich werden, dass auch der Antragsteller selbst so schnell wie möglich tätig geworden ist. Daran kann es fehlen, wenn der Antragsteller in Kenntnis der maßgeblichen Umstände lange Zeit untätig geblieben ist (Thomas/Putzo/Seiler § 940 Rn. 5). Die Rechtsprechung nimmt eine »Selbstwiderlegung« der Dringlichkeit an, wenn eine erkennbar große Zeitspanne zwischen dem Diktat (Schriftsatzdatum) und dem Eingang des Antrags bei Gericht liegt, manchmal sogar schon dann, wenn der Schriftsatz nicht erkennbar beschleunigt behandelt versandt wurde.

Dabei ist es sicherlich hilfreich, wenn man zur Glaubhaftmachung nicht nur die eidesstattliche Versicherung des Antragstellers vorlegen kann, sondern auch eine solche von Zeugen oder Urkunden. Außerdem können gerade hier etwaige Rechtsausführungen einen schnellen Erlass durch den erfahrungsgemäß oft unter Zeitdruck stehenden Richter sehr begünstigen. Denn zum einen ist der Umfang der rechtlichen Prüfung nach h.M. gegenüber dem Hauptsacheverfahren nicht eingeschränkt (Zöller/Vollkommer § 922 Rn. 6), und zum anderen nehmen manche Gerichte im Beschluss zur Begründung einfach auf die Antragsschrift Bezug, vor allem wenn in dieser sämtliche Voraussetzungen nebst Angabe der einschlägigen Vorschriften überzeugend dargestellt werden. Hat der Richter hingegen Zweifel, könnte er statt der Anberaumung eines Verhandlungstermins eher geneigt sein, den Antrag – und zwar ohne mündliche Verhandlung – zurückzuweisen (§ 937 Abs. 2 ZPO).

Luchterhand Verlag 2023

Leseprobe

Benötigt man den Beschluss noch am Tag der Antragstellung, muss der Antrag unbedingt während der üblichen Dienststunden, am besten bis spätestens mittags, gestellt sein. Denn richterliche Bereitschaftsdienste bestehen nur an dienstfreien Tagen und dort in der Regel nur zu bestimmten Zeiten (Dombert NJW 2002, 1628). Bis wann der Beschluss gegebenenfalls persönlich abgeholt werden kann, ist am besten mit der Geschäftsstelle des Richters abzustimmen.

Bei Beschlussentscheidung ohne rechtliches Gehör wird vertreten, dass der Antragsteller, falls sich aus seinem Vortrag Hinweise ergeben, dass dem Antragsgegner möglicherweise eine Einwendung zusteht (z.B. Verjährung oder Mängeleinrede), diese glaubhaft zu widerlegen hat (Thomas/Putzo/Seiler Vorbem. § 916 Rn. 9). Erscheint das als nicht machbar, kann es ratsam sein, etwaige Einwendungen besser gar nicht zu erwähnen und auch entsprechende Anlagen (z.B. Schriftverkehr mit dem Antragsgegner) nicht vorzulegen.

Die bei dieser Vorgehensweise unberücksichtigt bleibenden Rechte des Antragsgegners werden auf dessen »Antrag« hin nachgeholt: Legt der Gegner Widerspruch (§ 924 ZPO) ein, findet eine mündliche Verhandlung statt, an deren Ende über die Aufrechterhaltung oder Aufhebung des durch Beschluss erlassenen Arrests durch Urteil entschieden wird (zum Widerspruch unten Rdn. 3221).

420 Hält der Richter eine Entscheidung ohne vorherige Anhörung des Gegners und ohne mündliche Verhandlung für untunlich, so kann er durch Beschluss **Termin** bestimmen.

Der Ablauf des Verfahrens entspricht dann formal dem des allgemeinen Klageverfahrens. Das Gericht kann eine Frist zur Klageerwiderung setzen, muss die Ladungsfrist (§ 217 ZPO, Abkürzung auf Antrag möglich, § 226 ZPO), nicht aber die Einlassungsfrist (§ 274 ZPO) beachten. Im Termin kann eine Beweisaufnahme durchgeführt werden, allerdings nur mit präsenten Beweismitteln (§ 294 Abs. 2 ZPO), für den Inhalt des Termins gelten die allgemeinen Regeln (Güteversuch, Erörterung, Vergleich, Erledigung, Rücknahme, Säumnis usw.). Ausgeschlossen ist jedoch die Widerklage, auch in Form eines Wider-Arrestantrags. Vor dem Landgericht besteht Anwaltszwang.

Bei Gewährung rechtlichen Gehörs vor der Entscheidung entspricht die Behauptungs- und Beweislast nach h.M. grundsätzlich den allgemeinen Regeln (Prütting/Gehrlein/Fischer § 920 Rn. 2). Für die Parteien bedeutet dies, dass sie genauso sorgfältig vortragen und bestreiten sollten, wie in einem Hauptsacheverfahren. So sind insbesondere unstreitige Tatsachen nicht glaubhaft zu machen (§ 138 Abs. 3 ZPO).

Der Streit um die Anwendbarkeit der Verspätungsvorschriften §§ 282, 296 ZPO (dagegen Zöller/Vollkommer § 922 Rn. 15; dafür Zöller/Greger § 296 Rn. 7) sollte für den Anwalt keine Rolle spielen, da er ohnehin gehalten ist, vollständig und rechtzeitig vorzutragen.

▶ Praxistipp:

421 Wird eine mündliche Verhandlung anberaumt, empfiehlt es sich alle in Betracht kommenden Beweismittel zu stellen, insbesondere Zeugen unmittelbar mitzubringen. Empfehlen kann sich auch das persönliche Erscheinen der Partei, um erforderliche Ergänzungen des Sachvortrags sofort vornehmen zu können.

4. Schutzschrift, Abschlusserklärung, Unterwerfung

422 Befürchtet der Schuldner den Erlass eines Arrests oder einer einstweiligen Verfügung gegen sich, kann er sich vorbeugend dagegen durch eine **Schutzschrift** verteidigen (§ 945a ZPO).

Grundsätzlich ist die Schutzschrift als für die Bearbeitung durch das Register geeignetes elektronisches Dokument (z.B. als pdf-Dokument) zusammen mit einem (für die Suchroutine wichtigen) strukturierten Datensatz auf einem sicheren Übermittlungsweg (de-mail, Anwaltspostfach) bei dem zentralen, länderübergreifenden elektronischen Register für Schutzschriften (ZSSR, Schutzschriftenregister) einzureichen. Rechtsgrundlage dafür ist die Verordnung über das elektronische Schutzschriftenregister (SVR), technische Einzelheiten und Informationsmaterial dazu können dem Internetauftritt »https://schutzschriftenregister.hessen.de« entnommen werden.

Das früher im Internet betriebene überregionale Schutzschriftenregister (www.schutzschriftenregister.de) sowie das durch die Europäische EDV-Akademie des Rechts (EEAR) betriebene zentrale Schutzschriftenregister (ZSR) haben damit ihre Funktion verloren.

Luchterhand Verlag 2023

Leseprobe

Mit ihrer Einstellung in dieses Register gilt sie als bei allen ordentlichen Gerichten der Länder eingereicht. Diese sind verpflichtet, in Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes im Register zu recherchieren, ob eine Schutzschrift vorliegt. Ist dies der Fall, wird sie dem Richter zusammen mit der Antragsschrift vorgelegt und von diesem bei der Entscheidung berücksichtigt. Die Einstellung in das Register erfolgt für die Dauer von sechs Monaten, danach ist sie bei Bedarf zu wiederholen.

