

*Arbeitsgemeinschaft Zivilrecht:*  
**Lösungen zum Thema Arrest und einstweilige Verfügung**

<b>Fall 1 a</b>
-----------------

**I. Die materielle Rechtslage**

**1. Fälligkeit des Vergütungsanspruchs aus § 631 Abs. 1 BGB**

- a) Der Vertrag zwischen den Parteien ist ein **Werkvertrag** im Sinne von § 631 Abs. 1 BGB.
- b) Gemäß § 641 Abs. 1 Satz 1 BGB wird die Vergütungsforderung erst bei **Abnahme** des vollständig hergestellten Werks **fällig**.  
Eine Vereinbarung über die Abnahme von **Teilen** im Sinne von § 641 Abs. 1 Satz 2 BGB geht aus dem Sachverhalt **nicht** hervor.
- c) Der Vergütungsanspruch der Kohler GmbH ist folglich noch **nicht fällig**.
- d) Mangels Fälligkeit der Vergütungsforderung steht der Kohler GmbH auch **kein Zurückbehaltungsrecht** aus § 320 BGB zu.

**2. Anspruch auf Abschlagszahlung aus § 632a BGB**

- a) Eine **Vereinbarung** über Abschlagszahlungen lässt sich dem Sachverhalt **nicht** entnehmen, ebensowenig die Einbeziehung der **VOB/B** in den Vertragsinhalt (§ 16 Abs. 1 Nr. 1 VOB/B sieht Abschlagszahlungen für erbrachte Teilleistungen vor).
- b) Nach § 632a Abs. 1 Satz 1 BGB kann die Kohler GmbH kraft Gesetzes Abschlagszahlungen verlangen, soweit Bender einen **Wertzuwachs** erlangt hat. Diese Voraussetzung dürfte hier erfüllt sein.
- c) Nach § 632a Abs. 1 Satz 6 BGB können Abschlagszahlungen auch für **Stoffe oder Bauteile** verlangt werden, sofern der Besteller daran Eigentum erlangt hat oder der Unternehmer eine Sicherheit leistet.
  - (1) Die Betonverbundsteine sind **Bauteile**. Zumindest 80 % davon sind bereits **geliefert**.
  - (2) Der erforderliche **Eigentumserwerb** hat hinsichtlich der bereits verlegten Steine jedenfalls nach § 946 BGB stattgefunden.
- d) **Ergebnis:** Ein Anspruch auf Abschlagszahlung besteht jedenfalls in Höhe des Werts der bereits verlegten Steine.

**3. Zurückbehaltungsrecht aus § 321 BGB?**

- a) Der zwischen den Parteien bestehende Werkvertrag ist ein **gegenseitiger Vertrag**.
- b) Die Kohler GmbH ist wegen § 641 Abs. 1 BGB zur **Vorleistung** verpflichtet.
- c) Nach der Darstellung Kohlers ist erst **nach Vertragsschluss erkennbar** geworden, dass Bender voraussichtlich nicht zahlen kann. Legt man dies zu Grunde, sind die **Voraussetzungen** des § 321 Abs. 1 BGB **erfüllt**.

#### 4. Anspruch auf Einräumung einer Sicherungshypothek gemäß § 650e BGB

- a) Dazu müsste der Vertrag zwischen den Parteien ein **Bauvertrag** im Sinne von § 650a Abs. 1 Satz 1 BGB sein. Dies setzt voraus, dass es sich um ein **Bauwerk** handelt. Ein Bauwerk in diesem Sinne ist eine unbewegliche, in **Verbindung mit dem Erdboden** hergestellte Sache (BGH NJW 2014, 845 Rn. 19). Die hier in Rede stehende **Pflasterung** ist dauerhaft mit dem Erdboden verbunden, und zwar auch dann, wenn sie lediglich auf einem Schotterbett oder einer Kiestragschicht aufliegt (siehe dazu BGH NJW-RR 1993, 592). Es handelt sich folglich um ein **Bauwerk** im Sinne des § 650a Abs. 1 Satz 1 BGB.
- b) Das Baugrundstück steht im **Eigentum** des Auftraggebers.
- c) Nach § 650e Satz 2 BGB kann eine Sicherungshypothek schon **vor Fertigstellung** des Werks verlangt werden, allerdings nur für den **Teil** der Vergütung, der dem bereits geleisteten Teil der Arbeiten entspricht. Dies sind hier 80% der gesamten Vergütung. Darüber hinaus besteht ein Sicherungsanspruch hinsichtlich der in der Vergütung nicht inbegriffenen **Auslagen**. Solche gehen aus dem Sachverhalt nicht hervor.
- d) **Fälligkeit** der Vergütungsforderung ist im Rahmen des § 650e BGB **nicht** erforderlich; sonst wäre die Vorschrift zumindest im gesetzlichen Regelfall (§ 641 Abs. 1 BGB) sinnlos.
- e) **Ergebnis:** Die Kohler GmbH kann eine Sicherungshypothek in Höhe von **8.000 Euro** verlangen.

#### 5. Anspruch auf Bauhandwerkersicherung gemäß § 650f Abs. 1 BGB

- a) Dass die Parteien einen **Bauvertrag** geschlossen haben, ist bereits dargelegt worden.
- b) Die Kohler GmbH kann deshalb gemäß § 650f Abs. 1 Satz 1 BGB auch die Stellung einer **anderen Sicherheit** fordern, und zwar bis zur **vollen Höhe** des Vergütungsanspruchs, wie er sich aus dem Vertrag und eventuellen Zusatzaufträgen ergibt, zuzüglich eines Zuschlags von 10 % für Nebenforderungen.
- c) Die **Eigentumslage** am Baugrundstück ist bei dieser Vorschrift **belanglos**.
- d) **Fälligkeit** der Vergütungsforderung ist **nicht** erforderlich.
- e) Gemäß § 650f Abs. 6 Satz 1 Nr. 2 BGB ist der Anspruch auf Sicherheitsleistung aber ausgeschlossen, wenn der Besteller ein Verbraucher ist und der Vertrag ein Verbraucherbauvertrag im Sinne von § 650i oder ein Bauträgervertrag im Sinne von § 650u ist.
  - (1) Bender ist **Verbraucher** im Sinne von § 13 BGB, denn er will das Haus als Wohnung und damit zu privaten Zwecken nutzen.
  - (2) Ein **Verbraucherbauvertrag** liegt nach § 650i Abs. 1 BGB vor, wenn der Unternehmer zum Bau eines **neuen Gebäudes** verpflichtet ist.
    - (a) Ein solcher Vertrag liegt jedenfalls dann vor, wenn der Unternehmer zur Errichtung des Gebäudes **insgesamt** verpflichtet ist. Diese Voraussetzung ist hier nicht erfüllt.
    - (b) Ob es reicht, dass der Vertrag ein **einzelnes Gewerk** im Rahmen der Neuerrichtung eines Gebäudes betrifft, ist in der Literatur umstritten und in der Rechtsprechung nicht geklärt.

Der Inhalt der in §§ 560j ff. BGB vorgesehenen Pflichten spricht eher gegen eine Einbeziehung solcher Verträge, denn diese Pflichten betreffen überwiegend das Gebäude insgesamt.

Zumindest im Zusammenhang mit § 650f Abs. 6 Satz 1 Nr. 2 BGB erschiene es aber ungereimt, wenn der Unternehmer nur deshalb einen Anspruch auf Sicherung hat, weil er nicht Gebäude insgesamt schuldet, sondern nur ein einzelnes Gewerk.

