

Schriften zum Prozessrecht

Band 43

Die Befriedigungsverfügung

**Zulässigkeit und Stellung im System
des einstweiligen Rechtsschutzes**

Von

Eberhard Schilken



Duncker & Humblot · Berlin

Eberhard Schilken / Die Befriedigungsverfügung

Schriften zum Prozessrecht

Band 43

Die Befriedigungsverfügung

Zulässigkeit und Stellung im System des einstweiligen Rechtsschutzes

Von

Dr. Eberhard Schilken



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

Alle Rechte vorbehalten
© 1976 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1976 bei Buchdruckerei Bruno Luck, Berlin 65
Printed in Germany
ISBN 3 428 03556 9

Vorwort

Die vorliegende Abhandlung ist im Sommersemester 1975 von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bonn als Dissertation angenommen worden. Das Manuskript wurde im September 1974 abgeschlossen; Rechtsprechung und Schrifttum konnten bis Mai 1975 nachträglich berücksichtigt werden.

Die Anregung zum Thema erhielt ich von meinem verehrten Lehrer, Herrn Professor Dr. Hans Friedhelm Gaul, dem ich für seine umfassende Förderung herzlich danken möchte. Herrn Professor Dr. Walter Gerhard schulde ich Dank für seine zur Veröffentlichung der Arbeit gewährte Unterstützung. Herrn Senator Dr. J. Broermann danke ich für die Aufnahme in die „Schriften zum Prozeßrecht“.

Bonn, im August 1975

Eberhard Schilken

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	15
------------------	----

Erster Teil

DIE ZULÄSSIGKEIT VON BEFRIEDIGUNGSVERFÜGUNGEN

1. Kapitel

Gesetzliche Regelungen oder Gewohnheitsrecht als eindeutige Rechtsgrundlagen?

A. Die problematischen Fallgestaltungen	21
B. Die gesetzliche Regelung der ZPO	24
I. § 935 ZPO	24
II. § 940 ZPO	25
III. § 938 ZPO	26
C. Einige sondergesetzlich geregelte Befriedigungsfälle	27
D. Befriedigungsverfügungen kraft Gewohnheitsrechts?	28

2. Kapitel

Kritischer Überblick über Rechtsprechung und Schrifttum sowie Reformbestrebungen im Zusammenhang mit der Zulässigkeit von Befriedigungsverfügungen

A. Rechtsprechung	30
I. Beginn der Entwicklung durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts	30
II. Weiterentwicklung durch die Instanzgerichte	33
III. Stellungnahmen des Bundesgerichtshofs	35
IV. Ablehnung von Befriedigungsverfügungen in einigen Entscheidungen	36
V. Uneinheitlichkeit der befürwortenden Rechtsprechung	37
B. Schrifttum	40
I. Kritische Stimmen zur Zulässigkeit von Befriedigungsverfügungen	40
II. Uneinheitlichkeit der befürwortenden Stellungnahmen	43

C. Einschlägige Reformen und Reformbestrebungen	47
I. Der „Entwurf 1931“	47
II. Die Bestimmung des § 641 d ZPO	48
III. Der „Entwurf 1972“	48
D. Zusammenfassung	49

