

„Die **Einstweiligen Verfügungen** gehören zu jenen Capiteln, wo die größte Sparsamkeit mit gesetzlichen Vorschriften die größte Weisheit ist“ (Bum, JBl 1898, 602).

„Die **Abwehr der Chicane** lässt sich von diesem Punkte aus (durch ein entsprechend ausgestaltetes eV-System) vielleicht erfolgreicher ins Werk setzen, als durch irgend welche rein proceßrechtliche Vorkehrungen“ (RV zur EO, Materialien I 467 und 590).

# 1. Kapitel

## Einleitung

### Übersicht

	Rz
I. Hintergrund . . . . .	1.1
II. Rechtslage . . . . .	1.5
III. Grundsätze . . . . .	1.6
A. Art des Verfahrens . . . . .	1.6
B. Anwendungsbereich . . . . .	1.8
C. Regelungsort . . . . .	1.9
IV. Bedeutung der eV . . . . .	1.10
V. Literatur . . . . .	1.13

### I. Hintergrund

**Selbsthilfe** ist in einer geordneten Gesellschaft unerwünscht (§ 19 ABGB). Sie ist nur **1.1** dann zulässig, wenn richterliche Hilfe zu spät käme; für diesen Fall ist es erlaubt, „Gewalt mit angemessener Gewalt abzutreiben“ (vgl § 344 ABGB). Die zeitliche (und inhaltliche) Effizienz des staatlichen Rechtsschutzes bestimmt sohin die Grenze erlaubter Selbsthilfe; nur soweit der Staat effizienten Rechtsschutz zur Verfügung stellt, ist eine Einschränkung der Selbsthilfe gerechtfertigt.<sup>1</sup> Da auch dort, wo – wie in Österreich – die Rechtspflege funktioniert, gerichtliche Hilfe **im ordentlichen Verfahren** zu spät kommen kann,<sup>2</sup> bilden die eV ein wichtiges Bindeglied (Überbrückungsaufgabe des einstweiligen Rechtsschutzes<sup>3</sup>); der **vorläufige Rechtsschutz** und die in dessen Rahmen vorgesehenen „Ansprüche“ auf eV verlegen die Grenze erlaubter Selbsthilfe deutlich zurück.<sup>4</sup>

1 Sprung, Konkurrenz 21 FN 2; grundlegend zum Selbsthilferecht bereits Kahane, Das Selbsthilferecht, ZBl 1890, 282 ff, 473 ff, 478 ff, 590 ff, 677 ff.

2 Siehe dazu die grundsätzlichen Ausführungen bei König/Praxmarer 1ff. – Zum Einfluss langer Verfahrensdauer auf das Selbsthilferecht überblicksartig Piskernigg, Die Selbsthilferegelung des ABGB (1999) 238 ff.

3 Klinger, Vorabentscheidungersuchen 182.

4 Zutreffend – zu den „Abschleppfällen“ – Legerer, ÖJZ 1998, 607 ff und grundlegend Messner, JBl 2020, 211 ff; generell Reischauer in Rummel/Lukas<sup>4</sup> § 19 ABGB Rz 38 (führt eine eV zum Ziel, besteht kein Selbsthilferecht); G. Kodek, Besitzstörung 532 ff; G. Kodek in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang<sup>3</sup> § 344 ABGB Rz 26, 35; Meissel in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang<sup>3</sup> § 19 ABGB Rz 20. – Dass im UWG auch einstweiliger Rechtsschutz zu spät kommen kann, zeigt OGH SZ 67/35.

- 1.2** Die Prozessrechtsentwicklung zeigt, dass das Bedürfnis nach effizienterem Rechtsschutz zunächst auf zweierlei Weise gestillt werden sollte: Einerseits suchte ein Strauß von **Sonderverfahren**, denen allesamt (auch) das Streben nach im Vergleich zum „ordentlichen“ Verfahren rascherem Rechtsschutz zugrunde lag, abzuhelfen. Andererseits bediente man sich des Instrumentariums des **vorläufigen Rechtsschutzes**.<sup>5</sup>

Dieser ist dadurch gekennzeichnet, dass – im Gegensatz zu den erwähnten (summarischen) Sonderverfahren – der in diesem Rahmen erreichte Rechtsschutz in einem ordentlichen Verfahren „gerechtfertigt“ werden muss und daher (nur) „Rechtsgewährung vor (grundsätzlich obligatorischer) Rechtsbewährung“<sup>6</sup> bietet. Eine der Ausdrucksformen dieser Art des Rechtsschutzes sind die hier zu behandelnden eV.

- 1.3** Auch der österreichische Gesetzgeber nahm vor der *Klein'schen* Verfahrensreform 1895/98 beide Remedien in Anspruch.

In zahlreichen Materien ersetzten „Hausprozessordnungen“ das Regelverfahren der AGO 1781 und der WestgalGO 1796.<sup>7</sup> Zusätzlich enthielten die Verfahrensgesetze Normen über einschlägige Verfahrensinstitute des vorläufigen Rechtsschutzes.<sup>8</sup> So sahen AGO und WestgalGO den „Arrest“ (Haftnahme des Schuldners: §§ 275ff AGO; §§ 366ff WestgalGO) bei Fluchtgefahr, das „Verbot auf fahrende Güter“ (Drittverbot hinsichtlich beweglicher Sachen in Gewahrsame eines Dritten: §§ 283ff AGO; §§ 374ff WestgalGO) bei „Abgang anderer hinlänglicher Zahlungsmittel“ sowie die „Sequestrazion und andere mittlerweilige Vorkehrungen“ (etwa Verwahrung von streitbefangenen Sachen oder von „Gerechtsamen“ bei einem Verwahrer oder bei Gericht: §§ 292ff AGO; §§ 387ff WestgalGO) bei ungeklärtem Besitzstand oder bei Gefahr, „dass der Beklagte solche . . . veräußern, verderben oder Schaden nehmen lassen dürfte“, vor; daneben erfüllten provisorische Anordnungen etwa in personenrechtlichen Angelegenheiten (§§ 107, 117 ABGB), im Besitzstörungsverfahren (§§ 9, 10 der V vom 27. 10. 1849 RGBI 1849/12), in Bestandstreitigkeiten (§ 14 der V vom 16. 11. 1858 RGBI 1858/213), die Pränotation<sup>9</sup> und Streitanmerkungen nach dem GBG ähnliche Zwecke.

5 Rechtshistorisch grundlegend *Wach*, Arrestprocess; *Kisch*, Arrestprozeß, und *Kußmaul*, Vorgeschichte; siehe auch *Kahane*, ZBl 1890, 681ff; *Kraß*, Arrestverfahren; *König* in FS Sprung 233ff. – Zu den verschiedenen Instrumenten und der vorläufigen Vollstreckbarkeit im Besonderen *König/Praxmarer* passim.

6 Vgl die einprägsame Formulierung bei *Gaul*, FamRZ 1958, 157 (158): Hier kommt es zur „Rechtsgewährung vor Rechtsbewährung“ (wörtlich: „. . . man ‚gewährt Recht‘, bevor es sich im Prozeß als solches bewährt hat.“).

7 Etwa HfD 23. 8. 1819 JGS 1595 über das Eheverfahren; JhFD 24. 10. 1845 JGS 906 über das summarische Verfahren; V 27. 10. 1849 RGBI 1849/12 und 13 über das Besitzstörungsverfahren; V 25. 1. 1850 RGBI 1850/52 über das Wechselverfahren; V 21. 5. 1855 RGBI 1855/95 über den Urkundenprozeß; V 16. 11. 1858 RGBI 1858/213 über das Bestandverfahren; Gesetz 27. 4. 1873 RGBI 1873/67 über das Mahnverfahren; Gesetz 27. 4. 1873 RGBI 1873/66 über das Verfahren in geringfügigen Rechtssachen (Bagatellverfahren).

8 *Menger*, System I 78ff, 311ff; *Canstein*, Lehrbuch II 751ff; *Ullmann*, Civilprozeßrecht<sup>3</sup> 487ff; *Loschelder*, Die österreichische Allgemeine Gerichtsordnung von 1781 (1978) 179ff.

9 Von manchen zeitgenössischen Autoren wurde die Pränotation „in die Reihe der provisorischen oder mittlerweiligen Vorkehrungen (wie des provisorischen Arrestes, Verbotes, der Sequestration) gestellt“: siehe *Helm*, Von dem Rechte auf Sicherstellung, insbesondere durch Pränotation, HaimerlsVJS I (1858) 272; *Winiwarter*, Von der Pränotation, als einer im Gesetze gegründeten mittlerweiligen Vorkehrung, WagnersZ 1832/I 99ff; *Exner*, Das Institut der Pfandrechts-Pränotation in Österreich (1868) 14ff, 29 FN 52; *Johanny*, Geschichte und Reform der österreichischen Pfandrechts-Pränotation (1870) 10ff, 165ff, 201ff.

Die Zivilverfahrensreform 1895/98 hat die unübersichtlichen Wucherungen der Sonderverfahrensregelungen weitgehend beseitigt.<sup>10</sup> Gleichzeitig wurde aber auch die Rechtsmaterie der eV einer „vollständigen Neubearbeitung“ unterzogen, weil sie bisher „im Ge setze an enge, eigenartig gestaltete und begrenzte, feste Tatbestände geknüpft ist, unter deren Schema sich gar häufig Verhältnisse des Rechtslebens nicht bringen lassen, welche ein berechtigtes Sicherungsverlangen begründen“.<sup>11</sup>

1.4

Der in der RV zur EO vorgeschlagene Wortlaut der Anlassfälle, der dieser gesetzgeberischen Absicht Rechnung tragen sollte, erfuhr in der parlamentarischen Behandlung erhebliche Änderungen.<sup>12</sup> Insb wurde eine von der RV vorgesehene dritte, selbständige Kategorie von eV jedenfalls äußerlich in ein unpassendes Korsett gezwängt, was bis heute die Auslegung erschwert und Anlass zu zahlreichen Zweifelsfällen gibt.<sup>13</sup>

Daneben behielt der Gesetzgeber auch ein anderes Instrument des einstweiligen Rechtsschutzes, nämlich die **Exekution zur Sicherstellung** (§§ 370ff EO),<sup>14</sup> bei. Dagegen fand damals das heute modernere Werkzeug einstweiligen Rechtsschutzes, die **vorläufige Wirksamkeit/vorläufige Vollstreckbarkeit/mangelnde Suspensivwirkung von Rechtsmitteln**, nur bei Rekursen (§ 524 ZPO) und bei Revisionen gegen konforme Urteile (§ 505 Abs 3 letzter Satz ZPO idF 1895)<sup>15</sup> Aufnahme. Diesbezüglich ist freilich, wie § 549 Abs 4 ZPO<sup>16</sup> zeigt, die Entwicklung noch im Gange.<sup>17</sup>

Erst in jüngerer Zeit wird in Österreich wieder darüber diskutiert, ob nicht dem ordentlichen Erkenntnisverfahren ein **summarisches Verfahren** (mit verminderten Rechtsschutzgarantien und „technischen“ Mitteln zur Verfahrensbeschleunigung), dessen Ergebnis im ordentlichen Verfahren **nicht überprüft** wird,<sup>18</sup> zur Seite gestellt werden sollte.<sup>19</sup>

1.4/1

10 *Materialien I* 196.

11 *Materialien I* 467.

12 Siehe *Materialien II* 62ff; 646; hiezu bereits *Bum*, *JBl* 1898, 602ff, 613ff, und ausführlich *Hagen*, *JBl* 1971, 338f, und *Konecny*, Anwendungsbereich 53ff.

13 Beispielhaft *Hagen*, *JBl* 1971, 337ff; *Kininger*, *BeitrZPR II* 61ff; *Kininger*, *Verfügungen* 1ff, einerseits und *Konecny*, *ÖBA* 1988, 1187f FN 26; *Konecny*, Anwendungsbereich 53ff; *Zechner* 75ff, andererseits.

14 Hiezu *Schimik*, *Exekution zur Sicherstellung* *passim*; *Zechner* 1ff; *König* in *FS Rechberger* 317ff; *König/Praxmarer* 10ff, 193ff.

15 Zur weiteren Entwicklung dieser Norm *König*, Konformität, Aktenwidrigkeit und offensichtliche Gesetzwidrigkeit im zivilgerichtlichen Verfahren (1975) 39ff; *König/Praxmarer* 32.

16 *IdF HiNBG BGBI I* 2020/148.

17 Siehe dazu *König* in *FS Rechberger* 317ff; *G. Kodek*, *JB Zivilverfahrensrecht* 2010, 174f; *König/Praxmarer* *passim*.

18 Das Verfahren zur Erlangung von Schadenersatz wegen ungerechtfertigter eV (§ 394 EO) ist ein derartiges Verfahren (siehe hiezu Rz 5.61ff); vgl auch § 549 ZPO idF des HiNBG (Unterlassungsauftrag bei erheblicher Verletzung von Persönlichkeitsrechten in einem elektronischen Kommunikationsnetz).

19 *Zackl*, *Einstweiligen Rechtsschutz* Rz 113; *Zackl*, *ÖJZ* 2005, 21; *Konecny* in *FS Leipold* 652; *Konecny*, *JB Zivilverfahrensrecht* 2009, 115; *Konecny* in *Rechberger* (Hrsg), *Entwicklung* 34; *Konecny* in *Marinelli/Bajons/Böhm* (Hrsg), *Aktualität* 275, 282; *G. Kodek*, *Reformbedarf im Besitzrecht*, in *ABGB* 2011, 199f; *G. Kodek*, *Pro futuro – Wege zu einer effizienteren Gestaltung des Zivilprozesses*, in *Benn-Ibler/Lewisich* (Hrsg), *Ökonomie des Verfahrensrechts* (2020) 95 (99f, 102f).

„Befeuert“ wird diese Diskussion einerseits durch die Beobachtung entsprechender Entwicklungen im europäischen Umfeld,<sup>20</sup> die freilich idR einem (vor allem in Bezug auf die Verfahrensdauer) unzulänglichen ordentlichen Verfahren zuzuschreiben sind. Andererseits unterstützt auch die Tatsache, dass die österreichische Regelung der eV erhebliche Mängel in Aufbau und Wortlaut aufweist, die unterschiedlichste Auslegungsvarianten zu lassen, diesen Trend. Schließlich wird darauf verwiesen,<sup>21</sup> dass auch der österreichische Gesetzgeber in jüngerer Zeit offenbar immer wieder Bedarf an „rechtfertigungslosen“ eV, also an einem summarischen Rechtsschutz ohne Rechtfertigung in einem ordentlichen Verfahren, gesehen hat.<sup>22</sup>

Im Vergleich dazu sieht die dZPO (§§ 926, 936) generell vor, dass eine „Klagsfrist“ nur auf Antrag zu setzen ist und koppelt die italZPO (Art 669octies Abs 6) in wichtigen Bereichen den einstweiligen Rechtsschutz von einem Hauptverfahren überhaupt ab. Auch im Référé-Verfahren sind die Parteien nicht dazu verpflichtet, ein Hauptsacheverfahren anhängig zu machen.<sup>23</sup>

**1.4/2** Zweifellos weist die derzeitige Regelung der eV erhebliche Effizienzdefizite auf, die sich insb im (immer noch) beschränkten Katalog gerichtlicher Anordnungsmöglichkeiten (im Bereich der eV zur Sicherung von Geldforderungen),<sup>24</sup> in der unzeitgemäßen Beschränkung des periculum in mora bei Sicherungsverfügungen zugunsten von Geldforderungen auf „subjektive Gefahr“,<sup>25</sup> im Mangel an dinglicher Wirkkraft der eV<sup>26</sup> und in den vom Gesetz offen gelassenen Fragen, ob eV zu unwiederbringlichen Eingriffen in die Rechte des Gegners der gefährdeten Partei führen dürfen<sup>27</sup> und welches Schicksal ein aufgrund einer eV bewilligtes Exekutionsverfahren nach „positiver Rechtfertigung“ erfährt<sup>28</sup>, manifestieren.

20 Etwa das Référé-Verfahren in Frankreich (hiezu etwa Weber, Référé-Verfahren, in Neue Methoden 143ff; Weber, Verdrängung des Hauptsacheverfahrens, insb 59ff; Zhou, Einstweiliger Rechtsschutz in China und im europäischen Justizraum [2008] 93ff, und die – insb unter dem Aspekt der Diskussion um *legal transplants* – immer noch lesenswerte Stellungnahme von Klein, Die Aufnahme des Référé in das ungarische Prozessrecht [1911], abgedruckt in J. Friedlaender/O. Friedlaender [Hrsg], Franz Klein, Reden, Vorträge, Aufsätze, Briefe I [1927] 139ff) oder das Kort Geding in den Niederlanden (hiezu Blankenburg, Kort Geding, in Neue Methoden 125ff). – Allgemein zur Entwicklung Gaul in FG Vollkommer 61ff; Stürner, Der deutsche Prozessrechtslehrer am Ende des 20. Jahrhunderts, FS Lüke (1997) 829, 839 (Reaktion auf „ein etwas überzüchtes Regelmodell“).

