

men müssen. Der Begriff „rechtzeitig“ in § 8 Abs 1 HIKrG umschreibt lediglich den spätestmöglichen Zeitpunkt der Informationserteilung in Bezug auf einen späteren Vertragsabschluss (*Fleißner/Tamerl* in Schwimann/Kodek, ABGB IX<sup>5</sup> § 8 HIKrG Rz 20), entbindet die Beklagte aber nicht von ihrer Pflicht zur unverzüglichen Information.

[25] 7. Zutreffend verweist die Beklagte in ihrer Revisionsbeantwortung aber darauf, dass bislang nicht festgestellt wurde, ob der Kläger überhaupt die erforderlichen Angaben zu seinen Bedürfnissen, seiner finanziellen Situation und seinen Präferenzen gemäß § 9 Abs 2 HIKrG gemacht hat, die die Beklagte in die Lage versetzen konnten, die Kreditwürdigkeit des Klägers zu prüfen und ihrer vorvertraglichen Informationspflicht nach § 8 HIKrG nachzukommen. Sie bezieht sich zwar auf das E-Mail des Klägers vom 10.11.2022 (Blg ./E), in dem der Kläger „wie besprochen“ die Jahreslohnzettel 2019, 2020 und 2021 sowie die Bezugsnachweise der letzten drei Monate vorgelegt hat, meint aber, dass damit nicht alle von § 8 Abs 2 Z 1 iVm § 9 Abs 2 HIKrG geforderten Angaben gemacht wurden. Diese Umstände werden daher im fortgesetzten Verfahren mit den Parteien zu erörtern und entsprechenden Feststellungen zu treffen sein. Erst dann kann die Rechtsfrage beantwortet werden, ob die Beklagte zur (unverzüglichen) Information nach § 8 Abs 2 Z 1 HIKrG verpflichtet war.

[26] 8. Kommt das Erstgericht im zweiten Rechtsgang zum Ergebnis, dass die Beklagte ihre vorvertragliche Informationsverpflichtung nach § 8 Abs 1 und 2 HIKrG schuldhaft verletzt hat, weil sie dem Kläger nicht unverzüglich, nachdem dieser die erforderlichen Angaben gemäß § 8 Abs 2 Z 1 iVm § 9 Abs 2 HIKrG gemacht hat, (vollständig) die auf ihn zugeschnittenen Informationen für den Abschluss eines Kreditvertrags mit Fixverzinsung erteilt hat, ist zu prüfen, ob sich daran die vom Kläger mit seinen Begehren geltend gemachten Rechtsfolgen knüpfen:

[27] 9.1. Der europäische Gesetzgeber überließ es den Mitgliedstaaten, wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Sanktionen zu erlassen (Art 38 Abs 1 WIKrRL). Der österreichische Gesetzgeber entschied sich für einen kombinierten Ansatz und sieht zum einen Verwaltungsstrafen konkret vor (§ 30 Z 3 HIKrG) und lässt zum anderen zivilrechtliche Sanktionen offen (*Fleißner/Tamerl* in Schwimann/Kodek, ABGB IX<sup>5</sup> § 8 HIKrG Rz 48). Als zivilrechtliche Folgen kommen im Wesentlichen schadenersatzrechtliche (culpa in contrahendo) und irrtumsrechtliche Folgen in Betracht (4 Ob 91/23w Rz 14 mit Bezugnahme auf *Fleißner/Tamerl* in Schwimann/Kodek, ABGB IX<sup>5</sup> § 8 HIKrG Rz 48 ff).

[28] 9.2. Der Kläger kann daher grundsätzlich einen durch das allfällige pflichtwidrige Fehlverhalten der Beklagten eingetretenen Schaden, der ihm durch die nicht unverzügliche Informationserteilung der Beklagten nach § 8 HIKrG entstanden ist, gegen diese geltend machen. Entgegen der Rechtsansicht der Beklagten ist der für einen (allfälligen) Schadenersatzanspruch des Klägers erforderliche Rechtswidrigkeitszusammenhang gegeben. Das Wesen des Rechtswidrigkeitszusammenhangs liegt darin, dass aufgrund eines rechtswidrigen Verhaltens nur für jene verursachten Schäden zu haften ist, die die über-tretene Verhaltensnorm nach ihrem Schutzzweck gerade verhindern sollte (RS0022933). Wie bereits oben dargelegt, liegt der Schutzzweck des § 8 Abs 1 HIKrG darin, dass der Verbraucher eine Orientierung über die Details der verschiedenen am Markt erhältlichen Kreditprodukte bekommen soll.

[29] 9.3. Der Kausalitätsprüfung kommt im Falle einer auf § 8 Abs 1 HIKrG gestützten Informationspflichtverletzung besondere Bedeutung zu. Danach ist zu fragen, wie der Verbraucher ohne das schadenzufügende Ereignis,

wie er also bei unverzüglicher Information gestanden wäre. So kann eine unterlassene, unvollständige oder falsche Aufklärung dem Kreditnehmer die Vergleichsmöglichkeit zu Produkten anderer Kreditgeber entziehen oder erschweren, sodass er zB einen teuren Kredit aufnimmt, den er sonst auch zu günstigeren Konditionen erhalten hätte, weil er mangels Information anderer Kreditinstitute die Marktlage nicht einschätzen konnte, sonst aber mit der Kreditaufnahme noch zugewartet hätte, bis auch seine Bank einen Zinssatz senkt (*Dehn*, ÖBA 2009, 194).

[30] 9.4. Diesen Kausalitätsanforderungen entspricht das bisher vom Kläger erstattete Vorbringen zum erlittenen Schaden nicht. Das Erstgericht wird daher im ergänzenden durchzuführenden Verfahren mit dem Kläger unter besonderer Berücksichtigung des Schutzzwecks des § 8 Abs 1 HIKrG, der – wie bereits dargestellt – darin liegt, dass der Verbraucher eine Orientierung über die Details der verschiedenen am Markt erhältlichen Kreditprodukte bekommen soll, auch die Kausalität einer (allfälligen) Informationspflichtverletzung der Beklagten nach § 8 HIKrG für den von ihm behaupteten Schaden zu erörtern und entsprechende Feststellungen zu treffen haben. Insbesondere wird mit dem Kläger auch zu erörtern sein, weshalb es ihm aufgrund der (allenfalls) nicht unverzüglichen Informationserteilung durch die Beklagte nicht möglich war, Vergleiche mit den vorvertraglichen Informationen anderer Kreditinstitute anzustellen bzw er davon Abstand nahm, einen entsprechenden Kredit mit einer Fixverzinsung bei einem anderen Kreditinstitut abzuschließen.

[31] 10. Da für die Beurteilung des geltend gemachten Leistungsanspruchs ausreichende Feststellungen fehlen, ist dem Erstgericht die neuerliche Entscheidung nach Verfahrensergänzung aufzutragen. Damit muss auf die Rüge sekundärer Verfahrensmängel in der Revision nicht weiter eingegangen werden.

[32] 11. Das Begehren des Klägers auf Vertragsanpassung war jedoch (mit Teilurteil) abzuweisen, weil die Beklagte, wie oben (Punkt 4.) dargelegt, im Rahmen der Privatautonomie nicht zur Abgabe eines Vertragsangebots verpflichtet ist und auch keinem Kontrahierungszwang unterliegt. Sie kann daher gerichtlich nicht verpflichtet werden, einen vom Kläger gewünschten Kreditvertrag abzuschließen.

[33] Der Revision des Klägers war daher teilweise Folge zu geben. [...]

*Zwei-Konditionen-Theorie: Bewilligung der Exekution bei Zug-um-Zug-Verurteilung auch dann zulässig, wenn Gegenleistung nach Angaben des Betreibenden nicht mehr erbracht werden kann*

<https://doi.org/10.33196/jbl202509059801>

**§ 7 Abs 2, § 8 Abs 1, §§ 9, 35, 42 Abs 1 Z 2 EO:**

**Bei der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung eines gescheiterten Vertrags gilt nach der Rsp die Zwei-Konditionen-Theorie. Deshalb führt die Unmöglichkeit der Gegenleistung nicht zum Erlöschen der Hauptleistung. Daraus folgt, dass die exekutive Betreibung der (nicht erloschenen) Hauptleistung trotz des an sich geltenden Zug-um-Zug-Prinzips auch dann möglich ist, wenn die Zug-um-Zug-Gegenleistung untergegangen ist.**

Nicht nur die Exekutionsbewilligung, sondern auch die Einleitung des Vollzugs, also etwa die Pfändung und Verwahrung beweglicher Sachen bei der Exekution zur Sicherstellung, ist vom Nachweis der Bewirkung oder Sicherstellung der Zug um Zug zu erbringenden Gegenleistung insofern unabhängig, als die Rechte des Verpflichteten durch die Möglichkeit der Exekutionsaufschiebung gewahrt sind und der betreibende Gläubiger, der zur

Gegenleistung bereit ist, nicht durch verspäteten Vollzug, also etwa die Erlangung eines späteren Pfandrangs, geschädigt werden darf. Zur Wahrung der Rechte und Rechtsbehelfe des Verpflichteten ist aber in der Exekutionsbewilligung die Zug-um-Zug-Verpflichtung zum Ausdruck zu bringen. Der Zweck der Aufnahme des Hinweises auf die Zug um Zug zu erbringende Gegenleistung in die Exekutionsbewilligung besteht somit darin, die Leistungsbereitschaft des die Gegenleistung schuldenden Betreibenden auch im Rahmen des Exekutionsvollzugs berücksichtigen zu können und dem Verpflichteten die Ergreifung der damit im Zusammenhang stehenden Rechtsbehelfe zu wahren.

Hat der Betreibende bei Rückabwicklung eines gescheiterten Vertrags aufgrund einer im Exekutionstitel enthaltenen Zug-um-Zug-Verpflichtung eine bestimmte Sache zurückzustellen, so kann der Verpflichtete allfällige Mängel oder Wertverluste ob der zurückzustellenden Sache zwar nicht im Verfahren über die Exekutionsbewilligung einwenden. Aus der vom Betreibenden zu verantwortenden Verschlechterung der Zug um Zug zurückzustellenden Sache, der Unmöglichkeit der Rückstellung oder des Untergangs der Sache abzuleitende Wertersatzansprüche können aber als Gegenforderungen und damit als Einwendungen nach § 35 EO geltend gemacht werden, womit der Verpflichtete seine Rechte in Bezug auf die zurückzustellende Sache zu wahren vermag. Ob und gegebenenfalls in welchem Betrag dem hier Verpflichteten im Zusammenhang mit der Unmöglichkeit der von der Betreibenden Zug um Zug zu erbringenden Gegenleistung zufolge Verkaufs der zurückzustellenden Sache eine Gegenforderung (Wertersatz in Geld) zusteht und ob eine Aufrechnung durch den Verpflichteten erfolgen wird, sind aber nicht im Verfahren über die Exekutionsbewilligung zu prüfen.

