

1. Teil: Einleitung

I. Problemstellung

Unbestreitbar hat die (staatliche) Rechtspflege erst dann ihren Auftrag erfüllt, wenn der ihr unterbreitete streitige Anspruch **endgültig gestaltet, fest-gestellt oder** vollstreckbar ist und in letzterem Fall mangels freiwilliger Erfüllung **zwangsweise befriedigt** wurde oder werden würde, wenn nicht die dazu nötigen Mittel beim Verpflichteten fehlten oder sonstige anerkannte Hindernisse bestünden.¹⁾ Die so verstandene Endgültigkeit²⁾ wird einerseits durch den Eintritt der formellen Rechtskraft und andererseits durch das damit einhergehende (endgültige) Behaltendürfen des durch die Zwangsvollstreckung erzielten Befriedigungserfolgs markiert.

Die für die Erreichung dieses Ziels **erforderliche Zeit** berührt (jedenfalls objektiv) die Interessen aller Beteiligten des konkreten Verfahrens,³⁾ besonders aber denjenigen, der – außerhalb der Grenzen gerechtfertigter Selbsthilfe zur Inanspruchnahme der Rechtspflegeorgane gezwungen – „sein Recht (bei Gericht) suchen“ muss. Aus seiner Sicht verzögern die vorgesehenen Verfahren mit den dort eröffneten Rechtsmittelmöglichkeiten die Erfüllung dessen, was ihm (tatsächlich oder jedenfalls behauptetermaßen) zusteht.

Damit ist die (mitunter lange) **Dauer der gerichtlichen Verfahren** angesprochen, ein Problem, das es wohl schon seit dem Beginn geordneter Abwicklung solcher Verfahren gibt.⁴⁾ Unbestritten ist heute, dass ein Verfahren in angemessener Dauer abgeschlossen sein muss, um den Vorstellungen eines Rechtsstaats gerecht zu werden. Zur Erfüllung dieser Vorgabe sind freilich

¹⁾ Vgl schon *Haimperl*, AcP 18 (1835) 64 f: „Allein, um gleichen Schritt mit dem Rechte selbst zu halten, muß die Durchsetzung nicht allein sicher und schnell seyn, sondern sie muß sich auch soweit erstrecken, als das Recht selbst, das durchgesetzt werden soll; daher erscheint uns denn als weitere Eigenschaft einer guten Proceßgebung ... die, dass die Geltendmachung der Rechte vollständig sey. Es darf sonach des Richters Hülfe nicht früher ruhen, als bis sie dem Sieger zur vollen Befriedigung verholffen hat.“ – IdS auch Beschluss des EGMR 21. 12. 2010, 45.867/07 ua (*Gaglione ua/Italien*) Rz 32, wonach dem Art 6 EMRK nur Genüge getan ist, wenn auch die Durchsetzung konventionsgemäß erfolgt.

²⁾ Ein schillernder Begriff; siehe schon *Matscher*, ZZP 95 (1982) 194.

³⁾ Und darüber hinaus – jedenfalls nach *Klein*'scher Auffassung – auch die gesamte Rechtsgemeinschaft (siehe nur *Klein* in *Friedlaender/Friedlaender*, Franz Klein – Reden, Vorträge, Aufsätze, Briefe I 130 f).

⁴⁾ Zu dieser Thematik erst jüngst mit einem Blick auf die Lage in Deutschland, England, Frankreich, Italien und Spanien *R. Stürner* in FS Schütze 593 ff.

grundgesetzliche Anordnungen wie etwa **Art 6 EMRK**⁵⁾ und **Art 47 Abs 2 EU-Grundrechtecharta** allein nicht ausreichend. Die angestrebte „angemessene Dauer“ muss erst noch durch Vorkehrungen im einfachgesetzlichen und gerichtsorganisatorischen Bereich erreichbar gemacht und im rechtstatsächlichen Bereich im Einzelfall umgesetzt werden.

Die **einfachgesetzlichen Maßnahmen zur Vermeidung einer überlangen Verfahrensdauer** sind vielgestaltig und richten sich an die Beteiligten ebenso wie an das Gericht: Sie reichen beispielsweise von der autoritativen Beschränkung der Verfahrensdauer⁶⁾ auf eine bestimmte zeitliche Höchstdauer,⁷⁾ allenfalls verbunden mit Strafsanktionen gegen die beteiligten Richter,⁸⁾ über *contempt of court*-Sanktionen⁹⁾ und die mosaikhaften Einzelnormen der ZPO zur Verfahrensbeschleunigung (etwa §§ 44, 48, 178 Abs 2, §§ 179, 275 Abs 2, §§ 279, 482 ZPO) – solche Bestimmungen brachten diesem Gesetz anfangs den Vorwurf ein, einer „polizeistaatlich-konzentrierenden Tendenz“ zu frönen,¹⁰⁾ „Fixigkeit vor Richtigkeit“ walten zu lassen,¹¹⁾ mit der Gerechtigkeit „kurzen Prozess“ zu machen¹²⁾ – bis hin zu den verschiedenen Formen summarischer Verfahren.¹³⁾ Im Übrigen wirken auch Maßnahmen/Instrumente wie etwa

⁵⁾ Im Bereich des Familienrechts wird die Angemessenheit der Verfahrensdauer auch durch Art 8 EMRK verbürgt (siehe etwa jüngst EGMR 15. 1. 2015, 4.097/13 [*M. A./Österreich*] NLMR 2015, 43: Verzögerungen bei der Rückgabe eines entführten Kindes).

⁶⁾ Siehe etwa Art 12 Abs 1 EuMahnVO, Art 7 Abs 1 und 2 EuBagatellVO, Art 10 Richtlinie 2011/7/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Februar 2011 zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr ABl L 2011/48, 1, sowie die zahlreichen Befristungen für Verfahrenshandlungen des Gerichts in der EuKoPfVO. Eine solche Beschränkung wurde in Österreich zumindest im Rahmen der Ausarbeitung des 2. Gewaltschutzgesetzes überlegt: 106 JAB 24. GP 11. – Für das Verwaltungsrecht siehe etwa *Lehofer*, ÖJZ 2014, 945 ff.

