

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten Hon.-Prof. Dr. Sailer als Vorsitzenden sowie die Hofräte Univ.-Prof. Dr. Bydlinski, Mag. Wurzer, Mag. Dr. Wurdinger und die Hofrätin Dr. Hofer-Zeni-Rennhofer als weitere Richter in der Rechtssache der gefährdeten Partei Dr. N***** J*****, vertreten durch Abel & Abel Rechtsanwälte GmbH in Wien, gegen den Gegner der gefährdeten Partei Dr. C***** J*****, vertreten durch Dr. Reinhard Mikula, LL.M., Rechtsanwalt in Wien, und die mitbeteiligte Partei Dr. R***** M*****, vertreten durch Jeannée Rechtsanwalt GmbH in Wien, wegen Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 382 Z 8 lit c EO, über den Revisionsrekurs und den Rekurs des Gegners der gefährdeten Partei und den Revisionsrekurs der mitbeteiligten Partei gegen den Beschluss des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Wien als Rekursgericht vom 16. Mai 2014, GZ 45 R 130/14x-31, mit dem der Beschluss des Bezirksgerichts Döbling vom 16. Dezember 2013, GZ 1 C 55/13k-14, bestätigt wurde, den

B e s c h l u s s

gefasst:

I. Dem Revisionsrekurs des Gegners der gefährdeten Partei wird Folge gegeben.

Die Beschlüsse der Vorinstanzen werden dahin abgeändert, dass der Antrag der gefährdeten Partei auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, womit

1. dem Gegner der gefährdeten Partei untersagt wird, folgende Liegenschaften zu veräußern, zu verpfänden, sonst zu belasten bzw irgendeine sonstige Verfügung hinsichtlich dieser Liegenschaften zu treffen:

- a) KG *****, Anteil: 99/4268
- b) KG *****, Anteil: 99/8536
- c) KG *****, Anteil: 87/2736
- d) KG *****, Anteil: 97/3460
- e) KG *****, Anteil: 1/8345
- f) KG *****, Anteil: 41/8345
- g) KG *****, Anteil: 29/8345
- h) KG *****, Anteil: 36/8345
- i) KG *****, Anteil: 2/8345;

2. dem Gegner der gefährdeten Partei untersagt wird, jegliche Anteile folgender Gesellschaften zu veräußern, zu verpfänden sowie sonstige Änderungen hinsichtlich der Gesellschaftsstrukturen dieser Gesellschaften zu treffen:

- a) A***** GmbH (FN *****)
- b) K***** KG (FN *****)
- c) J***** GmbH (FN *****)
- d) W***** OG (FN *****)
- e) I***** OG (FN *****);

3. die einstweilige Verfügung werde bis zur Dauer eines Jahres nach rechtskräftiger Erledigung des bereits anhängigen Ehescheidungsverfahrens, im Fall der Einleitung eines Aufteilungsverfahrens innerhalb dieser Frist bis zu dessen rechtskräftiger Erledigung erlassen;

4. die grundbücherliche Ersichtlichmachung der einstweiligen Verfügung im Grundbuch der zu 1. a) bis i) angeführten Liegenschaften angeordnet werde abgewiesen wird.

Die grundbücherliche Durchführung obliegt dem Erstgericht.

Die gefährdete Partei ist schuldig, dem Gegner der gefährdeten Partei die mit 3.119,64 EUR (darin enthalten 406,44 EUR USt und 681 EUR Barauslagen) bestimmten Kosten des Rechtsmittelverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

II. Die mitbeteiligte Partei wird mit ihrem Revisionsrekurs auf diese Entscheidung verwiesen.

Die gefährdete Partei ist schuldig, der mitbeteiligten Partei die mit 991,04 EUR (darin enthalten 114,26 EUR USt und 305,50 EUR Barauslagen) bestimmten Kosten des Rechtsmittelverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

III. Dem Rekurs des Gegners der gefährdeten Partei wird Folge gegeben.

Der Beschluss des Rekursgerichts, mit dem es den Antrag des Gegners der gefährdeten Partei, über die gefährdete Partei eine Mutwillensstrafe zu verhängen, abwies, wird aufgehoben.

Der Antrag wird an das Bezirksgericht Döbling überwiesen.

B e g r ü n d u n g :

Die Parteien schlossen am 28. 4. 2003 die Ehe. Seit 5. 9. 2013 ist das Scheidungsverfahren gerichtsanhängig. Zuletzt bewohnten die Parteien gemeinsam ein großzügig

bemessenes Haus, das sich über zwei Liegenschaften erstreckt. Die eine Liegenschaft steht im Eigentum der K***** KG, die andere im Eigentum einer GmbH & Co KG. Der Gegner der gefährdeten Partei (im Folgenden: Antragsgegner) ist alleiniger Komplementär der K***** KG und vertritt diese seit 23. 12. 2005. Die gefährdete Partei (im Folgenden: Antragstellerin) ist Kommanditistin mit einer Haftsumme von 1 EUR. Die Parteien pflegten und pflegen einen äußerst gehobenen Lebensstil mit etlichen Hausangestellten, Au-Pair-Mädchen, mehreren Autos und diversen Luxusurlaube. Die Mittel zur Bestreitung des Lebensunterhalts bezogen sie großteils aus Erträgen diverser Unternehmen, die auch private Rechnungen der Parteien beglichen.