OGH 27.02.2025, 3 Ob 1/25f  
(LGZ Graz 29.01.2024, 4 R 5/24w; BG Graz-Ost 27.10.2023, 242 E 5845/23k)

[1] Mit Urteil des LGZ Graz vom 31.03.2020, 23 Cg 65/18t, wurde der hier Verpflichtete – wegen Wandlung des Kaufvertrags – für schuldig erkannt, der hier Betreibenden € 285.000,- sA Zug um Zug gegen Rückgabe des Schwimmbaggers der Type Rohr RS4.0/BF130 mit Ausnahme des Starkstromkabels der Laufkatze zu zahlen.

[2] Am 20.10.2023 beantragte die *Betreibende* aufgrund dieses Urteils zur Hereinbringung einer vollstreckbaren Kapitalforderung von € 115.000,- sA die Bewilligung des Exekutionspakets nach § 19 EO gegen den Verpflichteten. Sie habe den Schwimmbagger aufgrund der mangelnden Zahlungsbereitschaft des Verpflichteten im Wege der Ersatzvornahme verkauft und den erzielten Kaufpreis von € 170.000,- auf dessen Schuld angerechnet.

[3] Das *Erstgericht* wies den Exekutionsantrag ab. [...]

[4] Das *Rekursgericht* gab dem Rekurs der Betreibenden Folge und bewilligte die beantragte Exekution, wobei es in die Exekutionsbewilligung keinen Hinweis auf die Zug um Zug zu erbringende Gegenleistung aufgenommen hat. [...]

[5] Gegen diese Entscheidung richtet sich der *Revisionsrekurs* des Verpflichteten mit dem Antrag, den angefochtenen Beschluss dahin abzuändern, dass der Exekutionsantrag abgewiesen werde, in eventu, dass die Zug-um-Zug-Verpflichtung der Betreibenden in die Exekutionsbewilligung aufgenommen werde.

#### Rechtliche Beurteilung

[6] Der *Revisionsrekurs* ist zur Klarstellung der Rechtslage *zulässig*, er ist aber *nicht berechtigt*.

[7] 1.1. Der Verpflichtete steht zunächst auf dem Standpunkt, dass der Exekutionsantrag abzuweisen sei, weil feststehe, dass die Betreibende die Gegenleistung zufolge Verkaufs des an den Verpflichteten zurückzustel-

lenden Schwimmbaggers nicht mehr erbringen könne. Die Gegenleistung sei daher unmöglich.

[8] 1.2. Die Bewilligung der Exekution wegen eines betriebenen Anspruchs, den der Verpflichtete nur gegen eine ihm Zug um Zug zu gewährende Gegenleistung zu erfüllen hat, ist gemäß § 8 Abs 1 EO grundsätzlich (vgl dazu RS0000267) nicht vom Nachweis abhängig, dass die Gegenleistung bereits erbracht oder sichergestellt ist (3 Ob 121/21x). Dementsprechend hat das Bewilligungsgericht grundsätzlich weder die materielle Berechtigung des betriebenen Anspruchs noch die Frage zu überprüfen, ob bei Vorliegen einer Zug-um-Zug-Verpflichtung der Erbringung der Gegenleistung ein Hindernis entgegensteht. Auch bei einer Leistung Zug um Zug ist die Exekution somit ohne weitere Prüfung, ob die Gegenleistung angeboten oder erbracht wurde, sofort zu bewilligen (*Jakusch* in Angst/Oberhammer, EO<sup>3</sup> [2015] § 8 Rz 9; *Klicka* in Deixler-Hübner, EO [33. Lfg 2021] § 8 Rz 8).

[9] 1.3. In der Entscheidung zu 3 Ob 121/21x wurde dazu ausgesprochen, dass ein Exekutionsantrag allerdings dann abzuweisen sei, wenn zur Zeit der Entscheidung darüber bereits feststehe, dass die Exekution nicht zum Erfolg führen könne. Dies bedeute für die Bewilligung der Exekution wegen eines Anspruchs, den der Verpflichtete nur gegen eine ihm Zug um Zug erbringende Gegenleistung zu erfüllen habe, dass die Exekution nicht bewilligt werden dürfe, wenn feststehe, dass der betreibende Gläubiger die Gegenleistung nicht erbringen werde oder könne (3 Ob 111/99s). Maßgebender Zeitpunkt für die Beurteilung der Exekutionsvoraussetzungen sei die Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt der Beschlussfassung erster Instanz. Alle Umstände, die sich bis zur Entscheidung aktenkundig ergäben, seien zu berücksichtigen (vgl RS0000019 [T4]; RS0000020 [T6]). Dies gelte namentlich auch für vom betreibenden Gläubiger vorgebrachte rechtsaufhebende oder rechtseinschränkende Tatsachen (vgl RS0000031).

[10] 1.4. Die beschriebene Vorgangsweise gilt allerdings nur für jene Fälle, in denen nach der Aktenlage feststeht, dass aufgrund der objektiven Unmöglichkeit der Erbringung der Gegenleistung die betriebene Hauptleistung (ganz oder teilweise) erloschen ist oder aufgrund der Verweigerung der titelmäßigen Gegenleistung durch den Betreibenden die Fälligkeit der Hauptleistung aufgeschoben ist (etwa Verweigerung der Zug um Zug geschuldeten Herausgabe oder der Zug-um-Zug-Zurverfügungstellung einer bestimmten Ersatzwohnung; 3 Ob 7/05h; *Jakusch* in Angst/Oberhammer, EO<sup>3</sup> § 8 Rz 8).

[11] 1.5. Demgegenüber ist im vorliegenden (Sonder-) Fall einer Zug-um-Zug-Verpflichtung aufgrund einer bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung zufolge eines gescheiterten Vertrags (zB wegen einer Irrtumsanfechtung oder der Geltendmachung von *laesio enormis* oder Nichtigkeit) nach der Rsp von der „Zweikonditionen-theorie“ auszugehen, wonach die wechselseitigen Konditionen voneinander unabhängig sind und der Bestand der Hauptleistungspflicht (Rückzahlung des Kaufpreises) nicht von der Bewirkung der Zug um Zug geschuldeten Gegenleistung (Herausgabe der Sachleistung) abhängt (3 Ob 7/05h; 3 Ob 220/07k; 3 Ob 202/12w).

[12] 1.6. Im hier vorliegenden Fall der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung ist der betriebene Anspruch (die Hauptleistung) der Betreibenden durch die Veräußerung des Schwimmbaggers somit nicht erloschen, weshalb der Exekutionsantrag entgegen der Ansicht des Verpflichteten nicht abgewiesen werden kann.

[13] 2.1. Darüber hinaus vertritt der Verpflichtete die Ansicht, es müsse der Umstand, dass er den betriebenen Anspruch nur gegen eine Zug um Zug zu erbringende

Gegenleistung des Betreibenden zu erfüllen habe, in der Exekutionsbewilligung zum Ausdruck gebracht werden, und zwar auch dann, wenn dies im Exekutionsantrag nicht beantragt worden sei.

[14] 2.2. Bei der Exekution wegen eines betriebenen Anspruchs, den der Verpflichtete nur gegen eine ihm Zug um Zug zu gewährende Gegenleistung zu erfüllen hat, ist nach der Rsp zur Klarstellung der beiden Verpflichtungen – auch ohne entsprechenden Antrag (RS0002032 [T8; T9]) – in die Exekutionsbewilligung grundsätzlich ein Hinweis auf die Zug-um-Zug-Verpflichtung aufzunehmen (RS0000268 [T1; T2]; RS0002032; 3 Ob 121/21x). Dies dient dem Schutz des Verpflichteten und ist Voraussetzung dafür, dass dieser von den Rechtsbehelfen, die ihm vom Gesetz zur Wahrung seines Anspruchs auf die Gegenleistung eingeräumt sind, erfolgreich Gebrauch machen kann (*Jakusch* in Angst/Oberhammer, EO<sup>3</sup> § 8 Rz 6).

[15] 2.3. Von der Aufnahme der Zug-um-Zug-Verpflichtung in die Exekutionsbewilligung kann im Allgemeinen nur dann abgesehen werden, wenn der Gläubiger schon im Exekutionsantrag durch Vorlage einer öffentlichen oder öffentlich beglaubigten Urkunde (§ 7 Abs 2 bzw § 9 EO) den Beweis der Erbringung oder Sicherstellung der Gegenleistung erbringt (RS0002032 [T5; T6; T8]; 3 Ob 121/21x). Die Aufnahme der Zug-um-Zug-Verpflichtung in die Exekutionsbewilligung ist darüber hinaus auch dann entbehrlich, wenn sich der Verpflichtete hinsichtlich der Gegenleistung im Annahmeverzug befindet (*Jakusch* in Angst/Oberhammer, EO<sup>3</sup> § 8 Rz 6/2; *Klicka* in Deixler-Hübner, EO § 8 Rz 8b).

[16] 3.1. Im vorliegenden Fall hat das Rekursgericht von der Aufnahme eines Hinweises auf die Zug-um-Zug-Verpflichtung in die Exekutionsbewilligung abgesehen und dies unter Hinweis auf die Entscheidung zu 3 Ob 202/12w damit begründet, dass in den Fällen einer bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung der Verpflichtete im Hinblick auf den Untergang der ihm geschuldeten Sachleistung eine Gegenforderung habe, die an die Stelle der Sachleistung trete, und die Aufnahme der Zug-um-Zug-Verpflichtung in die Exekutionsbewilligung nicht zu erfolgen habe, weil die Betreibende den durch den Verkauf des Schwimmbaggers erzielten Erlös von der titelmäßig geschuldeten Leistung in Abzug gebracht habe.

[17] Diese Rechtsansicht erweist sich als zutreffend.

[18] 3.2. Bei der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung eines gescheiterten Vertrags gilt nach der Rsp die Zwei-Konditionen-Theorie, wonach sich zwei grundsätzlich selbstständige Bereicherungsansprüche gegenüberstehen, die nur durch das Band der Zug-um-Zug-Abwicklung „locker“ miteinander verknüpft sind. Aus diesem Grund führt die Unmöglichkeit der Gegenleistung nicht zum Erlöschen der Hauptleistung. Daraus folgt, dass die exekutive Betreibung der (nicht erloschenen) Hauptleistung trotz des an sich geltenden Zug-um-Zug-Prinzips auch dann möglich ist, wenn die Zug-um-Zug-Gegenleistung untergegangen ist (3 Ob 202/12w).

