

# TE OGH 1989/6/6 2Ob546/89

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 06.06.1989

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Scheiderbauer als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Kralik, Dr. Vogel, Dr. Melber und Dr. Kropfitsch als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden und gefährdeten Partei Dr. Melchior B\*\*\*, Rechtsanwalt, 6900 Bregenz, Deuringstraße 9, als Masseverwalter im Konkurs über das Vermögen der Firma S\*\*\* GmbH, wider die beklagte und Gegnerin der gefährdeten Partei E\*\*\* Anstalt, FL-9490 Vaduz, Werdenbergerweg 11, vertreten durch Dr. Norbert Kosch, Dr. Ernst Schilcher, Dr. Jörg Beirer und Dr. Roman Kosch, Rechtsanwälte in Wiener Neustadt, wegen Feststellung und Zahlung, sowie Herausgabe (Gesamtstreichwert S 1,933.220,61), infolge Revisionsrekurses der klagenden und gefährdeten Partei und Rekurses der Firma R. B\*\*\* GmbH, 6923 Lauterach, Schützenstraße 12, vertreten durch Dr. Otmar Simma, Dr. Alfons Simma, Dr. Ekkehard Bechtold, Rechtsanwälte in Dornbirn, gegen den Beschuß des Oberlandesgerichtes Innsbruck als Rekursgerichtes vom 10. März 1989, GZ 4 R 52,53/89-19, womit die Beschlüsse des Landesgerichtes Feldkirch vom 15. November 1988, GZ 6 Cg 311/88-4, und vom 28. Dezember 1988, GZ 6 Cg 311/88-11, abgeändert wurden, folgenden

Beschluß

gefaßt:

## Spruch

1. Dem Revisionsrekurs wird nicht Folge gegeben.

Die klagende Partei hat die Kosten ihres Rechtsmittels selbst zu tragen.

2. Der Rekurs wird zurückgewiesen.

Die Rekurswerberin hat die Kosten ihres Rechtsmittels selbst zu tragen.

## Text

Begründung:

Mit Beschuß des Landesgerichtes Feldkirch vom 18. September 1987 wurde über das Vermögen der Firma S\*\*\*

Gesellschaft mbH zu Sa 18/87 das Ausgleichsverfahren und mit Beschuß vom 14. Oktober 1987 zu S 30/87 das Konkursverfahren eröffnet und der Kläger zum Masseverwalter bestellt. Am 13. Oktober 1988 brachte der Kläger (im Provisorialverfahren gleichzeitig gefährdeten Partei, im folgenden aber jeweils: Kläger) gegenüber der beklagten Partei (im Provisorialverfahren Gegnerin der gefährdeten Partei, im folgenden aber jeweils: beklagte Partei) eine Klage mit folgenden Begehren ein:

"1) Die Vereinbarung vom 5. 6./15. 6. 1987 zwischen den Streitteilern über die Bezahlung eines Honorars von S 800.000,- sowie die Bezahlung dieses Honorars sowie die Verrechnung des Honorars auf Grund der Überweisung vom

16. Juni 1987 (S 10 Mio.) und mit Garnlieferungen vom 18. August 1987 ist den Gläubigern gegenüber unwirksam. Die durch die Überweisung vom 16. Juni 1987 (S 10 Mio.) geschaffene Aufrechnungslage ist den Gläubigern gegenüber hinsichtlich des Betrages von S 931.939,30 unwirksam.

2) Die beklagte Partei ist schuldig, der Klägerin (Gemeinschuldnerin) den Betrag von S 931.939,20 samt 5 % Zinsen seit 20. 6. 1987 seit Klagseinbringung zu bezahlen.

3) Die durch den Verkauf der 25.229,30 kg Garne gemäß Faktura vom 18. August 1987 zum Preise von S 3.895.901,- geschaffene Aufrechnungslage ist den Gläubigern gegenüber unwirksam. Die beklagte Partei ist schuldig, die mit Faktura vom 18. August 1987 gelieferten und im Zollager der Fa. R. B\*\*\* Internationale Speditions GmbH in Hard und Lauterach befindlichen Garne der Klägerin (= ...) zurückzustellen und die erhaltenen Zahlungen auf das Konto bei der Ö\*\*\* L\*\*\*; Filiale D\*\*\*, Nr. 890137-240 in Höhe von S 501.281,30 samt 5 % Zinsen seit 10. 6. 1988 der Klägerin zu überweisen.

Die beklagte Partei ist schuldig, der Klägerin (= ...) binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution die Prozeßkosten zu ersetzen." Das Vorbringen des Klägers hiezu betrifft zwei verschiedene Rechtsgeschäfte, nämlich einerseits eine Vereinbarung zwischen der Gemeinschuldnerin und der beklagten Partei vom 5. bzw. 15. Juni 1987 und andererseits einen Verkauf von Garnen am 18. August 1987 von der Gemeinschuldnerin an die beklagte Partei.

Zur Vereinbarung vom 5. Juni/15. Juni 1987 brachte der Kläger vor,  
die beklagte Partei habe aufgrund dieser Vereinbarung verschiedene  
Forderungen von Lieferanten der Gemeinschuldnerin aufgekauft, wobei  
die Lieferanten Forderungsnachlässe gewährt hätten. Zwischen der  
Gemeinschuldnerin und der beklagten Partei sei hiefür ein Honorar  
der beklagten Partei von S 800.000,- ausbedungen und auch bezahlt  
worden. Die beklagte Partei habe für den Aufkauf der  
Lieferantenforderungen insgesamt .....S

9.069.060,87

aufgewendet. Hiefür habe die Gemeinschuldnerin am 16. Juni 1987 der  
beklagten Partei einen Betrag von

.....S 10.000.000,-

somit um .....S 931.939,13

zu viel überwiesen, wenn das Honorar von S 800.000, das damit ebenfalls bezahlt worden sei, nicht berücksichtigt werde. Die Honorarvereinbarung sei unverständlich und erwecke den Verdacht der Untreue, zumal Dkfm. T\*\*\*, Verwaltungsrat der beklagten Partei, gleichzeitig Gesellschaftervertreter der Firma S\*\*\* AG gewesen sei, welche zu 90 % am Unternehmen der Gemeinschuldnerin beteiligt gewesen sei. Die Vorgangsweise sei auch deshalb unverständlich, weil die Verhandlungen über den Forderungsnachlaß zunächst durch Organe der Gemeinschuldnerin selbst erfolgreich geführt worden seien, das Schreiben an die Lieferanten im Hause der Gemeinschuldnerin entworfen worden sei und die beklagte Partei erst nach positiven Willenserklärungen der Lieferanten den Forderungskauf übernommen und zum Abschluß gebracht habe.

