jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE OGH 1973/1/11 6Ob207/72

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 11.01.1973

Norm

ABGB §1435
EO §75
EO §353 Abs2
JN §1

Kopf

SZ 46/1

Spruch

Ist für den betreibenden Gläubiger der Rechtsgrund, die ihm gemäß§ 353 Abs. 2 EO vorausgezahlten Kosten weiter zu behalten, weggefallen, kann der Verpflichtete deren Rückzahlung im Rechtsweg begehren

OGH 11. Jänner 1973, 6 Ob 207/72 (LG Klagenfurt, 1 R 292/72; BG Klagenfurt 4 C 912/71)

Text

Die Kläger sind je zur Hälfte Eigentümer der Liegenschaft Klagenfurt H-Straße 11, zu welcher das Grundstück Nr. 47/9 KG M gehört. An dieses Grundstück grenzt im Westen das zu der im Eigentum der Beklagten stehende Liegenschaft Klagenfurt H-Straße 9, gehörige Grundstück Nr. 47/4 KG M an. Im Verfahren 4 C 1052/69 des Bezirksgerichtes Klagenfurt schlossen die Streitteile einen Vergleich, in welchem u. a. folgendes vereinbart wurde.

"1. Die Grenze zwischen den beiden Grundstücken der Streitteile 47/4 und 47/9 Katastralgemeinde M bildet der Baubestand, der von Norden, ausgehend durch die Westmauer des Garagengebäudes der Kläger, und in der Fortsetzung durch die Massivmauer und den Maschendrahtzaun gegeben ist.

Am Südwestende der Garage der Kläger bildet der Grenzverlauf einen rechtwinkeligen Knick.

2. Die Kläger verpflichten sich, die Baulücke zwischen dem Südwestende der Garage und dem nördlichen Ende der Massivmauer durch ein dem bestehenden Mauerwerk entsprechendes Mauerwerk mit Abdeckung zu schließen. Diese Arbeiten sind von den Klagern bis 31. Mai 1970 vom eigenen Grund aus durchzuführen. Die Beklagte gestattet ihnen, zum Zwecke des Verputzes ihr Grundstück zu betreten."

Mit der vorliegenden Klage begehrten die Kläger die Rückzahlung eines auf Grund der Exekutionsbewilligung des Bezirksgerichtes Klagenfurt vom 7. Jänner 1971, 10 E 644/71-1, als Voraussetzung der Kosten welche durch die Ersatzvornahme der Bauausführung entstehen könnten hingegebenen Betrages von 3000 S mit der wesentlichen Begründung, die Arbeiten laut Punkt 2 des Vergleiches 4 C 1052/69 selbst durchgeführt zu haben. Dennoch verweigere die Beklagte die Herausgabe des Betrages von 3000 S mit der Behauptung, die Kläger hätten die Arbeiten mangelhaft durchgeführt.

Das Erstgericht erkannte die eingeklagte Forderung von 3000 S samt 4% Zinsen seit 21. April 1971 als zu Recht

bestehend und verurteilte die Beklagte zur Bezahlung des Betrages. Es traf folgende wesentliche Feststellungen:

Da die Kläger die von ihnen im Vergleich übernommene Verpflichtung nicht erfüllten, beantragte die Beklagte am 26. November 1970 beim Bezirksgericht Klagenfurt, ihr zur Erwirkung des Abschlusses der Baulücke zwischen dem Südwestende der Garage und dem nördlichen Ende der Massivmauer durch ein dem bestehenden Mauerwerk entsprechendes Mauerwerk mit Abdeckung die Exekution zu bewilligen, sie zu ermächtigen, diese Arbeit auf Kosten der Kläger durch einen befugten Baumeister ausführen zu lassen und den Klägern aufzutragen, ihr die hiedurch entstehenden und vorläufig mit 3000 S bemessenen Kosten binnen 14 Tagen bei Exekution zu bezahlen. Das Bezirksgericht Klagenfurt bewilligte die Exekution mit Beschluß vom 10. Dezember 1970, 10 E 332/70-2, antragsgemäß.