⁷⁾ Hiezu *Böhm* in FG Machacek/Matscher 734, 738.

⁸⁾ Corpus Juris Fridericianum, Erstes Buch von der Prozeß=Ordnung (1781) Vorbericht S. XXVIII, Pkt XV. – Zu **disziplinarrechtlichen Folgen** auch ohne fixe zeitliche Umschreibung siehe unlängst OLG Wien 5. 8. 2014, Ds 6/13; OLG Innsbruck 27. 10. 2014, Ds 3/14.

⁹⁾ Siehe etwa die europaverfahrensrechtlich anrühigen (EuGH 2. 4. 2009, C-394/07 [*Marco Gambazzi/DaimlerChrysler Canada Inc. und CIBC Mellon Trust Company*], Slg 2009, I-2563) *unless orders* des angelsächsischen Rechts (zu diesen *Andrews*, *The Modern Civil Process* [2008] Rz 2.19).

¹⁰⁾ So *Schmidt*, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts² Vorwort VIII.

¹¹⁾ Vgl *Stein*, Zur Justizreform 102 f; *Stein*, Verhandlungen des 29. Deutschen Juristentages (Karlsruhe 1908) V (1909) 669, spricht auch davon, dass man sich von der diesbezüglichen „Hypnose des Austriazismus“ befreien müsse. Dazu *Sprung*, ZZZ 92 (1979) 21 f.

¹²⁾ Siehe den Hinweis bei *Volkmar*, Grundprobleme der Zivilprozeßreform, *Judicium* II (1929/30) 234.

¹³⁾ In Frankreich etwa die *référé provision* (hiezu jüngst *Kimmerle*, Befriedigungsverfügungen nach Art. 24 EuGVÜ/31 EuGVVO [2013] 3, 35 ff), in den Niederlanden das *Kort geding* (*Schneider*, Die Leistungsverfügung im niederländischen, deutschen und europäischen Zivilprozessrecht 27 ff; historisch *Zonderland*, ZZZ 90 [1977]

ein elektronischer Rechtsverkehr und zeitnahe Justizstatistiken in diese Richtung.¹⁴⁾

Aber auch die **einfachgesetzlichen Maßnahmen *post festum***, also solche, die dann eingreifen (sollen), wenn das Verfahren schon zu lange dauert (oder gedauert hat), sind in den einzelnen nationalen Rechten mannigfaltig: Sie reichen etwa vom Fristsetzungsantrag (§ 91 GOG)¹⁵⁾ über die schiere Möglichkeit, einen derartigen Grundrechtsverstoß verfassungsgerichtlich festgestellt zu erhalten,¹⁶⁾ bis hin zu besonderen Schadenersatzverfahren und -ansprüchen.^{17) 18)}

225 ff). – Zu den diesbezüglichen Bestrebungen in Österreich *Konecny* in FS Leopold 652; *Konecny in Rechberger*, Die Entwicklung des Zivilprozessrechts in Mittel- und Südosteuropa seit 1918, 15, 34; *König*, Einstweilige Verfügungen⁴ Rz 1/4a f.

¹⁴⁾ Siehe für Österreich etwa die Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr (ERV 2006), BGBl II 2005/481 idF BGBl II 2012/503, und die jährlich im Betrieblichen Informationssystem der Justiz (BIS-Justiz) vom Bundesministerium für Justiz zusammengestellten statistischen Daten. Zu Entwicklung und Funktion des BIS-Justiz ausführlich *Danzl*, Geo. Kommentar zur Geschäftsordnung für die Gerichte I. und II. Instanz (CD-Rom, Ausgabe 2013) Kommentierung zu §§ 87 bis 90 Geo; weiters *Danzl*, Geschäftsordnung für die Gerichte I. und II. Instanz (Geo.) – Leitfaden¹⁰, 148 ff; zur Technisierung des Zivilprozesses überhaupt *Konecny in Rechberger*, Die Entwicklung des Zivilprozessrechts in Mittel- und Südosteuropa seit 1918, 29 ff.

¹⁵⁾ Hiezu umfassend *Schoibl*, JBl 1991, 14 ff; *Schoibl in Fasching/Konecny*² IV/1 Anh Einleitung (§ 91 GOG) Rz 1 ff. – Wird ein solcher Fristsetzungsantrag schuldhaft nicht oder verspätet gestellt, verliert die Partei (insoweit) wegen § 2 Abs 2 AHG **Amtshaftungsansprüche** wegen Verfahrensverzögerungen (OGH 1 Ob 222/13y). – Zur Säumnisbeschwerde im Verwaltungsverfahren etwa *Schulev-Steindl*, ÖJZ 2014, 437.

¹⁶⁾ Etwa dBVerfG 2. 12. 2011, 1 BvR 314/11 ZIP 2012, 177 (nach 22 Jahren bzw 18 Jahren eines immer noch anhängigen „Spruchverfahrens“).

¹⁷⁾ Etwa in **Italien** die *legge Pinto* (Gesetz vom 24. 3. 2001 Nr 89, Previsione di equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole del processo e modifica dell' articolo 375 del codice di procedura civile, Gazzetta Ufficiale Nr 78 vom 3. 4. 2001 idF des Abschnittes VII, Art 55 des Gesetzes vom 7. 8. 2012 Nr. 134, Gazzetta Ufficiale Nr 187 vom 11. 8. 2012, Suppl. Ord. Nr 171; der ital VfGH [5. 3. 2014, Nr. 11] sieht unter Hinweis auf EGMR 21. 7. 2009, 33.946/03 [*Lesjak/Slowenien*] die Neufassung des Art 4 *leg cit* als konventionswidrig an, weil dieser die Geltendmachung des Schadenersatzanspruchs erst nach rechtskräftigem Abschluss des überlangen Verfahrens ermöglicht) und in **Deutschland** das Gesetz über den Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren und strafrechtlichen Ermittlungsverfahren, dBGBI 2011 I 2302 (moniert ua durch EGMR 2. 9. 2010, 46.344/06 [*Rumpff/BRD*] NLMR 2010, 275 [276 f] = NJW 2010, 3355 [*Meyer-Ladewig*]). Zum deutschen Beschleunigungsg: *Althammer/Schäuble*, NJW 2012, 1 ff; *Magnus*, ZJP 125 (2012) 75 ff; *Steinbeiß-Winkelmann/Ott*, Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren – Kommentar zu dem Gesetz über den Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren und strafrechtlichen Ermittlungsverfahren (2013); *Ohrloff*, Rechtsschutz 67 ff; *Steinbeiß-Winkelmann/Sporrer*, NJW 2014, 177 ff; *Steinbeiß-Winkelmann*, NJW 2014, 1276 ff; *Dietrich*, ZJP 127 (2014) 169 ff; *Schenke*, NJW 2015, 433 ff.