21 Konecny in FS Leipold 639; Konecny, JB Zivilverfahrensrecht 2009, 113; G. Kodek, Reformbedarf im Besitzrecht, in ABGB 2011, 192.

22 Siehe §§ 382b, 382c und 382d EO.

23 Mossler, Beschleunigter Rechtsschutz für Zahlungsgläubiger in Europa (2004) 148.

24 Verbesserung durch EO-Nov 2000, BGBl I 2000/59. – Anders als das österreichische Vorbild sieht die liechtEO (§ 275) hier einen **offenen Katalog** vor (Benda, Einstweilige Verfügungen im liechtensteinischen Recht 71, 82f).

25 Siehe Rz 3.7ff.

26 Siehe dagegen die **dingliche Wirkung** beim Arrest (§§ 930ff dZPO; hiezu OGH JBl 2010, 193 [König]) und bei der Geld-eV nach § 275 liechtEO; hiezu König/Praxmarer 223f mwN; Benda, Einstweilige Verfügungen im liechtensteinischen Recht 70ff.

27 Hiezu König in FS Griss 389ff; König in Marinelli/Bajons/Böhm (Hrsg), Aktualität 245ff; und Rz 3.86.

28 Siehe dazu unten Rz 8.10, 8.26.

Trotz dieser – legistisch ohne großen Aufwand sanierbaren<sup>29</sup> – Mängel ist die Einführung spezieller summarischer Verfahren nicht zu befürworten. Abgesehen von den verfassungsrechtlichen Bedenken, die darin bestehen, dass der mit diesen Verfahren notwendig verbundene verminderte Rechtsschutz als **Ersatz des ordentlichen Rechtsschutzes zwangsläufig** in Kauf genommen werden müsste,<sup>30</sup> würde eine solche „schlampige“ Verfahrensalternative das Bestreben von Gesetzgebung, Gerichtsbarkeit und Verwaltung konterkarieren, das ordentliche Verfahren zügig abwickelbar zu machen und tatsächlich rasch abzuwickeln. Schließlich wären solche Verfahren ohnehin kein Ersatz für das eV-Verfahren.<sup>31</sup>

## II. Rechtslage

Die geltende EO fasst die hier zu behandelnden Bestimmungen des vorläufigen Rechtsschutzes unter dem einheitlichen Begriff „**Einstweilige Verfügungen**“ zusammen (Titelüberschrift vor §§ 378 ff). Sie übernimmt damit nicht die Trennung in „Arrest“ (eV wegen Geldforderungen oder Ansprüchen, die in Geldforderungen übergehen können, §§ 916 ff dZPO) und „einstweilige Verfügungen“ (eV wegen anderer Ansprüche und Regelungsverfügungen, §§ 935 ff dZPO) der dZPO. Über diesen terminologischen Unterschied hinaus fällt auf, dass die verwandten bundesdeutschen Normen auch inhaltlich wesentlich von jenen der EO abweichen.

Hinzuweisen ist beispielhaft auf die wesentlich höhere Wirkkraft (siehe auch Rz 2.48/1) der dortigen Anordnungen – sie führen uU zu einem Pfandrecht (§§ 930, 936 dZPO), während die EO lediglich eine „tatsächliche“ Sicherung<sup>32</sup> schafft –, auf die dortige feste gesetzliche Verankerung der sog Regelungsverfügung (§ 940 dZPO), auf die dortige vom Antrag des Gegners abhängige Rechtfertigungspflicht (§§ 926, 936 dZPO; siehe dagegen § 391 Abs 2 EO), auf die dort nur im Klagsweg durchsetzbaren Schadenersatzansprüche des Gegners der gefährdeten Partei (§ 945 dZPO; siehe dagegen § 394 EO), auf die uU erforderliche urteilmäßige Erledigung der entsprechenden

29 Bei Ausstattung der Geld-eV mit dinglicher Wirkkraft könnte gleichzeitig das unzeitgemäße Instrument der Exekution zur Sicherstellung beseitigt werden (siehe König in FS Rechberger 317 ff; König/Praxmarer 223 ff).

30 Hiezu Böhm in FG Machacek/Matscher 732 ff, und – umfassend – Praxmarer, Rückführbarkeit 217 ff, die zu Recht (452) von einem (verfassungsrechtlichen) Drahtseilakt spricht. – Ein aus verfassungsrechtlichen Gründen **bloß wahlweise** zur Verfügung gestelltes summarisches Verfahren müsste vor Entstehen eines konkreten Rechtsstreits vereinbart werden können, sonst bliebe es – ebenso wie die Prorogation für einen „bestimmten Rechtsstreit“ (§ 104 Abs 2 JN) – totes Recht.

31 Siehe nur die Entwicklung vom possessorium ordinarium zum possessorium summarissimum und summarissimum (König, JBl 1972, 281 f; G. Kodek, Besitzstörung 59 ff).

32 HM, etwa OGH NZ 1981, 14 f; 3 Ob 203/02 b; 3 Ob 255/03 a. Siehe auch § 379 Abs 4 EO. Ebenso die vorangegangene Rechtslage: Ullmann, Civilprozeßrecht<sup>3</sup> 487. – Ob daher unter diesem Aspekt die Statuierung der Unwirksamkeit einer „Verfügung, die im Wege . . . der einstweiligen Verfügung erfolgt“ (§ 156 Abs 1 VersVG), im österreichischen Recht überhaupt erforderlich ist, ist zumindest zweifelhaft.

Anträge (§§ 922, 936 dZPO) und auf die grundsätzliche Unerreichbarkeit des BGH<sup>33</sup> (siehe § 542 Abs 2 Satz 2, § 574 Abs 1 Satz 2 dZPO).<sup>34</sup>

- 1.5/1** Zu den vorübergehenden COVID-19 Maßnahmen, soweit sie einstweilige Verfügungen betreffen, siehe *Garber/Neumayr*, Zivilverfahren in der Krise: COVID-19 und die Auswirkungen auf zivilgerichtliche Verfahren, in *Resch, Corona-HB*<sup>1,06</sup> Kap 13 (Stand 1. 7. 2021, rdb.at).

### III. Grundsätze

#### A. Art des Verfahrens

- 1.6** Beim Verfahren zur Erlassung einer eV handelt es sich um ein **summarisches<sup>35</sup>** und **regelmäßig der Rechtfertigung** in einem „ordentlichen“ Verfahren **bedürftiges Erkenntnisverfahren**,<sup>36</sup> das sich mit der Bescheinigung (§ 274 ZPO) der Verfahrensgrundlagen begnügt. Dieses Verfahren dient zur Durchsetzung eines **prozessualen** (Verfügungs-)**Anspruchs**,<sup>37</sup> der vorläufig Rechtsverfolgung und Rechtsverwirklichung schützen soll. Er folgt **im Regelfall** aus zwei Tatbestandselementen: einerseits aus einem materiellrechtlichen (Haupt-)Anspruch, der uU mit einer bestimmten Rechtslage verbunden ist, und andererseits aus der Gefährdung dieses Anspruchs oder dieser Rechtslage.<sup>38</sup>
- 1.7** Von diesem prozessualen Verfügungsanspruch sind die **materiellrechtlichen Sicherungsansprüche** zu unterscheiden. Diese sind mit Klage oder Antrag (AußStrG) durchzusetzen, die sie begründenden Tatsachen sind dabei zu beweisen. Diese materiellrechtlichen Sicherungsansprüche sind ihrerseits bei Vorliegen der Voraussetzungen der §§ 378ff EO durch eV sicherbar<sup>39</sup> oder einer Regelungs-eV zugänglich. Häufig kann dem durch diese materiellrechtlichen Sicherungsansprüche zu befriedigenden Sicherungsbedürfnis auch durch eV, denen der Grundanspruch selbst zugrundeliegt, Genüge getan werden.<sup>40</sup>

33 Zu den Folgen dieser Einschränkung *Teplitzky*, Gewohnheitsunrecht? – Anmerkungen zum Einfluss der normativen Kraft des Faktischen auf die einstweilige Unterlassungsverfügung, in FS Bornkamm (2014) 1073ff.

34 Aus diesen Gründen teilen wir die Auffassung *Kiningers*, BeitrZPR II 72, nicht, wonach die „Abweichungen nicht ins Gewicht fallen“.

35 Der Ausdruck „summarisches“ Verfahren allein (siehe auch OGH RdU 1994, 69f; SZ 67/166; *Holzhammer*, Zwangsvollstreckungsrecht<sup>4</sup> 422; *Rechberger/Simotta*, Exekutionsverfahren<sup>2</sup> Rz 873; G. Kodek Vor § 387 EO Rz 1) ist in Hinblick auf das in Rz 1.4/1f Ausgeführte nicht ganz eindeutig.

36 „Erkenntnisverfahren“ ist freilich nicht iSv „Hauptsache-Erkenntnisverfahren“ zu verstehen; Letzteres kann noch gar nicht anhängig oder bereits abgeschlossen sein!

37 So schon *Bley*, Klagrecht und rechtliches Interesse (1923) 17 Anm 1.

38 Aus dieser Spannungslage sich ergebende Gedanken der Anknüpfung bei „internationalen“ Sachverhalten siehe bei *Böhm*, Die Rechtsschutzformen im Spannungsfeld von lex fori und lex causae, in FS Fasching 127f.

39 Zu § 812 ABGB *Schweda* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang<sup>3</sup> § 812 ABGB Rz 8.

40 Etwa zur Nachlassseparation (§ 812 ABGB) OGH 5 Ob 533/89 (insoweit nicht in RZ 1989, 252f); NZ 1995, 68f (eV des Separationskurators [nunmehr: Absonderungskurator] zur Verhinderung einer Vermengung des Nachlassvermögens mit dem Erbenvermögen); 10 Ob 28/11g (eV-Antrag des Nachlassgläubigers); zu § 613 ABGB *Eccher* in *Schwimann/Kodek*<sup>4</sup> § 613 ABGB Rz 18; zu § 458 ABGB *Hinteregger* in *Schwimann/Kodek*<sup>4</sup> § 458 ABGB Rz 5; zu § 70 EheG Sta-

Um **materiellrechtliche Sicherungsansprüche** handelt es sich etwa beim Anspruch des Pfandgläubigers, bei „Pfandverschlechterung“ ein „anderes angemessenes Pfand fordern“ zu können (§ 458 ABGB),<sup>41</sup> beim Anspruch des Fruchtgenussbelasteten, „bei einer sich äußernden Gefahr die Sicherstellung der Substanz verlangen“ zu können (§ 520 ABGB),<sup>42</sup> und des Nacherben (§ 613 ABGB),<sup>43</sup> bei der Nachlass[Verlassenschafts]separation (§ 812 ABGB),<sup>44</sup> beim Sicherstellungsanspruch des Bürgen (§ 1365 ABGB), beim Anspruch auf Sicherheitsleistung für Unterhalt gem § 70 EheG<sup>45</sup> und § 22 Abs 1 EPG, bei den Ansprüchen auf Sicherheitsleistung bei Verschmelzung (§ 226 AktG; § 96 Abs 2 GmbHG) und auf vorläufigen Patentschutz (§ 101 Abs 5 PatG). Materiellrechtliche Sicherungsansprüche enthalten auch § 340 ABGB (Bauverbot), § 343 ABGB<sup>46</sup>, § 1170b ABGB<sup>47</sup> und § 71 Abs 2 ASGG.<sup>48</sup>

## B. Anwendungsbereich

Einstweiliger Rechtsschutz in Form von eV braucht andererseits ebenso wenig wie das **1.8 „Klagerecht“** ausdrücklich „vorgesehen“ zu sein. Er steht immer dann zur Verfügung, wenn die eV-Anspruchsvoraussetzungen (siehe Rz 2.22ff und 2.39ff) und die prozessuellen Zulässigkeitsvoraussetzungen erfüllt sind.

Daher war die Feststellung, „einstweilige Verfügungen nach der Exekutionsordnung [sind] zur Sicherung eines im Verfahren nach § 26 WEG [1975] zu verfolgenden Anspruchs . . . – anders als gem § 37 Abs 3 Z 22 [aF] MRG im außerstreitigen Verfahren [in] Mietrechtsangelegenheiten – nicht vorgesehen“<sup>49</sup> als Begründung der Verweigerung einstweiligen Rechtsschutzes unzutreffend und ist ein Hinweis wie etwa in § 14a Abs 3 AVRAG eigentlich nicht erforderlich.

Das **BörseG**<sup>50</sup> schließt – soweit ersichtlich singulär – eV wegen Handlungen des Börseunternehmens im Zusammenhang mit dem Ausschluss von der Börsemitgliedschaft überhaupt aus (§ 34 Abs 2 BörseG). **§ 482 UGB** beschränkt eV bei „segelfertigen Schiffen“.

41 *Touaillon*, NZ 1917, 289 FN 14; *Konecny*, Anwendungsbereich 156 FN 29, 158.

42 OGH JBl 1989, 103.

43 *Eccher* in *Schwimann/Kodek*<sup>4</sup> § 613 ABGB Rz 18.

44 *Schweda* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang<sup>3</sup> § 812 ABGB Rz 8; *Welser* in *Rummel/Lukas*<sup>4</sup> § 812 ABGB Rz 1; OGH SZ 20/245; 10 Ob 28/11 g; 2 Ob 144/15 p („materiell-rechtliche einstweilige Verfügung“); aM *Kropfünig*, Nachlaß-Separation 120ff („zweifellos“ eine eV) im Anschluss an *Neumann/Lichtblau/Heller/Berger/Stix* 2793; *Neurauter* in *Burgstaller/Deixler-Hübner*, Exekutionsordnung Art XXVII EGEO Rz 9. – Das Verfahren zur Bewilligung der Nachlassseparation ist ein „dem Provisorialverfahren ähnliches Sicherungsverfahren“ (OGH 10 Ob 35/13i).

45 OGH EvBl 1967/89.

46 *Frauenberger*, Besitzstörung 48, 49; *G. Kodek*, Besitzstörung 649, 679; *G. Kodek* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang<sup>3</sup> § 343 ABGB Rz 17; OGH JBl 1999, 655f (zu § 343 ABGB).

47 *Hiezu Kletečka*, Die Sicherstellung bei Bauverträgen nach § 1170b ABGB, JBl 2020, 413.

48 *Pfeffer*, Einstweiliger Rechtsschutz 1 FN 4, 15f; *Kuderna*, ASGG<sup>2</sup> § 71 ASGG Anm 6a, § 74 ASGG Anm 7; *König/Praxmarer* 80.

49 OGH NZ 1997, 122ff.

50 BGBl I 2017/107. Die gleichlautende Vorgängerbestimmung der hier bezogenen Norm war laut *Reischauer*, Börseausschluss als automatische Rechtsfolge? ÖZW 2010, 75ff, 79, verfassungswidrig.

### C. Regelungsort

- 1.9 Die Einstellung der Normen über die eV **in die EO** kann nur durch die weitgehende Übernahme der dortigen verfahrensbezogenen Vorschriften gerechtfertigt werden.<sup>51</sup>

Vom Ablauf her konsequent hat die *Loi de la procédure civile du Canton de Genève* vom 29. 9. 1819 (abgedruckt bei *Taillandier* [1837]) die Regelungen der *mesures provisionnelles* vor jene des ordentlichen Erkenntnisverfahrens eingereiht (Art 7ff).

## IV. Bedeutung der eV

- 1.10 Angesichts der Tatsache, dass heute jede Abhandlung zu dieser Rechtsmaterie mit der Feststellung beginnt, wie bedeutend die eV für die Rechtspraxis sind – eine Feststellung, der beizupflichten ist –, mag es erstaunlich sein, dass in den ersten Jahren nach dem Inkrafttreten der EO der diesbezügliche Befund durchaus ein anderer war. Wegen ihrer „Neuheit“, aber auch aus vermeintlichen und tatsächlichen Mängeln der gesetzlichen Regelung war die eV geraume Zeit eine „seltene Erscheinung“ oder – wie *Klein* selbst feststellen musste – „kein fester Posten im Inventar der Rechtsschutzmittel“<sup>52</sup>.

Dies hat sich aus verschiedenen Gründen<sup>53</sup> wesentlich geändert<sup>54</sup>! Auch abseits der Hausmaterien für eV, dem Gesellschafts-, Wettbewerbs-, Urheber- und Familienrecht, floriert nunmehr diese Art von Rechtsschutz.

