

Erster Teil: Die Praxis des Zivilprozesses

1. Kapitel: Die Einleitung des Verfahrens

I. Die Wahl der Verfahrensart

Wer ein gerichtliches Verfahren anstrengen will, hat häufig die Qual der Wahl. 1
Denn das Gesetz bietet eine Reihe von Verfahrensarten an.

1. Klage oder Mahnverfahren (§§ 688 ff.)

a) **Charakterisierung des Mahnverfahrens.** Das Mahnverfahren ist ein *einfacher, billiger Weg zu einem Titel* (Vollstreckungsbescheid), wenn sich der Schuldner nicht wehrt (1). Wehrt dieser sich rechtzeitig (= vor Erlass des Vollstreckungsbescheids, § 694 I), so war das Mahnverfahren nicht mehr als eine *besondere Form der Verfahrenseinleitung* (2). Wehrt er sich nach Erlass und vor Rechtskraft des Vollstreckungsbescheides, kombinieren sich einfache Titelerlangung und besondere Form der Verfahrenseinleitung (3). Die Varianten können so skizziert werden:

(1) Mahnantrag (§ 690) Mahnbescheid (§ 692) Vollstreckungsbescheid (§ 699)	(2) Mahnantrag (§ 690) Mahnbescheid (§ 692) Widerspruch (§ 694) streitiges Verfahren (§ 696)	(3) Mahnantrag (§ 690) Mahnbescheid (§ 692) Vollstreckungsbescheid (§ 699) Einspruch (§ 700 I i.V.m. § 338) streitiges Verfahren (§ 700 I)
---	--	---

Demnach bietet sich die Wahl des Mahnverfahrens dort an, wo *mit Widerstand* des Schuldners *nicht zu rechnen* ist. Darüber hinaus eignet sich das Mahnverfahren zur *eiligen Verjährungshemmung*, weil nur (ohne nähere Begründung) der Anspruch unter bestimmter Angabe der verlangten Leistung bezeichnet werden muss (§ 690 I Nr. 3) und die Einreichung des Mahnantrags verjährungsrechtlich weitgehend der Klageeinreichung gleichgestellt ist (vgl. § 204 I Nr. 3 BGB; weitere Einzelheiten zum Mahnverfahren Rdn. 393 ff.).

b) Besondere Voraussetzungen des Mahnverfahrens (§ 688).

2

aa) Es muss sich um einen **fälligen** (vgl. § 692 Nr. 3) **Anspruch auf Zahlung einer bestimmten Geldsumme in Euro** handeln (§ 688 I).

Bsp. (1) B in Deutschland hat bei der amerikanischen Firma K Ware zum Preise von 10 000 US-Dollar gekauft, die Ware erhalten, aber nicht bezahlt. Vereinbart ist die Anwendung deutschen Rechts. Der von der Fa. K beauftragte Anwalt erwägt, beim Amtsgericht Schöneberg in Berlin (§ 689 II S. 2) einen Mahnbescheid über 8 000 Euro zu lösen (Tageskurs 1 US-Dollar = 0,8 Euro).

K kann nach materiellem Recht nicht Zahlung in Euro verlangen. §§ 244 I, 269 I BGB geben B lediglich das Recht, in Euro zu erfüllen (Ersetzungsbefugnis)¹. Man sollte daher meinen, dass das Mahnverfahren unzulässig sei. BGH NJW 1988, 1965 hat allerdings entschieden, dass auch ein in DM erwirkter Mahnbescheid geeignet sei, die Verjährung einer Fremdwährungsforderung zu unterbrechen. Seither nimmt die h.M.² an, die Umrechnung einer Fremdwährungsforderung in inländische Währung zum Zwecke der Durchführung des Mahnverfahrens sei zulässig. Ich halte das für falsch. Denn wenn sich der Schuldner nicht wehrt, führt die Umrechnung zu einem sachlich unrichtigen Vollstreckungstitel. Eine „Manipulation“ des Gläubigers, die zu einem sachlich unrichtigen Titel führt, kann aber verfahrensrechtlich nicht korrekt sein. Richtig ist allein, dass im Mahnverfahren eine Schlüssigkeitsprüfung grundsätzlich nicht stattfindet und daher die „Manipulation“ des Gläubigers in der Regel nicht bemerkt werden kann, wenn sich der Schuldner nicht wehrt. Daraus kann aber nicht auf die Zulässigkeit des Verfahrens geschlossen werden.

3 bb) Die Geltendmachung des Anspruchs darf nicht von einer noch nicht erfolgten Gegenleistung abhängig sein (§ 688 II Nr. 2).

Bsp. (2) B hat bei K fernmündlich Ziegel bestellt. Als K die Ziegel anliefert, lehnt B deren Abnahme mit der Begründung ab, ein Kaufvertrag sei nicht zustande gekommen. K will über den vereinbarten Kaufpreis einen Mahnbescheid erwirken.

Nach dem Gesetz ist das Mahnverfahren zulässig, wenn die Gegenleistung schon erbracht wurde. Und nach dem Sinn der Regelung (keine Zug-um-Zug-Verurteilung im Mahnverfahren) ist auch im Fall der Vorleistungspflicht des Schuldners das Mahnverfahren zulässig³. In Bsp. (2) war B zunächst sicher nicht vorleistungspflichtig, er ist es aber auch durch den Annahmeverzug nicht geworden (§ 322 I BGB; vgl. auch § 322 II BGB). Das Mahnverfahren ist daher unzulässig. K kann sich im Hinblick auf den Annahmeverzug lediglich den *Vollstreckungsvorteil* aus § 756 Hs. 2 verschaffen. Er kann auf Zahlung des Kaufpreises Zug um Zug gegen Lieferung der Ziegel und auf Feststellung des Annahmeverzuges *klagen*. Mit einem solchen Urteil könnte er die Zwangsvollstreckung betreiben, ohne zuvor noch einmal die Ziegel anbieten zu müssen.