[19] 3.3. In der Entscheidung zu 3 Ob 99/92 wird festgehalten, dass die Bewilligung der Exekution (bei fehlendem Nachweis über die Bewirkung oder Sicherstellung der Gegenleistung) den Hinweis auf die Beschränkung der Exekution durch die Zug-um-Zug-Verpflichtung gemäß § 8 Abs 1 EO (vgl 3 Ob 111/99s) zu enthalten hat, weil auch noch beim Exekutionsvollzug auf die Verpflichtung zur Gegenleistung Bedacht zu nehmen ist. Die bewilligte Fahrnisexekution ist nämlich zu vollziehen, dem Verpflichteten aber die Gelegenheit zu einem Aufschiebungsantrag nach dem § 42 Abs 1 Z 4 EO zu geben. Nicht nur die Exekutionsbewilligung, sondern auch die Einleitung des Vollzugs, also etwa die Pfän-

dung und Verwahrung beweglicher Sachen bei der Exekution zur Sicherstellung, ist vom Nachweis der Bewirkung oder Sicherstellung der Zug um Zug zu erbringenden Gegenleistung insofern unabhängig, als die Rechte des Verpflichteten durch die Möglichkeit der Exekutionsaufschiebung gewahrt sind und der betreibende Gläubiger, der zur Gegenleistung bereit ist, nicht durch verspäteten Vollzug, also etwa die Erlangung eines späteren Pfandrangs, geschädigt werden darf. Zur Wahrung der Rechte und Rechtsbehelfe des Verpflichteten ist aber in der Exekutionsbewilligung die Zug-um-Zug-Verpflichtung zum Ausdruck zu bringen.

[20] Der Zweck der Aufnahme des Hinweises auf die Zug um Zug zu erbringende Gegenleistung in die Exekutionsbewilligung besteht somit darin, die Leistungsbereitschaft des die Gegenleistung schuldenden Betreibenden auch im Rahmen des Exekutionsvollzugs berücksichtigen zu können und dem Verpflichteten die Ergreifung der damit im Zusammenhang stehenden Rechtsbehelfe zu wahren. Im Anlassfall hat die Betreibende bereits im Exekutionsantrag darauf hingewiesen, dass der von ihr zurückzustellende Schwimmbagger verkauft wurde und sie den sich daraus ergebenden Erlös zugunsten des Verpflichteten von der betriebenen (Haupt-)Forderung in Abzug gebracht hat. Durch dieses Antragsvorbringen der Betreibenden ist der Informationszweck des Zug-um-Zug-Hinweises für den Verpflichteten insofern erfüllt, als er aus diesem bekannt gegebenen Verhalten der Betreibenden Rechtsbehelfe ableiten kann. Die Aufnahme eines Hinweises auf die Zug um Zug zu erbringende Gegenleistung in die Exekutionsbewilligung ist damit entbehrlich.

[21] 4.1. Hat der Betreibende bei Rückabwicklung eines gescheiterten Vertrags aufgrund einer im Exekutionstitel enthaltenen Zug-um-Zug-Verpflichtung eine bestimmte Sache zurückzustellen, so kann der Verpflichtete allfällige Mängel oder Wertverluste ob der zurückzustellenden Sache zwar nicht im Verfahren über die Exekutionsbewilligung einwenden. Aus der vom Betreibenden zu verantwortenden Verschlechterung der Zug um Zug zurückzustellenden Sache, der Unmöglichkeit der Rückstellung oder des Untergangs der Sache abzuleitende Wertersatzansprüche können aber als Gegenforderungen und damit als Einwendungen nach § 35 EO geltend gemacht werden (vgl RS0119939; vgl auch 3 Ob 202/12w; 3 Ob 202/23m), womit der Verpflichtete seine Rechte in Bezug auf die zurückzustellende Sache zu wahren vermag.

[22] 4.2. Die sich in diesem Zusammenhang stellenden Fragen, ob und gegebenenfalls in welchem Betrag dem hier Verpflichteten im Zusammenhang mit der Unmöglichkeit der von der Betreibenden Zug um Zug zu erbringenden Gegenleistung zufolge Verkaufs der zurückzustellenden Sache eine Gegenforderung (Wertersatz in Geld) zusteht und ob eine Aufrechnung durch den Verpflichteten erfolgen wird, sind aber nicht im Verfahren über die Exekutionsbewilligung zu prüfen.

[23] 4.3. Das Gleiche gilt für den im Revisionsrekurs vom Verpflichteten erhobenen Einwand, dass die Betreibende allenfalls einzelne Teile des Schwimmbaggers (Schwimmbänder) nicht verkauft habe, sondern über diese noch verfüge. Da sich dazu weder dem Exekutionstitel noch dem Exekutionsantrag Hinweise entnehmen lassen, steht diesen Behauptungen das Neuerungsverbot entgegen. Es können auch daraus nur Schadenersatzansprüche resultieren, die gegebenenfalls als Gegenforderungen geltend zu machen wären.

[24] 5. Ausgehend von den dargelegten Grundsätzen ist die angefochtene Entscheidung des Rekursgerichts nicht zu beanstanden. Dem Revisionsrekurs war daher der Erfolg zu versagen. [...]



\* \*  
\*  
I.

Der 3 Ob 1/25f vorangehende Titelprozess dürfte materiell-rechtlich keine besonderen Schwierigkeiten bereitet haben. Die dortige Klägerin und hier betreibende Partei (B) hatte um € 285.000 einen Schwimmbagger gekauft, der allerdings mangelhaft war. Es ist daher keine große Überraschung, dass B vom Verkäufer, dem nunmehr Verpflichteten (V), nach gewährleistungsrechtlicher Wandlung<sup>1)</sup> des Kaufvertrags € 285.000 zurückverlangt (§ 1435 ABGB); spiegelbildlich hat V eine auf Rückgabe des Schwimmbaggers gerichtete *condictio causa finita*.<sup>2)</sup>

Diese Ansprüche stehen allerdings nicht unverbunden nebeneinander, sondern gehen Hand in Hand: Ist der Vertrag aufrecht, gibt es keine Bereicherungsansprüche; sobald er aufgelöst ist, können beide Parteien kondizieren. Es ist daher allgemein anerkannt, dass (intendierte<sup>3)</sup>) synallagmatische<sup>4)</sup> Verträge – über entsprechende Einrede<sup>5)</sup> – nur Zug um Zug rückabzuwickeln sind,<sup>6)</sup> wenn gleich die dogmatische Herleitung nicht leicht zu fallen scheint. Im Ergebnis macht es jedenfalls keinen allzu großen Unterschied, ob man sich auf eine Analogie zu § 1052 ABGB stützt,<sup>7)</sup> den Wortlaut von § 877 ABGB, wonach der Anfechtende „dagegen auch“ die seinerseits erhaltenen Leistungen zurückstellen muss, ins Treffen führt,<sup>8)</sup> einen Anwendungsfall des durch Rechtsanalogie begründeten allgemeinen Zurückbehaltungsrechts bei konditionalen Pflichtenbeziehungen sieht,<sup>9)</sup> oder die ergänzende Vertragsauslegung (§ 914 ABGB) bemüht.<sup>10)</sup> Unterm Strich ist jedenfalls klar, dass V den Kaufpreis grundsätzlich<sup>11)</sup> nur dann erstatten muss, wenn B im Gegenzug den Schwimmbagger retourniert. Bs Anspruch auf Rückzahlung von € 285.000 sA war daher nicht unbedingt tituliert, sondern nur Zug um Zug gegen Rückgabe des Schwimmbaggers.

<sup>1)</sup> Der Fall war ausweislich des Entscheidungsdatums vom 31.03.2020 noch nach der Rechtslage vor dem GRUG, BGBl I 175/2021, zu beurteilen.

<sup>2)</sup> *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht<sup>7</sup> (2022) 200, 398.

<sup>3)</sup> *Rummel* in *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> (2014) § 877 Rz 4.

<sup>4)</sup> Vgl 6 Ob 86/04x zur „Abwicklung“ einer Lebensgemeinschaft, bei der es „mangels des aus § 877 ABGB abzuleitenden Austauschverhältnisses zu keiner Zug um Zug-Verpflichtung“ kam (zustimmend *Rummel* in *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 877 Rz 4; kritisch *Wilhelm*, Lebensgemeinschaft: Geschenke, Entgeltleistungen und deren Rückerstattung, *ecolex* 2004, 917).

<sup>5)</sup> RIS-Justiz RS0086350.

<sup>6)</sup> RIS-Justiz RS0016321.

<sup>7)</sup> Etwa *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht<sup>7</sup> 411; *Spitzer/Kodek* in *Schwimm/Kodek*, ABGB Vf<sup>2</sup> (2021) § 1052 Rz 40 (aber auch Rz 54 f); *Wahle* in *Klang*, ABGB IV/2<sup>2</sup> (1978) 91; *Wilburg* in *Klang*, ABGB Vf<sup>2</sup> (1951) 485 (mit Hinweis auf § 877 ABGB); wohl auch *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II<sup>14</sup> (2015) Rz 1769, 1772.

<sup>8)</sup> Beispielsweise RIS-Justiz RS0086350; *F. Bydliński*, Grundfragen der Unerlaubtheitskondition, entwickelt an einem exemplarischen Fall, in *FS Zöllner II* (1999) 1029 (1036); *Gschneider* in *Klang*, ABGB IV/1<sup>2</sup> (1968) 159; *Kodek*, Die Einrede im Zivilrecht<sup>2</sup> (2025) Rz 175; *Koziol/Spitzer* in *KBB*, ABGB<sup>7</sup> (2023) § 1435 Rz 1; *Spitzer/Kodek* in *Schwimm/Kodek*, ABGB Vf<sup>2</sup> § 1052 Rz 54; kritisch zum Wortlautargument *Kerschner* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, *Klang*<sup>3</sup> (2022) § 877 ABGB Rz 1, 24 (siehe aber auch *denselben* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, *Klang*<sup>3</sup> [2018] § 1431 ABGB Rz 4, 40, § 1435 ABGB Rz 10); *Rummel* in *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 877 Rz 4; *Wilhelm*, Anmerkung zu OGH 4 Ob 516/96, *ecolex* 1996, 851 (851).

<sup>9)</sup> Ausführlich *Jabornegg*, Zurückbehaltungsrecht und Einrede des nicht erfüllten Vertrages (1982) 101 ff, 178 ff (insbesondere 184 f), der festhält, dass die „Betonung des methodisch richtigen Weges nicht nur theoretische Spielerei ist“ (184); dem folgend *Kerschner* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, *Klang*<sup>3</sup> § 877 ABGB Rz 24; *Kodek*, Einrede<sup>2</sup> Rz 176; *Spitzer/Kodek* in *Schwimm/Kodek*, ABGB Vf<sup>2</sup> § 1052 Rz 55; wohl auch *Spielbüchler*, Die Leistungskondition im System der kausalen Übereignung, *JBl* 2001, 38 (43).

