jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

# TE OGH 1983/5/11 3Ob30/83

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 11.05.1983

**Norm**

ABGB §1271
EO §84 Z1
EGEO ArtXXIX

**Kopf**

SZ 56/77

**Spruch**

Nach inländischem Recht ist zu beurteilen, ob dem Anspruch, der auf Grund eines ausländischen Schiedsspruches im Inland vollstreckt werden soll, ein Differenzgeschäft zugrunde liegt, sodaß nach Art. XXIX EGEO die Exekutionsbewilligung zu versagen ist

OGH 11. 5. 1983, 3 Ob 30/83 (OLG Linz 5 R 169/82; KG Wels 3 Nc 7/82)

**Text**

Mit Beschluß vom 8. 6. 1982 bewilligte das Erstgericht auf Grund des Schiedsspruches des Schiedsgerichtes der "Vereinigung Amsterdamse Graanhandel" (V.A.G.) vom 10. 8. 1981, Nr. 276, hinterlegt bei der Geschäftsstelle des Landgerichtes in Amsterdam am 11. 8. 1981, und des Schiedsspruches im Berufungsverfahren der V.A.G. vom 11. 1. 1982, Nr. 9, hinterlegt bei der Geschäftsstelle des Landgerichtes in Amsterdam am 12. 1. 1982, zur Hereinbringung von 677 050 DM sA zugunsten der betreibenden Partei die Exekution durch Pfändung, Verwahrung und Verkauf von beweglichen Sachen sowie Pfändung und Überweisung von mehreren der verpflichteten Partei zustehenden Forderungen.

Die verpflichtete Partei erhob Widerspruch gegen diese Exekutionsbewilligung mit der Begründung, die den Schiedssprüchen zugrunde liegenden Rechtsgeschäfte seien Differenzgeschäfte gewesen, die nicht klagbar und nach dem Devisengesetz nichtig seien. Nur nach außen hin seien diese Rechtsgeschäfte in die Form von normalen Lieferverträgen gekleidet worden. Dem von der betreibenden Partei geltend gemachten Anspruch sei daher gemäß § 81 Z 4 EO bzw. Art. V Abs. 2 des Übereinkommens über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vom 10. 6. 1958, BGBl. 1961/200, aus Rücksicht der öffentlichen Ordnung die Gültigkeit versagt. Die betreibende Partei beantragte die Abweisung des Widerspruches und wendete ein, daß es sich nicht um Differenzgeschäfte handle, die rechtlich als Spiel oder Wette zu behandeln seien. In den meisten Fällen sei überhaupt kein Gegengeschäft vereinbart gewesen; hier ergebe sich die Schadenersatzforderung der betreibenden Partei einfach aus der Differenz zwischen dem Fakturenpreis und dem Marktpreis. In einigen Fällen sei es wohl zu Gegengeschäften über die gleichen Mengen von Waren zu denselben Lieferterminen gekommen, aber dies sei eine im Getreidehandel durchaus übliche Vertragsabwicklung. In den zwischen den Streitteilen vereinbarten Vernof-Bedingungen sei die von der betreibenden Partei gewählte Form der Berechnung des Schadenersatzes entsprechend der Bestimmung des §

376 HGB ausdrücklich vorgesehen. Die Schiedsgerichte hätten sich im übrigen mit dieser Problematik ausdrücklich auseinandergesetzt, sodaß diese Frage nicht neuerlich aufgerollt werden könne. Zwischen den Streitteilen sei die Anwendung des niederländischen Rechtes vereinbart worden, aus der sich die Berechtigung der betriebenen Forderung ergebe. Nach Art. V Abs. 2 lit. b des von der verpflichteten Partei angeführten Vollstreckungsvertrages könne die Vollstreckung nur versagt werden, wenn sie der öffentlichen Ordnung widersprechen würde, was nicht der Fall sei. Für einen Schadenersatzanspruch sei keine devisenrechtliche Genehmigung erforderlich.

Das Erstgericht wies den Widerspruch ab. Es war der Auffassung, daß der von den Schiedsrichtern als erwiesen angenommene Sachverhalt nicht überprüft werden könne. Danach stehe aber fest, daß keine Differenzgeschäfte vorlägen, weshalb auch nicht untersucht werden müsse, ob diese der inländischen öffentlichen Ordnung widersprächen. Wenn aber zwischen den Parteien in diesem Sinne ohnedies ein echter Warenlieferungsvertrag abgeschlossen worden sei, hätte es auf Grund der generellen Genehmigung der Oesterreichischen Nationalbank DE 5/71 auch keiner besonderen devisenbehördlichen Genehmigung bedurft.