Bezüglich des Betrages von S 931.939,13 sei die beklagte Partei jedenfalls bereichert. Darüber hinaus werde die Vereinbarung vom 5. Juni/15. Juni 1987 betreffend die Zahlung des Honorars von S 800.000,- und die Verrechnung dieses Honorars durch die Überweisung vom 16. Juni 1987 aber auch nach den Bestimmungen der §§ 28 bis 31 KO angefochten. Zum Zeitpunkt des Abschlusses der Vereinbarung sei nämlich die Firma S\*\*\* GmbH bereits zahlungsunfähig und überschuldet gewesen. Dies sei der beklagten Partei bekannt gewesen, zumal ja Dkfm. T\*\*\* zugleich Eigentümervertreter sowohl der Gemeinschuldnerin als auch der beklagten Partei gewesen sei. Infolge der Zahlung von S 10 Mio.

durch die Gemeinschuldnerin sei die beklagte Partei im Betrage von S 931.939,13 begünstigt.

Zum Garnverkauf vom 18. August 1987 an die beklagte Partei brachte  
der Kläger vor, daß am 20. August 1987 25.229 kg Garne, die die  
Gemeinschuldnerin an die beklagte Partei verkauft habe, der  
beklagten Partei geliefert und mit Rechnung vom 18. August 1987 HF 1  
mit ...S 4,016.992,53

abzüglich 3 % Frachtkostenvergütung .....S 120.491,53

somit .....S 3,895.901,-

in Rechnung gestellt worden seien. Mit Begleitschreiben vom 18.

August 1987 habe die Gemeinschuldnerin die beklagte Partei angewiesen, den Rechnungsbetrag dergestalt zu  
verwenden, daß eine Zahlung an die Firma M\*\*\* in Höhe von S 1,566.962,30 zu erfolgen hätte, während der Rest von S  
2,328.938,70 dem Verrechnungskonto der Firma S\*\*\* = Zahlungen an Woll- und Garnlieferanten gutzuschreiben sei.

Weil die beklagte Partei die widmungsgemäße Zahlung an die Firma  
M\*\*\* nicht geleistet habe, erkläre der Masseverwalter den Rücktritt  
vom Vertrag. Es werde daher der an den gelieferten Waren vereinbarte  
Eigentumsvorbehalt geltend gemacht. Von den gelieferten Garnen seien  
insgesamt 5.739 kg mittlerweile von der beklagten Partei an die  
Gemeinschuldnerin bzw. den Kläger zurückgeliefert worden, und zwar  
am 3. September 1987 1.622 kg S 137.231,51  
am 15. Oktober 1987 2.642 kg S 230.146,--, im  
November 1987 1.514,50 kg S 271.135,30.

Unter Berücksichtigung der zurückgelieferten 5.739 kg verblieben der beklagten Partei, sofern keine weiteren Verkäufe  
erfolgten, noch eine Menge von 19.490,40 kg Garn. Diese befänden sich im Zollager der Firma R. B\*\*\* Internationale  
Spedition Gesellschaft mbH in Lauterach und Hard, wohin sie über Auftrag der beklagten Partei verbracht worden  
seien. Hierüber sei mangels Erfüllung des Kaufvertrages nicht mehr die beklagte Partei verfügberechtigt; diese  
Menge sei sie vielmehr verpflichtet, dem Kläger herauszugeben. Der Betrag von S 271.135,30 sei vom Masseverwalter  
auf ein Treuhandkonto bei der Ö\*\*\* L\*\*\*, Filiale D\*\*\*, Nr. 890-137-240/0, überwiesen worden mit der Auflage, daß  
damit Forderungen der Lieferanten der Gemeinschuldnerin bezahlt werden müßten. Ähnliches hat anscheinend nach  
dem Vorbringen des Klägers auch für den Betrag von S 230.146,- zu gelten, da die Klage im weiteren ausführt, daß die  
beklagte Partei von den an sie getätigten Zahlungen für Garnlieferungen an die Gemeinschuldnerin in Höhe von S  
501.281,30 (also der Summe der beiden Beträge) doloserweise keine Zahlungen an die Firma M\*\*\* oder andere  
Garnlieferanten geleistet habe. Da die beklagte Partei diesen Betrag entgegen der Widmung selbst verwendet habe,  
sei sie aus dem Titel des Schadenersatzes verpflichtet, diesen Betrag dem Kläger zu bezahlen.

Im übrigen sei die beklagte Partei durch die Garnlieferung bereichert. Schließlich aber stehe auch ein  
Anfechtungsanspruch nach den §§ 28 bis 31 KO zu. Zum Zeitpunkt des Garnverkaufs habe bereits längst  
Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung der Gemeinschuldnerin vorgelegen, was, wie bereits ausgeführt, der  
beklagten Partei bekannt gewesen sei. Durch die Garnlieferung habe die beklagte Partei innerhalb der 60-Tage-Frist  
des § 30 KO eine unzulässige Aufrechnungslage erreicht. Zudem sei sie durch den Erhalt der Ware vor anderen  
Gäubigern begünstigt, insbesondere da die aus dem Kaufpreis aufgetragene Zahlung der Lieferanten der  
Gemeinschuldnerin nicht erfolgte. Schließlich sei der Abzug von S 120.491,53 an Frachtkostenvergütung vom Kaufpreis  
durch nichts gerechtfertigt und daher ein für Konkursgläubiger nachteiliges Rechtsgeschäft. Die vorgenommene  
Anfechtung der im Klagebegehren erwähnten Rechtsgeschäfte sei befriedigungstauglich, weil dadurch die  
Befriedigungsmaße der Konkursgläubiger erhöht werde. Gleichzeitig mit der Klage beantragte der Kläger die Erlassung  
einer einstweiligen Verfügung folgenden Inhalts:

"Bis zum rechtskräftigen Abschluß dieser Rechtssache wolle a) der beklagten Partei sowie dem Verwahrer der Garne,

der Firma F. B\*\*\* Internationale Spedition GmbH Lauterach, Schützenstraße 12, aufgetragen werden, die in ihrem Zollager in Hard und Lauterach aus der Lieferung vom 18. August 1987 an die E\*\*\* vorhandenen Garne weder zu veräußern noch zu belasten.

b) Die Ö\*\*\* L\*\*\*, Filiale D\*\*\*, wird angewiesen, das auf dem Konto Nr. 890-137-240/00 befindliche Guthaben zu sperren und den Verfügungsberechtigten Rechtsanwalt Dr. Egbert W\*\*\* und Rechtsanwalt Dr. Ekkehard B\*\*\* nicht auszu folgen." Dazu wurde noch vorgebracht, daß aus einem Schreiben der beklagten Partei vom 7. Oktober 1988 an die Firma B\*\*\* hervorgehe, daß die beklagte Partei die Garne um 30 % des seinerzeitigen Kaufpreises zu verkaufen beabsichtige. Es bestehe daher die Gefahr, daß diese Vermögensstücke verschleudert und durch Veräußerung ins Ausland gebracht und damit die Hereinbringung der Kaufpreisforderung erheblich erschwert, wenn nicht vereitelt werde. Zudem müßte die Klägerin im Falle der Verbringung der Ware und Verschleuderung der Garne "um ihre Einbringlichkeit" fürchten und das Urteil im Ausland vollstrecken. Da auf das Konto bei der Ö\*\*\* L\*\*\*, über welches die Anwälte Dr. W\*\*\* und Dr. B\*\*\* Verfügungsberechtigt seien, für Garnlieferanten Geldbeträge von ca. S 500.000,- überwiesen worden seien, habe der Kläger ein rechtliches Interesse daran, daß das auf diesem Konto befindliche Guthaben zur Sicherung der Klagsansprüche gesperrt werde.

Das Erstgericht erließ mit Beschuß vom 15. November 1988 die beantragte einstweilige Verfügung. Es nahm den von der klagenden Partei vorgebrachten Sachverhalt als ausreichend bescheinigt an und stellte insbesondere darauf ab, daß die beklagte Partei mit Vertrag vom 5. Juni/15. Juni 1987 die Forderungen von Garnhändlern gegenüber der Firma S\*\*\* GmbH gegen Bezahlung eines Pauschalbetrages von öS 800.000,- aufgekauft habe, daß dieser Vertrag nur drei Monate vor Konkursöffnung abgeschlossen worden sei, daß am 22. Juni 1987 von der Firma S\*\*\* GmbH der Betrag von S 10 Mio. an die beklagte Partei zur Abgeltung all dieser Forderungen als Akontozahlung überwiesen worden sei, daß die behauptete Garnlieferung der Gemeinschuldnerin an die beklagte Partei erfolgte und mit dem Kaufpreis offene Forderungen der Firma M\*\*\* gedeckt, der Rest aber dem Verrechnungskonto der Gemeinschuldnerin gutgeschrieben werden sollte, daß Garne bei der Firma B\*\*\*, Internationale Spedition GmbH lägen, schließlich auch, daß sämtliche Eingänge aus Verkäufen von Garnen an den Masseverwalter auf ein Treuhandkonto zu überweisen seien, wobei Treugeber die beklagte Partei und die Firma R. B\*\*\* Internationale Spedition GmbH sei (wobei offenkundig Streitigkeiten über die Rechte an diesen Garnen zwischen den Treugebern bestünden). Rechtlich führte das Erstgericht aus, der Anfechtungs- bzw. Leistungsanspruch sei hinreichend bescheinigt. Auch eine Gefährdung sei gegeben, da bei Obsiegen in diesem Prozeß das Urteil von der klagenden Partei im Ausland vollstreckt werden müßte. Am 10. November 1988 beantragte der Kläger ergänzend, Dr. Egbert W\*\*\* und Dr. Ekkehard B\*\*\* jede Verfügung über das Sparbuch mit Konto Nr. 890-759-175/00 bei der Ö\*\*\* L\*\*\*, Filiale D\*\*\*, bis zur rechtskräftigen Erledigung dieses Rechtsstreits zu untersagen, wozu noch vorgebracht wurde, daß im ersten Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung ein falsches Konto angeführt worden sei, auf das die "Garnzahlungen" ergangen seien. Der ursprüngliche Antrag auf einstweilige Verfügung (also auch betreffend Sperrung des Kontos Nr. 890-137-240/00) blieb allerdings aufrecht.

Am 28. Dezember 1988 erließ das Erstgericht auch diese einstweilige Verfügung, nahm den gleichen Sachverhalt als bescheinigt an, ergänzte diesen aber um die Feststellung, daß Erlöse aus Teilveräußerungen des Garns auf das Treuhandkonto in Höhe von rund S 293.000,- einbezahlt worden seien, die nunmehr auf das Sparbuch Nr. 890-759-157/00 transferiert worden seien.