<sup>10)</sup> *Binder* in *Schwimm*, ABGB IV<sup>3</sup> (2006) § 1052 Rz 34; vgl auch *Jabornegg*, Zurückbehaltungsrecht 103; kritisch aber *Kerschner* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, *Klang*<sup>3</sup> § 877 ABGB Rz 24 („eher konstruiert“). Konsequenz einer – rein – vertraglichen Ableitung aus § 914 ABGB – im Gegensatz zu einer unmittelbar im Gesetz begründeten – wäre jedenfalls, dass die Begründung des Zug-um-Zug-Einwands dort Schwierigkeiten bereiten muss, in denen es keinen Vertrag gibt, der ergänzend auszulegen ist, etwa in Fällen des Dissenses oder bei Geschäftsunfähigkeit (vgl auch *Wilhelm*, *ecolex* 1996, 851).

<sup>11)</sup> Zum zufälligen Unmöglichwerden einer der Leistungen aber noch unten bei Fn 49.

Das führt vom unkomplizierten Erkenntnis- zum weniger einfachen Exekutionsverfahren. B hatte den Bagger nach dem eigenen Vorbringen nämlich „im Wege der Ersatzvornahme verkauft“,<sup>12)</sup> weshalb sie ihn nicht mehr zurückgeben könne. Dennoch bewilligt ihr der fachzuständige<sup>13)</sup> 3. Senat die Zwangsvollstreckung gegen V, und zwar ohne jedweden Hinweis auf die titelmäßig zu erbringende Gegenleistung. Damit setzt er sich – jedenfalls scheinbar – gleich mehrfach in Widerspruch zu den in seiner bisherigen Rsp herausgearbeiteten Leitlinien zur Zug-um-Zug-Vollstreckung: Nach einem altährwürdigen Rechtssatz ist „eine Zug um Zug zu erbringende Gegenleistung des betreibenden Gläubigers“ sehr wohl „in der Exekutionsbewilligung zum Ausdruck zu bringen“;<sup>14)</sup> in einer jüngeren Entscheidung erfährt man außerdem, dass die Exekution gar „nicht bewilligt werden darf“, der Exekutionsantrag vielmehr abzuweisen ist, „wenn feststeht, dass der betreibende Gläubiger die Gegenleistung nicht erbringen wird oder kann“.<sup>15)</sup>

Dass er im Schwimmbagger-Fall keines von beiden getan, sondern die Exekution unbedingt bewilligt hat, begründet der OGH mit der „im vorliegenden (Sonder-)Fall einer Zug-um-Zug-Verpflichtung aufgrund einer bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung“ anzuwendenden Zwei-Konditionen-Theorie<sup>16)</sup> und sucht die Lösung für 3 Ob 1/25f damit im materiellen Recht. Die Entscheidung spannt daher die Folie, um die Grundsätze zur exekutionsrechtlichen Behandlung von Zug-um-Zug-Titeln im „Normalfall“ zu rekapitulieren (II.) und davon ausgehend die Sonderbehandlung bereicherungsrechtlicher Rückabwicklung, wie sie der OGH im Schwimmbagger-Fall vor Augen hat, allgemein (III.) wie im konkreten Fall (IV.) zu beleuchten.

## II.

Wendet man sich daher „klassischen“ Zug-um-Zug-Verpflichtungen zu – wenn beispielsweise der Verkäufer die Kaufsache nur Zug um Zug gegen Bezahlung übergeben muss (§ 1052 S 1 ABGB<sup>17)</sup>) – findet sich ein erster Anhaltspunkt zu deren vollstreckungsrechtlicher Handhabung in § 8 Abs 1 (S 1<sup>18)</sup>) EO. Danach ist die Exekutionsbewilligung „von dem Nachweis, dass die Gegenleistung bereits bewirkt oder doch ihre Erfüllung sichergestellt sei, nicht abhängig“. Begründet wird das damit, dass der betreibende Gläubiger sonst in Vorleistung gehen müsste – für Vorleistungspflichten kennt § 7 Abs 2 S 2 EO tatsächlich ein entsprechendes Nachweiserfordernis –, was der materiellen Rechtslage, die eben eine Zug-um-Zug-Verpflichtung vorsieht, widersprechen würde.<sup>19)</sup> Dem

<sup>12)</sup> OGH 27.02.2025, 3 Ob 1/25f Rz 2. Dass B die Bewilligung nur im Umfang von € 115.000 sA beantragt hatte, weil er die dabei erzielten € 170.000 auf die Schuld angerechnet habe, tut in der Logik des OGH nichts zur Sache; mit seiner Begründung hätte auch die Exekution in Höhe von € 285.000 sA bewilligt werden müssen (vgl bei Fn 70).

<sup>13)</sup> Derzeit OGH 30.06.2025, 502 Präs 25/25h Punkt I.3.1.1.

<sup>14)</sup> RIS-Justiz RS0002032.

<sup>15)</sup> OGH 22.12.2021, 3 Ob 121/21x Rz 12 unter Berufung auf OGH 28.04.1999, 3 Ob 111/99s.

<sup>16)</sup> OGH 27.02.2025, 3 Ob 1/25f Rz 10 ff, 18 ff.

<sup>17)</sup> Zur genauen dogmatischen Einordnung jüngst etwa *Holzner*, Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages (2023) 11 ff; *Kodek*, Einrede<sup>2</sup> 89 ff.

<sup>18)</sup> Mit der GREx BGBl I 86/2021 wurde § 8 Abs 1 EO ein zweiter Satz angefügt, nach dem – einer Anregung von *P. Bydliński*, Grund- und Einzelfragen des Liegenschaftserwerbs, ausgehend vom mündlichen Grundstückskauf, NZ 2015, 281 (297) folgend (ErlRV 770 BlgNR XXVII. GP 8) – die Gegenleistung beim Exekutionsgericht hinterlegt werden kann, sofern sie, wie Geld oder Wertpapiere, zum gerichtlichen Erlag geeignet ist (§ 284 Abs 1 Geo).

<sup>19)</sup> *Braumüller*, Das Zurückbehaltungsrecht in Exekution und Insolvenz (1991) 50; *Holzhammer*, Österreichisches Zwangsvollstreckungsrecht<sup>4</sup> (1993) 88; *Rechberger/Simotta*, Exekutionsverfahren<sup>2</sup> (1992) Rz 244; *Roth*, Exekutions- und Insolvenzrecht<sup>12</sup> (2022) 44; zur deutschen Klauselerteilung nach § 726 Abs 2 dZPO etwa *Bartels* in *Stein/Jonas*, ZPO VII<sup>23</sup> (2024) § 726 Rz 16; *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard*, Zwangsvollstreckungsrecht<sup>12</sup> (2010) § 16 Rz 39; *Heßler* in *Krüger/Rauscher*, MünchKomm ZPO II<sup>7</sup> (2025) § 756 Rz 2; *Schilken*, Wechselbeziehungen zwischen Vollstreckungsrecht und

Käufer wird also die Exekution bewilligt, obwohl er selbst noch nicht geleistet hat.

Das bedeutet indes nicht, dass der verpflichtete Verkäufer vorleisten, also die Sache übergeben muss, ohne je Geld gesehen zu haben, und das materielle Recht im Exekutionsverfahren so ins entgegengesetzte Extrem verkehrt wird. Darauf legen schon die Materialien Wert: Die Erbringung der Gegenleistung solle nur kein „Hindernis der Exekutionsbewilligung“ sein, sehr wohl aber eine „Bedingung der realen Leistung des Verpflichteten“,<sup>20</sup> wofür die EO an anderer Stelle Vorsorge trifft: Nach § 42 (nunmehr: Abs 1) Z 4 ist die Aufschiebung der Exekution anzuordnen, wenn der betriebene Anspruch Zug um Zug zu erbringen ist, aber „der Gläubiger weder die ihm obliegende Gegenleistung bewirkt hat, noch dieselbe zu bewirken oder sicherzustellen bereit ist“.

Das Regelungskonzept bei Zug-um-Zug-Titeln ist damit klar: Die Exekution wird ohne Nachweis der Gegenleistung bewilligt (§ 8 Abs 1 S 1 EO), weil „der einleitende Abschnitt des Exekutionsverfahrens durch irgendwelche ehrlich gemeinte oder schikanöse Streitigkeiten und Verhandlungen nicht verwirrt oder verlängert werden soll“;<sup>21</sup> der verpflichtete Schuldner hat es aber in der Hand, ihr Ausbleiben mittels Aufschiebungsantrags geltend zu machen (§ 42 Abs 1 Z 4 EO) und so der materiellen Rechtslage im Exekutionsverfahren zum Durchbruch zu verhelfen.<sup>22</sup> Bietet der Käufer den Kaufpreis nicht an, kann der Verkäufer daher trotz Bewilligung der Exekution ihren Vollzug verhindern.

Beantragt er die Aufschiebung allerdings nicht, dann wird vollstreckt. Anders als in Deutschland, wo der Gerichtsvollzieher aus Eigenem Bedacht auf die Gegenleistung nehmen muss (§ 756 Abs 1 dZPO),<sup>23</sup> gibt es nach nunmehr hA nämlich keine amtswegige Prüfung.<sup>24</sup> Auch das passt zum materiellen Recht, weil die Zug-um-Zug-Verpflichtung im Titelverfahren ebenso nur auf Einrede hin berücksichtigt wird.<sup>25</sup> Der OGH hat für die Exeku-

tion zwar einmal obiter Gegenteiliges angedeutet und sich dafür auf Punkt 25 Abs 1 des Dienstbuchs für Vollstrecker<sup>26</sup> berufen, das tatsächlich eine amtswegige Berücksichtigung vor Augen gehabt haben dürfte;<sup>27</sup> dieser Erlass – dessen Rechtsqualität ohnehin umstritten war<sup>28</sup> – ist inzwischen aber ersatzlos aufgehoben worden.<sup>29</sup> Es bleibt daher beim beschriebenen Zusammenspiel von § 8 Abs 1 S 1, § 42 Abs 1 Z 4 EO, wie der 3. Senat erst jüngst wieder festgehalten hat: Es ist nun einmal „Sache des Verpflichteten, für die Durchsetzung seines Rechts zu sorgen“,<sup>30</sup> wobei das Gericht – allenfalls in Person des Gerichtsvollziehers – den Verpflichteten immerhin manuduzieren und auf die Möglichkeit eines Aufschiebungsantrags hinweisen wird müssen.<sup>31</sup>

Und auch sonst lässt die Judikatur den Verpflichteten nicht ganz alleine: Eine Aufschiebung nach § 42 Abs 1 Z 4 EO ist nur möglich, wenn die Zug-um-Zug-Verpflichtung aus der Exekutionsbewilligung hervorgeht,<sup>32</sup> denn in den Worten des OGH wird erst durch diesen Hinweis „der Vollstreckungsanspruch des betreibenden Gläubigers gemindert“.<sup>33</sup> Damit der Verpflichtete so nicht schon im Stadium der Exekutionsbewilligung um seine Gegenforderung umfällt, weil die Exekution unbedingt bewilligt wird, judiziert der OGH seit 1901,<sup>34</sup> dass die aus dem Titel hervorgehende Zug-um-Zug-Verpflichtung von Amts wegen in die Exekutionsbewilligung aufzunehmen ist – also auch dann, wenn der Gläubiger diese Einschränkung im Antrag nicht selbst zum Ausdruck gebracht hat.<sup>35</sup>

Es ist daher zwar weder der Exekutionsantrag abzuweisen, bloß weil die Gegenleistung noch nicht erbracht worden ist (§ 8 Abs 1 S 1 EO), noch wird beim Vollzug amtswegig darauf Rücksicht genommen; die Gerichte legen dem Verpflichteten mit dem amtswegigen Hinweis auf die Zug-um-Zug-Verpflichtung in der Bewilligung aber zumindest die Rutsche zu einem Aufschiebungsan-

Recht dahingehend relativierend, dass dieser Gleichklang nicht zwingend ist, aber *Holzner*, Einrede 76.