- 1.11 Die Beispiele aus dem „**Aktualitätenkino**“<sup>55</sup> dieser Materie sind bunt wie das Leben: **Gesellschaftsrecht**<sup>56</sup>: eV wegen (drohenden) Verstoßes gegen einen Syndikatsvertrag;<sup>57</sup> eV auf Untersagung der Stimmabgabe (in einer bestimmten Richtung) in einer Gesellschafterversammlung;<sup>58</sup> eV zur Verhinderung von Gesellschafter-Entnahmen;<sup>59</sup> Entzug der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis des (einzigsten) Komplementärs;<sup>60</sup> eV auf Zuziehung eines Beraters zur Gesellschafterversammlung einer GmbH;<sup>61</sup> eV gegen Aufsichtsratsbestellungen;<sup>62</sup> eV zur vorläufigen Bestel-

51 Für die Einstellung in die ZPO *Holzhammer*, Zwangsvollstreckungsrecht<sup>4</sup> 422; aM *Ott*, GrünhutsZ 30 (1903) 328. Die Einstellung in die EO ist „richtig und falsch zugleich“ (treffend *Rechberger/Simotta*, Exekutionsverfahren<sup>2</sup> 488); hiezu *Sailer* Vor § 378 EO Rz 5 und Vor § 370 EO Rz 2 (Einordnung „letztlich nicht falsch“).

52 *Klein*, Vorlesungen 25f; *Neumann*, JBl 1900, 582 (Vortragsbericht); *Ofner*, JBl 1900, 594 (Diskussionsbeitrag zu *Neumann*); *Fuchs*, GZ 1905, 152.

53 Eine – auch für Österreich weitgehend zutreffende – Zusammenfassung der Gründe hiefür bringt *Schilken*, Befriedigungsverfügung 96.

54 Schon *Klein/Engel*, Zivilprozess 584, stellen eine häufigere Benützung der eV fest.

55 So charakterisiert von *Leipold*, Grundlagen 1.

56 Auch zum öGmbHG verwendbar *Liebscher/Alles*, Einstweiliger Rechtsschutz im GmbH-Recht, ZIP 2015, 1ff.

57 OGH 7 Ob 2350/96f; 7 Ob 59/03g; 6 Ob 90/19g ecolex 2020, 201 (*Rüffler*) = NZ 2019, 299 (*Walch*); 6 Ob 142/19d ÖJZ 2020/42 (*Zwettler/Tretthahn-Wolski*); 6 Ob 194/18z; 6 Ob 44/19t; 6 Ob 211/21d (auch zu § 1 GesAusG); ua.

58 OGH 4 Ob 256/03f; 6 Ob 44/19t; 6 Ob 211/21d; LG München ZIP 1994, 1858.

59 OGH HS 14.092/2.

60 OGH 1 Ob 201/02v.

61 OLG Düsseldorf GmbHHR 2002, 67.

62 OGH 6 Ob 6/07m; 6 Ob 1/19v (in casu jeweils abgewiesen).

lung eines (Ersatz-)Geschäftsführers;<sup>63</sup> eV zur Untersagung der Ausführungen eines (Mehrheits-)Beschlusses in einer Gesellschafterversammlung;<sup>64</sup> eV zur Sicherung des Anspruchs auf Übertragung von Gesellschaftsanteilen;<sup>65</sup> eV gegen grundlegende Strukturänderungen einer AG ohne Be- fassung der Hauptversammlung („Holzmüller“);<sup>66</sup> eV zur Sicherung des Anspruchs auf Beschränkung (der Gesellschaft) auf Geschäfte des „gewöhnlichen Geschäftsgangs“;<sup>67</sup> eV gegen Vorsitz des Rechtsvertreters eines Gesellschafters in der Generalversammlung;<sup>68</sup>

**Wettbewerbsrecht:** eV gegen den „Gratistag“ bei KIKA;<sup>69</sup> eV gegen vergleichende „Klasse statt Masse“-Werbung;<sup>70</sup> eV gegen die Ankündigung eines Kaufhauses, Parkstrafen in Gutscheine umzuwandeln;<sup>71</sup> eV gegen die Ankündigung, Gutscheine für ein Konkurrenzprodukt auch zugunsten eines eigenen Produkts einzulösen;<sup>72</sup> eV wegen „Domain-Grabbing“;<sup>73</sup> eV gegen „Ambulance-chasing“;<sup>74</sup> eV gegen den „Stinkefinger“;<sup>75</sup> eV gegen Abgabe von Treibstoff durch Betriebstankstellen eines Bundeslandes;<sup>76</sup> eV wegen kreditschädigender Äußerungen (§ 7 UWG) zu Lasten der Unter-nehmen des „ÖSV-Präsidenten Prof Peter Sch.“;<sup>77</sup> eV gegen die „private“ Veröffentlichung eines Urteils im „typischen Erscheinungsbild einer Urteilsveröffentlichung aufgrund einer gerichtlichen Entscheidung“;<sup>78</sup> eV gegen die Ankündigung von „Spitzenprodukten“ für Produkte durchschnittli-cher Qualität;<sup>79</sup> eV zu Werbemaßnahmen im Internet;<sup>80</sup> eV gegen die Bewerbung der „Pille“ als stimmungsaufhellend und nicht libido-verändernd;<sup>81</sup> eV gegen die Ausnützung der Bekanntheit

63 OGH 6 Ob 52/08b (*in casu* abgewiesen: Zur Sicherung des Anspruchs auf Abberufung eines Gesellschafter-Geschäftsführers einer GmbH kann dies nicht durch eV erfolgen; es wäre ein Antrag auf Bestellung eines Notgeschäftsführers zu stellen: OGH 6 Ob 39/14z).

64 Siehe Bericht in: Die Presse vom 20. 4. 2011, 26 (*in casu*: eV gegen den Beschluss auf Preiser- höhung der Zeitung „Krone“); OGH 6 Ob 77/14p („Holzmüller“; *in casu* mangels Gefährdung abgewiesen).

65 OGH 6 Ob 200/14a (hiezu die [nicht erfolgreiche] „Retourkutsche“ OGH 6 Ob 67/16w).

66 OGH 1 Ob 566/95 (abl mangels ausreichender Anspruchsbescheinigung); 6 Ob 77/14p (abl mangels Gefahr); dazu *Bachner* in FS Nowotny 215ff, und zu den entsprechenden Ansprüchen *Rüffler*, Die Aktionärsklage, ÖJZ 2021, 405 ff. – Siehe zur **GmbH** die vielbeachtete eV OGH 6 Ob 38/18h (zum materiellen Recht *Drobnik/Torggler*, Veräußerung des GmbH-Vermögens, über- tragende Auflösung und *Holzmüller/Gelatine*, RdW 2020, 418 ff, 513ff) und die Folgeentschei- dung OGH 6 Ob 96/21t.

67 OGH 6 Ob 142/19d ÖJZ 2020/42 (*Zwettler/Tretthahn-Wolski*) und in der gleichen Rechtssache 6 Ob 239/19v.

68 OGH 6 Ob 149/19h (*in casu* abgewiesen).

69 OGH ecolex 1994, 550 (*Wiltschek*).

70 OGH 4 Ob 120/94.

71 OGH 4 Ob 32/95.

72 Bericht in: Die Presse vom 16. 2. 1999, 30 („Format“-Gutscheine für „profil“).

73 OGH MR 1998, 208ff (*Haller*); MR 2000, 8ff; 4 Ob 198/00x; 17 Ob 26/07h; 17 Ob 6/11y (auch zu Rom II-VO). – Siehe zum Domain-Grabbing die Hauptsacheentscheidungen OGH 4 Ob 59/ 13z und 4 Ob 75/15f.

74 OGH 4 Ob 115/03w.

75 OGH 4 Ob 112/94.

76 OGH 4 Ob 283/04b; 4 Ob 227/10a.

77 OGH 4 Ob 105/06d (mit bedeutenden Ausführungen zum Unterschied Tatsache – Werturteil!).

78 OGH 4 Ob 175/06y; hiezu auch Rz 10.62.

79 OGH 4 Ob 111/10t.

80 OGH 17 Ob 3/10f („Bergspechte III“: Link auf Trefferliste ohne Bezug zum keyword).

81 OGH 4 Ob 174/07b.

einer Radiosendung („Musiktruch‘n“);<sup>82</sup> eV gegen die Benennung eines (angeblich) luststeigernden Kürbiskern „zuckerls“ mit „Styriagra“;<sup>83</sup> eV gegen ein „Bestpreis-Angebot“;<sup>84</sup> eV gegen die Behauptung, „Marktführer“ zu sein;<sup>85</sup> eV einer Notariatskammer gegen „notarfeindliche“ Werbung eines RA;<sup>86</sup> eV gegen „Abwerben“ von Mitarbeitern;<sup>87</sup> eV gegen das Anbieten und Betreiben von Rettungsdiensten;<sup>88</sup> eV wegen des Vertriebs der digitalen Vignette ohne Wartezeit;<sup>89</sup> eV gegen das Unterlaufen der Buchpreisbindung durch Ausgabe von Gutscheinen;<sup>90</sup> eV bei Werbung eines eben erst eingetragenen Unternehmens mit einschlägiger Tätigkeit „seit vielen Jahren“;<sup>91</sup> eV „Magnum“ (-Eis) gegen „Magnum“ (-Eis);<sup>92</sup> eV gegen UBER;<sup>93</sup> eV gegen „Hofer Preis – anderes ist overpriced“;<sup>94</sup> eV gegen eine Spitzenstellungsbehauptung, die entgegen der Daten der ÖAK oder der AGTT/GfK Teletest erfolgt;<sup>95</sup> eV gegen Markenverwendung „since 1875“ wegen Irreführung, weil die Marke auf die Herstellungsart Bezug nimmt, der Unternehmensnachfolger aber eine andere Herstellungsart anwendet;<sup>96</sup> eV wegen Verletzung der DSGVO als Rechtsbruch (§ 1 UWG);<sup>97</sup>

**Wirtschaftsrecht:** eV im Zusammenhang mit der Aufteilung ausländischer Bankguthaben Jugoslawiens auf Nachfolgestaaten;<sup>98</sup> eV über angebliches STASI-Geld (Streitwert: ca € 71 Mio!);<sup>99</sup> eV gegen Gastwirt auf Unterlassung der Gestattung des Rauchens (TNRSG);<sup>100</sup>

**Urheberrecht:** eV gegen die Verwendung eines Magazintitels („Report“);<sup>101</sup> eV auf Unterlassung der Verwendung einer Internet-Adresse;<sup>102</sup> eV auf Unterlassung der Verwendung eines anwaltlich verfassten Vertragswerks („HTM“);<sup>103</sup> eV wegen Verwendung von „einzigartigen“ Filmteilen auf der Homepage einer politischen Partei;<sup>104</sup> eV wegen artgleicher Schokoladen-„Goldhasen“;<sup>105</sup> eV gegen das Bereitstellen eines Internetanschlusses, der dann zum unbefugten Herunterladen geschützter Musikstücke verwendet wird;<sup>106</sup> eV zum Schutz des Miturhebers des „Hundertwasser-

82 OGH 4 Ob 110/10 w.

83 OGH 17 Ob 15/09 v (gefährdete Partei: Markeninhaberin von „Viagra“).

84 OGH 4 Ob 76/11 x.

85 OGH 4 Ob 101/19 k.

86 OGH 4 Ob 94/14 y.

87 OGH 4 Ob 125/14 g (*in casu* abgewiesen).

88 OGH 4 Ob 207/15 t (*in casu* mangels „Monopolisierung“ abgewiesen).

89 OGH 4 Ob 96/19 z; 16 Ok 1/21 i.

90 OGH 4 Ob 85/19 g.

91 OGH 4 Ob 149/19 v.

92 OGH 4 Ob 80/19 x (*in casu* Abweisung).

93 OGH 4 Ob 162/18 d (dazu auch OGH 3 Ob 78/20 x: Impugnationsverfahren bei rechtsmissbräuchlicher Exekutionsführung wegen Verhaltens, das Titelverstöße „generieren“ sollte); siehe aber auch OGH 4 Ob 76/20 k („Bolt“).

94 OGH 4 Ob 70/20 b (eV abgelehnt, weil marktschreierisch und damit nicht wörtlich zu nehmen).

95 OGH 4 Ob 139/20 z mwN; siehe auch OGH 4 Ob 212/20 k.

96 OGH 4 Ob 221/20 h (Weinfässer; auch zu Art 58 UMV).

97 OGH 4 Ob 84/19 k; 4 Ob 95/21 f (*in casu* Abweisungen).

98 OGH SZ 69/281 = ÖBA 1997, 639.

99 Bericht in: trend 6/99, 68 ff („Gold aus dem Ghetto“).

100 OGH 4 Ob 271/16 f.

101 Bericht in: Die Presse vom 30. 7. 1998, 22.

102 LG Braunschweig NJW 1997, 2687.

103 OGH MR 1997, 93 ff (*M. Walter*).

104 OGH 4 Ob 178/06 i.

105 OGH 4 Ob 239/04 g.

106 OGH 4 Ob 194/07 v (*in casu* abgewiesen, weil gegen den Vater der mj Tochter gerichtet).

Hauses“;<sup>107</sup> eV gegen „große Töchter“ in der Bundeshymne;<sup>108</sup> eV wegen Urheberrechtsverletzung bei Bit-Torrent;<sup>109</sup> eV wegen drohender Preisgabe des Quellcodes eines Computerprogramms;<sup>110</sup>

**Persönlichkeitsrechte:** eV auf Gegendarstellung auf der Internet-Homepage des Verletzers;<sup>111</sup> eV wegen Beleidigung eines Nationalspielers;<sup>112</sup> eV auf Unterlassung des Ausstrahlens eines Fernsehfilms;<sup>113</sup> eV wegen Vorwurfs rassistischer Erziehung in den Waldorf-Schulen;<sup>114</sup> eV gegen die hart-näckige „Ex-Freundin“<sup>115</sup> und gegen den eifersüchtigen Ehemann der „Seelenfreundin“;<sup>116</sup> eV wegen „Pöbel“-Vorwurfs;<sup>117</sup> eV mangels ausreichender Kontrolle ehrenrühriger Eintragungen in einem online-Gästebuch;<sup>118</sup> eV wegen des Sagers „Halbmond statt Gipfelkreuz“;<sup>119</sup> eV gegen „Aufdringlichkeiten“, um ein Dissertationsthema zu erreichen;<sup>120</sup> eV gegen neugierige Nachbarn;<sup>121</sup> eV gegen die Verwendung von Fotos des Verdächtigen in einem Bericht über das Strafverfahren;<sup>122</sup> eV gegen die Vernichtung von Embryonen, die für eine In-vitro-Fertilisation vorgesehen waren;<sup>123</sup> eV gegen „Cyber“-Stalking;<sup>124</sup> eV gegen den Vorwurf, „journalistischer Bettnässer“ zu sein;<sup>125</sup> eV auf Unterlassung, sich „Prinz zu … oder von …“ nennen zu lassen;<sup>126</sup> eV auf Unterlassung des Hinweises auf den früheren Namen (nach Namensänderung) durch eine Autocomplete-Funktion der Suchmaschine;<sup>127</sup> eV gegen Veröffentlichungen personenbezogener Daten iZm der Zweitwohnsitz-problematik in E (Tirol);<sup>128</sup> eV gegen Verwendung eines Generalschlüssels in einem WE-Objekt;<sup>129</sup> eV gegen die Herstellung und Veröffentlichung (Verbreitung, Vorspielen, Zugänglichmachung, Zur-Freigabe-Stellung) des Ibiza-Videos;<sup>130</sup> eV gegen den Vorwurf, eine anonyme Strafanzeige veranlasst zu haben („whistleblower“);<sup>131</sup> eV gegen postmortale Verwendung persönlicher Daten des Mordopfers (Vorname und Foto des Wohnhauses);<sup>132</sup> eV gegen die Verwendung des eigenen Namens für eine Romanfigur;<sup>133</sup>

107 OGH 4 Ob 229/02h.

108 OGH 4 Ob 171/10s (*in casu* abgewiesen).

109 OGH 4 Ob 121/17y.

110 OGH 4 Ob 182/20y.

111 LG Düsseldorf NJW-RR 1998, 1633 (abgelehnt).

112 Bericht in: Neue Zürcher Zeitung vom 20./21. 6. 1998, 42 (Klinsmann gegen SAT 1).

113 OLG Saarbrücken, Bericht in: NJW 1998/Heft 6, XXXVI („Der Fall Lebach“).

114 OGH MR 1998, 273ff.

115 OGH AnwBl 1993, 269f (*Graff*).

116 OGH JBl 2000, 246 (*Klicka*).

117 OGH 1 Ob 38/04a (Staatsoperngäste).

118 OGH 6 Ob 178/04a.

119 Bericht in Tiroler Tageszeitung vom 31. 3./1. 4. 2007, 5.

120 OGH 4 Ob 140/07b.

121 OGH 7 Ob 248/09k (*in casu* abgewiesen).

122 OGH 4 Ob 166/10f („Tiroler Top-Polizist“; *in casu* abgewiesen); siehe auch OGH 6 Ob 80/20p und 6 Ob 121/20t (jeweils im Zusammenhang mit dem „Ibiza“ Video; *in casu* abgewiesen).

