

Einstweilige Verfügungen: Wechselwirkungen zwischen Verfügungs- und Hauptverfahren

Der Beitrag schnell gelesen

Obwohl das Verfügungs- und das Hauptverfahren zwei selbständige Verfahren sind, stehen sie in einem inhaltlichen Zusammenhang: Durch die einstweilige Verfügung wird der Anspruch gesichert, der im Hauptverfahren endgültig durchgesetzt wird. Da Verfügungsverfahren nicht zwingend dem Hauptverfahren vorausgehen müssen, stellt sich die Frage, ob eine gegenseitige Beeinflussung möglich ist. Dieser Beitrag un-

tersucht Wechselwirkungen zwischen den Verfahren und insbesondere, ob und wie weit Ergebnisse des Hauptverfahrens im Verfügungsverfahren berücksichtigt werden müssen.

Zivilverfahrensrecht

§§ 378, 389, 399 EO; §§ 274, 499, 511 ZPO

ÖJZ 2023/129



VALERIE DOPPELBAUER, LL.M. (WU), ist Universitätsassistentin am Institut für Zivil- und Zivilverfahrensrecht der WU Wien.

Inhaltsübersicht:

- A. Allgemeines
- B. Auswirkungen des Verfügungs- auf das Hauptverfahren
- C. Auswirkungen des Haupt- auf das Verfügungsverfahren
 1. Verwertung von Beweisergebnissen des Hauptverfahrens
 2. Nicht rechtskräftige Entscheidung im Hauptverfahren
 - a) Tatsachenebene
 - b) Rechtsfragenebene
 3. Rechtskräftige Entscheidung im Hauptverfahren
 4. Aufhebung der Einstweiligen Verfügung
- D. Fazit

A. Allgemeines

Da einstweilige Verfügungen (eV) schnellen vorläufigen Rechtsschutz bezwecken, ist das Verfügungsverfahren als summarisches Eilverfahren konzipiert, das keine endgültigen Entscheidungen produziert.¹ Über den gesicherten Anspruch wird abschließend erst im Hauptverfahren abgesprochen, das damit auch über die Rechtfertigung der eV entscheidet.

Chronologisch folgt das Hauptverfahren meist auf das Verfügungsverfahren. Das ist aber nicht zwingend, die beiden Verfahren können in verschiedenen zeitlichen Konstellationen aufeinandertreffen. So können eV

- ▶ nicht nur bereits vor Einleitung des Hauptverfahrens,
- ▶ sondern auch gleichzeitig mit Klagseinbringung,
- ▶ während des Verfahrens erster Instanz,
- ▶ aber auch noch während des Rechtsmittelverfahrens
- ▶ und sogar während eines anhängigen Exekutionsverfahrens beantragt werden.²

Obwohl der OGH die vollkommene Selbständigkeit der beiden Verfahren betont,³ lässt sich ein inhaltlicher Zusammenhang doch nicht von der Hand weisen: die eV dient ja gerade der Sicherung des im Hauptverfahren verfolgten Anspruchs.⁴ Damit stellt sich die Frage, ob sich die beiden Verfahren gegenseitig beeinflussen.

B. Auswirkungen des Verfügungs- auf das Hauptverfahren

Die prozessualen Wirkungen des Verfügungs- auf das Hauptverfahren sind recht schnell abgehandelt: es gibt keine. Da der Anspruch endgültig und umfassend erst im Hauptverfahren beurteilt wird, ist die Entscheidung des bloß summarischen Verfügungsverfahrens für das Hauptverfahren weder bindend, noch muss im Hauptverfahren der Rechtsansicht aus dem Verfügungsverfahren gefolgt werden und schon gar nicht nimmt eine eV der Anspruchsverfolgung im Hauptverfahren das Rechtsschutzbedürfnis. Dabei macht es auch keinen Unterschied, ob das Verfügungsverfahren noch anhängig oder bereits rechtskräftig abgeschlossen ist: Das Hauptverfahren wird unbeeinflusst davon geführt.⁵

Das Hauptverfahren wird unbeeinflusst vom Verfügungsverfahren geführt.

Aufgrund des summarischen Charakters des Verfügungsverfahrens ist sogar die Verwertung von Beweisergebnissen nicht so einfach.⁶ Da im Verfügungsverfahren einerseits bloße Bescheinigungen ausreichen und andererseits nur parate Bescheinigungsmittel zulässig sind, erfüllen die Bescheinigungsergebnisse des

¹ König/Weber, Einstweilige Verfügungen⁶ (2022) Rz 1.6; Rechberger/Simotta, Exekutionsverfahren² (1992) Rz 873. Nach Kralik, Das Wesen der einstweiligen Verfügung, ÖJZ 1948, 342 (343), soll der Berechtigte nicht „darben, hungern und verhungern, bis die Rechtslage in einwandfreier Weise feststeht“.

² § 378 EO; Heller/Berger/Stix, Kommentar zur Exekutionsordnung III⁴ (1976) § 378, 2699f; Holzhammer, Österreichisches Zwangsvollstreckungsrecht⁴ (1993) 422; König/Weber, Einstweilige Verfügungen⁶ Rz 2.45.

³ Etwa OGH 4 Ob 93/94.

⁴ Hausmaninger, Die einstweilige Verfügung im schiedsgerichtlichen Verfahren (1989) 18 bezeichnet das Verfügungsverfahren als „selbständiges Hilfsverfahren“; Kralik, ÖJZ 1948, 342 (344); Rechberger/Simotta, Exekutionsverfahren² Rz 890.