3. Kapitel

Die Rechtsgrundlage der Befriedigungsverfügung

A. Die Zulässigkeit der Befriedigungsverfügung nur als Problem der Einzelausgestaltung?	50
I. Begründung dieser Auffassung im Schrifttum	50
II. Das Verfügungsverfahren als Erkenntnisverfahren	52
1. Die Auffassung <i>Hartwig Rohmeyers</i> : Sicherungs- und Regelungsverfügung als Verwaltung	52
2. Die Auffassung <i>A. Blomeyers</i> : Einstweiliger Rechtsschutz als gesondert geregeltes Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit	58
III. Die Zulässigkeit von Befriedigungsverfügungen als Problem der generellen Möglichkeiten einstweiligen Rechtsschutzes	63
B. § 935 ZPO als Rechtsgrundlage?	65
C. § 940 ZPO als Rechtsgrundlage	68
I. Wörtliche Interpretation	69
II. Auslegung unter Anwendung der teleologischen Methode	72
1. Anwendungsbereich des § 940 ZPO nach der Vorstellung des Gesetzgebers	73
a) Die Entwurfsbegründungen	73
aa) Die Begründung zu § 938 ZPO	73
bb) Die Begründung zu §§ 935, 940 ZPO	74
cc) Die Begründung zu den Bestimmungen des Norddeutschen Entwurfs	75
dd) Zwischenergebnis	82
b) Bestätigung durch die partikularen Prozeßordnungen und Entwürfe sowie das Référé-Verfahren	84
aa) Die badische Prozeßordnung von 1864	85
bb) Die bayerische Prozeßordnung von 1869	85
cc) Die hannöversche Prozeßordnung von 1850	86
dd) Die württembergische Prozeßordnung von 1868	86
ee) Der preußische und der hannöversche Entwurf von 1864 bzw. 1866	87
ff) Das französische Référé-Verfahren	88
gg) Ergebnis	89

2. Ausweitung der historischen restriktiven Interpretation des § 940 ZPO auf alle Befriedigungsfälle, insbesondere in den gesetzlichen Neuregelungen und Entwürfen	90
a) §§ 627 ff. ZPO	91
b) § 1615 o BGB bzw. 1716 BGB a. F.	92
c) Der „Entwurf 1931“	94
d) § 641 d ZPO	94
e) Der „Entwurf 1972“	95
3. Rechtfertigung des Bedeutungswandels	95
a) Hintergründe für die historische Begrenzung und Möglichkeit erweiternder Auslegung	97
b) Übereinstimmung der erweiternden Auslegung mit der den Regelungen des einstweiligen Rechtsschutzes zugrundeliegenden Wertung	99
aa) Aufgaben der Zivilrechtspflege im Hinblick auf den einstweiligen Rechtsschutz	101
bb) Spezielle Aufgaben der verschiedenen Bestimmungen des einstweiligen Rechtsschutzes nach dem 8. Buch der ZPO	104
cc) Ermittlung eines gemeinsamen Grundgedankens dieser Bestimmungen	106
dd) Absicherung des gewonnenen Ergebnisses durch die historische Entwicklung	108
ee) Rechtfertigung der Ausweitung anhand des ermittelten Prinzips unter Berücksichtigung der vom Gesetzgeber bereits anerkannten Befriedigungsfälle	112
D. Zusammenfassung	113

Zweiter Teil

DIE VERSCHIEDENEN FALLGESTALTUNGEN
DER BEFRIEDIGUNGSVERFÜGUNG IN SYSTEM UND
EINZELVORAUSSETZUNGEN

1. Kapitel

Systematisierung der Maßnahmen
des einstweiligen Rechtsschutzes

A. Unmöglichkeit oder Unfruchtbarkeit einer Gruppierung?	115
B. Das Konzept <i>Leipolds</i> : „Vorausprüfende“ und „offenlassende“ Eilmaßnahmen?	116
C. Gruppierung anhand der in der ZPO gewählten Unterscheidung	122
I. Abgrenzung gegenüber ähnlichen Gruppierungsvorschlägen	122

II. Relevanz der Unterscheidung Sicherungsverfügung — Verfügungs- verfügung	124
1. Voraussetzungen für den Erlaß einer Sicherungsverfügung	124
2. Voraussetzungen für den Erlaß einer Verfügungsverfügung	127
3. Anforderungen an die Glaubhaftmachung und Notwendigkeit mündlicher Verhandlung	132
III. Weitere Unterteilung der Verfügungsverfügung?	133

2. Kapitel

Die verschiedenen Fallgestaltungen der Befriedigungsverfügungen — Konkretisierung und Besonderheiten bei der Beurteilung ihrer Zulässigkeit