Sollte die Vergabe einzelner Gewerke ausreichen, so dürfte auch ein Werkvertrag über **Außenanlagen** für ein neues Gebäude erfasst sein.

- f) **Ergebnis:** Ob die Kohler GmbH einen Anspruch auf Stellung einer Sicherheit nach § 650f Abs. 1 BGB hat, ist **unsicher**.

## II. Prozessuale Durchsetzung der Ansprüche im Hauptsacheverfahren

### 1. Anspruch auf Abschlagszahlung gemäß § 632a BGB

- a) Dieser Anspruch kann im Wege der **Klage** geltend gemacht werden.
- b) Daneben (oder stattdessen) kann die Kohler GmbH gemäß § **321 BGB** die weitere Ausführung der Arbeiten bis zur Zahlung verweigern.
- Von Nutzen ist das Zurückbehaltungsrecht nur hinsichtlich der **noch nicht erbrachten Leistungen**, nicht aber hinsichtlich des bereits erbrachten Teils.
- Überdies besteht die Gefahr von Schadensersatzansprüchen, wenn das Gericht die Voraussetzungen des § 321 BGB später für nicht gegeben erachtet.

### 2. Anspruch auf Einräumung einer Sicherungshypothek aus § 650e BGB

Dieser Anspruch kann im Wege der **Klage** geltend gemacht werden. Geklagt werden müsste auf **Zustimmung** zur Eintragung einer Sicherungshypothek.

Mit einer solchen Klage ist der Kohler GmbH hier wenig gedient. Bis zu einer Entscheidung im Hauptsacheverfahren werden Wochen und Monate vergehen. Eine Eintragung der Sicherungshypothek im Grundbuch wäre zudem erst nach **rechtskräftigem** Abschluss des Rechtsstreits möglich. Die Vollstreckung des Urteils erfolgt nach § **894 ZPO**. Solange das Urteil nur vorläufig vollstreckbar ist, kann gemäß § 895 ZPO nur eine Vormerkung eingetragen werden. Und selbst ein vorläufig vollstreckbares Urteil gibt es nicht von heute auf morgen.

### 3. Anspruch auf Sicherheitsleistung gemäß § 650f Abs. 1 BGB

- a) Dieser Anspruch könnte –wenn er denn besteht– ebenfalls im **Klagewege** durchgesetzt werden.
- b) **Alternativ** kann der Unternehmer gemäß § 650f Abs. 5 Satz 1 BGB eine **Frist** setzen und nach deren fruchtlosem Ablauf die **Leistung verweigern** oder den Vertrag **kündigen**. All dies braucht natürlich ebenfalls Zeit.

### III. Vorläufiger Rechtsschutz

Da es Kohler um eine möglichst schnelle Sicherung seiner Forderungen geht, ist zu prüfen, ob er dieses Ziel im Wege des vorläufigen Rechtsschutzes erreichen kann.

#### 1. Dinglicher Arrest

- a) Ein dinglicher **Arrest** ermöglicht es, Vermögensgegenstände des Schuldners durch Pfändung für einen zukünftigen Zugriff zu **sichern**.  
Einzelheiten der Vollziehung sind in §§ 928 ff. ZPO geregelt.
- b) **Statthaft** ist ein Arrest gemäß § 916 Abs. 1 ZPO (nur) zur Sicherung von **Geldforderungen**. Als zu sichernder Anspruch (d.h. als Arrestanspruch) kommt hier in erster Linie der Anspruch auf Zahlung der vereinbarten Vergütung von 10.000 Euro in Betracht.
- c) Gemäß § 920 Abs. 2 ZPO ist der **Arrestanspruch** (genauer: die Tatsachen, aus denen der Arrestanspruch hergeleitet wird) **glaubhaft** zu machen.
  - (1) **Glaubhaftmachung** ist eine besondere Form der Beweisführung:
    - (a) **Inhaltlich** genügt ein geringeres Maß an Wahrscheinlichkeit als für den Vollbeweis, nämlich eine **überwiegende Wahrscheinlichkeit** (BGH NJW-RR 2006, 1238 Rn. 13).
    - (b) **Formal** ist der zulässige Kreis von **Beweismitteln** durch § 294 ZPO zugleich erweitert und beschränkt:
      - i. Neben den üblicherweise zulässigen Beweismitteln ist nach § 294 Abs. 1 ZPO auch die **Versicherung an Eides Statt** zugelassen. Solche Erklärungen können nicht nur von Dritten, sondern auch von den Parteien bzw. deren gesetzlichen Vertretern selbst abgegeben werden.
      - ii. Nach § 294 Abs. 2 ZPO sind nur solche Beweismittel zulässig, die **sofort verwertet** werden können. Das heißt: Urkunden müssen sofort vorgelegt, Zeugen und Sachverständige in die mündliche Verhandlung gestellt, Augenscheinsobjekte im Gerichtssaal zur Verfügung gestellt werden.
  - (2) **Hier** reicht zur Glaubhaftmachung des **Vergütungsanspruchs** die Vorlage des schriftlichen **Werkvertrages** oder – sofern ein solcher nicht vorliegt – die eidesstattliche Versicherung des Geschäftsführers der Antragstellerin, dass ein Werkvertrag geschlossen und eine Vergütung von 10.000 Euro vereinbart worden ist.
  - (3) Dass der Vergütungsanspruch noch **nicht fällig** ist, steht einem Arrestgesuch nicht entgegen: Gemäß § 916 Abs. 2 ZPO ist der Arrest auch zur Sicherung eines **betagten** (d.h. zwar bestehenden, aber noch nicht fälligen) Anspruchs zulässig. (Daneben auch zur Sicherung von bedingten Ansprüchen, vgl. im Einzelnen den Wortlaut des § 916 Abs. 2 ZPO.)  
Ob ein Arrest auch zur Sicherung des Anspruchs aus § 650f BGB in Betracht kommt, ist allenfalls von theoretischer Bedeutung. Der in § 650f BGB normierte Anspruch auf Sicherheitsleistung dient seinerseits der Sicherung des Vergütungsanspruchs. Letzterer fällt zweifellos unter § 916 ZPO.
- d) Nach § 920 Abs. 2 ZPO ist daneben auch ein **Arrestgrund** (genauer: Tatsachen, aus denen sich ein Arrestgrund ergibt) glaubhaft zu machen.  
Für den **dinglichen Arrest** sind die Arrestgründe in § 917 ZPO normiert:

- (1) Arrestgrund ist die **Besorgnis**, dass die Vollstreckung des Urteils in der Hauptsache ohne den Arrest **vereitelt** oder **wesentlich erschwert** würde. Letzteres ist der Fall, wenn hinreichende Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass sich die **Vermögensverhältnisse** des Schuldners (und damit die Vollstreckungsmöglichkeiten) in absehbarer Zeit **verschlechtern** werden.

Hier ist – und auch das nur gerüchtehalber – lediglich mitgeteilt, dass die Vermögenslage des Bestellers Bender schlecht **ist**. Konkrete Anhaltspunkte dafür, dass sie sich noch **weiter verschlechtern** wird, liegen **nicht** vor. Die angeblichen Verkaufsabsichten reichen in dieser Hinsicht nicht aus. Bei einem Verkauf wird nur ein Vermögensgegenstand gegen einen anderen ausgewechselt. Ein Arrestgrund läge nur dann vor, wenn es Anhaltspunkte dafür gäbe, dass Vermögensgegenstände **verschleudert** oder Verkaufserlöse beiseite geschafft werden sollen. Letzteres kann die Kohler GmbH hier kaum glaubhaft machen.

