

Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes

im zivil-, verfassungs- und
verwaltungsgerichtlichen Verfahren

von

DR. DIETER LEIPOLD

o. Professor an der Universität Erlangen



C. H. BECK'SCHE VERLAGSBUCHHANDLUNG
MÜNCHEN MCMLXXI

Inhaltsverzeichnis

<i>Abkürzungsverzeichnis</i>	XIII
§ 1 Einführung	1
I. Zur Entwicklung des vorläufigen Rechtsschutzes	1
II. Das zahlenmäßige Verhältnis der zivilprozessualen Arrest- und Verfügungsverfahren zu den gewöhnlichen Prozessen	4
1. Zum Darstellungsverfahren	4
2. Die Entwicklung von 1894 bis 1939 (graphische Darstellungen I und II)	7
3. Die Entwicklung von 1948 bis 1967 (graphische Darstellung III)	8
4. Die Entwicklung bei den Kammern für Handelssachen im Vergleich mit den Zivilkammern (graphische Darstellungen II und III)	9
III. Die Gefahr einer Verdrängung des ordentlichen zivilprozessualen Rechtsschutzes und das Problem der Prüfungsvorwegnahme	10
§ 2 Die übliche Vorwegnahme der Hauptsacheprüfung im Zivilprozeß	17
I. Das Bestehen des Hauptsacherechts als Voraussetzung einer Eilmaßnahme	17
II. Das Verfahren über die einstweilige Maßnahme als Erkenntnisverfahren	18
III. Die Vorwegnahme der rechtlichen Prüfung	20
IV. Die Vorwegnahme der tatsächlichen Prüfung	22
V. Ansätze für einstweilige Verfügungen ohne Hauptsacheprognose	23
1. Einige Äußerungen in Rechtsprechung und Literatur	23
2. Die These Baur vom ausnahmsweisen Verzicht auf die materiellrechtliche Prüfung	26
3. Gegenstimmen zu den Ausführungen Baur	26
§ 3 Die Ablehnung der Vorausprüfung im verfassungsgerichtlichen Verfahren	28
I. Vorausprüfungsverbot statt Vorausprüfungspflicht	28
II. Die Rechtsprechung des Staatsgerichtshofs für das Deutsche Reich und des Bayerischen Staatsgerichtshofs	29

III. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	30
1. Ablehnung einer Vorausprüfung	30
2. Die Grenzen des Vorausprüfungsverbots	32
3. Die Interessenabwägung als Fundament der einstweiligen Anordnung	33
IV. Kritische Äußerungen zur Rechtsprechung des BVerfG	36
<i>§ 4 Die bisherigen Ansichten zur Vorausprüfung beim einstweiligen Rechtsschutz in Verwaltungssachen</i>	<i>38</i>
I. Aufschiebende Wirkung und einstweilige Anordnung als Formen des einstweiligen Rechtsschutzes	38
II. Die Hauptsacheprüfung im Aussetzungsverfahren	42
1. Allgemeines	42
2. Interessenabwägung	42
3. Berücksichtigung offensichtlicher Unbegründetheit oder Begründetheit	43
4. Weitergehende Berücksichtigung der Erfolgsaussichten	43
5. Rückwirkung auf die Begründung der sofortigen Vollziehbarkeit	44
6. Die Sondervorschrift für die Anforderung von Abgaben und Kosten	45
7. Verallgemeinerung dieser Vorschrift	46
III. Das Vorausprüfungsproblem bei den einstweiligen Anordnungen	46
1. Überblick	46
2. Übernahme der Grundsätze des Aussetzungsverfahrens	47
3. Glaubhaftmachung des Hauptsacheanspruchs	48
4. Stufenweises Vorgehen	50
IV. Gesamtbewertung	51
<i>§ 5 Einstweiliger Rechtsschutz und materielle Rechtslage – mögliche Antworten</i>	<i>52</i>
I. Vorausprüfende und offenlassende (interessenabwägende) Interimsentscheidungen als mögliche Grundtypen	52
1. Die Grundtypen	52
2. Die vorausprüfende Eilentscheidung	52
3. Die offene Eilentscheidung	53

