

Zivilverfahrensrecht

Jahrbuch 2011

herausgegeben

von

Dr. Robert Fucik

Bundesministerium für Justiz

Univ.-Prof. Dr. Andreas Konecny

Universität Wien

Prof. Dr. Paul Oberhammer

Universität Wien



RECHT

Wien · Graz 2011

Bibliografische Information Der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten.

ISBN 978-3-7083-0785-5
Neuer Wissenschaftlicher Verlag GmbH Nfg KG
Argentinierstraße 42/6, 1040 Wien, Österreich
Tel.: +43 1 535 61 03-24, Fax: +43 1 535 61 03-25
E-Mail: office@nwv.at

Geidorfgürtel 20, 8010 Graz, Österreich
E-Mail: office@nwv.at
www.nwv.at

© NWV Neuer Wissenschaftlicher Verlag, Wien · Graz 2011

Druck: Alwa & Deil, Wien
E-Mail: office@alwa-deil.at

**Bettina NUNNER-KRAUTGASSER /
Philipp ANZENBERGER**

Überblick über die Judikatur des OGH im Exekutionsrecht 2010

Inhaltsübersicht

I	Einleitung.....	82
II	Allgemeine Bestimmungen.....	82
A	(Un-)Anwendbarkeit des Art 22 Nr 5 EuGVVO auf Oppositionsklagen	82
B	Streitanhängigkeit bei Oppositionsklagen (§ 35 EO)	83
C	Impugnationsklage und Bekämpfung der Richtigkeit eines Unterlassungstitels (§§ 36, 355 EO).....	83
D	Impugnationsklage und Unmöglichkeit von (weiteren) Verstößen gegen einen Unterlassungstitel (§§ 36, 355 EO).....	84
E	Impugnationsklage und mündliche Fälligkeitsvereinbarung (§ 36 EO).....	84
F	Aufschiebung der Exekution auf die Gesamtrechte des Stifters an der Privatstiftung (§§ 44, 331 EO)	85
III	Liegenschaftsexekution.....	86
A	Solidarische Haftung mehrerer sukzessiv säumiger Ersterer (§ 155 EO).....	86
B	Wirksamkeit eines Überbots und Erlag der Sicherheit (§§ 196 bis 198 EO)	86
C	Wirksamkeit eines Vorzugspfandrechts (§ 216 EO)	87
IV	Forderungsexekution.....	87
A	Unterhaltsbemessung bei Insolvenz (§§ 291a, 291b und 292b EO)	87
B	Zusammenrechnung beschränkt pfändbarer Geldforderungen auch bei Nichtüberschreiten des pfändungsfreien Betrags (§ 292 EO).....	88
V	Naturallexekution	89
A	Vollstreckung eines Aufteilungsurteils nach § 351 EO (§ 350 f EO).....	89
B	Reichweite des Unterlassungsgebots und Beseitigungspflicht (§ 355 EO).....	89
VI	Einstweilige Verfügungen	90
A	Bemessung des vorläufigen Unterhalts und 13. Familienbeihilfe (§ 382a EO).....	90
B	Betretungsverbot und Untergang des Wohnungserhaltungsanspruches nach § 97 ABGB wegen Rechtsmissbrauchs (§ 382b EO).....	91
C	Gefühl des dauernden Beobachtens als Eingriff in die Privatsphäre (§ 382g EO).....	92

D	Art 6 EMRK auch im Provisorialverfahren beachtlich (§ 389 EO).....	93
E	Anwendung des § 402 Abs 1 EO auf Anträge auf nachträgliche Erhöhung der Sicherheitsleistung (§ 402 EO)	93

I Einleitung

Auch im Jahr 2010 hatte sich der OGH wieder mit zahlreichen interessanten exekutionsrechtlichen Fragestellungen zu beschäftigen. Einige der ergangenen Entscheidungen sollen im Folgenden vorgestellt werden. Ein vollständiger Überblick über die gesamte exekutionsrechtliche Judikatur des OGH kann dabei freilich nicht gegeben werden; vielmehr handelt es sich um eine (notwendigerweise subjektiv gefärbte) Auswahl der wichtigsten Entscheidungen, die nach der Gliederungstechnik der EO systematisiert sind.

II Allgemeine Bestimmungen

A (Un-)Anwendbarkeit des Art 22 Nr 5 EuGVVO auf Oppositionsklagen

Oppositionsklagen mit EU-Auslandsbezug scheinen in der Lit oft pauschal dem Zuständigkeitstatbestand des Art 22 Nr 5 EuGVVO zugewiesen zu werden.¹ Die E 3 Ob 12/10a² zeigt indes, dass jedenfalls im Zusammenhang mit Oppositionsklagen gegen die Exekution zur Durchsetzung von Unterhaltsforderungen eine nach dem Rechtsgrund der Klage differenzierende Beurteilung geboten ist: Art 22 Nr 5 EuGVVO, der die internationale Zuständigkeit des Mitgliedsstaates vorsieht, in dem die Zwangsvollstreckung durchzuführen ist, ist (nur) dann anzuwenden, wenn der Oppositionsklagegrund „typisch vollstreckungsnah“ ist.³ Das ist jedenfalls dann zu bejahen, wenn die Oppositionsklage auf Zahlung (und wohl auch auf Stundung oder Verzicht) als typisch vollstreckungsnahen Klagegrund gestützt wird. Insoweit sind also die Gerichte des Vollstreckungsstaats gem Art 22 Nr 5 EuGVVO ausschließlich international zuständig.

Anderes gilt allerdings dann, wenn mit einer Oppositionsklage eine (seit Titelschaffung eingetretene) Veränderung der Verhältnisse des Verpflichteten geltend gemacht wird: Eine solche Klage fällt nach der Ansicht des 3. Senats nicht unter Art 22 Nr 5 EuGVVO. Der Grund dafür wird allerdings nicht in der typisch österr Deutung des Wesens von Oppositionsklage und Oppositionsurteil (das auch darüber abspricht, dass der titulierte Anspruch nicht mehr besteht)⁴ erblickt. Ausschlaggebend sei vielmehr der Umstand, dass mit der Entscheidung über

1 Vgl etwa *Simotta in Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen² V/2 (2008) Art 22 EuGVVO Rz 161.

2 *Ecolex* 2010/275 = EF-Z 2010/146 = EvBl-LS 2010/125 = iFamZ 2010/167. RIS-Justiz RS0125812, RS0125813.

3 Siehe auch die E EuGH-Rs C-220/84, *AS-Autoteile Service GmbH/Pierre Malhe*, Slg 1985, 2267 = IPRax 1986, 232.

4 Statt vieler OGH 3 Ob 277/75 SZ 49/68 = EvBl 1976/226; RIS-Justiz RS0001674.

eine solche Oppositionsklage in den ursprünglichen Titel eingegriffen wird. Eine Zuordnung zum Zuständigkeitstatbestand des Art 22 Nr 5 EuGVVO und damit eine Berücksichtigung von geänderten Umständen in einem Verfahren im Vollstreckungsstaat würde hier den Schutzgedanken des Art 5 Nr 2 EuGVVO (der einen Klägergerichtstand am Wohnort oder gewöhnlichen Aufenthaltsort des Unterhaltsberechtigten vorsieht) konterkarieren: Der Unterhaltsberechtigte soll ja gerade nicht genötigt sein, seinen Anspruch vor dem Gericht geltend zu machen, das für den Unterhaltsverpflichteten zuständig ist. Daher ist für die Prüfung der Frage, ob der festgesetzte Unterhalt noch der materiellen Rechtslage entspricht, der Zuständigkeitstatbestand des Art 5 Nr 2 EuGVVO maßgebend.

B Streitanhängigkeit bei Oppositionsklagen (§ 35 EO)

Eine weitere Entscheidung des 3. Senats⁵ befasste sich mit der Reichweite des Prozesshindernisses der Streitanhängigkeit im Zusammenhang mit Oppositionsklagen: Werden zwei Oppositionsklagen gegen Exekutionen zur Hereinbringung von Unterhaltsrückständen aus verschiedenen Zeiträumen eingebracht, so liegt das Prozesshindernis der Streitanhängigkeit nicht vor. Insoweit besteht auch kein konzeptionelles Problem mit der (in der stRsp vertretenen⁶) Kombinationstheorie, welche lediglich besagt, dass sich die Klage auch gegen den Anspruch richtet, soweit dieser Gegenstand der Exekution ist. Die Bewertung des Entscheidungsgegenstandes hat nach Ansicht des 3. Senats nicht nach § 58 Abs 1 JN zu erfolgen; relevant ist vielmehr höchstens der (Teil-)Betrag, zu dessen Hereinbringung Exekution geführt wird.

C Impugnationsklage und Bekämpfung der Richtigkeit eines Unterlassungstitels (§§ 36, 355 EO)

In der E 3 Ob 127/10p⁷ steckte der 3. Senat die Grenzen der Impugnationsklage und ihr Verhältnis zum Rekurs genauer ab. Im konkreten Fall hatten es die Verpflichteten aufgrund eines Urteils zu unterlassen, über eine Verrechnungsstelle angekaufte Aktualisierungsdaten des Firmenbuchs in ihre eigene Wirtschaftsdatenbank aufzunehmen und an Dritte weiter zu veräußern, ohne der Republik Österreich hierfür ein angemessenes Entgelt zu bezahlen.⁸ Im Titelverfahren war unstrittig gewesen, dass die Beklagten für die Daten durchaus gewisse Abfragegebühren entrichtet hatten; damit war gleichzeitig evident, dass der Titel (nur) die Verpflichtung zur Zahlung eines darüber hinausgehenden Entgelts auferlegen konnte. Nun wandten die Verpflichteten nach der Bewilligung der Unterlassungsexekution mit Impugnationsklage ein, dass die von ihnen entrichteten Abfragegebühren ohnehin das angemessene Entgelt überstiegen.

Der 3. Senat wies die Revision mangels Vorliegens einer erheblichen Rechtsfrage zurück und sprach aus, mit der Impugnationsklage könne zwar grundsätzlich geltend gemacht werden, dass nicht gegen den Unterlassungstitel verstoßen werde, weil das tatsächlich geleistete Geld angemessen sei. Die implizite Be-

5 OGH 3 Ob 44/10g Zak 2010/522; RIS-Justiz RS0125885.

6 OGH 3 Ob 277/75 SZ 49/68 = EvBl 1976/226; RIS-Justiz RS0001674.

7 Zak 2010/735.

8 Vgl OGH 4 Ob 11/07g ecolex 2007/332 = MR 2007, 384 = ÖBl 2007/65 = RdW 2008/109 = Zak 2007/597.

hauptung, dass ohnedies bereits dem Exekutionstitel zugrunde gelegte Entgelt sei doch angemessen, laufe aber auf die unzulässige Bekämpfung der Richtigkeit des Exekutionstitels hinaus.

Zum Verhältnis zwischen Impugnationsklage und Rekurs sprach der 3. Senat Folgendes aus: Während einer Unterlassungsexekution⁹ kann der Verpflichtete nur mit Rekurs und nicht mit Impugnationsklage vorbringen, der vom betreibenden Gläubiger behauptete Sachverhalt stelle kein Zuwiderhandeln gegen den Exekutionstitel dar. Sofern hingegen die Verwirklichung des als Zuwiderhandlung behaupteten Sachverhalts bestritten werden soll, steht dem Verpflichteten die Impugnationsklage gem § 36 Abs 1 Z 1 EO sowohl gegen die Exekutionsbewilligung als auch gegen den Strafbeschluss offen. Eine Bekämpfung der Richtigkeit der Exekutionsbewilligung oder des Exekutionstitels ist damit jedoch nicht möglich.

D Impugnationsklage und Unmöglichkeit von (weiteren) Verstößen gegen einen Unterlassungstitel (§§ 36, 355 EO)

Nicht neu, aber gleichwohl interessant ist die Frage, ob die Überprüfung der Rechtmäßigkeit einer Exekutionsbewilligung im Rahmen der Impugnation an der Unmöglichkeit von (weiteren) Verstößen gegen einen Unterlassungstitel scheitern muss.¹⁰ In concreto ging es um den (weitere Verstöße gegen den Exekutionstitel unmöglich machenden) Untergang eines Bestandobjekts. Nach Ansicht des 3. Senats ist aus der Unmöglichkeit weiterer Verstöße keineswegs abzuleiten, dass die Rechtmäßigkeit der (seinerzeitigen) Exekutionsbewilligung nicht mehr überprüft werden dürfte. Als Begründung hierfür wird der mehrdimensionale Zweck der gem § 355 EO verhängten Geldstrafen ins Treffen geführt, der eben nicht nur in der (bei Unmöglichkeit titelwidrigen Verhaltens ins Leere laufenden) Beugung des Willens des Verpflichteten, sondern auch in der Repression und in der Prävention liege. Wegen letzterer Aspekte sei daher die (erstmalige oder wiederholte) Verhängung von (Geld-)Strafen auch dann zulässig und geboten, wenn einem wirksamen und zur Zeit des Verstoßes rechtmäßigen Exekutionstitel (schuldhaft) zuwider gehandelt wurde, weitere Verstöße jedoch aus rechtlichen oder faktischen Gründen undenkbar sind.

E Impugnationsklage und mündliche Fälligkeitsvereinbarung (§ 36 EO)

Eine weitere Entscheidung¹¹ betrifft die Impugnationsklage: Hier tauchte die Frage auf, ob der Impugnationsgrund des § 36 Abs 1 Z 1 EO auch für Fälle einschlägig ist, in denen ein Exekutionstitel von den Parteien selbst geschaffen wurde (§ 1 Z 5, 15, 16 zweiter Fall und 17 EO) und die Fälligkeit eindeutig bestimmt, die Parteien jedoch außerhalb des Titels mündlich eine abweichende (vom Eintritt einer Bedingung abhängige) Fälligkeit vereinbart haben. Im Ergebnis wurde eine analoge Anwendung bejaht: Zwar sei hier keine unbestimmte Fälligkeit iSd § 7 Abs 2 Satz 2 EO gegeben, jedoch liege eine gleichwertige Situation vor. Wäh-

9 Gleiches gilt für die Duldungsexekution.

10 OGH 3 Ob 18/10h ecolex 2010/247.

11 OGH 3 Ob 174/09y ecolex 2010/202 = EvBL 2010/71 = JBI 2010/122 = Zak 2010/122.

rend nach § 36 Abs 1 Z 1 erster Fall EO geltend gemacht werden könne, dass die vom betreibenden Gläubiger zum Nachweis der Fälligkeit oder Vollstreckbarkeit vorgelegte Urkunde inhaltlich unrichtig und der Anspruch daher entgegen dem Anschein nicht fällig bzw vollstreckbar sei, richte sich die Einwendung im vorliegenden Fall gegen die inhaltliche Richtigkeit der schon im Titel enthaltenen Fälligkeitsbestimmung. In beiden Fällen ergebe sich die mangelnde Fälligkeit bzw Vollstreckbarkeit nicht bereits aus dem Titel selbst; vielmehr bedürfe es idR jeweils einer Klärung von Beweisfragen und daher eines Prozesses. Der 3. Senat untermauert diese Gleichsetzung schließlich mit einer Entscheidungskette zur analogen Anwendung des § 36 Abs 1 Z 1 EO auf Fälle, in denen gerichtliche Vergleiche als Exekutionstitel nach der Parteienabsicht zu weniger verpflichteten, als es der Formulierung des Titels entsprach.¹²

F Aufschiebung der Exekution auf die Gesamtrechte des Stifters an der Privatstiftung (§§ 44, 331 EO)

Der 3. Senat hatte weiters die Voraussetzungen für die Aufschiebung der Exekution auf die Gesamtrechte des Stifters an der Privatstiftung zu klären.¹³ Im konkreten Fall war dem betreibenden Gläubiger zur Durchsetzung von Unterhaltsforderungen die Exekution durch die Pfändung der dem Verpflichteten als Stifter zustehenden Gesamtrechte nach §§ 331 ff EO bewilligt worden.

Gem § 44 Abs 1 EO ist die Exekution auf Antrag des Verpflichteten nur dann aufzuschieben, wenn die Gefahr eines unersetzlichen oder schwer zu ersetzenden Vermögensnachteils besteht; diese ist grundsätzlich konkret zu behaupten und zu bescheinigen. Eine Bescheinigung ist (nur) bei Offenkundigkeit einer solchen Gefahr entbehrlich.¹⁴ Ob Offenkundigkeit vorliegt, hängt wiederum vom Exekutionsobjekt, von der Exekutionsart und zT auch vom Verfahrensstand ab: Bei Fahrnisexekutionen¹⁵ wird sie generell bejaht, bei Zwangsversteigerungen hingegen erst dann, wenn die Versteigerung unmittelbar bevorsteht.¹⁶ Letzteres gilt auch für die Exekution nach §§ 331 ff EO auf GmbH-Anteile.¹⁷

Nach Ansicht des OGH kann bei der Exekution durch Pfändung der Gesamtrechte des Stifters die Gefahr eines unersetzlichen oder schwer zu ersetzenden Vermögensnachteils nur dann offenkundig sein, wenn sich der Stifter den Widerruf der Stiftung vorbehalten hat und im Verwertungsverfahren die Ausübung des Widerrufsrechts und damit die Auflösung dieses „eigentümerlosen“ Vermögens mit Rechtspersönlichkeit nahe bevorsteht. Ein solcher Widerruf führt nach § 35 Abs 2 Z 1 PSG (im Wege eines einstimmigen Vorstandsbeschlusses oder einer gerichtlichen Entscheidung) zur Auflösung der Stiftung, was deren Abwicklung und die Löschung im Firmenbuch zur Folge hat. Dieser endgültige Untergang ist wertungsmäßig mit dem Verlust einer Speziessache oder eines GmbH-Anteils vergleichbar.

12 Vgl OGH 1 Ob 537/78 JBI 1979, 267; 3 Ob 53, 54/92; 3 Ob 50/92; RIS-Justiz RS0000656.

13 OGH 3 Ob 139/10b ecolex 2011/53 = ÖRPfI 2011 H 1, 53 = RdW 2011/157 = RZ-EÜ 2011/55 = Zak 2010/770 = ZfS 2011, 21; RIS-Justiz RS0126311.

14 RIS-Justiz RS0001619.

15 RIS-Justiz RS0001745.

16 RIS-Justiz RS0001677.

17 RIS-Justiz RS0124330.

Anderes gilt jedoch dann, wenn kein Widerruf möglich ist und das Exekutionsverfahren auf die Änderung der Stiftungsurkunde durch Festlegung von Ausschüttungen an den Verpflichteten abzielt, auf die der betreibende Gläubiger dann im Wege der Forderungsexekution zugreifen kann: Hier liegt keine offenkundige Gefahr vor; der Verpflichtete hat daher die konkrete Gefahr iSd § 44 Abs 1 EO zu bescheinigen.

III Liegenschaftsexekution

A Solidarische Haftung mehrerer sukzessiv säumiger Ersteher (§ 155 EO)

Im Zusammenhang mit der Zwangsversteigerung einer Liegenschaft wurde der 3. Senat des OGH mit der Frage der Haftung mehrerer sukzessiv säumiger Ersteher befasst.¹⁸ Er erkannte hierzu, dass mehrere säumige Ersteher (nur) in dem Ausmaß solidarisch haften, in dem sich die von ihnen verursachten Ausfälle am Meistbot überschneiden.

Im Anlassfall musste die betroffene Liegenschaft zwei Mal wiederversteigert werden, wobei dem ersten Ersteher um 191.000 € und dem zweiten Ersteher um 201.000 € der Zuschlag erteilt wurde. Beide Ersteher blieben säumig. Bei der dritten Versteigerung erfolgte der Zuschlag um 95.000 €; das Meistbot wurde auch erlegt. Der OGH bestätigte die Entscheidung des Rekursgerichts, das eine Haftung des ersten und zweiten säumigen Ersthers zur ungeteilten Hand in der Höhe von 96.000 € (also dem Differenzbetrag zwischen dem ersten Meistbot und dem dritten – endgültigen – Meistbot) sowie eine zusätzliche Haftung des zweiten säumigen Ersthers für den Ausfall weiterer 10.000 € feststellte. Der 3. Senat stützt die Annahme einer Solidarhaftung auf eine (zumindest analoge) Anwendung des § 1302 ABGB sowie auf den Zweck des § 155 Abs 1 EO.

B Wirksamkeit eines Überbots und Erlag der Sicherheit (§§ 196 bis 198 EO)

In einer Entscheidung löste der 3. Senat den (scheinbaren) Widerspruch zwischen § 197 Satz 1 und § 198 Abs 1 Satz 1 EO im Zwangsversteigerungsverfahren auf:¹⁹ Seit dem Inkrafttreten der EO-Novelle 2008 BGBl I 2008/37 hängt die Wirksamkeit eines Überbotes vom Erlag der Sicherheit ab (§ 196 Abs 1 Satz 3 EO). Gem § 197 Satz 1 EO ist der Ersteher vom höchsten Überbot, für das eine Sicherheit erlegt wurde, zu verständigen. Die (nicht an die EO-Nov 2008 angepasste) Bestimmung des § 198 Abs 1 Satz 1 EO normiert indes, dass das Exekutionsgericht den Überbieter, dessen Angebot angenommen werden soll, nach Ablauf der für die Erklärung des Ersthers bestimmten Frist zum Erlag der angebotenen Sicherheitsleistung (oder zum Nachweis des notariellen Erlags) aufzufordern und nach dem Einlangen über die Annahme der eingelangten Überbote Beschluss zu fassen hat.

18 OGH 3 Ob 161/10p ecollex 2011/94 = JBI 2011, 258 = RdW 2011, 155 = Zak 2011/109; RIS-Justiz RS0126409.

19 OGH 3 Ob 22/10x ecollex 2010/322 = EvBl-LS 2010/126 = immollex 2010/121 = Zak 2010/455.

Die Ersteherin einer Liegenschaft brachte im Anlassfall vor, dass ihr durch die verfrühte (weil vor dem Erlag der Sicherheit erfolgte) Verständigung vom Überbot ein Nachteil in Höhe der Differenz zwischen dem Meistbot und dem Überbot entstanden sei. Das Meistbot wird nach stRsp allerdings bereits durch die Erklärung des Erstehers erhöht.²⁰ Das Rekursgericht wies daher den Rekurs der Ersteherin gegen den Beschluss auf Zurückweisung des Überbots wegen fristgerechter Entkräftung mangels Beschwer zurück.

Der aufgrund des ordentlichen Revisionsrekurses der Ersteherin mit der Sache befasste 3. Senat des OGH legte § 198 Abs 1 Satz 1 EO berichtend dahin aus, dass der Überbieter nicht erst nach dem Ablauf der dem Ersteher für die Entkräftung des Überbots zustehenden Frist, sondern bereits nach dem Ablauf der für die Anbringung von Überboten offenstehenden Frist zum Erlag der Sicherheit aufzufordern ist. Andernfalls ergebe sich iVm § 197 Satz 1 EO eine Antinomie, die dem Gesetzeszweck entgegenlaufe und Missbräuche hervorzurufen geeignet sei.

C Wirksamkeit eines Vorzugspfandrechts (§ 216 EO)

Mit der E 3 Ob 179/10k²¹ stellte der 3. Senat des OGH klar, unter welchen Voraussetzungen sich eine Eigentümergemeinschaft gegenüber den Pfandgläubigern auf ihr gesetzliches Vorzugspfandrecht iSd § 27 WEG berufen kann. Er erkannte, dass insoweit (nur) zwei Voraussetzungen erfüllt sein müssen: Erstens die Klagsführung und zweitens der Antrag auf Klagsanmerkung beim Miteigentumsanteil des betroffenen Wohnungseigentümers binnen sechs Monaten nach Fälligkeit der zu sichernden Forderung. Der Zeitpunkt (und sogar die Tatsache) der Bewilligung oder des Vollzugs der Klageanmerkung im Grundbuch seien insoweit hingegen nicht maßgebend, weil dem Vorzugspfandrecht keine rangbegründende, sondern lediglich eine warnende Funktion zukomme. Diese Warnfunktion werde in Hinblick auf die Plombierung des Grundbuches bereits durch die Antragstellung erfüllt, zumal bei einer Einsichtnahme auffallen müsse, dass zumindest „eine überprüfenswerte Situation besteht“.²²

IV Forderungsexekution

A Unterhaltsbemessung bei Insolvenz (§§ 291a, 291b und 292b EO)

Im Jahr 2010 hatte sich der OGH mit der brisanten Frage einer allfälligen insolvenzbedingten Verminderung der Unterhaltspflicht auseinanderzusetzen. Im Anlassfall hatte der unterhaltspflichtige Vater zweier Kinder unter Hinweis auf die rechtskräftige Einleitung eines Abschöpfungsverfahrens (und die Entstehung zusätzlicher Sorgepflichten für ein weiteres Kind) die Herabsetzung seiner Unterhaltspflicht gegenüber den ersten beiden Kindern beantragt. Im verstärkten

20 RIS-Justiz RS0002259.

21 EvBI 2011/47 = immolex 2011/35 = JBI 2011, 116 = RZ-EÜ 2011/57 = wobl 2011/18 = Zak 2011/24; RIS-Justiz RS0126315.

22 Vgl AB 2056 BlgNR 20. GP 9 sowie *Angst in Angst*, Kommentar zur Exekutionsordnung² (2008) § 216 Rz 9b.

Senat sprach sich der OGH²³ (noch während der Geltung der „alten“ Insolvenzgesetzte KO und AO) gegen eine Verminderung der Unterhaltspflicht als Folge der Konkursöffnung „oder daran anschließender insolvenzrechtlicher Konsequenzen“ aus: Der Umstand, dass dem Unterhaltspflichtigen in dieser Situation sein Erwerbseinkommen nicht zur Gänze zur Verfügung stehe, führe für sich allein nicht zu einer Verminderung der Unterhaltspflicht. Eine solche Auslegung würde nämlich zu einer doppelten Benachteiligung der Unterhaltsgläubiger führen: Sie verlören den die Quote übersteigenden rückständigen Unterhalt und müssten gleichzeitig eine Kürzung der laufenden Ansprüche hinnehmen. Eine solche Benachteiligung entspreche jedoch nicht der Intention des Gesetzgebers. Für die Rechtslage nach dem In-Kraft-Treten des IRÄG 2010 BGBl I 2010/29 folgt daraus, dass weder die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens noch daran anknüpfende Konsequenzen wie insb Sanierungsplan, Zahlungsplan oder die Einleitung eines Abschöpfungsverfahrens für sich allein zu einer Verminderung der Unterhaltspflicht führen.

Auch zur Bedeutung des exekutionsrechtlichen Existenzminimums für die Unterhaltsbemessung äußerte sich der OGH ausführlich.²⁴ Er erteilte dabei der in Rsp und Lehre²⁵ entwickelten Differenzmethode – also dem Heranziehen der Differenz zwischen dem Existenzminimum und dem „Unterhaltsexistenzminimum“ des § 292b EO für die Bestimmung des Deckungsfonds für die laufenden Unterhaltsansprüche – eine Absage. Vielmehr sei bei der Unterhaltsbemessung in allen Insolvenzfällen regelmäßig von der im Einzelfall ermittelten Unterhaltsbemessungsgrundlage auszugehen. Die Belastbarkeit des Unterhaltspflichtigen richte sich dabei nach dem Unterhaltsexistenzminimum gem § 291b EO, das ausnahmsweise in den Grenzen des § 292b EO unterschritten werden könne.

B Zusammenrechnung beschränkt pfändbarer Geldforderungen auch bei Nichtüberschreiten des pfändungsfreien Betrags (§ 292 EO)

In der E 3 Ob 199/09z²⁶ befasste sich der OGH erstmals mit der in Lehre und (zweitinstanzlicher) Rsp umstrittenen Frage, ob gegen mehrere Drittschuldner bestehende Forderungen nur dann zusammenzurechnen sind, wenn die Bezüge insgesamt den pfändungsfreien Betrag übersteigen. In concreto hatten die betreibenden minderjährigen Unterhaltsgläubiger eine Zusammenrechnung der Forderungen des verpflichteten Vaters gegen zwei Drittschuldner (nämlich das AMS sowie einen Sozialversicherungsträger) beantragt. Der 3. Senat führte aus, im Hinblick auf den Zweck des § 292 Abs 2 und 3 EO, die Abwicklung der Lohnpfändung bei beschränkt pfändbaren Ansprüchen gegen mehrere Drittschuldner zu erleichtern, sei eine Zusammenrechnung aus pragmatischen Gründen auch

23 OGH 1 Ob 160/09z AnwBl 2010, 510 = eolex 2010/259 = EvBl 2010/133 = JBl 2010, 431 = ZIK 2010/211; in weiterer Folge auch 9 Ob 47/09s und 2 Ob 19/10y; RIS-Justiz RS0125930. Vgl zur Problematik insb auch *Simma*, Zahlungsplan und Unterhaltsbemessung, ZIK 2009/126, 76; *dies*, Vorhang für Differenzmethode zu und alle Fragen offen, ZIK 2010/180, 122.

24 RIS-Justiz RS0125931.

25 Vgl etwa *Gitschthaler/Simma*, Die Sicherung der Existenz des Gemeinschuldners und seiner Familie im Konkurs, EF-Z 2007/79; *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁵ (2010) 54 f.

26 ARD 6052/4/2010 = EvBl 2010/102 = ÖRPfI 2010 H 2, 67 = RdW 2010/347 = RZ 2010/23 = Zak 2010/313.

dann vorzunehmen, wenn die Bezüge insgesamt den pfändungsfreien Betrag derzeit nicht übersteigen,²⁷ sich aber annähernd in diesem Bereich bewegen. Dass eine Zusammenrechnung zum Zeitpunkt der Beschlussfassung noch keine praktische Auswirkung habe, sei insoweit unschädlich: Wenn dies nämlich in Zukunft der Fall sei, müsse ansonsten mit weiteren Anträgen des Betreibenden gerechnet werden.

V Naturalexekution

A Vollstreckung eines Aufteilungsurteils nach § 351 EO (§ 350 f EO)

In der E 3 Ob 98/10y²⁸ äußerte sich der OGH zur exekutiven Durchsetzung der Aufteilung des ehelichen Gebrauchsvermögens durch Begründung von Wohnungseigentum, namentlich zur Abgrenzung der Exekution gem § 350 und § 351 EO. Der OGH stellte klar, dass ein im Aufteilungsverfahren (§§ 81 bis 98 EheG) geschaffener Titel, mit dem an einer im Alleineigentum eines der geschiedenen Ehegatten stehenden Liegenschaft Wohnungseigentum iSd § 3 Abs 1 Z 4 WEG begründet werden soll, wahlweise nach § 350 EO (sofern im Titel die zu übertragenden Eigentumsanteile beziffert sind) oder nach § 351 EO vollstreckt werden kann. Grundsätzlich sei die Exekution gem § 350 EO der zweckmäßigere Weg zur Durchsetzung eines auf Schaffung von Wohnungseigentum gerichteten Titels. Dieser Exekutionsart stünden in concreto aber Hindernisse entgegen, weil der Titel den mit dem Wohnungseigentum verbundenen Mindestanteil nicht bestimmt hatte. Fehle im Titel eine konkrete Teilungsanordnung, verbunden mit der Zuweisung bestimmter Mindestanteile, so eigne sich am besten die Exekution gem § 351 EO. Dass kein Miteigentum der Parteien an der Liegenschaft bestehe, sei hierfür kein Hindernis: Der in § 351 Abs 1 EO gebrauchte Begriff der „gemeinschaftlichen unbeweglichen Sache“ sei dahin auszulegen, dass er auch die in Ansehung des ehelichen Gebrauchsvermögens bestehende, im Aufteilungsverfahren aufgehobene Gemeinschaft umfasse.

B Reichweite des Unterlassungsgebots und Beseitigungspflicht (§ 355 EO)

Die E 3 Ob 149/10y²⁹ betrifft die wichtige Thematik der Reichweite des Unterlassungsgebots außerhalb des Lauterkeitsrechts, insb die Frage, inwieweit das Unterlassungsgebot auch eine Beseitigungspflicht inkludiert. In concreto war der Verpflichtete aufgrund des Exekutionstitels verpflichtet, jegliche Inbestandgabe von Betriebsflächen im Einzelausmaß von mehr als 500 m² für Oberbekleidung

27 So etwa *Fink/Schmidt/Kurzböck*, Handbuch zur Lohnpfändung³ (2002) 87; *Zechner*, Forderungsexekution (2000) 121; *Feil/Marent*, Exekutionsordnung I (2008) § 292 Rz 2; *Resch/Schernthanner/Laschober* in *Burgstaller/Deixler-Hübner*, Exekutionsordnung (2006) § 292 Rz 17; aA LG Salzburg 53 R 363/97g EFSlg 91.185; LG Feldkirch 4 R 82/07z ARD 5805/6/2007 = Zak 2007/247; RIS-Justiz RFE0000169; *Oberhammer in Angst*² § 292 Rz 5; *Fritscher*, Die Gehaltsexekution in der Praxis² (2004) 140.

28 *Ecolex* 2011/88 = *EvBl* 2010/163 = *RZ-EÜ* 2011/33 = *wobl* 2010/130 = *Zak* 2007/247.

29 *Ecolex* 2011/52 = *EvBl* 2011/8 (*Jelinek*) = *RdW* 2011/56 = *wobl* 2011/87 = *Zak* 2011/63.

in dem von ihr betriebenen Einkaufszentrum zu unterlassen, wenn der betreibende Gläubiger dazu nicht die Zustimmung erteilt hat. Auf Antrag des betreibenden Gläubigers bewilligte das Erstgericht die Exekution gem § 355 EO und verhängte über den Verpflichteten eine Geldstrafe, weil diese ungeachtet des Exekutionstitels hinter dem Rücken des betreibenden Gläubigers einen Bestandvertrag über eine Geschäftsfläche von mehreren 1.000 m² geschlossen habe. Der betreibende Gläubiger brachte in der Folge zahlreiche Strafanträge mit der Behauptung ein, der Verpflichtete habe sich weiterhin titelwidrig verhalten, indem er den Bestandvertrag mit einem Textilhändler, wegen dessen Abschlusses die Exekution bewilligt worden sei, noch nicht aufgelöst habe. Außerdem habe der Verpflichtete einen weiteren Bestandvertrag mit einem anderen Textilhändler, der Anlass für die Schaffung des Exekutionstitels war, sowie einen bereits vor der Klageerhebung abgeschlossenen Bestandvertrag mit einem weiteren Textilhändler noch nicht beendet.

Der 3. Senat hält in seiner Entscheidung zunächst fest, dass die Unterlassungsexekution gem § 355 EO ein Verhalten des Verpflichteten voraussetzt, das eindeutig gegen das im Exekutionstitel ausgesprochene Unterlassungsgebot verstößt.³⁰ Für die Rechtweite des Unterlassungsgebots ist daher der Wortlaut des Titels entscheidend: Das Bewilligungsgericht kann nur aus diesem schließen, was die Parteien bzw das Gericht gemeint haben;³¹ die Entscheidungsgründe sind dabei für die Auslegung der Tragweite des Spruchs heranzuziehen.³²

Ansonsten hält der OGH an seiner grundsätzlich (mit Ausnahme des Lauterkeitsrechts) engen Auslegung des Unterlassungsgebots fest: Außerhalb des Anwendungsbereichs des UWG umfasse ein Unterlassungsgebot nicht auch die Verpflichtung zur Vornahme bestimmter Beseitigungshandlungen.³³ Das Verbot mit der Formulierung „jegliche Inbestandgabe von Betriebsflächen“ beziehe sich daher nur auf den Abschluss neuer Bestandverträge und umfasse nicht auch die Verpflichtung zur Beseitigung bestehender Bestandverträge. Man mag diese differenzierte Auslegung des Zuwiderhandlungsbegriffes missbilligen; ein regelrechtes Rechtsschutzdefizit ist damit jedoch nicht verbunden: Der Berechtigte kann sich nämlich im Titelverfahren durchaus auch einen zur Handlungsvollstreckung gem §§ 353 f EO tauglichen Beseitigungstitel verschaffen.³⁴

VI Einstweilige Verfügungen

A Bemessung des vorläufigen Unterhalts und 13. Familienbeihilfe (§ 382a EO)

Mit dem In-Kraft-Treten des BGBl I 2008/131 wurde an § 8 FLAG ein Abs 8 angefügt, wonach der Gesamtbetrag der Familienbeihilfe für September verdoppelt wurde.³⁵ Zu klären war nun, ob die 13. Familienbeihilfe bei der Bemessung des

30 RIS-Justiz RS0000595.

31 RIS-Justiz RS0000207.

32 RIS-Justiz RS0000300.

33 So etwa bereits zu § 1330 ABGB OGH 3 Ob 215/02t, 321/02f EvBl 2003/77 = MR 2003/82 (krit *Rechberger*) = RdW 2003/360 = wbl 2003/290 (krit *Klicka* 260); 3 Ob 261/03h MR 2005, 95 (*Korn*) = RdW 2004/477; 3 Ob 166/05s; RIS-Justiz RS0117238.

34 So auch *Jelinek*, Anm zu 3 Ob 149/10y EvBl 2011/8.

35 Diese Vorschrift wurde durch das Budgetbegleitgesetz 2011 – BGBl I 2010/111 – bereits novelliert.

vorläufigen Unterhalts gem § 382a Abs 2 EO idF vor dem 1. 1. 2010³⁶ zu berücksichtigen ist. Anders als der 1.³⁷ und 9.³⁸ Senat vertritt der 10. Senat³⁹ sowie ihm folgend der 6.⁴⁰ und der 2.⁴¹ Senat die Auffassung, dass unter der Formulierung „bis zum Grundbetrag der Familienbeihilfe“ lediglich die in § 8 Abs 2 FLAG genannten, altersabhängigen Beträge zu verstehen seien. Die 13. Familienbeihilfe sei hingegen nicht anteilig in den „Grundbetrag der Familienbeihilfe“ einzubeziehen. Entscheidend für die Maximalhöhe des vorläufigen Unterhalts sei nämlich (ungeachtet der Neuregelung im FLAG) nach wie vor der Grundbetrag iSd § 382a Abs 2 EO. Eine Änderung der Interpretation des Begriffs „Grundbetrag“ könne nicht durch eine bloße Änderung des FLAG erzielt werden, sondern erfordere eine Neufassung des § 382a EO.

In dieser Frage existieren also mittlerweile zwei Judikaturlinien: Von zehn einschlägigen Entscheidungen fielen sieben (und zwar zeitlich gesehen die sieben neuesten; 10., 6. und 2. Senat) gegen und drei (1. und 9. Senat) für eine anteilige Einbeziehung der 13. Familienbeihilfe aus. Die Divergenzen der Rsp dürften allerdings durch die Änderung des § 382a Abs 2 EO auf die Wortfolge „bis zum jeweiligen altersabhängig bestimmten Betrag der Familienbeihilfe“ auch nicht beseitigt werden.⁴² Entsprechendes gilt für die Neufassung des § 8 Abs 8 FLAG, der nun vorsieht, dass „sich die Familienbeihilfe für den September dieses Kalenderjahres um 100 € [erhöht]“.

B Betretungsverbot und Untergang des Wohnungserhaltungsanspruches nach § 97 ABGB wegen Rechtsmissbrauchs (§ 382b EO)

Der 2. Senat des OGH hatte das Verhältnis zwischen dem Betretungsverbot gem § 382b EO und dem Wohnungserhaltungsanspruch gem § 97 ABGB bzw dessen allfälligem Untergang wegen Rechtsmissbrauchs zu beurteilen.⁴³ § 97 ABGB räumt dem auf die Benützung einer Wohnung angewiesenen Ehegatten gegen den über diese Wohnung Verfügungsberechtigten anderen Ehegatten einen familienrechtlichen Anspruch auf Erhaltung der Wohnmöglichkeit ein; dieser findet nach hA⁴⁴ seine Grenze in der rechtsmissbräuchlichen Anwendung. Eine solche ist vor allem dann anzunehmen, wenn der wohnungsbedürftige Ehegatte

36 § 382a Abs 2 idF BGBl I 2009/75 enthält nunmehr die Formulierung „bis zum jeweiligen altersabhängig bestimmten Betrag der Familienbeihilfe“.

37 OGH 1 Ob 216/09k EFSlg 125.153 = EF-Z 2010/48 = EvBl 2010/58 = iFamZ 2010/49 = JBI 2010, 506 = Zak 2010/75; 1 Ob 248/09s; RIS-Justiz RS0125480.

38 OGH 9 Ob 78/09z.

39 OGH 10 Ob 81/09y EF-Z 2010/72 = EvBl 2010/125 (*Konecny*) = JBI 2010, 598 (*Burgstaller/Binder*); RIS-Justiz RS0125480.

40 OGH 6 Ob 53/10b iFamZ 2010/137 = Zak 2010/398.

41 OGH 2 Ob 72/10t.

42 Vgl *Konecny*, Anm zu 10 Ob 81/09y, EvBl 2010/103.

43 OGH 2 Ob 183/09i EvBl 2010/116 = JBI 2010, 576 = RZ-EÜ 2011/2 = Zak 2010/400.

44 *Hopf/Kathrein*, Eherecht² (2005) § 97 Anm 12; *Gitschthaler/Höllwerth*, Kommentar zum Ehegesetz (2008) § 97 Rz 1; *Schwimann/Ferrari* in *Schwimann*, ABGB Praxis-kommentar I³ (2005) § 97 Rz 14; s auch OGH 6 Ob 727/80 EFSlg XVII/6; 37.087; 35.249; 37.075 = EvBl 1981/95 = JBI 1982, 593 = MietSlg XXXII/30; 32.005; 32.805; 32551.

seine Beistandspflicht selbst gröblich vernachlässigt hat.⁴⁵ Nach Ansicht des 2. Senats wären die zur Erfüllung des Wegweisungstatbestands des § 382b EO erforderlichen Sachverhaltselemente zwar idR gleichzeitig geeignet, bei der Frage des Rechtsmissbrauchs eines Wohnungserhaltungsanspruchs gem § 97 ABGB eine gewichtige Rolle zu spielen; sie seien aber nicht das einzige Beurteilungskriterium. Ihr Vorliegen führe also nicht automatisch auch zur endgültigen Verwirkung des Wohnungserhaltungsanspruches des Weggewiesenen nach § 97 ABGB. Vielmehr bedürfe es einer umfassenden Interessenabwägung, bei der die Sachverhaltselemente des § 382b EO zwar eine wesentliche Rolle spielen würden, aber nicht das einzige Beurteilungskriterium darstellen könnten.

C Gefühl des dauernden Beobachtens als Eingriff in die Privatsphäre (§ 382g EO)

Die E 7 Ob 248/09k⁴⁶ setzte sich mit dem Begriff der Privatsphäre iSd „Anti-Stalking-Regelung“ des § 382g EO auseinander: Der Begriff der Privatsphäre wurde in § 382g EO nicht näher definiert. Nach der Auffassung des 7. Senats gehören hierzu auch private Lebensumstände, die nur einem eingeschränkten Kreis von Personen bekannt und nicht für eine weite Öffentlichkeit bestimmt sind. Aus bisherigen Entscheidungen⁴⁷ leitet er ab, dass durch das Vermitteln eines Gefühls des potentiell möglichen ständigen Überwachtseins jedenfalls in die Privatsphäre eingegriffen wird.

Für den jeweiligen Schutz ist eine Güter- und Interessenabwägung entscheidend, die sich an den Umständen des Einzelfalles zu orientieren hat. So stellt das (nicht zu vermeidende und oft genug unfreiwillige) Mithören von Gesprächen bei gleichzeitiger Gartenbenützung für sich allein keinen Eingriff in die Privatsphäre dar, selbst wenn dem Gespräch bewusst gelauscht wird. Auch beiläufiges und absichtsloses Hinausblicken aus den Fenstern, die Einblick in ein Nachbargrundstück gewähren, sowie das kurze auf Neugier basierende Hinausblicken muss im Rahmen des Üblichen hingenommen werden. Die Grenze liegt bei der Intensität, mit der sich auch ein anderer durchschnittlich empfindlicher Nachbar dauernd beobachtet und verfolgt fühlen würde. Gibt es ein ungewöhnliches Verhalten das Gefühl der ständigen Überwachung, so muss es auch dann nicht hingenommen werden, wenn dabei keine technischen Mittel wie Kameras eingesetzt werden.

45 *Hinteregger* in *Klang*, Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch³ (2006) § 97 Rz 25.

46 *Ecolex* 2010/227 = *EvBl* 2010/83 = *immolex* 2010/120 = *JB1* 2010/374 = *RZ* 2011/4 = *wobl* 2010/81 = *Zak* 2010/301; *RIS-Justiz* RS0125721 und RS0125722.

47 *OGH* 7 Ob 89/97g *EWv* III/16 A/1 = *immolex* 1997/174 = *JB1* 1997, 641 = *MietSlg* 49.003; 6 Ob 6/06k *MR* 2007, 27 = *ÖJZ-LS* 2007/52 = *RdW* 2007/548 = *Zak* 2007/382; 6 Ob 2401/96y *immolex* 1997/71 = *MietSlg* 49.002 = *MR* 1997, 150 = *NZ* 1998, 173.

D Art 6 EMRK auch im Provisorialverfahren beachtlich (§ 389 EO)

Im Gefolge der jüngsten Rsp des EGMR,⁴⁸ der die Anwendbarkeit des Art 6 EMRK nunmehr auch im Provisorialverfahren bejaht, sah sich der OGH⁴⁹ veranlasst, seine bisherige Rsp⁵⁰ abzuändern.

Nach der Auffassung des EGMR ist Art 6 MRK grundsätzlich auch im Provisorialverfahren zu beachten, wenn das Verfahren zivilrechtliche Ansprüche oder Verpflichtungen betrifft und die Sicherungsmaßnahme geeignet ist, den zivilrechtlichen Anspruch oder die Verpflichtung zu bestimmen („can be considered effectively to determine the civil right or obligation at stake“). In diesem Fall muss beiden Parteien Gelegenheit gegeben werden, ihren Standpunkt darzulegen und sich zu allen Tatsachen und Beweisergebnissen zu äußern, die der Entscheidung zu Grunde gelegt werden sollen. Ausnahmsweise wird allerdings weiterhin die Erlassung einer einstweiligen Verfügung ohne vorherige Anhörung des Gegners möglich sein, insb wenn die Wirksamkeit der Maßnahme davon abhängt, dass eine rasche Entscheidung getroffen wird. Das rechtliche Gehör kann in diesen Fällen durch den nachfolgend möglichen Widerspruch sichergestellt werden.

Vor diesem Hintergrund judizierte der 17. Senat, dass ein Rekursgericht, das in einem zweiseitig geführten Sicherungsverfahren seine Entscheidung auf Beweismittel stützen will, zu denen die gegnerische Partei in erster Instanz nicht Stellung nehmen konnte, der gegnerischen Partei vor seiner Entscheidung Gelegenheit zur Äußerung geben muss.

E Anwendung des § 402 Abs 1 EO auf Anträge auf nachträgliche Erhöhung der Sicherheitsleistung (§ 402 EO)

Ebenfalls vom 17. Senat stammt schließlich eine Entscheidung,⁵¹ mit der die nunmehr stRsp⁵² fortgesetzt wird, wonach die Ausnahme von der Unzulässigkeit des Revisionsrekurses bei *duae conformae* gem § 402 Abs 1 EO per analogiam auch auf Anträge auf nachträgliche Erhöhung einer Sicherheitsleistung anzuwenden ist. Begründend wird ausgeführt, dass mit derartigen Beschlüssen (allenfalls) auch über das weitere Schicksal der einstweiligen Verfügung entschieden wird, womit die Interessen der Parteien durch einen Beschluss über die Höhe der Sicherheitsleistung ähnlich stark berührt werden, wie durch einen Beschluss über einen Sicherheitsantrag.

48 EGMR U 15.10.2009 (GK), *Micallef gegen Malta*, Nr 17056/06; s auch *G. Kodek*, Die Anwendbarkeit von Art 6 EMRK im Provisorialverfahren, Zak 2010, 8.

49 OGH 17 Ob 11/10g *ecolex* 2011/17 = EvBl 2010/174 = MR 2010, 409 = ÖBI 2011/10 = wbl 2011/43 = Zak 2010/771; RIS-Justiz RS0126204.

50 OGH 1 Ob 10/94 = EFSlg 79.384 = MietSlg 46.747; 46.749; RIS-Justiz RS0028350.

51 OGH 17 Ob 36/09y ÖBI-LS 2010/82 = RZ 2010/25; RIS-Justiz RS0125679.

52 OGH 4 Ob 177/01k *RdW* 2002/293 = RZ-EÜ 2002/5 = RIS-Justiz RS0115714; OGH 4 Ob 178/01g EvBl 2002/55 = ÖJZ-LSK 2002/43, 43 = SZ 74/174 = RIS-Justiz RS0115715.