- (2) Nach § 917 Abs. 2 Satz 1 ZPO liegt ein Arrestgrund auch dann vor, wenn ein (inländisches) Urteil im **Ausland** vollstreckt werden müsste und die **Gegenseitigkeit nicht verbürgt** ist.

(a) Für die Frage, ob im **Ausland** vollstreckt werden muss, ist nicht allein der Wohnsitz des Schuldners entscheidend, sondern auch die Belegenheit der **Vermögenswerte**, die der Vollstreckung zugänglich sind. Selbst wenn die Gerüchte über eine bevorstehende Auswanderung des Bender zutreffen sollten, müssten also zusätzlich konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass Bender auch sein Vermögen ins Ausland schaffen will. Dies wird sich kaum glaubhaft machen lassen.

(b) Unabhängig davon ist im Verhältnis zu Frankreich die **Gegenseitigkeit** verbürgt. Gegenseitigkeit ist verbürgt, wenn in dem in Rede stehenden Staat eine dem deutschen Recht **vergleichbare**, zumindest tatsächliche **Vollstreckungsmöglichkeit** besteht (vgl. Bundestags-Drucksache 15/1062, S. 8). Innerhalb der EU ist dies durch die Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (**EuGVVO** oder **Brüssel-Ia-Verordnung**) gewährleistet. Danach sind Entscheidungen der Gerichte eines Mitgliedstaats grundsätzlich ohne weiteres in allen Mitgliedstaaten vollstreckbar.

Verbürgt ist die Gegenseitigkeit auch im Verhältnis zur Schweiz und zu den EFTA-Staaten Island und Norwegen. Für diese drei Staaten (nicht aber für Liechtenstein) gilt das Übereinkommen von Lugano (LugÜ). Dessen ursprüngliche Fassung von 1988 ist im Jahr 2007 revidiert und an die damalige Fassung der EuGVVO (Verordnung (EG) Nr. 44/2001, Brüssel-I-Verordnung) angepasst worden. Die revidierte Fassung ist im Verhältnis zu Norwegen am 01.01.2010, im Verhältnis zur Schweiz am 01.01.2011 und im Verhältnis zu Island am 01.05.2011 in Kraft getreten. Über eine Anpassung an die Verordnung Nr. 1215/2012 ist noch nicht entschieden.

- e) **Ergebnis:** Ein Antrag auf Anordnung eines dinglichen Arrests hat mangels eines zureichenden Arrestgrundes **wenig** Aussicht auf Erfolg.

## 2. Persönlicher Arrest

- a) Aufgrund eines persönlichen Arrests kann der Schuldner **verhaftet** oder sonst in seiner **Freiheit beschränkt** werden (vgl. § 933 ZPO). In der Praxis kommt der persönliche Arrest so gut wie nie vor.
- b) Zur **Statthaftigkeit** und zum Erfordernis eines **Arrestanspruchs** gilt dasselbe wie beim dinglichen Arrest.
- c) Die Anforderungen an den **Arrestgrund** sind in § 918 ZPO geregelt.  
Die danach erforderliche **Gefährdung der Zwangsvollstreckung** liegt vor, wenn zu besorgen ist, dass der Schuldner, wenn er in Freiheit belassen wird, **Vermögensgegenstände beiseite schafft** und diese Gefahr durch einen **dinglichen Arrest** nicht hinreichend ausgeschlossen werden kann.  
**Hier** bestehen **keine** genügenden Anhaltspunkte für eine solche Gefahr.
- d) **Ergebnis:** Ein Antrag auf Anordnung des persönlichen Arrests hat **keine Erfolgsaussichten**.

## 3. Einstweilige Verfügung

- a) Einstweilige Verfügungen dienen regelmäßig der Sicherung von Ansprüchen, die **nicht** auf Zahlung von **Geld** gerichtet sind. (Das ergibt sich aus dem systematischen Zusammenhang zu den Vorschriften über den Arrest.) Als zu sichernder Anspruch kommt hier der Anspruch auf Einräumung einer **Sicherungshypothek** gemäß § 650e BGB in Betracht.
- b) Nach § 936 und § 920 Abs. 2 ZPO ist das Bestehen des **Verfügungsanspruchs** glaubhaft zu machen.  
Zur **Glaubhaftmachung** sind hier neben einer Kopie des **Werkvertrages** (oder einer eidesstattlichen Versicherung über dessen Abschluss) Belege über die **Eigentumslage** am Grundstück (am besten durch Grundbuch-Auszug) und über die (teilweise) **Erbringung der Leistungen** erforderlich. Für letzteres kann eine eidesstattliche Versicherung einer über den Stand der Arbeiten informierten Person vorgelegt werden, z.B. des mit der Bauaufsicht betrauten Architekten.
- c) Die Anforderungen an den **Verfügungsgrund** sind in § 935 und § 940 ZPO normiert. Das Gesetz unterscheidet zwischen zwei Typen der einstweiligen Verfügung (Sicherungsverfügung nach § 935, Regelungsverfügung nach § 940 ZPO). In der praktischen Anwendung sind die Grenzen zwischen diesen beiden Typen fließend. Von entscheidender Bedeutung ist vor allem, welche **Maßnahme** begehrt wird.
  - (1) Hier ist denkbar, dass die Kohler GmbH beantragt, den Bender zu verpflichten, die Eintragung einer **Sicherungshypothek** zu bewilligen. Damit wäre der Anspruch aus § 650f BGB nicht nur gesichert, sondern bereits **erfüllt**. Eine solche **Vorwegnahme** der Entscheidung in der **Hauptsache** (man spricht auch von einer Leistungs- oder **Befriedigungsverfügung**) ist grundsätzlich **nicht** zulässig. Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn anderenfalls die Durchsetzung des zu sichernden Anspruchs endgültig vereitelt würde. Letzteres kann z.B. bei Ansprüchen auf Unterlassung oder auf Zahlung von Unterhalt der Fall sein.

Im vorliegenden Fall besteht kein Bedürfnis für eine solch weitreichende Entscheidung. Dem Sicherungsinteresse der Kohler GmbH kann schon durch die Eintragung einer **Vormerkung** ausreichend Rechnung getragen werden.

- (2) Der damit vorgezeichnete Weg, nämlich der Antrag, im Wege der einstweiligen Verfügung die Eintragung einer **Vormerkung** zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung einer Sicherungshypothek anzuordnen, hat sogar den Vorteil, dass gemäß § 885 Abs. 1 Satz 2 BGB eine Gefährdung des zu sichernden Anspruchs nicht glaubhaft gemacht werden muss. Mit anderen Worten: Ein **Verfügungsgrund** im Sinne der §§ 935 und 940 ZPO (einschlägig wäre wohl die zuletzt genannte Vorschrift) braucht hier **nicht** vorzuliegen.

#### 4. Ergebnis:

Sofern die unter 3 b aufgeführten Mittel zur Glaubhaftmachung vorgelegt werden können, wird der Rechtsanwalt raten, einen **Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung** zu stellen, und zwar mit dem Ziel, dass die Eintragung einer **Vormerkung** zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung einer Sicherungshypothek angeordnet wird.

### Fall 1 b

#### I. Allgemeine Prozessvoraussetzungen

##### 1. Zuständigkeit

- a) Gemäß § 937 Abs. 1 ZPO ist grundsätzlich das **Gericht der Hauptsache** zuständig, nur bei **besonderer** Eilbedürftigkeit auch das **Amtsgericht der belegen Sache** (§ 942 ZPO; vgl. demgegenüber für den Arrest § 919 ZPO). Gemäß § 802 ZPO begründen diese Bestimmungen jeweils eine **ausschließliche** Zuständigkeit.