A. Befriedigungsverfügungen bei Gestaltungs- klagerechten	135
B. Befriedigungsverfügungen durch Leistung	137
I. Geldzahlungen	138
1. Voraussetzungen der Notwendigkeit	139
2. Umfang, Beginn und Dauer der Geldzahlungen	143
II. Herausgabe von Sachen	146
1. Herausgabe zum Gebrauch	146
2. Herausgabe zum Verbrauch	147
III. Vornahme von Handlungen	147
1. Vertretbare Handlungen	147
2. Unvertretbare Handlungen	149
a) Insbesondere: Widerruf	150
b) Insbesondere: Auskunftserteilung und Rechnungslegung ..	152
IV. Abgabe einer Willenserklärung	152
V. Unterlassung einschließlich Duldung	154

Dritter Teil

AUSBLICK AUF DAS KÜNFTIGE RECHT	158
Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse	160
Literaturverzeichnis	162

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
abl.	ablehnend
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a. F.	alte Fassung
AG	Amtsgericht
Allg. M.	Allgemeine Meinung
Anm.	Anmerkung
AP	Arbeitsrechtliche Praxis
ArbG	Arbeitsgericht
ARSt	Arbeitsrecht in Stichworten. Arbeitsrechtliche Entscheidungssammlung
Art., art.	Artikel, article
AT	Allgemeiner Teil
BadPO 1831	Proceß-Ordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für das Großherzogtum Baden von 1831
BayOberstGHE	Sammlung von Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für Bayern in Gegenständen des Civilrechtes und Civilprozesses
BayPO 1869	Civilprozeßordnung für das Königreich Bayern von 1869
BayRpflZ	Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern
BB	Der Betriebs-Berater
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BSHG	Bundessozialhilfegesetz
BT-Drucksache	Drucksachen des Deutschen Bundestages
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
c. p. c.	code de procédure civile
CPO	Civilprozeßordnung
DAR	Deutsches Autorecht
DAVorm	Der Amtsvormund
DB	Der Betrieb
d. h.	das heißt
DNotZ	Zeitschrift des Deutschen Notarvereins
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DRspr	Deutsche Rechtsprechung. Entscheidungssammlung und Aufsatzhinweise
E	Entwurf
EheG	Ehegesetz

EheVO 1938	Eheverordnung vom 27. VII. 1938 (RGBl I S. 923)
EisenbVerkRZ	Eisenbahn- und verkehrsrechtliche Entscheidungen und Abhandlungen
EJuF	Entscheidungen aus dem Jugend- und Familienrecht
1. Entwurf	Entwurf einer Deutschen Civilprozeßordnung nebst Begründung. Im Königlich Preußischen Justiz-Ministerium bearbeitet. Berlin 1871
2. Entwurf	Entwurf einer Deutschen Civilprozeßordnung nebst dem Entwurf eines Einführungsgesetzes. Berlin 1872
3. Entwurf	Entwurf einer Civil-Prozeß-Ordnung für das Deutsche Reich. Mit Motiven und Anlagen. Dritte Ausgabe, Berlin 1874
f., ff.	folgende
FamRZ	Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht. Zeitschrift für das gesamte Familienrecht.
Fn.	Fußnote
GebrauchsmusterG	Gebrauchsmustergesetz
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GruchBeitr	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Gruchot
Grundz.	Grundzüge
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
HannPo 1847	Allgemeine bürgerliche Proceß-Ordnung für das Königreich Hannover von 1847
HannPO 1850	Bürgerliche Proceßordnung für das Königreich Hannover von 1850
HansOLG	Hanseatisches Oberlandesgericht
HEZ	Höchststrichterliche Entscheidungen. Sammlung von Entscheidungen der Oberlandesgerichte und der Obersten Gerichte in Zivilsachen
HGB	Handelsgesetzbuch
HRR	Höchststrichterliche Rechtsprechung
insb.	insbesondere
i. S. d.	im Sinne des, im Sinne der
i. V. m.	in Verbindung mit
JMBINRW	Justizministerialblatt für das Land Nordrhein-Westfalen
JR	Juristische Rundschau
JurA	Juristische Analysen
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht
LAG	Landesarbeitsgericht
LG	Landgericht
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MSchG	Mieterschutzgesetz in der Fassung vom 15. 12. 1942
MuW	Markenschutz und Wettbewerb
m. w. Nachw.	mit weiteren Nachweisen
Nachw.	Nachweise
NdsRpfl	Niedersächsische Rechtspflege
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer

OHG	Offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
OLGRspr	Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts, herausgegeben von Mugdan und Falkmann
OLGZ	Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen einschließlich der freiwilligen Gerichtsbarkeit
OVG	Oberverwaltungsgericht
PatG	Patentgesetz
Protokolle	Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Im Auftrag des Reichs-Justizamts bearbeitet von Achilles, Gebhard und Spahn. Band IV, Familienrecht, Berlin 1897
Protokolle Nordd. Entwurf	Protokolle der Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs einer Civilprozeßordnung für die Staaten des Norddeutschen Bundes, Bd. 3 (184. - 254. Sitzung). Berlin 1869
RdK	Das Recht des Kraftfahrers
RdL	Recht der Landwirtschaft
Recht	Das Recht
RG	Reichsgericht
RGRK	Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, 10. und 11. Auflage, IV. Bd., 2. Teil. Berlin 1964
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rn.	Randnummer
Rpfl	Der deutsche Rechtspfleger
S.	Seite
s.	siehe
SaarlRuStZ	Saarländische Rechts- und Steuerzeitschrift
SächsArch	Sächsisches Archiv für Rechtspflege
sc.	scilicet = nämlich
SchlHanz	Schleswig-Holsteinische Anzeigen
seq.	sequents = folgende
SeuffA	Seufferts Archiv für Entscheidungen der Obersten Gerichte in den deutschen Staaten
SGG	Sozialgerichtsgesetz
s. o.	siehe oben
Sp.	Spalte
StJ	Stein / Jonas, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 19. Aufl. Tübingen 1964 ff.
Ufita	Archiv für Urheber-, Film-, Funk- und Theaterrecht
UrhG	Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz)
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v.	von
VersR	Versicherungsrecht
VerwArch	Verwaltungsarchiv
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
Vorb.	Vorbemerkung
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung

WarnR	Rechtsprechung des Reichsgerichts, herausgegeben von Warneyer
WM	Wertpapier-Mitteilungen
w. Nachw.	weitere Nachweise
WoM	Wohnungswirtschaftliche Informationen. Mitteilungen für die gemeinnützige Wohnungswirtschaft
Wowi	Deutsche Wohnungswirtschaft
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
z. B.	zum Beispiel
ZblJugR	Zentralblatt für Jugendrecht und Jugendwohlfahrt
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht
Ziff.	Ziffer
ZMR	Zeitschrift für Miet- und Raumrecht
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
zust.	zustimmend
ZZP	Zeitschrift für (deutschen) Zivilprozeß

Einleitung

Die Maßnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes gewinnen in der Praxis immer mehr an Bedeutung¹, ohne daß die gesetzlichen Bestimmungen der Zivilprozeßordnung dieser Entwicklung eine erkennbar gesicherte Basis bieten könnten. Erst in den letzten Jahren setzen verstärkt rechtswissenschaftliche Bemühungen ein, diesen Bereich zu durchleuchten und stärker zu konstruieren². Namentlich die einstweilige Verfügung hat sich aber seit langem im Rechtsschutzsystem eine Stellung verschafft, die in der Vielfalt der Anwendungsfälle und der getroffenen Maßnahmen ein ebenso überwältigendes wie verwirrendes Bild zeigt. Besondere „Popularität“ hat dabei die Art der einstweiligen Verfügung erlangt, mit deren Hilfe der Antragsteller bereits substantiell die Rechtsfolge erreicht, die er an sich erst nach einem Erfolg im ordentlichen Verfahren beanspruchen könnte. Es handelt sich also um die Fälle „vorläufiger Rechtsverwirklichung“ im Wege einstweiligen Rechtsschutzes.

