

# TE OGH 1979/7/19 6Ob677/79 (6Ob687/79)

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 19.07.1979

## Norm

EO §391 Abs2

EO §400

JN §44

## Kopf

SZ 52/118

## Spruch

Hat das Erstgericht rechtskräftig das weitere Verfahren über eine einstweilige Verfügung im Sinne des§ 44 Abs. 1 JN überwiesen, dann muß es den Antrag auf Aufhebung derselben ebenfalls dem zuständigen Gericht überweisen, darf also den Antrag nicht wegen Unzuständigkeit zurückweisen

Der fruchtlose Ablauf der Rechtfertigungsfrist bindet wohl einen Anlaß für die amtswegige Aufhebung der einstweiligen Verfügung, es bedarf aber auch in diesem Fall einer ausdrücklichen Beschußfassung in diesem Sinne

Vor Ausfolgung der Kaution bedarf es einer ausdrücklichen Aufhebung der einstweiligen Verfügung, auch wenn sie nur bis zu einem bestimmten - bereits eingetretenen - Zeitpunkt bewilligt worden war

OGH 19. Juli 1979, 6 Ob 677, 687/79 (KG Ried im Innkreis 47/79 und R 134/79; BG Ried im Innkreis C 1060/77)

## Text

Mit einstweiliger Verfügung vom 29. August 1977 untersagte das Erstgericht den beiden Gegnern der gefährdeten Partei (in der Folge Erstantragsgegnerin und Zweitantragsgegnerin genannt) für die Dauer der Internationalen Rieder Landwirtschaftsmesse (27. August 1977 bis 4. September 1977) die Zurschaustellung und Feilbietung von Erntewagen bestimmter Typen und die Anbietung von Werbematerial für diese Produkte; es trug den beiden Antragsgegnerinnen auf, diese Erntewagen und das Werbematerial unverzüglich vom Gelände der Rieder Messe zu entfernen. Der gefährdeten Partei (in der Folge Antragstellerin genannt) wurde aufgetragen, für alle ihren Gegnern durch diese einstweilige Verfügung verursachten Nachteile durch den gerichtlichen Erlag von 50 000 S Sicherheit zu leisten. Mit Beschuß vom 27. September 1977 (ON 28) gab das Rekursgericht den Rechtsmitteln beider Antragsgegnerinnen gegen diese einstweilige Verfügung keine Folge; es bestätigte die vom Erstgericht erlassene einstweilige Verfügung mit der Maßgabe, daß es der Antragstellerin für die Einbringung der Klage eine Frist bis 25. Oktober 1977 setzte.

Da die erlassene einstweilige Verfügung der Zweitantragsgegnerin auf der Rieder Messe nicht zugestellt werden konnte, überwies das Erstgericht mit Beschuß vom 31. August 1977 (ON 11) "den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung" und einen in der Zwischenzeit eingebrachten Exekutionsantrag der Antragstellerin

hinsichtlich der Zweitantragsgegnerin gemäß § 44 JN an das Bezirksgericht Innere Stadt Wien im wesentlichen mit der Begründung, daß es hinsichtlich des Verfahrens gegen die Zweitantragsgegnerin örtlich unzuständig sei, daß aber die bisher gesetzten Verfahrensschritte aufrechthielten. Dieser Beschuß wurde dem Vertreter der Antragstellerin am 2. September 1977, dem Vertreter der beiden Antragsgegnerinnen am 5. September 1977 zugestellt. Ein Rechtsmittel wurde gegen diesen Beschuß nicht erhoben.

Die Antragstellerin erlegte die ihr auferlegte Sicherheitsleistung von 50 000 S.

Mit einer am 11. Jänner 1978 beim Erstgericht eingelangten Eingabe erklärte die Antragstellerin, gegenüber beiden Antragsgegnerinnen den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zurückzuziehen (ON 42).

Mit Beschuß vom 16. Jänner 1978 (ON 43) hob daraufhin das Erstgericht die erlassene einstweilige Verfügung gegenüber der Erstantragsgegnerin mit sofortiger Wirkung auf.

Die Erstantragsgegnerin beantragte Ersatzleistung nach § 394 Abs. 1 EO (ON 44, 58).