II. Zum Problem eines materiellen Zwischenrechts	54
1. Der Sinn der Fragestellung	54
2. Vorläufige Stillhaltepflichten	55
3. Vorläufige Leistungspflichten	57
4. Materielle Sonderformen	58
III. Zum weiteren Gang der Untersuchung	61
§ 6 Die mehrdeutige Antwort der ZPO	62
I. Der Arrest	62
1. Der Wortlaut der Arresttatbestände	62
2. Vorausprüfender Grundzug als Konsequenz der geschichtlichen Entwicklung	62
3. Problematik einer Beschränkung der Glaubhaftmachung auf die tatsächliche Seite	64
4. Zu den inhaltlichen Anforderungen des Begriffs Glaubhaftmachung	66
5. § 921 Abs. 2 ZPO als Anhaltspunkt für offene Arrestentscheidungen	69
II. Die einstweilige Verfügung	70
1. Gleiche Bedenken gegen eine nur akzessorische Betrachtungsweise wie beim Arrest	70
2. Zusätzliche Zweifel aus dem Wortlaut des § 940 ZPO	71
3. Zur geschichtlichen Entwicklung	72
4. Das référé-Verfahren des französischen Rechts	76
III. Zusammenfassung	82
§ 7 Zweispuriger einstweiliger Rechtsschutz im Zivilprozeß	83
I. Die Zulässigkeit offener und akzessorischer Eilentscheidungen	83
1. Der Zweck des einstweiligen Rechtsschutzes im Zivilprozeß	83
2. Die prozessuale Situation und das Interesse des Antragsgegners	86
3. Prozeßpolitische Erwägungen	91
4. Anerkennung beider Begründungsmöglichkeiten	93
5. Präzisierung der Voraussetzungen beider Begründungsformen	94
a) Die offene Verfügung	94
b) Die materiell-akzessorische Verfügung	96

II. Der Anwendungsbereich der beiden Grundformen	99
1. Zur Fragestellung	99
2. Anwendbarkeit beider Begründungsformen bei allen gesetzlichen Anordnungsstatbeständen	100
3. Das Verhältnis der Begründungsformen zu den nach der abzuwehrenden Gefahr unterschiedenen Verfügungsarten	105
a) Gruppierungsvorschlag: Sicherungs-, Abwehr- und Angriffsverfügungen	105
b) Anwendbarkeit beider Begründungsformen bei diesen Verfügungsarten	115
aa) Beide Begründungsformen bei Arrest, Sicherungs- und Abwehrverfügungen	115
bb) Beide Begründungsformen bei den Angriffsverfügungen (zugleich Bemerkungen zu deren Grenzen)	117
4. Das Verhältnis der beiden Entscheidungsformen zueinander (Zweispurigkeit)	128
§ 8 Sonderformen des einstweiligen Rechtsschutzes im Zivilverfahren	130
I. Die einstweilige Verfügung in Wettbewerbssachen nach § 25 UWG	130
1. Denkbare Wesensunterschied zu den sonstigen einstweiligen Verfügungen	130
2. Die übliche Interpretation des § 25 UWG	131
3. Bedenken gegen die Handhabung der Vorschrift	131
a) Vernachlässigung des Interesses des Gegners	132
b) Oberflächliche Rechtsprüfung oder Minderung der Effektivität des einstweiligen Rechtsschutzes	133
c) Verzicht auf grundlegende Richtigkeitsgarantien	134
d) Nicht gerechtfertigte Sonderbehandlung der Unterlassungsansprüche aus dem UWG	135
4. Überprüfung der Auslegung des § 25 UWG	136
5. Anerkennung der materiell-akzessorischen und der offenen Begründungsform	138
6. Bewährung dieses Konzepts bei der Problematik des Aussetzungszwangs nach § 96 GWB und nach Art. 177 EWGV	139
II. Die einstweiligen Anordnungen im Eheprozeß	145
1. Unklarheit über die Bindung an das materielle Recht	145
2. Tendenz zur Vermeidung der Vorausprüfung	146
3. Möglicher Sondercharakter der einstweiligen Anordnungen nach § 627 ZPO	147
4. Prüfung der Rechtsnatur bei den verschiedenen Anordnungsinhalten	149
a) Die Gestattung des Getrenntlebens	150
b) Die Regelung der gegenseitigen Unterhaltspflicht der Ehegatten	152
c) Die Regelung der Unterhaltspflicht gegenüber den Kindern	155