Das Berufungsgericht hob das Urteil des Erstgerichtes mit Rechtskraftvorbehalt auf. Es vertrat abweichend vom Erstgericht die Auffassung, daß wegen der Bestimmung des Art. XXIX Abs. 1 EGEO die Frage, ob dem betriebenen Ersatzanspruch als Spiel oder Wette zu beurteilende Differenzgeschäfte zugrunde lägen, trotz Prüfung dieser Frage durch die ausländischen Schiedsrichter vom Widerspruchsgericht neuerlich selbständig untersucht werden müsse. Um beurteilen zu können, um welche Geschäfte es sich wirklich gehandelt habe, müßten alle zwischen den Streitteilen abgeschlossenen Rechtsgeschäfte geprüft werden, da man nur daraus auf die wirkliche Parteienabsicht bezüglich der in den Schiedssprüchen behandelten Geschäftsfälle schließen könne. Wenn überwiegend sogenannte Gegenterminkontrakte ("wash out") stattgefunden hätten, lägen gemäß Art. XXIX Abs. 1 EGEO verpönte Warentermingeschäfte in der Form eines sogenannten "verdeckten Differenzgeschäftes" vor. Da hier immer Beweisschwierigkeiten bestunden, müßten die Grundlagen für eine allenfalls bestehende Spekulationsabsicht durch Ergänzung des Verfahrens gewonnen werden.

Der Oberste Gerichtshof gab dem von der betreibenden Partei erhobenen Rekurs nicht Folge.

**Rechtliche Beurteilung**

Aus der Begründung:

Die betreibende Partei macht geltend, daß die beiden Schiedssprüche nicht dem "ordre public" widersprächen. Maßgebend sei hier nicht der inländische ordre public, sondern gemäß Art. V Abs. 2 der New Yorker Konvention komme es nur darauf an, ob gegen den internationalen ordre public verstoßen werde. Dies treffe keinesfalls zu. Da ein Differenzgeschäft, selbst wenn es vorläge, nach österreichischem Recht wohl unklagbar, aber nicht etwa nichtig sei, sondern immerhin eine Naturalobligation begrunde, ergebe sich schon daraus, daß kein solcher Verstoß gegen die inländische öffentliche Ordnung vorliegen könne. Aus Art. XXIX EGEO ergebe sich nicht, daß jedes Differenzgeschäft unter den Begriff des Spiels oder der Wette falle. Auf Schiedssprüche, die nach der New Yorker Konvention ergangen seien, sei aber diese Bestimmung nicht anwendbar. Die Zahlung auf Grund einer Verurteilung zum Schadenersatz bedürfe keiner besonderen devisenbehördlichen Genehmigung. Unrichtig sei aber auch die Rechtsansicht des Berufungsgerichtes über das Wesen des Differenzgeschäftes. Es treffe keineswegs zu, daß jedes Warentermingeschäft reinen Spekulationscharakter habe. Besonders im internationalen Futtermittelhandel komme solchen Geschäften vielmehr eine wichtige wirtschaftliche Bedeutung zu.

Aus den Bestimmungen der Art. XV EGZPO und Art. XXIX und XXX EGEO ergibt sich in Verbindung mit § 81 Z 4 EO, wie das Berufungsgericht zutreffend erkannt hat, daß Schiedssprüchen aller Art, auch solchen, die den Bestimmungen des Übereinkommens über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche, BGBl. 1961/200, unterliegen (s. Art. V Abs. 2 lit. b dieses Übereinkommens), der Einwand des Differenzgeschäftes entgegengehalten werden kann und die verpflichtete Partei dies auch mittels Widerspruches nach § 83 Abs. 1 EO geltend machen kann. Dies gilt sowohl dann, wenn sich das ausländische Schiedsgericht mit der Frage, ob ein Differenzgeschäft vorliegt, überhaupt nicht befaßt hat, als auch für den Fall, als das ausländische Schiedsgericht diese Frage unrichtig gelöst hat. Und es spielt auch keine Rolle, ob es sich beim ausländischen Schiedsgericht um ein allgemeines Schiedsgericht oder um ein Börsenschiedsgericht handelt (Heller - Berger - Stix 60, 782; Anm. 1 zu Art. XXIX EGEO in MGA EO[11], EvBl. 1983/84).