Bis zum 24. 9. 2013 waren sowohl der Antragsgegner als auch der Mitbeteiligte Geschäftsführer der A***** GmbH. Seitdem ist eine andere Person deren Geschäftsführer. Der Antragsgegner war bei dieser Gesellschaft bereits vor der Eheschließung alleiniger Gesellschafter. Der nunmehrige Verkauf von 50 % seiner Gesellschaftsanteile wurde am 19. 10. 2013 im Firmenbuch eingetragen. Diese Gesellschaft diente den Parteien zur Finanzierung der Errichtung und der fortlaufenden Aufwendungen des Familienanwesens.

Der Antragsgegner übt die Rechtsanwaltschaft in der Form einer GmbH aus; er ist deren (alleiniger) Gesellschafter und Geschäftsführer. Die daraus erzielten Einkünfte dienen zur Bestreitung der Lebensbedürfnisse der Parteien und ihrer Kinder während aufrechter ehelicher Lebensgemeinschaft.

Neben einer weiteren Person ist der Antragsgegner unbeschränkt haftender Gesellschafter der

W***** OG und vertritt diese seit 22. 11. 2011 gemeinsam mit dem anderen Gesellschafter. Deren Gesellschaftszweck ist der Besitz von Immobilien. Darüber hinaus ist der Antragsgegner unbeschränkt haftender Gesellschafter der I***** OG und vertritt diese seit 8. 8. 2011 gemeinsam mit einer GmbH. Die aus beiden Personengesellschaften bezogenen Einkünfte wurden zur Bestreitung des Familienunterhalts verwendet.

Der Antragsgegner ist Miteigentümer diverser Liegenschaften, die er während aufrechter Ehe erwarb und aus denen er Einnahmen aus Vermietung und Verpachtung erzielt. Er und der Mitbeteiligte sind zu je 99/4286-Anteilen Miteigentümer der Liegenschaft EZ ***** GB *****; mit diesen Anteilen ist jeweils Wohnungseigentum an der Wohnung W 6 untrennbar verbunden. Gemeinsam mit dem Beteiligten ist der Antragsgegner weiters zu je 99/8536-Anteilen Miteigentümer der Liegenschaft EZ ***** GB *****; mit diesen Anteilen ist - unstrittig - jeweils Wohnungseigentum an einem Objekt untrennbar verbunden. Der Antragsgegner und eine andere Person sind zu je 87/2736-Anteilen Miteigentümer der Liegenschaft EZ ***** GB *****; mit diesen Anteilen ist jeweils Wohnungseigentum an einer Wohnung untrennbar verbunden. Daneben ist der Antragsgegner noch Miteigentümer einer Liegenschaft in W*****.

Bereits vor der Aufnahme der ehelichen Lebensgemeinschaft war der Antragsgegner Miteigentümer diverser Anteile an einer Liegenschaft in W*****, die er immer noch hält und aus denen er Einnahmen aus Vermietung und Verpachtung erzielt.

An Haushaltsgeld überwies der Antragsgegner der Antragstellerin im Jahr 2012 27.000 EUR und im Jahr 2013 bis Oktober 22.000 EUR.

Im Jahr 2013 wurde die Antragstellerin sowohl vom Antragsgegner als auch von einer dritten Person aufgefordert, den von ihr gehaltenen Kommanditanteil an der K***** KG unentgeltlich an den Dritten zu übertragen. In einem Schreiben vom 4. 12. 2013 führte der Antragsgegner dazu aus, er habe keine ehelichen Ersparnisse und das eheliche Gebrauchsvermögen bestehe ausschließlich aus dem Inventar des gemeinsam benutzten Hauses. Er wies die Antragstellerin immer wieder darauf hin, ihr stünde nichts zu und es sei kein Vermögen vorhanden. Mehrmals sagte er ihr, er würde ihr im Fall einer Aufteilung nichts zukommen lassen. Die Verfahren würde er so lange in die Länge ziehen, bis sie die Nerven verliere.

Die Antragstellerin beantragte die Erlassung der im Spruch angeführten einstweiligen Verfügung. Dazu brachte sie im Wesentlichen vor, während aufrechter Ehe sei in erheblichem Umfang Vermögen erwirtschaftet worden, das der Aufteilung unterliege. Der Antragsgegner arbeite seit Beginn der Ehekrise daran, die gerichtliche Durchsetzung des Aufteilungsanspruchs zu vereiteln, indem er Vermögen beiseite schaffe oder verheimliche. Der Aufforderung zur Vorlage der Einkommenssteuerbescheide seit Beginn der Ehe sei er nur eingeschränkt nachgekommen und habe lediglich die Bescheide der letzten drei Jahre vorgelegt. Daraus sei ersichtlich, dass er erhebliche Einkünfte aus ausländischem Vermögen erziele. Durch Übertragung von Geschäftsanteilen, Wechsel in der Geschäftsführung, Behauptung von Treuhandschaften und anderweitigen Vermögenstransaktionen, womit er seit Beginn der Ehekrise und

insbesondere seit Einbringung der Scheidungsklage massiv begonnen habe, sei die gerichtliche Durchsetzung des Aufteilungsanspruchs konkret gefährdet. Mehrmals habe er ihr gegenüber angekündigt, er werde dafür sorgen, dass der bestehende Aufteilungsanspruch so wertlos wie möglich sei. Durch dieses Verhalten drohe ihr ein unwiederbringlicher Schaden.