¹⁸⁾ Zu Österreich siehe *Böhm* in FG Machacek/Matscher 736 ff. – Auch allgemeine **Amtshaftungsansprüche** kommen in Frage: siehe etwa OGH 1 Ob 222/13y (wegen Überschreitens der Ausfertigungsfristen gem § 110 Geo); vgl auch OGH 1 Ob 223/12f.

Dass auch solche als Maßnahmen *post festum* vorgesehene Verfahren und die **Durchsetzung ihrer Ergebnisse** selbst wieder zu lange dauern können, zeigen die Verurteilungen Italiens durch den EGMR zur *legge Pinto*,¹⁹⁾ also Verurteilungen wegen der zu langen Verfahrensdauer gerade jenes Verfahrens, das Schadenersatz für die zu lange Dauer gerichtlicher Verfahren gewähren sollte. Wenn man aber bedenkt, dass beim EGMR 2011/2012 47 Richter beschäftigt und über 150.000 Verfahren anhängig waren,²⁰⁾ versteht man, dass auch dort im Hinblick auf die Verwirklichung des Grundrechts auf ein Verfahren in angemessener Dauer durch das EGMR-Verfahren selbst nicht zu Unrecht von einem Grundrechtsschutz in der Mogelpackung gesprochen wurde.²¹⁾

Eine weitere **überstaatliche Maßnahme *post festum*** ist die Individualbeschwerde an den EGMR.

In diesem Zusammenhang ist es bemerkenswert, wie oft auch österreichische und deutsche Verfahren betreffende Verurteilungen durch den EGMR wegen zeitlich unzumutbarer Verfahrensdauer erfolgen.²²⁾

Ein Mittel, die Auswirkungen dieses – bis zu einem bestimmten Grad unvermeidlichen – Phänomens „Verfahrensdauer“ auf den Rechtsschutz erträglicher zu machen, ist der einstweilige Rechtsschutz im Allgemeinen und – neben den verfahrensrechtlichen einstweiligen Maßnahmen (eV) – die **vorläufige Vollstreckbarkeit (Wirksamkeit) von Entscheidungen** im Besonderen.²³⁾

II. Vorläufige Vollstreckbarkeit

A. Allgemeines

Die Frage, ab welchem Stadium eines – aufgrund des Selbsthilfeverbots obligatorischen – Zivilverfahrens das eingangs erwähnte **Endziel** (Gestaltung, Feststellung, Befriedigung) **wenigstens vorläufig erreichbar** sein soll, ab wann also den Entscheidungen der Rechtspflegeorgane in diesem (wenngleich zeitlich beschränkten) Sinn Wirkkraft zukommen soll, beschäftigt die Rechtswissenschaft und die Legistik seit langem. Berücksichtigungswerte Interessen der Verfahrensbeteiligten, aber auch die Überlegung, Anfechtungsmöglich-

¹⁹⁾ Beschluss des EGMR 21. 12. 2010, 45.867/07 ua (*Gaglione ua/Italien*) Rz 52, der bereits von mehr als 3.900 anhängigen einschlägigen Verfahren berichtet.

²⁰⁾ Siehe in: Die Presse „Menschenrechtsgerichtshof ertrinkt in Beschwerden“ vom 9. 3. 2012, 8; *Zuck*, NJW 2011, Heft 40, editorial.

²¹⁾ *Zuck*, NJW 2011, Heft 40, editorial.

²²⁾ Siehe etwa die Hinweise, bundesdeutsche Verfahren betreffend, in EGMR 2. 9. 2010, 46.344/06 (*Rumpff/BRD*) NLMR 2010, 275 (276 f) = NJW 2010, 3355 (*Meyer-Ladewig*), ebenso wie – Österreich betreffend – EGMR 24. 4. 2014, 61.708/12 (*Hauptmann/Österreich*); 28. 10. 2010, 5.339/07 (*Pezold/Österreich*) und 14. 10. 2010, 42.205/06 (*Eigenstillner/Österreich*).

²³⁾ Zum (neuen) verwaltungsgerichtlichen Verfahren *Lehofer*, ÖJZ 2014, 5 ff, der im Zusammenhang damit zutreffend von vorläufigem Rechtsschutz spricht.

keiten nicht zu Verzögerungswerkzeugen „umfunktionieren“ zu lassen,²⁴⁾ können nämlich eine solche vorläufige Wirkkraft nicht nur opportun, sondern sogar geboten sein lassen.²⁵⁾ Zur Befriedigung dieser Interessen scheint der einstweilige Rechtsschutz (im engeren Sinn) nicht auszureichen.²⁶⁾

Daher ist in vielen Rechtsordnungen zusätzlich eine **vorläufige Vollstreckbarkeitswirkung** nach Durchführung zumindest eines erstinstanzlichen Erkenntnisverfahrens und ungeachtet eines möglichen oder tatsächlich eingelegten Rechtsmittels in mehr oder weniger großem Umfang realisiert.²⁷⁾ Gelegentlich wird sogar eine **vorläufige Feststellungs- und Gestaltungswirkung** normiert. Unverkennbar ist freilich, dass die Verfahrensgesetzgeber eine vorläufige Feststellungs- und Gestaltungswirkung eher nicht anordnen und dazu tendieren, den Eintritt dieser Wirkungen dem Zeitpunkt des Eintritts der Rechtskraft vorzubehalten. Dies mag damit zusammenhängen, dass die Rückführung dieser Wirkungen besondere Probleme mit sich bringt.²⁸⁾

Man denke nur daran, „vorläufig“ geschieden zu werden und dann bei endgültiger Abweisung der Scheidungsklage in dieser Zeit „rückwirkend“ (?) doch wieder verheiratet gewesen zu sein.

