

# TE OGH 2008/6/11 3Ob58/08p

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 11.06.2008

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Schiemer als Vorsitzenden sowie die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Prückner, Hon.-Prof. Dr. Sailer und Dr. Jensik sowie die Hofrätin des Obersten Gerichtshofs Dr. Fichtenau als weitere Richter in der Exekutionssache der betreibenden Partei Christian B\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Heimo Jilek und Mag. Robert Lackner, Rechtsanwälte in Leoben, wider die verpflichtete Partei A\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Martin Holzer, Rechtsanwalt in Bruck an der Mur, wegen 71.320 EUR sA, infolge Rekurses und Revisionsrekurses der betreibenden Partei gegen den Beschluss des Landesgerichts Leoben als Rekursgericht vom 21. Jänner 2008, GZ 32 R 5/08t, 6/08i-13, womit unter anderem der Beschluss des Bezirksgerichts Leoben vom 22. November 2007, GZ 7 E 2789/07i-2, teilweise aufgehoben und teilweise abgeändert wurde, den Beschluss

gefasst:

## Spruch

Der Rekurs wird zurückgewiesen.

Dem Revisionsrekurs wird dagegen dahin Folge gegeben, dass Punkt III.1. des zweitinstanzlichen Beschlusses - dessen Punkt III.2. als unangefochten unberührt bleibt - zu lauten hat: Dem Revisionsrekurs wird dagegen dahin Folge gegeben, dass Punkt römisch III.1. des zweitinstanzlichen Beschlusses - dessen Punkt römisch III.2. als unangefochten unberührt bleibt - zu lauten hat:

„Dem Rekurs gegen die Bewilligung der zwangsweisen Pfandrechtsbegründung wird im Umfang von 71.320 EUR samt 4 % Zinsen seit 1. September 2006 und Kosten von 9.785,30 EUR nicht Folge gegeben.

Das Erstgericht als Grundbuchsgericht hat die Pfandrechtsbegründungen in EZ 214 und 134 je des Grundbuchs \*\*\*\*\* im Umfang von Kosten von 3.391,74 EUR zu löschen.

Die betreibende Partei ist schuldig, der verpflichteten Partei die mit 277,63 EUR (darin 46,27 EUR USt) bestimmten Kosten des Rekursverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.“

Die Kosten des Revisionsrekurses werden mit 1.849,27 EUR (darin 308,21 EUR USt) als weitere Exekutionskosten bestimmt.

## Text

Begründung:

Die betreibende Partei beantragte ohne Hinweis auf die sich aus dem Exekutionstitel ergebende Zug-um-Zug-Verpflichtung (eines näher genannten PKWs) die Bewilligung der Fahrnisexekution und der zwangsweisen Pfandrechtsbegründung auf zwei Liegenschaften der verpflichteten Partei zur Hereinbringung von 71.320 EUR samt 4 % Zinsen seit 1. September 2006 und 9.785,30 EUR Kosten aus dem näher bezeichneten Urteil des Landesgerichts

L\*\*\*\*\* vom 10. Mai 2007 sowie von Kosten von 3.391,74 EUR aus dem „Urteil des Landesgerichts L\*\*\*\*\* vom 2. Oktober 2007 ...“. Mit dem Exekutionsantrag legte die betreibende Partei je eine Ausfertigung des Urteils vom 10. Mai 2007 und des dazu ergangenen Berufungsurteils des übergeordneten Oberlandesgerichts vom 2. Oktober 2007 vor.

Das Erstgericht bewilligte antragsgemäß die Exekution und sprach in seiner Exekutionsbewilligung (ON 2) aus, dass die Exekution nur Zug um Zug gegen die Rückgabe des PKWs bewilligt werde. Das Gericht zweiter Instanz gab dem Rekurs der verpflichteten Partei gegen diese Exekutionsbewilligung unter anderem dahin statt, dass es die Bewilligung der Fahrnisexekution zur Hereinbringung der Kapitalforderung und der Kosten von 9.785,30 EUR (Punkt II.1.) und zur Hereinbringung von Kosten von 3.391,74 EUR aufhob und dem Erstgericht insoweit die neuerliche Entscheidung nach Verfahrensergänzung (Durchführung eines Verbesserungsverfahrens) auftrug. Zu Punkt III.1. wies es das Begehren auf Bewilligung der zwangsweisen Pfandrechtsbegründung im Umfang von 71.320 EUR samt 4 % Zinsen seit 1. September 2006 und von Kosten von 9.785,30 EUR ab. Es sprach aus, dass gegen den Beschluss II.1. der Rekurs an den Obersten Gerichtshof und gegen den Beschluss III.1. der ordentliche Revisionsrekurs an den Obersten Gerichtshof zulässig sei. Das Erstgericht bewilligte antragsgemäß die Exekution und sprach in seiner Exekutionsbewilligung (ON 2) aus, dass die Exekution nur Zug um Zug gegen die Rückgabe des PKWs bewilligt werde. Das Gericht zweiter Instanz gab dem Rekurs der verpflichteten Partei gegen diese Exekutionsbewilligung unter anderem dahin statt, dass es die Bewilligung der Fahrnisexekution zur Hereinbringung der Kapitalforderung und der Kosten von 9.785,30 EUR (Punkt römisch II.1.) und zur Hereinbringung von Kosten von 3.391,74 EUR aufhob und dem Erstgericht insoweit die neuerliche Entscheidung nach Verfahrensergänzung (Durchführung eines Verbesserungsverfahrens) auftrug. Zu Punkt römisch III.1. wies es das Begehren auf Bewilligung der zwangsweisen Pfandrechtsbegründung im Umfang von 71.320 EUR samt 4 % Zinsen seit 1. September 2006 und von Kosten von 9.785,30 EUR ab. Es sprach aus, dass gegen den Beschluss römisch II.1. der Rekurs an den Obersten Gerichtshof und gegen den Beschluss römisch III.1. der ordentliche Revisionsrekurs an den Obersten Gerichtshof zulässig sei.

Zur Begründung führte es im Wesentlichen aus:

Für die Kostenforderung von 3.391,74 EUR sei entgegen § 54 Abs 1 Z 2 EO sowohl das Gericht als auch das Aktenzeichen des Titelverfahrens unrichtig bezeichnet. Es treffe nur das Datum (auf die Berufungsentscheidung) zu. Daher hätte das Erstgericht im Umfang dieser Kosten die Exekution nicht bewilligen dürfen. Richtigerweise wäre nach § 54 Abs 3 EO ein Verbesserungsverfahren einzuleiten gewesen. Das gelte allerdings nicht für die beantragte zwangsweise Pfandrechtsbegründung, bei der die Vorschriften des GBG wegen der Gefahr einer unzulässigen Rangverschiebung eine Verbesserung ausschließen. Es sei daher die Exekutionsbewilligung im Umfang der bewilligten Fahrnisexekution zur Hereinbringung von 3.391,74 EUR aufzuheben und dem Erstgericht die neuerliche Entscheidung nach Verfahrensergänzung durch Durchführung eines Verbesserungsverfahrens aufzutragen. Für die Kostenforderung von 3.391,74 EUR sei entgegen Paragraph 54, Absatz eins, Ziffer 2, EO sowohl das Gericht als auch das Aktenzeichen des Titelverfahrens unrichtig bezeichnet. Es treffe nur das Datum (auf die Berufungsentscheidung) zu. Daher hätte das Erstgericht im Umfang dieser Kosten die Exekution nicht bewilligen dürfen. Richtigerweise wäre nach Paragraph 54, Absatz 3, EO ein Verbesserungsverfahren einzuleiten gewesen. Das gelte allerdings nicht für die beantragte zwangsweise Pfandrechtsbegründung, bei der die Vorschriften des GBG wegen der Gefahr einer unzulässigen Rangverschiebung eine Verbesserung ausschließen. Es sei daher die Exekutionsbewilligung im Umfang der bewilligten Fahrnisexekution zur Hereinbringung von 3.391,74 EUR aufzuheben und dem Erstgericht die neuerliche Entscheidung nach Verfahrensergänzung durch Durchführung eines Verbesserungsverfahrens aufzutragen.

Zur Frage, ob der betreibende Gläubiger bei einer Beschränkung des Titels durch eine Zug um Zug zu erbringende Gegenleistung diese Einschränkung ausdrücklich in seinem Exekutionsantrag erklären müsse oder ob es reiche, dass das Exekutionsgericht darauf von Amts wegen Bezug nehme, gebe es verschiedene Stellungnahmen von Lehre und Rechtsprechung. Nach ausführlicher Darstellung der herrschenden Lehre und Rechtsprechung, wonach Letzteres der Fall sei, berief sich das Gericht zweiter Instanz auf die Ansicht von Jakusch (in Angst, EO2, § 8 Rz 5), wonach bei sonstiger Abweisung - oder, sofern zulässig, wohl bei sonstiger Verbesserung - der betreibende Gläubiger im Antrag den Anspruch unter Hinweis auf die geschuldete Gegenleistung zu bezeichnen habe. Diese Ansicht habe beachtliche Argumente für sich, die zu einer Befassung des Obersten Gerichtshofs mit dieser Frage führen sollten, weshalb der vom Erstgericht gefasste Beschluss abzuändern sei. Anders als im Titelverfahren stünden im Exekutionsverfahren unbeschränkte Titel und solche mit Zug-um-Zug-Verpflichtung nicht im Verhältnis von plus und minus zueinander. Im Exekutionsverfahren werde eben der geschuldete Anspruch auch durch die darin enthaltene Einschränkung

entscheidend charakterisiert. Sie sei nunmehr Teil des Exekutionstitels. Ein weiteres Argument finde sich in der Entscheidung des Obersten Gerichtshofs 3 Ob 265/03x. In dieser habe der Oberste Gerichtshof in einem im vereinfachten Bewilligungsverfahren zu entscheidenden Exekutionsverfahren dieses eingestellt, weil die betreibende Partei die sich aus dem Exekutionstitel ergebende Zug-um-Zug-Einschränkung nicht angegeben hatte. Eine Ergänzung der Exekutionsbewilligung nach Einspruch des Verpflichteten sei nicht zulässig. Diese Rechtsprechung führe zu einer Ungleichbehandlung der Verpflichtung des betreibenden Gläubigers je nach dem anzuwendenden Bewilligungsverfahren. Diese Ungleichbehandlung folge auch nicht aus den unterschiedlichen Antragserfordernissen nach § 54 Abs 1 Z 2 EO einerseits und § 54b Abs 2 Z 1 EO andererseits. Diese Inhaltserfordernisse müssten, abgesehen von hier nicht relevanten Fällen, dieselben sein. Zur Frage, ob der betreibende Gläubiger bei einer Beschränkung des Titels durch eine Zug um Zug zu erbringende Gegenleistung diese Einschränkung ausdrücklich in seinem Exekutionsantrag erklären müsse oder ob es reiche, dass das Exekutionsgericht darauf von Amts wegen Bezug nehme, gebe es verschiedene Stellungnahmen von Lehre und Rechtsprechung. Nach ausführlicher Darstellung der herrschenden Lehre und Rechtsprechung, wonach Letzteres der Fall sei, berief sich das Gericht zweiter Instanz auf die Ansicht von Jakusch (in Angst, EO2, Paragraph 8, Rz 5), wonach bei sonstiger Abweisung - oder, sofern zulässig, wohl bei sonstiger Verbesserung - der betreibende Gläubiger im Antrag den Anspruch unter Hinweis auf die geschuldete Gegenleistung zu bezeichnen habe. Diese Ansicht habe beachtliche Argumente für sich, die zu einer Befassung des Obersten Gerichtshofs mit dieser Frage führen sollten, weshalb der vom Erstgericht gefasste Beschluss abzuändern sei. Anders als im Titelverfahren stünden im Exekutionsverfahren unbeschränkte Titel und solche mit Zug-um-Zug-Verpflichtung nicht im Verhältnis von plus und minus zueinander. Im Exekutionsverfahren werde eben der geschuldete Anspruch auch durch die darin enthaltene Einschränkung entscheidend charakterisiert. Sie sei nunmehr Teil des Exekutionstitels. Ein weiteres Argument finde sich in der Entscheidung des Obersten Gerichtshofs 3 Ob 265/03x. In dieser habe der Oberste Gerichtshof in einem im vereinfachten Bewilligungsverfahren zu entscheidenden Exekutionsverfahren dieses eingestellt, weil die betreibende Partei die sich aus dem Exekutionstitel ergebende Zug-um-Zug-Einschränkung nicht angegeben hatte. Eine Ergänzung der Exekutionsbewilligung nach Einspruch des Verpflichteten sei nicht zulässig. Diese Rechtsprechung führe zu einer Ungleichbehandlung der Verpflichtung des betreibenden Gläubigers je nach dem anzuwendenden Bewilligungsverfahren. Diese Ungleichbehandlung folge auch nicht aus den unterschiedlichen Antragserfordernissen nach Paragraph 54, Absatz eins, Ziffer 2, EO einerseits und Paragraph 54 b, Absatz 2, Ziffer eins, EO andererseits. Diese Inhaltserfordernisse müssten, abgesehen von hier nicht relevanten Fällen, dieselben sein.

Die mangelnde Angabe der bloßen Zug-um-Zug-Verpflichtung im Exekutionsantrag führe daher bei der Fahrnisexekution zur Aufhebung der Exekutionsbewilligung zwecks Durchführung eines Verbesserungsverfahrens; im Bereich der zwangsweisen Pfandrechtsbegründung führe sie zur sofortigen Abweisung des Exekutionsantrags. Für den betriebenen Hauptanspruch sei der Rekurs zuzulassen und der Revisionsrekurs für zulässig zu erklären, weil das Gericht zweiter Instanz von der Judikatur des Obersten Gerichtshofs abgewichen sei und sich dabei auf neue Argumente aus der Lehre gestützt habe. Außerdem scheine eine divergente höchstgerichtliche Rechtsprechung bei der Behandlung des ordentlichen und des vereinfachten Bewilligungsverfahrens vorzuliegen.

### **Rechtliche Beurteilung**

Der Rekurs der betreibenden Partei (allein gegen Punkt II.1. der angefochtenen Entscheidung) ist nicht zulässig, dagegen der Revisionsrekurs (allein gegen Punkt III.1. der angefochtenen Entscheidung) zulässig und im Sinne einer Abänderung berechtigt. Der Rekurs der betreibenden Partei (allein gegen Punkt römisch II.1. der angefochtenen Entscheidung) ist nicht zulässig, dagegen der Revisionsrekurs (allein gegen Punkt römisch III.1. der angefochtenen Entscheidung) zulässig und im Sinne einer Abänderung berechtigt.

#### **1. Zum Rekurs:**

Bei seinem Ausspruch zur Zulässigkeit des Rekurses ließ das Rekursgericht jene Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs außer Acht, wonach Beschlüsse des Rekursgerichts, mit denen es dem Erstgericht die Einleitung eines Verbesserungsverfahrens auftrag, absolut unanfechtbar sind (RIS-Justiz RS0036243 [T4, T8, T12 und T13]; zuletzt 3 Ob 42/08k). Angesichts dieses gegenüber § 528 Abs 1 ZPO weitergehenden Rechtsmittelausschlusses kann die Zulassung des Rekurses durch die zweite Instanz daran nichts ändern (3 Ob 165/06w). Der Rekurs ist daher zurückzuweisen. Bei seinem Ausspruch zur Zulässigkeit des Rekurses ließ das Rekursgericht jene Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs außer Acht, wonach Beschlüsse des Rekursgerichts, mit denen es dem Erstgericht die Einleitung eines

Verbesserungsverfahrens auftrag, absolut unanfechtbar sind (RIS-Justiz RS0036243 [T4, T8, T12 und T13]; zuletzt 3 Ob 42/08k). Angesichts dieses gegenüber Paragraph 528, Absatz eins, ZPO weitergehenden Rechtsmittelausschlusses kann die Zulassung des Rekurses durch die zweite Instanz daran nichts ändern (3 Ob 165/06w). Der Rekurs ist daher zurückzuweisen.

## 2. Zum Revisionsrekurs:

Das Gericht zweiter Instanz ging mit eingehender Begründung von der von ihm umfassend dargestellten einheitlichen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs, die auch von der überwiegenden Lehre geteilt wird, unter Berufung auf Ausführungen von Jakusch ab. Der erkennende Senat sieht sich aber durch die von diesem Autor vorgetragene und vom Gericht zweiter Instanz ergänzte Argumente nicht veranlasst, von dieser über Jahrzehnte aufrecht gebliebenen Rechtsprechung abzugehen. Entgegen dem in seiner Entscheidung erweckten Anschein beginnt jene Rechtsprechung, wonach - unabhängig von einem entsprechenden Antrag - das Exekutionsgericht die Abhängigkeit der titelmäßigen Verpflichtung von einer Zug um Zug zu erbringenden Gegenleistung in der Exekutionsbewilligung ausdrücken müsse, nicht erst mit der Entscheidung 1 Ob 241/50 = SZ 23/210, wie sich aus dem darin angeführten Zitat einer Entscheidung aus dem Jahr 1901 ergibt. Diese Rechtsprechung wurde dann bis in das Jahr 2005 fortgeführt (RIS-Justiz RS0002032, zuletzt 3 Ob 311/04p, 312/04k = Zak 2005, 39 = RdW 2005, 756). Auch dass die Lehre diese Rechtsprechung mit der erwähnten Ausnahme nicht kritisierte, ergibt sich bereits aus der angefochtenen Entscheidung. Zu ergänzen wäre, dass Hoyer in seiner Anmerkung in ZfRV der Entscheidung 3 Ob 171/88 = ZfRV 1989, 303 auch in diesem Punkt zustimmte und auch Aicher (in Rummel3 § 1052 ABGB Rz 19 mwN) der Judikatur folgt. Diese Rechtsprechung ist aus nachstehenden Gründen aufrechtzuerhalten: Das Gericht zweiter Instanz ging mit eingehender Begründung von der von ihm umfassend dargestellten einheitlichen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs, die auch von der überwiegenden Lehre geteilt wird, unter Berufung auf Ausführungen von Jakusch ab. Der erkennende Senat sieht sich aber durch die von diesem Autor vorgetragene und vom Gericht zweiter Instanz ergänzte Argumente nicht veranlasst, von dieser über Jahrzehnte aufrecht gebliebenen Rechtsprechung abzugehen. Entgegen dem in seiner Entscheidung erweckten Anschein beginnt jene Rechtsprechung, wonach - unabhängig von einem entsprechenden Antrag - das Exekutionsgericht die Abhängigkeit der titelmäßigen Verpflichtung von einer Zug um Zug zu erbringenden Gegenleistung in der Exekutionsbewilligung ausdrücken müsse, nicht erst mit der Entscheidung 1 Ob 241/50 = SZ 23/210, wie sich aus dem darin angeführten Zitat einer Entscheidung aus dem Jahr 1901 ergibt. Diese Rechtsprechung wurde dann bis in das Jahr 2005 fortgeführt (RIS-Justiz RS0002032, zuletzt 3 Ob 311/04p, 312/04k = Zak 2005, 39 = RdW 2005, 756). Auch dass die Lehre diese Rechtsprechung mit der erwähnten Ausnahme nicht kritisierte, ergibt sich bereits aus der angefochtenen Entscheidung. Zu ergänzen wäre, dass Hoyer in seiner Anmerkung in ZfRV der Entscheidung 3 Ob 171/88 = ZfRV 1989, 303 auch in diesem Punkt zustimmte und auch Aicher (in Rummel3 Paragraph 1052, ABGB Rz 19 mwN) der Judikatur folgt. Diese Rechtsprechung ist aus nachstehenden Gründen aufrechtzuerhalten:

Abgesehen davon, dass entgegen Jakusch (in Angst, EO2, § 8 Rz 5) nach der dargestellten zeitlichen Reihenfolge nicht gesagt werden kann, es sei die Rechtsprechung einfach der 1969 veröffentlichten Lehrmeinung von Heller/Berger/Stix (EO4 220) gefolgt, entbehrt schon Jakuschs Prämisse, die Verurteilung zur Erbringung einer Leistung Zug um Zug gegen eine Gegenleistung sei gegenüber der einfachen Leistung ein aliud, einer hinreichenden Begründung. Diese wird auch nicht durch die Behauptung erbracht, es handle sich dabei um eine qualitative Leistungsbestimmung. Das müsste auch für das Titelverfahren gelten, für das es einhellige Rechtsprechung und Lehre ist, dass die Verurteilung Zug um Zug ein minus bildet (RIS-Justiz RS0041067), weshalb aufgrund einer entsprechenden Einwendung des Beklagten im Prozess eine Verurteilung Zug um Zug gegen eine zu erbringende Gegenleistung zulässig ist, selbst wenn der Kläger die Zug-um-Zug-Leistung nicht angeboten hat (so die überwiegende Rsp und Lehre, Rechberger in Rechberger3, § 405 ZPO Rz 4 mwN). Ebenso wird ua judiziert, dass kein aliud vorliege zur Verurteilung zu einer Geldleistung bei Exekution nur in ein bestimmtes Objekt anstatt in das gesamte Vermögen, zur Verurteilung zur Einwilligung in die Eintragung einer zeitlich befristeten (statt einer unbefristeten) Dienstbarkeit und zu ähnlichen Fällen (Rechberger aaO Rz 5 mwN). Auch in diesen Fällen geht es nicht bloß um den Zuspruch einer geringeren als der begehrten Geldsumme, sondern um anders eingeschränkte Leistungen, ohne dass dies nach Rechtsprechung und Lehre zur Annahme einer qualitativ abweichenden Leistung führte. Warum für das Exekutionsverfahren anderes gelten sollte, vermag Jakusch (aaO) nicht darzulegen. Solches gelingt dem Gericht zweiter Instanz auch nicht mit dem Hinweis, dass der geschuldete Anspruch durch die Einschränkung der Zug-um-Zug-Verpflichtung entscheidend „charakterisiert“ werde. Wenn dieses auch das Abweichen der Beurteilung Jakuschs von jener nach der ZPO erkennt, entkräften seine Darlegungen nicht die

Erwägung, dass ein relevanter Unterschied der beiden Verfahren nicht ersichtlich ist. Geht man aber zutreffend auch für das Exekutionsverfahren von einem minus aus, dann sind Zweifel an der Richtigkeit der einhelligen Rechtsprechung nicht angebracht, bedeutet doch die Einschränkung der Exekutionsbewilligung durch die Aufnahme der Zug-um-Zug-Verpflichtung eben eine Teilabweisung, die stets zulässig sein muss. Es ergibt sich auch keineswegs zwingend aus § 54 Abs 1 Z 2 EO, dass die dort geforderte bestimmte Angabe des Anspruchs, wegen dessen die Exekution stattfinden solle, - jedenfalls im gewöhnlichen Bewilligungsverfahren - zur Aufnahme der Zug-um-Zug-Verpflichtung in den Exekutionsantrag nötigen würde. Schließlich begehrt der betreibende Gläubiger nicht etwa die Erfüllung dieser Gegenverpflichtung, sondern die Vollstreckung seines eigenen Anspruchs, wobei es gerade Sinn des § 8 EO ist, dass dem zunächst kein prozessuales Hindernis entgegensteht. Dass die vollständige Angabe des Urteilspruchs samt der Einschränkung jedenfalls ratsam ist und auch eine Teilabweisung wie dargestellt vermeiden lässt, bedarf keiner näheren Begründung. Abgesehen davon, dass entgegen Jakusch (in Angst, EO2, Paragraph 8, Rz 5) nach der dargestellten zeitlichen Reihenfolge nicht gesagt werden kann, es sei die Rechtsprechung einfach der 1969 veröffentlichten Lehrmeinung von Heller/Berger/Stix (EO4 220) gefolgt, entbehrt schon Jakuschs Prämisse, die Verurteilung zur Erbringung einer Leistung Zug um Zug gegen eine Gegenleistung sei gegenüber der einfachen Leistung ein aliud, einer hinreichenden Begründung. Diese wird auch nicht durch die Behauptung erbracht, es handle sich dabei um eine qualitative Leistungsbestimmung. Das müsste auch für das Titelverfahren gelten, für das es einhellige Rechtsprechung und Lehre ist, dass die Verurteilung Zug um Zug ein minus bildet (RIS-Justiz RS0041067), weshalb aufgrund einer entsprechenden Einwendung des Beklagten im Prozess eine Verurteilung Zug um Zug gegen eine zu erbringende Gegenleistung zulässig ist, selbst wenn der Kläger die Zug-um-Zug-Leistung nicht angeboten hat (so die überwiegende Rsp und Lehre, Rechberger in Rechberger3, Paragraph 405, ZPO Rz 4 mwN). Ebenso wird ua judiziert, dass kein aliud vorliege zur Verurteilung zu einer Geldleistung bei Exekution nur in ein bestimmtes Objekt anstatt in das gesamte Vermögen, zur Verurteilung zur Einwilligung in die Eintragung einer zeitlich befristeten (statt einer unbefristeten) Dienstbarkeit und zu ähnlichen Fällen (Rechberger aaO Rz 5 mwN). Auch in diesen Fällen geht es nicht bloß um den Zuspruch einer geringeren als der begehrten Geldsumme, sondern um anders eingeschränkte Leistungen, ohne dass dies nach Rechtsprechung und Lehre zur Annahme einer qualitativ abweichenden Leistung führte. Warum für das Exekutionsverfahren anderes gelten sollte, vermag Jakusch (aaO) nicht darzulegen. Solches gelingt dem Gericht zweiter Instanz auch nicht mit dem Hinweis, dass der geschuldete Anspruch durch die Einschränkung der Zug-um-Zug-Verpflichtung entscheidend „charakterisiert“ werde. Wenn dieses auch das Abweichen der Beurteilung Jakuschs von jener nach der ZPO erkennt, entkräften seine Darlegungen nicht die Erwägung, dass ein relevanter Unterschied der beiden Verfahren nicht ersichtlich ist. Geht man aber zutreffend auch für das Exekutionsverfahren von einem minus aus, dann sind Zweifel an der Richtigkeit der einhelligen Rechtsprechung nicht angebracht, bedeutet doch die Einschränkung der Exekutionsbewilligung durch die Aufnahme der Zug-um-Zug-Verpflichtung eben eine Teilabweisung, die stets zulässig sein muss. Es ergibt sich auch keineswegs zwingend aus Paragraph 54, Absatz eins, Ziffer 2, EO, dass die dort geforderte bestimmte Angabe des Anspruchs, wegen dessen die Exekution stattfinden solle, - jedenfalls im gewöhnlichen Bewilligungsverfahren - zur Aufnahme der Zug-um-Zug-Verpflichtung in den Exekutionsantrag nötigen würde. Schließlich begehrt der betreibende Gläubiger nicht etwa die Erfüllung dieser Gegenverpflichtung, sondern die Vollstreckung seines eigenen Anspruchs, wobei es gerade Sinn des Paragraph 8, EO ist, dass dem zunächst kein prozessuales Hindernis entgegensteht. Dass die vollständige Angabe des Urteilspruchs samt der Einschränkung jedenfalls ratsam ist und auch eine Teilabweisung wie dargestellt vermeiden lässt, bedarf keiner näheren Begründung.

Entgegen der Ansicht der Vorinstanz lässt sich auch aus der Entscheidung3 Ob 265/03x (= SZ 2004/60 = JBl 2004, 800 = EvBl 2004/192) weder ein Gegensatz zur ständigen Rechtsprechung noch ein Argument für ein Abgehen von dieser ableiten. Diese Entscheidung erging in einem Exekutionsverfahren, welches mit einem vereinfachten Bewilligungsverfahren nach § 54b EO begonnen hatte. Die wesentliche Besonderheit dieses vereinfachten Verfahrens liegt darin, dass der betreibende Gläubiger nach § 54b Abs 2 Z 2 EO dem Exekutionsantrag entgegen allgemeinen Regeln keine Ausfertigung des Exekutionstitels anzuschließen braucht. Nur für den Fall, dass aufgrund des Exekutionsantrags selbst oder von gerichtsbekanntenen Tatsachen Bedenken gegen das Bestehen eines die Exekution deckenden Exekutionstitels samt Bestätigung der Vollstreckbarkeit bestehen, hat das Exekutionsgericht den betreibenden Gläubiger vor seiner Entscheidung aufzufordern, binnen fünf Tagen eine solche Ausfertigung vorzulegen. Daraus folgt, dass in der Regel dem Exekutionsgericht bei seiner Entscheidung der Exekutionstitel nicht zur Verfügung steht und ihm daher auch eine Zug-um-Zug-Einschränkung desselben nicht zur Kenntnis kommt, wenn der

betreibende Gläubiger entsprechende Angaben im Antrag unterlässt. Damit ist eine bloß einschränkende Bewilligung wie nach der ständigen Rechtsprechung zum gewöhnlichen Bewilligungsverfahren praktisch ausgeschlossen. Auch wenn für den Exekutionsantrag im vereinfachten Bewilligungsverfahren, abgesehen von den Besonderheiten des § 54b Abs 2 EO, grundsätzlich dasselbe gilt wie für Exekutionsanträge außerhalb dieses Verfahrens, er also insbesondere auch die Angaben des § 54 Abs 1 EO enthalten muss, besteht der entscheidende Unterschied wegen des grundsätzlichen Fehlens (einer Ausfertigung) des Exekutionstitels im Entscheidungszeitpunkt darin, dass das Exekutionsgericht weder die Übereinstimmung der begehrten Leistung mit der sich nach § 7 Abs 1 EO aus dem Titel ergebenden prüfen noch - bezogen auf die Zug-um-Zug-Verpflichtung - aufgrund der entsprechenden Beschränkung im Titel eine Teilabweisung des Exekutionsantrags vornehmen kann. Während nun § 54 Abs 1 Z 2 EO vom betreibenden Gläubiger im Exekutionsantrag nur die bestimmte Angabe des Anspruchs verlangt, wegen dessen die Exekution stattfinden soll (einschließlich des hereinzubringenden Betrags etc), ist nach § 54b Abs 2 Z 1 EO - erkennbar als Ersatz für den nicht vorzulegenden Titel - dessen wesentlicher Inhalt im Sinn des § 7 Abs 1 EO anzugeben. Dazu gehört neben Person von Berechtigten und Verpflichteten - auch „Gegenstand, Art, Umfang und Zeit der geschuldeten Leistung oder Unterlassung“. Ein derart formuliertes Erfordernis enthält § 54 EO dagegen nicht. Wie Jakusch selbst (aaO § 54b Rz 12) darlegt, bilden diese Angaben (im Sinn des § 7 Abs 1 EO) gemäß § 54b Abs 2 Z 3 EO die Grundlage für die gerichtliche Entscheidung über den Exekutionsantrag. Anders als im gewöhnlichen Bewilligungsverfahren genügt es auch nicht einfach, Exekution zur Hereinbringung eines geringeren Betrags als den im Exekutionstitel genannten zu beantragen, vielmehr muss die betreibende Partei auch in einem solchen Fall durch Angabe beider Beträge die Divergenz (nach Jakusch ausdrücklich) aufzeigen (ebenso Kloiber in Burgstaller/Deixler-Hübner, EO, § 54b Rz 19 mwN). Unterlässt die betreibende Partei die Angabe des höheren sich aus dem Exekutionstitel ergebenden Betrags und gibt nur den geringeren hereinzubringenden an, ist dies nach § 54e Abs 1 Z 2 EO mit Einstellung sanktioniert (vgl auch 3 Ob 265/03x, dort einmal irrig § 54c statt § 54e EO). Im vereinfachten Bewilligungsverfahren werden eben an den betreibenden Gläubiger zum Schutz des Schuldners strenge Anforderungen gestellt. Dieser soll dazu angehalten werden, nicht nur den Exekutionsantrag besonders sorgfältig und gewissenhaft zu erstellen, sondern überhaupt das gesamte Exekutionsverfahren bis zur Titelüberprüfung auf diese Weise zu führen (Kloiber aaO § 54e Rz 4). Den Regeln des § 54e EO kommt nach der Lehre aus generalpräventiven Gründen Strafcharakter zu (Mohr, ÖJZ 1995, 889 f; Kloiber aaO; Jakusch aaO Rz 4). Die Einstellung hat demnach auch zu erfolgen, wenn - inhaltlich betrachtet - die Exekution an sich berechtigt eingeleitet worden wäre (3 Ob 265/03x). Gerade die in 3 Ob 265/03x ausgesprochene Verpflichtung, in einem vereinfachten Bewilligungsantrag auch die Einschränkung des Titels durch eine Zug um Zug zu erbringende Gegenleistung (genau) darzustellen, soll es ermöglichen, dass auch in einem solchen Verfahren das Exekutionsgericht, wenn nicht schon das Exekutionsbegehren dieselbe Einschränkung enthält, wie im allgemeinen Bewilligungsverfahren von Amts wegen die entsprechende Einschränkung in die Exekutionsbewilligung aufnimmt (zutreffend Kloiber aaO § 54b Rz 20). Daraus folgt, dass in Wahrheit die vom Rekursgericht gesehenen Unterschiede bei der Behandlung fehlender Angaben über eine Zug-um-Zug-Gegenleistung zwischen „gewöhnlichem“ und vereinfachten Bewilligungsverfahren nicht bestehen. Es müssen lediglich die im Allgemeinen bereits aus dem vorzulegenden Exekutionstitel hervorgehenden Angaben gemäß § 54b Abs 2 Z 1 EO den nicht vorgelegten Titel ersetzen. Dagegen ist es auch im vereinfachten Bewilligungsverfahren nicht zwingend erforderlich, den Antrag auf Exekutionsbewilligung in diesem Sinn einzuschränken. Ist nämlich das Vorbringen im Sinne der zuletzt genannten Norm vollständig, wird das Exekutionsgericht auch in jenem Verfahren in die Lage versetzt, von Amts wegen eine entsprechende Einschränkung der Bewilligung vorzunehmen. Fehlt aber die entsprechende Angabe, dann liegt es in der Natur der Sache, dass eine solche Einschränkung nicht erfolgen kann, was aus den dargestellten präventiven Gründen zur Einstellung des Exekutionsverfahrens infolge Einspruchs des Verpflichteten führen muss. Zu einer Verschärfung der Antragerfordernisse für das allgemeine Bewilligungsverfahren besteht demnach kein Anlass. Daraus folgt, dass dem Revisionsrekurs der betreibenden Partei im Umfang des in diesem Bereich allein angefochtenen Punkts III.1. (samt Löschanordnung) Folge zu geben und insoweit der erstinstanzliche Beschluss wiederherzustellen ist. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz lässt sich auch aus der Entscheidung 3 Ob 265/03x (= SZ 2004/60 = JBl 2004, 800 = EvBl 2004/192) weder ein Gegensatz zur ständigen Rechtsprechung noch ein Argument für ein Abgehen von dieser ableiten. Diese Entscheidung erging in einem Exekutionsverfahren, welches mit einem vereinfachten Bewilligungsverfahren nach Paragraph 54 b, EO begonnen hatte. Die wesentliche Besonderheit dieses vereinfachten Verfahrens liegt darin, dass der betreibende Gläubiger nach Paragraph 54 b, Absatz 2, Ziffer 2, EO dem Exekutionsantrag entgegen allgemeinen Regeln keine Ausfertigung des Exekutionstitels anzuschließen braucht. Nur für

den Fall, dass aufgrund des Exekutionsantrags selbst oder von gerichtsbekanntem Tatsachen Bedenken gegen das Bestehen eines die Exekution deckenden Exekutionstitels samt Bestätigung der Vollstreckbarkeit bestehen, hat das Exekutionsgericht den betreibenden Gläubiger vor seiner Entscheidung aufzufordern, binnen fünf Tagen eine solche Ausfertigung vorzulegen. Daraus folgt, dass in der Regel dem Exekutionsgericht bei seiner Entscheidung der Exekutionstitel nicht zur Verfügung steht und ihm daher auch eine Zug-um-Zug-Einschränkung desselben nicht zur Kenntnis kommt, wenn der betreibende Gläubiger entsprechende Angaben im Antrag unterlässt. Damit ist eine bloß einschränkende Bewilligung wie nach der ständigen Rechtsprechung zum gewöhnlichen Bewilligungsverfahren praktisch ausgeschlossen. Auch wenn für den Exekutionsantrag im vereinfachten Bewilligungsverfahren, abgesehen von den Besonderheiten des Paragraph 54 b, Absatz 2, EO, grundsätzlich dasselbe gilt wie für Exekutionsanträge außerhalb dieses Verfahrens, er also insbesondere auch die Angaben des Paragraph 54, Absatz eins, EO enthalten muss, besteht der entscheidende Unterschied wegen des grundsätzlichen Fehlens (einer Ausfertigung) des Exekutionstitels im Entscheidungszeitpunkt darin, dass das Exekutionsgericht weder die Übereinstimmung der begehrten Leistung mit der sich nach Paragraph 7, Absatz eins, EO aus dem Titel ergebenden prüfen noch - bezogen auf die Zug-um-Zug-Verpflichtung - aufgrund der entsprechenden Beschränkung im Titel eine Teilabweisung des Exekutionsantrags vornehmen kann. Während nun Paragraph 54, Absatz eins, Ziffer 2, EO vom betreibenden Gläubiger im Exekutionsantrag nur die bestimmte Angabe des Anspruchs verlangt, wegen dessen die Exekution stattfinden soll (einschließlich des hereinzubringenden Betrags etc), ist nach Paragraph 54 b, Absatz 2, Ziffer eins, EO - erkennbar als Ersatz für den nicht vorzulegenden Titel - dessen wesentlicher Inhalt im Sinn des Paragraph 7, Absatz eins, EO anzugeben. Dazu gehört neben Person von Berechtigten und Verpflichteten - auch „Gegenstand, Art, Umfang und Zeit der geschuldeten Leistung oder Unterlassung“. Ein derart formuliertes Erfordernis enthält Paragraph 54, EO dagegen nicht. Wie Jakusch selbst (aaO Paragraph 54 b, Rz 12) darlegt, bilden diese Angaben (im Sinn des Paragraph 7, Absatz eins, EO) gemäß Paragraph 54 b, Absatz 2, Ziffer 3, EO die Grundlage für die gerichtliche Entscheidung über den Exekutionsantrag. Anders als im gewöhnlichen Bewilligungsverfahren genügt es auch nicht einfach, Exekution zur Hereinbringung eines geringeren Betrags als den im Exekutionstitel genannten zu beantragen, vielmehr muss die betreibende Partei auch in einem solchen Fall durch Angabe beider Beträge die Divergenz (nach Jakusch ausdrücklich) aufzeigen (ebenso Kloiber in Burgstaller/Deixler-Hübner, EO, Paragraph 54 b, Rz 19 mwN). Unterlässt die betreibende Partei die Angabe des höheren sich aus dem Exekutionstitel ergebenden Betrags und gibt nur den geringeren hereinzubringenden an, ist dies nach Paragraph 54 e, Absatz eins, Ziffer 2, EO mit Einstellung sanktioniert vergleiche auch 3 Ob 265/03x, dort einmal irrig Paragraph 54 c, statt Paragraph 54 e, EO). Im vereinfachten Bewilligungsverfahren werden eben an den betreibenden Gläubiger zum Schutz des Schuldners strenge Anforderungen gestellt. Dieser soll dazu angehalten werden, nicht nur den Exekutionsantrag besonders sorgfältig und gewissenhaft zu erstellen, sondern überhaupt das gesamte Exekutionsverfahren bis zur Titelüberprüfung auf diese Weise zu führen (Kloiber aaO Paragraph 54 e, Rz 4). Den Regeln des Paragraph 54 e, EO kommt nach der Lehre aus generalpräventiven Gründen Strafcharakter zu (Mohr, ÖJZ 1995, 889 f; Kloiber aaO; Jakusch aaO Rz 4). Die Einstellung hat demnach auch zu erfolgen, wenn - inhaltlich betrachtet - die Exekution an sich berechtigt eingeleitet worden wäre (3 Ob 265/03x). Gerade die in 3 Ob 265/03x ausgesprochene Verpflichtung, in einem vereinfachten Bewilligungsantrag auch die Einschränkung des Titels durch eine Zug um Zug zu erbringende Gegenleistung (genau) darzustellen, soll es ermöglichen, dass auch in einem solchen Verfahren das Exekutionsgericht, wenn nicht schon das Exekutionsbegehren dieselbe Einschränkung enthält, wie im allgemeinen Bewilligungsverfahren von Amts wegen die entsprechende Einschränkung in die Exekutionsbewilligung aufnimmt (zutreffend Kloiber aaO Paragraph 54 b, Rz 20). Daraus folgt, dass in Wahrheit die vom Rekursgericht gesehenen Unterschiede bei der Behandlung fehlender Angaben über eine Zug-um-Zug-Gegenleistung zwischen „gewöhnlichem“ und vereinfachten Bewilligungsverfahren nicht bestehen. Es müssen lediglich die im Allgemeinen bereits aus dem vorzulegenden Exekutionstitel hervorgehenden Angaben gemäß Paragraph 54 b, Absatz 2, Ziffer eins, EO den nicht vorgelegten Titel ersetzen. Dagegen ist es auch im vereinfachten Bewilligungsverfahren nicht zwingend erforderlich, den Antrag auf Exekutionsbewilligung in diesem Sinn einzuschränken. Ist nämlich das Vorbringen im Sinne der zuletzt genannten Norm vollständig, wird das Exekutionsgericht auch in jenem Verfahren in die Lage versetzt, von Amts wegen eine entsprechende Einschränkung der Bewilligung vorzunehmen. Fehlt aber die entsprechende Angabe, dann liegt es in der Natur der Sache, dass eine solche Einschränkung nicht erfolgen kann, was aus den dargestellten präventiven Gründen zur Einstellung des Exekutionsverfahrens infolge Einspruchs des Verpflichteten führen muss. Zu einer Verschärfung der

Antragserfordernisse für das allgemeine Bewilligungsverfahren besteht demnach kein Anlass. Daraus folgt, dass dem Revisionsrekurs der betreibenden Partei im Umfang des in diesem Bereich allein angefochtenen Punkts römisch III.1. (samt Löschanordnung) Folge zu geben und insoweit der erstinstanzliche Beschluss wiederherzustellen ist.

Die Kostenentscheidungen gründen sich für das Rekursverfahren auf § 78 EO iVm §§ 50, 41 ZPO. Aufgrund des unbekämpft gebliebenen Teilsiegs der verpflichteten Partei im Rekursverfahren hat ihr die betreibende Partei Kosten auf Basis von 3.391,74 EUR zu ersetzen. Im ebenfalls einseitigen Revisionsrekursverfahren obsiegte dagegen die betreibende Partei, weshalb ihr die verpflichtete Partei im Sinn des § 74 Abs 1 EO die Kosten des Revisionsrekurses zu ersetzen hat und diese demnach als weitere Exekutionskosten zu bestimmen sind. Die Kostenentscheidungen gründen sich für das Rekursverfahren auf Paragraph 78, EO in Verbindung mit Paragraphen 50, 41 ZPO. Aufgrund des unbekämpft gebliebenen Teilsiegs der verpflichteten Partei im Rekursverfahren hat ihr die betreibende Partei Kosten auf Basis von 3.391,74 EUR zu ersetzen. Im ebenfalls einseitigen Revisionsrekursverfahren obsiegte dagegen die betreibende Partei, weshalb ihr die verpflichtete Partei im Sinn des Paragraph 74, Absatz eins, EO die Kosten des Revisionsrekurses zu ersetzen hat und diese demnach als weitere Exekutionskosten zu bestimmen sind.

#### **Anmerkung**

E880043Ob58.08p

#### **Schlagworte**

Kennung XPUBL Diese Entscheidung wurde veröffentlicht in jus-Extra OGH-Z 4523 = Zak 2008/552 S 319 - Zak 2008,319XPUBLEND

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

ECLI:AT:OGH0002:2008:0030OB00058.08P.0611.000

#### **Zuletzt aktualisiert am**

29.01.2009

**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)