

EM. O. UNIVERSITÄTSPROFESSOR  
DR. JUR. BERNHARD KÖNIG  
UNIVERSITÄT INNSBRUCK  
INSTITUT FÜR ZIVILGERICHTLICHES VERFAHREN

A-6020 INNSBRUCK  
INNRAIN 52, 7.12.2020

An das  
Bundesministerium für Justiz  
Museumstraße 7  
1070 Wien

Betrifft: Ministerialentwurf eines Bundesgesetzes, mit dem die Exekutionsordnung ... geändert wird ... (Gesamtreform des Exekutionsrechts - GREx), Zl. 77/ME.

Bezug: Schreiben des BMJ vom 27.11.2020, Zl. 2020-0.729.412.

Ich nehme Bezug auf den oben angeführten Ministerialentwurf eines Bundesgesetzes, mit dem die Exekutionsordnung ... geändert wird ... (Gesamtreform des Exekutionsrechts - GREx) und erlaube mir, zu folgender Bestimmung wie folgt Stellung zu nehmen:

**Art. I Z. 318** (§ 379a EO)

§ 1101 ABGB sieht zum Schutz des Bestandgebers ein „fluktuierendes“ gesetzliches Pfandrecht vor, das durch die sog. „**pfandweise Beschreibung**“ aktualisiert bzw „specialisiert“ (so schon OGH 16.5.1899 GlUNF Nr 614) werden kann.

Der ME sieht vor, den Inhalt des Hofdekrets vom 5.11.1819 JGS 1621, das - zwar zunächst aufrechterhalten (1. BRBG BGBl I 1999/191, Anh. 20.13.05) - (spätestens) mit 31.12.2021 außer Kraft treten wird (2. BRBG BGBl I 2018/61, Anl. 20.13.05), zu übernehmen (§ 379a Abs 1 EO) und lediglich klarzustellen (so bereits OGH 3 Ob 36/07a), dass insoweit die Anmeldung im Insolvenzverfahren einer Klageeinbringung gleichsteht (§ 379a Abs 2 EO). Dass der Inhalt des Hofdekrets in die Bestimmungen der EO über die Einstweiligen Verfügungen eingebaut wird, entspricht der hM, wonach es sich bei der pfandweisen Beschreibung um eine einstwei-

lige Verfügung handle, für die – unbeschadet einiger Besonderheiten – die (verfahrensrechtlichen) Bestimmungen der §§ 378 ff EO gelten (siehe König, Einstweilige Verfügungen im Zivilverfahren<sup>5</sup> [2017] Rz 10.35).

I. Nur der Ordnung halber ist zunächst anzumerken, dass es sich bei der Neuregelung eigentlich nicht um eine „Übernahme“ („ohne inhaltliche Änderung“: so die EB 59) der Regelung des genannten Hofdekrets handelt. Dieses spricht lediglich davon, dass bei Anhängigkeit einer Klage die Pfandstücke „**sogleich**“ gerichtlich beschrieben werden sollen (und dass es daher „außer besonderen obwaltenden Bedenklichkeiten hierzu keiner Tagsatzung bedarf“). Was nunmehr in § 379a Abs 1 EO idFd ME geregelt werden soll, sind Ergebnisse einer einheitlichen Auslegung dieses „sogleich“ in Literatur und Judikatur.

II. Dabei wird freilich zu wenig beachtet, dass allein die Normierung des Ergebnisses dieser einheitlichen Auslegung eines Hofdekrets jene Fragen unbeantwortet lässt, die schon bisher zu Auslegungsproblemen geführt haben:

(1) § 389 EO verlangt, dass im Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung der zu sichernde oder zu regelnde Anspruch und die entsprechende Gefahr zu behaupten und allenfalls zu bescheinigen ist. § 379a Abs 1 EO idFd ME entbindet dem Wortlaut nach lediglich von der Bescheinigung und lässt damit offen, ob Anspruch und Gefahr (wenigstens) schlüssig zu behaupten sind.

(2) Gerade im Verfahren zur Erlassung einstweiliger Verfügungen ist es von Bedeutung, ob und in welchem Umfang dem Gegner der gefährdeten Partei die Möglichkeit offensteht, die Voraussetzungen zu Erlassung einer einstweiligen Verfügung durch Gegenbehauptungen zu bestreiten und diese durch Gegenbescheinigungen zu belegen.

In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass schon die Formulierung in § 382h Abs 2 EO und § 24 UWG (... kann erlassen werden, **auch wenn die in § 381 bezeichneten Voraussetzungen nicht zutreffen**“) in dieser Frage zu einer (unerfreulichen) Rechtsprechungsdivergenz geführt hat (siehe nur OGH 3 Ob 67/16y zu § 382h EO und dagegen OGH 4 Ob 108/08y; hiezu König, Einstweilige Verfügungen<sup>5</sup> Rz 4.40 und Rz 10.60), obwohl eigentlich diese Formulierung nahelegt, dass die Normen von der eV-Voraussetzung „Gefahr“ absehen und daher eine (Gegen-)Bescheinigung insoweit ins Leere ginge.