Inhaltlich empfiehlt sich die ausdrückliche Bezeichnung als Schutzschrift, um die Funktion des Schriftsatzes in der späteren Akte klarzustellen (Mes/Löhner, Prozessformularbuch, 12. Aufl. 2013, Kap. 9; Schmitt-Gaedke ZAP Fach 13, S. 2091; Huber JuS 2018, 1266). In jedem Fall muss die Schutzschrift ein volles Rubrum aufweisen, da es ein bereits laufendes Verfahren, dem sie zugeordnet werden könnte, (noch) nicht gibt. 423

▶ **Praxistipp:**

Im Rubrum der Antragsschrift sollten beide Parteien so umfassend und ausführlich wie möglich bezeichnet werden, um sicherzustellen, dass die Schutzschrift später dem Verfahren auch dann zugeordnet werden kann, wenn die Antragsschrift eine von der vorprozessualen Korrespondenz abweichende Bezeichnung enthält. 424

Der Antrag lautet auf Zurückweisung des Antrags auf Erlass einer Eilanordnung. 425

▶ **Praxistipp:**

»Hilfsanträge« auf Anberaumung eines Termins zur mündlichen Verhandlung, Anordnung einer Sicherheitsleistung oder Festsetzung einer Abwendungsbefugnis sind regelmäßig überflüssig. Zum einen handelt es sich nicht um echte Anträge, sondern lediglich um Anregungen zu an sich von Amts wegen zu treffenden Entscheidungen. Schaden können sie indes nicht. 426

Die Begründung der Schutzschrift entspricht der einer Erwiderungsschrift oder eines Widerspruchs. Inhaltlich kann versucht werden, die Zurückweisung des gegnerischen Antrags zu erreichen, indem dessen Unzulässigkeit oder Unbegründetheit dargelegt wird. Insbesondere kann die eigene Glaubhaftmachung von Tatsachen der des Antragstellers entgegengesetzt werden und im Rahmen der gerichtlich erforderlichen Würdigung dem erforderlichen Beweismaß entgegenstehen. Dabei muss die mögliche Antragsbegründung antizipiert, mögliche Alternativen einbezogen werden. Negiert werden kann das Vorliegen des Eilanspruchs genauso wie das eines Eilgrunds. Häufig genügt es, beim Gericht Verständnis dafür zu wecken, dass aktuelle Entwicklungen dem Schuldner bei Abfassung der Schutzschrift noch nicht bekannt sein konnten und deswegen eine mündliche Verhandlung geboten ist.

Reicht die Schutzschrift aus, den Erlass der beantragten Eilanordnung in Frage zu stellen, wird es regelmäßig nicht zu einer Zurückweisung des Eilantrags, sondern (wegen des Gebots der Gewährung rechtlichen Gehörs für den Antragsteller) zu einer mündlichen Verhandlung kommen (§ 922 ZPO). Auch mit einer völlig unerheblichen Schutzschrift kann dem Gericht signalisiert werden, dass im Fall des Erlasses mit einem Widerspruch zu rechnen ist und sich eine Entscheidung ohne mündliche Verhandlung nicht anbietet. 427

Die Notwendigkeit, den Antragsgegner zur Wahrung der prozessualen Waffengleichheit vor Erlass einer Entscheidung in den gleichen Kenntnisstand zu versetzen wie den Antragsteller wird durch eine Schutzschrift nicht beseitigt, weil der Antragsgegner bei Einreichung der Schutzschrift den erforderlichen hinreichenden Kenntnisstand grundsätzlich noch nicht hat (Mantz NJW 2020, 2007).

Allerdings kann eine unbedachte Schutzschrift auch nachteilig für die eigene Partei wirken. Da der Vortrag des Antragstellers noch nicht bekannt ist, besteht die Gefahr, anspruchsbegründende Voraussetzungen (durch Nichtbestreiten) unstreitig zu stellen (mit Bindungswirkung: § 290 ZPO), zuzugestehen oder diese (über den Vortrag des Antragstellers hinaus) gar selbst vorzutragen (Schuschke/Walker/Kessen § 945b Rn. 8; a.A. Borck MDR 1988, 908, 913, der eine Berücksichtigung der Schutzschrift zum Nachteil des Schuldners für treuwidrig hält). Solche Nachteile können bis ins Widerspruchs- oder Rechtsmittelverfahren fortdauern. Bestellt sich ein Anwalt in einer Schutzschrift 428

Luchterhand Verlag 2023

Leseprobe

für die Partei, wird er zum Zustellungsempfänger für die folgenden gerichtlichen Anordnungen (§ 172 ZPO; OLG Hamburg OLGR 2006, 565 und 297; OLG Düsseldorf GRUR-RR 2005, 102; OLG Köln GRUR 2001, 456 und 71; a.A. Anders WRP 2003, 204). Will der Anwalt dies vermeiden, muss er auf die Beschränkung seines Mandats ausdrücklich hinweisen.

▶ Praxistipp:

429 Die Notwendigkeit, sich in der Schutzschrift gegen noch nicht bekannte Angriffe verteidigen zu müssen, darf nicht dazu führen, dass dem Gläubiger bislang noch nicht bekannte Tatsachen offengelegt oder gar dessen Antrag erst schlüssig gemacht wird (»äquipollentes Parteivorbringen«).

Mit der Einreichung der Schutzschrift wird eine Gebühr in Höhe von 83,– € fällig (§ 15a JVKostG, Nr. 1160 Gebührenverzeichnis). Zur gebührenrechtlichen Behandlung der Schutzschrift Prütting/Gehrlein/Schneider § 916 Rn. 24 und Schuschke/Walker/Kessen § 945b Rn. 11 ff. Zur Kostenerstattung Schmitt-Gaedke, ZAP Fach 13, S. 2091.

430 Bei der **Abschlusserklärung** handelt es sich um einen Vertrag der Parteien mit dem Ziel, weiteren Streit zu vermeiden. Ausdrücklich oder stillschweigend wird damit auf mögliche Rechtsbehelfe gegen die Eilanordnung verzichtet (OLG Hamm WRP 1981, 475). Verzichtet werden kann dabei auf einzelne Rechtsbehelfe (möglicherweise sogar nur gegen die Kostenentscheidung), auf alle Rechtsbehelfe oder sogar auf das mögliche Hauptsacheverfahren (KG NJW-RR 1995, 907; Conrad MDR 2017, 68; Ahrens WRP 1997, 907).

Praktisch kommt ein solcher Vertrag meist durch die Aufforderung des Gläubigers an den Schuldner zustande, das Eilverfahren abzuschließen und eine dort bereits ergangene Entscheidung als endgültige Entscheidung des Streits anzuerkennen. Mit einem solchen Abschlussschreiben (das nicht notwendig der Schriftform bedarf) vermeidet der Gläubiger eine Kostenbelastung durch sofortiges Anerkenntnis des Schuldners im nachfolgenden Hauptsacheverfahren (§ 93 ZPO). Die Rechtsprechung verlangt dabei die Einräumung einer Überlegungsfrist für den Schuldner, die mindestens der Berufungsfrist entspricht (ein Monat ab Zustellung der Eilanordnung).

Durch die Abschlusserklärung des Schuldners wird aus der einstweiligen Regelung eine endgültige (Walker Rn. 374). Die Eilanordnung entfaltet dann die Wirkungen eines rechtskräftigen Titels in der Hauptsache, der Durchführung des Hauptsacheverfahrens bedarf es nicht mehr. Für den Gläubiger ist dieses Vorgehen nur sinnvoll, wenn er durch die Eilanordnung bereits in vollem Umfang befriedigt ist, was den Anwendungsbereich der Abschlusserklärung meist auf Befriedigungsverfügungen beschränkt. Praktisch wichtigster Fall ist die Unterlassungsverfügung im Wettbewerbsrecht. Der Schuldner ist zur Abgabe einer solchen Erklärung nicht verpflichtet, kann hierdurch aber weitere Kosten verhindern.

Auch wenn eine besondere Form für die Abschlusserklärung nicht vorgeschrieben ist, verlangt die h.M. eine schriftliche Erklärung (KG GRUR 1991, 258). Einer ausdrücklichen Annahmeerklärung durch den Gläubiger bedarf es nach § 151 BGB nicht.

