

# TE OGH 2007/1/31 3Ob239/06b

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 31.01.2007

## 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 Hofräatin des Obersten Gerichtshofs Dr. Fichtenau als weitere Richter in der Exekutionssache der betreibenden Partei Sabine S\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Josef Klaunzer, Rechtsanwalt in Innsbruck, wider die verpflichtete Partei M\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\* vertreten durch Dr. Erwin Markl, Rechtsanwalt in Innsbruck, wegen 49.952,40 EUR s.A., infolge außerordentlichen Revisionsrekurses der betreibenden Partei gegen den Beschluss des Landesgerichts Innsbruck als Rekursgericht vom 15. September 2006, GZ 2 R 283/06s-7, womit der Beschluss des Bezirksgerichts Innsbruck vom 14. Juni 2006, GZ 20 E 97/06p-2, abgeändert wurde, den Beschluss

gefasst:

## Spruch

Dem außerordentlichen Revisionsrekurs der betreibenden Partei wird teilweise Folge gegeben.

Der angefochtene Beschluss wird dahin abgeändert, dass die erstgerichtliche Exekutionsbewilligung teilweise wieder hergestellt wird, jedoch nur zur Hereinbringung von Exekutionskosten von 797,76 EUR und der mit 251,36 EUR bestimmten Kosten des Exekutionsantrags (darin 18,56 EUR USt und 140 EUR Barauslagen). Die Abweisung des weiteren Exekutionsbegehrens sowie die Kostenentscheidung zugunsten der verpflichteten Partei bleiben aufrecht.

Die Kosten der betreibenden Partei für ihren außerordentlichen Revisionsrekurs werden mit 250,02 EUR (darin 41,67 EUR USt) bestimmt.

## Text

Begründung:

Das Erstgericht erteilte der Betreibenden zur Durchsetzung ihres rechtskräftigen Anspruchs auf Vornahme bestimmter baulicher Maßnahmen auf Kosten der verpflichteten Partei die Ermächtigung, diese Maßnahmen durch Dritte vornehmen zu lassen. Die verpflichtete Partei habe binnen vierzehn Tagen 49.952,40 EUR als Vorschuss für jene Kosten zu leisten, die mit den laut Exekutionstitel vorzunehmenden baulichen Maßnahmen verbunden seien. Diese Exekutionsbewilligung konnte jedoch der verpflichteten Partei nicht zugestellt werden, weil sie nach einem Bericht des Postzustellers „ins Ausland verzogen sei“. Auch ein weiterer Zustellversuch scheiterte, weil der Postzusteller mitteilte, dass unter der angegebenen Anschrift „kein Übernahmsberechtigter anzutreffen sei“. Die Österreichische Post AG teilte darüber hinaus aber mit, dass bis 31. Jänner 2007 ein gültiger Nachsendeauftrag an eine Anschrift in Italien bestehe. Das Bezirksgericht Klagenfurt, an das das Verfahren mittlerweile gemäß § 44 JN überwiesen worden war, verfügte daraufhin die Zustellung der Exekutionsbewilligung im Rechtshilfeweg in Italien. Am 7. Juli 2006 langte beim Bezirksgericht Klagenfurt ein Schriftsatz der verpflichteten Partei ein, in dem sie die neuerliche Zustellung des Exekutionsbewilligungsbeschlusses beantragte und noch ausführte, die Zustellung des

Exekutionsbewilligungsbeschlusses im Rechtshilfeweg sei an eine andere, mit der verpflichteten Partei nicht identische Gesellschaft erfolgt. Das Erstgericht erteilte der Betreibenden zur Durchsetzung ihres rechtskräftigen Anspruchs auf Vornahme bestimmter baulicher Maßnahmen auf Kosten der verpflichteten Partei die Ermächtigung, diese Maßnahmen durch Dritte vornehmen zu lassen. Die verpflichtete Partei habe binnen vierzehn Tagen 49.952,40 EUR als Vorschuss für jene Kosten zu leisten, die mit den laut Exekutionstitel vorzunehmenden baulichen Maßnahmen verbunden seien. Diese Exekutionsbewilligung konnte jedoch der verpflichteten Partei nicht zugestellt werden, weil sie nach einem Bericht des Postzustellers „ins Ausland verzogen sei“. Auch ein weiterer Zustellversuch scheiterte, weil der Postzusteller mitteilte, dass unter der angegebenen Anschrift „kein Übernahmsberechtigter anzutreffen sei“. Die Österreichische Post AG teilte darüber hinaus aber mit, dass bis 31. Jänner 2007 ein gültiger Nachsendeauftrag an eine Anschrift in Italien bestehe. Das Bezirksgericht Klagenfurt, an das das Verfahren mittlerweile gemäß Paragraph 44, JN überwiesen worden war, verfügte daraufhin die Zustellung der Exekutionsbewilligung im Rechtshilfeweg in Italien. Am 7. Juli 2006 langte beim Bezirksgericht Klagenfurt ein Schriftsatz der verpflichteten Partei ein, in dem sie die neuerliche Zustellung des Exekutionsbewilligungsbeschlusses beantragte und noch ausführte, die Zustellung des Exekutionsbewilligungsbeschlusses im Rechtshilfeweg sei an eine andere, mit der verpflichteten Partei nicht identische Gesellschaft erfolgt.

Bereits am 14. Juni 2006 bewilligte das Erstgericht der Betreibenden zur Hereinbringung der mit Beschluss vom 6. April 2006 festgesetzten voraussichtlichen Kosten der Ersatzvornahme von 49.952,40 EUR, der dort bestimmten Kosten sowie der Kosten des nunmehrigen Antrags wider die verpflichtete Partei die Zwangsversteigerung von in ihrem Eigentum stehenden Liegenschaftsanteilen sowie die Pfändung und Verwertung von Geschäftsanteilen.

Das Rekursgericht wies über Rekurs der verpflichteten Partei den Exekutionsantrag gänzlich ab. Es sprach aus, dass der ordentliche Revisionsrekurs nicht zulässig sei, weil das Rekursgericht der Rsp des Obersten Gerichtshofs gefolgt sei. Der dem Antrag, dem Verpflichteten die Vorauszahlung der Kosten aufzutragen, stattgebende Beschluss erlange erst nach Eintritt seiner Rechtskraft Vollstreckbarkeit, erst danach und nach Ablauf der in dem Beschluss zu setzenden Leistungsfrist sei die Exekution zur Hereinbringung der im Beschluss aufgetragenen „Vorauszahlung“ zulässig. Dass dieser Beschluss rechtskräftig und vollstreckbar sei, behauptete die Betreibende gar nicht. Der Beschluss bilde daher - zumindest derzeit - keinen tauglichen Exekutionstitel.

Der Revisionsrekurs der Betreibenden, mit dem sie die Wiederherstellung der erstgerichtlichen Exekutionsbewilligung anstrebt, ist zulässig und teilweise, nämlich zur Hereinbringung der Kostenforderung berechtigt. Im übrigen kommt ihm keine Berechtigung zu.

### **Rechtliche Beurteilung**

1. Der Oberste Gerichtshof hat bereits mehrfach ausgesprochen, dass der Auftrag zur Vorauszahlung der Kosten nach § 353 EO erst nach Ablauf der gesetzten Leistungsfrist vollstreckbar ist (Ob 353/30 = SZ 12/114; RIS-Justiz RS0004774; Klicka in Angst, EO, § 353 Rz 16; Höllwerth in Burgstaller/Deixler-Hübner, EO, § 353 Rz 28, 32). Der dem Antrag, dem Verpflichteten die Vorauszahlung der Kosten der Ersatzvornahme aufzutragen, stattgebende Beschluss ist in das Vermögen des Verpflichteten vollstreckbar; es kann aber keineswegs zur Hereinbringung des Kostenbetrags sofort Exekution bewilligt werden. Es ist vielmehr dem Verpflichteten die Kostenzahlung besonders aufzutragen, der bezügliche Beschluss wird erst durch Zustellung wirksam und vollstreckbar erst im Fall des Ungehorsams (Ob 133/58 = RZ 1959, 35 mwN). Der Hinweis der Betreibenden auf die sofortige Vollstreckbarkeit exekutionsgerichtlicher Kostenbestimmungen geht daher hier fehl. Das Rekursgericht hat daher zu Recht die sofortige Exekutionsbewilligung zur Hereinbringung der Kosten der Ersatzvornahme abgelehnt.  
1. Der Oberste Gerichtshof hat bereits mehrfach ausgesprochen, dass der Auftrag zur Vorauszahlung der Kosten nach Paragraph 353, EO erst nach Ablauf der gesetzten Leistungsfrist vollstreckbar ist (Ob 353/30 = SZ 12/114; RIS-Justiz RS0004774; Klicka in Angst, EO, Paragraph 353, Rz 16; Höllwerth in Burgstaller/Deixler-Hübner, EO, Paragraph 353, Rz 28, 32). Der dem Antrag, dem Verpflichteten die Vorauszahlung der Kosten der Ersatzvornahme aufzutragen, stattgebende Beschluss ist in das Vermögen des Verpflichteten vollstreckbar; es kann aber keineswegs zur Hereinbringung des Kostenbetrags sofort Exekution bewilligt werden. Es ist vielmehr dem Verpflichteten die Kostenzahlung besonders aufzutragen, der bezügliche Beschluss wird erst durch Zustellung wirksam und vollstreckbar erst im Fall des Ungehorsams (Ob 133/58 = RZ 1959, 35 mwN). Der Hinweis der Betreibenden auf die sofortige Vollstreckbarkeit exekutionsgerichtlicher Kostenbestimmungen geht daher hier fehl. Das Rekursgericht hat daher zu Recht die sofortige Exekutionsbewilligung zur Hereinbringung der Kosten der Ersatzvornahme abgelehnt.

2. Das Exekutionsbewilligungsverfahren bleibt nach stRsp des Obersten Gerichtshofs auch in zweiter Instanz weiterhin einseitig, soweit die Herstellung der Waffengleichheit im Rekursverfahren durch Anhörung des Rekursgegners nicht aus besonderen - nur von der zweiten Instanz im Einzelfall im Rahmen ihres pflichtgemäßem rechtlichen Ermessens beurteilbaren - Gründen geboten erscheint; letzterer Gesichtspunkt kann - in manchen Fällen (vgl. 3 Ob 92/03f = SZ 2004/12) - dann zum Tragen kommen, wenn eine Anrufung des Obersten Gerichtshofs jedenfalls unzulässig ist und das Rekursgericht deshalb als letzte Instanz entscheidet (3 Ob 162/03z, 163/03x = SZ 2004/26; RIS-JustizRS0118686). Abgesehen davon, dass der Betreibenden im vorliegenden Fall im Hinblick auf den Streitgegenstand die Anrufung des Obersten Gerichtshofs möglich war, hat das Rekursgericht bei der nunmehr von der Betreibenden kritisierten Tatsachenerhebung lediglich den Inhalt der die Verfahrensparteien betreffenden Exekutionsakten wiedergegeben, weshalb von einer Verletzung rechtlichen Gehörs zu Lasten der Betreibenden keine Rede sein kann. Eine tatsächliche Unrichtigkeit (etwa Aktenwidrigkeit) behauptet sie im Übrigen gar nicht.<sup>2</sup> Das Exekutionsbewilligungsverfahren bleibt nach stRsp des Obersten Gerichtshofs auch in zweiter Instanz weiterhin einseitig, soweit die Herstellung der Waffengleichheit im Rekursverfahren durch Anhörung des Rekursgegners nicht aus besonderen - nur von der zweiten Instanz im Einzelfall im Rahmen ihres pflichtgemäßem rechtlichen Ermessens beurteilbaren - Gründen geboten erscheint; letzterer Gesichtspunkt kann - in manchen Fällen vergleiche 3 Ob 92/03f = SZ 2004/12) - dann zum Tragen kommen, wenn eine Anrufung des Obersten Gerichtshofs jedenfalls unzulässig ist und das Rekursgericht deshalb als letzte Instanz entscheidet (3 Ob 162/03z, 163/03x = SZ 2004/26; RIS-JustizRS0118686). Abgesehen davon, dass der Betreibenden im vorliegenden Fall im Hinblick auf den Streitgegenstand die Anrufung des Obersten Gerichtshofs möglich war, hat das Rekursgericht bei der nunmehr von der Betreibenden kritisierten Tatsachenerhebung lediglich den Inhalt der die Verfahrensparteien betreffenden Exekutionsakten wiedergegeben, weshalb von einer Verletzung rechtlichen Gehörs zu Lasten der Betreibenden keine Rede sein kann. Eine tatsächliche Unrichtigkeit (etwa Aktenwidrigkeit) behauptet sie im Übrigen gar nicht.

3. § 4 Abs 3 ZustG legt fest, dass eine Abgabestelle, von welcher der Empfänger durch längere Zeit hindurch dauernd abwesend ist, nicht als<sup>3</sup>. Paragraph 4, Absatz 3, ZustG legt fest, dass eine Abgabestelle, von welcher der Empfänger durch längere Zeit hindurch dauernd abwesend ist, nicht als

Zustelladresse verwendet werden darf (vgl.3 Ob 574/87 = SZ 60/226; 8Zustelladresse verwendet werden darf vergleiche 3 Ob 574/87 = SZ 60/226; 8

ObA 61/03h = RdW 2004, 299). Die von der Betreibenden angestrebte

Zustellwirkung ungeachtet dauernder Ortsabwesenheit der verpflichteten Partei widerspricht daher dem Gesetz.

4. Zutreffend verweist die Betreibende allerdings darauf, dass eine exekutionsgerichtliche Kostenbestimmung zugunsten der Betreibenden gemäß § 74 Abs 4 EO bereits mit Erlassung des Beschlusses, mit denen die Exekutionskosten bestimmt werden, vollstreckbar ist. In Ansehung der beantragten Exekution zur Hereinbringung der Kosten von 797,76 EUR, die der Betreibenden mit dem erstgerichtlichen Beschluss ON 2 bestimmt wurden, ist die erstgerichtliche Exekutionsbewilligung daher wiederherzustellen (einschließlich der Kosten des Exekutionsantrags auf Basis einer Bemessungsgrundlage von 797,76 EUR). Sonst hat es bei der abweislichen Rekursentscheidung zu verbleiben; ebenso bei der Entscheidung über die Kosten des Rekursverfahrens zugunsten der Verpflichteten, die in Ansehung von Kapital und einem Teil der Exekutionskosten erfolgreich blieb.<sup>4</sup> Zutreffend verweist die Betreibende allerdings darauf, dass eine exekutionsgerichtliche Kostenbestimmung zugunsten der Betreibenden gemäß Paragraph 74, Absatz 4, EO bereits mit Erlassung des Beschlusses, mit denen die Exekutionskosten bestimmt werden, vollstreckbar ist. In Ansehung der beantragten Exekution zur Hereinbringung der Kosten von 797,76 EUR, die der Betreibenden mit dem erstgerichtlichen Beschluss ON 2 bestimmt wurden, ist die erstgerichtliche Exekutionsbewilligung daher wiederherzustellen (einschließlich der Kosten des Exekutionsantrags auf Basis einer Bemessungsgrundlage von 797,76 EUR). Sonst hat es bei der abweislichen Rekursentscheidung zu verbleiben; ebenso bei der Entscheidung über die Kosten des Rekursverfahrens zugunsten der Verpflichteten, die in Ansehung von Kapital und einem Teil der Exekutionskosten erfolgreich blieb.

5. Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsrekursverfahrens beruht auf§ 74 Abs 1 EO.<sup>5</sup> Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsrekursverfahrens beruht auf Paragraph 74, Absatz eins, EO.

#### **Anmerkung**

E83352 3Ob239.06b

**Schlagworte**

Kennung XPUBL Diese Entscheidung wurde veröffentlicht in Jus-Extra OGH-Z 4311 XPUBLEND

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2007:0030OB00239.06B.0131.000

**Dokumentnummer**

JJT\_20070131\_OGH0002\_0030OB00239\_06B0000\_000

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)