Selbst der in dieser Frage eher forsche österreichische Gesetzgeber (siehe § 61 Abs 1 ASGG, wonach der „Eintritt der Verbindlichkeit der Feststellung“ und auch jener der „Rechtsgestaltungswirkung“ nicht gehemmt wird, und § 44 Abs 1 AußStrG, wonach dem Beschluss „vorläufig Verbindlichkeit [sic!] oder Vollstreckbarkeit“ zuerkannt werden kann) nimmt jedenfalls im zuletzt ge-

²⁴⁾ Treffend *Hagen*, JBl 1968, 195: „Rechtsmittel sollen schließlich dem Rechtsschutz und nicht der Querulanz dienen“.

²⁵⁾ *Bellot*, Exposé des Motifs de la Loi sur la procédure civile pour le Canton de Genève, in *Taillandier*, Loi de la procédure civile du Canton de Genève (1837) 163, sieht den Zweck der vorläufigen Vollstreckbarkeit ausdrücklich darin, alle „tentatives de la chicane“ (Schikaneversuche) zu verhindern.

²⁶⁾ Das in Art 6 EMRK verbrieftete Recht auf effektiven Rechtsschutz beinhaltet auch einen eigenständigen Anspruch auf „einstweiligen Rechtsschutz“ (siehe schon *König*, Einstweilige Verfügungen³ Rz 6/3). Mittlerweile ist die schon dort vertretene Ansicht, dass das eV-Verfahren selbst auch an den inhaltlichen Erfordernissen des Art 6 EMRK zu messen ist und lediglich deren Einhaltung (EGMR: deren „sofortige Erfüllung“) uU zeitlich verschoben werden darf, durch den EGMR (ausdrücklich als „Änderung der Rechtsprechung“ deklariert) bestätigt worden (Erk [GK] 15. 10. 2009, 17.056/06 [*Micallef/Malta*] NLMR 2009, 294 ff). Ausführlich hiezu *G. Kodek*, EF-Z 2010, 58 ff; *G. Kodek*, Zak 2010, 8 ff; *G. Kodek* in *GedS Koussoulis* 213 ff; *G. Kodek* in *FS Delle Karth* 521 ff.

²⁷⁾ Das Rechtsinstitut hat französische Wurzeln; siehe schon *Protocole der Commission zur Berathung einer allgemeinen Civilprozeßordnung für die deutschen Bundesstaaten XI (CCXVI-CCXXXIII)* (1864) 4060; *Begründung des Entwurfs der dCPO* 1877, 392, abgedruckt in *Hahn* (Hrsg), *Die gesammten Materialien zur Civilprozeßordnung II*² (1881) 425.

²⁸⁾ Zum entsprechenden Problem bei Rechtsmittelklagen gegen Gestaltungsurteile *Jelinek* in *Fasching/Konecny*² Vor §§ 529 ff ZPO Rz 36 ff.

nannten § 44 Abs 1 AußStrG Entscheidungen in „Personenstandssachen“ ausdrücklich von der Zuerkennung der „vorläufigen Verbindlichkeit“ aus.²⁹⁾ Auch die bei einer Verurteilung zur „Abgabe einer Willenserklärung“ (§ 367 EO) in der Leistungsanordnung „versteckte“ Gestaltungsentscheidung wirkt aufgrund ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung erst ab Rechtskraft.

Im Rahmen dieser Arbeit interessieren nur die Regelungen über die vorläufige Vollstreckbarkeit von Leistungsentscheidungen.

B. Begrifflichkeiten

1. Unter **vorläufiger Vollstreckbarkeit** versteht man die Möglichkeit, die von einer Entscheidung zugesprochene Leistung nach Ablauf einer allfälligen materiellen (siehe freilich § 406, 1. Satz, ZPO) und/oder prozessualen Leistungsfrist (§ 409 ZPO; § 43 Abs 3 AußStrG; § 7 Abs 2 EO), aber noch vor Eintritt der formellen Rechtskraft zwangsweise und bis zur Befriedigung (**full enforcement**) durchsetzen zu können.

Obwohl die vorläufige Vollstreckbarkeit und die mangelnde Suspensivwirkung³⁰⁾ eines Rechtsbehelfs jedenfalls systematisch nicht deckungsgleich sind – bei ersterer handelt es sich nämlich um eine **Entscheidungswirkung**, bei letzterer um eine **Rechtsbehelfseigenschaft** –, ist dennoch unverkennbar, dass beide Rechtsinstitute nicht nur den gleichen Zielen dienen und weithin ähnliche Auswirkungen haben, sondern einander bedingen: Ist die Entscheidung vorläufig vollstreckbar, so fehlt einem zulässigen Rechtsbehelf (Rechtsmittel) gegen die Entscheidung eine die Vollstreckbarkeit zur Befriedigung aufschiebende Wirkung, während umgekehrt ein mit Suspensivwirkung ausgestatteter Rechtsbehelf die vorläufige Vollstreckbarkeit (gedanklich voraussetzt und) ausschließt. Anders formuliert: Der Suspensiveffekt ist das Gegenteil der vorläufigen Vollstreckbarkeit; ersterer legt die Betonung auf die Begünstigung des unterlegenen Antragsgegners/Beklagten, letztere auf die Begünstigung des obsiegenden Antragstellers/Klägers.

Bemerkenswert ist, dass der österreichische Gesetzgeber **traditionell** eher die Variante (mangelnde) Suspensivwirkung des jeweiligen Rechtsmittels verwendet (siehe etwa § 505 Abs 3, 2. Satz, § 524 Abs 1 ZPO; § 67 Abs 2 EO; § 61 Abs 1 ASGG) und erst die jüngere zivilverfahrensrechtliche Legistik dessen Pendant, die vorläufige Vollstreckbarkeit, einsetzt (siehe § 44 AußStrG).