Solange die Hauptsache (das wäre hier die Klage auf Bewilligung einer Sicherungshypothek) noch **nicht anhängig** ist, bestimmt sich die Zuständigkeit für eine einstweilige Verfügung danach, welches Gericht für die Hauptsache zuständig **wäre**.

- b) **Örtlich** ist das LG Mannheim hier für die Hauptsache jedenfalls nach § 29 ZPO zuständig. Bei einem **Bauvertrag** ist der **Erfüllungsort** für sämtliche Leistungen grundsätzlich der Ort, an welchem das **Bauwerk** belegen ist (BGH NJW 1986, 935).
- c) **Sachlich** ist das Landgericht gemäß § 71 Abs. 1 und § 23 GVG zuständig, weil es in der **Hauptsache** um eine Sicherungshypothek in Höhe von 8.000 Euro geht.

Beachte: Der Streitwert des einstweiligen Verfügungsverfahrens beträgt regelmäßig nur einen Bruchteil des Streitwerts für das Hauptsacheverfahren. Bei den hier in Rede stehenden Forderungen wird gewöhnlich 1/3 des Hauptsachewerts angesetzt. Obwohl der Streitwert des Verfügungsverfahrens hier danach nur rund 2.700 Euro beträgt, bleibt es bei der sachlichen Zuständigkeit des Landgerichts. Maßgeblich ist gemäß § 937 ZPO der Streitwert der Hauptsache.

##### 2. Postulationsfähigkeit

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung unterliegt nach § 936, § 920 Abs. 3 und § 78 Abs. 3 ZPO **nicht** dem Anwaltszwang, weil er auch zu Protokoll der Geschäftsstelle erklärt werden kann.

Beachte: Für das weitere Verfahren, insbesondere für eine **mündliche Verhandlung** über den Antrag, bleibt es bei der Grundregel des § 78 Abs. 1 ZPO.

### 3. Sonstige Prozessvoraussetzungen

Hinsichtlich der weiteren Prozessvoraussetzungen sind **Bedenken nicht ersichtlich**.

Anmerkung: Es ist umstritten, ob auch das Vorliegen eines **Verfügungsgrundes** (z.B. als besonderes Element des Rechtsschutzbedürfnisses) zu den Zulässigkeitsvoraussetzungen gehört. Für die praktische Bearbeitung empfiehlt es sich, die übliche Reihenfolge „Verfügungsanspruch – Verfügungsgrund“ einzuhalten. Dies ist schon deshalb unbedenklich, weil – anders als bei den übrigen Zulässigkeitsvoraussetzungen, aber ebenso wie beim Rechtsschutzinteresse – das Vorliegen eines Verfügungsgrundes offengelassen werden darf, wenn es jedenfalls an einem Verfügungsanspruch fehlt.

## II. Verfügungsanspruch

### 1. Schlüssigkeit des Vorbringens

Das Vorbringen des Antragstellers ist **schlüssig**. Es begründet nach den Überlegungen zu Fall 1 a einen Anspruch auf Einräumung einer **Sicherungshypothek** aus § 650e BGB.

### 2. Glaubhaftmachung

Die zur Glaubhaftmachung vorgelegte Versicherung an Eides Statt ist **ungeeignet**. Zwar ist die Vorlage einer Versicherung an Eides Statt nach § 294 Abs. 1 ZPO an sich ein zulässiges Mittel zur Glaubhaftmachung. Die hier vorgelegte Erklärung weist jedoch **inhaltliche Mängel** auf. Aus ihr lässt sich nicht entnehmen, welche Passagen aus dem Anwaltsschriftsatz sich Karl Kohler zu Eigen machen will. Es ist nicht ohne weiteres ersichtlich, was zu den in Bezug genommenen „tatsächlichen Angaben“ gehört und wo die Grenze zu bloßen Rechtsausführungen verläuft.

Der BGH sieht eidesstattliche Versicherungen, die sich in einer Bezugnahme erschöpfen, seit langem als nicht ausreichend an (vgl. BGH NJW 1988, 2045). Sie sind in der Praxis dennoch verbreitet (vgl. BGH NJW 2015, 349 Rn. 20).

## III. Entscheidung des Gerichts

### 1. Bestimmung eines Termins zur mündlichen Verhandlung

Das Gericht kann zunächst einen Termin zur mündlichen Verhandlung anberaumen (§ 128 Abs. 1, § 937 Abs. 2 ZPO). Sofern der Antragsgegner dort erscheint und die Darlegungen des Antragstellers in erheblichen Punkten bestreitet, ist der vorliegende Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung aus dem unter II 2 genannten Grund mangels hinreichender Glaubhaftmachung **zurückzuweisen**. Die Entscheidung ergeht in diesem Fall gemäß § 936 und § 922 Abs. 1 Satz 1 ZPO durch **Urteil**.

Falls der Antragsteller bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung eine korrekte Versicherung vorlegt (und sich sonst nichts Neues ergibt), ist die einstweilige Verfügung zu **erlassen**, und zwar ebenfalls durch **Urteil** (§ 936, § 922 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

### 2. Zurückweisung des Antrags durch Beschluss

Da der Antrag nach derzeitigem Stand unbegründet ist, kann das Gericht ihn gemäß § 937 Abs. 2 ZPO auch **ohne mündliche Verhandlung** zurückweisen, und zwar durch **Beschluss** (§ 936, § 922 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

Zuvor wird der Antragsteller in der Regel telefonisch oder per Fax darauf **hingewiesen**, dass sein Antrag wohl keinen Erfolg haben wird. Im vorliegenden Fall wird der Antragsteller Gelegenheit erhalten müssen, die Versicherung an Eides Statt nachzubessern.



### 3. Auswahl unter den möglichen Verfahrensweisen

Die Auswahl unter den verschiedenen Möglichkeiten liegt im **Ermessen des Gerichts**. Im Falle einer Entscheidung durch Beschluss nimmt man dem Antragsteller zwar die (theoretische) Möglichkeit, dass die tatsächlichen Angaben vom Antragsgegner nicht bestritten werden, so dass eine Glaubhaftmachung entbehrlich wird. Zumindest wenn der Antragsteller den Erlass der einstweiligen Verfügung ohne mündliche Verhandlung beantragt hat, kann er aber kaum erwarten, dass eine mündliche Verhandlung anberaumt wird, um ihm über Unzulänglichkeiten seines Antrags hinwegzuhelfen.

## Fall 1 c (1)

### I. Zulässiger Rechtsbehelf: Widerspruch

#### 1. Statthaftigkeit

Gemäß § 936 und § 924 Abs. 1 ZPO findet gegen einen **Beschluss**, durch den eine einstweilige Verfügung **erlassen** wird, **Widerspruch** statt.

Zur Erläuterung: Während ein Arrest stets ohne mündliche Verhandlung angeordnet werden kann (§ 921 Abs. 1 ZPO), darf eine einstweilige Verfügung nur in (besonders) dringenden Fällen ohne mündliche Verhandlung (und damit gemäß § 936 und § 922 Abs. 1 Satz 1 ZPO durch Beschluss) erlassen werden. Letzteres ist hier geschehen.

#### 2. Frist

Der Widerspruch ist an **keine Frist** gebunden.