123 Siehe Sachverhalt in EGMR 10. 4. 2007, Bsw 6339/05 (*Evans/The United Kingdom*).

124 OGH 7 Ob 54/11h; siehe auch OGH 7 Ob 60/11s; 7 Ob 61/11p.

125 OGH 6 Ob 162/12k (tolerabel!).

126 Nach OGH 8 Ob 89/08h.

127 OGH 6 Ob 26/16s (*in casu* abgewiesen).

128 OGH 6 Ob 83/19b (*in casu* abgewiesen).

129 OGH 8 Ob 139/19b.

130 OGH 6 Ob 236/19b; siehe auch OGH 6 Ob 16/21b (Video über Alkoholexzess der Ehefrau).

131 OGH 6 Ob 74/20f.

132 OGH 6 Ob 212/20z (hier abgewiesen: Interesse der Öffentlichkeit geht vor).

133 OGH 1 Ob 260/58.

**Familienrecht:** eV zur Erzwingung eines Karenzurlaubs für den Ehemann einer Gemeinderätin;<sup>134</sup> eV gegen Tochter, welche die Asche des verstorbenen Vaters zu einem Diamanten pressen lassen will;<sup>135</sup> eV auf Leistung eines Prozesskostenvorschusses an die (Noch-)Ehefrau in Höhe von € 456.582,-(!) zur Führung eines Scheidungs- und Unterhaltsverfahrens;<sup>136</sup> Anti-Stalking-eV gegen die Veröffentlichung eines Bildes des Mj auf einer „Väterinitiative“-Website;<sup>137</sup>

**Sportrecht:**<sup>138</sup> eV gegen Ausschluss eines dopingverdächtigen Rennpferdes von weiteren Trabrennen;<sup>139</sup> eV gegen den Ausschluss von sportlichen Wettbewerben;<sup>140</sup> eV auf Zulassung zur Teilnahme an Wettbewerben,<sup>141</sup> zB an den Olympischen Spielen;<sup>142</sup> eV auf Duldung der Teilnahme am Training;<sup>143</sup> eV auf Zulassung des Vereins-/Verbandswechsels;<sup>144</sup> eV auf Aufnahme eines Vereins in die Erste Division<sup>145</sup> oder in einen (Monopol-)Verband;<sup>146</sup> eV gegen einen Punkteabzug durch den ÖFB;<sup>147</sup> eV gegen die Anwendung einer ÖFB-Richtlinie über das insolvenzbedingte Absteigen eines Vereins;<sup>148</sup>

**Vereinsrecht:** eV gegen den Ausschluss aus Vereinen;<sup>149</sup> eV zur Durchsetzung des Rechts, die Abhaltung einer Mitgliederversammlung (§ 5 Abs 2 VereinsG) zu verlangen;<sup>150</sup> keine eV wegen Stalkings (§ 382g EO) gegen Verein (juristische Person!);<sup>151</sup>

134 Bericht in: Tiroler Tageszeitung vom 31. 8./1. 9. 1991, 4.

135 AG Wiesbaden NJW 2007, 2562.

136 OGH 3 Ob 152/16y.

137 OGH 7 Ob 81/16m.

138 Die Bedeutung des Eilrechtsschutzes gerade im Sportrecht wird betont in *Fritzweiler/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht*<sup>4</sup> (2020) Rz 3/576, 7/222 (mit vielen Beispielen aus der BRD-Rechtsprechung).

139 OGH 6 Ob 642/91.

140 OGH 7 Ob 273/03b; 10 Ob 50/06k.

141 OGH DRdA 1999, 117ff (*Holzer*) (Zulassung zur Nationalmannschaft entgegen den Regeln des IHV); 7 Ob 274/07f (gegen die Zulassung einer Spielgemeinschaft durch den Tischtennis-Dachverband); Tribunal de Première Instance Genf SpuRt 1996, 166ff (*Schimke*) (FIM); Schiedsgericht der DEL SpuRt 1995, 182ff (Aufhebung einer Spielersperre); LG Stuttgart SpuRt 1995, 73 (*Bär*) (eV auf Feststellung der Spielberechtigung bestimmter Spieler). – Mit zahlreichen Beispielen zur Judikatur in der Schweiz *Osterwalder/Kaiser, Vom Rechtsstaat zum Richtersport? – Fragen zum vorsorglichen Rechtsschutz in der Sportschiedsgerichtsbarkeit der Schweiz*, SpuRt 2011, 230ff.

142 OLG Frankfurt NJW 1992, 2576; NJW 2008, 2925; Berichte in: Tiroler Tageszeitung vom 6./7. 7. 1996, 38, und Süddeutsche Zeitung vom 6./7. 7. 1996, 52.

143 Siehe OGH 9 ObA 13/17b.

144 OLG Linz SpuRt 1998, 72 (Wechsel vom ÖSV zu anderem nationalen Skiverband); Bericht in: Kurier vom 3. 8. 1996, 29 (Amateurfußball); Die Welt vom 11. 6. 1998, 23 (Deutsche Bundesliga: Klos).

145 Bericht in: Der Standard vom 17. 6. 1997, 25 (Vorwärts Steyr); LG München SpuRt 1995, 77.

146 OLG Düsseldorf SpuRt 1999, 35 = NJW-RR 1998, 328 (vorläufige Mitgliedschaft).

147 GAK/ÖFB LG Graz 28 Cg 23/07m laut Bericht in: Die Presse vom 31. 3. 2007, 12.

148 OGH 1 Ob 153/17g.

149 Etwa OGH 6 Ob 174/07t (Beagle-Züchter); 4 Ob 150/07y (Taxi-Verein); 7 Ob 283/02x (Golfclub); 9 Ob 17/02v (Fliegerclub).

150 OGH 4 Ob 18/13w.

151 OGH 7 Ob 138/16v.

**Politik:** eV zur Erzwingung des Widerrufs einer politischen Wahlkampfaussage;<sup>152</sup> eV gegen die Verwendung einer Fotomontage im Wahlkampf;<sup>153</sup> eV aus Anlass der Bestellung hoher Staatsorgane;<sup>154</sup> eV als Waffe in der Auseinandersetzung zwischen Politik und Medien<sup>155</sup> sowie Politik und Wirtschaft;<sup>156</sup> eV gegen die „Rechtschreibreform“;<sup>157</sup> eV gegen die Verwendung „Zukunft Österreich“<sup>158</sup> oder „Die Freiheitlichen“<sup>159</sup> in einem Parteinamen; eV gegen „Betrugs“-Vorwurf, einem ex-Politiker gegenüber;<sup>160</sup>

**Nachbarrecht:** eV auf Verhinderung des Eindringens von „Güllewürmern“ auf das Grundstück der gefährdeten Partei;<sup>161</sup> eV gegen Kuhglockengeläute;<sup>162</sup>

**Standesrecht:** eV auf Unterlassung der Einrichtung eines Gästebuchs auf der Homepage eines Rechtsanwalts;<sup>163</sup> eV auf Unterlassung der Rundfunkwerbung eines Rechtsanwalts, die mit Crash-Geräuschen versehen ist;<sup>164</sup> eV auf Unterlassung der Förderung der Winkelschreiberei durch Bewerbung einer Vertrags- und Eingaben-Mustersammlung;<sup>165</sup> eV auf Unterlassung der Werbung mit einer zahnärztlichen „Frühlingsaktion“;<sup>166</sup> eV gegen Reihung aufgrund bestimmter Reihungskriterien bei Kassenplanstelle;<sup>167</sup> eV es zu unterlassen, gegen einen Kollegen die Verhängung der Untersuchungshaft zu verlangen und/oder bei der Behörde anzuregen;<sup>168</sup> eV auf Unterlassung der Führung der Bezeichnung „Rechtsanwalt“ nach disziplinärer Streichung aus der Liste;<sup>169</sup> eV auf

152 OGH MR 1993, 17ff = EvBl 1993/134 (betreffend die Äußerung „Jubelbroschüre für das Dritte Reich“ im Bundespräsidentschaftswahlkampf 1992); OGH 6 Ob 386/97a (betreffend ua den Vorwurf der „Eitelkeit“ gegenüber einer Bundespräsidentschaftskandidatin); Bericht in: Tiroler Tageszeitung vom 6./7. 2. 1999, 4; 8. 2. 1999, 3; 10. 2. 1999, 4, und in: Die Presse vom 10. 2. 1999, 7 (betreffend ein Plakat aus Anlass der Tiroler Landtagswahl: „Wollen Sie auch schwarz bauen . . .?“).

153 OGH MR 1997, 145 („Sozialabbau und Bildungsklau haben ein Gesicht.“); 4 Ob 66/10z („Lieblingshauptfrau“).

154 OGH MR 1993, 101ff (Verbot der Äußerung, dass XY „nicht einmal in Palermo als Rechnungshofpräsident tragbar“ sei usw); dieser Rechtsfall beschäftigte die Justiz weiter: Siehe etwa OGH 6 Ob 163/98h.

155 Bericht in: Die Presse vom 7. 3. 1992, 4 („Gericht verbietet ‚Schweigegeld‘-Satz“); OGH MR 1997, 26 („Ich werde dafür sorgen, dass mir niemand meine 5-Millionen Pension weg nimmt.“), hiezu auch OGH MR 1998, 298ff; 6 Ob 37/98d („Konzentrationslager waren Straflager“); 6 Ob 29/16g („SPÖ-Firmennetzwerk“);

156 OGH RZ 2000, 20 (Pilz gegen Teerag/Asdag).

157 Etwa OVG Schleswig NJW 1997, 2536 (abgelehnt).

158 OGH 4 Ob 213/05k („BZÖ“).

159 OGH 4 Ob 189/15w; 4 Ob 187/15a; 4 Ob 219/15g (ausführlich zur Rückführbarkeit; siehe Rz 2.53ff).

160 OGH 6 Ob 32/21f (abgelehnt, weil *in concreto* „zulässige wertende Äußerung, die auf einem im Kern wahren Sachverhalt beruht“).

161 OGH 6 Ob 40/97v.

162 Berichte in: Der Standard vom 3./4. 9. 1994, 16, und in: Süddeutsche Zeitung vom 12. 9. 1994, 39.

163 LG Nürnberg-Fürth NJW 1999, 1409.

164 OLG München NJW 1999, 1409f.

165 OGH 4 Ob 117/12b (abgewiesen).

166 OGH 4 Ob 79/12i; siehe auch OGH 4 Ob 130/12i; 4 Ob 153/12x.

167 OGH 1 Ob 35/15a; 1 Ob 108/15m (in *casu* abgewiesen); 1 Ob 176/15m.

168 OGH 4 Ob 149/15p; siehe auch OGH 4 Ob 232/15v.

169 OGH 4 Ob 119/16b (nicht aber „Verteidiger in Strafsachen“).

Unterlassung unzulässiger Arztwerbung;<sup>170</sup> eV bei Verstoss gegen den „Apothekenvorbehalt“, weil Medikamente vom Arzt jenseits einer „ersten Hilfeleistung“ abgegeben wurden;<sup>171</sup> eV wegen *quota litis* eines Prozessfinanzierers;<sup>172</sup>

**Arbeits-(verfassungs-)recht:** eV zur Sicherung des Betriebszugangs für Betriebsrat;<sup>173</sup> eV auf Feststellung des Wahlrechts für Betriebsratswahl;<sup>174</sup> eV gegen Meldung der Bezüge an den Rechnungshof gem BezBegrG;<sup>175</sup> eV zur Sicherung der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats;<sup>176</sup> eV gegen ein Arbeitsverbot eines Berufsfußballers;<sup>177</sup> eV zur Verhinderung eines „Fingerscanners“ zur Arbeitszeiterfassung;<sup>178</sup> eV gegen die Fragebogenaktion zur Erhebung des Betriebsklimas;<sup>179</sup> eV gegen eine Versetzung von Wien nach Vorarlberg;<sup>180</sup> eV gegen Alkomatkontrollen am Arbeitsplatz;<sup>181</sup> eV zur Sicherung des Anspruchs auf Bildungsfreistellung;<sup>182</sup> eV gegen die Verwendung von Kundenlisten nach Beendigung des Dienstverhältnisses;<sup>183</sup> eV gegen die (erstmalige) Abhaltung von Betriebsratswahlen;<sup>184</sup> eV gegen „Ausspannen“ von Kunden;<sup>185</sup> eV gegen Arbeitnehmer zur Durchsetzung einer Konkurrenzklausel.<sup>186</sup>

- 1.12** Zudem ist auch teilweise eine Änderung der mit eV verfolgten Ziele feststellbar. Ist auch das Verfahren zur Erlassung von eV vom Gesetzgeber als „Provisorialverfahren“ konzipiert worden, also als Verfahren, dessen Ergebnis **Rechtfertigung im ordentlichen Verfahren** erheischt, so ist heute nicht selten zu beobachten, dass in manchen Rechtsgebieten die Rechtspraxis sich mit diesem Provisorium bereits zufrieden gibt und von der „Bewährung“/„Rechtfertigung“ des einstweiligen Rechtsschutzes im ordentlichen Verfahren gänzlich Abstand nimmt.<sup>187</sup> Dies ist insb dann der Fall, wenn die Befassung des OGH

170 OGH 4 Ob 241/16v (glz Werbung für Heilbad); 4 Ob 118/17g (Augenarzt wirbt für eigene Brillen); vgl auch OGH 4 Ob 88/06d (Gesichtschirurgiepraxis „mit fantastischem Ausblick auf den Stephansdom“); 4 Ob 158/20v (Verstoss gegen Zahnarzt-WerbeRL); 4 Ob 122/17w (Zahnärztin wirbt mit Stadtplan, der in touristischen Einrichtungen gratis aufliegt; *in casu* abgewiesen).

171 OLG Innsbruck 2 R 18/19t JMG 2020, 53 (*Streit*).

172 OGH 4 Ob 180/20d (abgewiesen).

173 ASG Wien Infas 1990, 12 (A 4); OLG Wien ARD 4987/10/98; OGH 8 ObA 67/10a.

174 OLG Wien ARD 4972/5/98 (abgewiesen).

175 OLG Wien 29. 3. 2000 ARD 5131/4/2000 (abgewiesen, RevRek zugelassen).

176 OGH 6 ObA 1/06z; OLG Wien ASoK 2013, 79.

177 OGH 9 ObA 121/06v.

178 OGH 9 ObA 109/06d.

179 OGH 9 ObA 114/04m.

180 OGH 8 ObA 95/10v (mit Glosse von *König*, JBl 2011, 333f).

181 OGH 9 ObA 23/15w (ÖBB!).

182 KG Steyr ARD 4149/25/90.

183 OGH 4 Ob 78/17z.

184 LG Graz 33 Cga 13/20t (hiezu abl *Schima/Pinczolits*, Betriebsratswahlen unter dem COVID-19-Regime, DRdA 2020, 317ff).

185 OGH 4 Ob 126/20p (eV-Antrag abgewiesen wegen zulässigem Informieren der Kunden).

186 OGH 9 ObA 166/01d; OLG Wien 10 Ra 23/21g (im Ergebnis abgewiesen; hiezu *Leitner/Grundtner*, Nicht jeder Konkurrent ist gleich ein Delinquent, ecolex 2021, 661ff).

187 Entsprechendes trifft auch in der BRD zu (obwohl dort – siehe Rz 1.5 aE – der BGH beim einstweiligen Rechtsschutz nicht angerufen werden kann): *Baur*, Studien 3; *Leipold*, Grundlagen 12 mwN; *Weber*, Die Verdrängung des Hauptsacheverfahrens durch den einstweiligen Rechtsschutz in Deutschland und Frankreich (1993) *passim*; *Ahrens*, Einstweiliger Rechtsschutz als Hauptsacheverfahren im Wettbewerbsrecht in FS Nakamura (1996) 1ff; so schon beobachtet

im Verfahren zur Erlassung der eV möglich war und der Sachverhalt im Wesentlichen unstreitig ist.<sup>188</sup>

Freilich zwingt die drohende Schadenersatzpflicht der gefährdeten Partei wegen ungenützten Ablaufs der Rechtfertigungsfrist (§ 394 Abs 1 [dritter Fall] EO) **jedenfalls** zumindest zur Einleitung des Rechtfertigungsverfahrens,<sup>189</sup> sofern nicht vorher auf allfällige Schadenersatzansprüche verzichtet wurde.