Der Umfang des Schuldnerverzichts auf Rechtsbehelfe ist durch Auslegung zu bestimmen. Regelmäßig umfasst er einen Verzicht auf die Erhebung eines Widerspruchs und auf das Recht aus § 926 Abs. 1 ZPO, nach einer Urteilsentscheidung des erstinstanzlichen Gerichts liegt es nahe, auch einen Verzicht auf die Berufung anzunehmen. Der Verzicht ist im Wege der Einrede einem dennoch eingelegten Rechtsmittel entgegenzusetzen, steht aber einem Anschlussrechtsmittel nicht entgegen (§ 524 Abs. 2 ZPO). Er kann durch Parteivereinbarung beseitigt werden, ausnahmsweise auch bei Arglist oder Vorliegen eines Restitutionsgrunds (Zöller/Hessler § 515 Rn. 15). Ein wirksamer Verzicht macht einen dennoch eingelegten Rechtsbehelf jedenfalls ab dem Zeitpunkt, zu dem der Gegner sich darauf beruft, unzulässig (BGHZ 27, 60). Der Verzicht ist als Prozesshandlung grundsätzlich unwiderruflich und unanfechtbar. Ausnahmen lässt die Rechtsprechung allein in den Fällen zu, in denen auch gegen ein rechtskräftiges Urteil noch vorgegangen werden könnte (§§ 580, 581 ZPO).

Zur gebührenrechtlichen Bedeutung der Abschlusserklärung Prütting/Gehrlein/Schneider § 916 Rn. 27).

Luchterhand Verlag 2023

Leseprobe

▶ Praxistipp:

Bloße Abschlusserklärungen bringen oft Auslegungsprobleme hinsichtlich des Umfangs des gewollten Verzichts. Besser ist es deswegen, ausdrücklich klarzustellen, worauf der Verzicht sich erstrecken soll. Als die Interessen beider Parteien wahrend bietet sich an, dass der Antragsgegner die Eilanordnungen als endgültige, einem rechtskräftigen Titel gleichstehende Regelung der Hauptsache anerkennt und in dem hierzu erforderlichen Umfang auf die Rechte aus §§ 924, 926 und 927 ZPO sowie auf die Berufung verzichtet (OLG Hamm GRUR 1993, 1001; Schuschke/Walker/Kessen Anh. § 935 C Rn. 5). 431

Alternativ zur Abschlusserklärung kann der Antragsgegner sich einseitig der der Eilanordnung zugrunde liegenden Begehr des Gläubigers **unterwerfen** und damit die Wiederholungsgefahr beseitigen (Schuschke/Walker/Kessen Anh. § 935 C Rn. 12). Verhindern kann der Schuldner so zumindest weitere Eilanordnungen, ggf. stellt die Unterwerfung ein kostenbefreiendes sofortiges Anerkenntnis dar (§ 93 ZPO). 432

III. Einstweilige Verfügung (§§ 935 ff. ZPO)

Die einstweilige Verfügung (Mertins JuS 2009, 911) dient der (vorläufigen) Sicherung von Individualansprüchen mit Ausnahme von Geldforderungen (Sicherungsverfügung, § 935 ZPO; unten Rdn. 438), sowie der einstweiligen Regelung streitiger Rechtsverhältnisse (Regelungsverfügung, § 940 ZPO; unten Rdn. 440). Über diese beiden gesetzlich geregelten **Fälle** hinaus hat die Rechtsprechung die Leistungsverfügung entwickelt (unten Rdn. 445). 433

Auf all diese Formen der einstweiligen Verfügung finden die Arrestvorschriften entsprechende Anwendung (§ 936 ZPO), sodass auf die vorstehenden Ausführungen Bezug genommen werden kann.

Ein – in der Praxis nicht sonderlich ernst genommener – Unterschied besteht hinsichtlich der Notwendigkeit einer mündlichen Verhandlung. Auf eine solche kann bei der einstweiligen Verfügung nur »in dringenden Fällen« verzichtet werden (§§ 937 Abs. 2, 942 Abs. 4 ZPO). Diese besondere Dringlichkeit ist nur gegeben, »wenn nach dem Ermessen des Gerichts die Anordnung der mündlichen Verhandlung den Zweck der einstweiligen Verfügung gefährden würde, weil der Antragsteller nur durch einen möglichst rasch erwirkten Titel zur Sicherung seines Anspruchs kommen kann« (Thomas/Putzo/Seiler § 937 Rn. 2) und »selbst eine innerhalb kürzester Frist terminierte mündliche Verhandlung nicht abgewartet werden kann« (Zöller/Vollkommer § 937 Rn. 2).

Ein wichtiger Unterschied zwischen Arrest und einstweiliger Verfügung besteht bei der Bindung des Gerichts an den **Antrag** des Gläubigers. Während diese Bindung für den Arrest allgemeinen Grundsätzen (§ 308 Abs. 1 ZPO) folgend uneingeschränkt besteht, ist sie für die einstweilige Verfügung aufgehoben. Das Gericht bestimmt die zur Erreichung des Zwecks erforderlichen Anordnungen nach freiem Ermessen (§ 938 ZPO). 434

Damit genügt es an sich, dass der Verfügungsgläubiger nur das Rechtsschutzziel angibt, ohne es in Form eines Antrags zu konkretisieren (Zöller/Vollkommer §§ 935 Rn. 4, 938 Rn. 2: Ausnahme bei Unterlassungsverfügung). In der Regel jedoch sind die Richter geneigt, den Antrag (»das Gesuch«) des Gläubigers soweit wie möglich wörtlich zu übernehmen. Daher sollte der Anwalt ihn besonders sorgfältig formulieren, zumal er dann einen etwaigen Entscheidungsspielraum zu seinen Gunsten nutzen kann.

Dabei dürfen die beantragten/angeordneten Maßnahmen grundsätzlich nicht zur Befriedigung des Gläubigers führen. Auch die einstweilige Verfügung dient nur der Sicherung, nicht der Befriedigung des Anspruchs. Als sichernde Maßnahmen kommen neben der Sequestration (§ 938 Abs. 2 ZPO) insbesondere Gebote und Verbote (z.B. § 136 BGB) in Betracht (Zöller/Vollkommer § 938 Rn. 5 ff.). Dingliche Ansprüche lassen sich häufig durch Eintragung einer Vormerkung oder eines Widerspruchs sichern. In diesen Fällen ist es zweckmäßig, das Gericht schon im Antrag zu bitten, das Grundbuchamt um die Eintragung zu ersuchen (§ 941 ZPO). Zur Vermeidung von Eintragungsproblemen sollte auf die korrekte Grundbuchbezeichnung geachtet werden.

Luchterhand Verlag 2023

Leseprobe

▶ Beispiel:

435 Bei Herausgabeansprüchen kann nicht Herausgabe an den Gläubiger verlangt werden, sondern allenfalls Herausgabe an einen Sequester.

Räumung einer Wohnung darf nur unter den Voraussetzungen des § 940a ZPO angeordnet werden (dazu auch unten Rdn. 829; Börstinghaus NJW 2014, 2225).

Die gemeinschaftliche Nutzung von Sachen kann durch räumliche oder zeitliche Abgrenzungen geregelt werden.

436 Ist eine Sicherung ohne gleichzeitige (teilweise) Erfüllung nicht möglich, kommt allenfalls eine Leistungsverfügung in Betracht. Ist auch diese ausgeschlossen, muss hingenommen werden, dass nicht alle Ansprüche prozessual gesichert werden können.

Praktisch ohne Bedeutung ist der Streit, ob **Unterlassungsverfügungen** einen Unterfall der Sicherungs- oder der Leistungsverfügung darstellen. Zwar beinhaltet jede Form der Unterlassungsanordnung eine zumindest zeit- oder teilweise Erfüllung der Hauptsache, doch ist die Eilanordnung wegen des abwehrenden Charakters der Unterlassungsansprüche als »vorbeugend negatorischer Rechtsschutz« allgemein anerkannt ist (Zöller/Vollkommer § 940 Rn. 1 ZPO).

Nur gering sein dürfte auch das praktische Bedürfnis für **Feststellungsverfügungen**, mit der nicht Ansprüche, sondern Rechtsverhältnisse vorläufig gesichert werden. Die Rechtsprechung bejaht dies zum Teil bei der Feststellung von Aufsichtsratsbeschlüssen oder der Verpflichtung zum Schadensersatz bei Wettbewerbsverstößen, die Lehre hat sich damit bislang kaum befasst (Vogg NJW 1993, 1357). Im Übrigen siehe die Ausführungen zur Regelungsverfügung unten Rdn. 440 ff.