- 4 cc) Das Mahnverfahren ist ausgeschlossen, wenn der Mahnbescheid**
- öffentlich (§§ 688 II Nr. 3, 185) bzw.
 - im Ausland, soweit nicht das Anerkennungs- und Vollstreckungsausführungsgesetz vom 19.2.2001 dies vorsieht (§ 688 III),
- zugestellt werden müsste. Ist aber der *Mahnbescheid* nach diesen Vorschriften wirksam zugestellt, so gibt es für den *Vollstreckungsbescheid* keine Beschränkung der Zustellungsarten, er kann also z.B. öffentlich zugestellt werden.
- 5 dd) Das Mahnverfahren findet nicht statt für Ansprüche des Kreditgebers, wenn der nach den §§ 492, 502 BGB anzugebende effektive oder anfängliche effektive Jahreszins den bei Vertragsabschluss geltenden Basiszinssatz zuzüglich 12 vom Hundert übersteigt (§ 688 II Nr. 1).** Mit dieser Bestimmung soll verhindert werden, dass Ansprüche aus wucherischen Ratenkreditverträgen im Mahnverfahren

¹ Palandt/Heinrichs § 245 Rdn. 18

² Th/P § 688 Rdn. 1; Z/V § 688 Rdn. 2; K. Schmidt NJW 1989, 69

³ Z/V § 688 Rdn. 3; a.A. Th/P § 688 Rdn. 4 (auch bei Vorleistungspflicht kein Mahnverfahren)

tituliert werden. Der Rechtspfleger muss prüfen, ob ein Verbraucherkredit vorliegt und ob die Zinsdifferenz zwischen dem Vertragszinssatz und dem Basiszinssatz 12 % übersteigt. Von § 688 II Nr. 1 abgesehen bleibt es aber bei dem Grundsatz, dass im Mahnverfahren keine Schlüssigkeitsprüfung stattfindet⁴.

2. „Normale“ Klage oder Klage im Urkundenprozess (§§ 592 ff.)

a) **Charakterisierung des Urkundenprozesses.** Kann der Gläubiger die anspruchsbegründenden Tatsachen *mit Urkunden* belegen, so soll er schnell einen vorläufig vollstreckbaren Titel (Vorbehaltsurteil) erstreiten können. Diesem Zweck dient der Urkundenprozess. Die Beschleunigung wird durch Aufspaltung des Prozesses in zwei Abschnitte (Urkundenprozess und Nachverfahren) erreicht, wobei im ersten Abschnitt die zulässigen Beweismittel radikal beschränkt werden (§§ 595 II, 598). Wer also rasch zu einem Titel kommen will, sollte sich, wenn möglich, für die Klage im Urkundenprozess oder den Urkundenmahnantrag (§ 703a) entscheiden. Der Nachteil des Urkundenprozesses liegt, sollte der Schuldner sich wehren, in der Verteuerung des Verfahrens (vgl. § 17 Nr. 5 RVG; weitere Einzelheiten zum Urkundenprozess Rdn. 399 ff.).

b) Die besonderen Voraussetzungen des Urkundenprozesses.

aa) Nach § 593 I muss die Klage (zumindest schlüssig) die **Erklärung** enthalten, **dass im Urkundenprozess geklagt werde**. Fraglich ist, ob diese Erklärung „nachgeholt“ werden kann.

Bsp. (3) K erwirkt gegen B „wegen Forderung aus Schuldanerkenntnis vom 1.10.2006“ einen „normalen“ Mahnbescheid. Nach Widerspruch und alsbaldiger Abgabe an das zuständige Landgericht wird terminiert. Erst jetzt erklärt K, dass er im Urkundenprozess klagt. B ficht das Schuldanerkenntnis wegen Drohung an (Beweis: Zeuge X). Im Termin beantragt K Verurteilung aus dem Schuldanerkenntnis. B widerspricht dem Urkundenprozess und beantragt Klageabweisung. Kann das Landgericht ein Vorbehaltsurteil nach § 599 erlassen (vgl. BGHZ 69, 68)?

Liegt hier ein *Urkundenprozess* vor, so ist die Sache entscheidungsreif: Denn im Urkundenprozess ist B mit seinem Anfechtungseinwand nach §§ 598, 595 II (kein Zeugenbeweis!) ausgeschlossen. Das Gericht müsste der Klage durch Vorbehaltsurteil stattgeben und B ins Nachverfahren verweisen. Liegt dagegen ein „*normale*“ Prozess vor, so muss der Zeuge X vernommen werden. Da K keinen Urkundenmahnbescheid nach § 703a beantragt hat, ist der Prozess durch die alsbaldige Abgabe nach §§ 696 I, III ins „normale“ Streitverfahren übergeleitet worden. Einen Übergang vom „normalen“ Streitverfahren in den Urkundenprozess sieht das Gesetz nicht vor, sondern nur den umgekehrten Weg (§ 596). Gleichwohl erachtet der BGH den **Übergang analog § 263** für möglich, wenn der Gegner einwilligt oder das Gericht ihn für sachdienlich erachtet. Allerdings hält der BGH Fälle der Sachdienlichkeit für „wohl kaum denkbar“ (a.a.O., S. 70). Demnach käme in Bsp. (3), da B dem Übergang in den Urkundenprozess nicht zugestimmt hat, der Erlass eines Vorbehaltsurteils nicht in Betracht. Daran zeigt sich, dass mit der analogen Anwendung des § 263 auf den Wechsel der Verfahrensart Zurückhaltung geboten ist. So wird von der h.M. der Übergang vom Eilverfahren (Arrest,

4 Th/P § 691 Rdn. 4; Z/V § 691 Rdn. 1; kein Mahnbescheid soll bei einer offensichtlich unbegründeten Forderung erlassen werden, z.B. Naturalobligation; instruktiv ist BGH NJW 1981, 876

einstweilige Verfügung) in den Hauptsacheprozess sogar mit Zustimmung des Gegners für unzulässig erachtet⁵.