Infolge Rekurses der beklagten Partei änderte das Gericht zweiter Instanz die Beschlüsse des Erstgerichts vom 15. November 1988 und vom 28. Dezember 1988 im Sinne der Abweisung der Anträge auf Erlassung der einstweiligen Verfügungen ab (Punkt I und II); der Rekurs der Firma R. B\*\*\* GmbH gegen die vom Erstgericht erlassenen einstweiligen Verfügungen wurde zurückgewiesen (Punkt III). Das Rekursgericht sprach aus, daß hinsichtlich aller angefochtenen Beschlüsse der Streitgegenstand auch hinsichtlich des Teiles, der nicht in einem Geldbetrag besteht, S 15.000,- und S 300.000,-

übersteigt. Es führte aus, der Kläger habe zur Gefährdung vorgebracht, aus einem Schreiben der beklagten Partei vom 7. Oktober 1988 an die Firma B\*\*\* gehe hervor, daß die beklagte Partei beabsichtige, die Garne um 30 % des seinerzeitigen Kaufpreises zu verkaufen; es bestehe daher die Gefahr, daß die Vermögensstücke verschleudert und durch Veräußerung ins Ausland gebracht und damit die Hereinbringung der Klagsforderung erheblich erschwert, wenn nicht vereitelt werde. Zudem müßte der Kläger im Falle der Verbringung der Ware und Verschleuderung der Garne um die Einbringlichkeit bangen und das Urteil im Ausland vollstrecken. Das Erstgericht habe in der bekämpften

einstweiligen Verfügung zwar ausgeführt, daß der von dem Antragsteller vorgebrachte Sachverhalt ausreichend bescheinigt sei. Dies bedeute, daß es den gesamten Sachverhalt laut Klagsbehauptungen für bescheinigt erachtete und als bescheinigt feststellte. Aus den vorgelegten Bescheinigungsmitteln lasse sich dies zwar nicht ableiten, doch werde in keinem der Rekurse eine Beweisrügen erhoben. Die einzige Ausnahme bilde das Vorbringen der beklagten Partei, wonach eine subjektive Gefährdung nicht bescheinigt sei. Hiermit werde, obwohl eingangs des Rekurses ausgeführt werde, daß lediglich der Rekursgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung geltend gemacht werde, in Wahrheit eine Beweisrügen erhoben, die auch berechtigt sei.

Es sei nämlich die zitierte Behauptung in der Klage in bezug auf die Gefährdung in keiner Weise bescheinigt. Das zum Beweise dafür angebotene Schreiben der beklagten Partei an die Firma B\*\*\* vom 7. Oktober 1988 sei nicht nur bis zur Erlassung der bekämpften einstweiligen Verfügung, sondern bis heute nicht vorgelegt worden. Aus den übrigen vorliegenden Bescheinigungsmitteln ergebe sich die behauptete Gefährdung in keiner Weise. Damit fehle aber nicht nur die Bescheinigung einer subjektiven, sondern auch die Bescheinigung einer objektiven Gefährdung. Die einstweilige Verfügung sei sowohl zur Sicherung einer Geldforderung als auch zur Sicherung des Herausgabeanspruches das Garn betreffend verlangt worden. Zur Sicherung einer Geldforderung sei nach § 379 Abs.2 EO erforderlich, daß entweder 1. wahrscheinlich sei, daß ohne einstweilige Verfügung der Gegner der gefährdeten Partei durch Beschädigen, Zerstören, Verheimlichen oder Verbringen von Vermögensstücken durch Veräußerung oder andere Verfügungen über Gegenstände seines Vermögens, insbesondere durch darüber mit dritten Personen getroffene Vereinbarungen die Hereinbringung der Geldforderung vereiteln oder erheblich erschweren würde; oder 2. daß das Urteil im Ausland vollstreckt werden müßte. Im ersten Fall müsse es sich um eine subjektive Gefährdung (infolge eines Verhaltens des Gegners) handeln, während im zweiten Fall eine objektive Gefährdung (infolge anderer Umstände als dem Verhalten des Gegners) genüge. Beiden Erfordernissen sei gemeinsam, daß konkrete Umstände für das Vorliegen der jeweils nötigen Gefährdung behauptet und bescheinigt werden müßten, die Behauptung und Bescheinigung einer bloß abstrakten (theoretischen) Gefährdungsmöglichkeit daher nicht hinreicht. Die beklagte Partei habe ihren Sitz im Ausland. Dies allein sei aber nur nach älterer, mittlerweile überholter Rechtsprechung ausreichend, um den Tatbestand des § 379 Abs.2 Z 2 EO für erfüllt anzusehen. Nach nunmehr einhelliger neuerer Rechtsprechung lägen die Voraussetzungen des § 379 Abs.2 Z 2 EO nämlich nicht vor, wenn der im Ausland lebende Gegner der gefährdeten Partei im Inland ausreichendes Vermögen besitze und kein Grund zur Annahme bestehe, daß dieses Vermögen dem Zugriff des Gläubigers entzogen werden könnte. Wer eine einstweilige Verfügung nach § 379 Abs.2 Z 2 EO beantrage, habe daher unabhängig vom ausländischen Wohnsitz des Verpflichteten konkrete Umstände zu behaupten und zu bescheinigen, die es wahrscheinlich machen, daß ohne Erlassung der einstweiligen Verfügung im Zeitpunkt der Vollstreckbarkeit des Urteils keine befriedigungstaugliche Vermögensstücke im Inland mehr zur Verfügung stünden, so daß das Urteil also im Ausland vollstreckt werden müßte. Da hiefür jegliche Bescheinigung fehle, fehle es an der Voraussetzung zur Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung, soweit sie zur Sicherung von Geldforderungen des Klägers dienen solle, im Sinne des § 379 Abs.2 EO. Ähnliches ergebe sich für die einstweilige Verfügung, soweit sie zur Sicherung des Herausgabeanspruchs dienen solle. Zur Sicherung eines solchen Anspruchs könne nach § 381 EO ein einstweilige Verfügung erlassen werden, wenn 1. zu besorgen sei, daß sonst die gerichtliche Verfolgung oder Verwirklichung des fraglichen Anspruchs, insbesondere durch eine Veränderung des bestehenden Zustands, vereitelt oder erheblich erschwert werden würde; als solche Erschwerung sei es anzusehen, wenn das Urteil im Ausland vollstreckt werden müßte; oder 2. wenn derartige Verfügungen zur Verhütung drohender Gewalt oder zur Abwendung eines drohenden unwiederbringlichen Schadens nötig erscheinen. Was den zweiten Fall angehe, scheide er schon deshalb aus, weil die entsprechenden Behauptungen fehlten. Weder drohende Gewalt noch drohender unwiederbringlicher Schaden würden behauptet. Um einen unwiederbringlichen Schaden annehmen zu können, müßte ein Nachteil am Vermögen, an Rechten oder Personen behauptet werden, für den Schadenersatz entweder (infolge Zahlungsunfähigkeit des Beschädigers) nicht geleistet werden könne oder die Leistung des Geldersatzes dem angerichteten Schaden nicht völlig adäquat sei. Daß Geldersatz bei Verlust des Garns nicht adäquat wäre, werde weder behauptet noch wäre dies einsichtig. Daß Geldersatz von der beklagten Partei nicht zu erreichen wäre, werde ebenfalls nicht behauptet. Bezüglich des oben erwähnten ersten Falles habe das gleiche zu gelten, wie im Hinblick auf § 379 Abs.2 Z 2 EO bereits ausgeführt. Zwar genüge hier bereits objektive Gefährdung, aber nicht eine bloß abstrakte, theoretische. Daß mehr als eine bloß abstrakte, theoretische, Gefährdung ohne die beantragte einstweilige Verfügung bestünde, sei nicht bescheinigt. Damit fehle aber auch die Voraussetzung des § 381 EO für die Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung.