Im Übrigen müssen die Anordnungen einen vollstreckungsfähigen Inhalt haben, wobei es zweckmäßig ist, bei einem Unterlassungsanspruch sogleich die Ordnungsmittelandrohung zu beantragen (§ 890 Abs. 2 ZPO).

▶ Praxistipp:

437 Nach der Antragstellung sollte der Anwalt (telefonisch) erreichbar sein und hierauf in der Antragsschrift besonders hinweisen.

Denn häufig hat der Richter noch ergänzende Fragen bzw. weist auf einzelne fehlende Voraussetzungen hin, die meistens leicht beigebracht werden können. Manchmal lassen sich im Gespräch etwaige Missverständnisse oder Unklarheiten beseitigen. Es kann deshalb nützlich sein, kurz nach Einreichung des Antrages selbst telefonisch beim Richter über die Erfolgsaussichten nachzufragen. Ebenso nützlich kann es sein, wenn der Mandant an diesem Tag telefonisch erreichbar ist, damit z.B. eine mangelhafte eidesstattliche Versicherung schnell nachgebessert werden kann.

Wenn dann etwaige Bedenken des Gerichts gegen den Erlass nicht beseitigt werden können, sind eine Rücknahme und eine erneute Antragstellung vor einem anderen Richter (bei einem anderen Gericht, zu einem späteren Zeitpunkt oder bei einem Bereitschaftsrichter am Wochenende) zu erwägen. Dadurch erhält man die Chance, dass vielleicht der andere Richter die Rechtslage im Sinne des Antragstellers beurteilt oder die Voraussetzungen einfach nicht ganz so genau prüft. Hingegen kann ein zurückgewiesener Antrag nicht wiederholt werden (OLG Frankfurt a.M. NJW 2005, 3222).

1. Sicherungsverfügung

438 Bei der Sicherungsverfügung (§ 935 ZPO) tritt an die Stelle des Arrestanspruchs der Verfügungsanspruch, an die Stelle des Arrestgrunds der Verfügungsgrund.

Leistungsanspruch kann dabei jeder nicht auf Zahlung gerichtete Anspruch sein.

▶ Beispiel:

439 Ansprüche auf Herausgabe und Unterlassung (speziell im Wettbewerbs-, Presse- und Mietrecht sowie auf dem Gebiet des Ehrenschutzes bei Persönlichkeitsverletzungen; §§ 12, 823, 824, 862, 1004 BGB; § 938 Abs. 2 ZPO), Ansprüche auf Auflassung, Grundbuchberichtigung

Luchterhand Verlag 2023

Leseprobe

(§ 894 BGB) und Werklohnforderungen des Bauunternehmers (Bauunternehmer- bzw. Bauhandwerkersicherungshypothek gem. § 650f BGB); Sicherung durch Eintragung einer Vormerkung (§§ 883, 885 BGB) bzw. eines Widerspruchs (§ 899 BGB); Anordnungen nach dem Gewaltschutzgesetz (weitere Beispiele bei Zöller/Vollkommer § 940 Rn. 8).

Ein Verfügungsgrund besteht, wenn zu besorgen ist, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustands die Verwirklichung des Rechts vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte. Insoweit entsprechen die Voraussetzungen denen des dinglichen Arrests.

Bei der einstweiligen Verfügung auf Abänderung oder Anpassung eines Bauvertrags wird der Verfügungsgrund (widerleglich) vermutet (§ 950d BGB).

2. Regelungsverfügung

Die Regelungsverfügung (§ 940 ZPO) dient nicht der Sicherung eines Anspruchs, sondern der vorläufigen Regelung eines **Rechtsverhältnisses**. 440

In Betracht kommen dabei vor allem Dauerschuldverhältnisse (Miete, Pacht, Gesellschaft, Gemeinschaft, Nachbarschaft u.ä.).

▶ Beispiel:

Soll dem Gesellschafter einer Personenhandelsgesellschaft nachträglich die Geschäftsführungs- oder Vertretungsbefugnis entzogen werden (was in der Hauptsache eine Gestaltungsklage nach §§ 117, 127 HGB erfordert), kann die Befugnis zur Vertretung bzw. Geschäftsführung der Gesellschaft vorläufig nach § 940 ZPO geregelt werden (»Dem Antragsgegner wird die Befugnis zur Vertretung der OHG bis zum Abschluss des Hauptsacheverfahrens einstweilen entzogen«.). 441

Ein Eilgrund liegt nur vor, wenn die einstweilige Regelung **notwendig**, d.h. eilbedürftig, ist i.S.d. §§ 935, 940 ZPO (sog. Dringlichkeit). Es müssen Umstände bestehen, die nach dem objektiven Urteil eines vernünftigen Menschen befürchten lassen, dass die Verwirklichung des Individualanspruchs durch bevorstehende (und durch die einstweilige Verfügung abzuwendende) Veränderung des bestehenden Zustandes gefährdet ist, d.h. vereitelt oder erheblich erschwert werden würde. 442

▶ Beispiele

Bejaht werden kann die Dringlichkeit bei drohender Veräußerung, Wegschaffung, Belastung, Verarbeitung, Zerstörung oder bevorstehendem Eingriff in Rechte (Thomas/Putzo/Seiler § 935 Rn. 6). Hingegen ist die Dringlichkeit zu verneinen, wenn für den Gläubiger gegenüber dem Fall der Durchführung eines Hauptsacheverfahrens keine Nachteile ersichtlich sind. 443

Dabei darf der Verfügungsgrund nicht mit der materiellrechtlichen Wiederholungsgefahr verwechselt werden. So widerlegt z.B. die Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung im Wettbewerbsrecht nur die Wiederholungsgefahr, der Verfügungsgrund wird dagegen ohnedies gesetzlich vermutet (§ 12 Abs. 2 UWG; OLG Dresden NJW 2005, 1871).

Die Rechtsprechung nimmt eine »Selbstwiderlegung« der Dringlichkeit an, wenn der Antragsteller in Kenntnis der maßgeblichen Umstände lange Zeit untätig geblieben ist (Thomas/Putzo/Seiler § 940 Rn. 5) oder eine erkennbar große Zeitspanne zwischen dem Diktat (Schriftsatzdatum) und dem Eingang des Antrags bei Gericht liegt, manchmal sogar schon dann, wenn der Antrag nicht erkennbar beschleunigt behandelt wurde.

In Ausnahmefällen ist die Eilbedürftigkeit nicht erforderlich bzw. wird gesetzlich vermutet: 444
- Verbotene **Eigenmacht** (arg. § 863 BGB; Grüneberg/Bassenge § 861 Rn. 11),
- Eintragung einer **Vormerkung** (§ 885 Abs. 1 Satz 2 BGB) bzw. eines Widerspruchs ins Grundbuch (§ 899 BGB),
- **Unterhaltszahlung** (§ 1615o BGB),
- Wettbewerbsrechtliche **Unterlassungsansprüche** (§§ 12 Abs. 2, 25 UWG).

Luchterhand Verlag 2023

Leseprobe

3. Leistungsverfügung

445 Ist die Sicherung eines Rechts ohne gleichzeitige Erfüllung nicht möglich, scheidet eine Eilanordnung an sich aus. Ergibt indes eine Abwägung, dass die Interessen des Schuldners an einem Schutz vor ungerechtfertigter endgültiger Inanspruchnahme hinter den Interessen des Gläubigers an einem Schutz des Rechts zurücktreten müssen, so kommt eine Leistungsverfügung in Betracht. Im Gesetz nicht vorgesehen hat die Rechtsprechung diese Form des einstweiligen Rechtsschutzes analog §§ 935, 940 ZPO in Ausnahmefällen zugelassen (OLG Jena NJW-RR 2012, 862).

446 Ein **Verfügungsgrund** besteht insoweit nur, wenn der Antragsteller auf die sofortige Erfüllung so dringend angewiesen ist, dass er ein ordentliches Verfahren nicht abwarten kann, ohne einen unverhältnismäßig großen, gar irreparablen Schaden zu erleiden droht (Thomas/Putzo/Seiler § 940 Rn. 6). Demgegenüber darf dem Antragsgegner allenfalls drohen, die angeordnete Leistung nicht rückabwickeln zu können.