⁵ Holzhammer, Österreichisches Zwangsvollstreckungsrecht⁴ 422; König/Weber, Einstweilige Verfügungen⁶ Rz 6.67 mwN; Rechberger/Simotta, Exekutionsverfahren² Rz 873; OGH 1 Ob 73/19w; 4 Ob 168/89; 4 Ob 581/95; 4 Ob 230/08i; 6 Ob 266/06w; 7 Ob 108/15f; RIS-Justiz RS0043717. Auch in Deutschland wird die Bindung verneint, etwa Seiler in Thomas/Putzo, Zivilprozessordnung⁴² (2021) Vor § 916 Rz 2.

⁶ König/Weber, Einstweilige Verfügungen⁶ Rz 6.68 mwN.

Verfügungsverfahrens nicht die Anforderungen, die an Beweisergebnisse im Hauptverfahren gestellt werden. Im Hauptprozess muss der vorgebrachte Sachverhalt deswegen anhand des Regelbeweismaßes und ohne Beschränkung der Beweismittel neu beurteilt werden. Dadurch ist es allerdings nicht ausgeschlossen, Ergebnisse des Verfügungsverfahrens nach § 281a ZPO im Hauptverfahren fruchtbar zu machen. Sie sind im Hauptverfahren aber ebenso am Regelbeweismaß zu messen.⁷

C. Auswirkungen des Haupt- auf das Verfügungsverfahren

Differenzierter zu beantworten ist die Frage, ob das Hauptverfahren im Verfügungsverfahren zu berücksichtigen ist. Da im Hauptverfahren über den zu sichernden Anspruch entschieden wird, ist es nämlich präjudiziell für das Verfügungsverfahren.⁸ Gibt es keinen zu sichernden Anspruch, gibt es auch keine eV. Abhängig davon, wann die eV beantragt wird, kann es zu unterschiedlichen Auswirkungen des Haupt- auf das laufende Verfügungsverfahren kommen.⁹ Es bietet sich daher an, etwaige Wechselwirkungen anhand verschiedener Fallkonstellationen zu betrachten.

1. Verwertung von Beweisergebnissen des Hauptverfahrens

Wird die eV während des laufenden Hauptverfahrens beantragt, ist das Gericht des Hauptverfahrens auch für das Verfügungsverfahren zuständig und auch die Besetzung des Verfügungsgerichts richtet sich nach dem Hauptverfahren (§ 387 EO).¹⁰ Liegen im Hauptverfahren bereits (erste) Beweisergebnisse vor, wäre es daher vorteilhaft, wenn diese Ergebnisse genauso im Verfügungsverfahren berücksichtigt werden könnten. Immerhin verhandeln in beiden Verfahren dieselben Parteien über denselben Anspruch vor derselben Richterin. So könnte es sich etwa anbieten, eine bereits im Hauptverfahren erfolgte Einvernahme eines Zeugen auch im Verfügungsverfahren zu verwerten, insbesondere, wenn dieser Zeuge vorübergehend ortsabwesend sein sollte.¹¹

Dazu muss nicht auf § 269 oder § 281a ZPO zurückgegriffen werden.¹² Da in Provisorialverfahren ein abgeschwächter Unmittelbarkeitsgrundsatz herrscht, ist eine Berücksichtigung von Beweisergebnissen anderer Verfahren abseits dieser Bestimmungen problemlos möglich.¹³ Zwar handelt es sich bei der Verwendung von Beweisergebnissen des Hauptverfahrens im Verfügungsverfahren im Kern um kein Problem der Unmittelbarkeit, da in beiden Verfahren ohnehin dieselbe Richterin tätig ist. Können im Verfügungsverfahren aber ohne weitere Voraussetzungen Ergebnisse aus beliebigen anderen Verfahren herangezogen werden, muss das erst recht für Ergebnisse des Hauptverfahrens gelten.

Da die Verfahren vor derselben Richterin stattfinden, wäre es zudem eigenartig, dürfte die Richterin von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch machen und müsste im Verfügungsverfahren die Verfahrensergebnisse aus dem Hauptverfahren ausblenden. Sie würde ihre Augen vor ihren eigenen Erkenntnissen aus dem Hauptverfahren verschließen und so möglicherweise eine eV erlassen, die tatsächlich nicht zusteht. Das wäre etwa der Fall, wenn die Äußerungen des Zeugen die Behauptungen der gefährdeten Partei entkräften, im Rahmen der eV aber nicht darauf zurückgegriffen wird.

Doch nicht nur die Richteridentität spricht für ein Aufgreifen der Beweisergebnisse des Hauptverfahrens im Verfügungsverfahren. Es darf auch nicht übersehen werden, dass im Exekutionsrecht, wo das Recht der eV angesiedelt ist, der Untersuchungs-

grundsatz herrscht.¹⁴ Das Verfügungsgericht muss demnach von Amts wegen das Tatsachensubstrat erheben und somit amtsweilig die Ergebnisse aus dem Hauptverfahren verwerten.

Wird nun im Verfügungsverfahren auf Ergebnisse des Hauptverfahrens zurückgegriffen, kann dadurch auch der Erlass von eV beschleunigt werden. Das kommt dem Ziel von eV entgegen, schnellen vorläufigen Rechtsschutz zu gewährleisten.

