

# TE OGH 1989/6/15 80b552/89

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 15.06.1989

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Hon.Prof. Dr. Griehsler als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Kropfitsch, Dr. Huber, Dr. Petrag und Dr. Graf als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden und gefährdeten Parteien 1. ÖR Hans G\*\*\*, Gärtnereibesitzer, Graz, Andritzer Reichstraße 14, 2. Ing. Werner R\*\*\*, Gartenbauingenieur, Raaba, Blumenweg 1-5, 3. Ing. Eduard M\*\*\*, Techniker, Graz, Pfeifferhofweg 17, alle vertreten durch Dr. Alois Ruschitzger, Rechtsanwalt in Graz, wider die beklagte Partei und Gegnerin der gefährdeten Partei L\*\*\*-M\*\*\* Papier und Zellstoff Aktiengesellschaft, Gratkorn, vertreten durch Dr. Klaus Braunegg, Dr. Klaus Hoffmann und Dr. Horst Auer, Rechtsanwälte in Wien, wegen Erlassung einer einstweiligen Verfügung infolge Revisionsrekurse der klagenden und gefährdeten Parteien sowie der beklagten Partei und Gegnerin der gefährdeten Parteien gegen den Beschluß des Oberlandesgerichtes Graz als Rekursgericht vom 11.Jänner 1989, GZ 4 a R 239/88-24, womit der Beschluß des Landesgerichtes für ZRS Graz vom 3.November 1988, GZ 6 Cg 228/88-11, teilweise abgeändert wurde, folgenden

Beschluß

gefaßt:

## Spruch

Der Revisionsrekurs der beklagten Partei und Gegnerin der gefährdeten Partei wird zurückgewiesen.

Die klagende und gefährdete Partei hat die Kosten ihrer Rekursbeantwortung selbst zu tragen.

Dem Revisionsrekurs der klagenden und gefährdeten Partei wird Folge gegeben.

Die angefochtene Entscheidung wird dahin teilweise abgeändert, daß sie insgesamt zu lauten hat:

"Zur Sicherung des Anspruches der klagenden und gefährdeten Partei auf Bezug von Abwärme nach den Bestimmungen des mit der L\*\*\* - M\*\*\* PAPIER- UND Z\*\*\* AG in Gratkorn am 1.8.1984 samt Liefergrenzenschema und Lageplan geschlossenen Abwärmeliefervertrages wird der beklagten Partei und Gegnerin der gefährdeten Partei aufgetragen, über den 31.Oktober 1988 hinaus, längstens aber bis zur rechtskräftigen Beendigung des beim Landesgericht für ZRS Graz zur AZ 6 Cg 228/88 anhängigen Rechtsstreites, den gefährdeten klagenden Parteien Abwärme nach Maßgabe und nach den Bestimmungen des vorgenannten Abwärmeliefervertrages wie bisher zu liefern.

Das Mehrbegehren der klagenden und gefährdeten Partei, ihrem Gegner aufzutragen, jede vertragswidrige Maßnahme zu unterlassen, wird abgewiesen.

Die Kosten des Rekursverfahrens sind weitere Verfahrenskosten."

Die Kosten des Verfahrens über den Revisionsrekurs der klagenden und gefährdeten Partei sind weitere Verfahrenskosten.