#### 3. Form

Wenn das **Amtsgericht** entschieden hat, kann der Widerspruch gemäß § 936 und § 924 Abs. 2 Satz 3 ZPO **zu Protokoll der Geschäftsstelle** erklärt werden. Vor dem **Landgericht** ist er hingegen **schriftlich** einzulegen, und zwar gemäß § 78 Abs. 1 ZPO durch einen **Rechtsanwalt**.

#### 4. Begründung

Nach § 936 und § 924 Abs. 2 Satz 1 ZPO ist der Widerspruch **sofort** zu begründen. Fehlt eine Begründung, ist der Widerspruch dennoch wirksam; eine später eingereichte Begründung muss beachtet werden. Die Gerichte sehen jedoch zum Teil von der nach § 924 Abs. 2 Satz 2 ZPO grundsätzlich gebotenen **Terminbestimmung** ab, solange keine Begründung vorliegt.

### II. Weiteres Verfahren

#### 1. Mündliche Verhandlung

Gemäß § 936 und § 924 Abs. 2 Satz 2 ZPO hat das Gericht, das die einstweilige Verfügung erlassen hat, Termin zur mündlichen Verhandlung zu bestimmen.

#### 2. Entscheidungsgegenstand

Gemäß § 936 und § 925 Abs. 1 ZPO ist über die **Rechtmäßigkeit** der einstweiligen Verfügung zu entscheiden, und zwar durch **Urteil**. Es ist also (erneut) zu prüfen, ob der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zulässig und begründet ist.

### 3. Entscheidungstenor

Nach § 936 und § 925 Abs. 2 ZPO bestehen folgende Möglichkeiten:

- a) Soweit sich die einstweilige Verfügung als **rechtmäßig** erweist, ist sie zu **bestätigen**.
- b) Soweit sich der Antrag auf ihren Erlass als **unzulässig** oder **unbegründet** erweist, ist die einstweilige Verfügung **aufzuheben** und der **Antrag zurückzuweisen**.
- c) In Sonderfällen kann die einstweilige Verfügung auch **abgeändert**, d.h. anstelle der bisherigen Verfügung eine andere Anordnung getroffen werden.
- d) Die Entscheidung kann jeweils auch von einer **Sicherheitsleistung** abhängig gemacht werden. Eine Aufhebung gegen Sicherheitsleistung ist bei einstweiligen Verfügungen jedoch gemäß § 939 ZPO – anders als beim Arrest – nur in **Ausnahmefällen** zulässig.

### III. Tenor

#### 1. Erlass der einstweiligen Verfügung durch Beschluss:

Da ein dringender Fall vorliegt, ergeht gemäß §§ 935 ff. ZPO ohne vorherige mündliche Verhandlung folgende

einstweilige Verfügung:

1. Zugunsten der Antragstellerin ist im Grundbuch von ..., Blatt ..., Bestandsverzeichnis Nr. , Gemarkung ..., Flurstück Nr. ... eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung einer Sicherungshypothek für den Anspruch der Antragstellerin gegen den Antragsgegner auf Zahlung von 8.000,00 Euro einzutragen.
2. Der Antragsgegner trägt die Kosten des Verfahrens.
3. Der Streitwert wird auf 2.700,00 Euro festgesetzt.

Einer Entscheidung über die **vorläufige Vollstreckbarkeit** bedarf es **nicht**. Einstweilige Verfügungen sind – sofern nichts anderes bestimmt ist – stets **ohne weiteres** vollstreckbar.

#### 2. Erlass der einstweiligen Verfügung durch Urteil:

1. Im Wege der einstweiligen Verfügung wird folgendes angeordnet:

Zugunsten der Verfügungsklägerin ... (wie oben)

2. Der Verfügungsbeklagte trägt die Kosten des Verfahrens.

Wenn eine mündliche Verhandlung stattgefunden hat, werden die Parteien üblicherweise nicht mehr als Antragsteller(in) und Antragsgegner(in) bezeichnet, sondern als Verfügungskläger(in) und Verfügungsbeklagte(r).

Auch hier bedarf es **keiner** Entscheidung über die **vorläufige Vollstreckbarkeit**. Der **Streitwert** wird in einem gesonderten **Beschluss** festgesetzt, der zweckmäßigerweise zusammen mit dem Urteil ergeht.

#### 3. Bestätigung einer Beschluss-Verfügung durch Urteil:

1. Die einstweilige Verfügung vom ... wird bestätigt.
2. Der Verfügungsbeklagte trägt die weiteren Kosten des Verfahrens.

Auch dieses Urteil ist ohne weiteres **vorläufig vollstreckbar**.

#### **4. Aufhebung einer Beschluss-Verfügung durch Urteil:**

1. Die einstweilige Verfügung vom ... wird aufgehoben. Der Antrag auf ihren Erlass wird zurückgewiesen.
2. Die Verfügungsklägerin trägt die Kosten des Verfahrens.
3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Verfügungsklägerin kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der Verfügungsbeklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Entscheidung zur **vorläufigen Vollstreckbarkeit** ergibt sich aus § 708 Nr. 6 und § 711 ZPO.

#### **5. Zurückweisung des Antrags durch Beschluss:**

1. Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung wird zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens.
3. Der Streitwert wird auf 2.700 Euro festgesetzt.

Eine Entscheidung zur **vorläufigen Vollstreckbarkeit** (wegen der Kosten) ist hier entbehrlich, weil Beschlüsse grundsätzlich **ohne weiteres** vollstreckbar sind.

#### **6. Zurückweisung des Antrags durch Urteil:**

1. Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung wird zurückgewiesen.
2. Die Verfügungsklägerin trägt die Kosten des Verfahrens.
3. Die Verfügungsklägerin kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der Verfügungsbeklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages leistet.

Auch hier ergibt sich die Entscheidung zur **vorläufigen Vollstreckbarkeit** aus § 708 Nr. 6 und § 711 ZPO.

### **IV. Rechtsmittel**

#### **1. Erlass der einstweiligen Verfügung durch Beschluss**

Widerspruch, § 936, § 924 Abs. 1 ZPO.

Daraufhin mündliche Verhandlung und Urteil.

#### **2. Erlass der einstweiligen Verfügung durch Urteil**

Berufung, § 511 ZPO.

Gegen die Berufungsentscheidung ist kein weiteres Rechtsmittel statthaft, § 542 Abs. 2 Satz 1 ZPO.

Dies gilt auch dann, wenn die Berufung durch Beschluss gemäß § 522 Abs. 1 ZPO als unzulässig verworfen wird. Die in § 522 Abs. 1 Satz 4 an sich vorgesehene Rechtsbeschwerde ist in dieser Konstellation gemäß § 574 Abs. 1 Satz 2 ZPO, der auf § 542 Abs. 2 ZPO verweist, ausgeschlossen.

#### **3. Bestätigung einer Beschluss-Verfügung durch Urteil:**

Berufung, wie oben 2.

#### **4. Aufhebung einer Beschluss-Verfügung durch Urteil**

Berufung, wie oben 2.

## 5. Zurückweisung des Antrags durch Beschluss

Sofortige Beschwerde, § 567 Abs. 1 ZPO.