Mit Beschuß des Erstgerichtes vom 10. November 1978 (ON 67) wurden die Kosten der Erstantragsgegnerin mit 7004 S bestimmt; das Kostenmehrbegehren von 29 046.75 S wurde abgewiesen. Diese Entscheidung wurde mit Beschuß des Rekursgerichtes vom 21. Dezember 1978 (ON 71) mit der Maßgabe bestätigt, daß ein Kostenmehrbegehren von 33 926.19 S abgewiesen wurde.

Daraufhin ordnete das Erstgericht mit Beschuß vom 1. Feber 1979 (ON 72) an, daß von der von der Antragstellerin erlegten Sicherheitsleistung ein Betrag von 7004 S an den Vertreter der Erstantragsgegnerin und der verbleibende Restbetrag an die Antragstellerin auszu folgen sei.

Dieser Beschuß wurde von beiden Antragsgegnerinnen mit Rekurs bekämpft (ON 74).

Mit Beschuß vom 20. Feber 1979 (ON 77) wies das Rekursgericht den Rekurs der Erstantragsgegnerin als unzulässig zurück. Hingegen gab es dem Rekurs der Zweitantragsgegnerin Folge und änderte den angefochtenen Beschuß dahin ab, daß die verfügte Auszahlung eines Betrages an die Antragstellerin zu unterbleiben habe.

Seine abändernde Entscheidung begründete das Rekursgericht im wesentlichen damit, daß die Sicherheitsleistung im Betrag von 50 000 S der Antragstellerin gemäß § 390 Abs. 2 EO als Kaution für alle den beiden Antragsgegnerinnen aus der erwirkten einstweiligen Verfügung erwachsenden Nachteile auferlegt worden sei. Demgemäß haftet diese Sicherheit auch für Ersatzansprüche der Zweitantragsgegnerin; auch sie habe zugunsten allfälliger Ersatzforderungen ein gesetzliches Pfandrecht an der Kaution erworben. Gemäß § 400 EO dürfe eine von der gefährdeten Partei erlegte Sicherheit frühestens 14 Tage nach Rechtskraft des Beschlusses ausgefolgt werden, mit dem die einstweilige Verfügung aufgehoben werde. Wegen der nach Erlassung der einstweiligen Verfügung erfolgten Überweisung des Verfahrens an das Bezirksgericht Innere Stadt Wien sei nicht bekannt, ob und wann die einstweilige Verfügung gegenüber der Zweitantragsgegnerin aufgehoben worden und eine Entscheidung nach § 394 EO gefällt worden sei. Es könne daher die restliche Kaution nicht an die Antragstellerin überwiesen werden.

Gegen diese Entscheidung richtet sich der Revisionsrekurs der Antragstellerin. Sie bekämpft sie insoweit, als damit die Ausfolgung des nach Befriedigung der Ersatzansprüche der Erstantragsgegnerin verbleibenden Restbetrages der von der Antragstellerin erlegten Sicherheitsleistung an diese abgelehnt wurde, mit dem Antrag, den angefochtenen Beschuß im Sinne der Wiederherstellung der Entscheidung des Erstgerichtes abzuändern.

Mit einem am 3. Feber 1978 beim Erstgericht eingelangten Schriftsatz (ON 45) beantragte die Zweitantragsgegnerin die Aufhebung der gegen sie erlassenen einstweiligen Verfügung.

Mit Beschuß vom 30. April 1979 (ON 78) wies das Erstgericht diesen Antrag wegen örtlicher Unzuständigkeit zurück. Es begründete diese Entscheidung im wesentlichen damit, daß das Verfahren hinsichtlich der Zweitantragsgegnerin mit rechtskräftigem Beschuß vom 31. August 1977 (ON 11) gemäß § 44 JN an das örtlich zuständige Bezirksgericht Innere Stadt Wien überwiesen worden sei. Dies bedeutet, daß über die Aufhebung der einstweiligen Verfügung hinsichtlich der Zweitantragsgegnerin das Bezirksgericht Innere Stadt Wien zu entscheiden habe.

Dieser Beschuß wurde sowohl von der Antragstellerin (ON 80) als auch von der Zweitantragsgegnerin (ON 79) mit Rekurs bekämpft.

