

teil: grundsätzlich ist die einstweilige Verfügung genau wie der Arrest ein Institut zur Sicherung einer zukünftigen Zwangsvollstreckung und zur provisorischen Regelung eines streitigen Rechtszustandes; die Erwägungen, die zur Zulassung der Vollziehung vor Zustellung geführt haben, nämlich die Notwendigkeit, gegenüber einem als böswillig gedachten und glaubhaft gemachten Schuldner das Überraschungselement auszunützen, treffen grundsätzlich für die einstweiligen Verfügungen ebenso zu wie für den Arrest.

Die Argumentation von Cohn wird dadurch charakterisiert, daß sie sich zur Rechtfertigung seiner gegenständlichen Auffassung ausschließlich auf einen Sonderfall bezieht, nämlich den Fall der sog. Zahlungsverfügung. Diese im Gesetz nicht vorgesehene, sondern von der gerichtlichen Praxis im Anschluß an § 627 ZPO entwickelte Art der einstweiligen Verfügung ist deshalb ein Sonderfall, weil ihr in der Tat der Sicherungszweck nicht zugrunde liegt, sie vielmehr die Befriedigung eines Geldanspruchs im Wege einer provisorischen Verurteilung zum Gegenstand hat, wobei es im Regelfall um die während eines Hauptprozesses auf Zahlung wiederkehrender Geldleistungen fällig werdenden Raten der behaupteten Forderung geht. Schon die bürgerliche Literatur hat darauf hingewiesen, daß es sich hier im Grunde nicht um eine einstweilige Verfügung im Sinne der Zivilprozeßordnung, sondern um die Ansätze zu einer besonderen summarischen Prozeßart handele.

Die schon früher streitige Frage, ob es vielleicht dem Wesen dieses Sonderfalls einer einstweiligen Verfügung widerspricht, § 929 Abs. 3 ZPO entsprechend darauf anzuwenden, läßt sich diskutieren; sie hat nach meiner Auffassung keine große praktische Bedeutung. Man könnte, wenn man mit Harland die Notwendigkeit der« Erhaltung des Überraschungselements sehr hoch einschätzt, gegenüber Cohn darauf hinweisen, daß einstweilige Verfügungen auf Zahlungen von Unterhalt — um diesen handelt es sich zumeist — sich in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle als gerechtfertigt herausstellen, daß aber selbst da, wo eine einstweilige Verfügung ganz oder teilweise auf Widerspruch aufgehoben wird, der dem Schuldner durch die vor der Zustellung erfolgte Vollziehung entstandene Schaden in der Regel nur eine Monatsrate oder den Teil einer solchen umfaßt, infolgedessen niemals besonders hoch sein kann und bei Abwägung der beiderseitigen Interessen in Kauf genommen werden muß. Man kann aber auch, und das scheint mir dem Wesen dieses Sonderfalls mehr gerecht zu werden, den Standpunkt vertreten, daß gerade in Fällen dieser Art eine Überraschung des böswilligen Schuldners oft nicht erforderlich sein wird, weil die Vollstreckung meistens im Wege der Forderungspfändung erfolgt und die hier mögliche Pfändungsankündigung nach § 345 ZPO, wie Cohn zutreffend anführt, die Vollstreckung vor der Zustellung ersetzt. Vor allem aber liegt in diesen Fällen die nachträgliche Zustellung auch deshalb nicht unbedingt im Interesse des Gläubigers, weil es erfahrungsgemäß gerade bei vorherigem Erlaß eines Pfändungsbeschlusses sehr oft schwierig ist, die Wochenfrist für die nachträgliche Zustellung der einstweiligen Verfügung einzuhalten, und der Gläubiger daher stets riskiert, daß die einstweilige Verfügung wegen Nichteinhaltung dieser Frist wieder aufgehoben werden muß. Man kann also für den Sonderfall der „Zahlungsverfügung“ Cohn beipflichten, wenn er deren vorherige Zustellung an den Schuldner verlangt.

Unter keinen Umständen aber ist es angängig, wegen dieses Falls, der in der rechtssystematischen Betrachtung gar keine einstweilige Verfügung im ursprünglichen Sinne ist, die gesamte in bezug auf die Vollziehung einstweiliger Verfügungen durch das Gesetz getroffene, bewährte und notwendige Regelung umstoßen zu wollen, wie Cohn es beabsichtigt. Die einstweilige Verfügung kann in den vielfältigsten Formen auftreten, bei denen in der Regel der notwendige Überraschungsfaktor nur durch die vorherige Vollziehung gewährleistet wird. Für den Fall der Eintragung eines Widerspruchs, eines Veräußerungsverbots oder dergleichen im Grundbuch wird das von Cohn selbst zugegeben. Wenn er meint, in diesem Fall sei die vorherige Vollziehung gerechtfertigt, weil die Vollziehung stets durch Ersuchen des die einstweilige