Das Erstgericht erließ ohne Anhörung des Antragsgegners die beantragte einstweilige Verfügung. Die konkrete Gefährdung des Aufteilungsanspruchs sei sowohl durch die Verschiebungen des Antragsgegners innerhalb der ihm wirtschaftlich zuordenbaren Gesellschaften als auch dadurch, dass er der Antragstellerin gegenüber immer wieder gedroht habe, sie werde bei einer Aufteilung nichts erhalten, es sei nichts vorhanden und sie müsse ihren Kommanditanteil an einen Dritten abtreten, dargetan.

Das Rekursgericht gab den Rekursen des Antragsgegners und des Mitbeteiligten nicht Folge und wies den Antrag des Antragsgegners, über die Antragstellerin eine Mutwillensstrafe zu verhängen, ab. Es verneinte die vom Antragsgegner behauptete Nichtigkeit im Sinn des § 477 Abs 1 Z 4 ZPO wegen seiner unterlassenen Anhörung. Rechtlich führte es weiters aus, durch das Verhalten des Antragsgegners „in Bezug auf seine Vermögens- und Gesellschaftsverhältnisse“ sowie aufgrund des Umstands, dass ein Dritter die Antragstellerin aufgefordert habe, diesem - „im offensichtlichen Zusammenhang mit einer prekären Vermögenslage des Antragsgegners“ - unentgeltlich Unternehmensanteile zu übertragen, sei die Gefährdungslage ausreichend indiziert. Soweit der Antragsgegner Umstände vorbringe, die gegen die Annahme sprechen könnten, dass die von der Provisorialmaßnahme betroffenen Vermögenswerte

der Aufteilung im Sinn des § 82 EheG unterlägen, verstoße er gegen das Neuerungsverbot. Der angeordneten Sicherungsmaßnahme stehe nicht entgegen, dass davon einige Eigentumswohnungen betroffen seien, in denen er Wohnungseigentumspartner mit einer dritten Person sei. Das Verbot der unterschiedlichen Belastung nach § 13 Abs 3 WEG 2002 stehe der „Intabulierung“ eines im Rahmen eines Ehescheidungsverfahrens gegen den Wohnungseigentumspartner eines Dritten erwirkten Veräußerungs- und Belastungsverbots nicht entgegen. Dadurch entstehe auch keine ungleiche Belastung, „zumal eine solche nur einem der Wohnungseigentumspartner verboten“ werde. Dass dadurch gemäß § 13 Abs 3 WEG 2002 ex lege auch dem Partner die „Veräußerung“ und Belastung verunmöglicht werde, ergebe sich aus der Natur des Wohnungseigentumspartnerrechts, wonach sämtliche rechtsgeschäftliche Verfügungen hinsichtlich des gemeinsamen Miteigentumsanteils, sei es nun eine entgeltliche oder unentgeltliche Weitergabe, eine Belastung oder auch die Einräumung von Bestand- oder anderen Nutzungsrechten und anderes, nur von beiden Partnern gemeinsam vorgenommen werden könne. Zudem sei es „im Rahmen gesellschaftsrechtlicher Sicherungsmittel“ nicht unzulässig, dem Antragsgegner bei konkreter Gefährdungslage zu untersagen, jegliche Gesellschaftsanteile zu veräußern, zu verpfänden sowie sonstige Änderungen hinsichtlich der Gesellschaftsstrukturen dieser Gesellschaften zu treffen.

Der Antrag des Antragsgegners, gemäß § 394 Abs 2 EO über die Antragstellerin eine Mutwillensstrafe zu verhängen, sei abzuweisen, weil deren Mutwilligkeit schon im Hinblick auf die Erfolglosigkeit seines Rechtsmittels nicht indiziert sei.

Zum Rekurs des Mitbeteiligten führte es aus, dass dieser rekurslegitimiert sei. Als Wohnungseigentumspartner des Antragsgegners sei er beschwert, weil er als solcher mit dem Antragsgegner eine Einheit bilde. Ihre Anteile am Mindestanteil seien so verbunden, dass sie nicht getrennt und nur gemeinsam beschränkt, belastet oder der Zwangsvollstreckung unterworfen werden könnten. Die Einschränkung des Anteilsrechts resultiere aus dem Wesen des Wohnungseigentums, das verlange, dass der mit Wohnungseigentum verbundene Mindestanteil stets als Einheit zu betrachten sei (§ 12 WEG 2002). Gemäß § 13 Abs 3 WEG 2002 dürfe den beiden Hälften am Mindestanteil kein unterschiedliches rechtliches Schicksal widerfahren. Der Grundsatz der Untrennbarkeit der Anteile komme auch prozessual zum Tragen. Die Eigentümerpartner stellten nicht nur eine sowohl aktive als auch passive notwendige Streitgenossenschaft dar; sie bildeten insbesondere eine einheitliche Streitpartei im Sinn des § 14 ZPO. Im Ergebnis erstrecke sich das gegenüber dem Antragsgegner ausgesprochene Veräußerungs- und Belastungsverbot ex lege (§ 13 WEG 2002) auch auf den Eigentümerpartner, weshalb dieser beschwert und analog der Bestimmung des § 13 Abs 3 dritter Satz WEG 2002 Beteiligter des Provisorialverfahrens sei. Er habe jedoch als Wohnungseigentumspartner zu gewärtigen, dass ein gegen den anderen Partner erlassenes Verbot auch gegen ihn wirke. Dies ergebe sich „aus der Natur des WEG“, auf das er sich durch das Eingehen einer Wohnungseigentumspartnerschaft mit all ihren Rechtswirkungen eingelassen habe.