- a) **Statthaft** ist die Beschwerde gemäß § 567 Abs. 1 Nr. 2 ZPO, weil das Gesuch des Antragstellers auf Erlass der einstweiligen Verfügung zurückgewiesen worden ist.
- b) Die **Beschwerdeschrift** (§ 569 Abs. 2 ZPO) ist innerhalb einer **Frist** von zwei Wochen ab Zustellung der Entscheidung einzulegen, und zwar entweder beim **Ausgangsgericht** **oder** beim **Beschwerdegericht**, § 569 Abs. 1 ZPO.
- c) Nach Einlegung der Beschwerde muss das Gericht, das die angefochtene Entscheidung getroffen hat, prüfen, ob es der Beschwerde **abhelfen** will (§ 572 Abs. 1 ZPO).
- d) Das **nachfolgende Verfahren** kann sich in unterschiedlicher Weise gestalten:
  - (1) Hält das Ausgangsgericht die **Beschwerde** für **zulässig und begründet**, muss es
    - (a) entweder die einstweilige Verfügung ohne mündliche Verhandlung durch **Beschluss** erlassen
    - (b) oder **mündliche Verhandlung** über den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung anberaumen und dann durch **Urteil** entscheiden.

Gegen die Entscheidung sind wiederum die oben genannten Rechtsbehelfe (Widerspruch bzw. Berufung) statthaft.

- (2) Hält das Ausgangsgericht die Beschwerde für **unzulässig oder unbegründet**, muss es die Beschwerde gemäß § 571 ZPO dem **Beschwerdegericht** vorlegen. Das Beschwerdegericht kann ohne mündliche Verhandlung entscheiden oder Termin zur mündlichen Verhandlung bestimmen. Im ersten Fall ergeht die Beschwerdeentscheidung durch **Beschluss**, im anderen Fall – abweichend von § 572 Abs. 4 ZPO – durch **Urteil**.

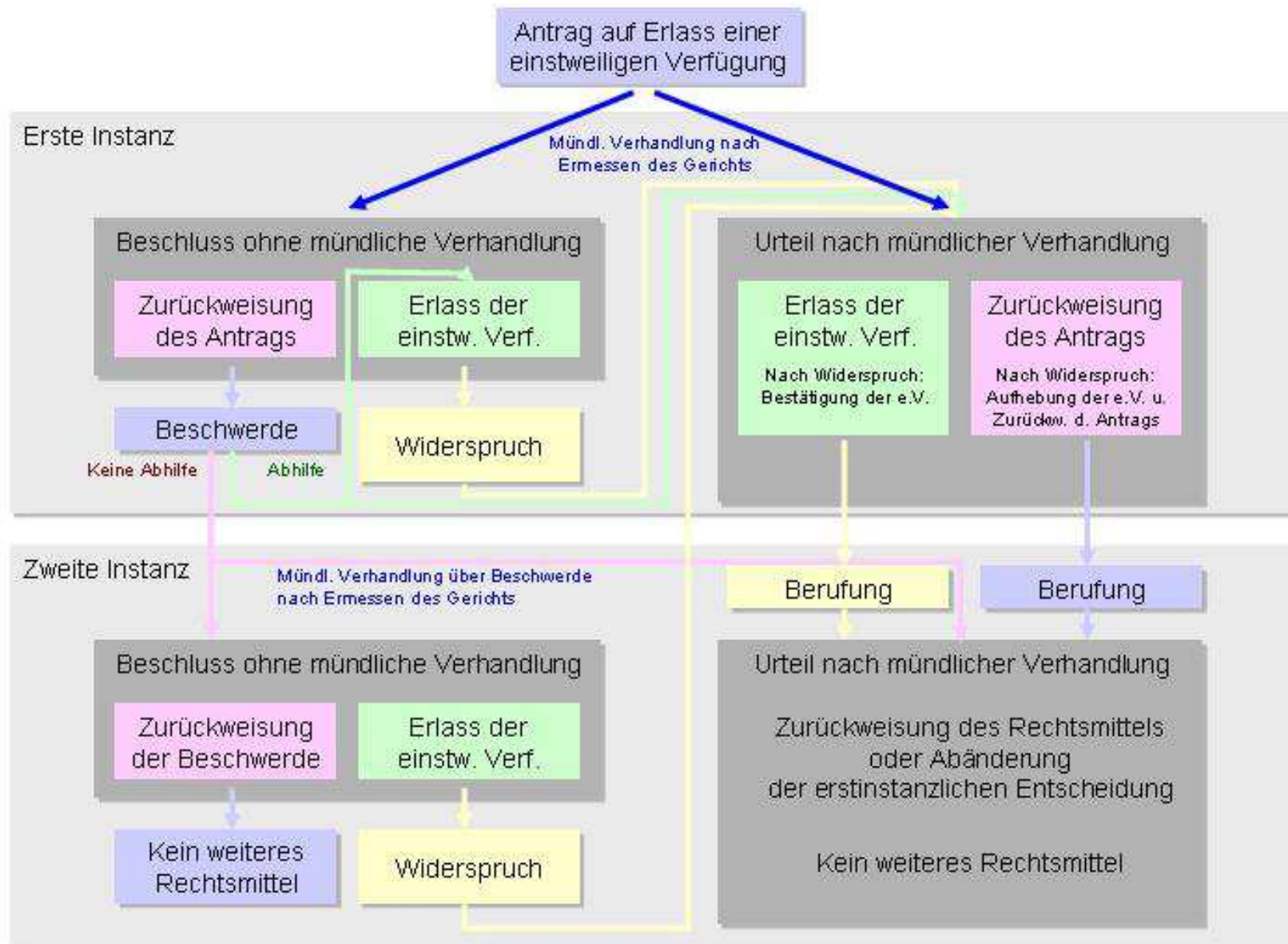
Im Einzelnen ergibt dies folgende Möglichkeiten:

- (a) **Zurückweisung** der Beschwerde ohne mündliche Verhandlung durch **Beschluss**. Gegen diese Entscheidung ist nach § 574 Abs. 1 Satz 2 und § 542 Abs. 2 Satz 1 ZPO kein weiteres Rechtsmittel zulässig.
- (b) **Zurückweisung** der Beschwerde nach **mündlicher Verhandlung** durch **Urteil**. Gegen ein solches Urteil ist ebenfalls kein weiteres Rechtsmittel zulässig (§ 542 Abs. 2 Satz 1 ZPO).
- (c) **Erllass** der einstweiligen Verfügung ohne mündliche Verhandlung durch **Beschluss**. Gegen diese Entscheidung ist nach § 936 und § 924 Abs. 1 ZPO Widerspruch zulässig. Die auf den Widerspruch anzuberaumende mündliche Verhandlung findet vor dem Gericht der ersten(!) Instanz statt.
- (d) **Erllass** der einstweiligen Verfügung nach mündlicher Verhandlung durch **Urteil**. Dagegen ist kein weiteres Rechtsmittel zulässig (§ 542 Abs. 2 Satz 1 ZPO).

## 6. Zurückweisung eines Antrags durch Urteil

Berufung, wie oben 2.

## V. Der mögliche Verfahrensgang in grafischer Darstellung:



**Fall 1 c (2)****I. Ausgangslage**

Bender kann sein Ziel nur erreichen, wenn § 93 ZPO anwendbar ist. Ein Anerkenntnis im herkömmlichen Sinne ist ihm aber nicht möglich, weil die einstweilige Verfügung schon erlassen ist und das Verfahren nur dann fortgesetzt werden kann, wenn Bender gegen die Verfügung **Widerspruch** einlegt. Würde er gegen die **Hauptsacheentscheidung** Widerspruch einlegen, könnte § 93 ZPO andererseits schon deshalb nicht angewendet werden, weil es an einem **sofortigen** Anerkenntnis fehlte.

Um den Antragsgegner aus diesem Dilemma zu befreien, wird es als zulässig angesehen, dass der Widerspruch auf die **Kostenentscheidung beschränkt** wird.