Dass dem Gesetzgeber diese Entwicklung im Sinn einer Entlastung der Gerichte nicht ungelegen kam, beweist die Erweiterung des Rechtsmittelzugangs zum Höchstgericht (§ 402 Abs 1 letzter Satz EO idF des BG BGBI 1992/756).<sup>190</sup>

## V. Literatur

Mit der zunehmenden Bedeutung des einstweiligen Rechtsschutzes einher geht nicht nur „abroad“,<sup>191</sup> sondern auch hierzulande eine vermehrte literarische Befassung mit Proble-

1.13

von Neuner, Eine gemeinsame Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich und Österreich – Bericht, *Judicium I* (1928/29) 257.

- 188 Dass trotz dieser Prämissen eV- und Hauptverfahrensergebnis voneinander abweichen können, zeigen etwa OGH 4 Ob 198/00x (eV) und 4 Ob 209/01s (Hauptverfahren) MR 2001, 411 (*Köll-Kirchmeyr; Korn*) – *bundesheer.at*; siehe auch OGH 17 Ob 8/07m (eV) und 17 Ob 9/09m (Hauptverfahren); 4 Ob 24/08w (eV) und 4 Ob 39/10d (Hauptverfahren) – *Billigstzeitung*; 4 Ob 27/09p (eV) und 4 Ob 45/11p (Hauptverfahren) – *Branchenverzeichnis*; verstecktes Angebot gegen Entgelt; 17 Ob 1/08h (eV) und 4 Ob 98/14m (Hauptverfahren) – Marke „FELLING“.
- 189 Anders § 945 dZPO; dort zur sog. „Abschlusserklärung“ (im Wettbewerbsrecht) *Ahrens in Ahrens, Wettbewerbsprozess*<sup>9</sup> Kap 60 Rz 3ff; *Stolz, Schadenersatzpflicht* 74f; *Melullis, Handbuch*<sup>3</sup> Rz 674, 747; *Kessen/Büch in Schuschke/Walker/Kessen/Thole, Vollstreckung*<sup>7</sup> Anhang C zu § 935 dZPO.
- 190 Der JA (780 BlgNR 18, GP 2) begründete die Erweiterung daher auch damit, dass „diesen Entscheidungen [über eV] wiederholt richtungsweisende Bedeutung zukommt“. – Grundsätzlich anders § 542 Abs 2, § 574 Abs 1 Satz 2 dZPO, die einen Rechtsmittelzug zum BGH ausschließen (krit dazu aus dem vom JA genannten Grund *Prütting in Wieczorek/Schütze* [Hrsg], *Zivilprozeßordnung und Nebengesetze*<sup>4</sup> [2014] § 542 ZPO Rz 47), woraus sich auch eine geringere „Überzeugungskraft“ deutscher eV ableiten ließe (OGH 6 Ob 266/06w).
- 191 Zum einstweiligen Rechtsschutz in **Europa** *Stürner, Der einstweilige Rechtsschutz in Europa* in FS Geiß (2000) 199ff; *Gaul* in FG *Vollkommer* 61ff; in der **BRD** vgl *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, Zwangsvollstreckungsrecht*<sup>12</sup> 1205ff; *Schuschke/Walker/Kessen/Thole, Vollstreckung*<sup>7</sup> passim; *Bruns in Stein/Jonas, Zivilprozeßordnung*<sup>23</sup> Vor §§ 935ff dZPO; *Drescher* in *Münchener Kommentar*<sup>6</sup> §§ 935ff dZPO; zum **liechtensteinischen Recht** *Benda, Einstweilige Verfügungen im liechtensteinischen Recht* (2021); zum (alten) **Schweizer Recht** *I. Meier, Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes* (1983); *Alder, Der einstweilige Rechtsschutz im Immateriagüterrecht* (Diss Zürich, 1993); *Walter, Vorläufiger Rechtsschutz in der Schweiz* in FS *Nakamura* (1996) 657ff; *Stoffel in Staehelin/Bauer/Staehelin* (Hrsg), *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs III* (1998) zu Art 271ff SchKG samt *Bauer* im Ergänzungsband (2005) zu Art 271ff SchKG; zur **Schweizer ZPO (neu)** *Gehri/Kramer* in *Oberhammer, ZPO-Kommentar* (2010) zu Art 261ff, 249ff; *Lazopoulos, Arrestrecht – die wesentlichen Änderungen im Zusammenhang mit dem revidierten LugÜ und der Schweizerischen ZPO*, AJP/PJA 2011, 608ff; *Kren Kostkiewicz/Markus/Rodriguez* (Hrsg), *Vorsorglicher Rechtsschutz – Vorsorgliche Massnahmen im internationalen Kontext, offene Fragen im neuen Arrestrecht und Sicherungsmaßnahmen der ZPO* (2011); zu **Italien** *Carpi, Provvedimenti internali di condanna, esecuto-*

men des einstweiligen Rechtsschutzes. Dabei kommt neben den einschlägigen Kommentierungen und Spezialaufsätzen auch die „Grundlagen“-Forschung nicht zu kurz.<sup>192</sup> Und zunehmend wird auch in Österreich dem einstweiligen Rechtsschutz im **europäischen Zivilverfahrensrecht** (insb Art 31 EuGVVO, Art 2 lit a, Art 35 Brüssel Ia-VO, Art 20 Brüssel IIa-VO, Art 15 Brüssel IIb-VO, Art 14 und 18 EuUVO, Art 19, 54 EuErbVO,

rietà e tutela delle parti, in Studi in onore di Enrico Tullio Liebman III (1979) 1529 ff; *Sforza*, I provvedimenti d'urgenza nella giurisprudenza (1994); *Dini/Mammone*, I provvedimenti d'urgenza (1997); *Leanza*, I provvedimenti d'urgenza nel processo del lavoro (2000); *Chainais*, La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droits français et italien (2007) passim; zum **internationalen (europäischen) Verhältnis**, mit umfangreichen rechtsvergleichenden Bezügen *Eilers*, Maßnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes im europäischen Zivilrechtsverkehr (1991); *Kofmel Ehrenzeller*, Der vorläufige Rechtsschutz; *Consolo*, ZSR 2005 II, 359 ff; die Beiträge in *Stürner/Kawano* (Hrsg), Comparative Studies on Enforcement and Provisional Measures (2011); *Tsikrikas*, Probleme der grenzüberschreitenden Vollstreckung von Maßnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes in der Europäischen Union, ZZP 2011, 461 ff; *Janal* passim; zum **Verfahren vor dem EuGH und EuG** A. *Thiele*, Europäisches Prozessrecht<sup>2</sup> 239 ff; *König/Klingler*, Einfluss des Gerichts auf die beschleunigte Behandlung seiner Vorlagefrage, RZ 2014, 192 ff; *Klingler*, Vorabentscheidungsersuchen 83 ff, 163 ff, 172, 181 ff; zum vorläufigen Rechtsschutz vor dem **Unified Patent Court** *Janal* 792 ff; zum vorläufigen Rechtsschutz durch den **EGMR Czech**, ÖJZ 2012, 213 ff.

- 192 Etwa *Hagen*, JBL 1971, 337 ff; *Kininger*, BeitrZPR II 61 ff; *Kininger*, Verfügungen; *Hausmaninger*, Einstweilige Verfügung 14 ff; *Konecny*, Anwendungsbereich; *Konecny* in FS *Matscher* 265 ff; *Konecny* in FS *Leipold* 639 ff; *Konecny* in *Marinelli/Bajons/Böhm* (Hrsg), Die Aktualität der Prozess- und Sozialreform Franz Kleins 259 ff; *Zeiler*, Sicherungsverfahren; *Zackl*, Einstweiliger Rechtsschutz; *König* in FS *Sprung* 233 ff; *König* in FS *Griss* 389 ff; *G. Kodek* in FS *Koziol* 1179 ff; *G. Kodek*, JB Zivilverfahrensrecht 2010, 151 ff; *Mann-Kommenda*, Rechtliches Gehör passim. – Naheliegenderweise befassen sich auch (zT unveröff) Diss mit eV-Themen: siehe etwa *Schuler*, Die Sicherungsmittel der einstweiligen Verfügung (Diss Salzburg, 1993); *Rath*, Die Gefährdungstatbestände der einstweiligen Verfügung (Diss Salzburg, 1995); *Frauscher*, Besonderheiten bei der verfahrensrechtlichen Geltendmachung, Durchsetzung und Sicherung von Unterhaltsansprüchen (Diss Salzburg, 1997); *Millner*, Gewalt in der Familie (Diss Graz, 2000); *Trefil*, Einstweiliger Rechtsschutz zur Sicherung von Geldforderungen nach dem EuGVÜ (Diss Wien, 2000); *Leber*, Die vorläufige Durchsetzbarkeit zivilgerichtlicher Sachentscheidungen (Diss Salzburg, 2003); *Reiter*, Die einstweiligen Verfügungen im Eheverfahren (Diss Wien, 2005); *Walbert*, Die Kompetenz internationaler Schiedsgerichte zur Anordnung einstweiliger und sichernder Maßnahmen (Diss Wien, 2005); *Ladner*, Rechtsfragen des Belastungs- und Veräußerungsverbotes (Diss Innsbruck, 2005); *Brückl*, Die einstweilige Verfügung im Wettbewerbsrecht (Diss Wien, 2008); *Micheljak*, Anordnung einstweiliger Maßnahmen im Schiedsverfahren (Diss Salzburg, 2008); *Garber*, Einstweiliger Rechtsschutz nach der EuGVVO (Diss Graz, 2008); *Starzer*, Vom Jäger zum Gejagten – Thesen zur Interpretation und Reformierung des § 107a StGB unter Berücksichtigung dogmatischer und empirischer Ergebnisse (Diss Linz, 2010); *Richter*, Einstweiliger Rechtsschutz vor dem Europäischen Gerichtshof (Diss Wien, 2011); *Praxmarer*, Die Rückführbarkeit einstweiliger Verfügungen (Diss Innsbruck, 2013); *Mann*, Rechtliches Gehör in Sicherungs- und Exekutionsverfahren (Diss Wien 2016); *Dobler*, Einstweilige Maßnahmen im Schiedsverfahren (Diss, Innsbruck 2018); *Palmstorfer*, Der österreichische einstweilige Unterhalt im Rechtsvergleich mit der deutschen einstweiligen Anordnung in Unterhaltsachen (Diss Linz 2020); *Benda*, Einstweilige Verfügungen im liechtensteinischen Recht: ein Rechtsvergleich mit Österreich (Diss, Innsbruck 2021).

Artt 19, 53 EuEheGüterVO, Artt 19, 53 EuPartnerGüterVO, Art 1ff EuKoPfVO<sup>193</sup>, Eu-SchMaVO<sup>194</sup>) wissenschaftliche Beachtung zuteil.<sup>195</sup>

- 
- 193 VO (EU) 655/2014 vom 15. 5. 2014 zur Einführung eines Verfahrens für einen Europäischen Beschluss zur vorläufigen Kontenfändung im Hinblick auf die Erleichterung der grenzüberschreitenden Eintreibung von Forderungen in Zivil- und Handelssachen. – Hiezu Rz 10.97/1 ff.
- 194 VO (EU) 606/2013 vom 12. 6. 2013 über die gegenseitige Anerkennung von Schutzmaßnahmen in Zivilsachen – Hiezu Rz 7.33 ff.
- 195 Etwa *Zeiler*, JBl 1996, 635ff; *Zeiler* in *Bajons/Mayr/Zeiler*, Übereinkommen 235 ff; *Fuchs/Tölg*, ZfRV 2002, 95ff; *Garber*, JB Zivilverfahrensrecht 2009, 73 ff; *G. Kodek*, JB Zivilverfahrensrecht 2010, 151 ff; *Garber*, Einstweiliger Rechtsschutz nach der EuGVVO (2011); *Garber* in *Mayr* (Hrsg), Handbuch Rz 3.821 ff; *Garber/Neumayr* in FS Thümmel 171 ff.

9783214186074  
Einstweilige Verfügungen im Zivilverfahren | 6  
Bernhard König, Martin Weber  
MANZ Verlag Wien

Jetzt bestellen

# Materieller Teil

## 2. Kapitel Grundsätze

### Übersicht

	Rz
I. Arten der eV . . . . .	2.1
A. Sicherungsverfügungen (§§ 379, 381 Z 1 EO) . . . . .	2.1
1. Gegenstand der Sicherungsverfügungen . . . . .	2.1
2. Zweck und Inhalt der Sicherungsverfügungen . . . . .	2.8
B. Regelungsverfügungen (§ 381 Z 2 EO) . . . . .	2.12
1. Rechtsgrundlagen . . . . .	2.12
a) Meinungsstand . . . . .	2.12
b) Historischer Befund . . . . .	2.13
c) Ergebnis . . . . .	2.14
2. Umfang und Inhalt der Regelungsverfügungen . . . . .	2.15
C. eV dritter Art? . . . . .	2.20
II. Arten der Ansprüche, über die einstweilen verfügt werden kann . . . . .	2.22
A. Charakter des Anspruchs . . . . .	2.22
1. Grundlagen . . . . .	2.22
2. Schlussfolgerungen . . . . .	2.24
B. Inhalt des Anspruchs . . . . .	2.30
1. Leistungsansprüche . . . . .	2.31
2. Gestaltungsansprüche . . . . .	2.32
3. Feststellungsansprüche . . . . .	2.34
4. eV über bloß eventualiter geltend gemachte Ansprüche . . . . .	2.38
5. Parteien des eV-Verfahrens . . . . .	2.38/1
III. Die Anspruchsvoraussetzung der Gefahr . . . . .	2.39
IV. Eilbedürftigkeit/Dringlichkeit . . . . .	2.44
V. Zeitliche Grenzen für die Erlassung der eV . . . . .	2.45
VI. Wirkkraft der eV . . . . .	2.48/1
VII. (Einstweilige) Erfüllung durch eV – Rückführbarkeit der eV . . . . .	2.49
A. (Einstweilige) Erfüllung durch eV . . . . .	2.49
1. Hintergrund . . . . .	2.49
2. Erfüllung bei Unterlassungs-eV . . . . .	2.50
3. Ergebnis . . . . .	2.52
B. Rückführbarkeit der eV . . . . .	2.53
1. Grundsatz . . . . .	2.53
2. Ausnahmen? . . . . .	2.54

## I. Arten der eV

### A. Sicherungsverfügungen (§§ 379, 381 Z 1 EO)

#### 1. Gegenstand der Sicherungsverfügungen

- 2.1** Die rechtshistorisch ältere Form der Provisorialmaßnahmen bilden die sog Sicherungsverfügungen.<sup>196</sup> Sie dienen dazu, einer **Gefährdung der künftigen Durchsetzung** eines **Anspruchs** vorzubeugen. Die „Hereinbringung der Geldforderung“ (§ 379 Abs 2 Z 1 EO), die „Verwirklichung des fraglichen Anspruches“ (§ 381 Z 1 EO) droht vereitelt oder erheblich erschwert zu werden, sodass eine **Zustandssicherung**<sup>197</sup> notwendig ist. Die Sicherungsverfügungen haben daher ersichtlich primär **Leistungsansprüche**, seien sie auf Geld oder andere Leistungen gerichtet, zum Gegenstand.
- 2.2** § 381 Z 1 EO bezieht aber nicht nur die „Verwirklichung“ (iS von „Vollstreckung“ zu verstehen) anderer Ansprüche in den Schutzbereich der Sicherungsverfügung ein, sondern stellt diesem Sicherungsziel – was häufig übersehen wird – jenes des Schutzes der „Verfolgung“ zur Seite. Dies hat einen naheliegenden Grund:

Da sich gerade die „anderen Ansprüche“ (Marginalrubrik vor §§ 381ff EO) nicht in Leistungsansprüchen erschöpfen, sondern darunter auch Feststellungs- und Rechtsgestaltungsansprüche zu verstehen sind, stellt § 381 Z 1 EO nicht nur auf die Sicherung der „Verwirklichung“ (iS von „Vollstreckung“) des Anspruchs, sondern auch auf jene der „Verfolgung“ ab. Dass damit die **Sicherung anderer als Leistungsansprüche** gemeint ist, ist auch den *Materialien*<sup>198</sup> zu entnehmen, in denen immer wieder in diesem Zusammenhang den vollstreckbaren Ansprüchen die (bloß) „verfolgbaren“ gegenübergestellt werden. Diese Sicherung soll verhindern, dass eine Durchsetzung von Ansprüchen, die nicht vollstreckt, „verwirklicht“ werden (können), also die „Verfolgung“ von Rechtsgestaltungsansprüchen und von Feststellungsansprüchen, durch Änderungen des „Umfeldes“ bedeutungslos wird.<sup>199</sup> Insoweit ist also auch der Rechtsmeinung zuzustimmen, dass der Ausdruck „Sicherung“ in der Überschrift vor § 381 EO und in § 381 Einleitung EO nicht mit Exekutionssicherung gleichzusetzen ist.<sup>200</sup> Neben der dargestellten Sicherung der Rechtsverfolgung nicht der Vollstreckung unterliegender Ansprüche hat diese Art der Sicherung – weil sonst (bei Leistungsansprüchen) ohnehin in der „Sicherung der Verwirklichung“ enthalten – keine eigenständige Bedeutung.

