

des § 355 ZPO hinaus, in öffentlicher und mündlicher Verhandlung unter Erörterung der Vor- und Nachteile der Person des Sachverständigen das Einvernehmen mit den Streitparteien über die Auswahl gesucht wird. Das Gericht sichert die umfassende und zweiseitige Informations- und Befundaufnahme durch den Sachverständigen durch Beiziehung beider Streitparteien (§§ 359, 360, 362 ZPO). Der Sachverständige fühlt sich nur dem Gericht verpflichtet und unterliegt den strafrechtlichen Sanktionen wie ein Zeuge (§ 367 ZPO). Letztlich entscheidet das Gericht über die nach dem Gesetz gerechtfertigten Honoraransprüche des Sachverständigen.

Vergleicht man dies mit den in der Praxis wohl bekannten Umständen des Zustandekommens von außerprozessualen Gutachten, so ist es wohl keine Frage, welchen größere Verlässlichkeit zukommt, womit selbstverständlich nicht die Richtigkeit und Zweckmäßigkeit der erstellten Privatgutachten generell in Zweifel gezogen werden soll. Der Sachverständige kann aber dabei beispielsweise sein Gutachten eben nur auf Grund der befundmäßigen Information durch eine Seite erstellen. Schließlich ist wohl auch für den Juristen evident, daß es auch in Bereichen der medizinischen Wissenschaft nicht mathematisch exakt abgrenzbare Ermessensbereiche gibt, die bei Gutachtenerstellung im Auftrag einer Partei zugunsten des Auftraggebers ausgeschöpft werden können.

Zuzugeben ist, daß Privatgutachten vielfach eine außerprozessuale Streitbereinigung ermöglichen. Im Prozeßfall können sie aber nur Argumentationshilfe der Parteien sein. Die Partei (ihr Vertreter) erhält durch das Privatgutachten die nötige Fachinformation, um den Schlußfolgerungen des vom Gericht beigezogenen Sachverständigen folgen zu können. Sonst kann aber nur ein vom Gerichtssachverständigen abweichender Befund des Privatgutachters prozessuale Relevanz erlangen. Insoweit kann mE das Gutachten auch zu den Akten genommen und verwertet werden. Der Gerichtssachverständige wird sich damit auseinandersetzen, soweit sein Befund davon abweicht, was infolge des zeitlichen Vorgehens des Vorgutachters keine Seltenheit ist. Daß dies auch die dem Gesetz entsprechende Vorgangsweise ist, ergibt sich wohl eindeutig aus der Überlegung, daß der Vorgutachter ja als sachverständiger Zeuge zu seinem Gutachten vernommen werden kann. Als solcher hat er wie ein Zeuge nur über infolge seiner Sachkenntnis gemachte besondere Wahrnehmungen zu berichten (§ 350 ZPO; Petschek-Stagel 219). Es wäre wohl widersinnig, wenn man den Gutachter als Zeugen nur über seine Tatsachenfeststellungen befragen

dürfte, seine Schlußfolgerungen als Sachverständiger aber auf dem Umweg der Verwertung seines schriftlichen Gutachtens zum Tragen kämen. Es ist dabei allerdings zuzugeben, daß eine Abgrenzung der Erkenntnis- von den Erfahrungssätzen nicht immer leicht sein wird (vgl. Petschek-Stagel 216ff).

ME ist aber ein Vorgutachten, das befundmäßig im Prozeß verwertet wird, dogmatisch nicht als Urkunde, sondern als Bestandteil eines Gutachtens unter den Sachverständigenbeweis einzuordnen (Holzhammer 218). Der vom Gericht beigezogene Sachverständige wird sich daher insoweit mit dem im Privatgutachten schriftlich niedergelegten oder durch den Privatgutachter als Zeugen mündlich wiedergegebenen Befund auseinandersetzen müssen, als dieser von seinem eigenen Befund abweicht. Die im Privatgutachten gezogenen Schlußfolgerungen aus diesem Befund sind aber keinesfalls Gegenstand des Prozesses und der Erörterung mit dem im Prozeß beigezogenen Sachverständigen. Weichen diese Schlußfolgerungen von den im Privatgutachten gezogenen ab, so kann das Gerichtsgutachten als selbständiges und prozessual allein maßgebliches Beweismittel nur unter der Voraussetzung des § 362 Abs 2 ZPO in Frage gestellt werden, wobei nur verschiedene Ansichten mehrerer vom Gericht beigezogener Sachverständiger den Anfechtungstatbestand erfüllen.