## Text

### Begründung:

Die Kläger erhoben gegenüber der beklagten Partei ein Feststellungsbegehren, daß sie mangels Eintrittes der in dem zwischen den Streitteilen geschlossenen Abwärmeliefervertrag vom 1.8.1984 vereinbarten Voraussetzungen nicht verpflichtet seien, das Anbot der beklagten Partei vom 12.1.1988, zur Beheizung der Glashäuser Dampf anstelle von Abwärme zu liefern, anzunehmen und die Vertragsauflösungserklärung der beklagten Partei unwirksam, der Vertrag also voll aufrecht sei; weiters stellten sie ein Leistungsbegehren, die beklagte Partei sei schuldig, den Klägern weiterhin nach Maßgabe der Bestimmungen des Vertrages vom 1.8.1984 Abwärme zu liefern und die vertraglichen Leistungen zu erbringen. Mit der Klage verbanden die Kläger den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, es werde der beklagten Partei aufgetragen, den Klägern bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Klage im Sinne der Bestimmungen des Vertrages vom 1.8.1984 Abwärme zu liefern und jede vertragswidrige Maßnahme zu unterlassen. Mit Schriftsatz ON 7 brachten die Kläger vor, die beklagte Partei habe eine in der Zwischenzeit mit ihnen getroffene Vereinbarung, nach welcher sie bis zur rechtskräftigen Entscheidung des vorliegenden Prozesses ihrer vertraglichen Lieferpflicht nachkommen werde, widerrufen. Die Kläger seien daher genötigt, zur Durchsetzung auch dieser "Zwischenbelieferungsvereinbarung" die Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu beantragen, nach welcher der beklagten Partei aufgetragen werde, bis zur rechtskräftigen Entscheidung über den mit der Klage verbundenen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung Abwärme im Sinne des Vertrages vom 1.8.1984 wie bisher zu liefern und jede vereinbarungswidrige Maßnahme zu unterlassen; weiters wolle der beklagten Partei verboten werden, die Abwärmelieferung zum genannten Zeitpunkt einzustellen. Die beklagte Partei bestritt das Klage- und Antragsvorbringen und begehrte die Abweisung des Antrages und der Klage mit der Begründung, sie sei aus technischen Gründen gezwungen, den Produktionsprozeß zu ändern und bis spätestens Ende des Jahres 1989 eine "anaerobe Anlage" zu errichten; dadurch sei sie genötigt, statt der bisher den Klägern zur Verfügung gestellten Abwärme aus dem Brüdenkondensat nunmehr vertragskonform Dampf zum Selbstkostenpreis anzubieten. Bei Ablehnung dieser Leistung durch die Kläger gelte der Vertrag vereinbarungsgemäß als aufgelöst. Die Erlassung einer einstweiligen Verfügung zur Sicherung von Feststellungsansprüchen sei unzulässig und es mangle den Klägern auch an jeglicher Gefährdung. Da der beklagten Partei durch eine erlassene einstweilige Verfügung enorme Schäden drohten, sei der gefährdeten Partei jedenfalls eine Sicherheitsleistung von 6.000.000 S aufzuerlegen.

Das Erstgericht führte ein Bescheinigungsverfahren durch Einsichtnahme in die vorgelegten Urkunden und Vernehmung von Auskunftspersonen beider Parteien durch und erließ am 3.11.1988 eine einstweilige Verfügung, nach welcher der beklagten Partei aufgetragen wird, weiterhin, über den 31.10.1988 hinausgehend bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die gegenständliche Klage Abwärme nach Maßgabe und nach den Bestimmungen des Abwärmeliefervertrages vom 1.8.1984 samt Liefergrenzschema und Lageplan wie bisher zu liefern und jede vereinbarungswidrige Maßnahme zu unterlassen. Der beklagten Partei wurde verboten, die Abwärmelieferung bis zum obgenannten Zeitpunkt einzustellen. Das Erstgericht verwies in seiner Entscheidung zunächst auf den zwischen den Streitteilen geschlossenen Vertrag vom 1.8.1984, Beilage./A, welcher in seinem Punkt 1. wie folgt lautet:

#### "1) Zweck, Umfang und Art der Abwärmelieferung

Die Vertragspartner beabsichtigen ein Projekt zu verwirklichen, demzufolge L\*\*\*-M\*\*\* den Abnehmern ausschließlich für ihre in Judendorf-Straßengel zu errichtenden Glashäuser, welche ausschließlich der Gärtnerei dienen werden, Abwärme aus anfallenden Abwässern zur Verfügung stellt. L\*\*\*-M\*\*\* stellt den Abnehmern nach Fertigstellung aller vertragsgegenständlichen Anlagen die Abwärme aus ihren Abwässern, welche aus Brüdenkondensat der Zellstoffabrik bestehen, sofern nicht nachstehend etwas anderes bestimmt ist, mit einer maximalen Stundenleistung von...zur Verfügung... Sollten innerhalb der Vertragsdauer grundsätzliche technologische Änderungen in der Zellstoff- und Papierindustrie entwickelt und im Werk Gratkorn verwirklicht werden, welche zur Folge haben, daß für die Beheizung der Glashäuser der Abnehmer keine oder zu wenig geeignete Abwärme zur Verfügung steht, so verpflichtet sich L\*\*\*-M\*\*\*, den Abnehmern für die Vertragsdauer zur Beheizung der Glashäuser Dampf zum nachgewiesenen Selbstkostenpreis anzubieten... Im Falle der Nichtannahme des Angebotes durch alle Abnehmer binnen 6 Monaten gilt dieser Vertrag mit Ablauf der Anbotsfrist einvernehmlich als aufgelöst."