Das Rekursgericht sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands insgesamt 30.000 EUR übersteige, und ließ den ordentlichen Revisionsrekurs zu. Zur

Rekurslegitimation des Wohnungseigentumspartners, zur Zulässigkeit der „Intabulation“ eines Veräußerungs- und Belastungsverbots nur am Mindestanteil des Antragsgegners und zur „Einlassung“ des Wohnungseigentumspartners auf Rechtswirkungen des § 13 Abs 3 WEG 2002 bei gegen den anderen Wohnungseigentumspartner erwirkten Provisorialmaßnahmen bestehe keine höchstgerichtliche Judikatur.

Gegen die Bestätigung der Erlassung der einstweiligen Verfügung richten sich die Revisionsrekurse des Antragsgegners und des Mitbeteiligten. Weiters erhebt der Antragsgegner in seinem Rechtsmittel einen Rekurs gegen die Entscheidung des Rekursgerichts über die Mutwillensstrafe.

Die Antragstellerin beantragt, die Revisionsrekurse zurückzuweisen, hilfsweise diesen nicht Folge zu geben. Zum Rekurs des Antragsgegners nimmt sie inhaltlich nicht Stellung.

Die Revisionsrekurse sind zulässig und berechtigt. Der Rekurs des Antragsgegners ist ebenfalls zulässig und berechtigt.

I. Zum Revisionsrekurs des Antragsgegners:

1. Im Provisorialverfahren ist die Verneinung eines im Rekursverfahren gerügten Nichtigkeitsgrundes nicht weiter anfechtbar (RIS-Justiz RS0097225 [T1, T6]; zuletzt 7 Ob 44/14t mwN). Das Rekursgericht verneinte in den Gründen seiner Entscheidung die Nichtigkeit und führte - unter Hinweis auf die Judikatur des EGMR - aus, dass dem Antragsgegner vor Erlassen der einstweiligen Verfügung nicht Gelegenheit gegeben werden musste, sich zur beantragten Provisorialmaßnahme zu äußern.

Wenngleich die geänderte Rechtsprechung des EGMR (Entscheidung vom 15. 10. 2009, *Micallef* gegen Malta, 17.056/06) bewirkt, dass das rechtliche Gehör unter

gewissen Voraussetzungen nunmehr auch im erstgerichtlichen Provisorialverfahren verletzt werden kann, ist eine Erweiterung der Anfechtungsmöglichkeiten im Fall einer die Nichtigkeit oder die Mangelhaftigkeit des Verfahrens ablehnenden Rekursentscheidung daraus nicht abzuleiten (7 Ob 34/13w; 7 Ob 44/14t; vgl RIS-Justiz RS0028350 [T10]; RS0074799 [T13]).

2. Entgegen der Ansicht des Antragsgegners liegt hier kein „außerstreitiges Verfahren“ vor. Das Verfahren zur Erlassung (und Aufhebung) von einstweiligen Verfügungen nach § 382 Z 8 lit c EO richtet sich nach den Bestimmungen der EO und den danach anzuwendenden Bestimmungen der ZPO (RIS-Justiz RS0006065, besonders [T3]; *Zechner*, Sicherungsexekution und Einstweilige Verfügung [2000] § 382 EO Rz 12; *E. Kodek* in *Angst*², EO § 382 Rz 65; *Sailer* in *Burgstaller/Deixler-Hübner*, EO § 382 Rz 40).

3. Die behauptete Aktenwidrigkeit wurde geprüft. Sie liegt nicht vor (§ 528a iVm § 510 Abs 3 ZPO).

4. Mit einer einstweiligen Verfügung nach § 382 Z 8 lit c zweiter Fall EO soll der Anspruch des gefährdeten Ehegatten auf einen angemessenen Anteil an der Aufteilungsmasse, der auch durch eine Ausgleichszahlung substituiert werden kann, gesichert werden (1 Ob 213/12y mwN). Sinn und Zweck der gerichtlichen Verfügung ist es, eine einseitige Veränderung der Vermögenslage bis zur Durchführung des Aufteilungsverfahrens zu verhindern. Gesichert werden dabei nicht die Vermögensobjekte selbst, Sicherungsobjekt ist vielmehr die gerichtliche Durchsetzung des Aufteilungsanspruchs nach den §§ 81 ff EheG (RIS-Justiz RS0037061 [T3, T9]).