2. Beide Rechtsinstitute können **generell** von Gesetzes wegen gegeben sein oder vom **Ausspruch** eines Gerichts im Einzelfall abhängen. Die erste

²⁹⁾ Bei der Regelung des rechtskraftdurchbrechenden Abänderungsantrags (§ 73 AußStrG) trägt das Außerstreitgesetz den Interessen dritter Personen insoweit Rechnung, als es eigens normiert, dass die Abänderung rechtsgestaltender Beschlüsse diesen gegenüber nicht zurückwirkt (§ 77 Abs 3 AußStrG).

³⁰⁾ Suspensivwirkung bedeutet, dass die Erhebung des Rechtsbehelfs den Eintritt der (mit der angefochtenen Entscheidung verbundenen) Entscheidungswirkungen (ua die Vollstreckbarkeit) hemmt/aufschiebt.

Variante ist aus der Sicht des jeweils Begünstigten zweifellos effektiver, kann doch im zweiten Fall zwischen dem Ergehen der Entscheidung in der Sache und jener über die Zuerkennung der vorläufigen Vollstreckbarkeit bzw die Zuerkennung der Suspensivwirkung des Rechtsbehelfs allenfalls ein *time lag* verbleiben.

3. Sowohl die vorläufige Vollstreckbarkeit als auch die mangelnde Suspensivwirkung ermöglichen grundsätzlich eine bis **zur Befriedigung** führende Zwangsvollstreckung und nicht nur eine Sicherstellung des (vorläufigen) Gläubigers.

Darüber hinaus gilt eine in diesem Sinn vorläufig vollstreckbare Forderung im Insolvenzverfahren auch als titulierte Forderung iSd § 110 Abs 2 IO.³¹⁾

4. Die Wirkungen der beiden Rechtsinstitute können uU im weiteren Verlauf des Verfahrens **aberkannt** werden oder sogar *ex lege* **wegfallen**.

5. Die **Dauer der vorläufigen Vollstreckbarkeit** ist jedenfalls begrenzt.

a) Sie wird einerseits maßgeblich durch das **Schicksal des nicht suspensiven Rechtsbehelfs** selbst bestimmt: Wird dieser zurückgezogen oder aus verfahrensrechtlichen Gründen rechtskräftig³²⁾ zurückgewiesen, mutiert die vorläufige Vollstreckbarkeit zur endgültigen. Da ohnehin bereits Exekution zur Befriedigung geführt werden kann, bedarf eine bereits anhängige Exekution keiner „Überleitung“. ³³⁾ Wird dem zunächst nicht suspensiven Rechtsbehelf nachträglich aufschiebende Wirkung zuerkannt, endet die vorläufige Vollstreckbarkeit. Ob ein bereits anhängiges Exekutionsverfahren diesfalls einzustellen ist, wird näher zu prüfen sein.

b) Andererseits ist die vorläufige Vollstreckbarkeit von der **inhaltlichen Erledigung des Rechtsbehelfs** abhängig: Ob die vorläufige Vollstreckbarkeit endet oder zur endgültigen Vollstreckbarkeit mutiert, hängt zum einen davon ab, ob die Entscheidung des Rechtsbehelfsgerichts die Entscheidung der Vorinstanz(en) bestätigt oder abändert oder ob sie die angefochtene Entscheidung aufhebt und den verfahrenseinleitenden Antrag zurückweist oder ob sie eine weitere prozessuale oder meritorische Prüfung zur Folge hat, die angefochtene Entscheidung also nur aufgehoben und die Rechtssache zur weiteren Behandlung an die bzw eine Vorinstanz zurückverwiesen wird. Zum anderen hängt das Schicksal der vorläufigen Vollstreckbarkeit davon ab, ob die vorgenannten Rechtsbehelfsentscheidungen selbst anfechtbar sind oder nicht: Ist die aufhebende oder abändernde Entscheidung des Rechtsbehelfsgerichts nicht endgültig und kommt dieser Entscheidung ihrerseits wieder vorläufige Wirksamkeit zu oder kann ihr eine solche zuerkannt werden, kann es zu einem im

³¹⁾ *Konecny in Konecny/Schubert* § 110 KO Rz 20 mwN.

³²⁾ Eine nicht rechtskräftige Zurückweisung des nicht suspensiven Rechtsbehelfs ändert an der vorläufigen Vollstreckbarkeit grundsätzlich nichts.

³³⁾ Zur „Überleitung“ einer Exekution zur Sicherstellung in eine Exekution zur Befriedigung siehe etwa *Neumayr/Nunner-Krautgasser, Exekutionsrecht*³ 282; *Klicka in Angst/Oberhammer*³ § 374 EO Rz 14.

Interesse der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit nicht unbedingt wünschenswerten (mehrmaligen) Wechsel zwischen (vorläufiger) Vollstreckbarkeit und Nichtvollstreckbarkeit kommen. Auch darauf wird im Folgenden noch zurückzukommen sein. Ist dagegen die abändernde oder bestätigende Entscheidung endgültig, endet die vorläufige Vollstreckbarkeit oder mutiert zur endgültigen.

6. Untrennbar mit der Thematik verbunden ist die Frage, wie die tatsächlichen Auswirkungen der Vollstreckung (oder „freiwilligen“ Befolgung) einer vorläufig vollstreckbaren Entscheidung beseitigt werden (können), wenn sich „am Ende des Tages“ herausstellt, dass diese vorläufige Wirkung vom Endergebnis des Verfahrens her betrachtet zu Unrecht eingetreten ist oder eingeräumt wurde. Es geht dabei einerseits um die **Rückführung des** (vorläufig) **„Geleisteten“** (im weiteren Sinn) und andererseits um die **Erstattung eines** durch diese vorläufige Leistung verursachten **Schadens**.