### Ergebnis

Nur die Schlußfolgerungen im Gutachten des vom Gericht bestellten Sachverständigen sind Entscheidungsgrundlage. Befundmäßige Abweichungen in einem Vorgutachten sind vom Gerichtssachverständigen zu erörtern. Abweichungen der Schlußfolgerungen des Privatgutachters vom Gutachten des Prozeßgutachters können nur im Rahmen der §§ 355, 362 Abs 2 ZPO prozessuale Relevanz erlangen.

Die einvernehmliche Zugrundelegung von Privatgutachten im Prozeß erscheint so wie die Verwendung von in anderen Verfahren erstellten Gutachten im Hinblick auf den Unmittelbarkeitsgrundsatz bedenklich, da von einem Teil der Rechtsprechung in diesem Fall eine unverzichtbare Nichtigkeit des Verfahrens angenommen wird (GIUNF 5368). Falschling (III 472, IV 102) vertritt allerdings die Meinung, daß es sich dabei um einen Verfahrensmangel handelt, der gerügt werden muß und Bedeutung nur iS des § 496 Abs 1 Z 2 ZPO erlangt<sup>1)</sup>.

<sup>1)</sup> Die neue Bestimmung des § 281a ZivilverfahrensNov 1983 ändert daran grundsätzlich nichts.

## Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen

51. Jahrgang

Bearbeitet von Dr. Gerhard Friedl, Dr. Felix Jensik, Dr. Josef Piegler

Nr 142-147

ABGB

142

§ 1271 (§ 81 Z 4, § 83 Abs 1 EO; Art XV EGZPO; Art XXIX, XXX EGEO; Art 5 Abs 2 des Übk BGBl 1961/200 über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche): Der Einwand des Differenzgeschäftes kann Schiedssprüchen aller Art entgegengestellt und auch mit Widerspruch nach § 83 Abs 1 EO geltend gemacht werden. - Begriff des „Differenzgeschäftes“; Abgrenzung gegenüber dem „Warentermingeschäft“. - Keine Unterscheidung zwischen „inländischem“ und „internationalen“ ordre public.

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

Mit B 8. 6. 1982 bewilligte das ErstG auf Grund des Schiedsspruches des Schiedsgerichtes der „Vereinigung Amsterdamse Graanzhandel“ (V.A.G.) v 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. v 11. 1. 1982, Nr. 9, hinterlegt bei der Geschäftsstelle des Landgerichtes in Amsterdam am 12. 1. 1982, zur Hereinbringung von 87.050 DM sA zugunsten der betreibenden Partei - einseitige Export- und Import-

handelsunternehmens mit dem Sitz in Rotterdam – die Exekution durch Pfändung, Verwahrung und Verkauf beweglicher Sachen sowie Pfändung und Überweisung mehrerer der verpflichteten Partei – einer KG mit dem Sitz in A (Oberösterreich) – zustehender Forderungen.

Die verpflichtete Partei erhob gegen diese Exekutionsbewilligung mit der Begründung ~~Widerspruch~~, daß die den Schiedssprüchen zugrunde liegenden Rechtsgeschäfte Differenzgeschäfte gewesen seien, die nicht klagbar und nach dem DevisenG nichtig seien. Nur nach außen hin seien diese Rechtsgeschäfte in die Form normaler Lieferverträge gekleidet worden. Dem von der betreibenden Partei geltend gemachten Anspruch sei ~~daher gem § 81 Z 4 EO bzw Art V Abs 2 des Übereinkommens v 10. 6. 1958 BGBl 1961/200~~ über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche aus Rücksichten der öffentlichen Ordnung die Gültigkeit versagt.

Die betreibende Partei beantragte die Abweisung des Widerspruchs 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, doch sei dies eine im Getreidehandel durchaus übliche Vorgangsabwicklung. In den zwischen den Streitparteien vereinbarten Vorkauf-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, so daß diese Frage nicht neuerlich aufgerollt werden könne. Zwischen den Streitparteien sei die Anwendung des niederländischen Rechtes vereinbart worden, aus welcher 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 hier nicht der Fall sei. Für einen Schadenersatzanspruch sei keine devisenrechtliche Genehmigung erforderlich.

Das ErstG wies den Widerspruch ab. Der von den Schiedsrichtern als erwiesen angenommene Sachverhalt könne nicht überprüft werden. 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 überhaupt ein echter Warenlieferungsvertrag abgeschlossen worden sei, dann hätte es auf Grund der geltenden Genehmigung der OeNB 1961/200 auch keiner besonderen devisenbehördlichen Genehmigung bedurft.

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

Der Rekurs der betreibenden Partei ist nicht berechtigt.