196 Siehe hiezu *Kußmaul*, Vorgeschichte 276f (Zusammenfassung); *König* in FS Sprung 233ff.

197 So *Pollak*, System<sup>2</sup> 1055, der die Dreiteilung – eV zur Zustandssicherung, Exekution zur Sicherstellung einer künftigen zwangswiseen Befriedigung und Exekution zur Befriedigung – für „seit vielen Jahrzehnten wohl geprobt“ hält.

198 I 590: „Keine Art von gerichtlich verfolg- oder vollstreckbaren Ansprüchen ist von vornherein davor bewahrt, . . . auf Widerstände zu stoßen, an welchen der Erfolg des ganzen Verfahrens scheitern kann . . .“, ähnlich 591.

199 Daran hat *Konecny*, ÖBA 1988, 1187f FN 26, und *Konecny*, Anwendungsbereich 67ff, wieder erinnert, der freilich die Aufgabe der „Sicherung“ der Rechtsverfolgung von jener der „Effizienz“ der Rechtsverfolgung trennt, letztere Aufgabe dem § 381 Z 2 EO zuordnet und damit das (uE unrichtige) Auslegungsziel verfolgt, die EO kenne keine Regelungsverfügungen (siehe Rz 2.12ff).

200 *Konecny*, ÖBA 1988, 1188 Anm 28, und *Konecny*, Anwendungsbereich 71, gegen *Hagen*, JBL 1971, 338, und *Kininger*, BeitrZPR II 64ff; *Kininger*, Verfügungen 2ff.

Freilich bedarf es daneben auch einer eigenständigen Kategorie der „Sicherung der Effizienz der Rechtsverfolgung“ nicht. Diese etwas gekünstelte Konstruktion dient lediglich dazu, trotz der Ablehnung der sog Regelungsverfügung dem § 381 Z 2 EO Leben einzuhauen.<sup>201</sup> 2.3

Für die hM stehen eV zur **Beweissicherung** dann zur Verfügung, wenn und insoweit die entsprechenden Beweismittel vom spezifischen Beweissicherungsverfahren (§§ 384 ff ZPO; analog auch im Außerstreitverfahren anzuwenden<sup>202</sup>) nicht erfasst werden,<sup>203</sup> also etwa bei im Besitz des Gegners befindlichen Urkunden und Augenscheinsgegenständen.<sup>204</sup> Neuere Gesetze kennen zudem – unter Einfluss und zur „Befriedigung“ internationaler Vorgaben – eV auch zur „Sicherung von Beweisen“.<sup>205</sup> 2.4

Nur am Rand: Eine Beweissicherung ist uU (§ 384 Abs 2 ZPO) auch möglich, ohne dass zu besorgen ist, dass das Beweismittel sonst verloren oder die Benützung desselben erschwert wird.<sup>206</sup>

UE muss unterschieden werden:<sup>207</sup> 2.5

a) Die Sicherung von **Beweisergebnissen** durch (vorgezogene) Beweisaufnahme ist nicht die Aufgabe der eV, sondern Aufgabe des **Beweissicherungsverfahrens** (§§ 384 ff ZPO). Insoweit stehen eV nicht zur Verfügung und zwar – wegen der unterschiedlichen Voraussetzungen<sup>208</sup> – auch nicht dann, wenn die Beweissicherungsnormen versagen.<sup>209</sup>

b) Anders zu beantworten ist die Frage, ob mit Hilfe von eV **Beweismittel** selbst **sichergestellt** werden können. Da § 381 EO die zur Sicherung anderer Ansprüche und zur Regelung dienlichen und verfügbaren Maßnahmen nicht taxativ auflistet, kann – je nach den Umständen – auch die (einstweilige) Verwahrung bzw Sicherung von Beweismitteln bis zur Beweisaufnahme (im Hauptverfahren) als eV in Frage kommen. Deutlich und zutreffend unterscheidet der **OGH 2 Ob 247/07y**: „Während im vorliegenden Fall das Hauptbegehren des verfahrenseinleitenden Antrags im Einklang mit § 384 ZPO auf die Durchführung einer vorsorglichen Beweisaufnahme und damit auf die Sicherung eines Beweisergebnisses gerichtet war, hatte das Eventualbegehren **die Sicherstellung eines Beweismittels für die beabsichtigte Prozessführung zum Ziel**. Diese kann jedoch, wie

201 Näher Rz 2.12ff.

202 So auch *Rechberger* in *Rechberger*, AußStrG § 35 Rz 5.

203 *Schubert-Soldern*, Zwangsvorwaltung 493f Anm 8; *Konecny*, Anwendungsbereich 70 Anm 78, 239ff; *Fasching*, Zivilprozeßrecht<sup>2</sup> Rz 922; OGH 1 Ob 190/04d; 7 Ob 149/21v; OLG Wien MR 1999, 167ff (M. Walter); vorsichtiger *Rassi* in *Fasching/Konecny*<sup>3</sup> § 384 ZPO Rz 19.

204 OGH 7 Ob 149/21v.

205 Etwa § 151b Abs 1 PatG; §§ 56, 68g Abs 1 MarkenschutzG; § 87c Abs 1 UrhG.

206 OLG Innsbruck 4 R 141/21y.

207 Nunmehr auch OGH 2 Ob 247/07y. – Siehe auch Rz 11.8.

208 Auch im Rechtsmittelverfahren: siehe *G. Kodek*, ÖJZ 2004, 592.

209 Die „vorläufige Zeugenvernehmung“ nach niederländischem Recht, die (auch) der Beweissicherung dient, ist von Art 24 EuGVÜ (Art 31 EuGVVO) nicht erfasst; die Brüssel Ia-VO schreibt die EuGH-Rechtsprechung fort (siehe ErwGr 25): EuGH 28. 4. 2005, C-104/03, *St. Paul Dairy/Unibel*, Slg 2005, I-3481. Hiezu *Jayme/Kohler*, Europäisches Kollisionsrecht 2005, IPRax 2005, 489; *Hess/Zhou*, IPRax 2007, 183ff; *Heinze*, Einstweiliger Rechtsschutz im europäischen Immaterialgüterrecht (2007) 102ff; *G. Kodek*, JB Zivilverfahrensrecht 2010, 166; *G. Kodek* in *Czernich/Kodek/Mayr* Art 35 EuGVVO Rz 4; *Leible* in *Rauscher*, EuZPR/EuIPR<sup>5</sup> Art 35 Brüssel Ia-VO Rz 15, siehe aber anders (?) Rz 16; *Knöfel*, Freier Beweistransfer oder „Exklusivität“ der Rechtshilfe in Zivilsachen? IPRax 2013, 231, 233.

sich aus dem Wortlaut des § 384 Abs 1 ZPO ergibt, keinesfalls im Rahmen eines Beweissicherungsverfahrens, sondern, wenn überhaupt, [nur] **in einem nach den Grundsätzen der §§ 378ff EO durchzuführenden Provisorialverfahren erwirkt werden.“**

Droht etwa wegen der Gefahr der Vernichtung oder Verbringung bestimmter Beweismittel ein Anspruch dem Grunde oder der Höhe nach „unbeweisbar“ zu werden und wäre damit dessen „Verfolgung“ vereitelt, kann eine entsprechende eV erlassen werden.<sup>210</sup>

- 2.6/1** Bei den Bestimmungen, die in den in Rz 2.4 erwähnten neueren Gesetzen (UWG, UrhG, PatG, MarkenschutzG) eV zur Sicherung von Beweismitteln vorsehen, handelt es sich dementsprechend bei Licht betrachtet lediglich um die **gesetzliche Normierung von (geeigneten) Sicherungsmitteln** (hier: durch Sicherstellung erforderlicher Beweismittel) **zur Sicherung der Durchsetzung eines jeweiligen Hauptanspruchs**. Für diese Ansicht spricht die „Mutternorm“ dieser „Maßnahmen zur Beweissicherung“<sup>211</sup>, die ausdrücklich verlangt, dass die gefährdete Partei für solche Maßnahmen „alle vernünftigerweise verfügbaren Beweismittel **zur Begründung ihrer Ansprüche**, dass ihre Rechte an geistigem Eigentum verletzt worden sind oder verletzt zu werden drohen [das sind die „Hauptansprüche“), vorgelegt hat“.<sup>212</sup> Näheres dazu siehe in Rz 10.65/4, 10.79, 10.84f.
- 2.7** c) Davon zu unterscheiden sind (Urkunden-)**Editionsansprüche**, die im Klagsweg (Art XLIII EGZPO) oder im Antragsweg (§§ 308f ZPO) durchsetzbar sind; zur Sicherung dieser Ansprüche können eV beantragt und bewilligt werden, wenn die entsprechenden Antragsvoraussetzungen vorliegen. Gleiches gilt für **materiell-rechtliche Auskunftsansprüche**.

## 2. Zweck und Inhalt der Sicherungsverfügungen

- 2.8 Zweck der Sicherungsverfügungen** ist es – wie schon die Bezeichnung nahelegt –, die Durchsetzung und Verwirklichung eines konkreten Anspruchs gegen beeinträchtigende tatsächliche Ereignisse abzusichern. Daher ist es verständlich, dass sich **diese eV „im Rahmen des erhobenen oder zu erhebenden (gefährdeten) Anspruchs“ halten müssen**.<sup>213</sup> Dies bedeutet, dass die angeordneten Maßnahmen der gefährdeten Partei nicht mehr

- 
- 210 Insoweit ist der E OLG Wien MR 1999, 167ff (*M. Walter*), in der es um die Sicherung des Anspruchs auf Überprüfung der Rechnungslegung durch einen Sachverständigen mittels Durchsuchung von Räumlichkeiten zur Erfassung dort gespeicherter, nicht lizenziierter Computerprogramme (Raubkopien) ging, durchaus zuzustimmen; ebenso wohl auch *Dobler*, Einstweilige Maßnahmen 78f zu § 593 ZPO; siehe auch OGH 2 Ob 247/07y – Wie im Text *Donath in Kucsko/Schumacher* (Hrsg), marken.schutz<sup>3</sup> § 56 MSchG Rz 26.
- 211 Die EU-Rechtssprache meint mit „Beweissicherung“ die **Beweismittelsicherung** und nicht – wie in Österreich – die **Sicherung von Beweisergebnissen** (siehe nur RL 2004/48/EG, Art 7); letzteres wird in der EU-Rechtssprache offenbar mit Sicherung der „Beweiserhebung“ umschrieben.
- 212 Art 7 der RL 2004/48/EG zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, ABl L 2004/157, 45, berichtigt durch ABl L 2004/195, 16 und ABl L 2007/204, 27.
- 213 OGH EvBl 1970/26; JBl 1983, 652ff; JBl 1987, 728f = MietSlg 39.859; RdW 1992, 147; SZ 66/21; ÖBA 1995, 311ff (*Konecny*); wobl 1994, 160f; 3 Ob 2039/96s; 4 Ob 2007/96t; 4 Ob 2369/96b; ÖBA 1999, 832f; 10 Ob 63/01i; 9 Ob 137/01i; 7 Ob 229/01d; 4 Ob 243/08a; 5 Ob 130/15a ua (diese E unterscheiden freilich nicht [immer] zwischen §§ 379, 381 Z 1 EO einerseits und § 381 Z 2 EO andererseits; hiezu im Text weiter unten); 9 Ob 6/19a (zu § 381 Z 1 EO); *Rechberger/Simotta*, Exekutionsverfahren<sup>2</sup> Rz 880; *Sailer* § 378 EO Rz 18.

Rechte einräumen dürfen und den Gegner der gefährdeten Partei nicht mehr belasten dürfen, als dies bei Erfüllung des gefährdeten Anspruchs der Fall wäre.<sup>214</sup> Das Sicherungsbegehr darf daher weder das Hauptbegehr quantitativ überschreiten noch darf ihm qualitativ ein anderer Anspruch zugrundeliegen als dem Klagebegehr.<sup>215</sup>

Dieser Grundsatz hat eine **ausgedehnte Kasuistik** zur Folge. So wird zutreffend festgehalten, dass dort, wo der gefährdete Anspruch eine **Geldforderung** ist, im Weg des Drittverbots (§ 379 Abs 3 Z 3 EO) auf jedwedes Forderungsrecht gegriffen werden kann, während dort, wo ein **Individualanspruch** gefährdet ist, das Drittverbot (§ 382 Z 7 EO) sich nur auf die (Herausgabeforderung jener) Sache beziehen darf, auf die der Individualanspruch gerichtet ist,<sup>216</sup> wie überhaupt die Mittel zur Sicherung eines Individualanspruchs (also eines „anderen“ Anspruchs iSd EO) nur auf diesen Anspruch selbst und nicht auf Sicherung eines (im Fall der Nichterfüllung allenfalls entstehenden) Schadenersatzanspruchs gerichtet sein dürfen<sup>217</sup> (**Objektbezogenheit** der eV zur Sicherung anderer Ansprüche).

Weiters wurden als noch „im Rahmen des Anspruchs“ befindlich – was nicht „engherzig“ auszulegen sei<sup>218</sup> – etwa folgende eV bewilligt: Verbot der weiteren Benützung der Bestandsache für den (gefährdeten) Räumungsanspruch gem § 1118, erster Fall, ABGB, freilich nur bei Gefahr missbräuchlicher Benützung;<sup>219</sup> Gebot auf (einstweilige) Einhaltung behördlicher Auflagen zur Sicherung eines Räumungsanspruchs;<sup>220</sup> Verbot des Ankündigen einer reiseberatenden Tätigkeit und des Ankündigen, Reisevermittlungen durchzuführen, für den (gefährdeten) Anspruch auf Unterlassung dieser Tätigkeiten;<sup>221</sup> Verbote und Gebote, insb zu bestimmtem Vorgehen der Baubehörde gegenüber, an den jetzigen Liegenschaftseigentümer zur Sicherung des gegen diesen gerichteten Anspruchs auf Rückgängigmachung des Kaufvertrags wegen Irrtums;<sup>222</sup> Verbot eines Lauterkeits-

214 OGH EvBl 1971/21; SZ 66/21; 7 Ob 526/96; 3 Ob 2039/96s; Ott, GrünhutsZ 30 (1903) 328f; Sailer § 378 EO Rz 18.

215 OGH 4 Ob 160/06t; 4 Ob 243/08a; 1 Ob 117/09a.

216 Klar herausgearbeitet in OGH SZ 3/103; ZBl 1931/229 = SZ 13/196 (daher kein Drittverbot an einen Bargeldschuldner zur Sicherung eines Anspruchs auf Übergabe akzeptierter Wechsel); Konecny, ÖBA 1989, 787; einschränkend beim Anspruch auf Übergabe einer Liegenschaft (Drittverbot hinsichtlich Ranganmerkungsbeschluss) OGH EvBl 1967/69. Rintelen 258, zeigt dies am Beispiel eines (gefährdeten) Anspruchs auf ein Quantum einer bestimmten *Gattung* auf, wenn beim Dritten ein Quantum dieser Gattung zugunsten des Gegners der gefährdeten Partei erliegt.

217 OGH SZ 1/74; EvBl 1968/284. Vgl ebenso auch Bum, JBl 1898, 613; Schubert-Soldern, Zwangsverwaltung 520; Walker, Exekutionsrecht<sup>4</sup> 376; Sailer § 382 EO Rz 5.

218 OGH SZ 42/80; JBl 1987, 728f = MietSlg 39.859; MietSlg 42.557; 1 Ob 15/93; 8 Ob 1544/95; 5 Ob 217/99v; 6 Ob 7/17y (ausdrücklich zu § 381 Z 2 EO); 5 Ob 13/18z; weitere Nachweise bei Konecny, Anwendungsbereich 7 FN 4.

219 OGH JBl 1987, 728f = MietSlg 39.859; MietSlg 42.557; wobl 1994, 160f (körperliche Bedrohung); ohne solche Gefahr nicht: OGH MietSlg 25.619; MietSlg 34.862.

220 OGH JBl 1987, 728f.

221 OGH ÖBl 1971, 127ff; anders OGH ÖBl 1978, 134f: keine eV auf Verbot des Anbietens eines (unzulässigen) Barzahlungsrabattes für (gefährdeten) Anspruch auf Unterlassung der Gewährung dieses Rabattes.