Die in § 379a Abs 1 EO idFd ME verwendete Formulierung löst diese Frage nicht; sie entbindet nur den Antragsteller von der Notwendigkeit der Bescheinigung. Die Formulierung deutet sogar eher darauf hin, dass eine solche Gegenbehaupt-

tung (etwa: es besteht gar kein Bestandzinsrückstand; siehe OGH MietSlg 40.152/8 und LGZ Wien MietSlg 49.132) und Gegenbescheinigung für den Antragsgegner nicht ausgeschlossen ist. Wenn das so ist, müsste im Fall einer solchen Gegenbehauptung und -bescheinigung durch den Gegner der gefährdeten Partei dem Antragsteller jedenfalls Gelegenheit gegeben werden, seinerseits Anspruch und Gefahr zu bescheinigen, da er bisher ja - dem Wortlaut nach - eine solche Bescheinigung nicht erbringen musste.

Ob dies alles den Intentionen des ME entspricht, ist zumindest zweifelhaft.

(3) Ungeklärt lässt der ME jedenfalls, welche Gefahr bei Nichtvorliegen einer Klage jedenfalls und bei Vorliegen einer Klage uU (siehe oben Pkt. 2) maßgeblich ist. Ist die „pfandweise Beschreibung“ eine einstweilige Verfügung zur Sicherung des Anspruchs auf Zahlung des Bestandzinses oder eine einstweilige Verfügung zur Sicherung des gesetzlichen Bestandgeberpfandrechts (siehe dazu König, Einstweilige Verfügungen<sup>5</sup> Rz 10.37 und in FN 2698)? Je nach Ansicht müsste eine Gefahr gem § 379 Abs 2 Z 1 EO oder eine solche gem § 381 EO vorliegen.

Diese Ausführungen haben wohl gezeigt, dass sich eine bloße Übernahme des (Auslegungs-)Inhalts des Hofdekrets vom 1819 nicht empfiehlt, sondern ein zeitgenössischer Gesetzgeber den Wortlaut und Inhalt der „Übernahmenorm“ dem gegebenen „Umfeld“ - also den §§ 378 ff EO - anpassen sollte.

II. Zu überlegen wäre folgende Formulierung:

*„§ 379a. (1) Wenn der Bestandgeber Forderungen aus dem Bestandverhältnis mit Klage geltend gemacht hat und das Verfahren noch nicht rechtskräftig abgeschlossen ist, muss er für eine pfandweise Beschreibung nach § 1101 ABGB das Bestehen solcher Forderungen schlüssig behaupten, eine Bescheinigung dieser Forderungen sowie eine Behauptung und Bescheinigung einer Gefahr ist nicht erforderlich. Der Bestandnehmer kann nur behaupten und bescheinigen, dass solche Forderungen dem Grunde nach nicht bestehen.“*

*(2) Sind Forderungen aus dem Bestandverhältnis noch nicht mit Klage geltend gemacht, ist das Bestehen solcher Forderungen sowie das Vorliegen einer Gefahr gem § 381 Z 1 EO zu behaupten und bescheinigen. Der Bestandnehmer kann nur behaupten und bescheinigen, dass solche Forderungen dem Grunde nach nicht bestehen oder dass die Gefahr nicht vorliegt.“*

*(3) Die Anmeldung einer Forderung im Insolvenzverfahren ist einer Klage gleichzuhalten.“*

Aufgrund der Formulierung des Abs. 1, Satz 1, steht fest, dass nach Klagseinbringung lediglich der Bestand von Forderungen zu behaupten ist. Dazu hält Abs. 1, Satz 2, fest, dass (etwa im Widerspruch gem. § 397 EO) nur die Behauptung und Bescheinigung, dass keinerlei Forderung zu Recht besteht, zulässig ist (eine Bestreitung lediglich der Höhe der Forderung ist nicht ausreichend); gelingt dies, ist dem Antragsteller die Möglichkeit einer Gegenbescheinigung zu gewähren. Aus der Formulierung des Abs. 1, Satz 2, ergibt sich weiters zwingend (arg.: „nur“), dass das Vorliegen einer Gefahr keine Voraussetzung für die pfandweise Beschreibung ist.

Aufgrund der Formulierung des Abs. 2, Satz 1, steht fest, dass vor Klagseinbringung die „gewöhnlichen“ Voraussetzungen für einstweilige Verfügungen vorliegen müssen. Zugleich wird festgeschrieben, welcher Art die (zu behauptende und zu) bescheinigende Gefahr sein muss. Die Gegenbehauptung und -bescheinigung ist wiederum hinsichtlich des Anspruchs, diesfalls aber nicht hinsichtlich der Gefahr beschränkt.

(em. o. Univ.-Prof. Dr. Bernhard König)