Erforderlich ist deswegen insoweit eine Interessenabwägung im Einzelfall.

447 Für den **Verfügungsanspruch** kann auf die von der Rechtsprechung hierzu entwickelten Fallgruppen zurückgegriffen werden. Dazu gehören beispielsweise:

448 – Ansprüche auf **Zahlung** von Geld (soweit diese nicht, vor allem im Familienrecht [§§ 49 ff. FamFG i.V.m. §§ 119, 157, 214, 226, 242, 246 ff., 300 ff., 331 ff., 427 FamFG], besonders geregelt sind), wenn diese der Behebung einer existenziellen Notlage bzw. zur Abdeckung des Existenzminimums erforderlich sind;

▶ Beispiel:

Abschlagszahlungen auf laufende Unterhalts- oder Lohnansprüche; Lieferung von Gas, Wasser und Strom.

449 – Ansprüche auf **Herausgabe** von Gegenständen, soweit diese zur Bestreitung des eigenen Lebensunterhalts unverzichtbar sind;

▶ Beispiel:

Herausgabe der Arbeitspapiere oder sonstiger unentbehrlicher persönlicher Gegenstände.

– Ansprüche auf **Weiterbeschäftigung** des gekündigten Arbeitnehmers für die Dauer des Kündigungsschutzprozesses;

450 – Ansprüche auf **Wiederherstellung** des durch verbotene Eigenmacht entzogenen Besitzes;

▶ Beispiel:

Hat der Vermieter dem Mieter den Besitz an der Wohnung durch verbotene Eigenmacht entzogen, könnte der Mieter sich den Zutritt zur Wohnung im Wege der Selbsthilfe wieder verschaffen (§§ 859, 861 BGB). Nimmt er gerichtliche Hilfe in Anspruch, müssen die Befugnisse des Gerichts zumindest so weit gehen, wie die der Partei selbst (arg. § 940a ZPO; Zöller/Vollkommer § 940 Rn. 8; 940a).

– Ansprüche auf **Gegendarstellung** im Presserecht nach den Sonderregelungen in den meisten Landespressegesetzen.

B. Selbstständiges Beweisverfahren (§§ 485 ff. ZPO)

I. Allgemeines

451 Mit dem selbstständigen Beweisverfahren wird nicht die Vollstreckung eines Anspruchs gesichert, sondern die Beweisbarkeit seiner Voraussetzungen (OLG Nürnberg NJW-RR 2011, 1216).

Luchterhand Verlag 2023

Leseprobe

1. Taktische Überlegungen

Das selbstständige Beweisverfahren kommt aus zwei unterschiedlichen Überlegungen heraus in Betracht: 452

– Streiten die Parteien nur um Tatsachen, nicht auch um Rechtsfragen, so genügt es häufig, diese Tatsachen im Rahmen einer gerichtlich betriebenen Beweisaufnahme zu klären, ohne dass es der übrigen Teile eines allgemeinen Klageverfahrens (mündliche Verhandlung, Urteil) bedarf (»**isolierte Beweisaufnahme**«).

  Insoweit stellt sich das selbstständige Beweisverfahren als Alternative zur Erhebung einer allgemeinen Klage dar.

– Droht ein Beweismittel verloren zu gehen oder seine Benutzung erschwert zu werden, kann die Beweisaufnahme vorgezogen werden (»**vorweggenommene Beweisaufnahme**«).

  Insoweit ist das selbstständige Beweisverfahren Eilverfahren zur Sicherung eigener Prozessrechte und damit Gegenstand der vorliegenden Betrachtung. Dieser Funktion trug die frühere Bezeichnung dieser Verfahrensform »Beweissicherungsverfahren« Rechnung.

Sinn macht ein solches Beweissicherungsverfahren nicht nur, wenn zu befürchten ist, dass Feststellungen später nicht mehr nachgeholt werden, Beweismittel verloren gehen oder in Zukunft nur noch schwer zugänglich sein können. Erbringt die Beweisaufnahme im selbstständigen Beweisverfahren den erforderlichen Beweis nicht, kann eine nutzlose und teure Klage erspart werden. Ein ganz oder teilweise positives Beweisergebnis kann Grundlage für fundierte Vergleichsgespräche der Parteien sein, die vom Gericht (§ 492 Abs. 3 ZPO) oder privat initiiert werden können. 453

Praktisch folgen der überwiegenden Zahl selbstständiger Beweisverfahren denn auch keine streitigen Verfahren mehr (Fellner MDR 2014, 66; Huber JuS 2004, 215).

Für das selbstständige Beweissicherungsverfahren ist es grundsätzlich unerheblich, ob das **Klageverfahren** bereits anhängig ist oder nicht. In beiden Fällen kann ein Interesse daran bestehen, mit der Durchführung der Beweisaufnahme nicht abzuwarten, bis diese durch das Prozessgericht angeordnet wird. Unerheblich ist generell auch der Grund für die drohende Beweisverschlechterung. Ist das Beweisergebnis für eine bereits anhängige Hauptsache vorgreiflich, kann die Aussetzung des Hauptsacheverfahrens beantragt werden (§ 148 ZPO; BGH NJW-RR 2007, 456; Werner/Pastor Rn. 6; Litzenberger/Strieder JA 2017, 374). 454

Beruht die drohende Verschlechterung der eigenen Beweissituation indes auf einem Verhalten des Gegners, kann an die Stelle der Beweissicherung aus den Grundsätzen der Beweisvereitelung eine Beweiserleichterung treten (dazu unten Rdn. 1751).

Mit dem Antrag auf Einleitung eines selbstständigen Beweisverfahren wird die **Verjährung** unterbrochen (§ 204 Abs. 1 Nr. 7 BGB, § 167 ZPO). Erforderlich ist es dabei, alle in Betracht kommenden Schuldner als Antragsgegner aufzunehmen. 455

Da nach § 270 Abs. 2 ZPO eine (förmliche) Zustellung von Amts wegen nicht ohne Weiteres erforderlich ist, empfiehlt es sich, diese ausdrücklich zu beantragen (dazu oben Rdn. 355). Will der Bevollmächtigte des Antragstellers jedes Haftungsrisiko vermeiden, so sollte es sich die Zustellung in geeigneter Form bestätigen lassen (Nierwetberg Editorial NJW 28/2005).

Zu beachten ist, dass die Hemmungswirkung sechs Monate nach Beendigung des Verfahrens endet (§ 204 Abs. 2 BGB; Thomas/Putzo/Seiler § 492 Rn. 3) und man sich deshalb gegebenenfalls um eine erneute Hemmung kümmern muss. Beginn und Ende der Verjährungshemmung können für einzelne Mängel separat laufen.

▶ Praxistipp:

Für ein Beweissicherungsverfahren kann auch sprechen, dass hier ein günstiger Beweis leichter zu erlangen ist als in einem streitigen Verfahren. 456

Luchterhand Verlag 2023

Leseprobe

So sind die Voraussetzungen für die Anordnung eines Sachverständigengutachtens relativ gering (§ 485 ZPO); das »rechtliche Interesse« in § 485 Abs. 2 ZPO ist weit auszulegen (Thomas/Putzo/Seiler § 485 Rn. 7) und das Gericht darf im Übrigen nicht zu hohe Anforderungen stellen (Zöller/Herget § 487 Rn. 4). Unerheblich ist die Frage, ob das Beweismittel für einen etwaigen späteren Hauptsacheprozess relevant ist sowie dessen Erfolgsaussicht (Thomas/Putzo/Seiler § 485 Rn. 4). Mittels der Begutachtung kann daher eine gewisse Ausforschung betrieben werden, insbesondere kann der Antragsteller ermitteln lassen, wer z.B. für einen bestimmten Baumangel verantwortlich ist (§§ 485 Abs. 2, 494 ZPO).

Eine weitere Erleichterung kann daraus resultieren, dass das Gericht den Voraussetzungen eines selbstständigen Beweisverfahrens weniger Sorgfalt widmet, als der Beweiserhebung in einem streitigen Verfahren. So werden die vorgegebenen Fragen vom Gericht häufig unverändert und ohne genauere Prüfung im Anordnungsbeschluss übernommen.