Die betreibende Partei macht geltend, daß die beiden Schiedssprüche nicht dem „ordre public“ widersprächen. Maßgebend sei hier nicht der inländische ordre public; gem Art V Abs 2 der New Yorker Konvention komme es vielmehr nur darauf an, ob gegen den internationalen ordre public verstoßen werde. Das treffe hier kei-

nesfalls zu. Da ein Differenzgeschäft, selbst wenn es vorläge, nach österreichischem Recht wohl unklagbar, aber nicht etwa nichtig sei, sondern immerhin eine Naturalobligation begründe, 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 BerufungsG über das Wesen des Differenzgeschäftes. Es treffe keineswegs zu, daß jedes Waretermingeschäft reinen Spekulationscharakter habe; besonders im internationalen Futtermittelhandel komme solchen Geschäften vielmehr eine wichtige wirtschaftliche Bedeutung zu.

– Diesen Ausführungen kann nicht gefolgt werden:

Aus den Bestimmungen der Art XV EGEO und Art XXIX und XXX EGEO ergibt sich in Verbindung mit § 81 Z 4 EO, wie das BerufungsG zutreffend erkannt hat, daß Schiedssprüche aller Art – auch solchen, die den Bestimmungen des Übereinkommens BGBl 1961/200 über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche unterliegen (s Art V Abs 2 lit b dieses Übereinkommens) – der Einwand des Differenzgeschäftes entgegengehalten werden und die verpflichtete Partei dies auch mit Widerspruch nach § 83 Abs 1 EO geltend machen kann. Das gilt sowohl dann, wenn sich das ausländische Schiedsgericht mit der Frage, ob ein Differenzgeschäft vorliegt, überhaupt nicht befaßt hat, als auch für den Fall, daß das ausländische Schiedsgericht diese Frage unrichtig gelöst hat. Dabei spielt es 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<sup>11</sup>; ebenso kürzlich 3 Ob 885/82).

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. Gem 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, HdB des Österr IPR 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 Zivilverfahrens-Novelle 1983 wird hier eine gewisse Änderung herbeiführen) ergebe (Brunn aaO 826).

Die Gedanken über die wirtschaftliche Bedeutung der Schiedsgerichtsbarkeit und der 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 Fall 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 unserios sein müssen und betriebswirtschaftlich im einzelnen Fall auch sinnvoll sein können. So kann einem Differenzgeschäft die sog 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 zahlen muß, sich dafür aber einen gleich hohen Betrag beim Einkauf auf dem Weltmarkt erspart. Um-

764 BGB!

gekehrt kann sich ein Futtermittelhändler auch den Verkaufspreis auf dem Weltmarkt für den Futrost durch ein Differenzgeschäft schon im Frühjahr sichern, so daß er schon im Frühjahr die inländische Ernte zu einem ganz bestimmten Preis ankaufen kann. Auch ein Börsenart gar nicht als reines Spekulationsgeschäft anzusehender Differenzgeschäft fällt aber falls oben von vornherein nicht an Lieferung und Bezahlung von Ware gedacht ist (s später) – gleichfalls unter die 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 verstehen, daß das Gesetz mit seinen Bestimmungen nur gewisse Differenzgeschäfte treffen will, sondern aussagend dahin zu verstehen, daß alle Geschäfte, die unter 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, LB des Handelsrechts 240).

Daß auf das zwischen den Streitparteien abgeschlossene Rechtsgeschäft selbst an sich nicht österreichisches Recht, sondern niederländisches Recht anzuwenden ist, ändert gleichfalls nichts daran, daß bei der Prüfung, ob ein die Exekution hinderndes Differenzgeschäft vorliegt oder nicht, inländisches Recht anzuwenden ist. § 81 Z 1 ist nämlich eine Bestimmung des Vollstreckungsrechtes, welches 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 Inland die Klagbarkeit versagt ist (Köhler, IPR<sup>3</sup>, 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 welchen normale Liefergeschäfte vorliegen 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 es in die Form eines normalen Liefergeschäftes gekleidet ist. Wenn also zwischen den Parteien ein Differenzgeschäft abgeschlossen wurde, konnten sie auch durch Vereinbarung niederländischen Rechts 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 BerufungsG is der herrschenden Lehre und Rechtsprechung zutreffend dargestellt. Der Rekurs führt an sich im Einklang mit dieser Rechtsansicht mit Recht aus, daß ein Unterschied zwischen einem Differenzgeschäft und einem Warenmingsgeschäft besteht. Bei ersterem (Differenzgeschäft) ist wesentlich, daß die Absicht beider Parteien oder doch die dem anderen 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 Klarg<sup>2</sup> V 997; Holzhammer, Österr Handelsrecht<sup>2</sup> 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 den 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 Dif-