Im Verfügungsverfahren können die Beweisergebnisse des Hauptverfahrens verwendet werden.

2. Nicht rechtskräftige Entscheidung im Hauptverfahren

Ist das Hauptverfahren bereits weiter fortgeschritten und liegen dort nicht nur erste Beweisergebnisse, sondern bereits ein (erstinstanzliches) Urteil vor, kann dadurch das Verfügungsverfahren potentiell in einem größeren Ausmaß beeinflusst werden. Dabei sollen zuerst nicht rechtskräftige Urteile behandelt werden.

Ein nicht rechtskräftiges Urteil ist jedenfalls nicht bindend für das Verfügungsverfahren.¹⁵ Dass aber auch nicht rechtskräftige Urteile im Verfügungsverfahren berücksichtigt werden, zeigt § 389 Abs 1 EO. Er fordert für den Verfügungsantrag die Glaubhaftmachung des Anspruchs, außer wenn „schon ein den Anspruch zuerkennendes Urteil vorliegt“, worunter mit *König/Weber* auch nicht rechtskräftige Urteile zu verstehen sind.¹⁶ Das hat bereits *Sperl* ebenso gesehen: § 389 Abs 1 EO weise „ausdrücklich einem nicht rechtskräftigen Urteile einen bevorzugten Rang unter den glaubhaftmachenden Mitteln“ zu.¹⁷ Wurde der Anspruch daher in einer nicht rechtskräftigen Entscheidung im Hauptverfahren zuerkannt, muss ihn die gefährdete Partei nicht erneut bescheinigen.

Der Rückgriff auf nicht rechtskräftige Urteile hat auch das im eV-Verfahren besonders gewichtige Argument der Verfahrens-

⁷ Siehe ausf *König/Weber*, Einstweilige Verfügungen⁶ Rz 6.68.

⁸ *Holzhammer*, Österreichisches Zwangsvollstreckungsrecht⁴ 422; *König/Weber*, Einstweilige Verfügungen⁶ Rz 6.8/1.

⁹ Wird das Hauptverfahren erst nach Abschluss des Verfügungsverfahrens eingeleitet, kann es freilich zu keinen Beeinflussungen des Haupt- im Verfügungsverfahren kommen.

¹⁰ *König/Weber*, Einstweilige Verfügungen⁶ Rz 6.16. Gemeint ist das Gericht der ersten Instanz, vgl OGH 7 Ob 287/00g; *E. Kodek* in *Angst/Oberhammer*, Exekutionsordnung³ § 387 Rz 2 (Stand 1. 7. 2015, rdb.at); *G. Kodek* in *Deixler-Hübner*, Exekutionsordnung (36. Lfg 2022) § 387 Rz 37; aA *Holzhammer*, Österreichisches Zwangsvollstreckungsrecht⁴ 443. Siehe zur Gerichtsbesetzung 4 Ob 103/94.

¹¹ Ist der Zeuge während des Verfügungsverfahrens abwesend, etwa auf Urlaub, wäre seine (erneute) Aussage kein parates Beweismittel und folglich gar nicht zulässig, vgl *König/Weber*, Einstweilige Verfügungen⁶ Rz 6.47 mwN; *Spitzer* in *Spitzer/Wilfinger*, Beweisrecht § 274 ZPO Rz 10 (Stand 1. 9. 2020, rdb.at).

¹² *König/Weber*, Einstweilige Verfügungen⁶ Rz 6.47/3.

¹³ RIS-Justiz RS0040293; *König/Weber*, Einstweilige Verfügungen⁶ Rz 6.47/3; *Spitzer* in *Spitzer/Wilfinger*, Beweisrecht § 274 ZPO Rz 4 (Stand 1. 9. 2020, rdb.at).

¹⁴ *Holzhammer*, Österreichisches Zwangsvollstreckungsrecht⁴ 445; *König/Weber*, Einstweilige Verfügungen⁶ Rz 6.44 mwN. Siehe auch zur Diskussion über die materielle Prozessleitungspflicht im Verfügungsverfahren *G. Kodek* in *Deixler-Hübner*, Exekutionsordnung (36. Lfg 2022) § 389 Rz 19ff; *König/Weber*, Einstweilige Verfügungen⁶ Rz 6.48 mwN.

¹⁵ *Fasching*, Lehrbuch² (1990) Rz 1499; *Klicka* in *Fasching/Konecny III/2 § 411 ZPO Rz 52ff (Stand 1. 11. 2017, rdb.at); *Kodek/Mayr*, Zivilprozessrecht⁴ (2018) Rz 934.*

¹⁶ *König/Weber*, Einstweilige Verfügungen⁶ Rz 6.8/1. Die Materialien selbst geben keine genaueren Auskünfte zu dieser Bestimmung, s Materialien zu den neuen österreichischen Zivilprozessgesetzen I (1879) 596f. Auch in Deutschland wird vertreten, dass für die Bescheinigung auf die Hauptsacheakten und dortige Urteile verwiesen werden kann, auch wenn diese Urteile angefochten wurden, *Seiler* in *Thomas/Putzo*, Zivilprozessordnung⁴² § 920 Rz 4; *Vollkommer* in *Zöller*, Zivilprozessordnung³³ (2020) § 920 Rz 10.

¹⁷ *Sperl*, Schutz des Revisionswerbers gegen die sofortige Vollstreckung des bestätigenden Urteils zweiter Instanz, JBl 1900, 541 (542).