- 8 bb) Mit der Klage wird die **Leistung einer bestimmten Geldsumme oder einer bestimmten Menge von vertretbaren Sachen oder Wertpapieren** verlangt⁶. § 592 ist erheblich weiter als § 688 für das *Mahnverfahren*: Er erfasst insbes. auch Klagen auf Duldung der Zwangsvollstreckung, auf Zug-um-Zug-Leistung, auf künftige Leistung unter den Voraussetzungen der §§ 257 bis 259. Feststellungsklagen im Urkundenprozess sind dagegen nicht statthaft.

Bsp. (4) K klagt gegen B im Urkundenprozess auf Zahlung. Über das Vermögen des B wird das Insolvenzverfahren eröffnet (§ 240). Im Prüfungstermin widerspricht der Insolvenzverwalter der Forderung (§ 178 InsO). K nimmt den Rechtsstreit nach § 180 II InsO gegen den Insolvenzverwalter auf mit dem Antrag, die geltend gemachte Forderung zur Tabelle festzustellen.

Das OLG München (NJW 1985, 983) hat hier m.E. mit Recht angenommen, dass für den Urkundenprozess kein Raum mehr ist; dessen Zweck, dem Gläubiger schnell einen vorläufig vollstreckbaren Titel zu verschaffen, kann nicht mehr erreicht werden, weil das Feststellungsurteil gegen den Insolvenzverwalter in der Hauptsache nicht vorläufig vollstreckbar ist⁷. K muss gemäß § 596 vom Urkundenprozess Abstand nehmen.

- 9 cc) Alle anspruchsbegründenden Tatsachen müssen unmittelbar **durch Urkunden bewiesen** werden können (§ 592).

Bsp. (5) K beliefert B mit Sprengmitteln. Die Aufträge wurden jeweils fernmündlich erteilt und nicht schriftlich bestätigt. K klagt im Urkundenprozess unter Vorlage der teils unterzeichneten, teils nicht unterzeichneten Lieferscheine den Kaufpreis ein (BGHZ 62, 286).

Ist B im Termin *säumig*, so kann gegen ihn ein Versäumnisurteil nicht ergehen, weil die Tatsache des Kaufvertragsabschlusses nicht durch Urkunden belegt ist (§ 597 II). Wie aber, wenn B erscheint, den Abschluss der Verträge nicht bestreitet und aus anderen Gründen (z.B. wegen von ihm zu beweisender Mängel) die Zahlung verweigert? Nach Auffassung des BGH wird § 592 *im streitigen Verfahren* durch § 597 II („ihm obliegenden“) eingeschränkt⁸: Das Erfordernis der Urkundenerweislichkeit gilt jetzt **nur noch für die streitigen Tatsachen**. Ganz hält der BGH diese Linie freilich nicht durch: Einen Urkundenprozess ohne Urkunden soll es nicht geben (a.a.O., S. 292). Das bedeutet für *Bsp. (5)*, dass gegen B ein Vorbehaltsurteil ergehen kann; B hat den „Fehler“ gemacht, dass er dem Termin nicht ferngeblieben ist. Dann nämlich hätte K entweder vom Urkundenprozess Abstand nehmen müssen (§ 596) oder seine Klage wäre als in dieser Prozessart unstatthaft abgewiesen worden (§ 597 II).

3. Das selbständige Beweisverfahren (§§ 485 ff.)

- 10 a) **Charakterisierung des Verfahrens.** Das selbständige Beweisverfahren dient der raschen Durchführung einer Beweisaufnahme meist *vor* dem Prozess, es ist aber

⁵ Th/P § 920 Rdn. 1; Z/V § 920 Rdn. 14

⁶ Vgl. BGH NJW 2005, 2701: Mietzinsforderungen

⁷ Ebenso Th/P § 592 Rdn. 4; a.A. Z/Gr § 592 Rdn. 3

⁸ BGHZ 62, 286, 292; ebenso Th/P § 592 Rdn. 6; Z/Gr § 592 Rdn. 11

auch *während* eines laufenden Prozesses zulässig (§§ 485, 486). Praktischer Hauptanwendungsfall ist die sachverständige Feststellung des Zustands einer Sache (§§ 485 II Nr. 1), z.B. Baumängel, Zustand der Mieträume bei Auszug. Für die Partei stellt sich in solchen Fällen die Frage, ob sie ein *Privatgutachten* einholen oder ein *selbständiges Beweisverfahren* anstrengen soll. Auch Privatgutachten sind im Prozess verwertbar: Sie sind zwar zunächst nur Parteivortrag, können aber im Wege des Urkundenbeweises oder durch Vernehmung des Privatgutachters als sachverständigen Zeugen zum Beweismittel gemacht werden. Das im selbständigen Beweisverfahren erhobene Gutachten wird gegenüber dem Privatgutachten im Allgemeinen einen höheren Beweiswert haben, weil der Gegner am Verfahren beteiligt wird und seine Einwendungen vortragen kann. Zwingend ist das aber nicht, entscheidend ist die Qualität des Gutachtens. Beispielsweise ist es bei der Feststellung von Kfz-Unfallschäden üblich, sich mit Privatgutachten zu begnügen.

b) Besondere Zulässigkeitsvoraussetzungen des selbständigen Beweisverfahrens (§ 485) 11

- (1) **Zustimmung des Gegners** oder
- (2) **Gefahr des Beweisverlustes** (bzw. der Beweiserschwerung) oder
- (3) **Rechtliches Interesse an einer Feststellung**, jedoch nur, falls ein Rechtsstreit noch nicht anhängig ist.