Auch der Gegner wird sich in einem selbstständigen Beweisverfahren häufig nicht so aufwendig verteidigen, wie gegen ein streitiges Verfahren. Im selbstständigen Beweisverfahren werden namentliche Vorschläge des Antragstellers in Bezug auf die Person des Sachverständigen erfahrungsgemäß eher akzeptiert als im Urteilsverfahren, obgleich diese (im Gegensatz zu früher) für das Gericht nach h.M. nicht bindend sind (§§ 492 Abs. 1, 404 Abs. 1 Satz 1 ZPO; Thomas/Putzo/Seiler § 487 Rn. 399; a.A. Anders/Gehle/Hartmann § 487 Rn. 5; Ausnahme: Einigung der Parteien auf einen bestimmten Sachverständigen § 404 Abs. 4 ZPO). Einwendungen des Antraggegners hinsichtlich des Beweisthemas und des erstellten Gutachtens erfolgen ebenso selten wie Anträge auf persönliche Anhörung des Sachverständigen.

Selbst wenn der Gegner sich verteidigen will, sind seine Möglichkeiten beschränkt. Da der Beweisbeschluss nicht anfechtbar ist, kann der Gegner dessen Änderung, insbesondere eine Einschränkung durch das erlassende Gericht nur durch eine Anregung bzw. Erhebung von Einwendungen erreichen (§ 490 Abs. 2 Satz 2 ZPO; KG MDR 1999, 564).

457 Der **Beweiswert** solchermaßen erhobener Beweise geht über den einer privaten Beweissicherung deutlich hinaus.

Dieses Verfahren hat die Wirkung einer vorweggenommenen gerichtlichen Beweisaufnahme, es macht in einem späteren Verfahren die erneute Beweisaufnahme entbehrlich, tritt an deren Stelle (§ 493 Abs. 1 ZPO). So ist ein eingeholtes Sachverständigengutachten im nachfolgenden Streitverfahren grundsätzlich nicht bloß als Parteigutachten, sondern als vollwertiges gerichtliches Gutachten zu behandeln.

Hierin liegt aber auch ein gewisses Risiko, weil der Antragsteller auch an ein negatives Beweisergebnis gebunden ist.

458 Das mit dem selbstständigen Beweisverfahren verbundene **Kostenrisiko** hält sich in Grenzen.

Während bei einem vorprozessual eingeholten Privatgutachten die Kosten nur ausnahmsweise in bestimmten Fällen als Verfahrenskosten nach § 91 Abs. 1 ZPO vom unterlegenen Gegner zu erstatten sind, gelten die Kosten eines selbstständigen Beweisverfahrens generell als gerichtliche Kosten des nachfolgenden Hauptsacheverfahrens (Thomas/Putzo/Hüßtege §§ 91 Rn. 49; 494a Rn. 5; BGHReport 2004, 1529). Dabei kommt es nur darauf an, dass Parteien und Streitgegenstand des Beweisverfahrens wie des Hauptprozesses identisch sind und ob der Kläger das selbstständige Beweisverfahren – objektiv betrachtet – zur Zeit der Einleitung für notwendig halten durfte, auch wenn das Beweisergebnis später nicht verwertet worden ist.

459 Gegen ein selbstständiges Beweisverfahren kann die damit praktisch häufig verbundene Verfahrensverzögerung sprechen. Diese kann durch Handlungen des Gegners oder zögerliche Bearbeitung durch das Gericht eintreten. Eilbedürftige Beweisfragen lassen sich deswegen häufig besser mit einem Privatgutachten oder einem Schiedsgutachten klären (Mally NJW 2017, 1081).

2. Antrag

460 Die über die Mindestanforderungen des § 253 Abs. 2 ZPO hinausgehenden besonderen Inhalte des Antrags (für den kein Anwaltszwang besteht, §§ 486 Abs. 4, 78 Abs. 5 ZPO) sind in **§§ 487, 485 ZPO** geregelt.

461 (1) Bezeichnet werden müssen die **Parteien**, insbesondere der Gegner, die **Tatsachen**, über die Beweis erhoben werden soll, und die zu erhebenden **Beweise**. Da die Wirkungen des selbstständigen Beweis-

Luchterhand Verlag 2023

Leseprobe

verfahrens nur im Rahmen des gestellten Antrags eintreten, ist darauf zu achten, dass alle potentiellen Hauptsachegegner und alle denkbaren Streitfragen (insbesondere Mängel) in das selbstständige Beweisverfahren einbezogen werden.

Ersteres folgt daraus, dass der Antrag außerhalb eines anhängigen Prozesses die Klageschrift ersetzen muss, Letzteres daraus, dass es sich um einen Beweisantrag handelt. Anders als bei einem normalen Beweisantrag im Erkenntnisverfahren wird im selbstständigen Beweisverfahren die **Beweiserheblichkeit** der behaupteten Tatsache nicht geprüft; ob es auf die Tatsache ankommt oder nicht, kann erst im Hauptprozess untersucht werden, weil erst dort der Streitgegenstand bestimmt wird. Der Antrag muss deswegen weder eine Sachverhaltsdarstellung noch die schlüssige Darlegung eines Anspruchs oder eine sonstige materielle Begründung für den Beweisantrag enthalten. Etwas anderes kann allenfalls gelten, wenn evident ist, dass der behauptete Anspruch keinesfalls bestehen kann (BGH NJW 2004, 3488).

Auch das selbstständige Beweisverfahren muss indes auf konkrete Tatsachenbehauptungen gestützt werden und darf nicht zum Ausforschungsbeweis werden (Litzenberger/Strieder JA 2017, 374 mit Formulierungsvorschlägen). Allerdings genügt es, wenn in Unkenntnis der eigentlichen Mangelursachen nur die vorhandenen Mangelerscheinungen konkret beschrieben werden.

Hat es bereits eine selbstständige Beweiserhebung über die gleiche Tatsache gegeben, so kommt ein weiterer Antrag kommt nur unter den Voraussetzungen in Betracht, unter denen in einem laufenden Prozess die Beweisaufnahme wiederholt werden kann (§§ 398, 412 ZPO). Dies gilt grundsätzlich auch zu Lasten eines Rechtsnachfolgers des Antragstellers.

Das selbstständige Beweisverfahren kann gerichtet werden auf die Einnahme eines **Augenscheins**, die Vernehmung von **Zeugen** oder die Einholung eines **Sachverständigengutachtens**. 462

Parteivernehmung und **Urkundenbeweis** können damit nicht selbstständig durchgeführt werden.

Zu **benennen** sind vom Antragsteller nur die zu vernehmenden Zeugen. Der früher bestehende Streit, ob der Sachverständige vom Antragsteller zu benennen sei, ist durch die Neufassung des § 487 ZPO entfallen; aus dem Wortlaut folgt nun eindeutig, dass der Sachverständige im selbstständigen Beweisverfahren wie im normalen Verfahren auch (§ 404 ZPO) vom Gericht ausgesucht wird.

- Sachverständigengutachten (insbesondere, aber nicht nur in Bausachen) erstrecken sich typischerweise (Mally NJW 2017, 1081) auf die Fragen
- ob die behaupteten Schäden bzw. Mängel vorliegen,
- sie über das erkennbare Maß hinausgehen,
- auf welchen Ursachen sie beruhen,
- wer dafür verantwortlich ist,
- wie sie beseitigt werden können,
- welcher Kostenaufwand mit der Beseitigung verbunden ist,
- welcher Minderwert nach der Beseitigung verbleibt.
- Nach der neueren Rechtsprechung kommen auch Beweisfragen zu Inhalt und Umfang der ärztlichen Aufklärungspflicht als Gegenstand eines selbständigen Beweisverfahrens nach § 485 Abs. 2 ZPO in Betracht (BGH MDR 2020, 989 und 1122).