ökonomie auf seiner Seite. Immerhin musste der Anspruch für ein zuerkennendes Urteil im Hauptverfahren bereits eingehend geprüft werden. Es wäre eine unnötige und mit dem Erfordernis der Raschheit unvereinbare Anforderung an die gefährdete Partei, den Anspruch erneut umfassend darlegen zu müssen, wenn er schon in einem separaten Verfahren überprüft und bejaht wurde.¹⁸

Doch auch abseits des § 389 Abs 1 EO kann das nicht rechtskräftige Urteil des Hauptverfahrens im Verfügungsverfahren Berücksichtigung finden. Für die weitere Untersuchung soll nun die Tatsachen- von der Rechtsfragenebene getrennt werden.

a) **Tatsachenebene**

Da, wie zuvor erläutert, bereits Beweisergebnisse des laufenden Beweisverfahrens verwendet werden können, gilt das umso mehr für die Ergebnisse des abgeschlossenen Beweisverfahrens. Das Verfügungsgericht kann sich daher auf die Beweisergebnisse des Urteils stützen.

Verwendet das Gericht diese bereits aufgenommenen Beweise, hat es aber auch deren Würdigung zu übernehmen. Evident ist das in den Fällen der Richteridentität: In beiden Verfahren ist schließlich dieselbe Richterin tätig, wie soll sie die gleichen Beweise zweimal unterschiedlich bewerten? Wie soll sie etwa, um auf das Beispiel der Verwertung der Zeugenaussage zurückzukommen, dieselbe Zeugenaussage im Hauptverfahren für glaubhaft und im Verfügungsverfahren für nicht glaubhaft halten?

Es kann aber genauso zu Konstellationen kommen, in denen einzelne Beweisergebnisse, wie eben Zeugenaussagen, aber zum Beispiel auch Sachverständigengutachten, aus einem Verfahren verwendet werden sollen, bei dem eine andere Richterin als im Verfügungsverfahren tätig ist. Schließlich können im Verfügungsverfahren aufgrund des abgeschwächten Unmittelbarkeitsgrundsatzes Verfahrensergebnisse aus jedem beliebigen Verfahren benutzt werden. In diesen Fällen greift das Argument der Richteridentität nicht, die Frage der (abweichenden) Beweiswürdigung stellt sich nichtsdestotrotz. Für die Beantwortung lohnt es sich, einen Blick auf § 281a ZPO zu werfen, wo ebenfalls Beweisergebnisse aus anderen Verfahren verwendet werden. Dort geht die hA davon aus, dass es zu keiner Umwürdigung der Beweisergebnisse kommen darf.¹⁹ Das beruht auf dem Gedanken, dass unmittelbar aufgenommene Beweise nicht später mittelbar anders beurteilt werden dürfen,²⁰ was sich auch im Verfügungsverfahren fruchtbar machen lässt. Werden daher Beweise im Verfügungsverfahren herangezogen, die in einem anderen Prozess unmittelbar aufgenommen wurden, dürfen sie nicht abweichend beurteilt werden. Auch hier gilt also, dass die Glaubwürdigkeit ein und derselben Zeugenaussage in beiden Verfahren gleich zu beurteilen ist.

Dieses Ergebnis steht auch im Einklang damit, dass das Rekursgericht im Provisorialverfahren die Beweiswürdigung des Erstgerichts nicht mehr verändern darf.²¹ Dieser Vorrang der Unmittelbarkeit gilt trotz der grundsätzlichen Lockerung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes. Dem Rekursgericht steht es lediglich frei, Urkunden und bereits in erster Instanz mittelbar aufgenommene Bescheinigungsmittel neuerlich zu würdigen, weil es dabei zu keinem Verlust an Unmittelbarkeit kommt.²²

Steht nun fest, dass im Verfügungsverfahren die Beweisergebnisse samt Würdigung aus dem nicht rechtskräftigen Urteil des Hauptverfahrens verwendet werden können, stellt sich die Frage, welchen Einfluss die unterschiedlichen Beweismaße der Verfahren darauf haben. Im Hauptverfahren herrscht schließlich das Regelbeweismaß, während im Verfügungsverfahren Bescheini-

gungen ausreichen, weshalb die Beweisergebnisse des Hauptverfahrens die Anforderungen aus dem Verfügungsverfahren „übererfüllen“.

Bei genauerer Betrachtung zeigt sich, dass die unterschiedlichen Beweismaße zu keinen abweichenden Beweisergebnissen führen. Eine positive Beweiswürdigung umfasst auch eine positive Bescheinigung: Wurde eine Tatsache mit hoher Wahrscheinlichkeit für richtig gehalten, ist sie auch mit überwiegender Wahrscheinlichkeit für wahr zu halten und kann daher nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit für unwahr gehalten werden. Überzeugt ein Vorbringen hingegen im Hauptverfahren die Richterin nicht mit dem erforderlichen Maß an Wahrscheinlichkeit, könnte es trotzdem wahrscheinlich genug für eine positive Bescheinigung sein. Das führte aber zur eigenartigen Konsequenz, dass eine Verfügungsrichterin ein Vorbringen als bescheinigt erachten könnte, von dem sie weiß – weil sie es selbst beurteilt hat –, dass es im Hauptverfahren nicht dem Regelbeweismaß standhält. Das wäre nicht sachgerecht, weil der einzige Grund, der es sonst rechtfertigt, im Provisorialverfahren den Maßstab des § 274 ZPO ausreichen zu lassen, die benötigte Schnelligkeit des Verfahrens ist: Gründlichkeit wird gegen Raschheit abgewogen.²³ Hat jedoch bereits ein extensives Beweisverfahren stattgefunden, stimmt die Abwägung nicht mehr. In dieser Situation sind alle relevanten Verfahrensergebnisse unter Anwendung des Regelbeweismaßes heranzuziehen.²⁴ Wurde daher bereits, am Maßstab des Regelbeweismaßes gemessen, ein Beweis für nicht wahrscheinlich genug befunden, ist dieser Befund im Verfügungsverfahren zu übernehmen. Verfahrensergebnisse aus dem Hauptverfahren sollen auch nicht auf den Umwegen verschiedener Beweismaße verloren gehen.

