

# TE OGH 1985/4/16 5Ob27/85

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 16.04.1985

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Marold als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Hon.Prof.Dr. Griehsler, Dr. Jensik, Dr. Zehetner und Dr. Klinger als Richter in der Rechtssache der klagenden und gefährdeten Partei Josef A, Kaufmann, Wien 9., Pramergasse 28/1/7, vertreten durch Dr. Hermann Gaigg und Dr. Karl Leitinger, Rechtsanwälte in Wien, wider die beklagte und Gegnerin der gefährdeten Partei Gerda B, Angestellte, Wien 19., Himmelstraße 93, vertreten durch Dr. Otto Ambros und Dr. Hans Ambros, Rechtsanwälte in Wien, wegegn Vertragsaufhebung und Zahlung von 1,038.381.63 S samt Anhang bzw. einstweiliger Verfügung infolge Revisionsrekurses der klagenden und gefährdeten Partei gegen den Beschluß des Oberlandesgerichtes Wien als Rekursgerichtes vom 25. Jänner 1985, GZ14 R 7/85-13, womit der Beschluß des Landesgerichtes für Zivilrechtssachen Wien vom 7.Dezember 1984, GZ 14 Cg 316/84-7, abgeändert wurde, folgenden Beschluß gefaßt:

## Spruch

Dem Revisionsrekurs wird nicht Folge gegeben.

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

## Text

Begründung:

Die klagende und gefährdete Partei (im folgenden Kläger) hat von der Beklagten und Gegnerin der gefährdeten Partei (im folgenden Beklagten) am 8.10.1984 die dieser gehörenden insgesamt 1075/6040- Miteigentumsanteile an der Liegenschaft EZ 844 KG Josefstadt, mit denen das Wohnungseigentum an den Geschäftslokalen top.Nr. 31 bis 33 verbunden ist, um 930.000 S gekauft. Dieser Kaufschilling wurde vom Kläger beim Vertragserrichter, dem Notar Dr. ZAMPA, treuhändig erlegt. Beide Vertragspartner erteilten dem Vertragserrichter den unwiderruflichen Auftrag, nach Abdeckung eines pfandrechtlich sichergestellten Höchstbetragsdarlehens der Ersten Österreichischen Spar-Casse und nach grundbücherlicher Durchführung des Kaufvertrages den Rest des Treuhanderlages der Beklagten zu überweisen. Mit der am 13.11.1984 beim Erstgericht überreichten Klage begehrte der Kläger das Urteil, daß 1.) der Kaufvertrag vom 8.10.1984 aufgehoben werde und 2.) die Beklagte ihm 1,038,381,63 S samt Anhang zu zahlen habe. Zugleich beantragte der Kläger zur Sicherung des Zahlungsanspruches die Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit welcher der Beklagten die Unterlassung jeglicher Verfügung über den Kaufschilling aufgetragen und dem Notar Dr. C als Drittschuldner verboten werde, über den bei ihm treuhändig erlegten Kaufschilling bis zur rechtskräftigen Erledigung der Klage anders als durch Eröffnung eines Sparbuches für den Kaufpreis von 930.000 S zumindest zum Eckzinsfuß zu verfügen. Zur Begründung der Klage und des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung brachte der Kläger im wesentlichen vor:

Die Zusage der Beklagten, er könne in den Lokalen problemlos ein Restaurant errichten, die anderen

Wohnungseigentümer würden zu den entsprechenden Baumaßnahmen ihre Zustimmung erteilen, habe sich als falsch erwiesen. Die Miteigentümer hätten sich geweigert, dem vom Kläger beantragten Bauansuchen zuzustimmen. Dieses Verhalten der anderen Miteigentümer sei der Beklagten schon vor Verkauf bekannt gewesen. Die Beklagte habe daher den Kläger über einen wesentlichen Vertragsbestandteil in Irrtum geführt. Der Mangel sei zumindest nicht allzu bald zu beheben. Die Beklagte sei daher verpflichtet, in die Aufhebung des Kaufvertrages einzuwilligen und den Notar Dr. C anzuweisen, den bei ihm erliegenden Kaufschilling von 930.000 S an den Kläger zurückzuüberweisen. Dem Kläger seien im Zusammenhang mit dem Kauf Gebühren in der Höhe von 83.480 S sowie im Zusammenhang mit der begonnenen Adaptierung Kosten von 24.901,63 S erwachsen, die er gegenüber der Beklagten aus dem Titel des Schadenersatzes geltend mache. Da im Falle einer Überweisung des Kaufschillings an die Beklagte dessen Rückerlangung äußerst schwierig wäre, weil die Beklagte, die in äußerst ungünstigen finanziellen Verhältnissen lebe, kein wesentliches Einkommen habe und an Vermögenswerten nur die dem Kläger verkauften Liegenschaftsanteile besitze, über diesen Kaufschilling verfügen würde, sei der Rückabwicklungsanspruch des Klägers gefährdet.