Dass sich das Sicherungsbegehren jedoch überhaupt auf Sachen bezieht, die der nahehelichen

Aufteilung unterliegen, ist von der Antragstellerin zu behaupten und zu bescheinigen (RIS-Justiz RS0006075 [T3]; RS0037061 [T2, T4]; *E. Kodek* aaO § 382 EO Rz 61; *Zechner* aaO; *Sailer* aaO § 382 Rz 37). Ist das nicht der Fall, dann fehlt es am Anspruch (2 Ob 554/81 = RIS-Justiz RS0006055 [T4]; *Zechner* aaO).

5. Die hier im Zusammenhang mit einem Verfahren auf Ehescheidung beantragte Sicherung ehelichen Gebrauchsvermögens und ehelicher Ersparnisse ist eine einstweilige Verfügung zur Sicherung künftiger Leistungsansprüche, die nur unter der Voraussetzung einer konkreten Gefahrenbescheinigung bewilligt werden darf (RIS-Justiz RS0005175 [T19]; RS0006039 [T2]; RS0006055 [T8]; RS0115099). Für die geforderte konkrete Gefahrenbescheinigung müssen zum Beispiel Anhaltspunkte vorliegen, dass der Antragsgegner einen allenfalls erzielten Verkaufserlös verwirtschaften oder Verfügungen treffen werde, die die Realisierung des Aufteilungsanspruchs unmöglich machen. Es muss also bescheinigt werden, dass ohne die einstweilige Verfügung die Befriedigung des Aufteilungsanspruchs vereitelt oder erheblich erschwert wäre (RIS-Justiz RS0006055 [T10, T12]; vgl RS0037061 [T8]). Bei der Beurteilung der Anspruchsgefährdung nach § 381 EO kommt es auf die Umstände des Einzelfalls an (RIS-Justiz RS0005118; RS0005175 [T16]).

6. Zwar wirft die Beurteilung, ob im Einzelfall die konkrete Gefahrenbescheinigung gelungen ist, grundsätzlich keine Rechtsfrage von erheblicher Bedeutung auf, jedoch zeigt der Antragsgegner zutreffend auf, dass die Antragstellerin - entgegen der Rechtsansicht der Vorinstanzen - eine solche Bescheinigung nicht erbracht hat.

Im Hinblick auf die vom Gesetz gebrauchten Ausdrücke „besorgen“ (§ 381 Z 1 EO) und „drohen“ (§ 381 Z 2 EO) wird das Vorliegen von Umständen gefordert, die ohne Bewilligung der einstweiligen Verfügung eine Beeinträchtigung des Anspruchs oder des Anspruchsberechtigten als wahrscheinlich erscheinen lassen (RIS-Justiz RS0005175 [T6]). Das ist hier nicht der Fall.

Nach dem als bescheinigt angenommenen Sachverhalt wies der Antragsgegner die Antragstellerin immer wieder darauf hin, ihr stünde nichts zu und es sei kein Vermögen vorhanden. Mehrmals sagte er ihr, er würde ihr im Fall einer Aufteilung nichts zukommen lassen und die Verfahren so lange in die Länge ziehen, bis sie die Nerven verlieren würde. In einem Schreiben an sie führte er aus, er habe keine ehelichen Ersparnisse und das eheliche Gebrauchsvermögen bestehe ausschließlich aus dem Inventar des gemeinsam genutzten Hauses. Der Antragstellerin sind jedoch die Vermögenswerte des Antragsgegners in Österreich bekannt. Allein aus seinen Äußerungen ergibt sich aber nicht, dass Machenschaften des Antragsgegners vorlägen, die mit hoher Wahrscheinlichkeit die spätere Aufteilung des ehelichen Vermögens vereiteln könnten. Es liegt nur eine rein abstrakte Gefährdung vor, die nicht ausreicht. „Vereitelungshandlungen“, die sich auf Vermögenswerte beziehen, die nach den §§ 81 ff EheG der Aufteilung unterliegen, setzte der Antragsgegner nicht. Anhaltspunkte dafür, dass er einen solchen Vermögenswert verwirtschaften oder verbringen oder Verfügungen treffen würde, die die Realisierung der Aufteilungsansprüche unmöglich machen (vgl RIS-Justiz RS0037061 [T8]), liegen nicht vor. Aus der mehrfachen Erklärung des Antragsgegners, er würde der Antragstellerin im Fall der Aufteilung nichts zukommen

lassen, ist ohne darauf gerichtete Handlungen nicht ersichtlich, dass für die Antragstellerin eine konkrete Gefahr besteht oder auch nur droht. Entgegen der Rechtsansicht des Rekursgerichts ist eine prekäre Vermögenslage des Antragsgegners nicht bescheinigt.