Beweisergebnisse des Hauptverfahrens dürfen im Verfügungsverfahren, trotz unterschiedlicher Beweismaße, nicht abweichend beurteilt werden.

Zusammenfassend hat die Verfügungsrichterin zur Lösung der Tatfrage auf Beweisergebnisse aus dem Urteil des Hauptverfahrens zurückzugreifen, wobei sie die Ergebnisse trotz verschiedener Beweismaße nicht abweichend beurteilen darf.

¹⁸ Für die Verwertung nicht rechtskräftiger Entscheidungen sprechen aus systematischer Sicht auch die Bestimmungen über die Exekution zur Sicherstellung, wo ebenfalls nicht rechtskräftige Urteile herangezogen werden, vgl § 370 EO.

¹⁹ *Rechberger in Fasching/Konecny III/1³ § 281a ZPO Rz 3* (Stand 1. 8. 2017, rdb.at): „es versteht sich von selbst“; *Spitzer in Spitzer/Wilfinger, Beweisrecht § 281a ZPO Rz 3* (Stand 1. 9. 2020, rdb.at).

²⁰ Vgl OGH 1 Ob 507/96 eolex 1996, 674 (*Oberhammer*) = JBl 1996, 799 (*Klicka*); *Rechberger in Fasching/Konecny III/1³ § 274 ZPO Rz 13* (Stand 1. 8. 2017, rdb.at).

²¹ RIS-Justiz RS0012391; *König/Weber, Einstweilige Verfügungen⁶ Rz 6.93/1*. Die frühere Ansicht erlaubte eine Umwürdigung durch das Rekursgericht, vgl *Rechberger in Fasching/Konecny III/1³ § 274 ZPO Rz 13* (Stand 1. 8. 2017, rdb.at) mwN; der OGH stellte sich in 6 Ob 650/93 in einem verstSen gegen die alte Auffassung.

²² RIS-Justiz RS0012391 [T 3]; OGH 7 Ob 104/15t; 7 Ob 210/21i; 7 Ob 211/21m.

²³ *Holzhammer, Österreichisches Zwangsvollstreckungsrecht⁴ 423*; *Kininger, Einstweilige Verfügungen zur Sicherung von Rechtsverhältnissen* (1991) 24.

²⁴ Derselbe Gedanke findet sich bei der Einschränkung auf parate Beweismittel. So ist die Einholung eines Sachverständigengutachtens nicht parat. Wurde aber bereits im Hauptverfahren ein Sachverständiger bestellt, der aufgrund seiner früheren Tätigkeit auch im Verfügungsverfahren unverzüglich ein Gutachten abgeben kann, soll dies ein zulässiges Beweismittel sein, vgl OGH 4 Ob 19/10p.

b) Rechtsfragenebene

Sobald im Hauptverfahren ein, wenn auch nicht rechtskräftiges, Urteil vorliegt, kann im Verfügungsverfahren nicht nur bei der Lösung der Tatfrage auf das Hauptverfahren zurückgegriffen werden. Da es mittlerweile ebenso eine rechtliche Beurteilung des Anspruchs gibt, wäre es denkbar, dass auch die Rechtsansicht des Hauptverfahrens im Verfügungsverfahren Eingang findet. So könnte das Verfügungsgericht einerseits an seine eigene rechtliche Beurteilung aus dem Hauptverfahren „gebunden“ sein. Andererseits könnte das Verfügungsgericht verpflichtet sein, der Rechtsansicht eines höherinstanzlichen Gerichts des Hauptverfahrens zu folgen.

Obwohl im Haupt- wie auch im Verfügungsverfahren dasselbe Gericht zuständig ist, ist dennoch nicht § 416 Abs 2 ZPO einschlägig. Das Gericht ist nicht an seine eigene Entscheidung gebunden, weil sich nicht das Problem einer nachträglichen Abänderung des Urteils stellt, sondern im Gegenteil eine zweite Entscheidung gefällt werden muss.²⁵

Für die Berücksichtigung der rechtlichen Beurteilung des Hauptverfahrens im Verfügungsverfahren könnte stattdessen eine Entscheidung des 4. Senats sprechen.²⁶ Dort trug der OGH dem Erstgericht zuerst im Hauptverfahren eine Verfahrensergänzung unter Zugrundelegung seiner Rechtsansicht auf.²⁷ Einige Monate später wurde das Verfügungsverfahren ebenfalls an den OGH herangetragen. Der OGH vertrat nun die Meinung, dass sich die „Bindung an die den Vorinstanzen im Hauptverfahren überbundene Rechtsansicht bei unveränderter Sach- und Rechtslage auch auf die (zeitlich nachfolgende) Beurteilung der Sicherungsfähigkeit des Hauptanspruchs im Provisorialverfahren“ erstrecke.²⁸ Bedeutet das nun, dass ein Verfügungsgericht doch an die rechtliche Beurteilung des Anspruchs im Hauptverfahren gebunden ist?