Als bedeutsamste Gestaltung dieser Art Anordnung wird weithin die einstweilige Verfügung angesehen, die den Antragsteller zu einer Geldzahlung an den Antragsgegner verurteilt. Unterhalt, Renten, Arztkosten, fortlaufende wie einmalige Zahlungen werden auf diesem Wege zuerkannt, ohne daß sich der Anspruch des Antragstellers im ordentlichen Verfahren bewährt hätte. Paradedfall dieser Geldleistungsverfügung war bis zur Einführung des § 641 d ZPO durch das Nichteheleichengesetz die Anordnung von Unterhaltszahlungen des vermutlichen Vaters an das uneheliche Kind, und zwar häufig für die Zeit, für die der Unterhaltsprozeß ausgesetzt wurde, um ein erbbiologisches Gutachten einzuholen³. Eine verbreitete Ansicht versteht unter der zur

¹ Vgl. dazu vor allem *K. Blomeyer*, ZZP 65, 52 ff.; *Baur*, BB 1964, 607 ff.; *Baumgärtel*, S. 171; *Gaul*, AcP 168, 52; *Gerhardt*, S. 254; *Grunsky*, JurA 1970, 724 und Einführung, S. 96/7; *Ostler*, S. 713; *Wenzel*, MDR 1967, 889; vgl. auch schon *Heraeus*, Sp. 505; jetzt *Büdenbender*, S. 11/2. Ausführlich *Leipold*, Grundlagen, S. 1 ff. mit statistischem Material S. 226 ff.; dazu *Grunsky*, ZZP 85, 360; s. ferner *Baur*, Studien, S. 1 ff.

² So vor allem *Jauernig*, ZZP 79, 321 ff.; *Baur*, Studien zum einstweiligen Rechtsschutz; *Leipold*, Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes; zuletzt *Minnerop*, Materielles Recht und einstweiliger Rechtsschutz.

³ Vgl. dazu vor allem *Gaul*, FamRZ 1958, 157 ff.; *Oswald*; *Reinheimer*; zur Rechtslage nach § 641 d ZPO jetzt *Büdenbender* (dort S. 136 ff. auch zum Verhältnis der §§ 641 d ZPO, 1615 o BGB zu §§ 935 ff. ZPO).

vorläufigen Rechtsverwirklichung führenden einstweiligen Verfügung überhaupt nur die einstweilige Anordnung von Geldzahlungen; sie wird dann häufig in Abgrenzung zu den Regelungen der §§ 935 und 940 ZPO als „dritte Art der einstweiligen Verfügung“ bezeichnet⁴. Der tatsächliche Bereich dieser Erscheinungsform des einstweiligen Rechtsschutzes ist aber viel umfassender: vorläufiger Rechtsschutz durch tatsächliche Vorwegnahme der Hauptsache wird für Leistungen und Rechtsfolgen aller Art gewährt. So finden sich Anordnungen nicht unmittelbar auf Vermögensverschiebung gerichteter Leistungen vor allem auf den Gebieten des Wettbewerbsrechtes, des Ehrenschutzes und des Arbeitsrechtes. Beispielsweise seien genannt einstweilige Verfügungen auf Unterlassung eines angeblichen Wettbewerbsverstoßes⁵, auf Widerruf einer Behauptung⁶, auf Rückkehr an den verlassenen Arbeitsplatz⁷. Diese Entwicklung erscheint erstaunlich, wenn man bedenkt, daß im System der Zivilprozeßordnung prinzipiell nur eine gerichtliche Entscheidung im ordentlichen Verfahren die Grundlage dafür bietet, streitige Leistungsansprüche zwangsweise durchzusetzen. Bestrittenes Recht soll erst gewährt bzw. bestätigt werden, wenn es sich im Rahmen eines mit allen Verfahrensgarantien ausgestatteten, insbesondere auf vollen Beweis ausgerichteten Gerichtsverfahrens bewährt hat. Im Verfahren der einstweiligen Verfügung begnügt sich das Gesetz hingegen mit einer bloßen Glaubhaftmachung, §§ 936, 920 Abs. 2 ZPO: der Antragsteller