ferenzbasis 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 Luer in DJZ 1979, 171 zum inhaltlich gleichen deutschen Recht nach § 764 BGB). Selbstverständlich kann aber gerade auch das Warenmingsgeschäft dazu benützt werden, ein verdecktes Differenzgeschäft abzuschließen. Wenn die Parteien ihr Differenzgeschäft in die äußere Form eines an sich zu erfüllenden Warenmingsgeschäftes kleiden, liegt natürlich trotzdem ein Differenzgeschäft vor (vgl dazu Pechner im Münchn Komm zu § 764 BGB RN 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, dann ist das ein starkes Indiz für ein Differenzgeschäft. 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, welches in einem Teil der Schlußbriefe schon von vornherein als besondere Vereinbarung aufscheint, während es in den 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<sup>2</sup>, hrsgg von Dietl-Moss-Lorenz, Bd I), 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 devisa-rechtliche Seite wurde vom BerufungsG 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, welches 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 OeNB; s dazu Schwarzer-Csoklich-List, Das österr Währungs- und Devisenrecht<sup>3</sup>, 469), könnte hingegen zu einem Schadenersatzanspruch führen, für dessen Geltendmachung und Zahlung keine zusätzliche Genehmigung erforderlich wäre.

MRG

143

§ 12 Abs 3 (§§ 43ff; § 5 ABGB): Unternehmensveräußerungen, auf die zwar alle Kriterien des § 12 Abs 3 MRG zutreffen, die aber bereits vor dem Inkrafttreten des MRG vollzogen waren, bewirken mangels besonders angeordneter Rückwirkung keinen gesetzlichen Mietrechtsübergang nach der genannten Gesetzesstelle.

OGH 26. 5. 1983, 6 Ob 668/83 (OLG Wien 4 R 251/82; HG Wien 28 Cg 77/82).

Die Beklagte ist Eigentümerin des – in der Klage näher bezeichneten – Wiener Eckhauses. Sie vermietete die im Vertrag näher dargestellten Geschäftsräumlichkeiten mit dem Vertrag v 23. 11. 1979 zum Betrieb eines Kaffeerestaurants an Gerhard L. Über das Vermögen dieses Mieters wurde am 17. 12. 1980 der Konkurs eröffnet. Der Masseverwalter verkaufte dem Kläger den in den Bestandsräumlichkeiten geführten Gewerbebetrieb mit dem Vertrag v 13. 11. 1981. Seither führt der Kläger in den Bestandsräumen das aus der Konkursmasse erworbene Gewerbeunternehmen.

Beide Streitparteien sind übereinstimmend dem Auffassen, daß durch die Übernahme des in den Mieträumen geführten Unternehmens

Austria

Page 3 of 5

Der in § 81 Z 4 EO und Art V Abs 2 lit b des Übereinkommens BGBl 1961/200 über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche aufgenommene Vorbehalt des ordre public ist nur dort anzuwenden, wo die Vollstreckung des ausländischen Titels mit der inländischen Rechtsordnung völlig unvereinbar ist; er darf keinesfalls dazu führen, daß der ausländische Titel in tatsächlicher oder rechtlicher Beziehung von Grund auf überprüft wird (Heller - Berger - Stix 782). Ist daher das Schiedsgericht des Neusser Produktenmarktes EV in seiner Entscheidung v 7. 7. 1981 zu dem Ergebnis gekommen, daß ein Differenzgeschäft nicht vorliegt - die betreibende Partei weist zutreffend darauf hin, daß Differenzgeschäfte nach § 764 dBGB ebenso als Spiel, durch das gemäß § 762 dBGB eine Verbindlichkeit nicht begründet wird, anzusehen sind wie nach § 1271 ABGB (EvBl 1957/190) -, dann besteht kein Anlaß, seinem Schiedsspruch aus dem Grunde des § 81 Z 4 EO bzw des Art V Abs 2 lit b des Übereinkommens BGBl 1961/200 die Anerkennung und Vollstreckung zu versagen.

