

Zeitschrift für

FAMILIEN-**EF-Z** UND ERBRECHT

Redaktion **Edwin Gitschthaler**
Constanze Fischer-Czermak
Andreas Tschugguel

Jänner 2018

01

1 – 48

Beiträge

Die Ausschlagung im neuen Erbrecht

Gabriel Kogler ➔ 4

Kinderbetreuung und Kindesunterhalt – ein Überblick

Edwin Gitschthaler ➔ 11

EF Kurz gesagt

Zur verfahrensrechtlichen Berücksichtigung von Unterhaltsvorauszahlungen

Birgit Schneider ➔ 17

Ehe und EPG: Neues vom EGMR und VfGH *Barbara Simma* ➔ 15

**Zur Verfügungsfrist einer einstweiligen Verfügung und der
Fristberechnung im Elektronischen Rechtsverkehr** *Simon Mair* ➔ 18

Rechtsprechung

Schattenwert einer Ehewohnung? *Edwin Gitschthaler* ➔ 22

Anspannung im Kloster *Edwin Gitschthaler* ➔ 27

Der ermordete Ehegatte *Edwin Gitschthaler* ➔ 29

Die Kunstsammlung im Fruchtgenuss *Andreas Tschugguel* ➔ 31

Verwirkung auf Englisch? *Brigitta Lurger* ➔ 45

Zur verfahrensrechtlichen Berücksichtigung von Unterhaltsvorauszahlungen

Zugleich eine Besprechung der E 1 Ob 44/17 b

EF-Z 2018/5

Zum wiederholten Mal war der OGH mit der Berücksichtigung von (erheblichen) UhVorauszahlungen zw denselben Parteien beschäftigt.¹⁾ Sehr anschaulich stellt der OGH in der vorliegenden Entscheidung dar, was in einem UhBeschluss im Spruch zu stehen hat, wie weit die Rk des UhBeschlusses reicht und was Gegenstand des Uherhöhungsverfahrens ist. Den Ausführungen des OGH zu diesen Aspekten ist vollinhaltlich zuzustimmen. Der OGH hat zudem klargestellt, dass **UhVorauszahlungen**, sofern sie einige Monate übersteigen, der **pflegschaftsbehördl Genehmigung** bedürfen.

In concreto vom OGH nicht zu behandeln war die Frage, wie der in einen Spruch aufgenommene Zusatz „abzüglich bereits geleisteter Zahlungen“ zu behandeln ist. Der OGH hegt in der vorliegenden Entscheidung Zweifel daran, dass dieser Zusatz irrelevant sein kann. Grds – und das hebt der OGH ja besonders hervor – bedarf (auch) ein UhBeschluss, sofern nur eine tw Stattgebung erfolgt, eines **bestimmten Leistungsausspruchs**. Das ist für den Umfang der materiellen Rk, aber auch für die spätere allfällige Zwangsvollstreckung notwendig.

Bislang wurde der erwähnte Zusatz in der Rsp folgendermaßen eingeordnet: Einerseits liege aufgrund des Zusatzes „abzüglich bereits geleisteter Zahlungen“ kein bestimmter Leistungsausspruch vor,²⁾ weil damit insb dem Bestimmtheitserfordernis des § 7 Abs 1 EO nicht entsprochen wird.³⁾ Andererseits sei der erwähnte Zusatz als bloße Rechtsbelehrung dahin zu verstehen, dass die Leistungspflicht entfällt, soweit der Uh künftig gezahlt wird.⁴⁾ Dabei macht es keinen Unterschied, ob es sich um Leistungen für einen Rückstand oder für künftige Forderungen handelt. UhZahlungen können für die Zukunft zugesprochen werden, auch wenn es sich nicht um fällige Leistungen handelt. Grds ist eine Vorauszahlung möglich, wobei nach der Rsp die Tilgung erst mit Fälligkeit eintritt.

Ein Beschluss, der zwar nicht bestimmt ist, aber gleichzeitig eine „Rechtsbelehrung ohne normative Wirkungen“⁵⁾ enthält, kann in diesem Fall hingegen nicht angenommen werden. ME lässt die Auslegung des Exekutionstitels nicht einwandfrei das Ergebnis zu,⁶⁾ dass der Zusatz „abzüglich bereits geleisteter Zahlungen“ nur idS verstanden werden kann, dass damit eine (unverbindliche) Rechtsbelehrung verbunden ist.⁷⁾ Insofern ist die Ansicht der Rsp zutr, dass es sich um einen Titel handelt, der den Anforderungen des § 7 Abs 1 EO nicht entspricht, also **unbestimmt ist**.