Zum Rekurs der Firma R. B\*\*\* GmbH führte das Rekursgericht aus, die Rekurslegitimation sei an sich gegeben, der Rekurs enthalte aber keinen Rekursantrag. Ein Rekursantrag gehöre bei Rekursen gegen Beschlüsse, mit denen über einen Sachantrag oder ein Rechtsschutzbegehrten einer Partei entschieden wurde, zu den Inhaltserfordernissen. Bei Fehlen eines Rekursantrags dürfe zwar an sich nicht mit der sofortigen Zurückweisung vorgegangen werden, sondern es müsse vorerst ein befristete Verbesserungsauftrag durch das Erstgericht oder das Rekursgericht nach §§ 84 Abs.3, 85 ZPO erfolgen. Im gegenständlichen Fall scheide aber ein Verbesserungsauftrag deshalb aus, weil gleichzeitig mit dieser Entscheidung die vom Rekurs der Firma B\*\*\* bekämpfte Entscheidung des Erstgerichts in eine Abweisung des Antrags des Klägers auf Erlassung der einstweiligen Verfügung abgeändert worden sei. Würde einem allfälligen Verbesserungsauftrag nun innerhalb gesetzter Frist nachgekommen, fehlte dem Rekurs der Firma B\*\*\*, weil die bekämpfte Entscheidung bereits in dieser Weise abgeändert worden sei, die Beschwer. Deshalb sei von einem Verbesserungsauftrag abzusehen und der Rekurs der Firma B\*\*\* zurückzuweisen gewesen.

Gegen Punkt I des Beschlusses des Rekursgerichts wendet sich der Revisionsrekurs des Klägers aus den Anfechtungsgründen der Nichtigkeit, der Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens, der Aktenwidrigkeit und der unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit dem Antrag auf Aufhebung der Entscheidung und Rückverweisung an eine der Vorinstanzen zur Verfahrensergänzung; hilfsweise wird Abänderung im Sinne der Wiederherstellung der einstweiligen Verfügung des Erstgerichts vom 15. November 1988 beantragt; die Firma R. B\*\*\* GmbH bekämpft Punkt III des Beschlusses des Rekursgerichts mit Rekurs und beantragt Abänderung dahingehend, "daß in Anbetracht der hiemit vorgenommenen Verbesserung des Rekurses vom 18. Jänner 1989 ausgesprochen wird, daß dem Rekurs vom 18. Jänner 1989 Folge gegeben und der damit angefochtene Beschuß des Landesgerichts Feldkirch dahingehend abgeändert wird, daß der Antrag der klagenden und gefährdeten Partei auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung im Sinne des angefochtenen Beschlusses des Landesgerichts Feldkirch vom 15. November 1988 kostenpflichtig abgewiesen wird." Die beklagte Partei hat sich am Revisionsrekurs- bzw. am Rekursverfahren nicht beteiligt.

### **Rechtliche Beurteilung**

#### 1.) Zum Revisionsrekurs des Klägers:

Der Revisionsrekurs ist zulässig, aber nicht berechtigt. Unter dem Anfechtungsgrund der Nichtigkeit führt der Kläger aus, das Rekursgericht habe zutreffend festgestellt, daß sowohl im Rekurs der E\*\*\* Anstalt als auch im Rekurs der Firma B\*\*\* ein "Rekursantrag" wegen unrichtiger Beweiswürdigung nicht vorgelegen habe. Die Annahme oder Nichtannahme einer Bescheinigung sei eine Tat- und sohin Beweisfrage. Das "Berufungsgericht" habe daher die "Berufungsanträge" überschritten und damit gegen den Grundsatz des § 405 ZPO verstößen, weil das Gericht an den Parteiantrag und das Parteienbegehrten gebunden gewesen sei. Es handle sich somit um eine Nichtigkeit des Verfahrens. Eine Nichtigkeit sei auch insoweit gegeben, als der Kläger im Vorbringen zur einstweiligen Verfügung als Bescheinigungsmittel das Schreiben der Firma E\*\*\* an die Firma B\*\*\* vom 7. Oktober 1988 angeboten und auch als Beilage angeführt habe. Das Schreiben sei jedoch irrtümlich nicht beigelegt worden. Gemäß § 84 ZPO hätte das Gericht aber von Amts wegen die Beseitigung von Formgebrechen anordnen müssen. Die Nichtbehebung dieses Formmangels, der schon in erster Instanz erfolgen hätte müssen, werde auch ausdrücklich als Verfahrensmangel der zweiten Instanz gerügt. Zur Darstellung dieser Anfechtungsgründe werde nunmehr das Schreiben der E\*\*\* Anstalt an die Firma B\*\*\* vom 7. Oktober 1988 beigelegt.