ME dürfen aus der Entscheidung keine überschießenden Schlüsse gezogen werden. Die nähere Betrachtung zeigt, dass es sich in dem Verfahren um den speziellen Fall einer Aufhebung und Zurückverweisung handelte, bei der §§ 499, 511 ZPO eine besondere Art der Bindung an die rechtliche Beurteilung normieren.²⁹ Wird ein Urteil von einem Rechtsmittelgericht aufgehoben und zur erneuten Verhandlung zurückverwiesen, sind die unteren Instanzen an die rechtliche Beurteilung der oberen Instanzen gebunden. Gelangt ein solches Verfahren wieder vor jenes Gericht, das ursprünglich aufgehoben und zurückverwiesen hat, soll auch dieses Gericht an seine zuvor geäußerte Rechtsansicht gebunden sein.³⁰ Begründet wird das mit dem Schutz des Vertrauens der Verfahrensparteien auf die zuvor vertretene Rechtsansicht und mit der Verfahrensökonomie.³¹

Dass sich der OGH im konkreten Fall im Verfügungsverfahren an seine Rechtsansicht aus dem Hauptverfahren gebunden sah, ist daher auch konsequent: Der OGH kann von diesem rechtlichen Standpunkt nicht mehr abrücken, die rechtliche Beurteilung im Hauptverfahren ist somit endgültig. Da die Entscheidung im Hauptverfahren eine Vorfrage für das Verfügungsverfahren darstellt und sie endgültig rechtlich beurteilt wurde, hat auch das Verfügungsverfahren dieser Rechtsansicht zu folgen. Mit den Worten des OGH: „Diese Bindungswirkung hindert somit eine von der Entscheidung im Hauptverfahren abweichende rechtliche Beurteilung im Provisorialverfahren, kann doch die Entscheidung im Sicherungsverfahren immer nur der Sicherung des Hauptanspruchs dienen.“³² Da die rechtliche Beurteilung des Anspruchs feststeht, haben ihr alle Verfügungsgerichte zu folgen.

So richtig die Entscheidung ist, so wenig sagt sie m.Mn. aber über die Auswirkungen der rechtlichen Beurteilung des Haupt-

verfahrens auf die des Verfügungsverfahrens in anderen Fällen aus. Denn solange keine finale rechtliche Beurteilung vorliegt, ist es möglich, dass dem späteren rechtskräftigen Urteil eine abweichende Rechtsansicht zugrunde gelegt wird. Eine Bindung der Verfügungsgerichte an eine nicht endgültige Rechtsauffassung kann weder Rechtssicherheit herstellen noch mit der Anspruchsgebundenheit von eV begründet werden. Abgesehen von jenen seltenen Fällen, in denen es bereits eine endgültige und alle Gerichte des Hauptverfahrens bindende rechtliche Beurteilung über den Anspruch gibt – bei überbundenen Rechtsansichten des OGH –, sind die Verfügungsgerichte demnach nicht an die Rechtsauffassung des Hauptverfahrens gebunden. Das Verfügungsgericht muss somit weder seiner eigenen Rechtsansicht noch der von höherinstanzlichen Gerichten aus dem Hauptverfahren folgen, es hat den Antrag eigenständig rechtlich zu beurteilen.³³

Verfügungsgerichte sind nicht an die Rechtsauffassung des Hauptverfahrens gebunden.

3. Rechtskräftige Entscheidung im Hauptverfahren

Übrig bleiben jene Situationen, in denen über den Anspruch im Hauptverfahren bereits rechtskräftig entschieden wurde. Da das Bestehen des Anspruchs präjudiziell für die eV ist, ist die dahingehende Entscheidung des Hauptverfahrens für das Verfügungsverfahren bindend.³⁴ Wurde der Anspruch rechtskräftig verneint, ist der Antrag auf Erlassung der eV abzuweisen,³⁵ wurde er hingegen zuerkannt, ist dem auch im Verfügungsverfahren zu folgen. Das bedeutet aber noch nicht zwingend, dass auch eine eV zu erlassen ist, da dafür zusätzlich eine Gefährdung vorliegen muss.³⁶ Die rechtskräftige Entscheidung über den Anspruch ist gem § 411 Abs 2 ZPO amtswegig im Verfügungsverfahren wahrzunehmen.³⁷

²⁵ *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁹ (2017) Rz 936; vgl dazu auch *Feldner*, Die Bindung des Zivilgerichts an seine im Aufhebungs- und Zurückverweisungsbeschluss geäußerte Rechtsansicht, ÖJZ 2002, 221 (221).

²⁶ OGH 4 Ob 230/08 i.

²⁷ OGH 4 Ob 139/08 g.

²⁸ OGH 4 Ob 230/08 i.

²⁹ *Fasching*, Lehrbuch² Rz 1821 ff; *Lovrek in Fasching/Konecny IV/1³ § 511 ZPO Rz 3 ff* (Stand 1. 9. 2019, rdb.at); *Pimmer in Fasching/Konecny IV/1³ § 499 ZPO Rz 2 ff* (Stand 1. 9. 2019, rdb.at).

