

# TE OGH 1986/6/18 30b565/86

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 18.06.1986

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Hofrat des Obersten Gerichtshofes Dr. Hule als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Warta, Dr. Zehetner, Dr. Klinger und Mag. Engelmaier als Richter in der Außerstreitsache der Antragstellerin Elke L\*\*\*, Sparkassenangestellte, Mozartstraße 9, 4320 Perg, vertreten durch Dr. Christoph Haffner, Rechtsanwalt in Amstetten, wider die Antragsgegner 1. Maximilian F\*\*\*, Bundesbeamter, Straßreith 3, 4272 Weitersfelden, und 2. Christine F\*\*\*, Angestellte, Straßreith 3, 4272 Weitersfelden, beide vertreten durch Dr. Alfred Haslinger, DDr. Heinz Mück und Dr. Peter Wagner, Rechtsanwälte in Linz, wegen Regelung der Benützung des gemeinsamen Eigentums, infolge Revisionsrekurses der Antragstellerin gegen den Beschuß des Landesgerichtes Linz als Rekursgerichtes vom 4. März 1986, GZ 13 R 849/85-30, womit der Beschuß des Bezirksgerichtes Unterweißenbach vom 28. Oktober 1985, GZ Nc 15/82-23, abgeändert wurde, folgenden

Beschluß

gefaßt:

## Spruch

Dem Revisionsrekurs wird nicht Folge gegeben.

Die Rechtsmittelwerberin hat die Kosten dieses Rechtsmittels selbst zu tragen.

## Text

Begründung:

Nach der mit dem 27.4.1981 wirksam gewordenen Scheidung ihrer Ehe waren die Antragstellerin und der Erstantragsgegner je zur Hälfte Eigentümer der Liegenschaft EZ 190 in der Katastralgemeinde Harrachsthal, die auch in die von der Frau beantragte Aufteilung des ehelichen Gebrauchsvermögens und der ehelichen Ersparnisse einbezogen werden sollte. Das Aufteilungsverfahren zu AZ F 13/84 des Bezirksgerichtes Freistadt (= F 6/81 des Bezirksgerichtes Perg) ist noch nicht rechtskräftig abgeschlossen.

Während des Aufteilungsverfahrens beantragte die Frau mit der Behauptung, sie habe sich nach der Scheidung mit dem Mann darauf zu einigen versucht, die früher als Zweitwohnsitz gemeinsam benutzte Liegenschaft alle vierzehn Tage abwechselnd zu benützen, ohne daß eine genauere Regelung getroffen wurde, die Benützung der in Eigentumsgemeinschaft stehenden Liegenschaft gerichtlich dahin zu regeln, daß sie in jedem ungeraden Monat und der Mann in jedem geraden Monat die Liegenschaft zur Verfügung habe.

Der Mann trat diesem Antrag entgegen. Er verlangte, daß ihm bis zur Aufteilung die Benützung der Liegenschaft allein überlassen werde, weil er dort ständig wohne.

Das Erstgericht entschied, daß die Benützung dieser gemeinschaftlichen Liegenschaft so geregelt wird, daß sie im ersten und dritten Vierteljahr eines jeden Jahres von der Frau und im zweiten und dritten Vierteljahr eines jeden Jahres

vom Mann allein und ausschließlich benutzt wird. Nur der Mann bekämpfte diesen Beschuß mit Rekurs, der darauf abzielte, ihm bis zur Beendigung des Aufteilungsverfahrens die Liegenschaft zur Alleinbenutzung zu überlassen, weil eine gemeinsame Benutzung unmöglich und die abwechselnde Benutzung unzweckmäßig sei. Diesem Rekurs wurde nur insoweit Folge gegeben, als das Rekursgericht die wechselnde Benutzung der Liegenschaft mit dem Haus Straßreith 3, das ohne Unterkellerung aus Granitmauerwerk aufgebaut ist und aus Erdgeschoß und Mansardenausbau besteht, für jeweils vier Monate anordnete, so daß im ersten Jahresdrittel 1983 der Mann, im zweiten Jahresdrittel 1983 die Frau und sodann abwechselnd jeweils vier Monate jeder Teil allein diese Liegenschaft benutzen sollten.

Der abändernde Beschuß des Rekursgerichtes vom 7.3.1983 blieb unangefochten.