Diesen Ausführungen ist zu erwidern, daß ein Verstoß gegen § 405 ZPO, selbst wenn er tatsächlich vorliegen sollte, nach ständiger Rechtsprechung keine Nichtigkeit, sondern nur einen Verfahrensmangel begründen könnte (SZ 42/138 uva). Im übrigen hat das Rekursgericht zutreffend darauf hingewiesen, daß in keinem der Rekurse gegen die Beschlüsse des Erstgerichts Beweisrügen erhoben worden seien, mit Ausnahme des Vorbringens der beklagten Partei - allerdings unrichtig unter dem Anfechtungsgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung - , daß die Voraussetzungen für eine subjektive Gefährdung nicht bescheinigt seien; hiemit sei in Wahrheit eine Beweisrüge erhoben worden, die auch berechtigt sei, weil eine Bescheinigung der Gefährdung nicht erfolgt sei; das zum Beweis hiefür angebotene Schreiben der beklagten Partei vom 7. Oktober 1988 an die Firma B\*\*\* GmbH sei weder bis zur Erlassung der einstweiligen Verfügungen durch das Erstgericht, noch im Verfahren vor dem Rekursgericht bis zu dessen Entscheidung vorgelegt worden.

Im Verfahren über die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sind nur parate Beweismittel zu berücksichtigen (vgl. SZ 29/86 ua).

Die amtswegige Beischaffung von Urkunden und Auskünften ist im Bescheinigungsverfahren ausgeschlossen (EFSIg. 37.057 ua). Der Oberste Gerichtshof ist auch im Provisorialverfahren Rechts- und nicht Tatsacheninstanz; er ist daher an den vom Rekursgericht als bescheinigt angenommenen Sachverhalt, dessen Überprüfung ihm entzogen ist, gebunden (vgl. SZ 54/76 ua). Während aber das Rekursgericht im Provisorialverfahren nicht an die Beweiswürdigung des Erstgerichts gebunden ist und daher nach der Aktenlage auch einen von der Tatsachengrundlage des Erstgerichts abweichenden oder diese ergänzenden Sachverhalt als bescheinigt annehmen kann (vgl.

JBI 1987, 728 ua), ist dies dem Obersten Gerichtshof, der wie

dargelegt, nur Rechtsinstanz und nicht Tatsacheninstanz ist,

verwehrt, so daß die mit dem Revisionsrekurs erstmals vorgelegten Bescheinigungsmittel, insbesondere das Schreiben vom 7. Oktober 1988, nicht zu berücksichtigen waren. Das Ergebnis der von den Vorinstanzen vorgenommenen Beweiswürdigung kann auch im Provisorialverfahren vom Obersten Gerichtshof nicht überprüft werden (ÖBI. 1980, 138 ua). Hat daher das Rekursgericht die Behauptung des Klägers, daß die beklagte Partei beabsichtige, die Garne um 30 % des seinerzeitigen Kaufpreises zu verkaufen; es bestehe daher die Gefahr, daß die Vermögensstücke verschleudert und durch Veräußerung ins Ausland gebracht und damit die Hereinbringung der Klagsforderung erheblich erschwert, wenn nicht vereitelt werde, nicht als bescheinigt erachtet, ist dem Obersten Gerichtshof eine Überprüfung dieser Schlußfolgerung verwehrt. Der Kläger vermochte mit seinen im grundsätzlichen gleichlautenden Ausführungen zu den Revisionsgründen der Nichtigkeit und der Mangelhaftigkeit des Verfahrens daher weder eine Nichtigkeit noch einen Mangel des Berufungsverfahrens darzutun; gleiches gilt für den Anfechtungsgrund der Aktenwidrigkeit, der im übrigen keine konkreten Ausführungen enthält.

Unter dem Anfechtungsgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung führte der Kläger aus, er habe vorgebracht, daß aus dem Schreiben der beklagten Partei vom 7. Oktober 1988 an die Firma B\*\*\* hervorgehe, daß die beklagte Partei beabsichtige, die Garne um 30 % des seinerzeitigen Kaufpreises zu verkaufen. Sohin bestehe die Gefahr, daß die Vermögensstücke verschleudert und durch Veräußerung ins Ausland gebracht werden und damit die Hereinbringung der Klagsforderung erheblich erschwert, wenn nicht vereitelt werde. Im Falle der Verbringung der Ware und Verschleuderung der Garne müßte die Klägerin um ihre Einbringlichkeit der Forderung bangen und das Urteil im Ausland vollstrecken. Schließlich sei auf das Konto der Ö\*\*\* L\*\*\* Nr. 890-137-240/00, über welches die Rechtsanwälte Dr.

Egbert W\*\*\* und Dr. Ekkehard B\*\*\*

verfügungsberechtigt sind, für Garnlieferungen Geldbeträge in Höhe

von ca. S 500.000,- überwiesen worden. Die Klägerin habe sohin zur

Sicherung ihrer Ansprüche auch ein rechtliches Interesse daran, daß

das auf diesem Konto befindliche Guthaben gesperrt, d.h. nicht

ausbezahlt werde. Für dieses Vorbringen seien auch ausreichend

Bescheinigungsmittel angeboten worden. Allerdings sei das Schreiben

vom 7. Oktober 1988 nicht beigelegt worden. Das Berufungsgericht

habe nun die Rechtsauffassung vertreten, daß deshalb die

Bescheinigung sowohl der subjektiven als auch der objektiven

Gefährdung fehle. Dies sei unrichtig. Der Gesetzgeber habe die

Vollstreckung einer Forderung im Ausland als hinreichende

Erschwernis gemäß § 379, Abs.2 Z 2 angenommen. Nur dann, wenn im Inland genügend Vermögen zur Befriedigung der Forderung der betreibenden Partei vorliege, sei dieser Grund für die Bewilligung einer einstweiligen Verfügung nicht gegeben. Davon könne im gegenständlichen Falle nicht die Rede sein, weil das Zahlungsbegehren allein S 1,431.939,31 betroffen habe. Bei der vom Berufungsgericht zitierten Entscheidung des Obersten Gerichtshofes

vom 16. August 1978, 6 Ob 678/78 handle es sich um einen völlig anders gearteten Sachverhalt. Abgesehen davon habe die bisherige Rechtsprechung bei einer Vollstreckung der Forderung im Ausland überwiegend eine Bescheinigung der Gefährdung nicht verlangt. Bislang sei der Wohnsitz des Verpflichteten als Auslandsbezug ausreichend angesehen worden. Daß die beklagten Partei im Inland genügend Vermögen besitze, um die Klagsforderung zu realisieren, habe das Berufungsgericht nicht festgestellt. Daher genüge die objektive Gefährdung des Anspruches für die Erlangung der Bewilligung.