Der Versuch der betreibenden Partei, unter Hinweis auf ausländisches Schrifttum einen Unterschied zwischen einer

Art inländischem ("domestic public policy") und einer Art übernationalem ("international public policy") ordre public zu konstruieren, muß scheitern. Gemäß Art. V Abs. 2 lit. b des zitierten Übereinkommens kommt es nämlich eindeutig auf einen Widerspruch mit der öffentlichen Ordnung des Landes an, in dem der Schiedsspruch vollstreckt werden soll (vgl. dazu auch Schwind, Handbuch des Österr. Internationalen Privatrechtes 86). Auch der im Rekurs zitierte Autor Brunn (NJW 1969, 823) geht eher davon aus, daß nicht nach geltendem Recht, sondern nur de lege ferenda auf einen "gemeinsamen europäischen ordre public" abgestellt werden sollte, wobei er in anderem Zusammenhang gerade bezüglich der Schiedssprüche darauf verweist, daß in Österreich hier nicht so liberal wie nach deutschem Recht vorgegangen werde, was sich aus § 595 Z 6 ZPO in der geltenden Fassung (die Zivilverfahrensnovelle 1983 wird hier eine gewisse Änderung herbeiführen) ergebe (Brunn aaO 826).

Die Gedanken über die wirtschaftliche Bedeutung der Schiedsgerichtsbarkeit und Beurteilung des Differenzgeschäftes als einer staatlich unerwünschten Rechtsbetätigung vermögen ebenfalls nicht zu einem anderen Ergebnis zu führen. Wenn schon nach unserer Rechtsordnung das Differenzgeschäft so verpönt ist, daß ein diesbezüglicher Einwand selbst im Exekutionsverfahren noch erhoben werden kann, dann muß eben im Falle der Behauptung eines Differenzgeschäftes vom inländischen Gericht erstmals oder nochmals geprüft werden, ob ein solches vorliegt oder nicht. Es ist richtig, daß Differenzgeschäfte unter Umständen gar nicht unseriös sein müssen und betriebswirtschaftlich im einzelnen Fall auch sinnvoll sein können. So kann einem Differenzgeschäft die sogenannte Versicherungsfunktion zukommen, wenn etwa ein Futtermittelhändler sich schon im Frühjahr einen festen Einkaufspreis für den Herbst sichern will und schon im Frühjahr mit einer ganz bestimmten Gewinnspanne kalkulierend mit seinen Kunden abschließen kann, weil er bei später steigenden Weltmarktpreisen die Preisdifferenz von seinem Vertragspartner, mit dem das Differenzgeschäft abgeschlossen wurde, erhält, während er bei sinkenden Weltmarktpreisen zwar an diesen die Preisdifferenz bezahlen muß, sich dafür aber einen gleich hohen Betrag beim Einkauf auf dem Weltmarkt erspart. Oder umgekehrt kann sich ein Futtermittelhändler den Verkaufspreis auf dem Weltmarkt für den Herbst durch ein Differenzgeschäft schon im Frühjahr sichern, sodaß er schon im Frühjahr die inländische Ernte zu einem ganz bestimmten Preis ankaufen kann. Auch ein solcherart gar nicht als reines Spekulationsgeschäft anzusehendes Differenzgeschäft fällt aber - falls eben von vornherein nicht an Lieferung und Bezahlung von Ware gedacht ist (s. später) - gleichfalls unter die dort oben zitierten Bestimmungen. Die dem Wort "Differenzgeschäft" zB in Art. XXIX EGEO vorangeschickten Worte "als Spiel oder Wette zu beurteilende" sind nicht einschränkend dahin zu deuten, daß das Gesetz mit seinen Bestimmungen nur gewisse Differenzgeschäfte treffen will, sondern aussagend dahin zu verstehen, daß sie den Ausspruch des Gesetzes besagen, daß alle Geschäfte, die unter den dem Sprachgebrauch zu entnehmenden Begriff eines Differenzgeschäftes fallen, den für Spiel und Wette geltenden Rechtsregeln unterliegen, ohne Rücksicht auf den im einzelnen Fall mit dem Abschluß verfolgten wirtschaftlichen Zweck (Pisko, Lehrbuch des Handelsrechts 1923, 240).