Anders verhält es sich mit den Bestimmungen des Art XXIX Abs 1 EGEO, welche ebenso wie die des Art XXX EGEO eine Konsequenz jener Vorschriften sind, die das EGZPO über die Börschiedsgerichte aufgestellt hat. Darin, nämlich in Art XXV EGZPO, wurde es ausdrücklich als Anfechtungsgrund qualifiziert, wenn das Schiedsgericht in Streitigkeiten, die nicht aus Börsesäften - § 12 G L 4. 1875 RGrBl 67: „Als Börsesäfte sind

Geschäfte anzusehen, die im öffentlichen Börselokal in der festgesetzten Börsezeit über solche Verkehrsgegenstände geschlossen werden, welche in der betreffenden Börse gehandelt und notiert werden dürfen;“ die Einwendung des Differenzspiels ist gemäß § 13 des genannten Gesetzes bei Rechtsstreitigkeiten aus Börsesäften unstatthaft - herrühren, über die Einwendung, daß dem eingeklagten Anspruch ein als Spiel oder Wette zu beurteilendes Differenzgeschäft zugrunde liege, überhaupt nicht oder unrichtig entschieden hat; die Erwägungen, die zur Aufnahme dieser Bestimmungen in das EGZPO geführt haben, treffen für jede Art von Schiedssachen zu, zumal ohne die Verallgemeinerung durch die bezeichneten Artikel des EGEO eine andere Bildung des Schiedsgerichtes als des Börschiedsgerichtes ausgereicht hätte, um die im EGZPO angestrebten gesetzgeberischen Ziele zu vereiteln (vgl die Maximalen zu den österr Zivilprozeßgesetzen II 647 und Heller - Berger - Stix 60). Art XXIX EGEO ist dementsprechend, wie in Art XXX Abs 2 EGEO ausdrücklich festgelegt wird, nur hinsichtlich der Exekutionen auf Grund der Erkenntnisse der inländischen Börschiedsgerichte, für welche die besprochenen Bestimmungen der Art XXV Abs 2, Art XXIII Abs 3 EGZPO gelten, nicht anzuwenden (vgl GIU 15.959); seine Bestimmungen gelten dagegen insbesondere auch für im Ausland zustande gekommene Schiedssprüche der Art, wobei hinsichtlich ausländischer Schiedssprüche die Klage auf Einstellung und der Widerspruch gegen die Exekutionsbewilligung konkurrieren können (vgl Heller - Berger - Stix 60 und Anm 1 zu Art XXI EGEO in MGA EO<sup>11</sup>). Es ist daher unerheblich, ob es sich bei dem Schiedsgericht des Neusser Produktenmarktes EV um ein allgemeines oder um ein Börschiedsgericht handelt.

Art XXIX EGEO eröffnet somit nach der erklärten Absicht des Gesetzgebers in Ergänzung des Art XXV EGZPO bei den vorstehend genannten Schiedssprüchen auch noch im Exekutionsverfahren die Möglichkeit, zu prüfen, ob in dem Schiedsverfahren des Neusser Produktenmarktes EV über die Einwendung der verpflichteten Partei, daß dem Anspruch der betreibenden Partei ein als Spiel oder Wette zu beurteilendes Differenzgeschäft zugrunde liege, (überhaupt nicht oder) unrichtig entschieden wurde.

EO

85

§ 371 (§ 39 Abs 1 Z 1, §§ 373, 374): Wenn ein Exekutionstitel (hier: durch Bewilligung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Frist zur Erhebung eines Widerspruches nach § 442a ZPO) seine Eignung als Titel für eine Befriedigungsexekution verliert, aber seine Eignung als Grundlage einer Sicherungsexekution nach § 371 EO behält, dann kann die zunächst richtig als Exekution zur Befriedi-

gung bewilligte Exekution in eine solche zur Sicherstellung umgewandelt und bei der Fahrnisexekution nach § 374 Abs 1 EO auf die Pfändung, falls Verwahrung, der Gegenstände des beweglichen Vermögens beschränkt werden.

OGH 26. 1. 1983, 3 Ob 3/83 (KG Ried II R 162, 203/82; BG Wildshut E 77/82).

Am 13. 1. 1982 bewilligte das ErstG der betreibenden Partei auf Grund des vollstreckbaren Versäumungsurteils des BG Vöcklabruck 9. 12. 1981, 2 C 1130/81, die Fahrnisexekution. Am 26. 1. 1982 wurde die Pfändung durch Anmerkung auf dem vorhandenen Pfändungsprotokoll vorgenommen. Dabei wurde der Bewilligungsbeschluß der Verpflichteten zugestellt.

Am 3. 3. 1982 brachte die Verpflichtete vor, daß ihr mit dem gleichzeitig vorgelegten (rechtskräftigen) B des Zivilgerichtes 15. 2. 1982, 2 C 33/82-7, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Frist zur Erhebung des Widerspruches gegen das zitierte Versäumungsurteil bewilligt wurde; sie beantragte deshalb „infolge Aufhebung des Versäumungsurteils“ die Einstellung der Exekution.