Das Erstgericht nahm als bescheinigt an, daß "derzeit noch genug Abwärme anfällt, um den gegenständlichen Abwärmeliefervertrag von Seite der beklagten Partei erfüllen zu können". In einem Wasserrechtsbescheid des

Bundesministeriums für Land- und Forstwirtschaft wurde die beklagte Partei allerdings verpflichtet, bis Ende des Jahres 1989 eine anaerobe Reinigungsanlage zu errichten. Damit werde dann "die Wärmeliefersituation für die beklagte Partei eine andere als bisher". Wann diese Entwicklung konkret eintreten wird, könne derzeit noch nicht gesagt werden. Die beklagte Partei hat die klagenden Parteien aufgefordert, sich zu entscheiden, ob sie Dampf anstelle der bisherigen Abwärme zum Selbstkostenpreis haben oder den Vertrag auslaufen lassen wollen. Weiters hat sie den klagenden Parteien erklärt, wenn diese auf die Vorschläge bzw. Anbote der beklagten Partei nicht eingingen, werde die Abwärmelieferung mit 31.10.1988 eingestellt. Diese Einstellung der Wärmelieferung wäre für die klagenden Parteien "mit einer wirtschaftlichen Katastrophe" verbunden, da sich in den gegenständlichen Glashäusern ca. 170.000 Pflanzen, das ist der gesamte Bestand der Kläger, befinden.

Im weiteren führte das Erstgericht aus, die "vertragliche Situation" sei auf Grund des Inhaltes des Vertrages vom 1.8.1984, Beilage./A hinreichend dargetan. Zur Drohung der beklagten Partei, die Abwärmelieferung spätestens mit 31.10.1988 einzustellen, erklärte es, deren Berufung auf den Eintritt einer technischen Entwicklung, die diese Einstellung notwendig mache, sei zu Unrecht erfolgt, denn weder nach den Aussagen der vernommenen Auskunftspersonen noch nach dem Inhalt der Urkunden ./1 und ./2 liege eine Situation vor, die diesen Standpunkt rechtfertigen könne. Aus dem Gutachten Beilage ./1 lasse sich überhaupt nur ein allgemeiner technologischer Trend ablesen, keineswegs gingen hieraus unmittelbar Fakten hervor, die den Standpunkt der beklagten Partei stützen könnten. Ähnliches gelte für den technischen Bericht Beilage ./2, denn aus diesem sei nur ableitbar, daß für den Fall der Installierung einer anaeroben Reinigungsanlage die Wärmeversorgung laut Wärmeliefervertrag nicht mehr ohne weiteres wie bisher möglich sein könnte. Somit bestehe derzeit kein zwingender Anlaß für die beklagte Partei, mit der sofortigen Abschaltung der Wärmezulieferung zu drohen.

Gegen den erstgerichtlichen Beschluß erhob die beklagte Partei und Gegnerin der gefährdeten Partei Rekurs, dem das Rekursgericht teilweise Folge gab. Es wies das Mehrbegehren, der beklagten Partei und Gegnerin der gefährdeten Partei werde aufgetragen, "jede vereinbarungswidrige Maßnahme zu unterlassen", ab, legte der klagenden und gefährdeten Partei eine Sicherheitsleistung von 1.000.000 S auf und erklärte, daß die einstweilige Verfügung nur für die Zeit gelte, bis die klagende und gefährdete Partei ihren Lieferanspruch aus dem genannten Vertrag durch Exekution zur Sicherstellung geltend machen könne. Weiters sprach es aus, daß der Wert des von der Abänderung betroffenen Streitgegenstandes S 300.000 übersteigt.