Daß auf das zwischen den Streitteilen abgeschlossene Rechtsgeschäft selbst an sich nicht österreichisches Recht, sondern niederländisches Recht anzuwenden ist (der Hinweis des Berufungsgerichtes, es sei inländisches materielles Privatrecht anzuwenden, bezieht sich nur auf die devisenrechtliche Problematik), ändert gleichfalls nichts daran, daß bei Prüfung, ob ein die Exekution hinderndes Differenzgeschäft vorliegt oder nicht, inländisches Recht anzuwenden ist. Die Bestimmung des § 81 Z 4 EO ist nämlich eine Bestimmung des Vollstreckungsrechts, das sich bei einer in Österreich zu vollziehenden Exekution immer nach österreichischem Verfahrensrecht richtet. Danach ist die Bewilligung einer Exekution zu versagen, wenn ein Ausspruch zur Verwirklichung gelangen soll, welchem durch das inländische Gesetz im Inlande die Klagbarkeit versagt ist (Köhler, Int. Privatrecht[3] 24; Schwimann, Int. Zivilverfahrensrecht 129). Es handelt sich hier um eine spezielle Einzelbestimmung des inneren österreichischen Rechts über den ordre public (Heller - Berger - Stix 782; vgl. auch Schwimann aaO 87). Der Hinweis, daß die Verträge nach den Vernof-Bedingungen abgewickelt werden sollten, nach denen normale Liefergeschäfte vorlägen und nur bei Verzug des Verkäufers Schadenersatz in der Differenz zwischen Vertragspreis und Marktpreis am Verzugstage (Art. 4 Z 3) bzw. beim Verzug des Käufers nach Rücktritt vom Vertrag gleichfalls Schadenersatz in der genannten Differenz zusteht (Art. 7 Z 3 lit. c) besagt nichts darüber, ob ein Differenzgeschäft vorliegt. Es liegt ja im Wesen des "verdeckten" Differenzgeschäftes, daß dieses in die Form eines normalen Liefergeschäftes gekleidet ist. Wenn also zwischen den Parteien ein Differenzgeschäft abgeschlossen wurde, konnten sie auch durch Vereinbarung niederländischen Rechtes bzw. der Vernof-Bedingungen nicht den später (zufolge Art. XXIX EGEO, § 81 Z 4 EO) nach österreichischem Recht möglichen Einwand des Differenzgeschäftes ausschließen.

Das Wesen des Differenzgeschäftes wurde vom Berufungsgericht iS der herrschenden Lehre und Rechtsprechung zutreffend dargestellt. Der Rekurs führt an sich im Einklang mit dieser Rechtsansicht aus, daß ein Unterschied zwischen einem Differenzgeschäft und einem Warentermingeschäft besteht. Bei ersterem (Differenzgeschäft) ist wesentlich, daß die Absicht beider Parteien oder doch die dem anderen Teil erkennbare Absicht einer Partei von vornherein nicht darauf gerichtet ist, den zum Schein geschlossenen Kaufvertrag durch Lieferung der Ware und Zahlung des Kaufpreises effektiv zu erfüllen, sondern daß vom scheinbaren Käufer bzw. vom scheinbaren Verkäufer der Ware nur die Differenz zwischen dem vereinbarten Preis und dem niedrigeren bzw. höheren Preis an dem zum Schein als Lieferungstag bezeichneten bestimmten Stichtag zu zahlen ist (Pisko aaO 239; Wolff in Klang[2] V 997; Holzhammer, Österr. Handelsrecht[2] I 158; EvBl. 1957/190; SZ 20/103). Demgegenüber wird beim Termingeschäft grundsätzlich durch Lieferung und Zahlung erfüllt. Die Lieferung erfolgt freilich nicht unbedingt zwischen dem ersten Kontrahenten, sondern nach unter Umständen mehrmaligem Weiter- oder Hin- und Herverkauf nur mittelbar, indem der erste Verkäufer die Lieferung unmittelbar an den letzten Käufer bewirkt. Die erwartete Differenz zwischen dem Vertragspreis und dem künftigen Preis kann also auch beim Termingeschäft den Beweggrund des Geschäftes bilden, beim Differenzgeschäft bildet sie schlechthin den Gegenstand des Geschäftes. Wird erst nachträglich auf die Lieferung verzichtet und auf Differenzbasis abgerechnet (zB in Anwendung des § 376 Abs. 2 HGB oder der oben zitierten Bestimmungen der Vernof-Bedingungen), so liegt noch kein Differenzgeschäft vor. Dieses ist nur gegeben, wenn schon beim Vertragsabschluß die Absicht von vornherein auf bloßen Differenzausgleich gerichtet ist (dazu ausführlich Pisko aaO 245; ebenso Lüer DJZ 1979, 171 zum inhaltlich gleichen deutschen Recht nach § 764 BGB). Selbstverständlich kann aber gerade auch das Warentermingeschäft dazu benützt werden, ein verdecktes Differenzgeschäft abzuschließen. Wenn die Parteien ihr Differenzgeschäft in die äußere Form eines an sich zu erfüllenden Warentermingeschäftes kleiden, liegt natürlich trotzdem ein Differenzgeschäft vor (vgl. dazu Pechner im Münchener Kommentar zu § 764 BGB Rdz. 8; Ungenannt in ZBl. 1900, 881).