Für ein nachfolgendes Streitverfahren ist die Bestimmung des § 486 II S. 2 zu beachten: Der Antragsteller darf sich (anders als der Antragsgegner) nicht mehr auf die Unzuständigkeit des angerufenen Gerichts berufen.

4. Arrest und einstweilige Verfügung (§§ 916 ff.)

a) **Charakterisierung der Verfahren.** Arrest- und Verfügungsverfahren sind **summarische Eilverfahren**. Der Arrest findet zur *Sicherung der Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung* und die einstweilige Verfügung zur *Sicherung eines Individualanspruchs* (= Nichtgeldforderung; sog. Sicherungsverfügung), zur *Sicherung des Rechtsfriedens* (sog. Regelungsverfügung) oder (ausnahmsweise) zur *vorläufigen Befriedigung eines Anspruchs* (sog. Leistungsverfügung) statt (§§ 916, 935, 940). Wegen des unterschiedlichen Anwendungsbereichs schließen sich Arrest und einstweilige Verfügung grundsätzlich gegenseitig aus⁹. Nur wenn ein Individualanspruch in einen Geldanspruch übergehen kann, kann der Gläubiger eventuell zwischen Arrest und einstweiliger Verfügung wählen (Bsp.: K hört, dass B den von ihm gemieteten Pkw veräußern will; Sicherung des Herausgabeanspruchs *durch einstweilige Verfügung*, Sicherung des potentiellen Schadenersatzanspruchs *durch Arrest*, falls ein Arrestgrund vorliegt). Daraus ergibt sich folgendes Prüfungsschema:

⁹ Th/P Vorbem. zu § 916 Rdn. 8; Z/V § 916 Rdn. 2

Arrest	einstweilige Verfügung
1. Allgemeine Prozessvoraussetzungen 2. <i>Arrestgrund</i> (§ 917) 3. <i>Arrestanspruch</i> : Geldforderung (§ 916) 4. <i>Rechtsfolge</i> : Das Gericht ordnet den dinglichen Arrest (§ 917, selten persönlichen Arrest, § 918) an. Dieser eröffnet dem Gläubiger die Möglichkeit, nach §§ 928 ff. zu vollstrecken.	1. Allgemeine Prozessvoraussetzungen 2. <i>Verfügungsgrund</i> (§§ 935, 940) 3. <i>Verfügungsanspruch</i> : Individualanspruch (§§ 935, 940) 4. <i>Rechtsfolge</i> : Das Gericht ordnet die konkrete Verfügungsmaßnahme im Einzelfall an, dabei besteht grundsätzlich das <i>Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache</i> (vgl. Rdn. 14 ff.).

(Weitere Einzelheiten zum Arrest- und Verfügungsverfahren vgl. Rdn. 404 ff.).

- 13 b) Der Arrestgrund als besondere Voraussetzung des Arrestprozesses (§ 917).** Viele Arrestanträge scheitern bereits an der fehlenden Glaubhaftmachung des Arrestgrundes. Es genügt nicht die Darlegung der schlechten Vermögenslage des Schuldners oder der Konkurrenz anderer Gläubiger¹⁰. *Glaubhaft zu machen* ist vielmehr die *drohende Verschlechterung der Vermögenslage* des Schuldners (z.B. auffällige Vermögensveräußerungen), was in der Regel ohne „Insider“-Kenntnis der Aktivitäten des Schuldners nicht möglich ist. Eine gewisse Erleichterung der Glaubhaftmachungslast ergibt sich daraus, dass in der Rechtsprechung im Falle einer gegen das Vermögen des Gläubigers gerichteten Straftat des Schuldners gelegentlich die Besorgnis der Vollstreckungsvereitelung für gegeben erachtet wird. (Wer in großem Stil betrügt, dem ist auch eine Vollstreckungsvereitelung zuzutragen.)¹¹
- Nach § 917 II ist Arrestgrund auch die **Notwendigkeit der Auslandsvollstreckung**. Dieser Arrestgrund ist gegeben, wenn der Schuldner nur Auslandsvermögen hat oder wenn die Gefahr besteht, dass er die Vollstreckung ins Inlandsvermögen vereitelt. Die *Ausländereigenschaft* des Schuldners als solche ist kein Arrestgrund¹². Im EU- und im EFTA-Bereich gilt dieser Arrestgrund nicht mehr (§ 917 II S. 2; Gegenseitigkeit ist verbürgt).

- 14 c) Der Verfügungsgrund als besondere Voraussetzung des Verfügungsprozesses (§§ 935, 940).**

aa) Die **Sicherungsverfügung** (§ 935) ist immer dann zulässig, wenn die Realisierung eines Individualanspruchs durch eine **drohende Veränderung des status quo** gefährdet ist. Dies gilt auch für *Verschaffungsansprüche*. Der Gläubiger darf insoweit nicht auf Schadensersatzansprüche im Falle einer Vertragsverletzung verwiesen werden. Wegen des Verbots der Vorwegnahme der Hauptsache kommt immer nur die Anordnung einer geeigneten *Sicherungsmaßnahme* in Betracht (§ 938).

