

# TE OGH 2004/9/28 5Ob218/04a

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 28.09.2004

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch die Senatspräsidentin des Obersten Gerichtshofes Hon. Prof. Dr. Langer als Vorsitzende sowie die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Floßmann, Dr. Tittel und Dr. Baumann und die Hofrätin des Obersten Gerichtshofes Dr. Hurch als weitere Richter in der Rechtssache der gefährdeten Partei Karl \*\*\*\*\* P\*\*\*\*\* , vertreten durch Dr. Hermann Geissler, Rechtsanwalt in Wien, wider die Gegnerin der gefährdeten Partei C\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\* , vertreten durch Dr. Wilhelm Klade, Rechtsanwalt in Wien, wegen Erlassung einer einstweiligen Verfügung (Streitwert EUR 72.672,83) über den außerordentlichen Revisionsrekurs der Gegnerin der gefährdeten Partei gegen den Beschluss des Landesgerichtes für Zivilrechtssachen Wien als Rekursgericht vom 27. April 2001, GZ 46 R 307/01i-11, den

Beschluss

gefasst:

## Spruch

Der außerordentliche Revisionsrekurs der Gegnerin der gefährdeten Partei wird zurückgewiesen.

Die gefährdete Partei ist schuldig, der Gegnerin der gefährdeten Partei die mit EUR 1.651,49 bestimmten Kosten ihres Revisionsrekurses (darin EUR 275,20 USt) binnen 14 Tagen zu ersetzen.

## Text

Begründung:

Die Gegnerin der gefährdeten Partei war Alleineigentümerin der Liegenschaft EZ 318 GB \*\*\*\*\* . Sie hat auf dieser Liegenschaft ein Mehrfamilienhaus mit sieben Wohnungen, 13 Pkw-Abstellplätzen und sonstigen Räumlichkeiten errichtet. Die einzelnen Wohnungen sollten über einen Treuhänder veräußert werden. An den Wohnungen sollte Wohnungseigentum begründet werden.

Zu B-LNr 4e war unter TZ 6620/2000 die Rangordnung für die beabsichtigte Einräumung von Wohnungseigentum gemäß § 24c Abs 1 WEG angemerkt und als Treuhänder Dr. Wilhelm K\*\*\*\*\* angegeben. Zu B-LNr 4e war unter TZ 6620/2000 die Rangordnung für die beabsichtigte Einräumung von Wohnungseigentum gemäß Paragraph 24 c, Absatz eins, WEG angemerkt und als Treuhänder Dr. Wilhelm K\*\*\*\*\* angegeben.

Die gefährdete Partei behauptete, sich am 23. 1. 2001 mündlich mit dem Geschäftsführer der Gegnerin der gefährdeten Partei über den Kauf der Wohnung top Nr 1 samt dazugehörigem Gartenabteil, Kellerabteil und zwei Garagenabstellplätzen um den Kaufpreis von S 9,450.000 geeinigt zu haben.

Die Gegnerin bestritt eine solche Einigung.

Gestützt auf diesen Sachverhalt und die Bestreitung des Anspruchs der gefährdeten Partei auf Abschluss eines

Kaufvertrages durch die Gegnerin der gefährdeten Partei beehrte erstere zur Sicherung ihres Anspruchs auf Zuhaltung des mündlich abgeschlossenen Kaufvertrags die Erlassung einer einstweiligen Verfügung dahin, dass der Gegnerin der gefährdeten Partei die Veräußerung, Belastung oder Verpfändung der Wohnung top Nr 1 samt zugehörigem Gartenanteil, zwei Pkw-Abstellplätzen und Kellerabteil der Liegenschaft EZ 318 GB \*\*\*\*\* verboten werde. Die Anmerkung dieses Belastungs- und Veräußerungsverbots wurde ob der gesamten Liegenschaft beantragt.

Ohne Anhörung des Gegners erließ das Erstgericht die beehrte einstweilige Verfügung (ein über das Veräußerungs- und Belastungsverbot hinausgehendes Sicherungsbegehren ist, weil in zweiter Instanz rechtskräftig abgewiesen, nicht mehr verfahrensgegenständlich). Das Erstgericht setzte eine Frist für die Rechtfertigungsklage, befristete die einstweilige Verfügung und machte ihre Wirksamkeit vom Erlag einer Sicherheitsleistung abhängig.

Einem dagegen von der Gegnerin der gefährdeten Partei erhobenen Rekurs gab das Gericht zweiter Instanz nicht Folge. Es erachtete den Anspruch als ausreichend bescheinigt, die Sicherheitsleistung als angemessen und das Sicherungsmittel gemäß § 382 Abs 1 Z 5 und 6 EO als zulässig. Einem dagegen von der Gegnerin der gefährdeten Partei erhobenen Rekurs gab das Gericht zweiter Instanz nicht Folge. Es erachtete den Anspruch als ausreichend bescheinigt, die Sicherheitsleistung als angemessen und das Sicherungsmittel gemäß Paragraph 382, Absatz eins, Ziffer 5 und 6 EO als zulässig.