Die Beklagte unternahm nach Erhalt des Vorschusses nichts. Der Erstkläger beauftragte im März oder April 1971 einen in seiner Firma beschäftigten Maurer, die Lücke zwischen der bereits bestehenden 25 cm starken und zirka 1.90 m hohen Massivbetonmauer und der Garagenwand zu schließen. Der Maurer führte diesen Auftrag gemeinsam mit einem Hilfsarbeiter in der Weise aus, daß er eine zirka 20 cm lange und 20 cm dicke Schalbetonmauer gleicher Höhe errichtete und das abdeckungsfreie Stück der ursprünglichen Massivbetonmauer mit Welleternitstreifen abdeckte, welche an den in der Massivbetonmauer vorhandenen Holzdübeln befestigt wurden. Die neu errichtete Schalbetonmauer wurde weder abgedeckt noch verputzt, da der Erstkläger der Auffassung war, daß eine Abdeckung im Hinblick auf die einer Verwitterung nicht zugängliche Betonausführung entbehrlich und wegen der glatten Oberfläche ein Verputz nicht notwendig sei. Die Beklagte wurde von den Arbeiten verständigt, kümmerte sich aber um diese nicht. Als die Kläger nach Aufführung der Zwischenmauer wegen der Rückzahlung des Kostenvorschusses vorstellig wurden, wies die Beklagte durch ihren Rechtsanwalt darauf hin, daß weder eine Abdeckung noch ein Verputz der Mauer erfolgt sei. Der Erstkläger erteilte noch im April 1971 dem Maurer den Auftrag, die neu aufgeführte Mauer zu verputzen und sowohl die fehlende Welleternitabdeckung der Massivbetonmauer wieder herzustellen als auch die Schalbetonmauer mit einer Abdeckung zu versehen.

Dies wurde durchgeführt. Die Beklagte beanstandete, daß der Verputz zufolge eines am Boden einbetonierten und nicht verputzten Ziegels nicht bis zum Boden reiche, einen Riß aufweise, die Abdeckung mit kleinen einander überlappenden Welleternstreifen vorgenommen, der gegen das Grundstück der Kläger gerichtete Teil der aufgeführten Mauer nicht vollkommen abgedeckt worden und der Überhang der Welleternitstreifen zum Grundstück der Beklagten nur geringfügig sei und schließlich die Welleternitabdeckung der Schalbetonmauer nicht bis an die Garagenwand reiche, sondern einen Abstarid von zirka 2 cm aufweise. Auf Grund dieser Beanstandungen wurde vom Maurer über Auftrag des Erstklägers der am Boden befindliche Ziegelstein weggeschlagen, der Verputz bis zum Boden hinuntergezogen und auch das unter der Welleternitabdeckung der Schalbetonmauer befindliche Loch mit einer Handvoll Mörtel geschlossen. Hinsichtlich der übrigen Beanstandungen unternahmen die Kläger nichts; es wurde auch das trotz mehrmaliger Vermauerung wieder aufgetretene Loch unter der Welleternitabdeckung der Schalbetonmauer in der Folge nicht mehr geschlossen.

Die Beklagte wandte sich im Mai 1971 wegen der Behebung dieser Mängel an den Stadtbaumeister Dipl.-Ing. Otto M, welcher die Erledigung des Auftrages zwar zusagte, den Auftrag jedoch in Erangelung geeigneter Arbeitskräfte an die Firma F & P weitergab. Diese Firma führte die Abdeckung der Mauer im September 1971 mit einem Kostenaufwand von 221 S durch. Eine Behebung des im Mauerverputz an der Nahtstelle zwischen der alten und neuen Mauer aufgetretenen Risses erfolgte bisher noch nicht. Das Auftreten eines derartigen, für einen fachtechnisch Gebildeten vorhersehbaren Risses ist darin begrundet, daß Beton die physikalische Eigenschaft hat, im Zuge der Erhärtung an Volumen zu verlieren. Dies hat zur Folge, daß sich der neue Beton von der Anschlußfläche des bereits bestehenden Betons bei der Erhärtung löst. Eine Behebung dieses Risses ist auf verschiedene Weise möglich, wobei die Kosten je nach der Art der Ausführung zwischen 200 bis 1000 S betragen.