Die betreibende Partei äußerte sich am 22. 3. 1982 dahin, daß das Versäumungsurteil zwar nicht aufgehoben, dies aber zu erwarten sei; dann wäre nach § 39 Abs 1 (richtig: Z 1) EO die Exekution zur Sicherstellung möglich. Nach Aufhebung des Versäumungsurteils werde sie daher beantragen, die Befriedigungsexekution in eine Sicherungsexekution einzuschränken.

Mit B 13. 1. 1982 wies das ErstG den Einstellungsantrag der Verpflichteten ab. Da diese keine rechtskräftige Entscheidung vorgelegt habe, mit welcher der Exekutionstitel für ungültig erkannt, aufgehoben oder sonst für unwirksam erklärt wurde, seien die in § 39 Abs 1 Z 1 EO genannten Einstellungs Voraussetzungen nicht gegeben.

Am 20. 4. 1983 beantragte die betreibende Partei, die Exekution in eine Sicherstellungsexekution nach § 371 Abs 1 EO einzuschränken“, weil das Titelgericht das Versäumungsurteil am 22. 3. 1982 aufgehoben habe. Dieser Antrag wurde vom ErstG am 17. 5. 1982 mit der Begründung abgewiesen, daß nach Aufhebung des Versäumungsurteils kein Geldtitel iS des § 370 EO mehr vorhanden sei.

Gegen die Abweisung ihres Einstellungsantrages erhob die Verpflichtete Rekurs; die betreibende Partei rekurrierte gegen den Beschluß, mit dem ihr „Einschränkungsantrag“ abgewiesen wurde.

Mit dem angefochtenen Beschluß gab das RekursG dem Rekurs der Verpflichteten teilweise Folge und änderte den B des ErstG 13. 4. 1982 dahin ab, daß die bewilligte Befriedigungsexekution auf eine Exekution zur Sicherung der betriebenen Forderung durch Pfändung der beweglichen Sachen aller Art sowie der in § 296 EO angeführten Wertpapiere und Einlagebücher der Verpflichteten eingeschränkt wurde. Dem Rekurs der betreibenden Partei wurde Folge gegeben und der B des ErstG 17. 5. 1982 ersatzlos aufgehoben. Mit der Bewilligung der Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der Widerspruchsfrist sei der Exekutionstitel iS des § 39 Abs 1 Z 1 EO für unwirksam erklärt worden, weil er nicht mehr vollstreckbar sei. Die Verpflichtete habe daher grundsätzlich mit Recht die Einstellung der Exekution begehrt. Da die betreibende Partei schon in ihrer Äußerung zum Einstellungsantrag erklärt habe, im Fall der Unwirksamkeit des Exekutionstitels die Exekution zur Befriedigung in eine solche zur Sicherstellung umzuwandeln, sei die Exekution nicht einzustellen, sondern nur umzuwandeln gewesen.

Der Revisionsrekurs der Verpflichteten ist nicht gerechtfertigt.

Da das Versäumungsurteil v 9. 12. 1981 zum Zeitpunkt des Exekutionsantrages ein rechtskräftiger und vollstreckbarer Exekutionstitel iS des § 1 Z 1 EO war, konnte der betreibende Gläubiger damals auf Grund dieses Titels nur die Exekution zur Befriedigung beantragen.

Hätte die Verpflichtete gegen das Versäumungsurteil rechtzeitig Widerspruch nach § 442a ZPO erhoben, dann hätte der betreibende Gläubiger auf Grund des Versäumungsurteils nach § 371 Z 1 EO Exekutionshandlungen zur Sicherung beantragen können, welche nach § 373 EO selbst dann zu bewilligen gewesen wären, wenn die

die psychische Sphäre (zB Herbeiführen eines Schocks; RZ 1979/24); auch das bloße Verursachen von Schmerzen, etwa durch Schläge, ist eine Körperverletzung, selbst wenn der Körper keine nachteilige Veränderung erleidet (Ehrenzweig aaO 627; Koziol aaO 94). Eine psychische Beeinträchtigung, die bloß in Unbehagen und Unlustgefühlen besteht, reicht hingegen für sich allein nicht aus, um als Verletzung am Körper angesehen oder einer Verletzung gleichgestellt zu werden; derartige Folgen erfüllen nicht die Anspruchs Voraussetzungen des § 1325 ABGB (vgl RZ 1979/24; Jarosch - Müller - Piegler, Das Schmerzgeld<sup>4</sup>, 116 Anm 15). Nur dann sind bei Bemessung des Schmerzgeldes auch seelische Schmerzen zu berücksichtigen, wenn sie die Folge einer körperlichen Verletzung sind (SZ 47/147 ua). Der Kläger begehrt den Betrag von 15.000 S allein als Ersatz für belästigende Geruchsimmissionen, denen er als Nachbar der Beklagten ausgesetzt ist. Derartige psychische Alterationen sind einer Körperverletzung oder Schmerzen als Folge körperlicher Angriffe nicht gleichzuhalten und rechtfertigen daher nicht den Zuspruch von Schmerzgeld.