Das Rekursgericht sprach aus, dass der ordentliche Revisionsrekurs nicht zulässig sei und fügte mit Beschluss vom 8. November 2001 über Aufforderung des Obersten Gerichtshofs hinzu, dass der Wert des Entscheidungsgegenstandes S 260.000 übersteige.

Gegen diesen Beschluss richtet sich der außerordentliche Revisionsrekurs der Gegnerin der gefährdeten Partei mit dem Antrag auf Abänderung des angefochtenen Beschlusses im Sinne einer gänzlichen Abweisung des Antrags auf einstweilige Verfügung. Hilfsweise wurde ein Aufhebungsantrag gestellt. Auf jeden Fall aber möge verfügt werden, dass das im Grundbuch zu TZ 1487/2001 einverlebte Belastungs- und Veräußerungsverbot hinsichtlich der 528/3266 Anteile gelöscht werde. Für den Fall der Aufrechterhaltung des angemerkten Belastungs- und Veräußerungsverbots wurde eine Erhöhung der Sicherheitsleistung auf S 10.000.000 beantragt.

### **Rechtliche Beurteilung**

Der außerordentliche Revisionsrekurs wurde rechtzeitig beim Erstgericht am 28. 5. 2001 überreicht.

Dem Obersten Gerichtshof vorgelegt wurde das Rechtsmittel am 13. 9. 2004.

Zwischenzeitig ist die Rechtfertigungsklage der gefährdeten Partei mit Urteil des Handelsgerichtes Wien vom 25. 3. 2002, GZ 27 Cg 71/01y-8, rechtskräftig mit 15. 5. 2002, abgewiesen worden. Die den Gegenstand der einstweiligen Verfügung bildende Anmerkung des Belastungs- und Veräußerungsverbots ob der Liegenschaft EZ 218 GB \*\*\*\*\* wurde gelöscht.

Damit fehlt es dem außerordentlichen Revisionsrekurs bereits am Rechtsschutzbedürfnis als Voraussetzung seiner Zulässigkeit. Dieses Rechtsschutzbedürfnis muss noch im Zeitpunkt der Entscheidung über das Rechtsmittel gegeben sein (§ 65 EO, §§ 514, 520 ZPO). Damit fehlt es dem außerordentlichen Revisionsrekurs bereits am Rechtsschutzbedürfnis als Voraussetzung seiner Zulässigkeit. Dieses Rechtsschutzbedürfnis muss noch im Zeitpunkt der Entscheidung über das Rechtsmittel gegeben sein (Paragraph 65, EO, Paragraphen 514,, 520 ZPO).

Das hat zu seiner Zurückweisung wegen mangelnder Beschwer zu führen (RIS-JustizRS0043815 ua).

§ 50 Abs 2 ZPO, der hier zufolge § 75 EO anzuwenden ist, regelt, dass der Wegfall des Rechtsschutzinteresses bei der Entscheidung über die Kosten des Rechtsmittelverfahrens dann nicht zu berücksichtigen ist, wenn das Rechtsschutzinteresse erst nach Erhebung des Rechtsmittels weggefallen ist. Daher muss trotz Wegfalls des Rechtsschutzinteresses geprüft werden, ob das Rechtsmittel in der Sache Erfolg gehabt hätte. Bei einem außerordentlichen Rechtsmittel gehört dazu auch, ob die für die Zulässigkeit festgelegten Voraussetzungen erfüllt sind (RIS-Justiz RS0038907). Nur dann, wenn das Exekutionsverfahren beendet wäre und die Schaffung eines Kostentitels für den betreibenden Gläubiger zufolge §§ 39, 75 EO ohne diesem nicht mehr in Betracht käme, wäre das hypothetische Ergebnis eines außerordentlichen Revisionsrekurses nicht zu prüfen (RIS-Justiz RS0050092). Das ist hier nicht der Fall, weil bisher nicht abschließend über den Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung entschieden wurde. Paragraph 50, Absatz 2, ZPO, der hier zufolge Paragraph 75, EO anzuwenden ist, regelt, dass der Wegfall des Rechtsschutzinteresses bei der Entscheidung über die Kosten des Rechtsmittelverfahrens dann nicht zu berücksichtigen

ist, wenn das Rechtsschutzinteresse erst nach Erhebung des Rechtsmittels weggefallen ist. Daher muss trotz Wegfalls des Rechtsschutzinteresses geprüft werden, ob das Rechtsmittel in der Sache Erfolg gehabt hätte. Bei einem außerordentlichen Rechtsmittel gehört dazu auch, ob die für die Zulässigkeit festgelegten Voraussetzungen erfüllt sind (RIS-Justiz RS0038907). Nur dann, wenn das Exekutionsverfahren beendet wäre und die Schaffung eines Kostentitels für den betreibenden Gläubiger zufolge Paragraphen 39, 75 EO ohne diesem nicht mehr in Betracht käme, wäre das hypothetische Ergebnis eines außerordentlichen Revisionsrekurses nicht zu prüfen (RIS-Justiz RS0050092). Das ist hier nicht der Fall, weil bisher nicht abschließend über den Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung entschieden wurde.