7. **Rechtsvergleichend** ist auffallend, dass nicht nur unterschiedliche Zeitpunkte für das Eintreten und für den Wegfall der vorläufigen Vollstreckbarkeit, sondern – mehr noch – unterschiedliche Arten der verfahrensrechtlichen Realisierung des Anliegens der vorläufigen Vollstreckbarkeit festzustellen sind.³⁴⁾ Gleiches gilt hinsichtlich der Regelungen zur Beseitigung der tatsächlichen Auswirkungen einer solchen vorläufigen Vollstreckung, wenn und weil sich *ex post* herausstellt, dass diese vorläufige Wirkung vom Verfahrensausgang her betrachtet zu Unrecht eingetreten oder gewährt worden ist.³⁵⁾

8. Dass der gesetzgeberische **Variantenreichtum** der Antworten auf diese Fragen selbst **innerhalb** ein und derselben **Rechtsordnung** Realität ist, soll im Folgenden anhand des österreichischen Zivilverfahrensrechts dargestellt werden.³⁶⁾ Die dabei gewonnenen (Er-)Kenntnisse werden zeigen, dass eine grundlegende Reform zumindest im nationalen Bereich notwendig ist.³⁷⁾ Sie lassen aber auch Rückschlüsse auf die maßgebenden Eckpunkte für eine solche Reform zu.³⁸⁾

C. Parteiantrag auf Normenkontrolle

1. Die **vorläufige Vollstreckbarkeit** einer Entscheidung bleibt von der Stellung eines Parteiantrags auf Kontrolle der Gesetzwidrigkeit einer Verordnung

³⁴⁾ Siehe dazu etwa *Zoller*, Vorläufige Vollstreckbarkeit im Schweizer Zivilprozessrecht 135 ff; Studie der EU-Kommission JAI/A3/2002/02 „*on making more efficient the enforcement of judicial decisions within the European Union*“ (<http://www2.ipr.uni-heidelberg.de/studie/indexd.htm> abgerufen am 18. 12. 2015); *Yessiou-Faltsi* in *Gottwald*, Perspektiven der justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen in der Europäischen Union 213 (insb 234 ff); *Kerameus* in FS Gaul 277 ff. Zur Rechtslage nach der neuen schweizZPO *J. Roth*, AJP/PJA 2011, 771 ff.

³⁵⁾ Rechtsvergleichend *Schreiber*, Haftung 38 ff.

³⁶⁾ Siehe den 2. Teil dieser Arbeit.

³⁷⁾ Siehe den 3. Teil dieser Arbeit.

³⁸⁾ Siehe 2. Teil, 5. Abschnitt.

(Art 139 Abs 1 Z 4 B-VG), der Gesetzwidrigkeit einer Kundmachung über die Wiederverlautbarung eines Gesetzes (Staatsvertrages) (Art 139a B-VG), der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes (Art 140 Abs 1 Z 1 lit d B-VG) oder der Rechtswidrigkeit eines Staatsvertrages (Art 140a B-VG) **unberührt** (§ 528b Abs 2, letzter Satz, ZPO). Das ordentliche Gericht kann also ungeachtet des Normenkontrollantrags über die Zu- und Aberkennung der vorläufigen Vollstreckbarkeit der angefochtenen Entscheidung bzw der Suspensivwirkung des (gleichzeitig³⁹) mit dem Parteiantrag auf Normenkontrolle) erhobenen Rechtsmittels entscheiden; ebenso kann aufgrund einer vorläufig vollstreckbaren Entscheidung ungeachtet des Normenkontrollantrags Exekution geführt werden.⁴⁰)

Zwar dürfen, wenn ein Parteiantrag auf Normenkontrolle gestellt wird, in dem beim Rechtsmittelgericht anhängigen Verfahren bis zur Verkündung bzw Zustellung des VfGH-Erkenntnisses „nur solche Handlungen vorgenommen oder Anordnungen und Entscheidungen getroffen werden, die durch das Erkenntnis ... nicht beeinflusst werden können oder die die Frage nicht abschließend regeln und keinen Aufschub gestatten“ (§ 57a Abs 6, § 62a Abs 6 VfGG). Ungeachtet dessen können aber Handlungen, Anordnungen oder Entscheidungen vorgenommen oder getroffen werden, die die vorläufige Verbindlichkeit, Rechtsgestaltungswirkung oder Vollstreckbarkeit einer Entscheidung betreffen (§ 528b Abs 2, letzter Satz, ZPO; § 80a Abs 1 AußStrG). Der Gesetzgeber⁴¹) ging davon aus, dass „solche Maßnahmen ... unabhängig davon, ob sie kraft Gesetzes eintreten oder vom Gericht angeordnet werden, stets einer **besonderen Interessenabwägung** Rechnung tragen, welche den Eintritt dieser Entscheidungswirkungen im konkreten Fall bereits vor Rechtskraft der Entscheidung erforderlich macht oder diese Konsequenz im Einzelfall gerade nicht eintreten lassen will“, eine „in bestimmten Verfahrenskonstellationen notwendige Flexibilität“, die auch während eines Normenkontrollverfahrens erhalten bleiben solle.

2. Ist in einem Zivilverfahren vorgesehen, dass erstinstanzliche Entscheidungen *ex lege* oder aufgrund gerichtlicher Anordnung vorläufig vollstreckbar sind, ist dies vom einfachen Gesetzgeber im Rahmen der Prüfung, in welchen Angelegenheiten zur Sicherung des Verfahrenszwecks ein Parteiantrag auf Normenkontrolle aufgrund verfassungsgesetzlicher Ermächtigung für unzulässig erklärt werden darf (Art 139 Abs 1a, Art 140 Abs 1a B-VG; ausgeführt durch § 57a Abs 1, § 62a Abs 1 VfGG), uE zu berücksichtigen. Dies führt dazu, dass dann, wenn eine erstinstanzliche Entscheidung *ex lege* vorläufig voll-

³⁹) So jedenfalls die einfachgesetzliche Regelung (§ 57a Abs 1, § 62a Abs 1 VfGG); anders die Formulierung im B-VG (Art 139 Abs 1 Z 4, Art 140 Abs 1 Z 1 lit d: „aus Anlass eines ... Rechtsmittels“). Zur Auslegung dieser Diskrepanz VfGH G 257/15.