⁴ Von einer dritten Verfügungsart gehen, teilweise unter Beschränkung auf Geldleistungen, aus: BGH NJW 1965, 915; OLG Karlsruhe JW 1930, 2068; OLG Frankfurt JW 1932, 3728; OLG Stuttgart HRR 1935 Nr. 1252; OLG Karlsruhe HRR 1937 Nr. 82; OLG Braunschweig NdsRpfl 1954, 218; LG Bielefeld DAVorm XXXI, Sp. 98 f.; LG Koblenz FamRZ 1958, 188; LG Hechingen ZblJugR 1962, 56 f.; LG Stuttgart FamRZ 1961, 82; LG Bochum NJW 1967, 1430; w. Nachw. bei *Finken*, S. 34; *Baumgärtel*, S. 404; *Bergerfurth*, S. 269; *A. Blomeyer*, S. 661, 663/4; *K. Blomeyer*, Zwangsvollstreckung, S. 61; *Bruns*, S. 241; *De Boor / Erkel*, S. 113; *Buchholz*, Sp. 242; *Gaul*, FamRZ 1958, 158/9; *Grunsky*, JuRA 1970, 724 und wohl auch ZZZ 85, 364/5; *Goldschmidt*, S. 431; *Güthe*, S. 385/6; *Hamelbeck*, S. 242; *Heckelmann*, S. 176 und Fn. 75; *Hellwig / Oertmann*, S. 454/5; *Hoche*, Zwangsvollstreckungsrecht, S. 239/40; *Huchthausen*, S. 71, 103 ff.; *Jauernig*, ZZZ 79, 321 ff.; *Kissel*, S. 1717; *Koebel*, NJW 1967, 325/6; *Lent / Jauernig*, § 37 III; *Lent*, NJW 1953, 627; *Rosenberg*, S. 1105; *Schaub*, S. 1192; *Schuler*, S. 1802; *Sonnen*; *StJ-Grunsky*, Vorb. IV 1 zu § 935; *Wieczorek*, § 916 A III c, § 940 C II a; *Zöller / Scherübl*, Vorb. 1 zu § 935; ferner wohl auch *Dölle*, S. 486; *Hartwig Rohmeyer*, S. 166 ff.; der Wortwahl nach auch *Baur*, BB 1964, 608 und *Schönke / Baur*, S. 235, 239, anders aber *Studien*, S. 30 ff., 52 ff.; noch schärfer, für eine neue, von der einstweiligen Verfügung wesensverschiedene Verfahrensart: *Stein*, S. 9; *Markett*, S. 34 ff.; *Pothmann*, S. 38. Weitere Nachweise bei *Finken*, S. 50. Differenzierend *Gerhardt*, S. 267 ff.

⁵ Vgl. dazu nur *Pastor*, S. 140 ff., 152 ff. mit umfangreichen Nachweisen. Zur Unterlassungsverfügung s. noch unten II. Teil, 2. Kap., B V.

⁶ s. dazu unten II. Teil, 2. Kap., B III 1 a mit umfangr. Nachw.