Eine hypothetische Prüfung der Erfolgswahrscheinlichkeit des außerordentlichen Revisionsrekurses der Gegnerin der gefährdeten Partei veranlasst zu folgenden Erwägungen:

Voraussetzung der Zulässigkeit der Erlassung einer einstweiligen Verfügung ist ganz allgemein, dass mit dieser ein Anspruch durchgesetzt werden soll, der Grundlage eines Urteils und damit eines Exekutionstitels werden könnte. Eine von vornherein zwecklose EV ist nicht zu bewilligen, weil diesfalls das Rechtsschutzinteresse fehlt (MietSlg 24.645) bzw der Zweck, die Sicherung einer später zu führenden Exekution verfehlt würde (RZ 1993/45, 126 ua). Ganz allgemein kann mangels eines bestehenden Anspruchs auch eine EV nicht erlassen werden (RdW 1987, 168).

Wenn auch infolge bloß hypothetischen Nachvollzugs der Erfolgswahrscheinlichkeiten des außerordentlichen Rechtsmittels die Rechtskraft der Abweisung der Rechtfertigungsklage nicht bindet, so trägt doch ihre Begründung auch das Begehren um Abweisung der einstweiligen Verfügung und damit die Zulässigkeit und Berechtigung des vorliegenden außerordentlichen Revisionsrekurses:

Ein ohne Einhaltung der Schriftform abgeschlossener Vertrag auf Einräumung des Wohnungseigentums ist zwischen den Parteien selbst weder als Hauptvertrag noch als Vorvertrag verbindlich und berechtigt nicht zur Klage auf Vertragsabschluss, Unterfertigung des Vertrags oder Einräumung des Wohnungseigentums (RIS-Justiz RS0017224; zuletzt 5 Ob 470/97x). Das Versprechen, Wohnungseigentum an physischen Bestandteilen einer Liegenschaft einzuräumen, stellt einen Vorvertrag zu einem sachenrechtlichen Vertrag dar und bedarf genauso wie der Hauptvertrag, mit dem Miteigentümer einander Wohnungseigentum einräumen, der Schriftform des § 2 Abs 2 WEG (nunmehr § 3 Abs 1 Z 1 WEG 2002). Nur der Abschluss von Kaufverträgen, mit welchen Miteigentumsanteile an einer Liegenschaft ohne Zusammenhang mit zu begründendem Wohnungseigentum erworben werden, wäre an keine bestimmte Form gebunden gewesen (MietSlg 30.553). Auch für den derivativen Erwerb eines bereits bestehenden Wohnungseigentumsobjekts gilt, dass ein solcher formfrei geschlossen werden kann. Ein ohne Einhaltung der Schriftform abgeschlossener Vertrag auf Einräumung des Wohnungseigentums ist zwischen den Parteien selbst weder als Hauptvertrag noch als Vorvertrag verbindlich und berechtigt nicht zur Klage auf Vertragsabschluss, Unterfertigung des Vertrags oder Einräumung des Wohnungseigentums (RIS-Justiz RS0017224; zuletzt 5 Ob 470/97x). Das Versprechen, Wohnungseigentum an physischen Bestandteilen einer Liegenschaft einzuräumen, stellt einen Vorvertrag zu einem sachenrechtlichen Vertrag dar und bedarf genauso wie der Hauptvertrag, mit dem Miteigentümer einander Wohnungseigentum einräumen, der Schriftform des Paragraph 2, Absatz 2, WEG (nunmehr Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, WEG 2002). Nur der Abschluss von Kaufverträgen, mit welchen Miteigentumsanteile an einer Liegenschaft ohne Zusammenhang mit zu begründendem Wohnungseigentum erworben werden, wäre an keine bestimmte Form gebunden gewesen (MietSlg 30.553). Auch für den derivativen Erwerb eines bereits bestehenden Wohnungseigentumsobjekts gilt, dass ein solcher formfrei geschlossen werden kann.

Diese Fälle liegen aber nicht vor. Auf diesen Umstand hat der Revisionsrekurs auch hingewiesen. Es muss daher auf seine weiteren Ausführungen nicht eingegangen werden. Er wäre demnach berechtigt gewesen.

Die Kostenentscheidung gründet sich damit auf § 50 Abs 2 ZPO iVm § 75 EO. Die Kostenentscheidung gründet sich damit auf Paragraph 50, Absatz 2, ZPO in Verbindung mit Paragraph 75, EO.

#### **Textnummer**

E74719

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

ECLI:AT:OGH0002:2004:00500B00218.04A.0928.000

#### **Im RIS seit**

28.10.2004

**Zuletzt aktualisiert am**

22.03.2012

**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)