Rechtlich führte das Erstgericht aus:

Sei die Exekution nach § 353 EO bewilligt, sei nach Lehre und Rechtsprechung der Verpflichtete zur Vornahme der urteilsmäßigen Leistung so lange berechtigt, als der betreibende Gläubiger seinerseits mit der Durchfuhrung noch nicht begonnen habe. Da die Beklagte bis zur Errichtung der Mauer durch die Kläger im März oder April 1971 überhaupt nichts unternommen habe, seien die Kläger "zur Selbstvornahme der geschuldeten Handlung" berechtigt gewesen. Mit der Errichtung der im Vergleich vom 24. März 1970 vorgesehenen Mauer durch die Kläger sei unbeschadet etwaiger Mängel des ausgeführten Bauwerkes der vom Gesetz dem Kostenvorschuß zugedachte Zweck

als Hilfsmittel verlorengegangen. Weder das Gesetz selbst noch die Motive zur Exekutionsordnung ließen die Absicht des Gesetzes erkennen, den betreibenden Gläubiger im Zuge des Exekutionsverfahrens nach § 353 EO zu ermächtigen, einen erhaltenen Vorschuß als Tilgung der vollstreckbaren Forderung zu erklaren oder etwa als Pfand oder Sicherstellung zu verwenden. Letzteres habe die Beklagte getan. Sie habe durch ihre Ausführungen zu erkennen gegeben, daß sie den Weiterbehalt des Kostenvorschusses deshalb für gerechtfertigt ansehe, weil die von den Klägern errichtete Mauer Mängel aufweise, deren Behebung Kosten erfordere. Damit habe die Beklagte ohne gemäß § 319 ABGB dazu berechtigt zu sein, den Grund der Gewahrsame an den von den Klägern geleisteten 3000 S eigenmächtig verändert und einseitig einen anderen Rechtsgrund der Empfangnahme angenommen. Für den Weiterbehalt des Kostenvorschusses durch die Beklagte fehle somit jede rechtliche Grundlage, weshalb die Rückforderung des Vorschusses in der Bestimmung des § 1435 ABGB begrundet sei.

Das Berufungsgericht hob im Vorprüfungsverfahren das Urteil und das bisherige Verfahren einschließlich der Klagszustellung als nichtig auf, wies die Klage wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges zurück und hob die Kosten des Verfahrens gegenseitig auf. Es führte aus, für auf den Bestimmungen der Exekutionsordnung beruhende Ansprüche, für welche nicht ausdrücklich der Rechtsweg vorgesehen sei, sei der Rechtsweg unzulässig. Aus der von den Klägern in ihrer Berufung nicht bekämpften Feststellung über den noch nicht behobenen, im Mauerverputz an der Nahtstelle zwischen alter und neuer Mauer aufgetretenen Riß ergebe sich daß der Anspruch der Beklagten weder durch den Exekutionsvollzug noch auf andere Weise befriedigt worden sei. Die Exekution könne daher nicht als beendet angesehen werden. Sollten die Kläger dennoch der Meinung sein, nach Entstehen des Exekutionstitels die Lücke selbst ordnungsgemäß und auf eigene Kosten geschlossen zu haben und daß damit die betreibende Partei auf andere Weise als durch den Exekutionsvollzug befriedigt worden sei, wäre es ihre Aufgabe gewesen, die Einstellung der Exekution nach § 40 Abs. 1 EO zu beantragen. Dies hätten sie jedoch unterlassen. Deshalb und weil die Exekution auch nicht fruchtlos verlaufen sei (die Beklagte als betreibende Partei könne nach wie vor im Sinne des Beschlusses von 10. Dezember 1970 die Lücke durch Dritte schließen lassen), könnte die Beklagte die Kläger auch nicht nach § 368 EO in Anspruch nehmen. Im Zuge des anhängigen Exekutionsverfahrens nach § 353 EO handle die Beklagte als betreibender Gläubiger als Organ der Ausführung der Exekution. Ihr seien die Kosten der Ersatzvornahme nur anvertraut. Trotz rechtskräftiger Bestimmung dieser Kosten habe sie diese zu verrechnen. Dazu könne sie vom Exekutionsgericht verhalten werden. Dem Exekutionsgericht obliege die Entscheidung darüber, ob und in welchem Maß der Verpflichtete Kosten der Ersatzvornahme vorauszuzahlen und ob und in welchem Ausmaß der betreibende Gläubiger den davon nicht verwendeten Betrag zurückzuzahlen habe. Die Geltendmachung des Anspruches auf Rückforderung eines nicht verwendeten oder über das notwendige Maß der Ersatzvornahme hinausgehenden Betrages im streitigen Verfahren sei daher vor allem dann grundsätzlich ausgeschlossen, wenn die Exekution weder eingestellt noch beendet sei. Die Unzulässigkeit des Rechtsweges ergebe sich aber auch daraus, daß die nach § 353 Abs. 2 EO vorauszuzahlenden Kosten der Vornahme der Ersatzhandlung einen zur Durchführung der Exekution erforderlichen Aufwand darstellen, zu den notwendigen Kosten der Zwangsvollstreckung gehörten und daher Exekutionskosten seien. Über die Höhe der Exekutionskosten und deren Notwendigkeit habe gemäß § 74 EO das Exekutionsgericht zu bestimmen. Das von Amts wegen wahrzunehmende Prozeßhindernis bilde einen Nichtigkeitsgrund nach § 477 Abs. 1 Z. 6 ZPO, weshalb das Urteil und das gesamte bisherige Verfahren als nichtig aufzuheben gewesen seien. Die Klage sei wegen Unzulässigkeit des "streitigen" Rechtsweges zurückzuweisen.