(2) Angegeben werden müssen darüber hinaus Tatsachen, aus denen sich die Zulässigkeit des selbstständigen Beweisverfahrens ergibt. Hierfür ist danach zu differenzieren, ob die Beweissicherung während oder außerhalb eines Hauptsacheverfahrens beantragt wird. 463

Während eines bereits anhängigen Hauptverfahrens ist das selbstständige Beweisverfahren zulässig mit Zustimmung des Gegners oder wenn die Erschwerung bzw. der Verlust des Beweismittels droht (§ 485 Abs. 1 ZPO). Die Zustimmung des Gegners ist praktisch recht häufig, weil oft beide Parteien an der Klärung interessiert sind und dann eine außergerichtliche Regelung möglich wird. Ansonsten kann das selbstständige Beweisverfahren angezeigt sein, wenn ein Zeuge infolge Alters, Krankheit oder wegen bevorstehender Auswanderung zum Haupttermin nicht mehr ohne Weiteres zur Verfügung stehen wird. Zur Zulässigkeit bei drohendem Erinnerungsverlust des Zeugen Effer-Uhe MDR 2018, 707.

Ist ein Rechtsstreit noch nicht anhängig, kann eine Partei gem. § 485 Abs. 2 ZPO die schriftliche Begutachtung durch einen Sachverständigen beantragen, wenn sie der Zustand einer Person oder Sache, die Ursache eines Schadens oder Mangels oder der Aufwand für die Beseitigung eines Schadens oder Mangels festgestellt werden soll und der Vermeidung eines Rechtsstreits dienen kann. Dabei genügt es, wenn die

Luchterhand Verlag 2023

Leseprobe

Möglichkeit (nicht Wahrscheinlichkeit) besteht, dass ein Rechtsstreit vermieden wird (Litzenberger/Strieder JA 2017, 374).

464 Außerhalb eines Hauptsacheverfahrens sind die Gerichtskosten vorab zu zahlen (§ 22 Abs. 1 GKG). In besonders eilbedürftigen Fällen kann es sich empfehlen, als Vorschuss nicht bloß die Gebühr nach Nr. 1610 KV-GKG, sondern auch die zu erwartenden Auslagen für ein Sachverständigengutachten zu leisten.

3. Verfahren

465 Eine **mündliche Verhandlung** ist dem Gericht grundsätzlich freigestellt (§ 490 Abs. 1 ZPO). Geprüft werden allein die prozessualen Voraussetzungen des selbstständigen Beweisverfahrens, eine Sachprüfung findet nicht statt. Die Entscheidung ergeht immer in Form eines **Beschlusses** (§ 490 Abs. 2 ZPO), der inhaltlich einem normalen Beweisbeschluss entspricht.

Wird der Beschluss erlassen, so gibt es dagegen kein **Rechtsmittel** (§ 490 Abs. 2 Satz 2 ZPO); wird der Erlass des Beschlusses abgelehnt, so steht dem Antragsteller hiergegen die sofortige Beschwerde zu (§ 567 Abs. 1 Nr. 2 ZPO).

466 **Gegenbeweisanträge** des Gegners sind grundsätzlich möglich.

Der Gegner kann die Beweisfrage erweitern, ein weiteres Beweismittel benennen, oder den Gegenbeweis antreten (Zöller/Herget § 485 Rn. 3; § 487 Rn. 4; Thomas/Putzo/Seiler § 485 Rn. 1). Nur vereinzelt wird dies noch von einschränkenden Voraussetzungen abhängig gemacht (OLG Nürnberg MDR 2001, 51: »wenn keine Verzögerung eintritt und derselbe Sachverständige beauftragt werden kann«; OLG Düsseldorf BauR 1995, 430: »jedenfalls dann, wenn der Beweisantrag präzisiert wird«; OLG Hamburg: »wenn der Antragsteller Herr des Verfahrens bleibt«) oder gar gänzlich abgelehnt (Anders/Gehle/Hartmann § 487 Rn. 6).

467 Auch eine **Streitverkündung** und eine **Nebenintervention** werden heute ganz überwiegend für zulässig gehalten (BGH MDR 2016, 380; BGH NJW 1997, 857; Wust NJW 2017, 2886).

Unbestritten ist dies nicht. Die Gegenauffassung lehnt dies unter Hinweis darauf ab, beim selbstständigen Beweisverfahren handele es sich nicht um einen anhängigen Rechtsstreit i.S.d. §§ 66, 72 ZPO, die herrschende Meinung wendet die §§ 66 ff. ZPO auf das selbstständige Beweisverfahren insoweit analog an. Der Streit kann umgangen werden, wenn der Dritte als weiterer Antragsgegner bezeichnet wird.

▶ Praxistipp:

468 Kommt die Verwertung des im selbstständigen Beweisverfahren gewonnenen Ergebnisses einem Dritten gegenüber in Betracht, so ist es für den Antragsteller sinnvoll, diesem nicht bloß den Streit zu verkünden, sondern ihn im Wege der stets möglichen Parteimehrheit zum weiteren Antragsgegner zu machen.

469 Der Streit um die Frage, ob auf das selbstständige Beweisverfahren die allgemeinen Vorschriften in vollem Umfang anwendbar sind, erstreckt sich auch auf die Möglichkeit der Anordnung einer Urkundenvorlage (§§ 142, 144 ZPO). Die überwiegende Ansicht verneint dies (KG NJW 2014, 85; Willer NJW 2014, 22).

470 Einen »Übergang« vom selbstständigen Beweisverfahren in das Hauptsacheverfahren sieht das Prozessrecht nicht vor. Eine entsprechende Erklärung kann in eine Rücknahme des Antrags auf Durchführung des selbstständigen Beweisverfahrens und eine davon zu trennende Erhebung der Hauptsacheklage umgedeutet werden (BGH NJW 2015, 2590).

471 Besteht Anlass, an der Unparteilichkeit des Sachverständigen zu zweifeln, so kann (und muss) dieser bereits im selbstständigen Beweisverfahren wegen Befangenheit **abgelehnt** werden (§ 406 ZPO; unten Rdn. 477, 1934 und Rdn. 3023).

Will eine der Parteien den vom Gericht bestimmten Sachverständigen wegen Befangenheit ablehnen, so ist streitig, ob sie dies schon im selbstständigen Beweisverfahren tun kann und muss oder erst im Haupt-

Luchterhand Verlag 2023

Leseprobe

verfahren. Anwaltliche Sorgfalt gebietet es, einen entsprechenden Abtrag nach Bekanntwerden des Ablehnungsgrunds sofort zu stellen.

472 Das Verfahren **endet** mit dem Abschluss der Beweisaufnahme automatisch, ohne dass eine besondere Entscheidung des Gerichts ergeht. Im Interesse der Parteien kann es liegen, dennoch einen Termin zu beantragen.

Eine solcher kann sinnvoll sein, wenn der Sachverständige sein schriftlich erstelltes Gutachten erläutern soll (§ 411 Abs. 3 ZPO), oder wenn Vergleichsmöglichkeiten mit dem Gegner erörtert werden sollen (§ 492 Abs. 3 ZPO).

Die Bindung an das Ergebnis des selbstständigen Beweisverfahrens schließt Einwendungen gegen die erhobenen Beweise, die dort nicht geltend gemacht wurden, regelmäßig aus (BGH NJW 2011, 594; Seibel MDR 2017, 1397; Wintermeier NZBau 2015, 409).

Nicht abschließend geklärt ist, ob ein Antrag nach § 411 ZPO für das Hauptsacheverfahren vorbehalten werden kann. Dies dürfte jedenfalls dann nicht möglich sein, wenn das Gericht hierfür eine Frist nach § 411 Abs. 4 ZPO bereits im Beweissicherungsverfahren gesetzt hat.

Unterbleibt der Antrag ohne Fristsetzung, muss zumindest damit gerechnet werden, dass das Gericht den Antrag im Hauptverfahren als verspätet zurückweist (§§ 282, 296 ZPO; unklar Zöller/Herget §§ 492 Rn. 1, 493 Rn. 2; OLG Hamm BauR 2000, 1372: jedenfalls unter den Voraussetzungen der §§ 398, 412 ZPO zulässig; OLG Düsseldorf BB 1988, 721: Partei trifft beim Unterlassen einer möglichen und zumutbaren Einwendung die volle Beweislast dafür, dass das im Beweissicherungsverfahren erzielte Beweisergebnis unzutreffend ist).