Fraglich ist, wie auf diese Unbestimmtheit reagiert werden kann. Ein Oppositionsantrag scheidet aus, weil damit nicht bereits entstandene Tatsachen geltend gemacht werden können.⁸⁾ Zudem wurden die Tatsachen im Titelverfahren vorgebracht, nur im Spruch nicht ausreichend beachtet.

Zu denken ist zunächst an einen **Berichtigungsantrag**. Dieser hat den Vorteil, dass er unbefristet möglich ist. Insb ist eine Berichtigung auch bei Auslassungen zulässig.⁹⁾ Eine Berichtigung ist grds möglich, um die Entscheidung an den Entscheidungswillen anzupassen.¹⁰⁾ Voraussetzung dafür ist, dass sich die gewollte Entscheidung aus dem Zusammenhang der Entscheidung ergibt.¹¹⁾ Das bedeutet insb, dass dem Beschluss selbst zu entnehmen sein muss, für welche Perioden eine UhVorauszahlung geleistet wurde und welche Zahlungen zu einer Tilgung des UhAnspr geführt haben.¹²⁾ Über die Berichtigung ist daher die Unbestimmtheit des Spruchs sanierbar.

Fraglich ist, ob daneben ein Rek möglich ist. So meint etwa *Tews*,¹³⁾ ein Rek sei unbedingt notwendig, weil andernfalls die Uh-

Vorauszahlungen (va aufgrund des Ausschlusses des Oppositionsantrags) endgültig verloren seien. Liegt ein Berichtigungsfall vor – was, wie erwähnt, voraussetzt, dass die geleisteten Zahlungen und deren Berücksichtigung im Beschlussinhalt eindeutig zuordenbar sein muss –, ist zwar nach § 57 Z 1 AußStrG der RekGrund der mangelhaften Beschlussfassung nicht erfüllt, doch es besteht ein Wahlrecht der Partei, ob sie die Berichtigung beantragt oder einen Rek erhebt.¹⁴⁾ Stützt sich die Partei auf diesen RekGrund und ist eine Berichtigung möglich, hat diese von Amts wegen durch das RekG zu erfolgen.¹⁵⁾ Möglich ist darüber hinaus § 57 Z 6 AußStrG, der einen **Auffangtatbestand** darstellt.¹⁶⁾ Darunter lässt sich mE eine unbestimmte Fassung des Spruchs subsumieren.

Über einen Rek können va jene Fälle erfasst werden, in denen eine Berichtigung ausscheidet. **Beschwert** sind in diesem Fall beide Parteien, also insb auch der ASt, weil ein unbestimmter Titel nicht zum Gegenstand der Exekution gemacht werden kann.

Unterbleibt ein Rek, so ist mE nicht davon auszugehen, dass die Vorauszahlungen endgültig verloren sind.¹⁷⁾ Denn die eingetretene Rk „heilt“ nicht die nach wie vor bestehende **Unbestimmtheit des Titels**. Diesem fehlt eine materielle Vollstreckungsvoraussetzung iSd § 7 Abs 1 EO, weshalb eine Exekution nicht bewilligt werden darf.¹⁸⁾

Wie bereits dargestellt, liegt ein **unbestimmter Titel** vor. Denn die Auslegung des Zusatzes „abzüglich bereits geleisteter Zahlungen“ lässt nicht einwandfrei das Ergebnis zu,¹⁹⁾ dass der Zusatz nur idS verstanden werden kann, dass damit eine Rechtsbelehrung verbunden ist. Insofern ist die Ansicht der Rsp zutr, dass es sich um einen Titel handelt, der den Anforderungen des § 7 Abs 1 EO nicht entspricht, also **unbestimmt ist**. Ein unbestimmter Titel kann aber nicht Grundlage der Exekution sein. Bevor eine Exekution bewilligt werden darf, ist ein **Titelergänzungsantrag**²⁰⁾ zu stellen, in dem die erbrachten UhVorauszahlungen einzeln und

1) Siehe auch die VorE 3 Ob 156/15k EF-Z 2016/71, 150 (*Tews*) sowie 1 Ob 117/13g EF-Z 2014/14, 28 (*Gitschthaler*).

2) 3 Ob 526/93; 1 Ob 676/89; so auch *Nademleinsky* in *Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG § 101 Rz 60, allerdings ohne Ausführungen zu den damit verbundenen Konsequenzen.

3) 8 Ob 160/06x; 2 Ob 47/04g; 6 Ob 94/03x JBI 2004, 101; 5 Ob 38/99w.

4) 5 Ob 38/99w; 1 Ob 676/89.

5) *Jakusch* in *Angst/Oberhammer*, Kommentar zur Exekutionsordnung³ (2015) § 7 Rz 52.