³⁰ *Fasching*, Lehrbuch² Rz 1824; *Pimmer in Fasching/Konecny IV/1³ § 499 ZPO Rz 20* (Stand 1. 9. 2019, rdb.at); Ausnahmen von der Bindung sollen nur vorliegen, wenn sich der Sachverhalt oder die Rechtslage ändern oder die Rechtsfrage zwischenzeitlich von einem verSten abweichend entschieden wurde, RIS-Justiz RS0043723; *Feldner*, ÖJZ 2002, 221 (223 f) mwN.

³¹ *Feldner*, ÖJZ 2002, 221 (222 f).

³² OGH 4 Ob 230/08 i.

³³ Zur Prüfungsintensität s jüngst OGH 7 Ob 16/23 p JBl 2023, 471 (*König*); *G. Kodek in Deixler-Hübner*, Exekutionsordnung (36. Lfg 2022) § 390 EO Rz 56; *König/Weber*, Einstweilige Verfügungen⁶ Rz 6.61.

³⁴ *Fasching*, Lehrbuch² Rz 1501; *Holzhammer*, Österreichisches Zwangsvollstreckungsrecht⁴ 422; *Klicka in Fasching/Konecny III/2³ § 411 ZPO Rz 16*, 52 ff (Stand 1. 11. 2017, rdb.at); *König/Weber*, Einstweilige Verfügungen⁶ Rz 6.8/1; ebenso für Deutschland *Vollkommer in Zöllner*, Zivilprozessordnung³³ § 920 Rz 10.

³⁵ Während eines laufenden Verfügungsverfahrens OGH 7 Ob 104/03 z bei „rechtskräftiger und endgültiger“ Versagung des Anspruchs im Hauptverfahren; *König/Weber*, Einstweilige Verfügungen⁶ Rz 6.67 FN 2386 sehen darin jedoch einen Fall der Aufhebung.

³⁶ Zu beachten ist weiters die Subsidiarität von eV, s *König/Weber*, Einstweilige Verfügungen⁶ Rz 2.45.

³⁷ RIS-Justiz RS0039968; *Klicka in Fasching/Konecny III/2³ § 411 ZPO Rz 134* (Stand 1. 11. 2017, rdb.at).

4. Aufhebung der Einstweiligen Verfügung

Bisher wurde thematisiert, wie verschiedene Stadien des Hauptverfahrens im anhängigen Verfügungsverfahren berücksichtigt werden können. Der Einfluss des Haupt- auf das Verfügungsverfahren endet jedoch nicht mit Erlass der eV, denn das Hauptverfahren kann auch für die Aufhebung der eV eine Rolle spielen.

Wird die eV erfolgreich gerechtfertigt und erwächst dieses Urteil in Rechtskraft, ist der Aufhebungsgrund des § 399 Abs 1 Z 2 EO erfüllt, da mit dem Urteil nachträglich die Gefährdung wegfällt.³⁸ Die gefährdete Partei kann Exekution führen, womit das Sicherungsbedürfnis erlischt und damit auch die Berechtigung für die eV. Verliert die gefährdete Partei im Hauptverfahren rechtskräftig, gibt es aber genauso keinen Grund, den nicht bestehenden Anspruch weiterhin zu sichern (§ 399 Abs 1 Z 4 EO).³⁹ Diese Aufhebungstatbestände können freilich auch mit dem Ablauf der Geltungsfrist nach § 391 Abs 1 EO zusammenfallen, der zu einer Aufhebung gem § 399 Abs 1 Z 5 EO führt.⁴⁰

Umstritten ist, ob nicht erst die rechtskräftige Entscheidung, sondern bereits eine geänderte Beweislage im Hauptverfahren zu einer Aufhebung der eV führen soll.⁴¹ Ein Teil der Lehre bejaht dies, wenn die Beweisergebnisse von den Bescheinigungsergebnissen abweichen, die der eV zugrunde gelegt wurden.⁴² Dem wird jedoch entgegengehalten, dass sich die Beweislage im Hauptverfahren potentiell von Verhandlung zu Verhandlung verändert und so laufenden Überprüfungen der eV Tür und Tor geöffnet wäre.⁴³ Auch die Rsp betont, dass eine bloße Änderung der Bescheinigungs- bzw Beweislage keine „endgültige Änderung“ im anspruchsbegründenden Sachverhalt und folglich keinen Wegfall der Gefährdung bewirke.⁴⁴ Dieser wäre für die Aufhebung jedoch notwendig. Außerdem führe dies zu einer „jederzeitigen Wiederaufnahmemöglichkeit des Provisorialverfahrens, was mit dem vorläufigen Sicherungszweck nicht in Einklang zu bringen ist“.⁴⁵