Das Rekursgericht war der Ansicht, die Nichtannahme des von der beklagten Partei den Klägern im Jänner 1988 gestellten Angebotes, Alternativwärme zu liefern, habe bewirkt, daß der Vertrag vom 1.8.1984 zufolge Ablaufes der vereinbarten sechsmonatigen Frist als einvernehmlich aufgelöst gelte. Die Kläger hätten allerdings das Vorliegen der Voraussetzungen für die Inanspruchnahme dieser Vertragsbestimmung bestritten. Da sie ihrerseits für diese Bestreitung keine nähere Begründung gegeben hätten, erscheine "der zu sichernde Anspruch nicht hinreichend bescheinigt". Diese mangelnde volle Anspruchsbescheinigung sei durch entsprechende Sicherheitsleistung zu ersetzen. Die Gefährdungsbescheinigung sei zu bejahen. Die Bestimmung der Höhe der Sicherheitsleistung unterliege dem gerichtlichen Ermessen, so daß es hiezu keiner besonderen Erhebungen bedürfe. Da die beklagte Partei noch mit Schreiben vom 5.10.1988 die Aufrechterhaltung ihrer Lieferverpflichtung gegen das Doppelte des bisherigen Jahresentgeltes angeboten habe, erscheine die Auferlegung eines Jahresentgeltes von S 1.000.000 als Sicherheitsleistung angemessen, zumal bei Änderung der Verhältnisse jederzeit eine nachträgliche Erhöhung erfolgen könne. Die rekursgerichtliche Entscheidung wird von allen Streitteilen angefochten. Die Kläger wenden sich gegen die Auferlegung einer Sicherheitsleistung und den rekursgerichtlichen Ausspruch, daß die Bewilligung der einstweiligen Verfügung nur so lange gelte, bis der Lieferanspruch durch Exekution zur Sicherstellung geltend gemacht werden könne. Die beklagten Parteien beantragen die Abänderung der bekämpften Entscheidung im Sinne der gänzlichen Antragsabweisung; in eventu beantragen sie, der klagenden und gefährdeten Partei eine Sicherheitsleistung von 7.000.000 S aufzuerlegen.

### **Rechtliche Beurteilung**

Der Revisionsrekurs der beklagten Partei und Gegnerin der gefährdeten Partei ist aus folgenden Gründen unzulässig und war daher zurückzuweisen:

Nach der gemäß §§ 78, 402 Abs 2 EO auch in Provisorialverfahren anzuwendenden, durch die Zivilverfahrens-Novelle 1983 geänderten Bestimmung des § 528 Abs 1 Z 1 ZPO sind Rekurse gegen Entscheidungen des Gerichtes zweiter

Instanz unzulässig, soweit dadurch der angefochtene erstrichterliche Beschluß bestätigt wurde (§ 502 Abs 3 ZPO). Die im Revisionsrekurs der beklagten Partei zitierte Entscheidung ÖBl.1979, 140, ist durch diese Gesetzeslage überholt. Der bestätigende Teil der rekursgerichtlichen Entscheidung kann daher auch vorliegendenfalls nicht angefochten werden (vgl. JBl 1989, 321). Durch den abändernden Teil der rekursgerichtlichen Entscheidung ist die beklagte Partei nicht beschwert und ihr Revisionsrekurs wendet sich denn auch nicht gegen diese Abänderung. Da die klagende und gefährdete Partei in ihrer gemäß § 402 Abs 1 EO erstatteten Rechtsmittelbeantwortung auf die Unzulässigkeit des Revisionsrekurses der beklagten Partei und Gegnerin der gefährdeten Partei nicht hingewiesen hat, diente die Rechtsmittelbeantwortung nicht der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung, so daß hiefür kein Kostenersatz gebührt.

Der Revisionsrekurs der Klägerin und gefährdeten Partei ist gerechtfertigt.

Entgegen der Annahme des Rekursgerichtes kann der zwischen den Streitparteien geschlossene Abwärmeliefervertrag vom 1.8.1984 nur dann mangels Annahme des von der beklagten Partei gestellten Angebotes durch die Kläger als einvernehmlich aufgelöst gelten, wenn die vertraglich vereinbarten Voraussetzungen für die von der beklagten Partei vorgenommene Angebotstellung vorlagen. Die Kläger und gefährdeten Parteien haben ausdrücklich das Gegenteil behauptet, sich im einzelnen - das Antragsvorbringen ist aus dem Klagevorbringen zu ergänzen - auf die bezüglichen Vertragsbestimmungen gestützt und erklärt, daß selbst die von der beklagten Partei behauptete künftige Umstellung des Betriebes auf "anaerobe Reinigung" sich nur auf einen geringfügigen Teil der Zellstoff- und Papiererzeugung der beklagten Partei beziehe und auch bei einer solchen Umstellung weiterhin genügend Abwärme wie bisher zur Verfügung stehe (AS 4 bis 7, 13). Auf Grund der hiefür angebotenen und aufgenommenen Bescheinigungsmittel hielt es das Erstgericht für bescheinigt, daß bei der beklagten Partei über den von ihr für die Einstellung der Abwärmelieferung genannten Termin 31.10.1988 hinaus weiterhin "genug Abwärme anfällt, um den gegenständlichen Abwärmelieferungsvertrag erfüllen zu können", es nicht absehbar sei, wann eine Änderung dieser Situation auf Grund der künftigen technischen Entwicklungen eintreten werde und für die beklagte Partei kein zwingender Anlaß für die angedrohte sofortige Einstellung der Wärmezulieferung bestehe.