d) Die Regelung der Prozeßkostenvorschußpflicht	156
e) Die Anordnungen wegen der Sorge für die Person der gemeinschaftlichen minderjährigen Kinder	159
f) Die Regelung der Benutzung der Ehewohnung oder des Hausrats	161
5. Die Bedeutung ausländischen Sachrechts	164
III. Die einstweilige Unterhaltsanordnung zugunsten des nichtehelichen Kindes (§ 641 d ZPO)	168
1. Allgemeines	168
2. Keine Befreiung vom materiellen Recht	168
3. Offene einstweilige Anordnung	169
4. Unzweifelhafte Sach- und Rechtslage	170
5. Einstweilige Anordnung statt vorläufiger Vollstreckbarkeit	171
6. Einstweilige Anordnung bei Aussetzung nach § 640 f ZPO	172
§ 9 Die Rolle der Hauptsacheprüfung im verfassungsgerichtlichen Eilverfahren	175
I. Vergleich des für den Zivilprozeß entwickelten Konzepts mit der Rechtsprechung des BVerfG	175
II. Das Fehlen einer gesetzlichen Antwort auf die Vorausprüfungsfrage	175
III. Der Zweck des einstweiligen Rechtsschutzes, einige Besonderheiten der gesetzlichen Regelung sowie des Verfahrensgegenstandes und die Zulässigkeit der offenen Entscheidungsform	176
1. Der Zweck des einstweiligen Rechtsschutzes	176
2. Besonderheiten des einstweiligen Rechtsschutzes im Verfassungsprozeß	177
IV. Die Möglichkeit des Hauptsacheerfolgs als Voraussetzung einer einstweiligen Anordnung	179
1. Notwendigkeit einer kursorischen Vorausprüfung	179
2. Intensität der Prüfung	180
V. Die Zulässigkeit akzessorischer einstweiliger Anordnungen	183
1. Bei eindeutiger Verfassungswidrigkeit	183
2. Einstweilige Anordnungen zur Überbrückung des Zeitraums bis zur Abfassung der Hauptsacheentscheidung	184
VI. Zweispurigkeit, Verhältnis der Begründungsmöglichkeiten zu den zulässigen Maßnahmen	186

<i>§ 10 Interessenabwägung und Hauptsacheprüfung beim einstweiligen Rechtsschutz in Verwaltungssachen</i>	187
I. Die Probleme im Rahmen des § 80 VwGO	187
1. Der Rechtsfolgenmechanismus des § 80 VwGO	187
2. Die Interessenabwägung als gesetzliche Voraussetzung der Zwischenregelung	187
a) In den Fällen des automatischen Suspensiveffekts	188
b) In den Fällen sofortiger Vollziehbarkeit kraft Gesetzes	189
3. Zur Methode der Interessenabwägung	190
4. Zusätzliche Bedenken gegen eine notwendige Vorausbeurteilung der Hauptsache	191
5. Notwendigkeit einer Anprüfung der Hauptsachefrage	192
a) In den Fällen des automatischen Suspensiveffekts	192
b) In den Fällen sofortiger Vollziehbarkeit kraft Gesetzes	193
6. Zulässigkeit materiell-akzessorischer Interimsanordnungen	193
7. Anwendungsfälle: unzweifelhaft fehlende Erlaubnis, unzweifelhaft unanfechtbarer Verwaltungsakt	195
8. Übersicht	197
9. Die Sonderregelung für die Anforderung von Abgaben und Kosten	198
II. Interessenabwägung und Hauptsacheprüfung bei den einstweiligen Anordnungen (§ 123 VwGO)	207
1. Wegfall einiger aus dem Zivilprozeß entlehnter Argumente	207
2. Verwandtschaft mit § 80 VwGO als zusätzliches Argument für die Zulässigkeit offener Entscheidungen	207
3. Verhältnis der Begründungsformen zu den Eilanordnungen	210
a) Zulässige Maßnahmen	210
b) Anwendbarkeit beider Begründungsformen	216
4. Voraussetzungen einer einstweiligen Anordnung bei Ermessens- oder Beurteilungsspielraum der Behörde	218
 <i>§ 11 Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse</i>	 223
<i>Anhang (Zahlenmaterial)</i>	226
<i>Literaturverzeichnis</i>	233
<i>Sachverzeichnis</i>	247