Diesen Ausführungen kann nicht gefolgt werden.

Zur Sicherstellung von Geldforderungen können nach § 379 Abs.2 EO einstweilige Verfügungen getroffen werden, wenn wahrscheinlich ist, daß ohne sie der Gegner der gefährdeten Partei durch Beschädigen, Zerstören, Verheimlichen oder Verbringen von Vermögensstücken, durch Veräußerung oder andere Verfügungen über Gegenstände seines Vermögens insbesondere durch darüber mit dritten Personen getroffene Vereinbarungen die Hereinbringung der Geldforderung vereiteln oder erheblich erschweren würde (Z 1) oder wenn das Urteil im Ausland vollstreckt werden müßte (Z 2). Nach dem erstgenannten Fall müssen konkrete Umstände vorliegen, die es wahrscheinlich machen, daß ohne die Erlassung der einstweiligen Verfügung die Hereinbringung der Forderung der gefährdeten Partei durch das Verhalten des Gegners vereitelt oder erheblich erschwert würde (subjektive Gefährdung), wobei nach Lehre und Rechtsprechung die Bescheinigung von Eigenschaften oder Verhaltensweisen des Gegners hinreicht, nach denen Vereitungshandlungen sehr wahrscheinlich sind (Heller-Berger-Stix, 2706, JBl. 1979, 323 mwN ua). Derartige konkrete Umstände hat das Berufungsgericht jedoch nicht als bescheinigt erachtet, so daß in der Auffassung, daß im maßgebenden Zeitpunkt der Erlassung der einstweiligen Verfügung eine subjektive Gefährdung im Sinne des § 379 Abs.2 Z 1 EO nicht vorliegt, keine Fehlbeurteilung des Rekursgerichts erblickt werden kann.

Was nun die allenfalls erforderliche Vollstreckung des Urteils im Ausland betrifft (§ 379 Abs.2 Z 2 EO), hat das Rekursgericht zutreffend darauf verwiesen, daß vereinzelte ältere Entscheidungen, die überdies zu § 370 2. Fall EO ergangen sind (siehe die bei Heller-Berger-Stix, Kommentar IV III 2647 in FN 2 genannten E, insb OGH 25. August 1925 SZ 7/260 und 1. Februar 1928 ZBl 1928/112), wonach der ausländische Wohnsitz des Verpflichteten allein für die Annahme, daß das Urteil ansonsten im Ausland vollstreckt werden müßte, genügen soll, ohne daß es darauf ankäme, ob der Gläubiger Bewilligung der Sicherungsexekution bzw. Erlassung einer einstweiligen Verfügung bei Vollstreckbarkeit des Urteils auf befriedigungstaugliches inländisches Vermögen des Verpflichteten greifen könnte, durch die neuere Rechtsprechung überholt sind (vgl SZ 46/51, JBl. 1952, 348, EvBl. 1964/12 ua). Nach der Entscheidung JBl. 1952, 348 und weiteren Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes liegen die Voraussetzungen des § 379 Abs 2 Z 2 EO nämlich nicht vor, wenn der im Ausland lebende Gegner der gefährdeten Partei im Inland ausreichendes Vermögen besitzt und kein Grund zur Annahme besteht, daß dieses Vermögen dem Zugriff des Gläubigers entzogen werden könnte. Die neuere Rechtsprechung begnügt sich also nicht mit der abstrakten (theoretischen) Überlegung, daß im Fall eines ausländischen Wohnsitzes des Verpflichteten mit einer Verbringung des Vermögens ins Ausland gerechnet werden müsse, um die Voraussetzungen des § 370 2. Fall EO bzw. des § 379 Abs.2 Z 2 EO zu bejahen, sondern verlangt (unabhängig vom Wohnsitz des Verpflichteten) hiefür die Behauptung und Bescheinigung konkreter Umstände, die es wahrscheinlich machen, daß ohne Bewilligung der Sicherungsexekution bzw. Erlassung der einstweiligen Verfügung im Zeitpunkt der Vollstreckbarkeit des Urteils keine befriedigungstauglichen Vermögensstücke im Inland mehr zur Verfügung stünden, so daß das Urteil im Ausland vollstreckt werden müßte (vgl. hiezu auch Heller-Berger-Stix, III 2648). Daß aber ohne Erlassung der einstweiligen Verfügung kein befriedigungstaugliches Vermögen

der beklagten Partei im Inland zur Verfügung stünde, hat der Kläger weder behauptet, geschweige denn bescheinigt. Ohne Rechtsirrtum hat daher das Rekursgericht auch die Voraussetzungen für die Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 379 Abs.2 Z 2 EO nicht als gegeben erachtet.

Der Kläger hat die Erlassung der einstweiligen Verfügung auch zur Sicherung eines Herausgabebeanspruches bezüglich der Garne beantragt. Bei der Beurteilung der Anspruchsgefährdung kommt es nach der ständigen Rechtsprechung auf die jeweiligen Umstände des Einzelfalls an. Im Hinblick auf die vom Gesetz verwendeten Ausdrücke "besorgen" (§ 381 Z 1 EO) und "drohen" (§ 381 Z 2 EO) wird das Vorliegen von Umständen gefordert, die ohne Bewilligung der einstweiligen Verfügung eine Beeinträchtigung des Anspruchs oder des Anspruchsberechtigten als wahrscheinlich erscheinen lassen; es wird daher die Bescheinigung einer konkreten Gefährdung gefordert. Demnach kann nicht schon jede abstrakte oder theoretische Möglichkeit einer im § 381 EO genannten Erschwerung, Vereitung, Gewaltanwendung oder Herbeiführung eines unwiederbringlichen Schadens eine Anspruchsgefährdung im Sinne dieser Gesetzesstelle begründen (Heller-Berger-Stix 2722 f; EvBl. 1964/371; SZ 42/135; EvBl. 1981/188; 5 Ob 571/80, 2 Ob 604/87 uva). Die Behauptungs- und Bescheinigungslast für die konkrete Gefährdung liegt gemäß § 389 Abs.1 EO beim Kläger (MietSlg. 30.862 ua). Auch bezüglich der Voraussetzungen der Z 1 des § 381 EO hat der Kläger aber keine konkreten Tatsachen zu bescheinigen vermocht, wie das Rekursgericht zutreffend ausführte. Hiebei kann bezüglich einer allfälligen Vollstreckung des Urteils im Ausland auf die vorstehenden Ausführungen zu § 379 Abs.2 Z 2 EO verwiesen werden. Hinsichtlich § 381 Z 2 EO hat der Kläger weder drohende Gewalt noch drohenden unwiederbringlichen Schaden behauptet. Ein Schaden ist dann unwiederbringlich, wenn ein Nachteil am Vermögen, den Rechten oder an Personen eingetreten ist, die Zurückversetzung in den vorigen Stand nicht tunlich ist und Geldersatz entweder nicht geleistet werden kann (etwa infolge Zahlungsunfähigkeit des Schädigers) oder die Leistung des Geldersatzes dem angerichteten Schaden nicht völlig adäquat ist (vgl. SZ 49/11; JBl. 1985, 423 ua). Daß aber im Falle des Verlusts der Garne von der Beklagten adäquater Geldersatz nicht erlangt werden könnte, hat der Kläger nicht einmal behauptet, geschweige denn zu bescheinigen vermocht. In der Auffassung des Rekursgerichts, daß der Kläger auch die Voraussetzungen des § 381 EO für die Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung nicht bescheinigen konnte, ist daher keine unrichtige Beurteilung zu erblicken.