Bsp. (6) K₁ erstreitet gegen B einen rechtskräftigen Titel auf Übergabe und Übereignung eines Pkw. Nunmehr verkauft B den Pkw an K₂. Kann K₂ den Erwerb des Pkw durch K₁ verhindern (vgl. Wieling JZ 1983, 592)?

¹⁰ Th/P § 917 Rdn. 1 f.; Z/V § 917 Rdn. 4 ff.

¹¹ BGH WM 1983, 614; Dresden MDR 1998, 795; vgl. dagegen Köln NJW-RR 2000, 69

¹² Th/P § 917 Rdn. 4; Z/V § 917 Rdn. 16

Hier ist K₁ noch nicht Eigentümer des Pkw geworden. Das rechtskräftige Urteil ersetzt nach § 894 nur die *Übereignungserklärung*, nicht auch die nach § 929 BGB für den Eigentumsübergang erforderliche *Besitzübergabe* (§ 897 I). Der Verschaffungsanspruch des K₂ ist durch eine drohende Veränderung des status quo gefährdet. Wenn nämlich K₁ den Pkw durch den Gerichtsvollzieher abholen lässt, ist der Verschaffungsanspruch des K₂ endgültig vereitelt. Auf eventuelle Schadensersatzansprüche gegen B darf K₂ nicht verwiesen werden, so dass an einem Verfügungsgrund im Sinne des § 935 nicht zu zweifeln ist. Der Verfügungsanspruch folgt aus § 433 BGB. Wegen des Verbots der Vorwegnahme der Hauptsache kommt aber nur die Anordnung einer Sicherungsmaßnahme in Betracht. Daher kann K₂ nach h.M. im Wege der einstweiligen Verfügung gegen B ein **Veräußerungsverbot** nach § 938 II in Verbindung mit §§ 135, 136 BGB erwirken. Gelingt es ihm, das gerichtliche Veräußerungsverbot K₁ zur Kenntnis zu bringen, bevor der Gerichtsvollzieher für diesen B den Pkw weggenommen hat, so hat K₂ sein Ziel endgültig erreicht; denn jetzt ist auch ein gutgläubiger „veräußerungsverbotsfreier“ Erwerb durch K₁ nach §§ 135 II, 932 BGB ausgeschlossen (maßgeblicher Zeitpunkt für die Gutgläubigkeit ist bei § 932 BGB: Vollendung des Rechtserwerbs).

Für viele Anspruchsarten gibt es ein geeignetes Sicherungsmittel, z.B.

15

für schuldrechtliche Ansprüche auf dingliche Rechtsänderung (Anspruch auf Auflassung, Anspruch auf Eintragung einer Bauhandwerkersicherungshypothek nach § 648 BGB)	die Vormerkung (§ 885 I 2 BGB beachten!)
für Grundbuchberichtigungsansprüche nach § 894 BGB	den Widerspruch (§ 899 II 2 BGB beachten!)
für Herausgabeansprüche sowohl bei beweglichen wie unbeweglichen Sachen (z.B. § 985 BGB) für Verschaffungsansprüche bei beweglichen Sachen für Ansprüche auf Duldung der Zwangsvollstreckung in <i>einzelne</i> Gegenstände (Duldungsanspruch hinsichtlich einer <i>Vermögensmasse</i> wird durch Arrest gesichert)	a) die Herausgabe an Sequester (= Verwalter) oder Verwahrer (§ 938 II) zur <i>tatsächlichen</i> Sistierung der Sache und/oder b) das Veräußerungs- bzw. Belastungsverbot (§ 938 II) zur <i>rechtlichen</i> Sistierung der Sache
für Kondiktionsansprüche bei nichtigem Grundstücksgeschäft vor Eintragung des Erwerbers	das Erwerbsverbot (dazu Rdn. 16).

Bsp. (7) K hat B durch notariell beurkundeten Vertrag ein Grundstück verkauft und aufgelassen, wobei jedoch der Kaufpreis zu niedrig angegeben wurde. B stellt sogleich Eintragungsantrag. Jetzt reut K der Verkauf. Kann er den Erwerb durch B noch verhindern?

16

Die Auflassung des K ist nach § 873 II BGB bindend. Sie ist jedoch ohne rechtlichen Grund erfolgt, weil das beurkundete Rechtsgeschäft nach § 117 BGB und

das wirklich gewollte nach § 125 BGB unwirksam ist¹³. K kann daher, wenn nicht die Voraussetzungen des § 814 BGB vorliegen, die Auflassung nach § 812 I S. 1 BGB kondizieren. Nach § 311 b S. 2 BGB droht jedoch die Heilung des formnichtigen Kaufvertrages. Dies kann K verhindern, indem er im Wege der einstweiligen Verfügung ein **Erwerbsverbot** erwirkt und dieses dem Grundbuchamt zur Kenntnis bringt. Das Grundbuchamt muss dieses Erwerbsverbot auch gegenüber dem vorherigen Eintragungsantrag beachten; § 878 BGB ist nicht anwendbar. *Eintragungsfähig* ist das Erwerbsverbot mangels Voreintragung des B (§ 39 GBO) nicht¹⁴. Wird B trotz des Erwerbsverbotes eingetragen, so muss K dagegen einen Widerspruch erwirken. Da der Erwerb analog §§ 135, 136 BGB relativ unwirksam ist, wird das Grundbuch mit Eintragung des B unrichtig.

- 17 bb) Die **Regelungsverfügung** (§ 940) ist insbesondere bei dauernden Rechtsverhältnissen zur Abwendung wesentlicher Nachteile, zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus sonstigen Gründen zulässig. Beispiele¹⁵ dafür sind im Gesellschaftsrecht die vorläufige Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis eines Gesellschafters, das Verbot zum Betreten der Geschäftsräume oder zur Einsicht in die Geschäftsunterlagen, das Verbot zum Abhalten von Gesellschafterversammlungen oder zur Durchführung von Gesellschafterbeschlüssen; die einstweilige Ausschließung eines Gesellschafters oder die vorläufige Löschung einer Gesellschaft wird dagegen nicht für zulässig erachtet. Im Miet- und Wohnungseigentumsrecht ist zu denken an vorläufige Regelungen über die Beheizung des Hauses oder über die Streupflicht. Im Vereinsrecht kommen beispielsweise Regelungen über den Zugang eines (ausgeschlossenen) Mitglieds zu Vereinseinrichtungen in Betracht.
- 18 cc) Die **Leistungsverfügung** (§ 940 analog) hat die vorläufige Befriedigung des Verfügungsklägers zum Ziel. Sie ist eine **Ausnahme vom Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache** im summarischen Eilverfahren. Dementsprechend ist die Rechtsprechung in der Zulassung von Leistungsverfügungen – außerhalb der gesetzlich geregelten Fälle: § 1615 o BGB, § 620 Nr. 4 und 6, § 641 d, § 11 LPrG Baden-Württemberg (Gegendarstellungsanspruch) – mit Recht äußerst zurückhaltend. Anerkannt ist:
- 19 (1) Die Leistungsverfügung in Fällen *akuter Not, der Gefährdung des Lebensunterhalts oder der unmittelbaren Existenzgefährdung*¹⁶. Zum Beispiel können Gläubiger von Unterhalts- oder Schadensersatzansprüchen unter diesen Voraussetzungen zeitlich befristet (in der Regel auf 6 Monate) und der Höhe nach begrenzt (Anhaltspunkt: Lohnpfändungsgrenze) Zahlung von Geld verlangen.
- 20 (2) Die Leistungsverfügung *bei Verletzung absolut geschützter Rechtsgüter und in Wettbewerbssachen*¹⁷. Hierher gehört beispielsweise die Abwehr von Ehrverletzungen und Immissionen. In diesen Fällen ist es dem Verletzten in der Regel nicht zumutbar, die Rechtsbeeinträchtigung bis zum Ende des Hauptsachenprozesses hinzunehmen. Bei Ehrverletzungen durch Tatsachenbehauptungen ist streitig, ob im Wege der einstweiligen Verfügung nur **Unterlassung** oder bereits der **vorläufige Widerruf** verlangt werden kann.

13 Palandt/Heinrichs § 311b Rdn. 36

14 Palandt/Bassenge § 888 Rdn. 11

15 Th/P § 940 Rdn. 4; Z/V § 940 Rdn. 8

16 Th/P § 940 Rdn. 7; Z/V § 940 Rdn. 6

17 Th/P § 940 Rdn. 14; Z/V § 940 Rdn. 8

- Bsp. (8) B erzählt X, er sei von K bestohlen worden. K beantragt im Wege der einstweiligen Verfügung, B diese Äußerung zu untersagen und ihn zum vorläufigen Widerruf der Äußerung gegenüber X zu verurteilen. K macht die antragsbegründenden Tatsachen durch eigene eidesstattliche Versicherung glaubhaft. B erklärt, im Hauptsacheprozess werde er den Diebstahl beweisen.

Mit beiden Anträgen verlangt K von B die Erfüllung der von ihm geltend gemachten Ansprüche zumindest bis zur Beendigung des Hauptsacheprozesses. Er strebt also eine im summarischen Eilverfahren grundsätzlich unzulässige (teilweise) Vorwegnahme der Hauptsache an. Im vorliegenden Fall ist K aber in seiner Ehre verletzt, so dass ihm nach den von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen nicht zuzumuten ist, die Beendigung des Hauptsacheverfahrens abzuwarten. Dem *Unterlassungsbegehren* ist daher auf jeden Fall stattzugeben. Damit ist m.E. aber auch dem vorläufigen Rehabilitationsinteresse des K Genüge getan; ihm ist unbenommen, dem X die Unterlassungsverfügung zur Kenntnis zu bringen. Der *Antrag auf Erlass einer Widerrufsverfügung* ist daher als nicht unbedingt gebotene Vorwegnahme der Hauptsache unzulässig (str.)¹⁸. Die unterschiedliche Behandlung von Unterlassungs- und Widerrufsverfügung erscheint auch deshalb gerechtfertigt, weil der Widerrufsanspruch im Hauptsacheprozess ungleich schwerer durchzusetzen ist als der Unterlassungsanspruch. Beim Anspruch auf Widerruf muss K selbst beweisen, dass er nicht gestohlen hat (BGHZ 37, 187); beim Unterlassungsanspruch ist es gerade umgekehrt: B trägt die Beweislast dafür, dass K gestohlen hat (zum eingeschränkten Widerruf vgl. BGHZ 69, 181, 182).

- (3) Die Leistungsverfügung in Fällen *verbotener Eigenmacht* (§ 858 BGB; vgl. auch § 940a)¹⁹. Gefährdete Herausgabeansprüche werden normalerweise dadurch gesichert, dass der Gerichtsvollzieher die herauszugebenden Sachen in Verwahrung nimmt. Im Falle der verbotenen Eigenmacht ist das anders: Hier muss der status quo ante sofort wiederhergestellt werden, damit das rechtspolitische Ziel des Besitzschutzes erreicht wird (Fortentwicklung des § 859 BGB). 21

- Bsp. (9) Fa. K-GmbH hat bei B Büroräume gemietet. B kündigt wegen Zahlungsrückständen zu Recht. Da die Büroräume häufig unbesetzt sind, befürchtet B, dass K ihren Geschäftsbetrieb einstellt und ihre Verbindlichkeiten nicht mehr tilgen kann. Um seinen Schaden gering zu halten, wechselt B die Schlösser der Büroräume aus und entzieht K auf diese Weise den Besitz. K beantragt im Wege der einstweiligen Verfügung die Wiedereinräumung des Besitzes.

Der *Verfügungsanspruch* der K folgt aus § 861 BGB. Dieser Anspruch ist nicht nach § 861 II BGB ausgeschlossen, weil der Besitz der K (trotz Beendigung des Besitzrechts aus dem Mietvertrag!) nicht fehlerhaft ist (§ 858 II BGB)²⁰. B kann dem possessorischen Anspruch aus § 861 BGB auch kein Recht zum Besitz entgegenhalten (§ 863 BGB). Schließlich verstößt die Geltendmachung von possessorischen Ansprüchen nur in extremen Ausnahmefällen gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB; vgl. BGH NJW 1978, 2157, 2158: wenn mit Gewalttätigkeiten zu rechnen ist). Ein solcher Ausnahmefall liegt hier nicht vor. Der *Verfügungsgrund* ergibt sich aus § 940. Die einzig richtige Antwort auf verbotene Eigenmacht ist die Wiederherstellung des alten Zustandes durch einstweilige Verfügung. Die

18 Th/P § 940 Rdn. 17; Z/V § 940 Anm. 8 „Presserecht und Medienrecht“

19 Th/P § 940 Rdn. 12; Z/V § 940 Rdn. 8 „Herausgabe und Sequestration, Räumung und Besitzschutz“; B/L/H § 940 Anm. 3 B „Miete“ und § 940a Anm. 1

20 Palandt/Bassenge § 861 Rdn. 1

Vorwegnahme der Hauptsache ist zur Aufrechterhaltung des Rechtsfriedens und zur Bekämpfung der verbotenen Selbsthilfe geboten.

22 d) Übersicht

	Arrest	Sicherungs-V.	Regelungs-V.	Leistungs-V.
Anspruch	Geldanspruch	Individual- (= Nichtgeld-)anspruch		
Voraussetzung	drohende Verschlechterung der Vermögenslage oder Gefahr der Auslandsvollstreckung (§ 917)	Gefährdung des Anspruchs durch drohende Veränderung des status quo (§ 935)	Regelungsbedarf zur Abwendung wesentlicher Nachteile insbes. bei dauernden Rechtsverhältnissen (§ 940)	a) Notlage b) Verletzung absoluter Rechtsgüter oder Wettbewerbsverstoß c) Verbotene Eigenmacht (§ 940 analog)
Rechtsfolge	Anordnung des dinglichen Arrests, der nach §§ 928 ff. in das gesamte Vermögen vollzogen werden kann	Anordnung der geeigneten Sicherungsmaßnahme	Anordnung der geeigneten Regelungsmaßnahme, evtl. auch vorläufige Befriedigung	Verurteilung zur Leistung

5. Klage und/oder Prozesskostenhilfe-(PKH)Antrag (§§ 114 ff.)

- 23 a) Charakterisierung des Verfahrens.** Das Prozesskostenhilfeprüfungsverfahren gehört zur staatlichen Daseinsvorsorge. Die PKH *erleichtert* der armen Partei die Prozessführung, *nimmt ihr aber keinesfalls jedes Kostenrisiko*. Sofern nicht ohnehin Ratenzahlung angeordnet wird (§ 120), wird die arme Partei nur von den Gerichtskosten und den eigenen außergerichtlichen Kosten befreit (§ 122 I Nr. 1 und 3). Zulässig ist es auch, bei Verbesserung der wirtschaftlichen Verhältnisse die bewilligte PKH zu modifizieren oder zu entziehen (§ 120 IV). Darüber hinaus ist die arme Partei im Falle des Prozessverlustes dem Gegner **uneingeschränkt zur Kostenerstattung verpflichtet** (§ 123).

Für den *Gegner* der armen Partei hält das Gesetz nur eine Vergünstigung parat: In der Verteidigungsrolle (Beklagter, Berufungs-, Revisionsbeklagter) ist er einstweilen von der Zahlung der Gerichtskosten befreit (§ 122 II). Im Falle eines *Prozessverlustes* muss er dem der armen Partei beigeordneten Anwalt die volle Vergütung erstatten, nicht nur die Gebühren nach § 49 RVG (§ 126; „Erfolgshonorar“). Im Falle des *Prozesssieges* muss er wegen der Armut des Gegners um die Realisierung seines Kostenerstattungsanspruchs fürchten. Eine Sicherheitsleistung für den zu erwartenden Kostenerstattungsanspruch sieht das Gesetz nicht vor. Nur Kläger, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt nicht in einem Mitgliedstaat der EU (bzw. des Europäischen Wirtschaftsraums) haben, müssen

unter den Voraussetzungen des § 110 eine Sicherheit leisten; soweit ihnen PKH gewährt wird, sind jedoch auch sie davon befreit (§ 122 I Nr. 2). Die PKH kann *vor* oder *im Prozess* (*häufig* in Verbindung mit der Klage) beantragt werden. Die Beantragung vor dem Prozess hat den Vorteil, dass die Erfolgsaussichten vom Gericht gratis (keine Gerichtskosten, keine Kostenerstattung im PKH-Verfahren) und im Falle der Versagung der PKH beschwerdefähig geprüft werden (vgl. §§ 567 I, 127 II, III). Jedoch muss deutlich deklariert werden, dass die Klage nur für den Fall der Gewährung von PKH erhoben werden soll; im Zweifel ist anzunehmen, dass eine Klageerhebung vorliegt.

b) Besondere Zulässigkeitsvoraussetzungen. Besondere Zulässigkeitsvoraussetzungen hat das PKH-Verfahren nicht. PKH kann grundsätzlich **für jedes gerichtliche Verfahren** gewährt werden, nur *nicht für das PKH-Verfahren selbst* (BGH NJW 2004, 2595 f.). Insoweit findet, wenn eine Partei für das PKH-Verfahren die Beratung durch einen Anwalt benötigt, das Beratungshilfegesetz Anwendung (Ausnahme: Für den Vergleich nach § 118 I S. 2 soll PKH bewilligt werden können; BGH a.a.O.). 24

Der PKH-Antrag hat Erfolg, wenn

aa) eine Partei nach ihren persönlichen Verhältnissen **die Kosten der Prozessführung nicht oder nur zum Teil aufbringen** kann. Maßgebend sind dabei die vom Bundesministerium der Justiz im Bundesgesetzblatt jährlich bekanntgegebenen Beträge. Eigenes verwertbares Vermögen ist einzusetzen (§ 115 II). Daher haben zum Beispiel realisierbare Ansprüche auf Prozesskostenvorschuss (§§ 1360a IV, 1610 II BGB) Vorrang vor der PKH²¹. 25

bb) **die Rechtsverfolgung bzw. die Rechtsverteidigung Aussicht auf Erfolg** hat. Nach § 118 II S. 2 werden Zeugen und Sachverständige im Prozesskostenhilfepflichtungsverfahren grundsätzlich nicht vernommen, es sei denn, daß auf andere Weise nicht geklärt werden kann, ob die Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet und nicht mutwillig erscheint. Im Grundsatz kann die Erfolgsaussicht nur verneint werden,

- wenn die Klage bzw. die Rechtsverteidigung **unschlüssig** ist oder
- wenn die arme Partei hinsichtlich einer entscheidungserheblichen streitigen Tatsache, für die sie beweispflichtig ist, **keinen Beweis** anzubieten vermag.

Schwierige, noch nicht geklärte Rechtsfragen dürfen aber nicht im Prozesskostenhilfepflichtverfahren „durchentschieden“ werden (BVerfG NJW 2005, 1567: Gebot der Rechtsschutzgleichheit). 26

cc) **die Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht mutwillig** erscheint. Aus der reichhaltigen Rechtsprechung²² zum Begriff der Mutwilligkeit lassen sich zwei Grundsätze herauskristallisieren: 27

- Wer auf Staatskosten prozessiert, muss den *billigsten Weg* wählen, wenn er voraussichtlich ebenso zum Ziel führt. Zum Beispiel muss der Gläubiger, wenn der Schuldner keine sachlichen Einwendungen gegen die Forderung hat, das Mahnverfahren wählen; er darf nicht wie der „Selbstzahler“ gleich Klage einreichen.
- Es darf zum Zwecke des Prozessierens nicht *eine arme Partei* „vorgeschoben“ werden. Beispielsweise darf der reiche Gläubiger nicht seine Forderung gegen-

²¹ Th/P § 115 Rdn. 19; Z/Ph § 115 Rdn. 66; BGH NJW 2001, 1646

²² Vgl. Th/P § 114 Rdn. 7; Z/Ph § 114 Rdn. 30

über einem Dritten an eine arme Partei abtreten, nur damit diese auf Staatskosten prozessieren kann.

28 6. Übersicht zu den Verfahrensarten

	Charakterisierung	Voraussetzungen
Mahnverfahren	Kostensparender Weg zu einem Titel oder besondere Form der Verfahrenseinleitung	<ol style="list-style-type: none"> 1. Fälliger Anspruch auf Zahlung in Euro 2. Keine Gegenleistung oder Gegenleistung schon erbracht oder Gegenleistung später fällig 3. Keine öff. Zustellung und grs. keine Auslandszustellung 4. Einschränkung bei Verbrauchercredit
Urkundenprozess	Schneller Weg zu einem Titel bei mit Urkunden beweisbaren Ansprüchen	<ol style="list-style-type: none"> 1. Erklärung, dass im Urkundenprozess geklagt wird (Problem: Nachholbarkeit) 2. Anspruch auf Leistung von Geld, vertretbaren Sachen oder Wertpapieren bzw. Duldung der Zwangsvollstreckung 3. Urkundenerweislichkeit aller anspruchsbegründenden Tatsachen (Problem: auch im streitigen Verfahren?)
Selbständiges Beweisverfahren	Rasche Durchführung einer Beweisaufnahme (ohne Sachentscheidung)	<ol style="list-style-type: none"> 1. Zustimmung des Gegners oder 2. Gefahr des Beweisverlustes oder 3. Rechtliches Interesse an einer Feststellung
Arrest und Verfügungsverfahren	Summarische Eilverfahren	Arrest- bzw. Verfügungsgrund
PKH-Verfahren	Staatliche Daseinsvorsorge	Keine besonderen Zulässigkeitsvoraussetzungen. PKH wird gewährt, wenn <ol style="list-style-type: none"> 1. Erfolgsaussicht 2. Bedürftigkeit 3. keine Mutwilligkeit gegeben sind.