## DevG

83

§ 2 2. § 22; § 2 IPRG): Sonderanknüpfung devisa-rechtlicher Fragen durch die Eingriffsnormen des Devisengesetzes im Rahmen seines eigenen Anknüpfungswillens. - § 3 Z 2 DevG gilt nicht für den Fall eines Forderungsüberganges kraft Gesetzes oder einer Forderungsabtretung kraft gesetzlicher Anordnung.

OGH 18. 1. 1983, 5 Ob 754/81 (OLG Wien 11 R 104/81; LGZ Wien 40a Cg 202/79).

Die Kläger begehren die Verurteilung des Beklagten zur Zahlung von 67.200 DM sA. Sie behaupten, daß ihnen die Bankunion Frankfurt/Main AG die ihr gegen den Beklagten zustehende Forderung aus Kreditgewährung in dieser Höhe am 23. 7. 1979 abgetreten habe.

Der Beklagte wendet im wesentlichen ein, daß die Forderung der Bankunion Frankfurt/Main AG nicht mehr bestanden habe, und Kreditnehmer nicht er, sondern die A-GmbH gewesen sei. Auf demselben Wege macht er eine Gegenforderung von 20.000 DM geltend, welche ihm aus der Errichtung einer Heizungsanlage im Haus der Kläger zustehe.

Das ErstG gab dem Klagebegehren statt und sprach aus, daß die Zahlung zum Schillinggegenwert am Zahlungstag zu erfolgen habe. Es stellte im wesentlichen folgenden Sachverhalt fest:

Die Bankunion Frankfurt/Main AG hat 1970 dem Beklagten, welcher damals in der Bundesrepublik Deutschland lebte und dort beruflich tätig war, ein Kreditkonto eröffnet. Zur Besicherung seiner Schuld aus der Kreditgewährung haben die Kläger, welche damals seine Schwiegereltern waren, zugunsten der Kreditgeberin eine Grundschuld über 50.000 DM samt 12% Zinsen an ihrer Liegenschaft in W (BRD) bestellt und die persönliche Haftung für den Grundschuldbetrag samt Zinsen bei sofortiger Zwangsvollstreckung übernommen. Sie wurden von der Bankunion Frankfurt/Main AG durch Betreibung der Zwangsversteigerung der Liegenschaft in Anspruch genommen, weil der Beklagte seine Verbindlichkeiten aus dem Kreditvertrag nicht erfüllt hatte. Am 25. 6. 1979 bezahlte die D-Bank, welche den Klägern einen Umschuldungskredit gewährte, 67.200 DM zugunsten der Kläger an die Bankunion Frankfurt/Main AG. Diese Anstalt trat am 23. 7. 1979 ihre Forderung aus Kreditgewährung gegen den Beklagten im Betrag von 67.200 DM samt Zinsen an die Kläger und die ihr von diesen eingetragene Grundschuldforderung über 50.000 DM samt Zinsen an die D-Bank ab.

Aus diesem Sachverhalt zog das ErstG die rechtliche Schlußfolgerung, daß der Klageanspruch zufolge der Forderungsabtretung an die Kläger und des unterbliebenen Beweises für das Bestehen der einredeweise geltend gemachten Gegenforderung begründet sei. Das Gericht zweiter Instanz änderte in teilweiser Stattgebung der Berufung des Beklagten die Entscheidung dahin ab, daß der Leistungsanspruch, die Zahlung müsse „zum Schillinggegenwert am Zahlungstag“ erfolgen, zu entfallen habe, weil seiner Ansicht nach

für die Umwandlung des auf DM lautenden Zahlungsbegehrens in eine Schuld inländischer Währung die Rechtsgrundlage fehle. Das BerufungsG übernahm die Tatsachenfeststellungen des ErstG als das Ergebnis eines für mangelfrei und unbedenklich erachteten Beweisverfahrens. Es äußerte die Rechtsansicht, daß devisenrechtlich kein Anknüpfungspunkt für die Nichtigkeit des Grundgeschäftes und der Abtretung vorliege (§ 22 DevG).