Dem Revisionsrekurs war daher ein Erfolg zu versagen. Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 40, 50 ZPO, 78, 402 Abs.2

EO.

2.) Zum Rekurs der Firma R. B\*\*\* GmbH:

Die Rekurswerberin führt aus, es sei richtig, daß ihr Rekurs gegen die vom Erstgericht erlassene einstweilige Verfügung vom 15. November 1988 keinen Rekursantrag enthalte; dies sei auf ein offensichtliches Versehen bei Verfassung des Rekurses zurückzuführen. Diesem Gebrechen wäre aber durch einen Verbesserungsauftrag des Rekursgerichts zu begegnen gewesen. Unrichtig sei hingegen die weitere Vorgangsweise des Rekursgerichts, einen Verbesserungsauftrag nicht zu erlassen, sondern den Rekurs der Firma R. B\*\*\* zurückzuweisen. Dies werde vom Rekursgericht damit begründet, daß unter Hinweis auf die seinerzeit gleichzeitige Abänderung des angefochtenen Beschlusses des Landesgerichts Feldkirch im Sinne einer Abweisung des Antrags auf Erlassung der bekämpften einstweiligen Verfügung, dem Rekurs der Firma R. B\*\*\* die Beschwer mangle. Richtig sei, daß diese Beschwer tatsächlich wegfallen, wenn auch die bekämpfte einstweilige Verfügung des Landesgerichts Feldkirch wegfallen. Dieser Wegfall sei aber noch nicht mit der Erlassung der Entscheidung des Rekursgerichts gegeben, sondern erst mit der Rechtskraft eines Beschlusses auf Abweisung des in Frage stehenden Antrags auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung. In Vorwegnahme des genannten Verbesserungsauftrags stelle die Firma R. B\*\*\* klar, daß ihrem Rekurs der Antrag zugrunde liege, daß das Oberlandesgericht Innsbruck dem Rekurs Folge geben und die angefochtene Entscheidung dahingehend abändern wolle, daß der Antrag der klagenden und gefährdeten Partei auf Erlassung der vom Erstgericht bewilligten einstweiligen Verfügung zur Gänze abgewiesen und der klagenden und gefährdeten Partei Kostenersatz auferlegt werde.

Diesen Ausführungen ist folgendes zu erwidern: Voraussetzungen für die Zulässigkeit jedes Rechtsmittels ist eine Beschwer des Rechtsmittelwerbers, d.h., daß der Rechtsmittelwerber durch die angefochtene Entscheidung in seinen Rechten betroffen wird. Nach ständiger Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes muß die sogenannte Beschwer nicht nur im Zeitpunkt der Erhebung des Rechtsmittels bestehen, sondern auch noch im Zeitpunkt der Entscheidung

über das Rechtsmittel gegeben sein (vgl. SZ 44/144, EvBl. 1971/152 ua). Mangelt es an der Beschwer im Zeitpunkt der Entscheidung über das Rechtsmittel, ist dieses als unzulässig zurückzuweisen (JBl. 1978, 155; EvBl. 1973/204 ua). Im vorliegenden Fall wurde mit der gegenständlichen Entscheidung des Obersten Gerichtshofes dem Revisionsrekurs des Klägers gegen Punkt I des Beschlusses des Rekursgerichts (betreffend die E.V. des Erstgerichts vom 15. November 1988) nicht Folge gegeben und damit die Abweisung des Antrags des Klägers auf Erlassung dieser einstweiligen Verfügung rechtskräftig; Punkt II des Beschlusses des Rekursgerichts, betreffend die einstweilige Verfügung des Erstgerichts vom 28. Dezember 1988 war bereits mangels Anfechtung in Rechtskraft erwachsen. Dies hat aber den Wegfall des Rechtsschutzinteresses der Rekurswerberin Firma R. B\*\*\*, die mit ihrem Rekurs gegen die einstweiligen Verfügungen des Erstgerichts ja die Abweisung des Antrags auf Erlassung dieser einstweiligen Verfügungen anstrehte, zur Folge, zumal das Interesse an einer Änderung der Kostenentscheidung zweiter Instanz, die für sich allein gemäß § 78 EO iVm § 528 Abs.1 Z 2 ZPO nicht angefochten werden kann, für die Annahme der Zulässigkeit eines Rechtsmittels nicht ausreicht (MietSlg. 31.795, 33.727, 38.836 ua).

Der Rekurs der Firma R. B\*\*\* GmbH war daher zurückzuweisen. Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 40, 50 ZPO, 78, 402 Abs.2 EO.

#### **Anmerkung**

E17863

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

ECLI:AT:OGH0002:1989:0020OB00546.89.0606.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19890606\_OGH0002\_0020OB00546\_8900000\_000

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

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.  
[www.jusline.at](http://www.jusline.at)