Die Frau beantragte zwar schon am 4.5.1983, die Rekursentscheidung durch den vollstreckbaren Auftrag zu ergänzen, daß der Mann die Liegenschaft am 30.4.1983, 31.12.1983, 31.8.1984 und 30.4.1985 jeweils um 24 Uhr der Frau geräumt zu übergeben und das Betreten der Liegenschaft in den Jahresdritteln zu unterlassen habe, in denen die Liegenschaft allein von der Frau benutzt werde, und daß die Frau dem Mann die Liegenschaft am 31.8.1983, 30.4.1984, 31.12.1984 und 31.8.1985 jeweils um 24 Uhr zu übergeben und die Frau in der Zeit, in der die Benutzung allein dem Mann zustehe, das Betreten der Liegenschaft zu unterlassen habe, doch hielt das Erstgericht am 11.5.1983 fest, der Rechtsvertreter der Frau habe mitgeteilt, daß dieser Antrag als gegenstandslos zu betrachten sei. Am 6.5.1985 langte beim Erstgericht ein entsprechender Ergänzungsantrag der Frau für die Übergabetermine vom 30.4.1985 bis 31.12.1987 ein. Sie brachte schließlich vor, die rechtskräftige Benutzungsregelung wirke auch gegen Christine F\*\*\* (Zweitantragsgegnerin), die in das Verfahren einzubeziehen sein werde, weil sie vom Mann einen Viertelanteil der Liegenschaft erworben habe und als Einzelrechtsnachfolgerin an die Regelung gebunden sei. Im Rahmen des außerstreitigen Verfahrens könne jederzeit auch gegen die Einzelrechtsnachfolgerin im Eigentum an Anteilen der Liegenschaft der Leistungsauftrag ergehen. Der Ergänzung bedürfe es, weil die Benutzungsregelung keinen Leistungsbefehl enthalte.

Die Antragsgegner traten diesem Ergänzungsantrag entgegen und beantragten, ihnen die Liegenschaft allein zur Benutzung zuzuweisen. Das Erstgericht gab dem Antrag der Frau statt und verpflichtete einerseits die Antragsgegner andererseits die Antragstellerin, die Liegenschaft zu bestimmten Terminen zu räumen und geräumt der Gegenseite zu übergeben und bis zum nächsten Benutzungswechsel ein Betreten der Liegenschaft zu unterlassen. Es befristete die Regelung bis zur rechtskräftigen Beendigung des Aufteilungsverfahrens und führte in der Begründung im wesentlichen aus, die Antragsgegner hätten mit ihrem Ehevertrag vom 1.6.1983 über den Hälftenanteil des Mannes an der Liegenschaft EZ 190 in der KG Harrachsthal eine besondere Gütergemeinschaft gebildet und seien nach Verbücherung nun zu je einem Viertelanteil Miteigentümer der Liegenschaft. Die nun einbezogene Zweitantragsgegnerin habe die gerichtliche Benutzungsregelung mit dem Beschuß des Landesgerichtes Linz vom 7.3.1983 bei Abschuß des Ehevertrages gekannt. Zu Nc 15/84 sei über den Antrag der Gegner, diese Regelung dahin abzuändern, daß ihnen die Liegenschaft zur Alleinbenutzung überlassen werde, ein neues Benutzungsregelungsverfahren anhängig. Es könne nicht in diesem Verfahren der gleiche Antrag gestellt werden. Wohl aber sei der Spruch der rechtskräftigen und auch die Einzelrechtsnachfolgerin bindenden Regelung durch den vollstreckbaren Leistungsbefehl zu ergänzen, damit ein Exekutionstitel geschaffen werde. Über Rekurs der Antragsgegner entschied das Gericht zweiter Instanz, daß das dem Ergänzungsantrag vom 6.5.1985 nachfolgende Verfahren und der Beschuß des Erstgerichtes als nichtig aufgehoben und sowohl der Ergänzungsantrag und die nachfolgenden Anträge der Frau als auch der Antrag der Gegner, ihnen die Benutzung der Liegenschaft zu überlassen, zurückgewiesen werden. Auch wenn es zulässig sei, zu der rechtsgestaltenden Entscheidung des Außerstreitrichters, der die Benutzung des gemeinschaftlichen Eigentums regle, einen Leistungsbefehl zu erlassen, habe dies nicht von Amts wegen zu geschehen. Es handle sich um ein Verfahren, das zum "Streitbereich" des Außerstreitverfahrens gehöre und vom Antragsgrundsatz beherrscht werde. Einen Antrag auf Erlassung von Leistungsaufträgen habe die Frau zunächst nicht gestellt. Über ihr Begehr sei daher mit der in Rechtskraft erwachsenen Entscheidung des Rekursgerichtes vom 7.3.1983 abschließend und vollständig entschieden worden. Fehle ein Leistungsauftrag, so sei wie zur Erzwingung einer vertraglichen Benutzungsregelung auch zur Durchsetzung der rechtsgestaltenden Regelung des Außerstreitrichters der Rechtsweg zu beschreiten, was die Frau auch schon getan habe. Der Ergänzungsantrag könne auch nicht als Klage angesehen werden und sei, weil nun der Außerstreitrichter nicht um die nachträgliche Hinzufügung des Leistungsauftrages angerufen werden könne, ebenso zurückzuweisen wie der ohnedies Gegenstand eines weiteren Verfahrens bildende Abänderungsantrag der Gegner,

weil Streitanhängigkeit entgegenstehe. Mit Beschuß vom 29.10.1985 habe das Erstgericht in Stattgebung des neuen Antrags den Gegnern die Alleinbenützung der Liegenschaft überlassen. Über den von der Frau dagegen erhobenen Rekurs sei noch nicht entschieden.