Die Revision des Beklagten ist nicht berechtigt.

Die Rechtsrüge, mit welcher ausschließlich die devisenrechtliche Frage aufgerollt wird, ob - wie der Beklagte meint - der Forderungsübergang zwischen den Devisenausländern Bankunion Frankfurt/Main AG und Kläger im Hinblick auf seine, des Beklagten, Eigenschaft als Deviseninländer einer devisenbehördlichen Bewilligung nach § 3 Z 2 DevG bedürfe, ist nicht berechtigt.

Die devisenrechtliche Frage ist jedenfalls kraft Sonderanknüpfung durch die Eingriffsnormen des DevG im Rahmen seines eigenen Anknüpfungswillens (§§ 2ff) nach österreichischem Recht zu beantworten, so daß nicht an das Schuldstatut angeschlossen werden kann, welches hier zur Anwendung des Sachrechtes der BRD führt.

Es ist zwar richtig, daß die vertragliche Abtretung einer Forderung eines Devisenausländers an einen anderen in inländischer oder ausländischer Währung gegen einen Deviseninländer als „Verfügung“ iS des § 3 Z 2 DevG der devisenbehördlichen Bewilligung bedarf, doch gilt diese devisenrechtliche Vorschrift nicht für den Fall des Forderungsüberganges kraft Gesetzes (Schwarzer - Csoklich, Das österr Währungs- und Devisenrecht<sup>9</sup>, 348), welchem zufolge der hier verwirklichte Fall einer Forderungsabtretung kraft gesetzlicher Anordnung gleichzustellen ist. Wenn im ersten Rechtszug hat der erkennende Senat ausgesprochen, daß (bei Anwendung des verwiesenen Rechtes der BRD) die Bestellung der Grundschuld durch die Kläger zum Zweck der Besicherung der Darlehensschuld des Beklagten an die begünstigte Bankunion Frankfurt/Main AG unter gleichzeitiger Übernahme der persönlichen Haftung der Kläger „für den Eingang des Grundschuldbetrages nebst Zinsen“ mit Unterwerfung in die sofortige Zwangsvollstreckung bezüglich dieser (zusätzlichen) Zahlungsverpflichtung außer Frage steht. Nach völlig herrschender Meinung in der BRD (vgl Scherübl in Staudinger, Komm z BGB<sup>12</sup> III RN 31 zu § 1143 mwN) hat der Besteller der Grundschuld und Liegenschaftseigentümer, der nicht zugleich persönlicher Schuldner ist, nach Befriedigung des Grundschuldgläubigers durch Zahlung der Grundschuld gegen diesen das Recht auf Abtretung der gegen den persönlichen Schuldner bestehenden Forderung. Diese Rechtsmeinung wird zwar dort für den Fall vertreten, daß durch Befriedigung des Gläubigers wegen der Grundschuld diese auf den Grundschuldbesteller und Liegenschaftseigentümer übergeht (Eigentümergrundschuld). Gleiches muß jedoch auch gelten, wenn - wie dies hier offenkundig geschehen ist - im Fall der Umschuldung aus Rationalisierungsgründen anstatt des umständlichen Weges (Übergang der Grundschuld auf den Eigentümer und darauf folgende Neubestellung der Grundschuld zugunsten des Umschuldungsgläubigers) der rationellere Weg der direkten Abtretung der Grundschuld an die Umschuldungsbank gewählt wird. Demnach ist freilich hier die Abtretung der durch die Grundschuld der Kläger besichert gewesenen Forderung der Bankunion Frankfurt/Main AG gegen den Beklagten (aus der Gewährung von Kredit) an die Kläger in Erfüllung einer gesetzlichen Pflicht erfolgt, so daß die Vorschrift des § 3 Z 2 DevG keine Anwendung finden kann.

## EGEO

84

Art XXIX (Art XXV EGZPO; § 1271 ABGB): In Ergänzung des Art XXV EGZPO eröffnet Art XXIX EGEO bei im Ausland zustande gekommenen Schiedssprüchen jeder Art auch noch im Exekutionsverfahren die Möglichkeit, zu prüfen, ob in dem Schiedsverfahren über die Einwendung des Verpflichteten, daß dem Anspruch der betreibenden Partei ein - als Spiel oder Wette zu beurteilendes - Differenzgeschäft zugrunde liege, überhaupt nicht oder unrichtig entschieden wurde.

OGH 23. 2. 1983, 3 Ob 185/82 (OLG Linz 5 R 157/82; OLG Wels 3 Nc 19/81).