Legt der Antragsgegner einen solchen **Kostenwiderspruch** ein, wird er so gestellt, wie er stünde, wenn das Gericht von Beginn an Termin zur mündlichen Verhandlung bestimmt und er ein sofortiges Anerkenntnis abgegeben hätte.

**II. Zulässigkeit eines Kostenwiderspruchs**

Für den Kostenwiderspruch gelten dieselben Anforderungen wie für den Widerspruch allgemein. Siehe im einzelnen Fall 1 b (2).

**III. Weiteres Verfahren**

Das Gericht hat Termin zur **mündlichen Verhandlung** zu bestimmen und aufgrund der Verhandlung durch **Urteil** zu entscheiden, ob es bei der in der einstweiligen Verfügung getroffenen Kostenregelung bleibt.

Dies hängt hier davon ab, ob § 93 ZPO zugunsten des Verfügungsbeklagten anwendbar ist.

**1. Sofortiges Anerkenntnis**

Die Einlegung eines **Kostenwiderspruchs** steht einem sofortigen Anerkenntnis im Sinne von § 93 ZPO gleich, s.o.

**2. Anlass zur Einschaltung des Gerichts**

Fraglich ist, ob Bender durch sein vorprozessuales Verhalten **Anlass** zur Stellung des Verfügungsantrags gegeben hat. Hinreichender Anlass für die Inanspruchnahme gerichtlicher Hilfe besteht regelmäßig nur dann, wenn der Beklagte vorprozessual erfolglos zur Leistung **aufgefordert** worden ist. Hier ist Bender zwar zur **Zahlung** aufgefordert worden, doch hat er dieses Begehren zu Recht zurückgewiesen, weil der Werklohnanspruch noch **nicht fällig** war. Die Bewilligung einer **Sicherungshypothek** hat Kohler dagegen nicht verlangt. Man könnte allenfalls fragen, ob Bender dies in der geschilderten Lage von sich aus hätte anbieten müssen, doch ginge dies wohl zu weit. Im Ergebnis hat Bender danach **keinen** Anlass zur Einschaltung des Gerichts gegeben.

**IV. Entscheidung des Gerichts**

Das Gericht hat ein Urteil folgenden Inhalts zu erlassen:

1. Die einstweilige Verfügung vom ... wird im Kostenpunkt aufgehoben. Die Kosten des Verfahrens werden der Verfügungsklägerin auferlegt.
2. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Verfügungsklägerin kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der Verfügungsbeklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Entscheidung zur **vorläufigen Vollstreckbarkeit** ergibt sich aus § 708 Nr. 6 und § 711 ZPO.

Vollstreckt werden können nur die Kosten, die dem Verfügungsbeklagten entstanden sind.

**V. Ergänzung: Urteilstenor im Falle einer dem Verfügungsbeklagten ungünstigen Entscheidung**

1. Die einstweilige Verfügung vom ... wird im Kostenpunkt bestätigt.
2. Der Verfügungsbeklagte trägt die weiteren Kosten des Verfahrens.

Eine Entscheidung zur **vorläufigen Vollstreckbarkeit** ist in dieser Konstellation **entbehrlich**, weil einstweilige Verfügungen und die sie bestätigenden Entscheidungen ohne weiteres vollstreckbar sind.

**Fall 1 c (3)****I. Zulässigkeit des Eintragungsantrags****1. Antragsbefugnis**

Die Kohler GmbH ist gemäß § 13 Abs. 1 Satz 2 GBO **antragsbefugt**, weil die begehrte Eintragung zu ihren Gunsten erfolgen soll.

**2. Eintragungsbewilligung**

Die gemäß § 19 GBO grundsätzlich erforderliche **Bewilligung** durch den Grundstückseigentümer Bender wird hier durch die **einstweilige Verfügung** ersetzt (§ 885 Abs. 1 Satz 1 BGB).

Fraglich ist aber, ob die einstweilige Verfügung noch **vollzogen** werden darf.

- a) Einer **Vollstreckungsklausel** bedarf es nach § 936 und § 929 Abs. 1 ZPO hier **nicht**.
- b) Die **vorherige Zustellung** der einstweiligen Verfügung an den Antragsgegner ist **nicht** erforderlich, § 936 und § 929 Abs. 3 Satz 1 ZPO. Die Zustellung muss aber gemäß § 936 und § 929 Abs. 3 Satz 2 ZPO innerhalb von einer Woche nach Vollziehung **nachgeholt** werden.
- c) Unzulässig ist die Vollziehung hier aber gemäß § 936 und § 929 Abs. 2 ZPO, weil die Vollziehung später als **einen Monat** nach Zustellung der Verfügung erfolgt ist. Die Vollziehung besteht hier in der Stellung des Eintragungsantrags. Dies hätte spätestens am 23.04.2020 erfolgen müssen. Eine **Wiedereinsetzung** in den vorigen Stand nach § 233 ZPO ist **nicht** möglich, weil die in § 922 Abs. 2 ZPO bestimmte Frist weder eine Notfrist ist noch zu den sonstigen in § 233 ZPO aufgezählten Fristen gehört.

**3. Ergebnis**

Das Grundbuchamt muss den Eintragungsantrag **zurückweisen**, weil die einstweilige Verfügung nicht mehr vollzogen werden darf.

## II. Weiteres Verfahren

### 1. Widerspruch

Wie bereits unter I dargelegt, kann die **Versäumung der Vollziehungsfrist** schon im Rahmen des Vollstreckungsverfahrens eingewendet werden. Daneben bleibt es dem Antragsgegner unbenommen, wegen des Ablaufs der Vollziehungsfrist die **Aufhebung** der einstweiligen Verfügung zu beantragen. Im vorliegenden Fall steht ihm dazu der **Widerspruch** gemäß § 936 und § 924 Abs. 1 ZPO zur Verfügung.

Im Falle einer noch nicht rechtskräftigen **Urteilsverfügung** könnte der Ablauf der Vollziehungsfrist auch mit der **Berufung** geltend gemacht werden.

### 2. Antrag auf Aufhebung wegen veränderter Umstände (§ 927 ZPO)

**Alternativ** kann der Beder auch die Aufhebung nach § 927 ZPO beantragen.

Der Ablauf der Vollziehungsfrist stellt einen veränderten (d.h. nach Erlass der einstweiligen Verfügung eingetretenen) Umstand im Sinne dieser Vorschrift dar.

Sofern die einstweilige Verfügung durch **Urteil** erlassen oder bestätigt worden ist, stellt dieses Verfahren nach Ablauf der Berufungsfrist die einzige Möglichkeit dar, um eine Aufhebung wegen Ablaufs der Vollziehungsfrist zu erreichen.

## III. Ausweg für den Antragsteller

Dem Antragsteller bleibt die Möglichkeit, **erneut** eine einstweilige Verfügung zu beantragen. Ein solcher Antrag hat keine Aussicht auf Erfolg, wenn der Antragsteller den Ablauf der Vollziehungsfrist durch eigenes nachlässiges Verhalten mitverursacht hat. Durch seine Nachlässigkeit gibt der Antragsteller zu erkennen, dass die Sache nicht dringlich ist, d.h. dass kein Verfügungsgrund besteht. **Hier** kann aber zumindest dem Anwalt kein Verschulden vorgeworfen werden. Fraglich ist allenfalls, ob sich die Antragstellerin selbst um eine umgehende Vollziehung hätte kümmern müssen. Von einer Handelsgesellschaft wird man dies im Regelfall verlangen können.

### Fall 1 c (4)

## I. Zulässigkeit des Antrags auf Aufhebung der einstweiligen Verfügung

### 1. Statthaftigkeit

Der Antrag ist gemäß § 936 und § 926 Abs. 2 ZPO statthaft.

### 2. Anwaltszwang

§ 78 Abs. 1 ZPO ist anwendbar, bereitet hier aber keine Probleme, weil der Antrag von einem Rechtsanwalt gestellt worden ist.

Beachte: Der Antrag auf Setzung einer Klagefrist (§ 926 Abs. 1 ZPO) unterliegt gemäß § 13 RPfIG nicht dem Anwaltszwang. Für die Fristsetzung ist gemäß § 20 Nr. 14 RPfIG der Rechtspfleger zuständig. Die Aufhebung der einstweiligen Verfügung wegen Fristversäumung ist dagegen Richtersache.



## II. Begründetheit des Antrags

### 1. Nichteinhaltung der gemäß § 936 und § 926 Abs. 1 ZPO gesetzten Frist

- a) Innerhalb der (ordnungsgemäß) gesetzten **Frist** ist die Klage in der Hauptsache **nicht** erhoben (d.h. zugestellt, § 253 Abs. 1 ZPO) worden.
- b) Gemäß § 231 Abs. 2 ZPO kann die Klageerhebung bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung **nachgeholt** werden, denn die Folgen der Fristversäumung treten gemäß § 936 und § 926 Abs. 2 ZPO nur auf Antrag ein.  
**Hier** ist die Klage vor der mündlichen Verhandlung zugestellt worden. Sie ist damit noch **rechtzeitig** erhoben.

### 2. Ergebnis

Der Antrag auf Aufhebung ist nicht (mehr) begründet. Wenn Bender dennoch daran festhält, ist der Antrag **zurückzuweisen**, und zwar gemäß § 936 und § 926 Abs. 2 ZPO durch Urteil. Um dies zu vermeiden, bleibt Bender die Möglichkeit, das Verfahren für **erledigt** zu erklären.

## III. Entscheidung

### 1. Zurückweisung des Antrags durch Urteil

Sofern Bender nicht für erledigt erklärt, hat ein Urteil mit folgendem Tenor zu ergehen:

1. Der Antrag auf Aufhebung der einstweiligen Verfügung vom ... (Aktenzeichen: ...) wird zurückgewiesen.
2. Der Antragsteller trägt die Kosten des Aufhebungsverfahrens.
3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Antragsteller kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Antragsgegnerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages leistet.

Das Aufhebungsverfahren ist ein neues, **gesondertes Verfahren**. Deshalb ändern sich die **Parteirollen**: Antragsteller ist jetzt derjenige, der die Aufhebung der einstweiligen Verfügung begehrt, Antragsgegner derjenige, der die einstweilige Verfügung erwirkt hat.

Die Entscheidung zur **vorläufigen Vollstreckbarkeit** folgt aus § 708 Nr. 11 und § 711 ZPO.

### 2. Kostenentscheidung nach beiderseitiger Erledigungserklärung

Gemäß § 91a ZPO ist nur noch durch **Beschluss** über die **Kosten** zu entscheiden. Diese hat hier die Antragsgegnerin (Kohler GmbH) zu tragen, weil der Aufhebungsantrag ursprünglich begründet war. Die Entscheidung lautet also:

Die Kosten des Aufhebungsverfahrens werden der Antragsgegnerin auferlegt.

Zu den Parteibezeichnungen siehe oben.

### 3. Ergänzung: Tenor im Falle eines begründeten Aufhebungsantrags

1. Die einstweilige Verfügung vom ... (Aktenzeichen: ....) wird aufgehoben.
2. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfügungs- und des Aufhebungsverfahrens.
3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der Antragsteller vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages leistet.

Zur **Kostenentscheidung**: Die Antragsgegnerin hat auch die Kosten des ursprünglichen Verfahrens zu tragen, weil diese hinsichtlich der **Anwaltskosten** gemäß § 16 Nr. 5 RVG eine **Einheit** bilden (Zöller/Vollkommer, 30. Auflage, § 926 ZPO Rn. 26 und 35). **Gerichtskosten** fallen im Aufhebungsverfahren erneut an, GKG-KV vor Nr. 1410.

Die Entscheidung zur **vorläufigen Vollstreckbarkeit** ergibt sich aus § 708 Nr. 6 und § 711 ZPO.

## Fall 1 d

### 1. Schutzschrift

- a) Wer befürchtet, dass gegen ihn Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung gestellt wird, kann eine vorweggenommene Stellungnahme zu dem erwarteten Antrag bei Gericht einreichen. Eine solche **Schutzschrift** wird im allgemeinen Register eingetragen und (wenn nichts schiefläuft) zu den Akten des Verfügungsverfahrens genommen, wenn tatsächlich ein Verfügungsantrag eingeht. Wird der Verfügungsantrag zurückgewiesen, sind die **Kosten** der Schutzschrift nach § 91 Abs. 1 ZPO erstattungsfähig (BGH NJW 2003, 1257).
- b) Seit 01.01.2016 können Schutzschriften gemäß § 945a ZPO elektronisch in ein von den Justizverwaltungen geführtes **zentrales Schutzschriftenregister** (<https://www.zssr.justiz.de>) eingereicht werden. Jedes Gericht ist gehalten, in diesem Register nach einschlägigen Schutzschriften zu suchen, bevor es ohne Anhörung des Gegners eine einstweilige Verfügung erlässt. Seit 01.01.2017 dürfen Rechtsanwälte gemäß § 49c BRAO Schutzschriften nur noch über das zentrale Schutzschriftenregister einreichen. Eine entgegen dieser Vorschrift auf anderem Weg eingereichte Schutzschrift muss vom Gericht dennoch beachtet werden, weil es sich nur um eine berufsrechtliche Vorgabe handelt.

### 2. Negative Feststellungsklage

Daneben hat der Schuldner die Möglichkeit, eine **negative Feststellungsklage** zu erheben, mit dem Antrag, festzustellen, dass dem Gläubiger der in der Hauptsache geltend gemachte Anspruch (hier auf Einräumung einer Sicherungshypothek) nicht zusteht.

Da es sich dabei um eine **Hauptsacheklage** handelt, wird eine Entscheidung darüber zwar länger dauern als eine Entscheidung im einstweiligen Verfügungsverfahren.

Wenn **mehrere Gerichtsstände** in Betracht kommen, kann der Schuldner auf diese Weise aber anstreben, dass das von ihm angegangene Gericht als Gericht der Hauptsache im Sinne von § 937 ZPO für den Erlass einer einstweiligen Verfügung ausschließlich zuständig wird. Solche Versuche sind aber nicht überall erfolgreich. Verschiedene Oberlandesgerichte sehen als Gericht der Hauptsache im Sinne von § 937 ZPO nur ein Gericht an, bei dem der Gläubiger eine Klage erhoben hat (OLG Hamburg GRUR 2001, 361; OLG Köln NJW-RR 2012, 818, 819; OLG Frankfurt WRP 2014, 106).

Der Gläubiger kann jedenfalls dadurch kontern, dass er seinerseits bei einem anderen, ebenfalls für die Hauptsache zuständigen Gericht **Leistungsklage** erhebt. Mit der Erhebung der Leistungsklage ist auch dieses Gericht (wieder) Gericht der Hauptsache im Sinne von § 937 ZPO. Im Ergebnis wird dadurch vor allem das Kostenrisiko erhöht.