Einen Mittelweg schlagen *König/Weber* ein, die eine Aufhebung zwar noch nicht bei abweichenden Beweisergebnissen vertreten, wohl aber bei den Anspruch verändernden Tatsachenfeststellungen.⁴⁶ Weichen die Feststellungen einer nicht rechtskräftigen Entscheidung im Hauptverfahren von den Bescheinigungsergebnissen ab, soll das zu einer Aufhebung der eV berechtigen. Die Rsp stellt sich auch gegen diese Ansicht – bei „abweichenden Feststellungen im Hauptverfahren“ soll ebenso keine Aufhebung zulässig sein.⁴⁷ ME können abweichende Tatsachenfeststellungen sehr wohl einen Aufhebungsgrund darstellen, da das Risiko der sich ständig ändernden Beweislage und der stetigen Aufhebungsmöglichkeit beseitigt ist. Zusätzlich hätte diese Möglichkeit der Aufhebung das Argument der Spiegelbildlichkeit auf ihrer Seite, da Beweisergebnisse des Hauptverfahrens ebenso im laufenden Verfügungsverfahren verwendet werden dürfen.⁴⁸ Es wäre daher konsequent, sie auch bei Fragen der Aufhebung der eV zu beachten, vor allem in Anbetracht der unterschiedlichen Beweismaße. Lässt man eine Aufhebung der eV nur bei abweichenden Feststellungen zu, wäre auch die Beständigkeit der eV nicht ernsthaft gefährdet.

D. Fazit

Während das Hauptverfahren weder durch das laufende Verfügungsverfahren noch durch eine rechtskräftige eV beeinflusst wird, kommt es im Verfügungsverfahren zu verschiedenen Einwirkungen. Das Hauptverfahren strahlt je nach zeitlicher Kon-

stellation mehr oder weniger kräftig ins Verfügungsverfahren aus. Zu keinen Einflüssen kommt es notwendigerweise, wenn das Verfügungsverfahren zeitlich vor dem Hauptverfahren stattfindet. Gibt es im Hauptverfahren hingegen bereits Beweisergebnisse, können sie aufgrund der Abschwächung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes herangezogen werden. Das gilt insbesondere, weil in Verfügungsverfahren der Untersuchungsgrundsatz herrscht, und liegt auch im Interesse der Verfahrensökonomie. Außerdem sollen bereits erlangte Erkenntnisse nicht aktiv ausgeblendet werden, zumal in beiden Verfahren dieselbe Richterin tätig ist.

Nicht rechtskräftige Urteile des Hauptverfahrens können im Verfügungsantrag als bevorzugte Bescheinigungsmittel herangezogen werden. Darüber hinaus sind auch die Beweisergebnisse des nicht rechtskräftigen Urteils im Verfügungsverfahren zu verwerten, wobei das Verfügungsgericht an die Beweiswürdigung gebunden ist. Bei der rechtlichen Beurteilung hat sich das Verfügungsverfahren jedoch nicht an das Hauptverfahren zu halten. Liegt nicht der besondere Fall vor, dass die (überbundene) Rechtsansicht im Hauptverfahren bereits endgültig feststeht, sind Verfügungsgerichte nicht an die Beurteilungen der Hauptgerichte gebunden. Da die Entscheidung im Hauptverfahren eine Vorfrage für die eV darstellt, kommt es schließlich bei rechtskräftigen Entscheidungen im Hauptverfahren zur Bindung der Verfügungsgerichte. Ist die eV bereits erlassen, kann die rechtskräftige Entscheidung in der Hauptsache zur Aufhebung der eV führen.

Plus

ÜBER DIE AUTORIN

E-Mail: valerie.doppelbauer@wu.ac.at

³⁸ G. Kodek in *Deixler-Hübner*, Exekutionsordnung (36. Lfg 2022) § 399 EO Rz 11; *König/Weber*, Einstweilige Verfügungen⁶ Rz 8.9, 8.17 ff.

³⁹ G. Kodek in *Deixler-Hübner*, Exekutionsordnung (36. Lfg 2022) § 399 EO Rz 21.

⁴⁰ *König/Weber*, Einstweilige Verfügungen⁶ Rz 8.12. § 399 Abs 1 Z 5 EO wurde durch das GewaltschutzG 2019 eingefügt, der Ablauf der Geltungsdauer wurde zuvor unter § 399 Abs 1 Z 2 EO subsumiert, vgl. G. Kodek in *Deixler-Hübner*, Exekutionsordnung (36. Lfg 2022) § 399 EO Rz 32 b, 33 ff. Als Ende der Geltungsdauer werden laut *König/Weber*, Einstweilige Verfügungen⁶ Rz 5.41 oftmals die „Rechtskraft der Hauptentscheidung“, der „Abschluss des Hauptverfahrens“ oder der „Eintritt der Vollstreckbarkeit“ gewählt.

⁴¹ *König/Weber*, Einstweilige Verfügungen⁶ Rz 8.17/2 mwN. Die Rsp sieht in einer Änderung der Beweisergebnisse keinen Aufhebungsgrund: OGH 3 Ob 199/07 x; 3 Ob 185/08 i; 4 Ob 70/95; 6 Ob 26/99 p; aA für einstweiligen Unterhalt gem § 382 Z 8 lit a EO aber 1 Ob 179/00 f; 9 Ob 113/01 k.

⁴² *Zechner*, Sicherungsexekution und Einstweilige Verfügung (2000) 263 f.

⁴³ G. Kodek in *Deixler-Hübner*, Exekutionsordnung (36. Lfg 2022) § 399 EO Rz 15.

⁴⁴ Vgl OGH 6 Ob 26/99 p.

⁴⁵ OGH 6 Ob 26/99 p.

⁴⁶ *König/Weber*, Einstweilige Verfügungen⁶ Rz 8.17/2.

⁴⁷ RIS-Justiz RS0088263.

⁴⁸ Vgl oben C.1.