<sup>20</sup> Abgedruckt bei *Angst/Jakusch/Pimmer*, EO<sup>13</sup> (1995) Anhang 4; kritisch dazu etwa *Braumüller*, Zurückbehaltungsrecht 54; *Burgstaller*, ZZZ 105 (1992) 421; *Holzhammer*, Zwangsvollstreckungsrecht<sup>4</sup> 88; *Rechberger/Oberhammer*, Exekutionsrecht<sup>5</sup> Rz 101; *Rechberger/Simotta*, Exekutionsrecht<sup>2</sup> Rz 244.

<sup>21</sup> OGH 3 Ob 87/65 = MietSlg 17.813: Fehlen der Gegenleistung als „Vollzugshindernis“; womöglich auch OGH 16.09.1992, 3 Ob 99/92, wonach beim Vollzug „auf die Verpflichtung zur Gegenleistung Bedacht zu nehmen“ sei.

<sup>22</sup> *Berger*, Vermischte exekutionsrechtliche Fragen, OJZ 1981, 449 (449 f) mwN aus Literatur und Rsp; vgl auch OGH 22.06.1993, 1 Ob 5/93 zur Schutzgesetzzeigenschaft im Kontext des § 1311 ABGB sowie VfGH V 27/77 = VfSlg 8255/1978, wonach der „Normcharakter des Erlasses [...] für jede einzelne Aussage gesondert zu prüfen“ sei.

<sup>23</sup> JABl 27/1996; vgl etwa *Leb* in Garber/Simotta, EO § 300 Rz 4 Fn 6.

<sup>24</sup> OGH 28.10.2024, 3 Ob 142/24; vgl auch die grundlegende Aufarbeitung in OGH 31.03.2005, 3 Ob 7/05h und daraus destilliert RIS-Justiz RS0002040 (T4).

<sup>25</sup> Vgl OGH 12.07.2000, 3 Ob 9/00w.

<sup>26</sup> *Deixler-Hübner* in Deixler-Hübner, EO § 42 Rz 10; *Heller/Berger/Stix*, EO I<sup>4</sup> 214 f; *Jakusch* in Angst/Oberhammer, EO<sup>3</sup> § 42 Rz 47; auch schon *Neumann/Lichtblau*, EO I<sup>3</sup> 68 und wohl *Holzhammer*, Zwangsvollstreckungsrecht<sup>4</sup> 88; aA etwa *Heller/Trenkwalder*, EO<sup>3</sup> 20 f Fn 4 im Anschluss an Punkt 33 Abs 6 des Dienstbuchs für Vollstrecker (dazu bei und in Fn 26), was *Heller/Berger/Stix*, EO I<sup>4</sup> schlicht als „falsch“ bezeichnen; vgl auch *Tilsch*, Der Einfluss der Zivilprozessgesetze auf das materielle Recht<sup>2</sup> (1901) 259 f.

<sup>27</sup> So schon OGH 06.03.1968, 3 Ob 20/68; siehe auch OGH 28.04.1999, 3 Ob 111/99s; 12.07.2000, 3 Ob 9/00w.

<sup>28</sup> OGH 30.05.1901 = Právník 1901, 491, worauf auch OGH 28.06.1950, 1 Ob 241/50 sowie sekundär OGH 11.06.2008, 3 Ob 58/08p verweisen.

<sup>29</sup> RIS-Justiz RS0002032; davor auch schon OGH 28.06.1950, 1 Ob 241/50; 1 Ob 1210/37 = ZBl 1938/200; aus der Literatur *Neumann/Lichtblau*, EO I<sup>3</sup> 68; eine uneingeschränkte Bewilligung für möglich haltend hingegen offenbar etwa *Wahle* in Klang, ABGB IV/2<sup>2</sup> (1965) 95 f, wenngleich zumindest die in Fn 198 zitierten Entscheidungen dieses Ergebnis nicht stützen; differenzierend *Tilsch*, Einfluss<sup>2</sup> 259 f, der dann aber einen Antrag nach § 42 Abs 1 Z 4 EO auch ohne Aufnahme in die Bewilligung für möglich hält. Die gegenteilige Ansicht von *Jakusch* in Angst/Oberhammer, EO<sup>3</sup> § 8 Rz 5, wonach der betreibende Gläubiger die Gegenleistungspflicht bei sonstiger Abweisung im Exekutionsantrag zum Ausdruck bringen müsse, hat OGH 11.06.2008, 3 Ob 58/08p verworfen. Anderes soll nach OGH 28.04.2004, 3 Ob 265/03x im vereinfachten Bewilligungsverfahren nach §§ 54b ff EO gelten, wobei OGH 11.06.2008, 3 Ob 58/08p präzisiert, dass auch hier der Antrag nicht auf Bewilligung Zug um Zug lauten müsse, sofern zumindest Vorbringen erstattet wird, das dem Gericht eine amtswegige Einschränkung ermöglicht; widrigenfalls sei das Bewilligungsverfahren nach einem Einspruch aus generalpräventiven Gründen aber einzustellen.

materiellem Recht bei Zug-um-Zug-Leistungen, AcP 181 (1981) 355 (357); kritisch aber *Wach*, Vorträge über die Reichs-Civilprozessordnung<sup>2</sup> (1896) 325: „Denkfehler“, weil die Vollstreckung nicht von der eigenen Leistung oder deren unbedingten Angebot, sondern deren „Angebot gegen Gegenleistung“ abhängt und im Annahmeverzug vollstreckt werden könne; dem folgend *Reuter*, Die Verurteilung zur Leistung Zug um Zug (1909) 73 f, 76.

<sup>20</sup> Materialien zu den österreichischen Zivilprozessgesetzen I (1897) 471.

<sup>21</sup> *Klein/Engel*, Der Zivilprozess Österreichs (1927) 507, die das Gesetzeskonzept insbesondere mit dem Anliegen begründen, dass dem Gläubiger der Pfandrang gesichert werden soll.

<sup>22</sup> Explizit *Jakusch* in Angst/Oberhammer, EO<sup>3</sup> (2015) § 8 Rz 12, § 42 Rz 47 und dem folgend OGH 31.03.2005, 3 Ob 7/05h; vgl auch *Garber/Otti* in Garber/Simotta, EO (2023) § 42 Rz 33 und schon *Heller/Berger/Stix*, Kommentar zur Exekutionsordnung I<sup>1</sup> (1969) 216; *Neumann*, Die Executions-Ordnung (1900) 432; *Neumann/Lichtblau*, Kommentar zur Exekutionsordnung I<sup>3</sup> (1928) 68. Strittig ist, wie es dann weitergeht: *Heller/Berger/Stix*, EO I<sup>4</sup> 542 wollen dem Verpflichteten eine Frist für „eine entsprechende Klage“ setzen (542; ähnlich 220), was *Klicka* in Deixler-Hübner, EO (33. Lfg 2021) § 8 Rz 19 als Impugnationsklage versteht und übernimmt. Nach *Deixler-Hübner* in Deixler-Hübner, EO (33. Lfg 2021) § 42 Rz 10b und *Holzhammer*, Zwangsvollstreckungsrecht<sup>4</sup> 115 soll hingegen eine Oppositionsklage gemeint sein, beide lehnen aber eine Fristsetzung genauso ab wie *Jakusch* in Angst/Oberhammer, EO<sup>3</sup> (2015) § 42 Rz 47, der fragt, welche Klage überhaupt zu erheben wäre; gegen eine Fristsetzung jedenfalls im Regelfall auch *Burgstaller*, Vollstreckung von Zug-um-Zug-Titeln in Österreich, ZZZ 105 (1992) 420 (421 f).

<sup>23</sup> Das bürdet ihm allerdings „die oft schwierige Prüfung auf, ob der Gläubiger seine Gegenleistung ordnungsgemäß erbracht“ hat, weshalb die lege ferenda eine Orientierung an der österreichischen Lösung vorgeschlagen wird (*Gaul/Schilken/Becker-Eberhard*, Zwangsvollstreckungsrecht<sup>12</sup> § 16 Rz 39 f).

<sup>24</sup> *Braumüller*, Zurückbehaltungsrecht 53 ff; *Burgstaller*, ZZZ 105 (1992) 420 (421); *Heller/Berger/Stix*, EO I<sup>4</sup> 215 ff, 541; *Holzhammer*, Zwangsvollstreckungsrecht<sup>4</sup> 88; *Holzner*, Einrede 75, 81; *Jakusch* in Angst/Oberhammer, EO<sup>3</sup> § 8 Rz 13; *Karl* in Garber/Simotta, EO § 8 Rz 9; *Klicka* in Deixler-Hübner, EO § 8 Rz 14; *Rechberger/Oberhammer*, Exekutionsrecht<sup>5</sup> (2009) Rz 101; *Rechberger/Simotta*, Exekutionsrecht<sup>2</sup> Rz 244; *Trenker*, Exekutionsrecht (2025) Rz 100; siehe auch *Czoernig*, Vorlesungen über die Executionsordnung (1898) 13; aA noch *Ehrenzweig*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts II/1<sup>2</sup> (1928) 214 f; *Heller/Trenkwalder*, Die österreichische Exekutionsordnung in ihrer praktischen Anwendung<sup>2</sup> (1934) 20 f Fn 4; *Neumann*, Executions-Ordnung 40; *Neumann/Lichtblau*, EO I<sup>3</sup> 68; weiterhin *Aicher* in Rummel/Lukas, ABGB<sup>3</sup> (2017) § 1052 Rz 33; *Kodek*, Einrede<sup>2</sup> Rz 249, 251.

<sup>25</sup> Zu § 1052 ABGB RIS-Justiz RS0020997; dies auf Zug um Zug zu erfüllende wechselseitige Konditionen übertragend RIS-Justiz RS0086350; im vorliegenden Kontext auch *Braumüller*, Zurückbehaltungsrecht 55; zu



trag nach § 42 Abs 1 Z 4 EO. Das ist unschädlich und hat im regelmäßig einseitigen Bewilligungsverfahren (§ 54 Abs 1 EO)<sup>36)</sup> nicht nur Servicecharakter, sondern erspart der verpflichteten Partei auch einen sonst möglichen Rekurs<sup>37)</sup> gegen die Exekutionsbewilligung samt darauf gegründetem Aufschiebungsantrag nach § 42 Abs 1 Z 7 EO.

Somit zeigt sich: Die Vollstreckung von Zug-um-Zug-Titeln wirkt hochtechnisch; die Judikatur stellt im Dialog mit den Vorgaben der EO allerdings ein ausgeklügeltes System zur Umsetzung des materiellen Rechts bereit.

Der Blick auf das materielle Recht schlägt die Brücke zu einem weiteren exekutionsrechtlichen Gedanken. Häufig bedingen sich wechselseitig geschuldete Leistungen nicht nur dergestalt, dass sie Zug um Zug zu erbringen sind; regelmäßig führt das Unmöglichwerden der eigenen Leistung auch zum Erlöschen der Schuld des anderen. Geht etwa die Kaufsache zufällig unter, muss daher der Verkäufer nicht leisten, er bekommt aber auch keinen Kaufpreis (§ 1447 ABGB).<sup>38)</sup> In der vollstreckungsrechtlichen Übersetzung bedeutet das, dass sich der Käufer gegen die Exekutionsführung des Verkäufers mittels Oppositionsklage zur Wehr setzen kann, wenn dessen Leistung nach Schluss der mündlichen Verhandlung I. Instanz im Titelverfahren unmöglich wird.<sup>39)</sup>

Diese Gedanken hat der 3. Senat jüngst weiterentwickelt.<sup>40)</sup> Ergibt sich schon aus dem Vorbringen der Antragstellerin, dass die im Titel ausgewiesene Zug-um-Zug-Gegenleistung nicht erbracht werden könne, dann könne man sich den Umweg über § 42 Abs 1 Z 4 bzw § 35 EO sparen. Denn mit der Unmöglichkeit der Gegenleistung stehe auch fest, dass die Exekution insgesamt nicht zum Erfolg führen werde, sodass der Exekutionsantrag schlicht abzuweisen sei. Angesichts des Grundkonzepts, wonach die Erbringung der Gegenleistung gerade nicht amtswegig zu prüfen ist,<sup>41)</sup> lässt sich dem zwar entgegenhalten, dass die Erfolglosigkeit der Exekution gerade nicht feststeht, nur weil die Gegenleistung unmöglich geworden ist;<sup>42)</sup> diese Weichenstellung soll hier aber nicht

näher beleuchtet, sondern als datum hingenommen werden.

### III.

Legt man diese Grundsätze auf den Schwimmbagger-Fall um, dann erstaunt die Entscheidung auf den ersten Blick: Weder nimmt 3 Ob 1/25f einen Hinweis auf die Zug um Zug zu erbringende Gegenleistung auf, den der OGH für „entbehrlich“ hält,<sup>43)</sup> noch weist er den Antrag wegen Unmöglichwerden der Gegenleistung ab, wie es noch das Erstgericht getan hatte.<sup>44)</sup> Stattdessen bewilligt der 3. Senat die unbedingte Zwangsvollstreckung. Als Grund für die Sonderbehandlung des vorliegenden Falls identifiziert der OGH seine bereicherungsrechtliche Tangente: Die Leistungskonditionen seien nämlich „nur durch das Band der Zug-um-Zug-Abwicklung ‚locker‘ miteinander verknüpft“;<sup>45)</sup> anders als sonst sei aber die „exekutive Betreibung der (nicht erloschenen) Hauptleistung trotz des an sich geltenden Zug-um-Zug-Prinzips auch dann möglich [...], wenn die Zug-um-Zug-Gegenleistung untergegangen ist“.<sup>46)</sup> Damit will der OGH die aus dem Bereicherungsrecht bekannte Zwei-Konditionen-Theorie auf Basis einer 2005 begründeten Judikaturlinie exekutionsrechtlich weiterdenken.<sup>47)</sup>

*Prima facie* scheint das schlüssig. Tatsächlich rankt sich im materiellen Recht ein ewiger Theorienstreit um die Frage, wer im Bereicherungsrecht die Nachteile des zufälligen Untergangs einer der Leistungen tragen soll: Während in der Literatur aber sogar die Frage umstritten ist, ob es neben Saldo- und Zwei-Konditionen- noch eine dritte Theorie gibt,<sup>48)</sup> bekennt sich die Judikatur – je nach Fassung unbelehrbar oder erfrischend unverkrampft – seit jeher zur Zwei-Konditionen-Theorie.<sup>49)</sup> Danach sind wechselseitige Bereicherungsschulden zwar weiterhin Zug um Zug zu erfüllen; das zufällige Unmöglichwerden der einen Leistung ändert aber nichts am Weiterbestehen ihres Gegenübers. Anders als beim zufälligen Untergang der Kaufsache vor Übergabe, bei dem weder Käufer noch Verkäufer leisten müssen (§ 1447 ABGB), entfällt der Zug-um-Zug-Einwand bei der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung daher: Der Verkäufer muss den Kaufpreis auskehren, obwohl die an sich Zug um Zug zurückzugebende Sache untergegangen ist.

Auf den zweiten Blick ist dennoch fraglich, ob die Zwei-Konditionen-Theorie auf diesem Weg ohne Weiteres ins Exekutionsbewilligungsverfahren Eingang finden sollte. Selbst wenn man ihr folgt, kann sie nur das Ergebnis eines aufgrund eines gerichtlichen Beweisverfahrens feststehenden Sachverhalts sein. Für den OGH reicht hingegen offenbar schon die bloße Behauptung der „Un-

<sup>36)</sup> Jakusch in Angst/Oberhammer, EO<sup>3</sup> § 3 Rz 13.

<sup>37)</sup> Heller/Berger/Stiz, EO I<sup>4</sup> 215, 220 Jakusch in Angst/Oberhammer, EO<sup>3</sup> § 8 Rz 7; Karl in Garber/Simotta, EO § 8 Rz 14; Klicka in Deixler-Hübner, EO § 8 Rz 20.

<sup>38)</sup> Perner/Spitzer/Kodek, Bürgerliches Recht<sup>7</sup> 172 f.

<sup>39)</sup> Vgl schon RIS-Justiz RS0000261, auch in Abgrenzung zum Aufschiebungsantrag nach § 42 Abs 1 Z 4 EO; weiters OGH 31.03.2005, 3 Ob 7/05h; 19.12.2012, 3 Ob 202/12w; 22.12.2021, 3 Ob 121/21x Rz 11. In der Judikatur nicht eindeutig beantwortet wird die Frage, ob eine Oppositionsklage möglich ist, wenn die Zug-um-Zug-Verpflichtung mangels Einwands im Erkenntnisverfahren nicht im Titel zum Ausdruck kommt. Eine ältere Entscheidung verneint das, weil die vorbehaltslose Verurteilung das Synallagma „zerschneidet“ (OGH 3 Ob 479/31 = SZ 13/148; dem folgend OGH 3 Ob 107/69 = EvBl 1970/167; bloß referierend OGH 23.04.1997, 3 Ob 4/97b; die sonstigen zu RIS-Justiz RS0000265 indizierten Entscheidungen äußern sich zu dieser Frage nicht, OGH 22.01.1992, 3 Ob 124/91 ist – wie wohl auch OGH 3 Ob 111/63 = EvBl 1964/52 – sogar in die gegenteilige Richtung zu verstehen), eine jüngere Entscheidung meint hingegen, der „Umstand, dass der Exekutionstitel, aufgrund dessen die beklagte Partei gegen den Kläger Exekution führt, keine Zug-um-Zug-Verpflichtung enthält, [...] grundsätzlich kein Hindernis für nachträgliche Vereinbarungen bzw. Vorgänge dar[stellt], deren Eignung als Oppositionsgrund zu beurteilen ist“ (OGH 26.07.2006, 3 Ob 84/05g). Dass die im Titelverfahren unterlassene Zug-um-Zug-Einrede nicht mit Oppositionsklage nachgeholt werden könne (Karl in Garber/Simotta, EO § 8 Rz 13 beruft sich dafür auf Spitzer/Kodek in Schwimann/Kodek, ABGB VI<sup>5</sup> § 1052 Rz 140, die auf Rz 133 und dort auf OGH 3 Ob 479/31 = SZ 13/148 weiterverweisen; ähnlich Aicher in Rummel/Lukas, ABGB<sup>5</sup> § 1052 Rz 34 im Anschluss an OGH 3 Ob 107/69 = EvBl 1970/167), ist daher jedenfalls für nachträgliches Unmöglichwerden der Gegenleistung nicht (mehr) durch einheitliche Rsp gedeckt.

<sup>40)</sup> OGH 22.12.2021, 3 Ob 121/21x unter Berufung auf die „bereits vorliegend[e] Rechtsprechung des Fachsenats“ OGH 28.04.1999, 3 Ob 111/99s, wobei der OGH das Vorliegen der Voraussetzungen für die Abweisung damals verneint hat.

<sup>41)</sup> Oben bei Fn 24, 30.

<sup>42)</sup> Die – ausweislich des Hinweises auf Angst/Jakusch/Pimmer, EO<sup>13</sup> § 3 E 40 in OGH 28.04.1999, 3 Ob 111/99s auch von 3. Senat bemühte – Rechtsprechungslinie, wonach ein Exekutionsantrag bei feststehender Erfolglosigkeit abzuweisen ist (angedeutet schon bei Neumann/Lichtblau, EO I<sup>4</sup> 220), hat jedenfalls primär andere Fälle vor Augen, insbesondere das evidente Nichtbestehen der zu pfändenden Forderung (RIS-Justiz RS0000085 [T2]; aus jüngerer Zeit OGH 24.08.2011, 3 Ob 86/11k); weiters dazu etwa Jakusch in Angst/Oberhammer, EO<sup>3</sup> § 3 Rz 22.

<sup>43)</sup> OGH 27.02.2025, 3 Ob 1/25f Rz 20.

<sup>44)</sup> OGH 27.02.2025, 3 Ob 1/25f Rz 3.