Gemäß § 82 Abs 1 Z 4 EheG unterliegen Anteile an einem Unternehmen nicht der Aufteilung, außer es handelt sich um eine bloße Wertanlage. Davon sind Anteile an Unternehmen generell erfasst, wie beispielsweise Anteile an einer GmbH oder einer eingetragenen Personengesellschaft (vgl 3 Ob 122/04v = SZ 2005/62 = RIS-Justiz RS0120076). Für die Ausnahme vom Grundsatz, dass Anteile an einem Unternehmen der Aufteilung nicht unterliegen, gilt: Einer Unternehmensbeteiligung kommt dann Wertanlagecharakter zu, wenn mit ihr keine Mitwirkung an der Unternehmensführung oder sonst ein maßgeblicher Einfluss auf das Unternehmen verbunden ist, wofür die bloße rechtliche Möglichkeit eines solchen Einflusses ausreicht, nicht also die tatsächliche Ausübung desselben erforderlich ist (3 Ob 122/04v = SZ 2005/62; RIS-Justiz RS0058277 [T3]; *Deixler-Hübner* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPR [2011] § 82 EheG Rz 23). Ein maßgeblicher Einfluss kommt jedenfalls dem Geschäftsführer einer GmbH zu (8 Ob 653/86). Weder die A***** GmbH, deren Geschäftsführer der Antragsgegner bis September 2013 und deren Alleingesellschafter er bis zum Verkauf von 50 % der Gesellschaftsanteile im Oktober 2013 war, noch die ***** KG, deren alleiniger Komplementär der Antragsgegner ist und in der die Antragstellerin einen Kommanditanteil hält, unterliegen demnach gemäß § 82 Abs 1 Z 4 EheG der Aufteilung. Sie sind weder bloße Wertanlagen noch eheliche Ersparnisse im Sinn des § 81 Abs 3 EheG. Zwar gelten Erträge eines Unternehmens als eheliche Ersparnisse

und unterliegen der Aufteilung, sofern sie zu Gemeinschaftsvermögen umgewandelt oder zu Ersparnissen werden (3 Ob 122/04v = SZ 2005/62), jedoch führt dieser Umstand - entgegen der Meinung der Antragstellerin - nicht dazu, dass dadurch die (Anteile an den) Unternehmen der Aufteilung unterlägen. Weder der teilweise Verkauf der Gesellschaftsanteile der A***** GmbH noch die Aufforderung an die Antragstellerin, ihren Kommanditanteil an der KG unentgeltlich an eine dritte Person zu übertragen, belegen eine konkrete Gefährdung des Aufteilungsanspruchs der Antragstellerin, unterliegen doch die Anteile an diesen Unternehmen nicht der Aufteilung.

7. Da der Antragstellerin die Glaubhaftmachung der konkreten Anspruchsgefährdung nicht gelungen ist, braucht auf die vom Rekursgericht angesprochenen Rechtsfragen nicht eingegangen zu werden. Hinzuweisen ist noch darauf, dass ein Veräußerungs- und Belastungsverbot nur erlassen werden darf, wenn die Liegenschaft, deren Veräußerung oder Belastung verhindert werden soll, in das Aufteilungsverfahren einzubeziehen ist (2 Ob 502/96). Das trifft aber auf die Miteigentumsanteile des Antragsgegners an der Liegenschaft in W*****, die er schon vor der Eheschließung erworben hatte und die er in die Ehe einbrachte (§ 82 Abs 1 Z 1 EheG), nicht zu.

8. Dem Revisionsrekurs des Antragsgegners ist daher Folge zu geben und der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung abzuweisen.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 393 Abs 1 dritter Satz EO iVm § 78 Abs 2 erster Satz AußStrG (1 Ob 26/13z; *Obermaier*, Kostenhandbuch² [2010] Rz 525). Die Pauschalgebühr für das Revisionsrekursverfahren beträgt

gemäß Anm 1a zu TP 3 GGG idF des VAJu, BGBl I 2013/190, nur die Hälfte der Pauschalgebühr nach dieser Tarifpost.

II. Zum Revisionsrekurs des Mitbeteiligten:

Da die einstweilige Verfügung schon aus den vorstehenden Erwägungen abzuweisen ist, stellt sich hinsichtlich des Mitbeteiligten nur noch die Frage seiner Rechtsmittellegitimation. Ihm kommt als Eigentümerpartner des Antragsgegners hinsichtlich der beiden Wohnungseigentumsobjekte die Rechtsmittellegitimation zur Bekämpfung der einstweiligen Verfügung im Umfang seiner Beschwer zu.

Durch das gemeinsame Wohnungseigentum der Partner werden ihre Anteile am Mindestanteil so verbunden, dass sie, solange die Eigentümerpartnerschaft besteht, nicht getrennt und nur gemeinsam beschränkt, belastet oder der Zwangsvollstreckung unterworfen werden dürfen (§ 13 Abs 3 erster Satz WEG 2002). Ihre Anteile am Mindestanteil dürfen nicht verschieden belastet sein (§ 13 Abs 2 erster Satz zweiter Halbsatz WEG 2002).