Aus Anlaß dieser Rechtsmittel hob das Rekursgericht mit Beschuß vom 15. Mai 1979 (ON 82) den angefochtenen Beschuß ersatzlos als nichtig auf; die Kosten beider Parteien hob es gegenseitig auf.

Es begründete seine Entscheidung im wesentlichen damit, daß das Erstgericht mit dem Überweisungsbeschuß vom 31. August 1977 (ON 11) hinsichtlich der Zweitantragsgegnerin seine örtliche Unzuständigkeit ausgesprochen und das Sicherungsverfahren dem Bezirksgericht Innere Stadt Wien überwiesen habe. Durch einen solchen Überweisungsbeschuß seien beide beteiligte Gerichte gebunden. Das überweisende Gericht könne daher nach Fassung des Überweisungsbeschlusses nicht weiterhin in dieser Rechtssache tätig sein. Es dürfe vielmehr als nunmehr unzuständiges Gericht nicht mehr einschreiten; eine allfällige weitere Tätigkeit entgegen dem Überweisungsbeschuß sei mit der Sanktion der Nichtigkeit nach § 477 Abs. 1 Z. 3 ZPO bedroht. Das Erstgericht hätte daher den Antrag der Zweitantragsgegnerin auf Aufhebung der einstweiligen Verfügung nicht mehr zu behandeln gehabt, sondern an das nunmehr zuständige Bezirksgericht Innere Stadt Wien weiterleiten müssen. Durch die Zurückweisung des Antrages habe das Erstgericht als unzuständiges Gericht gehandelt, sodaß der angefochtene Beschuß als nichtig aufzuheben sei.

Gegen diese Entscheidung richtet sich der Revisionsrekurs der Zweitantragsgegnerin mit dem Antrag, den angefochtenen Beschuß aufzuheben und dem Rekursgericht "eine neuerliche Entscheidung nach endgültiger Klärung der Zuständigkeitsfrage aufzutragen. Den Rechtsmittelauflösungen ist zu entnehmen, daß die Zweitantragsgegnerin auch die vom Rekursgericht getroffene Kostenentscheidung mit dem erkennbaren Antrag bekämpft, die ihr aufgelaufenen Kosten dem Erstgericht aufzuerlegen.

Der Oberste Gerichtshof gab dem Revisionsrekurs der gefährdeten Partei nicht Folge. Er wies ferner den Revisionsrekurs des Zweitantragsgegners, soweit er sich gegen die vom Rekursgericht getroffene Kostenentscheidung richtete, zurück, gab ihm im übrigen nicht Folge und bestätigte den Beschuß ON 82 mit der Maßgabe, daß im Spruch die Worte "als nichtig" zu entfallen haben und der Antrag des Zweitantragsgegners auf Aufhebung der gegen ihn erlassenen einstweiligen Verfügung an das Bezirksgericht Innere Stadt Wien überwiesen wird.

### **Rechtliche Beurteilung**

Aus der Begründung:

I. Zum Revisionsrekurs der Antragstellerin:

Das Rechtsmittel ist zulässig, sachlich aber nicht berechtigt.

Gemäß § 400 EO darf eine zur Deckung der Kosten oder der Schadenersatzansprüche von der gefährdeten Partei erlegte Sicherheit ihr erst nach Ablauf von 14 Tagen seit Eintritt der Rechtskraft des Beschlusses ausgefolgt werden, durch welchen die einstweilige Verfügung aufgehoben wurde.

Im vorliegenden Fall wurde die von der Antragstellerin erlegte Sicherheitsleistung zur Sicherung beider Antragsgegnerinnen gegen die ihnen durch die erlassene einstweilige Verfügung drohenden Nachteile erbracht. Es wurden daher beide Antragsgegnerinnen in bezug auf die von der Antragstellerin erlegte Kautions Pfandgläubiger im Sinne der §§ 56 Abs. 3 ZPO, 402, 78 EO (7 Ob 7/72; 1 Ob 593/76). Die Ausfolgung dieser Sicherheit an die Antragstellerin kommt unter diesen Umständen nur in Betracht, wenn hinsichtlich beider Antragsgegnerinnen die dafür erforderlichen Voraussetzungen vorliegen.