<sup>45)</sup> OGH 27.02.2025, 3 Ob 1/25f Rz 18. Die Formulierung geht auf Wendehorst, Leistungskondition und Rückabwicklung von Verträgen, in FS Koziol (2010) 425 (453) zurück.

<sup>46)</sup> OGH 27.02.2025, 3 Ob 1/25f Rz 18; aA noch – zu OGH 31.03.2005, 3 Ob 7/05h allerdings explizit abgelehnt – OGH 3 Ob 20/61 = JBl 1961, 551, der Kondiktionsansprüche undifferenziert wie sonstige Zug-um-Zug-Verpflichtungen behandelt.

<sup>47)</sup> OGH 27.02.2025, 3 Ob 1/25f Rz 11, 18; ausgehend von OGH 31.03.2005, 3 Ob 7/05h; weiters OGH 27.11.2007, 3 Ob 220/07k; 19.12.2012, 3 Ob 202/12w.

<sup>48)</sup> Vgl Wendehorst in FS Koziol 453 f, die die Anwendung „allgemeine[r] Lehren“, wonach mit der Regel *casum sentit dominus* danach zu entscheiden sei, ob Eigentum übergegangen sei, „mitnichten“ als dritte, sondern als Spielart der Zwei-Konditionen-Theorie begreift; zu all dem Perner/Spitzer/Kodek, Bürgerliches Recht<sup>7</sup> 411 ff.

<sup>49)</sup> OGH 11.12.2006, 7 Ob 201/05t hält ein Abweichen davon sogar für grüßlich benachteiligend (§ 879 Abs 3 ABGB); Kerschner in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang<sup>2</sup> § 1431 ABGB Rz 42 kritisiert indes, dass es sich dabei um ein Lippenbekenntnis handle, der OGH im Ergebnis aber oft im Sinne der Saldotheorie entscheide (ähnlich derselbe, Zu einem systemkonformen österreichischen Bereicherungsrecht – dreizehn Thesen, JBl 2023, 273 [279]); offenlassend, „[o]b zu dieser Frage eine einheitliche Rechtsprechung vorliegt“, auch OGH 04.07.2013, 6 Ob 64/13z.

möglichkeit der Gegenleistung<sup>50)</sup> im typischerweise einseitigen Bewilligungsverfahren (§ 54 Abs 1 EO)<sup>51)</sup> aus, gegen die sich die verpflichtete Partei wegen des dort geltenden Neuerungsverbots im Rekursverfahren in aller Regel nicht zu Wehr setzen kann.<sup>52)</sup> *Deopito* hat sich daher mit guten Gründen dagegen ausgesprochen, der verpflichteten Partei die Klagslast aufzubürden, und stattdessen eine analoge Anwendung der – vom betreibenden Gläubiger zu erhebenden – Titelergänzungsklage (§ 10 EO) vorgeschlagen.<sup>53)</sup>

Dazu bietet sich ein Abgleich mit einem verwandten Problemkreis an: So soll, wie nicht zuletzt die Anlassentscheidung 3 Ob 1/25f selbst festhält,<sup>54)</sup> der Hinweis auf die Zug-um-Zug-Verpflichtung in der Exekutionsbewilligung dann entfallen können, wenn sich der Schuldner im Annahmeverzug befindet.<sup>55)</sup> Auch hier nimmt die Rsp die Behauptung des betreibenden Gläubigers aber nicht für bare Münze; vielmehr hat der 3. Senat – gerade weil die Zug-um-Zug-Verpflichtung ein mit § 7 Abs 2 EO vergleichbarer, „die Vollstreckbarkeit mindernder Umstand“ sei – die Vorlage einer qualifizierten Urkunde verlangt.<sup>56)</sup> Gerade für das Fehlen derartiger Urkunden sieht aber § 10 EO die Titelergänzungsklage vor.

Damit wäre ein auf Basis des Zug-um-Zug-Titels gestellter Exekutionsantrag trotz Zwei-Konditionen-Theorie schlicht abzuweisen,<sup>57)</sup> wenn man die Judikaturlinie zur Unmöglichkeit der Gegenleistung für einschlägig hält;<sup>58)</sup> alternativ wäre ihm nur mit Hinweis auf die Gegenleistung stattzugeben, um der verpflichteten Partei einen Aufschiebungsantrag nach § 42 Abs 1 Z 4 EO zu ermöglichen.<sup>59)</sup> Ob hingegen das Unmöglichwerden der Gegenleistung tatsächlich in Analogie zu § 10 EO mit Titelergänzungsklage geltend zu machen oder – weil es sich ohnehin um ein novum productum handelt<sup>60)</sup> – schlicht eine neue Leistungsklage zu erheben ist, mit der die diesmal unbedingte Verurteilung verlangt wird, scheint dann sekundär: Im zweiten Verfahren geht es (nur mehr) um den Entfall der Zug-um-Zug-Verpflichtung infolge Unmöglichkeit der Gegenleistung, wofür aber der Kläger beweispflichtig ist und wozu der Zivilprozess das geeignetere forum bietet als das Exekutionsbewilligungsverfahren.

Man müsste sich außerdem keine Sorgen machen, damit das gesamte Erstverfahren neu aufzurollen. Dass der Anspruch ursprünglich bestanden hat, steht aufgrund der Rechtskraft des ersten Verfahrens ohnehin fest,<sup>61)</sup> sodass sich das Prozessprogramm auf das zufällige nachträgliche Unmöglichwerden der Gegenleistung beschränken kann.

#### IV.

Auch dabei ist aber sorgsam vorzugehen, wie die materiell-rechtliche Seite von 3 Ob 1/25f illustriert. Selbst wenn man die Zwei-Konditionen-Theorie mit dem

3. Senat nämlich ins Exekutionsbewilligungsverfahren ausstrahlen lassen will, bleiben hinsichtlich der konkreten Entscheidung Bedenken. Voraussetzung für Ihre Anwendung ist der zufällige Untergang der einen Leistung, wovon der Sachverhalt aber weit entfernt ist:<sup>62)</sup> Der rückzustellende Schwimmbagger ist ja nicht etwa vom Blitz getroffen worden und ausgebrannt, vielmehr hat B ihn im Wissen um seine aus dem Titel ersichtliche Rückgabepflicht veräußert.

Damit ist Bs Redlichkeit, die auch nach der Zwei-Konditionen-Theorie Voraussetzung für den Entfall der eigenen Leistungspflicht ist,<sup>63)</sup> erheblichen Zweifeln ausgesetzt: Wer weiß, dass er schuldet, und die Sache dennoch „im Wege der Ersatzvornahme“ an einen Dritten veräußert,<sup>64)</sup> hält keineswegs die gebotene Sorgfalt ein, zumal er den Bagger schlicht gerichtlich hinterlegen hätte können.<sup>65)</sup> Der unredliche Bereicherungsschuldner wird durch die Zwei-Konditionen-Theorie aber nicht entlastet, er muss nach allgemeinen Grundsätzen den konkreten Nutzen, mindestens aber den gemeinen Wert der Sache ersetzen.<sup>66)</sup> Hinzu kommt, dass nach der Judikatur die Leistung einer Sache bloß wegen der Veräußerung gar nicht unmöglich wird, solange „die Möglichkeit der Wiederbeschaffung gegeben und zumutbar ist.“<sup>67)</sup> All das wirft komplexe Tat- und Rechtsfragen auf, die im streitigen Erkenntnisverfahren zweifellos besser aufgehoben wären.

Und auch, wenn man mit dem OGH Bs Behauptung „der Unmöglichkeit der von [ihr] Zug um Zug zu erbringenden Gegenleistung“ Glauben schenkt<sup>68)</sup> und darüber hinaus davon ausgeht, dass sie redlich ist, liegt der Fall komplizierter als er scheint: Denn B hat für den Bagger ein Entgelt erhalten, das – auch bei Redlichkeit – für die Frage der Rückabwicklung an dessen Stelle tritt, wie der 3. Senat selbst erst jüngst wieder festgehalten hat: „Hat der redliche Bereicherungsschuldner die fremde Sache veräußert, so schuldet er – als stellvertretendes Commodum – nur den Verkaufserlös.“<sup>69)</sup> Damit zeigt sich, dass B von ihrer Verpflichtung keinesfalls befreit wurde, sondern V weiterhin eine Gegenforderung hatte; lediglich die Höhe hängt von Bs (Un-)Redlichkeit ab. Einen Grund dafür, die Zug-um-Zug-Verpflichtung deshalb aufzulösen, weil anstelle der (angeblich) unmöglichen Rückgabe in natura nunmehr eine Geldforderung getreten ist, gibt es aber nicht.

Daran ändert zuletzt auch der Umstand nichts, dass B den Verkaufserlös ohnehin selbst von der betriebenen Forderung abgezogen hat. Es ist nämlich schon nicht klar, ob die Höhe der abgezogenen Gegenforderung dem tatsächlich geschuldeten Wertersatz entspricht. Hinzu kommt, dass mit der Begründung des OGH die Exekution sogar im vollen Umfang der titulierten (Haupt-)Forderung bewilligt werden müsste, denn die tragende Begründung ist (nur) die (behauptete) Unmöglichkeit der Gegenleistung. Dass der 3. Senat dazu bereit gewesen wäre, beweist jener Fall von vor rund 20 Jahren, in der er die Zwei-Konditionen-Theorie das erste Mal im Exekutionsbewilligungsverfahren in Stellung gebracht hat: Dort bewilligt er die Exekution im Umfang der titulierten Forderung und hält fest, dass eine allfällige Minderung

<sup>50)</sup> OGH 27.02.2025, 3 Ob 1/25f Rz 18. Konkret wurde der Verkauf der Sache und die Anrechnung des Erlöses auf die titulierte Forderung behauptet; zu den damit einhergehenden Problemen noch unten bei Fn 63.

<sup>51)</sup> *Jakusch* in Angst/Oberhammer, EO<sup>3</sup> § 3 Rz 13.

<sup>52)</sup> *Fucik* in Garber/Simotta, EO<sup>3</sup> § 54 Rz 65.

<sup>53)</sup> *Deopito*, Anmerkung zu 3 Ob 1/25f, EvBl 2025/212.

<sup>54)</sup> OGH 27.02.2025, 3 Ob 1/25f Rz 15.

<sup>55)</sup> Vgl schon OGH 2 Ob 1019/33 = JBl 1934, 152; *Neumann*, Executions-Ordnung 40; *Neumann/Lichtblau*, EO<sup>3</sup> § 69; aus der jüngeren Rsp OGH 12.07.2000, 3 Ob 9/00w und dieser Entscheidung folgend *Jakusch* in Angst/Oberhammer, EO<sup>3</sup> § 8 Rz 6/2; *Karl* in Garber/Simotta, EO<sup>3</sup> § 8 Rz 8; *Klicka* in Deixler-Hübner, EO<sup>3</sup> § 8 Rz 8b; *Kodek*, Einrede<sup>2</sup> Rz 250; *Spitzer/Kodek* in Schwimann/Kodek, ABGB VI<sup>3</sup> § 1052 Rz 139.