Dieser bescheinigte Sachverhalt, der beklagten Partei stehe über den 31.10.1988 hinaus Abwärme zur vertragsgemäßen Lieferung zur Verfügung, wurde im Rekurs der beklagten Partei, ON 18, nicht bekämpft. Das Rekursgericht hatte demgemäß aber bei der Prüfung der Frage, ob von den gefährdeten Parteien die Anspruchsbescheinigung erbracht wurde, diesen unbekämpft gebliebenen Sachverhalt zugrunde zu legen. Danach war die beklagte Partei aber nicht berechtigt, den Klägern die Einstellung der Abwärmelieferung (letztlich) per 31.10.1988 zu erklären und ihnen ein Anbot auf Bezug von Dampf zu legen. Die Stellung eines solchen Angebotes im Sinne des Punktes 1. des Vertrages, der im Bescheinigungsverfahren lediglich auf Grund seines Wortlautes ohne Zuhilfenahme sonstiger Bescheinigungsmittel ausgelegt wurde (siehe S 8 der erstgerichtlichen Entscheidung, S 8 f der rekursgerichtlichen Entscheidung), und daher der selbständigen Würdigung im Rahmen der rechtlichen Beurteilung unterliegt, setzte nach dem weiteren Inhalt dieses Vertragspunktes nämlich voraus, daß im Werk Gratkorn grundsätzlich technologische Entwicklungen verwirklicht werden, welche zur Folge haben, daß für die Beheizung der Glashäuser der Kläger keine oder zu wenig Abwärme zur Verfügung steht. Im Bescheinigungsverfahren hat sich aber herausgestellt, daß der beklagten Gegnerin der gefährdeten Partei über den von ihr behaupteten Termin hinaus weiterhin derartige Abwärme in hinreichendem Maße zur Verfügung steht und es nicht absehbar ist, wann eine Änderung dieser Situation auf Grund der technischen Entwicklung eintreten wird.

Damit haben die klagenden und gefährdeten Parteien entgegen der rekursgerichtlichen Ansicht ihren zu sichernden Anspruch auf Weiterbelieferung mit Abwärme nicht nur hinreichend behauptet, sondern auch ausreichend bescheinigt. Das in § 390 Abs 1 EO für die Auferlegung einer Sicherheitsleistung normierte Erfordernis des Mangels einer ausreichenden Bescheinigung des behaupteten Anspruches ist demnach nicht gegeben. Die Auferlegung einer Sicherheitsleistung kann daher auch nicht auf diese Gesetzesstelle gegründet werden. In Übereinstimmung mit beiden Vorinstanzen ist beim vorliegenden Sachverhalt aber auch kein Grund dafür zu erkennen, den Klägern und gefährdeten Parteien eine Sicherheitsleistung nach der Bestimmung des § 390 Abs 2 EO aufzutragen. Sofern die im Vertrag genannten Umstände tatsächlich eintreten - Verwirklichung neuer Produktionstechnologien im Werk Gratkorn, so daß keine oder zu wenig Abwärme als bisher zur Verfügung steht - , ist die beklagte Partei ohnehin berechtigt, die Abwärmelieferung einzustellen und die Lieferung von Dampf anzubieten.

Somit hat der rekursgerichtliche Ausspruch über eine von den klagenden und gefährdeten Parteien zu erbringende

Sicherheitsleistung zur Gänze zu entfallen.

Dem Revisionsrekurs der gefährdeten Parteien ist aber auch darin beizupflichten, daß ihr vertraglicher Anspruch auf Lieferung von Abwärme nicht durch Exekution zur Sicherstellung gesichert werden kann. Diese Exekutionsart ist gemäß § 370 EO nur zur Sicherung von Geldforderungen zulässig (vgl. hierzu SZ 56/99;

Heller-Berger-Stix III 2643 f). Eine Bewilligung der einstweiligen Verfügung nur für die Zeit bis zur Erlassung eines klagsstattgebenden Urteiles kommt daher vorliegendenfalls nicht in Betracht. Auch in diesem Punkte war demnach der angefochtene Beschluß abzuändern und wie im Spruche zu entscheiden. Der Ausspruch über die Kosten des Revisionsrekurses der klagenden und gefährdeten Parteien beruht auf § 393 Abs 1 EO.

#### **Anmerkung**

E18146

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:1989:0080OB00552.89.0615.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19890615\_OGH0002\_0080OB00552\_8900000\_000

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2025 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)