Die eingangs erwähnte Bestimmung des § 400 EO gibt nur den frühesten Zeitpunkt an, in welchem eine Sicherheit ausgefolgt werden darf. Wird während der dort normierten 14-tägigen Frist ein Ersatzanspruch angemeldet, so darf die Erfolgssicherung nicht bewilligt werden (SZ 29/35).

Wie sich bereits aus dem Gesetzeswortlaut ergibt, bedarf es vor Ausfolgung der Kautions einer ausdrücklichen Aufhebung der einstweiligen Verfügung, auch wenn sie nur bis zu einem gewissen Zeitpunkt bewilligt wurde und dieser Zeitpunkt bereits eingetreten ist (ZBl. 1937/46; Heller - Berger - Stix, Kommentar III, 2895).

Im vorliegenden Fall ist nach der Aktenlage eine ausdrückliche Aufhebung der erlassenen einstweiligen Verfügung bisher nur gegenüber der Erstantragsgegnerin, nicht aber gegenüber der Zweitantragsgegnerin erfolgt. Die Antragstellerin versucht in ihrem Revisionsrekurs dazutun, daß sie den ihr obliegenden Nachweis für die Einhaltung der Rechtfertigungsfrist (Einbringung der Klage bis 25. Oktober 1977) nicht erbracht habe, so daß die einstweilige Verfügung "ex lege aufgehoben" sei. Die Antragstellerin übersieht mit diesen Ausführungen, daß nach der Vorschrift des § 391 Abs. 2 letzter Satz EO nach vergeblichem Ablauf der Rechtfertigungsfrist die getroffene Verfügung auf Antrag

oder von Amts wegen aufzuheben ist, daß also der fruchtbare Ablauf der Rechtfertigungsfrist wohl einen Anlaß für die amtswegige Aufhebung der erlassenen Verfügung bildet, daß es aber auch in diesem Fall einer ausdrücklichen Beschußfassung in diesem Sinne bedarf(so auch die von der Rechtsmittelwerberin zitierte Entscheidung SZ 24/240).

Da somit nach der Aktenlage die gegen die Zweitantragsgegnerin erlassene einstweilige Verfügung bisher nicht aufgehoben wurde, kommt im Sinne des § 400 EO derzeit die Ausfolgung der restlichen von der Antragstellerin erlegten Sicherheitsleistung an diese nicht in Betracht.

Dem Revisionsrekurs der Antragstellerin mußte daher ein Erfolg versagt bleiben.

## II. Zum Revisionsrekurs der Zweitantragsgegnerin:

Das Rechtsmittel ist gemäß §§ 78, 402 EO, 528 Abs. 1 ZPO unzulässig, soweit es sich gegen die vom Rekursgericht getroffene Kostenentscheidung richtet.

Im übrigen ist es zulässig. Die Rechtsmittelbeschränkung des§ 527 Abs. 2 ZPO gilt zufolge §§ 78, 402 EO auch im Verfahren über eine einstweilige Verfügung (2 Ob 567/77; 4 Ob 316/78). Nach Lehre und ständiger Rechtsprechung ist der Revisionsrekurs jedoch auch ohne Rechtskraftvorbehalt zulässig, wenn der scheinbar aufhebende Beschuß tatsächlich eine Abänderung des erstinstanzlichen Beschlusses bedeutet. Dies ist im vorliegenden Fall zu befürworten. Während das Erstgericht den Antrag der Zweitantragsgegnerin auf Aufhebung der gegen sie erlassenen einstweiligen Verfügung zurückwies, trug das Rekursgericht (wenn auch nicht im Spruch, so doch in den Entscheidungsgründen) dem Erstgericht auf, diesen Antrag dem Bezirksgericht Innere Stadt Wien zu überweisen. Im Ergebnis hat damit das Rekursgericht sachlich eine zurückweisende Entscheidung durch eine überweisende Entscheidung ersetzt, also die Entscheidung des Erstgerichtes abgeändert. Nach ständiger Rechtsprechung (SZ 41/180; 3 Ob 223/73; 3 Ob 129/74 u. v. a.) liegt, wenn das Rekursgericht eine Exekutionsbewilligung als nichtig aufhebt und dem Erstgericht die Einleitung des gesetzlichen Verfahrens über den Exekutionsantrag durch dessen Überweisung nach § 44 JN an das zuständige Gericht aufträgt, eine in Wahrheit abändernde und daher grundsätzlich anfechtbare Entscheidung vor. Die gleichen Überlegungen müssen auch im vorliegenden Fall, in dem das Rekursgericht im Ergebnis eine zurückweisende Entscheidung des Erstgerichtes durch eine überweisende Entscheidung ersetzt, gelten. Die Zulässigkeit des Revisionsrekurses der Zweitantragsgegnerin ist daher zu befürworten. Da die Zweitantragsgegnerin primär die Zuständigkeit des Erstgerichtes zur Entscheidung über ihren Antrag auf Aufhebung der gegen sie erlassenen einstweiligen Verfügung in Anspruch nimmt, kann ihr auch eine Beschwerde durch die im Ergebnis überweisende Entscheidung des Rekursgerichtes nicht abgesprochen werden.