⁴⁰) EB zur RV 263 BlgNR 25. GP 6 f und 7 f, unter Hinweis auf § 524 Abs 1 und 2 ZPO, § 61 ASGG und § 44 Abs 1 AußStrG.

⁴¹) EB zur RV 263 BlgNR 25. GP 6 f.

streckbar ist oder für vorläufig vollstreckbar erklärt werden kann, ein **Ausschluss des Normenkontrollantrags**, soweit dadurch eine Verfahrensverzögerung durch den in erster Instanz unterlegenen Gegner verhindert werden soll, idR **nicht erforderlich** erscheint. Die den Normenkontrollantrag stellende (und dadurch das Zivilverfahren verzögernde) Partei ist nämlich die beschwerte Partei, also jene, die durch die vorläufig vollstreckbare Entscheidung belastet wird. Die in erster Instanz obsiegende Partei hat aber, da sie **aufgrund der vorläufigen Vollstreckbarkeit** der angefochtenen Entscheidung ohnehin schon deren Umsetzung erwirken kann, regelmäßig kein ausreichendes Interesse an einem Ausschluss der Anrufbarkeit des VfGH.

Auch vor diesem Hintergrund ist die Verfassungskonformität des Ausschlusses des Parteiantrags auf Normenkontrolle jedenfalls in **Besitzstörungsverfahren** (§ 57a Abs 1 Z 2, § 62a Abs 1 Z 2 VfGG) und **Verfahren betreffend einstweilige Verfügungen** gem §§ 378 ff EO (§ 57a Abs 1 Z 9, § 62a Abs 1 Z 9 VfGG) zweifelhaft.⁴²⁾

III. Der österreichische Weg

A. Historische Grundlagen

Das Rechtsinstitut der vorläufigen Vollstreckbarkeit hat in Österreich nur schwache historische Wurzeln.⁴³⁾ Die Verfasser der Allgemeinen Gerichtsordnung (AGO) 1781⁴⁴⁾ fanden **zwei unterschiedliche Auffassungen** über die hemmende Wirkung der Appellation vor: In Böhmen galt der Grundsatz, dass ein erstrichterliches Erkenntnis ungeachtet der dagegen ergriffenen Appellation gegen Sicherstellung vollständig zu vollstrecken ist, während man in den „deutschen Ländern“ der damaligen Monarchie der Appellation eine unbedingt hemmende Wirkung einräumte und zwischenzeitlich nur solche Sicherungsmaßnahmen zuließ, die zwar geeignet waren, die körperliche Verfügung über bestimmte Vermögensobjekte (!) zu hemmen, jedoch die spätere Vollstreckung des zuerkannten Rechtes nicht sicherzustellen vermochten.⁴⁵⁾ Einen Eingriff in die Rechtssphäre des Appellanten zuzulassen, ohne die Rechtskraft eines Urteils abzuwarten, wurde nämlich als sehr bedenklich empfunden.⁴⁶⁾

⁴²⁾ Vgl auch *Kodek/Potacs* Rz 222. – *Schoditsch*, *ecolex* 2015, 340, hält die Ausnahmen dagegen „jedenfalls für den Bereich von Eilverfahren“ für sachlich gerechtfertigt.

⁴³⁾ Hiezu bereits *König* in FS Rechberger 317 ff.

⁴⁴⁾ Vom 1. 5. 1781 JGS 13.

⁴⁵⁾ *Harrasowsky*, Die Rechtsmittel im Civilprocesse 445; siehe auch *Loschelder*, Die österreichische Allgemeine Gerichtsordnung von 1781, 158 f.

⁴⁶⁾ Zum Gemeinen Recht siehe etwa *Renaud*, Lehrbuch des Gemeinen deutschen Civilproceßrechts² 553: „Daß aber ... ferner der Unterrichter auch sonst wegen Gefahr im Verzuge dem von ihm zugelassenen Rechtsmittel den Suspensiv-Effect versagen könne, wird ohne Grund für das gemeine Recht behauptet, während Particularrechte

Die in den deutschen Ländern herrschende Anschauung fand schließlich in § 259 AGO ihren Niederschlag: „Ueber jene Punkte, wider welche nicht ausdrücklich appelliret worden ist, soll nach verstrichener Appellationsfrist auf Begehren des Obsiegers sogleich die Execuzion ertheilet; in Ansehung jener aber, wider welche die Appellazion angemeldet worden ist, bis zu erfolgendem Appellationsurtheile mit aller Execuzion innegehalten werden; sollte jedoch die Streitsache also beschaffen seyn, daß der in erster Instanz obsiegende Theil bis zu erfolgendem Appellationsurtheile einer Sicherstellung, Bedeckung, oder andern gerichtlichen Vorkehrung bedürfte, soll ihm diese von dem Richter auf Anlangen ertheilet werden“.⁴⁷⁾

Über die Frage, ob diese Sicherstellung, die Bedeckung oder die anderen gerichtlichen Vorkehrungen rangsichernde Wirkung haben, entbrannte alsbald ein lebhafter Streit,⁴⁸⁾ der erst durch die Westgalizische Gerichtsordnung (**WestgalGO**) 1796 (§ 339) gesetzgeberisch beigelegt wurde. Demnach war der vorläufig Obsiegende auf Antrag „mit der Pfändung, oder mit einer andern der Sache angemessenen Bedeckung sicher zu stellen.“

Dieses System lag auch der späteren **Provisorischen Civilprozessordnung** für Ungarn, Croatien, Slavonien, der serbischen Woiewodschaft, dem Temeser Banat und für Siebenbürgen 1852 zugrunde⁴⁹⁾ und wurde in der Folge in zahlreiche (sonder-)verfahrensrechtliche Normen⁵⁰⁾ sowie in die ZPO-⁵¹⁾ bzw EO-Entwürfe des 19. Jahrhunderts übernommen.