222 OGH 5 Ob 217/99v (der OGH betont, dass hier „bei der Prüfung der Kongruenz von Sicherungs- und Hauptanspruch nicht engherzig“ vorgegangen werden dürfe; in Wahrheit ist diese „Kongruenz“ hier nicht mehr gegeben, sondern es liegt bereits eine Regelungsverfügung vor!).

verstoßes, das im Gegensatz zum Hauptbegehren durch Verwendung des Wortes „insbesondere ...“ verdeutlicht wird;<sup>223</sup> Veräußerungs- und Belastungsverbot zur Sicherung des Anspruchs auf Anerkennung der Gesellschafterstellung<sup>224</sup> oder des Aufteilungsanspruchs,<sup>225</sup> einstweiliges Belastungs- und Veräußerungsverbot zur Sicherung des (geltend gemachten) Anspruchs auf Herausgabe einer bereits unterfertigten Pfandbestellungsurkunde, weil das erkennbare Ziel die Einverleibung dieses Pfandrechts im entsprechenden Rang ist.<sup>226</sup>

**2.11 Folgende eV etwa sprengen** nach Ansicht der Rechtsprechung **diesen „Rahmen“**, wobei freilich in den zit E häufig nicht die gebotene (siehe Rz 2.15ff) Unterscheidung zwischen § 381 Z 1 EO und § 381 Z 2 EO getroffen wird: eV auf Einräumung eines einstweiligen Wohnrechts für den (gefährdeten) Anspruch auf Rückgabe des betreffenden Hauses;<sup>227</sup> eV auf Einräumung einer bestimmten Benützung für den (gefährdeten) Anspruch auf rechtsgestaltende Benützungsregelung;<sup>228</sup> einstweilige Übernahme einer Ware für den (gefährdeten) Anspruch des Anbieters dieser Ware;<sup>229</sup> einstweilige Zuerkennung einer Alleinzeichnungsbefugnis für den (gefährdeten) Anspruch auf Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis des zweiten Gesellschafters;<sup>230</sup> eV auf Unterlassung der Ausstellung eines Bildes für (gefährdeten) Anspruch auf Vernichtung des Bildes;<sup>231</sup> eV auf Beseitigung (hier: Schallplatteneinband „aus dem Verkehr ziehen“) für (gefährdeten) Anspruch auf Unterlassung des Inverkehrbringens;<sup>232</sup> einstweiliges Gebot auf Ausstellung einer Prozessvollmacht für (gefährdeten) Anspruch auf Einwilligung in die Löschung des Gesellschafters aus dem Handelsregister;<sup>233</sup> Gebot der Vorlage eines Verzeichnisses über vorhandene Möbel für den (gefährdeten) Anspruch auf Herausgabe von Möbeln;<sup>234</sup> Verbot, die Überbringer von „Photoschecks“ zur Bestellung entgeltlicher Arbeiten zu veranlassen, zur Sicherung des Anspruchs auf Unterlassung der Verteilung von Photoschecks;<sup>235</sup> einstweilige Verwahrung von Kunstblumen im Besitz des Gegners der gefährdeten Partei für den (gefährdeten) Anspruch auf Unterlassung des Handels mit diesen Kunstblumen;<sup>236</sup> Verbot, über ein Veräußerungs- und Belastungsverbot zu verfügen, für den (Anfechtungs-) Anspruch, zur Hereinbringung der Forderung gegen den Liegenschaftseigentümer der Exekution zuzustimmen (die Exekution zu dulden);<sup>237</sup> Verbot der Abtragung eines Servitutswegs für den Anspruch auf Wiederherstellung des Wegs durch Auffüllen der bereits erfolgten Abtragung;<sup>238</sup> Zahlungsverbot gegen die ein Akkreditiv eröffnende Bank gem § 382 Z 5 EO wegen Sittenwidrigkeit des

223 OGH 4 Ob 62/09 k. – Zur Bedeutung und zum Variantenreichtum einschlägiger Unterlassungsbegehren grundlegend Moser, Die doppelzüngige „gewisse allgemeine Fassung“ des wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsbegehrens (Diss Innsbruck, 2007).

224 OGH 4 Ob 11/10 m („gerade noch im Rahmen“).

225 OGH 6 Ob 61/09b.

226 OGH 5 Ob 13/18 z (der sich in den Händen der gefährdeten Partei befindliche Ranganmerkungsbeschluss drohte durch Zeitablauf unwirksam zu werden).

227 OGH ZBl 1922/222 (freilich zu § 381 Z 2 EO, wo dieser Grundsatz in Wirklichkeit – siehe Rz 2.12 ff – nicht gilt).

228 OGH EvBl 1971/107. Eine solche eV wäre nur als Regelungsverfügung (§ 381 Z 2 EO) zulässig.

229 OGH ZBl 1923/106.

230 OGH SZ 26/134.

231 OGH ÖBl 1959, 15; idS auch OGH 3 Ob 215/02t.

232 OGH ÖBl 1973, 139ff; siehe aber Rz 3.53.

233 OGH SZ 9/277.

234 OGH SZ 21/148.

235 OGH ZBl 1931/313.

236 OGH ÖBl 1955, 12f.

237 OGH ÖBA 1994, 241ff (*König*).

238 OGH 1 Ob 15, 1009/93 (zu eng!).

Abrufs,<sup>239</sup> Verbot des Abschlusses eines (Kassen-)Vertrags mit einem anderen Arzt zur Sicherung des Anspruchs auf Unterlassung der Verwendung rechtswidriger Vertragsbedingungen gegenüber der gefährdeten Partei,<sup>240</sup> eV auf Unterlassung mehrerer Behauptungen mit „und/oder“-Verknüpfung für den geltend gemachten Anspruch, mehrere Behauptungen mit „und“-Verknüpfung zu unterlassen,<sup>241</sup> eV auf Unterlassung, gestützt auf ein sechs Merkmale umfassendes Gebrauchsmuster, zur Sicherung eines (Haupt-)Unterlassungsbegehrens, das sich nur auf ein fünf dieser Merkmale umfassendes Gebrauchsmuster bezieht;<sup>242</sup> eV auf „Aussetzung“ des sektoralen Fahrverbots für eine Transitroute zur Sicherung des AHG-Schadenersatzanspruchs, der auf das Fahrverbot für eine andere Route gestützt wird;<sup>243</sup> eV auf Unterlassung von Behinderungen bei Ausübung der Servitut zur Sicherung des Begehrens auf Einwilligung in deren Einverleibung (§ 367 EO),<sup>244</sup> eV auf Unterlassung von Sanierungsarbeiten zur Sicherung des Begehrens auf Informationserteilung (§ 52 Abs 1 Z 6 WEG);<sup>245</sup> eV auf Unterlassung der Fällung von Bäumen zur Sicherung des Anspruchs auf Vertragsanfechtung und Eigentumsübertragung am Waldgrundstück;<sup>246</sup> eV auf Gebot zur Innehaltung mit einer Exekutionsführung zur Sicherung des Anspruchs auf Feststellung der Höhe eines Kreditsaldos;<sup>247</sup> eV, wonach Werbung und Vertrieb einer Ware „unter der Bezeichnung ...“ zu unterlassen ist, während der Klagsantrag selbiges unter der *irreführenden* Bezeichnung begeht.<sup>248</sup>

Zu zulässiger und unzulässiger eV zur Sicherung des Anspruchs auf Unterlassung der Ausübung einer **Kaufoption** siehe OGH 5 Ob 130/15a.

Die an sich lebensnahe E OGH 6 Ob 239/19v scheint sich (insoweit wohl nicht zutreffend<sup>249</sup>) auch im Bereich der Sicherungsverfügungen von der „Rahmen“-Rechtsprechung abgewandt zu haben. Sofern diese Voraussetzung nicht eine leere Floskel ist, kann eine **Sicherungs-eV gegen jemanden, der nicht Anspruchsgegner ist**, schwerlich als „im Rahmen des Anspruchs“ befndlich qualifiziert werden. Dennoch hat der OGH eine eV gem § 381 Z 1 EO zur Sicherung „des [auf einem Anteilskaufvertrag basierenden] Anspruchs auf Beschränkung der Geschäftstätigkeit [der Kaufvertragsgegenständlichen Gesellschaft] auf den „gewöhnlichen Geschäftsgang“ gegen den Gegner der gefährdeten Partei bewilligt, ohne dass sich die eV auf einen **gegen diese zu sichernden Anspruch**

**2.11/1**

239 OGH ÖBA 1999, 832f (richtig wäre eV gegen die Verkäuferin mit Drittverbot gegen die Bank gem § 382 Z 7 EO gewesen; siehe auch Rz 3.72).

240 OGH 3 Ob 127/06g.

241 OGH 3 Ob 319/01k; 4 Ob 132/05y. – Die Aussagen der E sind in dieser Allgemeinheit (und auch für die entschiedenen Fälle) uE nicht zutreffend; dies wird besonders in der erstgenannten E deutlich, wo sogar „sinnliche Äußerungen“ verboten waren, die Äußerung nur eines der mit „und“ verbundenen verbotenen Wörter („Packelei“) aber kein Zuwiderhandeln gewesen sein soll: „und“ wird in diesem Zusammenhang wohl nur in Ausnahmefällen kumulativ gebraucht!

242 OGH 4 Ob 160/06t.

243 OGH 1 Ob 117/09a.

244 OGH 1 Ob 7/13f.

245 OGH 5 Ob 41/13k. – Inwieweit einzelne Wohnungseigentümer gem § 52 WEG überhaupt anspruchsberechtigt und damit uU eV-berechtigt sind, siehe OGH 5 Ob 115/17y.

246 OGH 1 Ob 78/15z.

247 OGH 10 Ob 73/15f.

248 OGH 4 Ob 137/21g (wohl zu dünnhäutig, zumal der Antrag den Hinweis enthält, dass dieser „zur Sicherung des mit der Klage verfolgten Unterlassungsanspruchs“ gestellt wird).

249 König, JBl 2020, 401ff (Entscheidungsbesprechung) und unten Rz 2.19 aE, 2.38/1ff und 3.7/2.

gestützt hätte (Tochter- und Enkelunternehmen jener Gesellschaft, deren Anteile Gegenstand des Anteilskaufvertrags waren).<sup>250</sup>

Hiezu auch unten Rz 2.19 aE, 2.38/1 ff, 3.7/2, 10.57/1.

## B. Regelungsverfügungen (§ 381 Z 2 EO)

### 1. Rechtsgrundlagen

#### a) Meinungsstand

- 2.12** Uneinigkeit besteht darüber, ob das österreichische Recht neben den „traditionellen“ Sicherungs-eV sog **Regelungsverfügungen** kennt, wie sie etwa § 940 dZPO „zur Sicherung des Rechtsfriedens“ ausdrücklich und abgesondert von den eV zur Sicherung von Individualansprüchen (§ 935 dZPO) normiert.<sup>251</sup> Die Frage ist, ob also – wie es der OGH<sup>252</sup> formuliert – die „gesetzlich vorgesehenen Regelungsverfügungen (etwa nach § 458 ZPO, § 382 [Abs 1] Z 8, § 382a EO [nunmehr auch: §§ 382b,<sup>253</sup> 382e [nunmehr c], 382f [nunmehr k],<sup>254</sup> 382g [nunmehr d], 382h [nunmehr j] EO]) über das Bindeglied der Gefahrennorm(en) des § 381 Z 2 EO ganz allgemein auf Rechte wie Eigentum, Dienstbarkeiten, Namens-, Urheber-, Patent- oder Wettbewerbsrechte sowie auf Dauerschuldverhältnisse wie Miet- oder Gesellschaftsverhältnisse oder überhaupt auf Rechtssphären [zu erstrecken sind, sodass] jeder an einem solchen ‚Recht‘ Teilhabende bei Störung des Rechtsfriedens ohne Rücksicht auf seine verfahrensrechtliche Parteistellung [ua sogar] eine vorläufige Befriedungsmaßnahme des Gerichtes beantragen [kann]“.<sup>255</sup> Die Gegner der Regelungs-eV reklamieren die **Rechtsprechung** für sich:<sup>256</sup> Obwohl dort zwar eine dezidier-

250 Anders noch das Erstgericht, das diese eV auf § 381 Z 2 EO (unwiederbringlicher Schaden) stützte. Aber auch diese Bestimmung ist nach der hier vertretenen Auffassung keine taugliche Grundlage für eine solche eV (vgl Rz 2.38/3).

251 In diesem Zusammenhang interessant ist der zeitgenössische Rechtsvergleich von *Neuner*, Eine gemeinsame Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich und Österreich, Bericht, erstattet bei der Tagung der Vereinigung der Deutschen Zivilprozeßrechtslehrer zu Wien am 28. Okt. 1928, *Judicium I* (1928/29) 258 ff, der damals zwar in der österr. Judikatur Ansätze von eV zur vorläufigen Befriedigung erkennt, aber feststellt, dass „In Österreich die Tendenz, aus diesen Einzelfällen allgemeine Grundsätze abzuleiten, geringer zu sein [scheint] als in Deutschland“.

252 JBl 1998, 787 ff (*König*).

253 Ausdrücklich etwa OGH 1 Ob 156/10 p; 3 Ob 235/09 v.

254 Ausdrücklich OGH 8 Ob 100/05 x.

255 Zu jenen, die dies bejahen, zählt der OGH *Hagen*, JBl 1971, 337; *Kininger*, BeitrZPR II (1986) 61, und (mit Einschränkungen) *Kininger*, Verfügungen 29 ff; *König*, bereits 1. Aufl Rz 197 ff (siehe auch Rz 18 ff); *Holzhammer*, Zwangsvollstreckungsrecht<sup>4</sup> 431 ff; *Rechberger/Simotta*, Exekutionsverfahren<sup>2</sup> Rz 878, 900 ff, zu den Gegnern *Konecny*, Anwendungsbereich 28 ff, 89 ff, 299 ff; *Konecny*, JBl 1994, 9 ff; ebenso *Konecny*, ÖBA 1995, 312 (Entscheidungsbesprechung) mit Berichtigung in ÖBA 1995, 380; *Konecny*, ZfRV 1996, 84 (Buchbesprechung); *Pfaffen*, Einstweiliger Rechtsschutz 121 f; *Fucik/Oberhammer* in *Rechberger* (Hrsg), Außerstreitreform – in der Zielgeraden 102 f; *Zechner* 76 ff.

256 Etwa *Konecny*, ZfRV 1996, 84 (Buchbesprechung). – Freimüdig *Zechner* 78: „... die Praxis (erzielt) an Hand ihres bisherigen Instrumentariums, das genügend Anpassungsspielraum lässt (sic!), meist sachgerechte Lösungen“; *Sailer* § 378 EO Rz 17 („Die Rsp hat sich an der theoretischen Diskussion an sich nicht beteiligt“), § 381 EO Rz 3 ff; *Zackl*, Einstweiliger Rechtsschutz Rz 35 („Rsp ... kaum beteiligt“).

te Ablehnung dieses Rechtsinstituts weithin fehlt und der Begriff „Regelungsverfügung“ durchaus geläufig scheint,<sup>257</sup> wiederholt der OGH tatsächlich mit wenigen Ausnahmen<sup>258</sup> auch im Zusammenhang mit § 381 Z 2 EO (genauer: ohne zwischen § 381 Z 1 und Z 2 EO zu unterscheiden) „geradezu formelhaft“<sup>259</sup> dass „Maßregeln, auf die der Gläubiger nach dem zwischen den Parteien bestehenden Rechtsverhältnis auch bei siegreicher Durchführung des Prozesses kein Recht hätte“, auch nicht einstweilen bewilligt werden dürfen,<sup>260</sup> dass sich die (mit eV) zu setzenden Maßnahmen immer „im Rahmen“ des Hauptanspruchs halten müssten,<sup>261</sup> und schließlich: „Zweck der eV ist es nicht, Erfüllung zu erzwingen oder Vertragsverletzungen zu verhindern“<sup>262</sup> Da dies alles mit dem Konzept der Regelungs-eV unvereinbar sei, seien entsprechende Wünsche, weil dzt prozessordnungsfremd, an den Gesetzgeber zu verweisen.<sup>263</sup>

Schon Ott<sup>264</sup> stellte freilich fest, dass eV nach § 381 Z 2 EO nicht der gefährdeten Erfüllung eines einzelnen Rechtsanspruches Schutz bieten, sondern die **gesamte Operationsbasis** der Streitteile gegen eine drohende einseitige Verrückung während des anhängigen Streites sichern sollten. Dass hiezu nicht nur eine (einstweilige) „Versteinerung“ des gegebenen Zustands, sondern auch eine (ebenso einstweilige) konstitutive Gestaltung (Regelung) der Rechtsverhältnisse dienlich sein kann, liegt auf der Hand.<sup>265</sup>

### b) Historischer Befund

Die Regelungs-eV als Mittel zur einstweiligen Ordnung eines gefahrenträchtigen Zustandes ist offensichtlich als Postulat rechtspraktischer Gegebenheiten zunächst in deutschen Partikular-Verfahrensordnungen des vorigen Jahrhunderts eingeführt worden. Zweifellos hat dabei die längst vertraute einstweilige Regelung des Besitzstandes Pate gestanden. Über die Hannoveraner Reformarbeiten zur Schaffung einer allgemeinen Civilprozeßordnung für die deutschen Bundesstaaten (bis 1866) ist dieses Rechtsinstitut auch in Österreich bekannt geworden.<sup>266</sup> Die RV zur EO gedachte der Regelungs-eV noch ausdrücklich. Die Entwurfsverfasser wollten zweifellos neben den Sicherungsverfügungen eine zweite Kategorie – die Regelungsverfügungen – normieren. Als Vorbild hießt diente damals auch in Österreich die im Besitzstörungsverfahren<sup>267</sup> in Geltung gestandene Befugnis des Gerichts, in Fällen dringender Gefahr widerrechtlicher Beschädigung, zur Verhütung von Gewalttätigkeiten oder zur Abwendung eines unwiederbringlichen Schadens zur einstweiligen Ord-

2.13

257 Rsp-Nachweise bei Sailer § 378 EO Rz 17; weiters OGH 8 Ob 160/06x; 7 Ob 220/16b.

258 OGH JBl 1998, 787ff (*König*). Siehe auch OGH 7 Ob 2350/96f, wo das Rekursgericht iZm § 381 Z 2 EO ausdrücklich von „Regelungsverfügungen“ spricht.