Der Oberste Gerichtshof hob den Beschluß des Berufungsgerichtes auf und trug die Fortsetzung des Berufungsverfahrens auf.

Rechtliche Beurteilung

Aus der Begründung:

Verfehlt ist allerdings die Ansicht der Kläger, der in der Rechtsprechung als Hilfsmittel bzw. Hilfsanspruch bezeichnete Kostenvorschuß trete an Stelle des Hauptbegehrens und verdränge dieses im Falle der Ausführung der vertretbaren Handlung; er sei im weiteren Sinn Ersatz für die "eigene Handlung" und komme nicht zum Hauptbegehren hinzu, weshalb er nicht als Teil der Exekutionskosten angesehen werden könne.

Wie schon die Bezeichnung des Kostenvorschusses als "Hilfsmittel bzw. "Hilfsanspruch" zeigt, soll er der Durchsetzung des Anspruches dienen. Er kann daher weder an die Stelle des Hauptbegehrens" treten noch dieses verdrängen. Mit der Leistung des Kostenvorschusses ist der gemäß § 353 Abs. 1 EO durchzusetzende Anspruch durch den

Verpflichteten nicht erfüllt. Die vom Verpflichteten gemäß § 353 Abs. 2 EO vorgeschossenen Kosten stellen vielmehr einen zur Durchführung der Exekution erforderlichen Aufwand dar, sie gehören zu den notwendigen Kosten der Zwangsvollstreckung und sind daher Exekutionskosten, welche vorauszuzahlen sind (vgl. 5/27).

Dennoch vermag der Oberste Gerichtshof der Ansicht des Berufungsgerichtes nicht beizutreten, der von den Klägern nach § 353 Abs. 2 EO erlegte Kostenvorschuß könne nicht mit Klage zurückgefordert werden, weil die Exekution noch nicht beendet sei. Der von den Klägern erlegte Vorschuß diente ausschließlich zur Deckung der durch die Ersatzvornahme nach § 353 EO der Beklagten entstehenden Kosten. Nach den maßgeblichen von den Parteien in ihren Berufungen nicht bekämpften Feststellungen wurde die Beklagte jedoch nicht in diesem Sinne tätig, vielmehr wurde das nach dem Vergleich herzustellende Werk, ungeachtet der nach § 353 EO bewilligten Exekution, durch die Kläger selbst hergestellt. Zu einem derartigen Vorgehen waren die Kläger berechtigt, weil die Beklagte als betreibender Gläubiger mit der Durchführung der Ersatzvornahme noch nicht begonnen hatte (vgl. Neumann - Lichtblau, EO[3], 1099). Daß das von den Klägern hergestellte Werk Mängel aufweist, deren Behebung die Beklagte von den Klägern forderte, ist nicht von entscheidender Bedeutung. Die Beklagte kann die Behebung dieser Mängel im Rahmen der Gewährleistung fordern, aber nicht mehr selbst eine Ersatzvornahme im Rahmen der nach § 353 EO bewilligten Exekution durchführen. Im Exekutionsverfahren nach § 353 EO können nicht nebeneinander der Verpflichtete und der betreibende Glaubiger jene Leistung erbringen, die Gegenstand der Exekutionsbewilligung ist. Daher läßt sich aus der vom Berufungsgericht angeführten Begründung, daß die Exekution nach § 353 EO erst mit der ordnungsgemäßen Herstellung des von den Klägern nach dem Vergleich zu erbringenden Werkes als beendet angesehen werden könne, für den gegenständlichen Fall nichts Wesentliches gewinnen. Wie bereits dargelegt, kam es nicht zur Durchführung der Ersatzvornahme seitens des betreibenden Gläubigersund zufolge Herstellung des Werkes durch die Kläger kann es dazu auch nicht mehr kommen. Die Beklagte unternahm nach der Exekutionsbewilligung in dieser Richtung nichts, sie kümmerte sich trotz Verständigung von den Arbeiten um diese nicht und forderte nach Herstellung des Werkes von den Klägern die Behebung der Mängel. Wenn sie dann, weil die Kläger nur einen Teil der von ihr gerügten Mängel behoben haben, einen Dritten mit der Behebung der übrigen Mängel beauftragte, handelte sie dabei nicht mehr auf Grund der ihr mit Beschluß des Exekutionsgerichtes vom 10. Dezember 1970 erteilten Ermächtigung, denn die Herstellung des Werkes war durch die Kläger noch vor einem diesbezüglichen Tätigwerden der Beklagten vorgenommen worden. Damit ist aber auch eine Verrechnung des von den Klägern an die Beklagte geleisteten Vorschusses im Rahmen des Exekutionsverfahrens nicht möglich.