Lediglich der (österreichische) „**Referentenentwurf einer Civilproceßordnung**“ (1866) schlug in seinen §§ 796 und 797 die „vorläufige Vollstreckbarkeit“ (im Sinn eines allgemeinen Ausspruchs der vorläufigen Vollstreckbarkeit schon im Urteil) vor. Ergänzend sollte in § 798 auf Interessen des Schuldners Rücksicht genommen werden können.

§ 796: „Das Vollstreckungsverfahren findet nur auf Grund eines durch das Gesetz als zur Vollstreckung geeignet erklärten Schuldtitels statt. Solche sind:

für solche und gegebene andere Sachen den Grundsatz aufstellen, es werde durch die Berufung die Vollstreckbarkeit des Erkenntnisses nicht sistirt. ... Auch kann particularrechtlich auf Antrag die vorläufige Vollstreckbarkeit eines Erkenntnisses im Urtheile selbst ausgesprochen werden“.

⁴⁷⁾ § 298 AGO sprach bereits ausdrücklich von „Exekution zur Sicherstellung“, die laut *Anonymus*, JBl 1879, 351, „in dieser Form ganz unbekannt“ gewesen sein soll.

⁴⁸⁾ *Canstein*, Lehrbuch der Geschichte und Theorie des Oesterreichischen Civilprozessrechtes I 186 f. – Siehe hiezu etwa HfD 18. 4. 1785 JGS 409; *Tremel*, Der Jurist 1839, 368 ff; *Mikolasch*, Zeitschrift für österreichische Rechtsgelehrsamkeit und politische Gesetzkunde 1841 II 252 ff, 259 FN 1.

⁴⁹⁾ Justizministerial-Verordnung vom 3. 5. 1852, RGBl Nr 104 und 16. 9. 1852, RGBl Nr 190 (diese Prozeßordnung wurde von *Lichtenfels* verfasst; *Menger*, System 64 FN 27).

⁵⁰⁾ *Ullmann*, Das österreichische Civilprozeßrecht³ 498 ff.

⁵¹⁾ Auch der Entwurf einer bürgerlichen Proceß-Ordnung bis zur Execution 1862 huldigt diesem System (§§ 494 ff).

1. Urtheile, welche der Berufung nicht unterliegen, oder welche als einstweilen vollstreckbar erklärt sind; ...“.

§ 797: (1) „In den Fällen, für welche dieses Gesetz vorschreibt, daß das Urtheil einstweilen vollstreckbar sei, oder daß die Vollstreckung desselben durch Erhebung der Berufung nicht gehemmt werde, ist im Urtheile dessen einstweilige Vollstreckbarkeit von Amtswegen auszusprechen.“

(2) „In anderen Fällen kann auf Antrag, wenn die Aussetzung der Vollstreckung bis zur Rechtskraft des Urtheiles den Antragsteller gefährden würde, die einstweilige Vollstreckbarkeit gegen Sicherheitsleistung im Urtheile verfügt werden, sofern nicht dem Gegner durch die Vollstreckung Gefahr eines unersetzlichen oder schwer zu ersetzenden Schadens droht, und er dieses nöthigenfalls bescheinigt.“

(3) „Wegen der Proceßkosten darf die einstweilige Vollstreckbarkeit nicht ausgesprochen werden; ist dieselbe im Allgemeinen verfügt worden, so ist dieses auf die Proceßkosten nicht zu beziehen.“

§ 798: (1) „Wenn die Partei, gegen welche ein Urtheil als einstweilen vollstreckbar erklärt worden ist, bescheinigt, daß ihr durch die Vollstreckung Gefahr eines unersetzlichen oder schwer zu ersetzenden Schadens drohe und zugleich Sicherheit leistet, so kann selbst ohne Anhörung des Gegners die Einstellung oder die Unterbrechung des Vollstreckungsverfahrens beim Gerichte, welches die Vollstreckbarkeit ausgesprochen hat, beschlossen werden.“

(2) „In sehr dringenden Fällen kann diese Verfügung auch von dem Vorstande des Gerichtes und selbst von dem Vollstreckungsgerichte erlassen werden; die von Letzterem erlassene Verfügung bleibt jedoch nur bis zu der durch das zuständige Proceßgericht erfolgenden Entscheidung wirksam, und es ist deshalb dem Schuldner eine Frist zur Vorlage dieser Entscheidung zu bestimmen.“

Dieser Regelungsvorschlag war damals deshalb nicht verwunderlich, weil er (trotz der zwischenzeitlichen kriegerischen Auseinandersetzung zwischen Preußen und Österreich⁵²⁾) die Ergebnisse der noch vom Deutschen Bund gemeinsam erarbeiteten Hannoveraner Entwürfe fortschrieb.⁵³⁾

Dieser Ausreißer war jedoch nur ein kurzes Intermezzo: Bereits die **RV einer Civilproceßordnung 1867**⁵⁴⁾ erwähnte bei der Aufzählung der Exeku-

⁵²⁾ Siehe Erläuternde Bemerkungen zu dem Referenten-Entwurf einer Civilproceßordnung (1866) 3: „Die traurigen Ereignisse, welche seit dem Schlusse der Commissionsarbeiten unser Vaterland betroffen, die Ausscheidung Oesterreichs aus Deutschland, ...“

⁵³⁾ Die „einstweilige“ Vollstreckbarkeit wurde im dortigen Referentenentwurf 1864 in den § 249 (Urteil), § 559 (Berufung), § 630 (Vollstreckungsverfahren) vorgesehen (Protocolle der Commission zur Berathung einer allgemeinen Civilproceßordnung für die deutschen Bundesstaaten, Anlagen I.–XXIII. [1864]) und schließlich im Zuge der 1. bzw 2. Lesung in den §§ 645, 646 (Vollstreckungsverfahren) im (Hannoveraner) Entwurf (Entwurf einer allgemeinen Civilproceßordnung für die deutschen Bundesstaaten, Protocolle, Anlagen CCXLIX.–CCCLXXIV. [1866]) zusammengefasst.

⁵⁴⁾ Vorgelegt in der 66. Sitzung des AH 18. 12. 1867, I. Session der II. Wahlperiode (siehe hiezu den Bericht des Ausschusses zur Vorberathung des Entwurfes einer Civil-