Sachlich ist das Rechtsmittel im Ergebnis allerdings nicht gerechtfertigt.

Wie das Rekursgericht zutreffend ausgeführt hat, wurde der Überweisungsbeschuß des Erstgerichtes vom 31. August 1977 (ON 11) dem Vertreter der Antragstellerin und dem Vertreter beider Antragsgegnerinnen zugestellt; die diesbezüglichen Rückscheine erliegen beim Akt (ON 11). Da gegen diesen Überweisungsbeschuß kein Rechtsmittel erhoben wurde, erwuchs er in Rechtskraft. Dies bedeutet aber, daß das Erstgericht insoweit durch diesen rechtskräftigen Überweisungsbeschuß gebunden ist, daß es zur Fortsetzung des Sicherungsverfahrens hinsichtlich der Zweitantragsgegnerin nicht mehr zuständig ist. Es durfte daher als unzuständiges Gericht (bei sonstiger Nichtigkeitssanktion im Sinne des § 477 Abs. 1 Z. 3 ZPO) über den Antrag der Zweitantragsgegnerin, die gegen sie erlassene einstweilige Verfügung aufzuheben, keine Sachentscheidung treffen. Dies hat das Erstgericht aber nicht getan; es hat vielmehr diesen Antrag der Zweitantragsgegnerin zurückgewiesen, also wegen seiner Unzuständigkeit eine Sachentscheidung abgelehnt. Diese Entscheidung ist nicht nichtig im Sinne des § 477 Abs. 1 Z. 3 ZPO, denn es obliegt dem unzuständigen Gericht, seine Unzuständigkeit wahrzunehmen und wegen Unzuständigkeit eine Sachentscheidung abzulehnen. Diese Entscheidung war aber deswegen rechtlich verfehlt, weil das Erstgericht rechtskräftig das weitere Verfahren bezüglich der Zweitantragsgegnerin dem Bezirksgericht Innere Stadt Wien überwiesen hatte und es ihm daher im Sinne des § 44 Abs. 1 JN oblag, den Antrag der Zweitantragsgegnerin auf Aufhebung der gegen sie erlassenen einstweiligen Verfügung im Sinne dieser Gesetzesstelle ebenfalls dem zuständigen Gericht zu überweisen, nicht aber den Antrag wegen Unzuständigkeit des Erstgerichtes zurückzuweisen.

Im Ergebnis hat es daher bei der Beseitigung des zurückweisenden Beschlusses des Erstgerichtes durch das Rekursgericht zu verbleiben, wobei allerdings im Spruch die Worte "als nichtig" zu entfallen haben und die Überweisung des Aufhebungsantrages der Zweitantragsgegnerin an das Gericht anzurufen war, dem rechtskräftig das weitere Verfahren bezüglich der Zweitantragsgegnerin überwiesen wurde. Die tatsächliche nachträgliche

Übersendung von Aktenstücken (S. 300 des Aktes) ersetzt den formellen Überweisungsbeschuß nicht.

Es war daher wie im Spruch zu entscheiden.

**Anmerkung**

Z52118

**Schlagworte**

einstweilige Verfügung, Überweisung im Sinne § 44 JN, Kautionsausfolgung bei Aufhebung einer einstweiligen Verfügung

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:1979:0060OB00677.79.0719.000

**Dokumentnummer**

JJT\_19790719\_OGH0002\_0060OB00677\_7900000\_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)