Die Entscheidung des Rekursgerichtes bekämpft die Frau mit ihrem Revisionsrekurs insoweit, als ihre "Ergänzungsanträge" zurückgewiesen und das darüber vom Erstgericht abgeführte Verfahren als nichtig aufgehoben wurde. Sie meint, die von ihr angestrebte und vom Erstrichter vorgenommene Ergänzung der rechtskräftigen Benützungsregelung vermeide die Notwendigkeit der Erhebung von Räumungsklagen und Unterlassungsklagen, zu der sie sonst gezwungen wäre. In Wahrheit habe sich der der rechtskräftigen Benützungsregelung zugrunde gelegte Sachverhalt entscheidend geändert, so daß die Rechtskraft nicht standhalten könne, weil nun eine weitere Miteigentümerin der Liegenschaft einzubinden sei und sich ihre Gegner an die Benützungsregelung nicht gehalten hätten, die daher unzweckmäßig sei. Es sei erforderlich, eine völlig neue Benützungsregelung vorzunehmen, jedoch nicht dahin, daß die Liegenschaft den Antragsgegnern zur Benützung zugewiesen werde, wie das Erstgericht inzwischen in dem Verfahren Nc 15/82 verfügte, sondern durch die von der Frau angestrebte vollstreckbare Entscheidung, die im Aufteilungsverfahren schon deshalb nicht ergehen könne, weil die Zweitantragsgegnerin dort nicht zu beteiligen sei.

### **Rechtliche Beurteilung**

Der Rekurs ist zulässig, weil ihm die Schranken des § 16 Abs 1 AußStrG nicht entgegenstehen. Das Rekursgericht hat aus Anlaß des Rekurses der Antragsgegner wahrgenommen, daß das Außerstreitverfahren nicht zur Entscheidung über den Antrag führen könne.

Dieser Rechtsansicht ist beizutreten, weil das Verfahren über den Benützungsregelungsantrag der Frau gegen den Mann mit Eintritt der Rechtskraft der das Rechtsschutzbegehren vollständig erledigenden Entscheidung des Rekursgerichtes, das rechtsgestaltend die alle vier Monate wechselnde Alleinbenützung der gemeinschaftlichen Liegenschaft durch die geschiedenen Ehegatten einräumte, weil eine vertragliche Regelung nicht zustande gekommen war, beendet. Jeder Teil konnte seine Rechte aus dieser Benützungsregelung, solange sie nicht wegen einer Änderung des für die Entscheidung maßgeblichen Sachverhalts durch eine neue Anordnung ersetzt war, durchsetzen, hatte aber den Rechtsweg zu beschreiten. Ob dies und überhaupt die rasch aufeinanderfolgend wechselnde Benützung der im Miteigentum stehenden Liegenschaft zweckmäßig war, ist ohne Bedeutung. Entscheidend ist, daß die Frau zunächst einen Leistungsauftrag nicht verlangt hatte und der Ausspruch, mit dessen Rechtskraft die eine Vereinbarung der Miteigentümer ersetzende Gestaltungswirkung eintrat, keinen Leistungsbefehl enthielt und daher die aus der Gestaltung entspringenden Rechte mit Klage durchzusetzen sind (Gamerith in Rummel, ABGB, Rdz 17 zu § 835; Koziol-Welser 7 II, 48; SZ 35/52). Die Frau wollte auch mit ihren in diesem Verfahren gestellten Anträgen nicht eine neue Benützungsregelung, sondern nur die Ergänzung der rechtskräftigen Rechtsgestaltungsregelung durch die Hinzufügung von Leistungsaufträgen, die auf der Grundlage der Rechtskraft der Entscheidung ergehen und an ihr nicht rütteln sollten. Dazu war aber in dem abgeschlossenen Außerstreitverfahren kein Raum, weil nach rechtskräftiger Verfahrensbeendigung weitere Anträge nicht mehr gestellt werden durften. Eine neue, geänderten Sachverhalten Rechnung tragende Benützungsregelung hätte die Frau nur in dem ohnedies auf Antrag der Gegner eingeleiteten neuen Benützungsregelungsverfahren anstreben können. Auf der Grundlage des der rechtskräftigen Benützungsregelung zugrunde gelegten Sachverhalts war aber eine Rechtsdurchsetzung im Außerstreitverfahren tatsächlich unzulässig und der Rechtsweg zu beschreiten.

Dem Rechtsmittel gegen die Entscheidung des Rekursgerichtes ist deshalb nicht Folge zu geben.

Ein Kostenersatz findet in diesem Verfahren nicht statt.

### **Anmerkung**

E08383

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

ECLI:AT:OGH0002:1986:0030OB00565.86.0618.000

### **Dokumentnummer**

JJT\_19860618\_OGH0002\_0030OB00565\_8600000\_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)