Verfügung erlassenden Gerichts erfolge und damit „eine besonders sorgfältige Prüfung gewährleistet“ werde, so übersieht er die Bestimmung des § 941 ZPO, wonach derartige Eintragungen keineswegs stets auf Ersuchen des Gerichts durchgeführt werden; diese Bestimmung sagt lediglich, daß das Gericht „befugt“ sei, ein Eintragungsersuchen ergehen zu lassen. In der bürgerlichen Praxis wurde das dahin ausgelegt, daß das Gericht dies „nur auf ausdrücklichen Antrag des Gläubigers in Ausnahmefällen tun“ sollte (B'aubach), und m. W. ist es auch heute noch die Regel, daß der Gläubiger selbst die einstweilige Verfügung mit der Bitte um Eintragung der in Frage kommenden Registerbehörde vorlegt.

Es gibt also keinen Grund, eine einstweilige Verfügung dieses Inhalts anders zu beurteilen als die übrigen einstweiligen Verfügungen nach §§ 935, 940 ZPO.

Ein weiterer häufiger Fall der einstweiligen Verfügung ist der Sachverhalt, daß — insbesondere im Laufe eines Herausgabeprozesses — das Gericht wegen der glaubhaft gemachten Gefahr der Vereitelung dieses Individualanspruchs die Anordnung trifft, daß die streitige Sache an einen Gerichtsvollzieher herauszugeben ist. Hier ist die Möglichkeit der Vollziehung der einstweiligen Verfügung vor der Zustellung eine dringende Notwendigkeit, insbesondere wenn sich die Sache an einem dritten Ort (Beispiel: Auto in einer Mietgarage) befindet und daher die Wegnahme nicht gleichzeitig mit der Zustellung vorgenommen werden kann. Das gleiche gilt von dem in § 938 Abs. 2 ZPO ausdrücklich genannten Fall der Anordnung einer Sequestration, wenn diese eine bewegliche Sache betrifft.

Auch in dem vielleicht häufigsten Fall einer einstweiligen Verfügung, dem Fall, daß dem Schuldner eine Handlung oder Unterlassung aufgegeben wird, kann man nicht davon sprechen, daß § 929 Abs. 3 ZPO nicht anwendbar sei. In diesem Fall liegt nämlich die Vollziehung der einstweiligen Verfügung gerade in der Mitteilung des Gebots oder Verbots an den Schuldner, d. h. die Vollziehung fällt begrifflich mit der Zustellung zusammen. Man könnte hier höchstens davon sprechen, daß infolge dieses Zusammenfallens § 929 Abs. 3 ZPO gegenstandslos wird, aber nicht von seiner Unanwendbarkeit.

Wenn Cohn seine These von der Unzulässigkeit der vorherigen Vollziehung deshalb auf alle einstweiligen Verfügungen erstrecken will, weil eine nur auf gewisse Fälle beschränkte Anwendung des § 929 Abs. 3 ZPO auf einstweilige Verfügungen bedeuten würde, die Prüfung, ob es sich um eine nur vorläufige Sicherungsmaßnahme handelt oder nicht, unzulässigerweise in die Hand der Vollstreckungsorgane zu legen, so entfällt dieses Bedenken sofort, wenn man die Nichtanwendung des § 929 Abs. 3 ZPO auf den Fall der „Zahlungsverfügung“ beschränkt. Eine solche einstweilige Verfügung, bei welcher der beigetriebene Betrag einem Gläubiger auszuführen ist, von jeder anderen Art der einstweiligen Verfügung mit Leichtigkeit zu unterscheiden, ist jedes Vollstreckungsorgan in der Lage.

Im Ergebnis ist also Harland dahin beizupflichten, daß der beanstandete Leitsatz zu allgemein formuliert ist und daß er auf den Fall der „Zahlungsverfügung“ hätte beschränkt werden müssen. Allerdings hätte eine solche allgemeine Formulierung auf die Entscheidung, um die es ging und in der es sich gar nicht um eine „Zahlungsverfügung“ handelte, nicht gepaßt. Hier hatte die einstweilige Verfügung das Gebot einer Unterlassung zum Gegenstand, einen Fall also, in dem die Vollziehung der einstweiligen Verfügung (die hier eben durch die Zustellung bewirkt wird — vgl. oben) und die Vollstreckung der durch späteren Beschluß festgesetzten Strafe auseinanderfallen. Unter Zusammenfassung beider Teile des Leitsatzes 1 hätte also eine genaue Fassung wie folgt lauten müssen:

„Wird dem Verfügungsbeklagten durch einstweilige Verfügung zur Vermeidung einer Strafe eine Handlung oder Unterlassung aufgegeben, so kann die Festsetzung und Vollstreckung der angedrohten Strafe nur erfolgen, wenn die einstweilige Verfügung durch Zustellung vollzogen worden ist und der Verfügungsbeklagte danach der Verfügung zuwidergehandelt hat.“