Die Absicht, ein Differenzgeschäft abzuschließen, ergibt sich immer aus den Umständen des Einzelfalles. Wenn eine länger dauernde Geschäftsbeziehung stets oder doch in der Regel ohne wirkliche Lieferungen (sei es zwischen den Parteien oder auch an einen Kunden des Käufers) allein durch Verrechnung von Buchungsposten aus gegenläufigen Geschäften oder allein durch Geltendmachung der Differenz als Schadenersatzanspruch abgewickelt wurde, so stellt dies ein starkes Indiz für ein Differenzgeschäft dar. Maßgebend kann auch sein, ob die mit dem strittigen Geschäft umgesetzten Warenmengen dem wirklichen Bedarf der einzelnen Partei entsprechen, ob die nötigen Lagerkapazitäten vorhanden sind udgl. mehr. In diesem Zusammenhang wird auch zu klären sein, was unter dem Wort "wash out" genau zu verstehen ist, das in einigen Schlußbriefen schon von vornherein als besondere Vereinbarung aufscheint, während es in anderen Schlußbriefen zumindest im Zusammenhang mit den vermutlich nachträglich angebrachten (später datierten) Vermerken über Gegengeschäfte vorkommt. Im amerikanischen Sprachgebrauch bedeutet "washing" ein Börsenscheingeschäft und "wash sale" einen Scheinkauf und Verkauf (Wörterbuch für Recht, Wirtschaft und Politik[2], I, herausgegeben von Dietl - Moss - Lorenz), was sehr auf ein Differenzgeschäft hindeutet. In einem Schlußbrief ist der ebenfalls aufzuklärende Vermerk angebracht, die Freistellung erfolge jeweils am Anfang des Liefermonats "ohne Präjudiz für sofortige Lieferung".

Die devisenrechtliche Seite wurde vom Berufungsgericht gleichfalls zutreffend behandelt. Ein Differenzgeschäft, sollte es vorliegen, wäre, abgesehen von seiner sonstigen Unwirksamkeit in jedem Fall auch genehmigungspflichtig, auch wenn ein "Schadenersatzanspruch" vorgeschützt würde. Ein echtes Warengeschäft, das als solches nicht einzelgenehmigungspflichtig gewesen wäre, falls ein wirklicher Import oder Export oder ein Transit durch Österreich vereinbart war (generelle Genehmigungen DE 2/71 und 5/71 der Oesterreichischen Nationalbank, s. dazu Schwarzer - Csoklich - List, Das österr. Währungs- und Devisenrecht[3] 469), könnte hingegen zu einem Schadenersatzanspruch führen, für dessen Geltendmachung und Zahlung keine zusätzliche Genehmigung erforderlich wäre.

**Anmerkung**

Z56077

**Schlagworte**

Differenzgeschäft, Beurteilung nach inländischem Recht: Versagung der, Exekutionsbewilligung (Art. XXIX EGEO) eines ausländischen, Schiedsspruches, Schiedsspruch, ausländischer, Versagung der Exekutionsbewilligung bei, Vorliegen eines nach inländischem Recht zu beurteilenden, Differenzgeschäftes (Art. XXIX EGEO)

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:1983:0030OB00030.83.0511.000

**Dokumentnummer**

JJT_19830511_OGH0002_0030OB00030_8300000_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