Die Dauer des Zeitraums, welcher noch als angemessen angesehen werden kann, richtet sich allgemein nach dem Umfang und dem Schwierigkeitsgrad des Gutachtens. Jedenfalls sind regelmäßig 6 Monate ab Übersendung des schriftlichen Gutachtens an die Parteien zu lang (OLG Köln BauR 1998, 591; OLG Frankfurt a.M. BauR 1994, 139: auch bei sehr umfangreichem Gutachten) und 4 Monate dürften im Normalfall die Obergrenze darstellen (z.B. OLG München BauR 2001, 837: auch bei einem fachlich komplexen und umfangreichen Gutachten; OLG Köln NJW-RR 1998, 210: 4 Monate bei einfach gelagertem Sachverhalt zu lang; LG Dortmund NJW-RR 2001, 714: 1 Monat).

Da in der Praxis das Ende des selbstständigen Beweisverfahrens häufig vorverlegt wird, um Anhörungsanträgen nicht stattgeben zu müssen (ZAP Fach 1, S. 196), sollten die dargestellten Grenzen möglichst nicht voll ausgenutzt werden.

473 Die durch das selbstständige Beweisverfahren entstandenen **Gebühren** (Nr. 1610 KV-GKG) und Auslagen des Gerichts müssen durch Vorschüsse des Antragstellers nach §§ 12, 17 GKG abgedeckt werden. Ein Kostenausgleich unter den Parteien findet grundsätzlich erst im Hauptverfahren statt, wo die **Kosten** des selbstständigen Beweisverfahrens zu den Kosten des Rechtsstreits nach § 91 ZPO zählen. Kommt es später zu einem solchen Hauptprozess nicht, kann der Antragsgegner dem Antragsteller durch das Gericht eine Frist zur Klageerhebung setzen lassen (§ 494a Abs. 1 ZPO) und nach deren fruchtlosem Verstreichen einen Kostenbeschluss des Gerichts herbeiführen (§ 494a Abs. 2, 269 Abs. 3 S.2 ZPO; zur dabei einzuhaltenden Frist BGH NJW 2010, 1460). Eine Anwendung des § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO ist im selbstständigen Beweisverfahren nicht möglich (BGH MDR 2021, 84). Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, kann der materiellrechtliche Kostenerstattungsanspruch im Wege einer selbstständigen Leistungsklage geltend gemacht werden (BGH NJE 2018, 402).

Während die überwiegende Meinung für das Beweissicherungsverfahren als **Streitwert** früher nur einen Bruchteil der Hauptsache annahm, wird nun mehrheitlich der volle Streitwert der Hauptsache zugrunde gelegt.

Zu Gebühren und Kostenerstattung Enders JurBüro 2015, 169; Mischke/Girkens ZAP Fach 13, S. 1739.

4. Wirkungen

474 Die Zustellung des Antrags auf Durchführung eines selbstständigen Beweisverfahrens hemmt die **Verjährung** im Umfang des gestellten Antrags (BGH NJW 2011, 594).

Luchterhand Verlag 2023

Leseprobe

475 Kommt es später zu einem **Hauptverfahren**, so stehen dort die im selbstständigen Beweisverfahren erhobenen **Beweise** den in diesem Erkenntnisverfahren erhobenen Beweisen gleich. Sie werden nicht bloß auf besonderen Antrag einer Partei hin, sondern von Amts wegen berücksichtigt, wenn die Tatsache, über die Beweis erhoben wurde, beweiserheblich und beweisbedürftig wird (§ 493 Abs. 1 ZPO; BGH MDR 2018, 358; OLG Düsseldorf NVwZ-RR 1993, 339). Dies gilt nach Abtretung der Forderung auch für den Zessionar (BGH NJW-RR 2012, 224; Litzenberger/Strieder JA 2017, 374).

▶ Beispiel:

476 Hat ein im selbstständigen Beweissicherungsverfahren eingeholtes Sachverständigengutachten ergeben, dass ein Schaden von beiden Parteien zum Teil verursacht wurde, und ist über die Verursachung im Hauptprozess Beweis zu erheben, so kann ein neues Gutachten auch dann nicht eingeholt werden, wenn beide Parteien dies wünschen, da der Beweis bereits eingeholt ist.

477 Werden Einwände im selbstständigen Beweisverfahren nicht erhoben, bewirkt dies für das spätere Hauptverfahren keine Umkehr der Beweislast, kann aber dazu führen, dass die Partei damit dann ausgeschlossen (präkludiert) ist (oben Rdn. 471; BGH IBR 2011, 310; Litzenberger/Strieder JA 2017, 374; a.A. Praun BauR 2013, 1041; Wintermeier NZBau 2015, 409).

478 Eine solche umfassende Verwertung des Beweisergebnisses ist nicht möglich, wenn den Parteien im selbstständigen Beweisverfahren kein hinreichendes **rechtliches Gehör** gewährt wurde.

Praktisch lohnt es deswegen häufig, anhand der Akte des Beweissicherungsverfahrens z.B. nachzuvollziehen, ob dem Gegner alle Schriftsätze zugeleitet wurden und ob die Parteien von allen Beweiserhebungsakten, insbesondere den Ortsterminen des Sachverständigen, benachrichtigt wurden (§ 493 Abs. 2 ZPO, BGH NJW 1970, 1919, 1921).

479 Zum praktisch besonders wichtigen Sachverständigengutachten und dessen Bedeutung im Folgeprozess siehe unten Rdn. 1947.

II. Antrag vor Hauptsacheverfahren

480 Vor Anhängigwerden des Hauptverfahrens kann ein selbstständiges Beweisverfahren beantragt werden, wenn ein rechtliches **Interesse** an der Feststellung des Werts bzw. des Zustands einer Sache oder einer Person besteht, die Ursache eines Schadens bzw. Mangels oder der zur Beseitigung erforderliche Aufwand festgestellt werden soll (§ 485 Abs. 2 ZPO).

Ein solches **rechtliches Interesse** ist großzügig zu beurteilen: Es liegt immer schon dann vor, wenn die Möglichkeit (nicht Wahrscheinlichkeit) besteht, dass ein Rechtsstreit vermieden wird. Es fehlt nicht schon deshalb, weil der Gegner in einer Stellungnahme erklärt, er lehne jegliche gütliche Einigung ab (Zöller/Herget § 485 Rn. 7a, str.).

481 **Zuständig** ist grundsätzlich das Gericht, bei dem die Hauptsache anhängig zu machen wäre (§ 486 Abs. 2 ZPO), in Fällen dringender Gefahr auch das Amtsgericht, in dessen Bezirk sich das Beweismittel befindet (§ 486 Abs. 3 ZPO).

Dabei spielen praktisch Gerichtsstandsvereinbarungen und – vor allem bei einer Mehrheit von Antragsgegnern – gerichtliche Zuständigkeitsbestimmungen ein große Rolle (NJW-Spezial 2014, 428; Cuypers ZAP Fach 13, S. 1989).

III. Antrag während Hauptsacheverfahren

482 Während eines bereits anhängigen Hauptverfahrens ist das selbstständige Beweisverfahren zulässig mit Zustimmung des Gegners oder wenn die Erschwerung bzw. der Verlust des Beweismittels droht (§ 485 Abs. 1 ZPO).

Die Zustimmung des Gegners ist **praktisch** recht häufig, weil oft beide Parteien an der Klärung interessiert sind und dann eine außergerichtliche Regelung möglich wird. Ansonsten kann das selbstständige

Luchterhand Verlag 2023

Leseprobe

Beweisverfahren angezeigt sein, wenn ein Zeuge infolge Alters, Krankheit oder wegen bevorstehender Auswanderung zum Haupttermin nicht mehr ohne Weiteres zur Verfügung stehen wird.

Zuständig ist dann das Gericht, bei dem die Hauptsache schon anhängig ist (§ 486 Abs. 1 ZPO); in Fällen dringender Gefahr kann die Beweisaufnahme auch durch das Amtsgericht durchgeführt werden, in dessen Bezirk sich das Beweismittel befindet (§ 486 Abs. 3 ZPO). 483

Luchterhand Verlag 2023

Leseprobe