Für die in der 3. Auflage des Kommentars zur Exekutionsordnung von Neumann - Lichtblau auf S. 1102 zu § 353 Abs. 2 EO vertretene Auffassung, daß der Verpflichtete vom Exekutionsgericht den Auftrag an den betreibenden Gläubiger zur Rückzahlung des nicht verwendeten Vorschusses erwirken könne, bietet das Gesetz keine ausreichende Stütze. Sie läßt sich nicht mit der in der 4. Auflage dieses Kommentars zu § 75 EO vertretenen Auffassung in Einklang bringen, daß der Verpflichtete die Rückzahlung der den betreibenden Gläubiger bereits bezahlte Kosten, deren der betreibende Gläubiger gemäß § 75 EO nachträglich für verlustig erklärt wurde, nur im Rechtsweg geltend machen kann. Es ist nicht einzusehen, warum im Falle der Rückforderung des vom Verpflichteten gemäß § 353 Abs. 2 EO zur Deckung der Kosten, welche durch die Ersatzvornahme entstehen werden, an den betreibenden Gläubiger bereits bezahlten Betrages dann, wenn feststeht, daß es zur Ersatzvornahme nicht mehr kommen kann und damit der rechtliche Grund für den betreibenden Gläubiger, den Vorschuß weiter zu behalten, weggefallen ist, der Rechtsweg unzulässig sein bzw. vorerst eine Aufhebung des gemäß § 353 Abs. 2 EO ergangenen Beschlusses durch das Exekutionsgericht analog § 75 EO herbeigeführt und dann im Rechtsweg die Rückzahlung des Vorschusses begehrt werden soll. Gerade der vorliegende Fall zeigt, daß die Entscheidung über einen derartigen Anspruch meist von der Ermittlung und Feststellung streitiger Tatumstände abhängig sein wird, welche nur im streitigen Verfahren geklärt werden können.

Wie das Erstgericht unter Heranziehung der vom Obersten Gerichtshof in seiner Entscheidung SZ 8/349 dargelegten rechtlichen Erwägungen zutreffend erkannt hat, ist der Rechtsgrund für die Beklagte, den Vorschuß zur Durchführung der Exekution nach § 353 EO weiterzubehalten, weggefallen. Daher können die Kläger die Rückstellung des Kostenvorschusses gemäß § 1435 ABGB begehren.

Anmerkung

Z46001

Schlagworte

Exekution zur Erwirkung von Handlungen, Rückforderung der voraus, gezahlten Kosten, Rechtsgrund, Rückforderung der vorausgezahlten Kosten bei weggefallenem, Rückforderung vorausgezahlter Kosten in Exekution zur Erwirkung von, Handlungen, Vorausgezahlte Kosten, Rückforderung im Rechtsweg, Exekution zur, Einwirkung von Handlungen

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:1973:0060OB00207.72.0111.000

Dokumentnummer

JJT_19730111_OGH0002_0060OB00207_7200000_000

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