Die Beklagte beantragte Klageabweisung und sprach sich auch gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung aus. Sie wendete zusammengefaßt ein, es treffe nicht zu, daß der Kläger sich ausbedungen habe, in den verkauften Geschäftslokalen einen Restaurantbetrieb zu führen. Sie habe keinerlei Zusage über die Beschaffenheit der Räume abgegeben. Überdies könne der Kläger in den Lokalen jederzeit einen Restaurantbetrieb eröffnen. Er habe gegenüber den anderen Wohnungseigentümern einen Anspruch auf Zustimmung zu seinem Bauvorhaben. Aus den Klagebehauptungen sei eine konkrete Gefährdung des vom Kläger geltend gemachten Anspruches nicht ableitbar.

Das Erstgericht erließ die beantragte einstweilige Verfügung und setzte sie nach Erlag der aufgetragenen Sicherheitsleistung von 150.000 S in Wirksamkeit. Es nahm folgenden Sachverhalt als bescheinigt an:

Vor Kaufabschluß fanden mehrere Besichtigungen des Objektes statt, bei denen seitens des Realitätenvermittlungsbüros D dessen freier Mitarbeiter E anwesend war. Die Beklagte oder ihr Gatte waren bei den Besichtigungen nicht zugegen. In Anwesenheit ES äußerte sich der Kläger zu Fragen allfälliger Umbauarbeiten lediglich dahin, daß Lüftungs- und WC-Anlagen verändert werden müßten. Inwieweit solche Absichtserklärungen auch der Beklagten zur Kenntnis kamen oder gar die Ermöglichung solcher Arbeiten zu einer Bedingung des Kaufvertrages gemacht wurde, muß im Bescheinigungsverfahren dahingestellt bleiben. In den vor dem Notar Dr. C schriftlich errichteten Kaufvertrag fand die Kaufmotivation des Klägers, in den gekauften Geschäftsräumlichkeiten ein Restaurant zu betreiben, keinen Eingang. In der Folge ließ der Kläger in den vertragsgegenständlichen Räumen 'Devastierungsarbeiten' durchführen. Als er daranging, die für die von ihm beabsichtigten Umbauarbeiten nötige Baugenehmigung zu erwirken, verweigerte ihm die Miteigentümergeinschaft die Leistung der erforderlichen Unterschriften.

Keineswegs ausreichend bescheinigen konnte der Kläger seinen Anspruch, soweit sich dieser darauf stützt, daß die Beklagte von der Notwendigkeit der Umbauarbeiten wußte und ihm wider besseres Wissen die Zustimmung der Miteigentümergeinschaft zusicherte. Ebenso wenig konnte darüber Klarheit gewonnen werden, ob die Motivation des Klägers, ein Restaurant zu errichten und zu betreiben, Geschäftsgrundlage des in Rede stehenden Kaufvertrages war. Die Klärung dieser offenen Fragen bleibt dem streitigen Verfahren vorbehalten.

Ausreichend bescheinigt ist jedoch die verhältnismäßig ungünstige finanzielle Situation der Beklagten. Die Beklagte verfügt - abgesehen von den streitgegenständlichen Liegenschaftsanteilen - über kein weiteres Liegenschaftsvermögen oder sonstiges Vermögen. Sie ist Angestellte mit einem monatlichen Nettoeinkommen von rund

8.500 S. Mit ihrem Gatten Rudolf B lebt die Beklagte in Gütertrennung.

Rechtlich folgte das Erstgericht, der Kläger habe nicht hinreichend bescheinigen können, daß er die Inbetriebnahme eines Restaurants in den verkauften Lokalen zur Bedingung für den Abschluß des gegenständlichen Kaufvertrages gemacht hätte. Zuzufolge nicht genügender Anspruchsbescheinigung sei daher dem Kläger eine Sicherheitsleistung aufzuerlegen gewesen. Die vermögensschwache Situation der Beklagten gebe Anlaß zur Besorgnis, daß der Kläger im Falle seines Obsiegens den an die Beklagte ausbezahlten Kaufschilling nicht oder nur unter Schwierigkeiten zurückerlangen könnte. Der behauptete Anspruch sei daher gefährdet. Das Rekursgericht gab dem Rekurs der Beklagten Folge und wies den Antrag des Klägers auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung aus nachstehenden Erwägungen ab:

Der vom Kläger geltend gemachte Rückabwicklungsanspruch sei den Geldforderungen im Sinne des § 379 EO zuzuordnen. Voraussetzung für die Erlassung einer einstweiligen Verfügung zur Sicherung eines derartigen Anspruches sei das Vorliegen von Umständen, die es wahrscheinlich machten, daß ohne einstweiliger Verfügung durch das Verhalten des Schuldners die Hereinbringung der Forderung vereitelt oder erheblich erschwert werden würde (subjektive Gefährdung). Für die Annahme einer Gefährdung nach § 379 Abs 2 Z 1 EO genüge daher nicht die Behauptung, daß der Gegner der gefährdeten Partei sich in einer ungünstigen Vermögenslage befinde, bzw. auch nicht der Umstand, daß der Gegner einkommens- oder vermögenslos sei. Die Tatsache, daß die Beklagte derzeit nur über ein monatliches Einkommen von rund 8.500 S verfüge, erlaube daher nicht den Schluß, daß eine subjektive Gefährdung im Sinne der genannten Gesetzesstelle vorliege. Mangels entsprechenden Nachweises einer Gefährdung des Anspruches des Klägers sei daher allein schon aus diesem Grund die beantragte einstweilige Verfügung abzuweisen gewesen.

Aber auch die Behauptungen des Klägers zum gefährdeten Anspruch hätten keine verlässliche Beurteilung eines Rechtsschutzinteresses zugelassen. Die vom Erstgericht als bescheinigt angenommene Tatsache, daß die Miteigentümergeinschaft dem Kläger die Unterschriftsleistung für die Erwirkung der Baugenehmigung verweigert habe, stütze sich allein auf eine ganz allgemeine Behauptung des Klagevertreters in seinem Schreiben vom 18.10.1984 an die Beklagte (Beilage B). Dieser ganz allgemein gehaltene Vorwurf lasse in keiner Weise erkennen, welche Baumaßnahmen vom Kläger beabsichtigt gewesen seien, welche Miteigentümer dieses Bauvorhaben abgelehnt hätten und ob diese Ablehnung auch grundlos geschehen sei. Um beurteilen zu können, ob der Kläger ein taugliches, d.h. von der Miteigentümergeinschaft zu unterstützendes Bauvorhaben präsentiert habe, wären daher die Baumaßnahmen konkret zu bezeichnen gewesen. überdies wäre zu erheben gewesen, von welchen Miteigentümern welche Stellungnahme dazu abgegeben worden sei.

Gegen den abändernden Beschluß des Rekursgerichtes richtet sich der Revisionsrekurs des Klägers mit dem Antrag auf Wiederherstellung des erstgerichtlichen Beschlusses. Hilfsweise wird die Erlassung einer anderen geeigneten Sicherungsmaßnahme, in eventuelle Aufhebung der angefochtenen Entscheidung (allenfalls auch der erstgerichtlichen Entscheidung) zur Verfahrensergänzung und neuen Entscheidung begehrt.

Die Beklagte hat sich am Revisionsrekursverfahren nicht beteiligt.

### **Rechtliche Beurteilung**

Der Revisionsrekurs ist zwar zulässig (§§ 78,402 EO; § 502 Abs 4, Z 2, § 528 Abs 2 ZPO), aber nicht berechtigt.