<sup>56)</sup> OGH 12.07.2000, 3 Ob 9/00w.

<sup>57)</sup> Sympathie für diese Lösung bei *Deopito*, EvBl 2025/212.

<sup>58)</sup> Zu Bedenken oben Fn 42.

<sup>59)</sup> Vgl oben Fn 32.

<sup>60)</sup> Vgl auch *Deopito*, EvBl 2025/212.

<sup>61)</sup> In anderem Kontext *Trenker*, Einvernehmliche Parteidisposition im Zivilprozess (2020) 335.

<sup>62)</sup> Bedenken meldet auch *Deopito*, EvBl 2025/212 an.

<sup>63)</sup> *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht<sup>7</sup> 413.

<sup>64)</sup> OGH 27.02.2025, 3 Ob 1/25f.

<sup>65)</sup> Eine Hinterlegung im engeren Sinne beim Exekutionsgericht nach § 8 Abs 1 S 2 EO (vgl oben Fn 18) wäre indes nicht möglich gewesen, weil ein Schwimmbagger wohl nicht nach § 284 Abs 1 Geo zum gerichtlichen Erlag geeignet ist.

<sup>66)</sup> *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht<sup>7</sup> 408, 413.

<sup>67)</sup> RIS-Justiz RS0011215; vgl weiters RIS-Justiz RS0016403 sowie RIS-Justiz RS0016423 und schon OGH 01.12.1953, 4 Ob 224/53, wonach es „nur eine Geldfrage [sei], daß nämlich den Dritterwerbenden soviel geboten wird, daß sie die [Sache] rückübertragen“.

<sup>68)</sup> OGH 27.02.2025, 3 Ob 1/25f Rz 22.

<sup>69)</sup> OGH 24.06.2025, 3 Ob 188/24d Rz 48.

des Rückzahlungsanspruchs, die sich aus etwaigen Gegenforderungen ergeben könnte, vom Verpflichteten mittels Oppositionsklage (§ 35 EO) geltend zu machen sei.<sup>70)</sup>

Auch das ist – gleich doppelt – problematisch. Nicht nur, dass die Klagslast damit wiederum auf V verschoben wird;<sup>71)</sup> es ist auch vollkommen unklar, wie sich der OGH diese Oppositionsklage in bloß minimal komplizierteren Situationen vorstellt: Wie läge der Fall etwa, wenn B den nunmehr weiterveräußerten Bagger von V nicht gekauft, sondern gegen einen Lkw getauscht hätte? Aufrechnen könnte V dann mangels Gleichartigkeit der Forderungen (§ 1438 ABGB) nicht, weshalb er mit der Oppositionsklage keinesfalls ein teilweises Erlöschen der Forderung auf Herausgabe des Lkw geltend gemacht werden könnte. Worauf wäre die Oppositionsklage dann zu richten? Auf Feststellung der Unzulässigkeit der unbedingten Exekutionsführung, weil die dem Bewilligungsverfahren zum Opfer gefallene Zug-um-Zug-Verpflichtung doch besteht? Ein solches Klagebegehren mutet jedenfalls reichlich seltsam an. Und selbst wenn es gelingt, die Exekutionsführung auf diesem Weg zu stoppen: Wie geht es dann weiter? Muss dann erst recht B eine neue (allenfalls: Titelergänzungs-)Klage<sup>72)</sup> erheben?

## V.

Das Anliegen des 3. Senats, der materiellen Rechtslage auch in der Zwangsvollstreckung Rechnung zu tragen, ist durchaus nachvollziehbar: Wenn nach der Zwei-Konditionen-Theorie bei Rückabwicklungsansprüchen anders als im „klassischen“ Fall von Zug-um-Zug-Verpflichtung (§§ 1052, 1447 ABGB) die Unmöglichkeit der einen Leistung nicht zum Erlöschen der Gegenforderung führt, gibt es keinen Grund dafür, diese materiell-rechtliche Weichenstellung in der Exekution hinter sich zu lassen.

Der OGH wählt dazu allerdings einen Weg, der nicht vollends überzeugt: Abweichend vom Regelfall bewilligt er bei (behaupteter) Unmöglichkeit der Gegenleistung die unbedingte Zwangsvollstreckung, anstatt die Zug-um-Zug-Verpflichtung in die Bewilligung aufzunehmen oder den Antrag gar abzuweisen. Dafür lässt er die bloße Behauptung der Unmöglichkeit der Gegenleistung ausreichen und schiebt damit dem Verpflichteten die Klagslast zu, was schon per se ungewöhnlich scheint. Wenn er diesen Ansatz schließlich auch dann wählt, wenn die Zwei-Konditionen-Theorie gar nicht einschlägig ist, weil der Verpflichtete sehr wohl Wertersatzansprüche hat, erreicht er aber sogar das Gegenteil des intendierten Ergebnisses: Dann entwickelt der Fall ein exekutionsrechtliches Eigenleben, für das es im materiellen Recht keine Grundlage gibt.

Univ.-Ass. Dr. Dominik Schindl

## *Hemmung des exekutiv betriebenen Anspruchs bei Weigerung des Gläubigers zur Mitwirkung an der Titelerfüllung*

<https://doi.org/10.33196/jbl202509060501>

**§§ 35, 36, 354 EO; § 3 Abs 1 Z 1, § 6 Abs 1 Z 1 WEG 2002:**

**Die geschuldete unvertretbare Handlung bei der Exekution nach § 354 EO ist unerzwingbar, wenn dem Schuldner die Leistung dauernd unmöglich ist. Hängt die materiell-rechtliche Beurteilung der dauernden Unmöglichkeit von strittigen Tatumständen ab, kann sie der Verpflichtete als eine den Anspruch aufhebende Tatsache**

**is des § 35 EO im Weg einer Oppositionsklage geltend machen. Wenn die Unmöglichkeit der Erfüllung der betriebenen Leistungsverpflichtung von Dauer ist, ist der Anspruch aufgehoben, bei einer nur zeitweiligen (derzeitigen) Unmöglichkeit ist der Anspruch der Titelgläubiger nur gehemmt; trifft in diesem Fall den Verpflichteten an der Unmöglichkeit der fristgerechten Erbringung der Leistung aber ein Verschulden, so wird dadurch die Fähigkeit nicht hinausgeschoben und der titelmäßige Anspruch bleibt bestehen.**

**Sind dem Verpflichteten weitere Schritte zur Titelerfüllung erst dann zumutbar, wenn der betreibende Gläubiger notwendige Handlungen der Mitwirkung (hier: Unterfertigung des Nachtrags zum Wohnungseigentumsvertrag) setzt, dann ist bis zu diesem Zeitpunkt der exekutiv betriebene Anspruch gehemmt. Dem Oppositionsbegehren ist nötigenfalls von Amts wegen die richtige Fassung zu geben.**

OGH 26.02.2025, 3 Ob 197/24b

(LGZ Wien 23.07.2024, 46 R 268/23m; BG Innere Stadt Wien 12.09.2023, 75 C 4/23b)

[1] Die Klägerin (Wohnungseigentumsorganisatorin) wurde mit Urteil des HG Wien vom 21.03.2019 schuldig erkannt, der Beklagten (Käuferin zweier Wohnungen in diesem Haus) in vertraglich geeigneter Weise das Zubehör-Wohnungseigentum an den ihren beiden Wohnungseigentumsobjekten zugeordneten Gartenflächen zu verschaffen und die Einverleibung dieses Zubehör-Wohnungseigentums im Grundbuch zu erwirken.

[2] Das Erstgericht bewilligte der Beklagten im Juni 2021 antragsgemäß die Exekution nach § 354 EO. Das Exekutionsverfahren ist nach wie vor anhängig.

[3] Eine erste, im Jahr 2021 beim Erstgericht eingebrachte Oppositionsklage der Klägerin (nach einem ersten, als „Gesamtvereinbarung“ bezeichneten Nachtrag zum Wohnungseigentumsvertrag) wurde im Wesentlichen mit der Begründung abgewiesen, dass dieser Nachtrag (wegen einbezogener Lager-/Kellerflächen) nicht verbüchierungsfähig sei. Die Beklagte hatte sich geweigert, diesen Nachtrag zu unterfertigen, was aber wegen dessen fehlender Eignung zur Titelerfüllung kein Rechtsmissbrauch gewesen sei.

[4] Nach der rechtskräftigen Beendigung des Verfahrens über diese erste Oppositionsklage verfasste die Klägerin Anfang des Jahres 2023 einen neuen, nur die beiden im Wohnungseigentum der Beklagten stehenden Objekte betreffenden Nachtrag zum Wohnungseigentumsvertrag („Berichtigung/Ergänzung der Bezeichnungen der Wohnungseigentumsobjekte samt Zubehör-Wohnungseigentum“), den sie der Beklagten am 06.02.2023 zur Unterschrift übermittelte. Dazu teilte sie der Beklagten schriftlich mit, sobald diese ihre notariell beglaubigte Unterfertigung dieses Nachtrags zusichere, werde die Klägerin diesen Nachtrag beim öffentlichen Notar zur Unterfertigung durch sämtliche Beteiligten auflegen. Die Beklagte verweigerte (auch) die Unterfertigung dieses Nachtrags „etwa mit der Begründung, dass auch die klagende Partei, die keine Miteigentümerin der Liegenschaft ist, den Nachtrag unterfertigen müsse“.

[5] Die Klägerin beehrte mit der nun gegenständlichen (zweiten) Oppositionsklage vom 15.02.2023, den Anspruch aus dem Exekutionstitel für erloschen zu erklären, hilfsweise, die Exekution (gemäß § 36 EO) für unzulässig zu erklären.

[6] Ohne die notwendige Mitwirkung der Beklagten könne der betriebene Anspruch dauerhaft nicht erfüllt werden. Die Beklagte weigere sich (erneut und ohne berechtigten Grund), den Nachtrag zu unterfertigen, weshalb es für die Klägerin unzumutbar sei, den überarbeiteten Nachtrag neuerlich zur beglaubigten Unterfertigung durch sämtliche Vertragsparteien beim Notar aufzulegen.

<sup>70)</sup> OGH 31.03.2005, 3 Ob 7/05h; vgl auch OGH 19.12.2012, 3 Ob 202/12w; 27.02.2025, 3 Ob 1/25f Rz 21.

<sup>71)</sup> Vgl schon oben bei Fn 53.

<sup>72)</sup> Dazu oben bei Fn 60.