259 Konecny, ÖBA 1995, 312 (Entscheidungsbesprechung).

260 OGH SZ 27/329; 3 Ob 2/93; siehe auch die Nachweise bei Rz 2.8.

261 Nachweise bei Rz 2.8ff.

262 OGH SZ 66/21 = ecolex 1993, 591 (*Konecny*); JBl 1994, 414ff; 10 Ob 68/15w mwN.

263 Vgl Konecny, JBl 1994, 13f; Klicka/Albrecht in Floßmann (Hrsg), Recht, Geschlecht und Gerechtigkeit 282f.

264 Rechtsfürsorgeverfahren 73. Auch Rintelen (59, 287) sah den Zweck der eV gem § 382 Z 2 EO „im wesentlichen“ darin, „ein Provisorium in den Fällen zu schaffen, in welchen ein Zustand ... einer **Regelung** bedarf“.

265 So auch VfGH G 14/12: „Das Provisorialverfahren dient der Sicherung, **Regelung** oder einstweiligen Durchsetzung eines Anspruchs“.

266 Dazu *König* in FS Sprung 390ff.

267 KaisV vom 27. 10. 1849, RGBI 12; zum Werdegang der dortigen Bestimmungen G. Kodek, Besitzstörung 934ff.

nung des streitigen Rechtsverhältnisses Gebote und Verbote zu erlassen (§§ 9f leg cit). In der RV waren Sicherungsverfügungen (§ 378 Abs 1 EO idFd RV) und Regelungsverfügungen (§ 378 Abs 2 EO idFd RV) getrennt vorgesehen, bei den Letzteren wurde im Gesetzestext ausdrücklich auf das Vorbild (Besitzstörungsverfahren) Bezug genommen.<sup>268</sup> Der Permanenzausschuss, der erstmals – um die Voraussetzungen differenzierter zu regeln – zwischen Geldforderungen und anderen Rechten und Ansprüchen unterschied (§§ 366, 367 EO idFd Berichts des Permanenzausschusses), wollte an der regelnden eV nichts ändern, im Gegenteil! Ausdrücklich wird hervorgehoben,<sup>269</sup> welch „glücklichen Gedanken“ die Verallgemeinerung der vom Besitzstörungsverfahren gebotenen (Regelungs-)Möglichkeiten bedeute; gerade wegen dieser Verallgemeinerung könne auf einen speziellen Hinweis auf das Vorbild verzichtet werden.<sup>270</sup> Bezeichnend ist, dass der Permanenzausschuss sowohl in der Überschrift als auch in den Anfangsworten des § 367 nicht von „Sicherung“ spricht, sondern die die Regelungsmöglichkeit einschließende Formulierung: „2. Zu Gunsten anderer Ansprüche“ und „Zu Gunsten anderer Rechte und Ansprüche können einstweilige Verfügungen getroffen werden: . . .“, verwendet. Erst der Gemeinsame Bericht, welcher ausweislich<sup>271</sup> nicht das System ändern wollte, sondern lediglich zum Schutz des Gegners der gefährdeten Partei die bereits im Permanenzausschuss diskutierte, aber dort (noch) verworfene<sup>272</sup> taxative Aufzählung der für Geldforderungen zulässigen Sicherungsmittel einfügte, enthielt die verengende Formulierung der Marginalrubrik zu § 381 EO und der Einleitungsworte dieser Norm: „Zur Sicherung anderer Ansprüche“. Dieser Wortlaut fand schließlich Aufnahme in den Gesetzestext. Der geschilderte Werdegang zeigt jedoch, dass damit eine Änderung im Sinn der Eliminierung der Regelungsverfügungen (§ 381 Z 2 EO) nicht beabsichtigt war.<sup>273</sup>

### c) Ergebnis

**2.14** Dieser rechtshistorische Befund steht auch in Einklang mit den heutigen Erfordernissen, die ein zeitgemäßer einstweiliger Rechtsschutz zu erfüllen hat. Die einschlägigen Fälle zeigen nämlich, dass sich bei Ablehnung des Rechtsinstituts der Regelungsverfügung eine **erhebliche Rechtsschutzlücke** auftun würde, eben jene, die die Reform 1895/98 erkannte und schließen wollte.

Es verwundert daher nicht, dass manche Autoren, die die Regelungs-eV nicht dem geltenden Recht entnehmen zu können glauben, einerseits Rechtsschutzdefizite konstatieren,<sup>274</sup> andererseits Aktivitäten des von der nicht einheitlichen Lehre und der zumindest verbal „zugeknöpften“ Rechtsprechung verunsicherten Gesetzgebers, der immer wieder einzelne Regelungs-eV in Patchwork-Manier

268 „Auch wenn eine Gefährdung oder Vereitlung der Rechtsverfolgung an sich nicht zu besorgen ist, können einstweilige Verfügungen vom Gerichte behufs vorläufiger Regelung der Beziehung der Parteien zur Sache, die den Gegenstand des Rechtsstreites bildet und namentlich zur Ordnung des Besitzstandes getroffen werden, . . .“ – *Canstein*, Der Gesetzentwurf über das Executions- und Sicherungsverfahren vom Jahre 1893, GZ 1894, 257, fand Regelungsverfügungen außerhalb des Besitzprozesses „haarsträubend“.

269 *Materialien* II 62f.

270 *Materialien* II 64.

271 *Materialien* II 646.

272 *Materialien* II 62.

273 AM *Konecny*, Anwendungsbereich 53ff, 57; *Sailer* § 378 EO Rz 19 aE.

274 *Konecny*, Anwendungsbereich 205f; *Konecny*, *JBL* 1994, 13 FN 35, 14; *Pfeffer*, Einstweiliger Rechtsschutz 121 FN 536.

ausdrücklich regelt, freudig begrüßen<sup>275</sup> und schließlich sogar die Einführung summarischer (Haupt-)Verfahren postulieren.<sup>276</sup>

Wenn *Konecny* Regelungsverfügungen ablehnt und zur Abgrenzung des § 381 Z 1 EO und § 381 Z 2 EO das Regelungsziel des § 381 Z 2 EO allein mit der „Sicherung der **Effizienz** der Rechtsverfolgung“ (im Gegensatz zu jenem des § 381 Z 1 EO: „Sicherung der **Möglichkeit** der Rechtsverfolgung“) umschreibt,<sup>277</sup> misst er – abgesehen von der Subtilität des verbalen Unterschieds – der Tatsache zu geringe Bedeutung zu, dass der Schutz der Effizienz der Rechtsverfolgung ohnehin Regelungsziel sämtlicher Maßnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes ist; die erheblich unterschiedlichen Tatbestandsvoraussetzungen der genannten Normen können allein damit also nicht begründet werden!

## 2. Umfang und Inhalt der Regelungsverfügungen

UE sind **zwei Fragen auseinander zu halten:** (a) Muss im Zeitpunkt der Entscheidung über die beantragte Regelung aus dem einstweiligen zu regelnden Rechtsverhältnis bereits ein Anspruch erwachsen sein oder zumindest mit hoher Wahrscheinlichkeit noch erwachsen und/oder (b) müssen sich die (Regelungs-)Maßnahmen im Rahmen eines (geltend zu machenden oder geltend gemachten) Anspruchs halten? 2.15

Klar ist: Wer die erste Frage verneint, beantwortet auch die zweite mit Nein. So propagierte etwa *Petschek* die Zulässigkeit „anspruchsloser“ Verfügungen im Sinn der ersten Frage und folgerte daher, dass bei den Regelungsverfügungen (§ 381 Z 2 EO) allenfalls sogar eine Klagsfrist (§ 391 Abs 2 EO) nicht zu setzen ist, da im Zeitpunkt der Begründetheit der eV wegen „drohender Gewalt“ oder wegen „drohenden unwiederbringlichen Schadens“ ein konkreter Anspruch noch gar nicht entstanden zu sein braucht. Eine Aufhebung der eV käme diesfalls bei Wegfall der genannten Anspruchs-voraussetzungen gem § 399 Abs 1 Z 2 EO in Frage.<sup>278</sup> Diese Auffassung verlangte auch eine berichtigende Interpretation des § 394 EO.

Zu (a): Ziel der Regelungs-eV ist es, durch die (einstweilige) Gestaltung eines Rechtsverhältnisses<sup>279</sup> den Rechtsfrieden zu bewahren. Da aber den Gerichten nicht eine allgemeine Gefahrenabwehr obliegt,<sup>280</sup> sondern der Schutz individueller Rechtspositionen, muss – damit eine Regelungs-eV erlassen werden kann – ein Rechtsverhältnis „streitig“ sein (vgl § 940 dZPO); dies ist es dann, wenn es vom Gegner der gefährdeten Partei „(auch ohne Verletzung) bestritten oder wenn es (auch ohne Bestreiten) verletzt worden ist“<sup>281</sup> (oder verletzt zu werden droht). Damit steht fest, dass es um Ansprüche geht, die sich auf

275 Vgl. *Klicka/Albrecht* in *Floßmann* (Hrsg), Recht, Geschlecht und Gerechtigkeit 282 ff; *Fucik/Oberhammer* in *Rechberger* (Hrsg), Außerstreitreform – in der Zielgeraden 103.

276 Siehe Rz 1.4/1.

277 *Konecny*, Anwendungsbereich 70 ff; ebenso *Konecny*, JBl 1994, 14; *Konecny*, ÖBA 1995, 312 (Entscheidungsbesprechung); diesem folgend OGH wohl 1994, 160 f.

278 ZBl 1932, 616 f (Entscheidungsbesprechung). Dass man bei der Normierung der Frist für die Rechtfertigungsklage nicht an die Besonderheiten der neu einzuführenden Regelungsverfügungen dachte, scheint auch aus der RV hervorzugehen, wo diesbezüglich nur auf das (bisher) „geltende Recht“ Bezug genommen wird (*Materialien I* 597).

279 Dieser Begriff umschließt auch „Rechte“: *Fasching*, Zivilprozeßrecht<sup>2</sup> Rz 1089.

280 Daher handelt es sich nicht um „rechtspolizeiliche Schadensverhütung“: So aber *Petschek*, ZBl 1932, 617 (Entscheidungsbesprechung); hiezu *Konecny*, Anwendungsbereich 28 f.

281 So plastisch *Reichold* in *Thomas/Putzo*, Zivilprozessordnung<sup>32</sup> § 940 dZPO Rz 3.

dieses Rechtsverhältnis beziehen<sup>282</sup> (zB Feststellungsansprüche gem § 228 ZPO) oder aus diesem Rechtsverhältnis entspringen (können).<sup>283</sup> Ohne solche Ansprüche könnte auch keine Rechtfertigung (Rz 5.51ff) erfolgen. Die erste Frage ist daher zu bejahen: **Infofern sind auch Regelungs-eV anspruchsgebunden.**<sup>284</sup>

- 2.17** Zu (b): Die **Art und der Umfang**<sup>285</sup> der hienach zulässigen Anordnungen freilich sind **nicht an den Inhalt des Hauptanspruchs gebunden.**<sup>286</sup> Die Art der zulässigen Maßnahmen bestimmt sich allein **am Zweck der Regelung**, nämlich der Abwehr von Gewalt oder eines drohenden unwiederbringlichen Schadens. Die Regelungs-eV haben eben im Gegensatz zu den Sicherungs-eV nicht nur die Sicherung (der Erfüllung) von Ansprüchen zum Ziel, sondern die Schaffung eines „leidlichen“ Zustands bis zum Eingreifen eines umfassenden gerichtlichen Rechtsschutzes<sup>287</sup> oder – wie *Schlosser*<sup>288</sup> plastisch formuliert – „die ordnungsgemäße Zwischenverwaltung komplexer Rechtsverhältnisse“. *Neumayr*<sup>289</sup> erkennt demgemäß, dass „**die Funktion von Regelungsverfügungen weit über den Sicherungszweck der anderen eV hinausgeht**“.

Infofern stellen die in einzelnen Normen enthaltenen Sonderbestimmungen über Regelungs-eV nichts anderes als Teilaspekte des generellen Norminhalts des § 381 Z 2 EO dar, deren Anliegen bereits weitgehend durch die „Mutternorm“ befriedigbar gewesen wäre. Dies wird etwa durch eine Rsp bestätigt, die davon abrückt, in den Sonder-eV *leges speciales* zu sehen, deren Schutz nicht jedermann zur Verfügung steht, und bekräftigt, dass ebensolche Anordnungen, gestützt auf allgemeine Anspruchsgrundlagen (in casu: Art 2 EMRK und § 16 ABGB [Persönlichkeitsrecht auf körperliche Unversehrtheit]), schon zu-

282 Siehe bereits *Hellwig*, System II 455.

283 *Brunz* in *Stein/Jonas*, Zivilprozessordnung<sup>23</sup> Vor § 935 dZPO Rz 26; *Drescher* in Münchener Kommentar<sup>6</sup> § 935 dZPO Rz 5.

284 Infofern ist *Konecny* (etwa JBl 1994, 13) zuzustimmen, der zu Recht moniert, dass sich sonst die eV „gegen gesetzmaßiges Verhalten richten würden“; freilich: Nach der hier vertretenen Auffassung (dazu Rz 3.77) kann – entsprechende Gefährdung vorausgesetzt (§ 381 Z 2 EO) – der regelbare Anspruch sowohl ein Geldanspruch als auch ein „anderer Anspruch“ sein (am *Konecny*, Anwendungsbereich 75).

285 *Konecny* (bereits in wobl 1991, 51) will die „Sicherungsmaßnahmen“ zwar „dem Umfang nach“ an den Hauptanspruch binden, er definiert jedoch den „Umfang“ so weit („gesamte rechtliche, wirtschaftliche und auch faktische Situation bei erfolgreicher Durchsetzung des Anspruchs“), dass damit wohl bereits die „Regelungen“ im hier vertretenen Sinn umfasst sind; *Konecny* folgend *Sailer* § 378 EO Rz 19.

286 Erstaunlicherweise – und durchaus **im Einklang mit der im Text vertretenen Meinung** – bemerkt *Konecny* an anderem Ort (in FS *Matscher* 274): „Die Gefahrenabwehr ist ein eigenständiger Aufgabenbereich, der mit der Prüfung und der zwangsweisen Durchsetzung des geltend gemachten Anspruchs sachlich wenig zu tun haben muß. Dazu sind uU Maßnahmen nötig, die in Erkenntnis- und Exekutionsverfahren nicht vorgesehen sind und die auch nicht im Rechtsverhältnis zwischen den Parteien wurzeln. Denkbar sind sogar Anordnungen, die umfangmäßig über den im Hauptverfahren verfolgten Anspruch hinausreichen.“ – Wie im Text *Broll* in Berufssportrecht V 18.

287 Zu eV ohne einen zugrundeliegenden materiellen Anspruch *Konecny*, Anwendungsbereich 94 ff.

288 In FS *Odersky* (1996) 672.

289 Exekutionsrecht<sup>2</sup> (2006) 252; ebenso *Neumayr/Nunner-Krautgasser* 322.