Das richterliche Belastungs- und Veräußerungsverbot auf dem halben Mindestanteil des Antragsgegners hindert diesen bloß an entgegenstehenden Verfügungen, schafft aber gerade keine Situation, die entgegen § 13 Abs 3 WEG 2002 zu einem unterschiedlichen rechtlichen Schicksal der Mindestanteile der Eigentümerpartner führt. Durch das Veräußerungsverbot erfolgt kein Eingriff in die Rechte des Eigentümerpartners (Mitbeteiligten), weil dieser im Hinblick auf § 13 Abs 3 letzter Satz WEG 2002 mit Zustimmung des Antragsgegners seinen Anteil am Mindestanteil veräußern kann (vgl dazu *S. Gantner-Doshi* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht³ § 13 WEG Rz 27; *Würth/Zingher/Kovanyi*, Miet-

und Wohnrecht II²² § 13 WEG Rz 6; 5 Ob 282/08v = immolex 2009/75, 184 [*Cerha*] = NZ 2009/739 [*Hoyer*]). Das an den Antragsgegner gerichtete Veräußerungsverbot berührt damit die rechtliche Möglichkeit der Veräußerung des Anteils am Mindestanteil des anderen Eigentümerpartners nicht. Dass der vom Eigentümerpartner zu erzielende Kaufpreis bei Veräußerung nur seiner Hälfte am Mindestanteil im Vergleich zum Verkauf des Mindestanteils durch beide Partner gemeinsam geringer sein kann, ist bloß ein wirtschaftlicher Nachteil, der keine Beteiligtenstellung verschafft (vgl. RIS-Justiz RS0002134 [T13]; RS0110287 [T5]).

Ein solcher Eingriff in die Rechte des Eigentümerpartners tritt aber in Ansehung des (im Grundbuch anzumerkenden) Belastungs- und Verpfändungsverbots ein, das dem Antragsgegner diesbezügliche Verfügungen verbietet. Da die rechtsgeschäftliche Belastung und Verpfändung des gemeinsamen Mindestanteils nur von beiden Partnern gemeinsam vorgenommen werden kann, ist dadurch auch der andere Eigentümerpartner betroffen und durch das zugunsten eines Dritten (hier: der Antragstellerin) angeordnete Belastungs- und Verpfändungsverbot in seiner Disposition eingeschränkt. Zwar hindert die Anmerkung des richterlichen Verbots nach § 384 Abs 2 EO - im Unterschied zu dem durch die Einverleibung mit dinglicher Wirkung ausgestatteten Verbot gemäß § 364c ABGB - spätere Eintragungen selbst dann nicht, wenn sie mit dem Verbot im Widerspruch stehen. Die Eintragungen werden in diesem Fall gemäß § 384 Abs 3 EO wirksam, wenn der Anspruch der gefährdeten Partei aberkannt oder die einstweilige Verfügung aufgehoben wird (3 Ob 202/88; 1 Ob 629/92; 5 Ob 100/07b ua; *E. Kodek* aaO § 384 Rz 4; *Sailer* aaO § 384 Rz 5). Besteht demgegenüber der gesicherte Anspruch zu Recht, sind ihm entgegenstehende

Eintragungen auf Antrag zu löschen (5 Ob 100/07b mwN; *Höller* in *G. Kodek*, Grundbuchsrecht 1.01 § 9 GBG Rz 95; *E. Kodek* aaO § 384 Rz 5; *Sailer* aaO § 384 Rz 8; *Rassi* in *G. Kodek*, Grundbuchsrecht 1.01 § 29 GBG Rz 20). Da der Eigentümerpartner des Antragsgegners in der Zeit der Rechtswirksamkeit der einstweiligen Verfügung und damit des Belastungs- und Verpfändungsverbots insofern in der Verfügung über seinen Anteil am Mindestanteil beschränkt ist, werden durch diese Anordnung auch seine Rechte berührt.

Gemäß § 13 Abs 3 WEG 2002 wird dem anderen Eigentümerpartner, gegen den kein Exekutionstitel besteht, für die mit der Pfändung des Anspruchs auf Aufhebung des gemeinsamen Wohnungseigentums zu verbindende Zwangsversteigerung des gesamten Mindestanteils (und des damit verbundenen gemeinsamen Wohnungseigentums) aufgrund eines Exekutionstitels, der bloß gegen den verpflichteten Partner besteht, die Beteiligtenstellung eingeräumt. Steht aber dem anderen Eigentümerpartner die Stellung eines Beteiligten - mit der Befugnis, zur Wahrung seiner Rechte alle Rechtsmittel zu erheben, wie wenn er Verpflichteter wäre - in einem Verfahren zu, das vom Gesetz allein als zulässig bezeichnet wird, muss dies nach der Rechtsprechung (3 Ob 136, 137/88 = MietSlg 40.633 [zum früheren § 9 Abs 2 WEG 1975]) umso mehr für den Fall einer nach § 13 Abs 3 WEG 2002 unzulässigen Exekutionsführung gelten. Da beide Anteile am Mindestanteil nur gemeinsam belastet werden dürfen und die Zwangsvollstreckung aufgrund eines Exekutionstitels, der bloß gegen einen der Eigentümerpartner besteht, nur auf die in § 13 Abs 3 WEG 2002 beschriebene Weise zulässig ist, wird jener Partner, gegen den ein Exekutionstitel nicht besteht, auch bei einer anderen Exekutionsführung als der im Gesetz genannten

in seinen Rechten durch die Zwangsvollstreckung unmittelbar berührt. Demzufolge ist ihm auch der Exekutionsbewilligungsbeschluss zuzustellen, wogegen ihm als Beteiligten ein Rechtsmittel zusteht (vgl. *S. Gantner-Doshi* aaO § 13 WEG Rz 56).