Den Revisionsrekursausführungen des Klägers, er habe im Sinne des § 379 Abs 2 Z 1 EO hinreichend bescheinigt, daß die Beklagte über den derzeit bei Notar Dr.C erliegenden Kaufschilling, sollte sie ihn von diesem überwiesen erhalten, so verfügen würde, daß er darauf im Falle seines Obsiegens überhaupt nicht mehr oder nur unter erheblich schwierigeren Umständen greifen könnte, kann nicht gefolgt werden. Auszugehen ist davon, daß die gefährdete Partei die Tatsachen, aus denen die Gefährdung ihres behaupteten Anspruches hervorgeht, gemäß § 389 Abs 1 EO im einzelnen wahrheitsgemäß darzulegen hat (Heller-Berger-Stix 2830) und dieses Tatsachenvorbringen der gefährdeten Partei die Grenzen absteckt, innerhalb welcher zu beurteilen ist, inwieweit eine einstweilige Verfügung erlassen werden kann (JBl.1977, 94; 7 Ob 645/82 u.a.). Die Erlassung einer einstweiligen Verfügung zur Sicherung einer Geldforderung setzt gemäß § 379 Abs 2 Z 1 EO ein (in der genannten Gesetzesstelle beispielsweise näher umschriebenes) Verhalten des Antragsgegners voraus, das mit hoher Wahrscheinlichkeit die Vereitelung oder erhebliche Erschwerung der Hereinbringung der Geldforderung besorgen läßt (subjektive Gefährdung); die fehlende Glaubhaftmachung der Gefahr kann durch Sicherheitsleistung nicht ersetzt werden (Heller-Berger-Stix 2706 ff mwN; 7 Ob 618/81 u.a.). Für die Annahme einer subjektiven Gefährdung genügt weder die Vermögens- und Einkommenslosigkeit des Antragsgegners - wie das Rekursgericht zutreffend ausgeführt hat - noch der Umstand, daß sich dieser gegen die Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung ausspricht (Heller-Berger-Stix 2706 und 2708). Selbst die bloße Tatsache, daß gegen den Antragsgegner mehrere vollstreckbare Exekutionstitel vorliegen oder Rechtsstreite auf Zahlung anhängig sind, ja daß die Konkurseröffnung über sein Vermögen bevorsteht, begründet noch nicht eine subjektive Gefährdung im Sinne des § 379 Abs 2 Z 1 EO (Heller-Berger-Stix 2707 f. und 2709). In mehreren Entscheidungen 2 Ob 235/52, 5 Ob 13/74, 3 Ob 627/79 u.a.) wurde eine derartige Gefährdung auch dann verneint, wenn sich der Antragsgegner in Zahlungsschwierigkeiten befindet, wenn er mit Klagen, Exekutions- und Konkurseröffnungsanträgen verfolgt wird. Zu 1 Ob 378/52 wurde ausgesprochen, daß in der Ausfolgung einer Haftkaution eine Gefährdung nach § 379 Abs 2 Z 1 EO

nicht zu erblicken ist, wenn nicht bescheinigt werde, daß der Antragsgegner beabsichtige, den Geldbetrag zu verheimlichen oder zu verbrauchen. Legt man die soeben dargestellte, in Lehre und Rechtsprechung herrschende Auslegung des Begriffes der nach § 379 Abs 2 Z 1 EO erforderlichen subjektiven Gefährdung der Entscheidung des gegenständlichen Falles zugrunde, so ergibt sich, daß die vom Kläger befürchtete Überweisung des bei Notar Dr. C erliegenden Kaufschillings an die Beklagte, bevor er (Kläger) nach einem Obsiegen im vorliegenden Prozeß im Exekutionsweg auf diesen Kaufschilling greifen könnte, zur Bejahung einer subjektiven Gefährdung im Sinne der vorerwähnten Gesetzesstelle nicht hinreicht. Die vom Kläger behaupteten und vom Erstgericht als bescheinigt angesehenen Vermögens- und Einkommensverhältnisse der Beklagten allein machen es noch nicht in dem nach herrschender Auffassung erforderlichen Grad wahrscheinlich, die Beklagte werde über den Kaufschilling derart verfügen, daß die Hereinbringung der Geldforderung des Klägers vereitelt oder erheblich erschwert werden würde.

Weitere in die Richtung der Besorgnis des Klägers weisende Tatsachen vermochte dieser nicht einmal zu behaupten.

Da der Antrag des Klägers somit vom Rekursgericht schon wegen der fehlenden Gefährdungsbescheinigung zu Recht abgewiesen wurde, war auf die Revisionsrekursausführungen zur Anspruchsbescheinigung nicht mehr einzugehen.

Dem Revisionsrekurs war daher ein Erfolg zu versagen. Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsrekursverfahrens beruht auf §§ 78, 402 EO, §§ 40, 50 ZPO.

#### **Anmerkung**

E05139

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

ECLI:AT:OGH0002:1985:0050OB00027.85.0416.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19850416\_OGH0002\_0050OB00027\_8500000\_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)