6) Zu den Kriterien der Auslegung eines Exekutionstitels s *Jakusch* in *Angst/Oberhammer*, EO³ § 7 Rz 5 ff.

7) Siehe auch *Jakusch* in *Angst/Oberhammer*, EO³ § 7 Rz 52; *Höllwerth* in *Burgstaller/Deixler-Hübner*, EO I (13. Lfg 2009) § 7 Rz 73.

8) Siehe nur 3 Ob 156/15k EF-Z 2016/71, 150 (*Tews*); s auch *Höllwerth* in *Burgstaller/Deixler-Hübner*, EO I § 7 Rz 73.

9) *M. Bydlinski* in *Fasching/Konecny*² § 419 ZPO Rz 7; *Rechberger* in *Rechberger*, ZPO⁴ § 419 Rz 4.

10) *M. Bydlinski* in *Fasching/Konecny*² § 419 ZPO Rz 6; *Rechberger* in *Rechberger*, ZPO⁴ § 419 Rz 3.

11) RIS-Justiz RS0041418.

12) Vgl zur Berichtigung des Tenors *M. Bydlinski* in *Fasching/Konecny*² § 419 ZPO Rz 3.

13) EF-Z 2016/71, 150.

14) *M. Bydlinski* in *Fasching/Konecny*² § 419 ZPO Rz 4.

15) *E. Kodek* in *Rechberger*, ZPO⁴ § 477 Rz 12; *Pimmer* in *Fasching/Konecny*² § 477 ZPO Rz 77.

16) *G. Kodek* in *Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG § 57 Rz 55.

17) So aber *Tews*, EF-Z 2016/71, 150.

18) Vgl *Höllwerth* in *Burgstaller/Deixler-Hübner*, EO I § 7 Rz 60.

19) Zu den Kriterien der Auslegung eines Exekutionstitels s *Jakusch* in *Angst/Oberhammer*, EO³ § 7 Rz 5 ff.

20) Zur Maßgeblichkeit der Verfahrensart auch für das Titelergänzungsverfahren s 5 Ob 41/09d; dazu auch *Jakusch* in *Angst/Oberhammer*, EO³ § 10 Rz 8/1.

aufgeschlüsselt nach den jeweiligen Perioden anzuführen sind. Mit diesem können die UhVorauszahlungen ebenfalls ergänzt werden. Denn dass sie zu berücksichtigen sind, ist aus dem Spruch ersichtlich.

Eine dennoch erteilte Exekutionsbewilligung ist mit **Rek** zu bekämpfen. Das gilt insb auch dann, wenn die Exekution ohne weitere Einschränkungen bewilligt wurde.²¹⁾ Darüber hinaus ist mE die **Einstellung der Exekution** möglich. Als **Einstellungsgrund** kommt § 39 Abs 1 Z 10 EO in Betracht.²²⁾

Der OGH geht in der vorliegenden E 1 Ob 44/17 b davon aus, dass der UhPfl seine UhVorauszahlungen im Verfahren über den Erhöhungsantrag geltend machen und so zumindest eine nachträgliche Berücksichtigung dieser Beträge erfolgen kann. Dem ist im Grundsatz ebenso zuzustimmen. **Gegenstand des zweiten Verfahrens ist nur der Erhöhungsantrag**; eine Wirkung des bereits bestehenden UhBeschlusses auf dieses Verfahren besteht

nicht.²³⁾ Der UhAnspr ist ohne jegliche Bindung an die Ergebnisse des früheren Verfahrens zu beurteilen, sodass dem AG sämtliche Einwendungen gegen den UhAnspr zustehen, ohne dass eine Präklusionswirkung zum Tragen käme.²⁴⁾ Damit ist es dem UhPfl grds möglich, die bereits erbrachten UhVorauszahlungen in Abzug zu bringen. Zu beurteilen ist dann allerdings, wie weit die vom UhVerpfl vorgenommene Widmung auf den ursprünglichen UhBetrag abgeändert werden kann.

*Birgit Schneider*²⁵⁾

21) Siehe auch *Höllwerth* in *Burgstaller/Deixler-Hübner*, EO I § 7 Rz 108; RIS-Justiz RS0000327.

22) AA *Deixler-Hübner* in *Burgstaller/Deixler-Hübner*, EO I (20. Lfg 2015) § 39 Rz 47 a; *Jakusch* in *Angst/Oberhammer*, EO³ § 39 Rz 63/1.

23) Siehe *Schneider*, Die Abänderung von Unterhaltsentscheidungen, JBI 2012, 705 (706).

24) *Schneider*, JBI 2012, 706.

25) Privatdozentin, Universität Wien.