Nichts anderes kann aber für den nicht verpflichteten Eigentümerpartner für den Fall eines gemäß § 382 Z 6 EO gegenüber dem Antragsgegner ausgesprochenen Belastungs- und Verpfändungsverbots und der gemäß § 384 Abs 2 EO angeordneten Anmerkung auf dessen Anteil am Mindestanteil gelten. Der Grundsatz der Untrennbarkeit der Anteile kommt auch hier prozessual zum Tragen, sodass - wie das Rekursgericht zutreffend erkannte - der andere Partner in sinngemäßer Anwendung des § 13 Abs 3 dritter Satz WEG 2002 als Beteiligter dem Provisorialverfahren beizuziehen ist. Ihm ist die einstweilige Verfügung zuzustellen und ihm stehen im Umfang und im Zusammenhang mit der Einschränkung der Verfügungsrechte über den Mindestanteil ebenso alle Rechtsmittel zu wie dem Antragsgegner.

Da der Mitbeteiligte als Eigentümerpartner zur Erhebung des Revisionsrekurses legitimiert ist, hat ihm die Antragstellerin für seine Rechtsmittel die Kosten zu ersetzen. Die Kostenentscheidung gründet sich auf die sinngemäße Anwendung des § 393 Abs 1 dritter Satz EO iVm § 78 Abs 2 erster Satz AußStrG. Der Mitbeteiligte ist nur von zwei der insgesamt 14 beantragten Sicherungsmaßnahmen betroffen. Vom Gesamtstreitwert von 21.800 EUR entfällt lediglich ein Anteil von 1/7 auf sein Rechtsschutzinteresse. Ihm stehen daher die Kosten auf der Grundlage des anteiligen Streitwert von 3.114,29 EUR zu.

III. Zum Rekurs des Antragsgegners gegen die Abweisung seines Antrags auf Verhängung einer Mutwillensstrafe nach § 394 Abs 2 EO:

Das Rekursgericht wies den - im Rekurs enthaltenen und an das Rechtsmittelgericht gerichteten - Antrag des Antragsgegners, gemäß § 394 Abs 2 EO über die Antragstellerin eine Mutwillensstrafe zu verhängen, ab.

Dagegen richtet sich der zulässige (vgl RIS-Justiz RS0036270) Rekurs des Antragsgegners, in dem er - anders als noch in seinem Antrag - die funktionelle Zuständigkeit des Rekursgerichts bemängelt und die Entscheidung des Erstgerichts begehrt.

Der Rekurs ist berechtigt.

Gemäß § 394 Abs 2 EO ist der Partei auf Antrag ihres Gegners eine vom Gericht mit Rücksicht auf die besonderen Umstände des einzelnen Falls zu bemessende Mutwillensstrafe aufzuerlegen, sofern die einstweilige Verfügung offenbar mutwillig erwirkt wurde.

Über Ersatzansprüche nach der vorangehenden Bestimmung des § 394 Abs 1 EO entscheidet ausschließlich das Sicherungsgericht (RIS-Justiz RS0097416), und zwar stets das erstinstanzliche Gericht, auch wenn die einstweilige Verfügung aufgrund eines erfolgreichen Rechtsmittels der gefährdeten Partei von einem höheren Gericht erlassen wurde (*Kodek in Burgstaller/Deixler-Hübner*, EO § 394 Rz 54). Zwar ist im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt, bei welchem Gericht der Gegner den Antrag auf Verhängung einer Mutwillensstrafe nach § 394 Abs 2 EO stellen kann, jedoch ist kein Grund ersichtlich, dass dieser Antrag - abweichend zur Zuständigkeit nach § 394 Abs 1 EO - erstmals bei einem zweit- oder drittinstanzlichen Gericht gestellt werden könnte.

Zudem ist zu berücksichtigen, dass die Zuständigkeit des Verfügungsgerichts gemäß § 387 Abs 1 EO auch „die aus Anlass solcher Verfügungen sich ergebenden sonstigen Antragstellungen“ umfasst. Zuständig für die Verhängung einer Mutwillensstrafe, die an einen Antrag des Gegners gebunden ist und die voraussetzt, dass die einstweilige Verfügung tatsächlich erlassen wurde (*G. Kodek in Burgstaller/Deixler-Hübner* aaO § 394 Rz 71 und 72), ist daher immer das Gericht erster Instanz.

Ist im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung ein anderes als das angerufene Gericht sachlich oder örtlich zuständig, so hat letzteres seine Unzuständigkeit in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen oder auf Antrag durch Beschluss auszusprechen und, sofern ihm die Bestimmung des zuständigen Gerichts nach den Verhältnissen des einzelnen Falls möglich ist, die Rechtssache an das örtlich oder sachlich zuständige Gericht zu überweisen (§ 44 Abs 1 JN). Die funktionelle Unzuständigkeit des angerufenen Rekursgerichts führt zur Aufhebung seiner Entscheidung und gemäß § 44 Abs 1 JN zur Überweisung des Antrags nach § 394 Abs 2 EO an das funktionell zuständige Erstgericht.

Oberster Gerichtshof,
Wien, am 24. Juli 2014
Dr. S a i l e r
Für die Richtigkeit der Ausfertigung
die Leiterin der Geschäftsabteilung: