

Gerichtliche Hinterlegung genügt nicht zum Nachweis einer nach dem Exekutionstitel Zug um Zug zu erbringenden Zahlung

§ 350 EO (§ 7 Abs 2 EO)

- Die Bewilligung einer Ex nach § 350 EO aufgrund eines Zug-um-Zug-Titels ist vor Erbringung der Gegenleistung ausgeschlossen; diese muss nicht bloß behauptet, sondern durch eine dem § 7 Abs 2 (iVm § 367 Abs 2) EO entsprechende Urkunde nachgewiesen werden.
- Auch im zweipersonalen Verhältnis genügt eine gerichtliche Hinterlegung zum Nachweis einer Zug um Zug zu erbringenden Leistung allein nicht, weil grundsätzlich nur Zahlung Erfüllung bedeutet und bei einer statt der Zahlung erfolgenden gerichtlichen Hinterlegung die schuldbefreiende Wirkung nur eintritt, wenn die Hinterlegung rechtmäßig erfolgt, was aber weder im Erlagsverfahren

fahren noch im Exekutionsverfahren zu prüfen ist. Die Rechtmäßigkeit des Erlags kann nur in einem eigens darüber geführten Rechtsstreit geklärt werden.

Exekutionsrecht

OGH 23. 7. 2025, 3 Ob 101/25 m (LG Leoben 32 R 54/24 x) Exekution auf Einräumung bürgerlicher Rechte; Einverleibung; titelmäßige Zug-um-Zug-(Gegen-)Leistung; Erbringung der Zahlung; Erfüllung; gerichtlicher Erlag; schuldbefreiende Wirkung; Prüfungsgang im Erlags- und im Exekutionsverfahren

EvBl 2026/40

Bearbeitet von CHRISTOPH BRENN

Sachverhalt

Nach dem zwischen den Parteien ergangenen, rk und vollstreckbaren Endschiedsspruch vom 31. 8. 2022 ist die Verpflichtete schuldig, binnen 14 Tagen **Zug um Zug** gegen Zahlung von € 704.152,- in die **Einverleibung des Eigentumsrechts** an zwei Liegenschaften zugunsten der Betreibenden einzuwilligen und dieser binnen gleicher Frist die mit € 232.245,24 bestimmten Kosten des Schiedsverfahrens zu ersetzen.

In dieser Entscheidung klärt der OGH, dass der gerichtliche Erlag (auch im zweipersonalen Verhältnis) nicht zum Nachweis der Erbringung (Erfüllung) einer nach dem ExTitel Zug um Zug zu erbringenden Zahlung genügt.

Mit B v 11. 7. 2023 genehmigte das LG für ZRS Graz den am 6. 7. 2023 an die Verwahrungsabteilung des OLG Graz erfolgten **gerichtlichen Erlag** der Betreibenden in Höhe von € 471.906,76 als Zahlung gemäß dem Schiedsspruch vom 31. 8. 2022.

Die Betreibende beantragte unter Vorlage der vorgenannten beiden Urkunden die **Einverleibung** ihres Eigentumsrechts an den im Schiedsspruch genannten Liegenschaften nach § 350 EO und deren zwangsweise Räumung nach § 349 (iVm § 350 Abs 6) EO. Sie habe durch die Aufrechnung ihres Kostenersatzanspruchs aus dem Schiedsspruch und die – wegen der Verweigerung der Zahlungsannahme durch die Verpflichtete gerechtfertigte – gerichtliche Hinterlegung des Restbetrags nach § 1425 ABGB ihre Zug-um-Zug-Leistung aus dem Schiedsspruch erfüllt.

Das ErstG gab dem Antrag statt.

Das RekG änderte diesen B im antragsabweisenden Sinn ab. Die Erfüllung der im Titel genannten Zahlungspflicht der Betreibenden sei nicht iSd § 7 Abs 2 EO dargetan.

Der OGH wies den aoRevRek der Betreibenden zurück.

Aus der Begründung

Die Bewilligung einer Ex nach § 350 EO aufgrund eines Zug-um-Zug-Titels ist vor Erbringung der Gegenleistung ausgeschlossen; diese muss nicht bloß behauptet, sondern durch eine

dem § 7 Abs 2 (iVm § 367 Abs 2) EO entsprechende Urkunde nachgewiesen werden (RS0000267; vgl auch RS0004624; RS0001434). Dieser stRsp ist das RekG gefolgt.

Eine Bewilligung der hier beantragten Ex nach § 350 EO kommt somit nur in Betracht, wenn die Betreibende die Zahlung (iSd § 1412 ABGB) von € 704.152,- an die Verpflichtete durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunde(n) iSd § 7 Abs 2 EO nachweist.

Das RekG ist zum Ergebnis gelangt, dass die Betreibende mit der ihrem ExAntrag beigelegten Entscheidung über die Genehmigung ihres gerichtlichen Erlags die Erfüllung ihrer Zug-um-Zug-Verpflichtung nicht nachgewiesen hat. Es hat dabei die höchstgerichtliche Rsp zum Prüfungsumfang des Erlagsgerichts zutreffend wiedergegeben. Demnach ist **im Erlagsverfahren nicht zu klären**, ob der Hinterlegung im Verhältnis zum Gläubiger **tatsächlich schuldbefreiende Wirkung** zukommt (RS0033489 [T 3]; RS0033636 [T 8]). Die Rechtmäßigkeit des Erlags kann nur in einem eigens darüber geführten Rechtsstreit geklärt werden (RS0033495; RS0033489; RS0106153; RS0033469 [T 1]; vgl auch RS0112198). Die Betreibende muss somit – bedingt durch die Fassung des Schiedsspruchs (Zug-um-Zug-Leistung) – einen gesonderten Rechtsstreit darüber führen, ob ihr Erlag bei Gericht schuldbefreiende Wirkung hatte. Entgegen ihrer Behauptung steht dies nicht in Widerspruch zu § 7 Abs 2 EO. Vielmehr sieht die EO in § 10 vor, dass für den Fall, dass die in § 7 Abs 1 und 2 EO geforderten urkundlichen Nachweise nicht erbracht werden können, der Bewilligung der Ex oder ihrer Fortführung die Erwirkung eines gerichtlichen Urteils vorausgehen muss. Es ist im Übrigen anerkannt, dass der Schuldner – in der vorliegenden Konstellation also die Betreibende – unter den Voraussetzungen des § 228 ZPO das Recht hat, die Feststellung der befreienden Wirkung seines Erlags zu begehren (*Reischauer in Rummel/Lukas*⁴ § 1425 ABGB Rz 470 mwN).

Auch im zweipersonalen Verhältnis genügt eine gerichtliche Hinterlegung zum Nachweis einer Zug um Zug zu erbringenden Leistung allein nicht, weil grundsätzlich nur **Zahlung Erfüllung bedeutet** (§ 1412 ABGB) und bei einer statt der Zahlung erfolgenden gerichtlichen Hinterlegung die schuldbefreiende Wirkung nur eintritt, wenn die Hinterlegung rechtmäßig erfolgt (§ 1425 Satz 2 ABGB), was aber weder im Erlagsverfahren noch im Exekutionsverfahren (vgl 2 Ob 531/51 SZ 24/242; 3 Ob 5/79 SZ 52/24; zur Verdrängung des § 8 Abs 1 EO auch A. Karl in Garber/Simotta, EO § 8 Rz 5 mwN) zu prüfen ist.

Anmerkung



Dr. DOMINIK SCHINDL ist Universitätsassistent am Institut für Zivil- und Zivilverfahrensrecht der WU Wien.

Bei Zug-um-Zug-Verpflichtungen ist die ExBewilligung nicht vom Nachweis abhängig, dass die Gegenleistung schon erbracht oder sichergestellt wurde (§ 8 Abs 1 Satz 1 EO). Der Verpfl hat es aber in der Hand, den ExVollzug mit einem Aufschiebungsantrag zu verhindern, wenn die Gegenleistung ausbleibt (§ 42 Abs 1 Z 4 EO). Damit unternimmt das Gesetz den Versuch, das materiell-rechtliche Synallagma ins ExRecht zu übersetzen (Materialien I 471): Der betrGl muss die Gegenleistung für die Bewilligung nicht vorstrecken, weil die Zug-um-Zug-Verpflichtung für ihn sonst zur Vorleistungspflicht würde (*Holzhammer*, Zwangsvollstreckungsrecht⁴ 88). Er bekommt die ihm geschuldete Leistung aber auch nicht, ohne selbst geleistet zu haben.

Spezielles ordnet § 367 EO für Willenserklärungen an: Während sie im Normallfall schlicht mit Rechtskraft des Urteils als abgegeben gelten (Abs 1), tritt diese Fiktion bei einer Zug-um-Zug-Verpflichtung erst mit Erbringung der Gegenleistung ein (Abs 2). Die Rsp deutet das als Ausnahme von § 8 Abs 1 Satz 1 EO, weil der betrGl vorleisten müsse (RS0000269). Die Ausnahme ist freilich nur eine scheinbare: § 367 EO erspart von vornherein die ExFührung, indem er die Willenserklärung fingiert. Der ExErfolg tritt bei Vorliegen seiner Voraussetzungen daher eo ipso ein, bei § 367 Abs 2 EO also sofort mit Erbringung der Gegenleistung (vgl *Jakusch* in *Angst/Oberhammer*, EO³ § 8 Rz 2) und damit sehr wohl Zug um Zug.

Allerdings überträgt die Rsp den Gedanken des § 367 Abs 2 EO auch auf die Ex nach § 350 EO (bspw 5 Ob 139/17b), der die Einräumung bürgerlicher Rechte – also etwa der Übereignung von Liegenschaften – durch Intabulation betrifft (Abs 1). Begründet wird das damit, dass wegen der Eigenart des Vollzugs kein Raum für einen Antrag nach § 42 Abs 1 Z 4 EO bleibe (*Heller/Berger/Stix*, EO I⁴ 219f, III⁴ 2617). Anders als zu § 367 EO macht die Judikatur aus der Zug-um-Zug-Verpflichtung damit allerdings tatsächlich eine Vorleistungspflicht (RS0000267), weil der bürgerliche Vollzug als für den Rechtserwerb notwendiger Modus (§ 431 ABGB) gerade nicht eo ipso vonstattengeht, sondern erst nach ExBewilligung im Wege des Grundbuchgerichts besorgt wird (Abs 4).

Zwei ältere Entscheidung (EvBl 1946/614; 2 Ob 531/51) deuten aber immerhin an, dass es für die Bewilligung der Ex nach § 350 EO ausreichen würde, die Gegenleistung gerichtlich zu hinterlegen (§ 1425 ABGB). Das relativiert 3 Ob 101/25m: Der betrGl wäre seiner Vorleistungspflicht nur dann im Wege der Hinterlegung nachgekommen, wenn dieser „tatsächlich schuld-befreiende Wirkung zukommt“, was aber nicht im ExBewilligungsVerf zu prüfen sei (Rz 10). Stattdessen verweist der 3. Senat ihn auf eine gesondert zu erhebende Feststellungsklage (Rz 11) und weist den Bewilligungsantrag ab.

Dabei fällt zweierlei auf:

- Es sollte nicht in Vergessenheit geraten, dass es sich materiell-rechtlich noch immer um eine Zug-um-Zug-Verpflichtung handelt, für deren Vollzug (nicht: Bewilligung!) neben der Erbringung der Gegenleistung auch die Sicherstellung ausreicht (§ 42 Abs 1 Z 4 EO). Sie sollte daher auch im Rahmen des § 350 EO möglich bleiben. Beharrt man hingegen auf die Erfüllung, dann verlässt der aus der Not geborene Stehsatz, wonach hier die Zug-um-Zug-Verpflichtung zur Vorleistungspflicht wird, sein teleologisches Fundament und entwickelt ein begriffliches Eigenleben.

Damit ist zwar nicht gesagt, dass die Gegenleistung bei gerichtlicher Hinterlegung jedenfalls sichergestellt ist (zum reichlich unklaren Begriff der Sicherstellung *Jakusch* in *Angst/Oberhammer*, EO³ § 8 Rz 13, § 42 Rz 48/1), wenngleich manches dafürspricht.

- Außerdem ist zu bedenken, dass die GrEx BGBl I 2021/86 für die vorliegende Fallkonstellation Abhilfe schaffen wollte. Gerade wegen der Schwierigkeiten, bei der Durchsetzung von Liegenschaftserwerben die Bewirkung oder Sicherstellung der Gegenleistung nachzuweisen (ErläutRV 770 BlgNR 27. GP 8, woraus im Übrigen erhellt, dass auch der Gesetzgeber die Sicherstellung für ausreichend hält), wurde § 8 Abs 1 EO um einen zweiten Satz ergänzt, nach dem die Gegenleistung „beim Exekutionsgericht erlegt werden [kann], soweit es sich um zum gerichtlichen Erlag geeignete Gegenstände handelt“.

Damit sollte ausweislich der Materialien, die sich auf *P. Bydlinski*, NZ 2015, 281 (297), stützen, die ExFührung erleichtert werden. Verlangt man mit dem OGH auch in solchen Fällen den qua Feststellungsklage zu erbringenden Nachweis der Erfüllungswirkung, verkommt § 8 Abs 1 Satz 2 EO hingegen zu einer hinterlegungsrechtlichen Sonderzuständigkeit. Näher läge es – wenn man die Hinterlegung nicht generell als zur Ex berechtigende Sicherstellung ansehen will (s oben), sondern auf (Vor-)Erfüllung besteht –, § 8 Abs 1 Satz 2 EO die materiell-rechtliche Aussage zu entnehmen, dass der Hinterlegung hier jedenfalls schuld-befreiende Wirkung zukommt. Als Folgefrage wäre zu überlegen, ob das nur für die Hinterlegung beim Exekutionsgericht gilt oder auch, wenn – wie offenbar zu 3 Ob 101/25m – anderswo hinterlegt wird.

Unterm Strich hätte das aber wohl nichts geändert: Der betrGl hat nämlich nicht die gesamte Gegenleistung hinterlegt, sondern mit dem im TitelVerf zugesprochenen Kostenersatzanspruch aufgerechnet. Die Prüfung, ob das zu Recht erfolgte oder die Aufrechnung – etwa wegen eines Aufrechnungsverbots – unzulässig war, würde das ExBewilligungsVerf tatsächlich überfrachten (vgl 2 Ob 531/51; anders eventuell 3 Ob 111/99s, wonach [nur?] der Nachweis des Bestands der Gegenleistung nötig sei, etwa indem der betrGl „eine rechtskräftige gerichtliche Entscheidung vorlegt, aus der sich der Bestand seiner Forderung ergibt“, was hier der Fall gewesen wäre; s auch 3 Ob 307/05a: Nachweis des Zugangs der Aufrechnungserklärung).