⁷ s. hierzu übersichtlich *StJ-Grunsky*, Vorb. VII 2 vor § 935; zur auf Vornahme von Handlungen gerichteten einstweiligen Verfügung unten II. Teil, 2. Kap., B III.

muß die überwiegende Wahrscheinlichkeit⁸ dartun, daß ihm das geltendgemachte Recht zustehe⁹. Dabei kann er die notwendige Überzeugung des Gerichts durch Vorlage einer eidesstattlichen Versicherung herbeiführen, die naturgemäß geringere Richtigkeitsgewähr bietet, § 294 Abs. 1 ZPO; eine Beweisaufnahme bleibt auf präsente Beweismittel beschränkt. Der Antragsteller muß allerdings zusätzlich noch einen die Verfügung rechtfertigenden Grund glaubhaft machen. Unter dem hier maßgeblichen Gesichtspunkt der Abweichung vom „normalen“ Verfahren hat diese zusätzliche Voraussetzung aber allenfalls verbessernde Funktion, weil sie die Abweichungsfälle zahlenmäßig einschränkt, ohne aber die mangelnde Richtigkeitsgewähr wirklich ausgleichen zu können: In jedem Fall wird das angebliche Recht des Antragstellers in einem Verfahren ohne Vollbeweis bereits tatsächlich verwirklicht. Die auf rasche Entscheidung ausgerichtete Ausgestaltung des Verfügungsverfahrens führt zudem unter Umständen dazu, daß der Beweiswert der Glaubhaftmachung weiter relativiert wird: In dringenden Fällen kann eine einstweilige Verfügung gemäß § 937 Abs. 2 ZPO ohne mündliche Verhandlung, sogar ohne Anhörung des Gegners erlassen werden.

Die Gefahren, die dieses Verfahren mit sich bringt, liegen auf der Hand. Der Antragsgegner, ohne gründliche gerichtliche Prüfung z. B. zu einer Leistung verurteilt, muß den Anspruch zunächst einmal — ganz oder zumindest teilweise — im technischen Sinne befriedigen. Geld oder andere Sachen gelangen in die Hände des Antragstellers, der Antragsgegner nimmt vorgeschriebene Handlungen vor oder ist gezwungen, ein bestimmtes Verhalten zu unterlassen. Er trägt damit das Risiko für die Rückgewähr bzw., wenn diese nicht möglich ist, für den Ausgleich der ihm abgezwungenen Leistung, falls sich das „Recht“ des „Gläubigers“ im nachfolgenden¹⁰ ordentlichen Verfahren nicht bestätigt. Wohl hat

⁸ Vgl. etwa *Baumbach / Lauterbach / Albers / Hartmann*, § 294, 1 A; *Pastor*, Wettbewerbsprozeß, S. 188/9.

⁹ Zur Frage, welche Anforderungen an die der einstweiligen Maßnahme zugrundeliegende materiellrechtliche Rechtsposition zu stellen ist, s. unten 3. Kap., A II 2 Fn. 61 und II. Teil, 1. Kap., A.

¹⁰ Daß sich die Parteien nicht selten mit einer Entscheidung im einstweiligen Verfahren begnügen, kann hier außer Betracht bleiben; vgl. zu dieser Erscheinung etwa *Baur*, Studien S. 3, 6/7 und auch schon BB 1964, 607; *Grunsky*, Grundlagen S. 220/1; *Minnerop*, S. 17; *Scherf*, S. 393; kritisch zu dieser Entwicklung *Leipold*, Grundlagen, S. 91/2. Die sehr viel weitergehende Auffassung von *Pastor* (Wettbewerbsprozeß, S. 313, 335/6), bei wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsansprüchen sei wegen der Möglichkeit der einstweiligen Verfügung im Regelfall ein Rechtsschutzbedürfnis für die Hauptsache (!) zu verneinen, widerspricht der nach geltendem Recht maßgeblichen Funktion des einstweiligen Rechtsschutzes (s. dazu noch unten 3. Kap., A II 2 zu Fn. 49 und C II 3 b aa; kritisch zu dieser Auffassung auch *Baur*, ZZP 82, 329; *Seydel*) und erscheint wegen der eingeschränkten Beurteilungsgrundlagen auch nicht wünschenswert. Zum Verhältnis zwischen einstweiliger Verfügung und ordentlichem Verfahren