

# TE OGH 1988/7/13 30b64/88

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 13.07.1988

## **Kopf**

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Hon.Prof. Dr. Petrasch als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Hule, Dr. Warta, Dr. Egermann und Dr. Angst als weitere Richter in der Exekutionssache der betreibenden Partei S\*\*\* in W\*\*\*, Wels, Ringstraße 27, vertreten durch Dr. Martin Stossier ua, Rechtsanwälte in Wels, wider die verpflichtete Partei Rudolf B\*\*\*, Schuhhändler, Wels, Rablstraße 3, vertreten durch Dr. Jürgen Hinterwirth, Rechtsanwalt in Salzburg, wegen 1,110.596,-- S sA, infolge Revisionsrekurses der verpflichteten Partei gegen den Beschuß des Kreisgerichtes Wels als Rekursgerichtes vom 20. Jänner 1988, GZ R 1144/87-12, womit der Beschuß des Bezirksgerichtes Wels vom 10.November 1987, GZ 10 E 3801/87-9, abgeändert wurde, folgenden

Beschluß

gefaßt:

## **Spruch**

Dem Revisionsrekurs wird nicht Folge gegeben.

Die verpflichtete Partei hat die Kosten ihres Revisionsrekurses selbst zu tragen.

## **Text**

Begründung:

Die betreibende Partei beantragte auf Grund der Eintragung in das Anmeldungsverzeichnis des Konkursverfahrens S 75/85 des Kreisgerichtes Wels die Bewilligung der Fahrnisexekution zur Hereinbringung von 1,110.596,-- S, welcher Betrag infolge Zahlungsverzuges des Verpflichteten trotz qualifizierter Mahnung und Setzung einer vierwöchigen Nachfrist bei der Erfüllung des Zwangsausgleiches nach Eintritt von Terminsverlust und relativem Wiederaufleben der ursprünglich angemeldeten Forderung unberichtigt aushafte.

Nach Bewilligung der Exekution und Pfändung von einigen tausend Paar Schuhen (PZI 1 bis 32) in einem nicht bekannten Wert stellte die verpflichtete Partei unter Hinweis auf eine eingebrachte Klage auf Unzulässigerklärung der Exekution den Antrag auf Aufschiebung des Exekutionsverfahrens.

Nach dieser Klage habe die betreibende Partei im Konkursverfahren 2,581.998,-- S angemeldet. Der betreibenden Partei habe ein Absonderungsrecht von 772.441,-- S zugestanden, weitere 48.405,-- S und 8.032,-- S habe die betreibende Partei aus der Verwertung von Sicherungsrechten erhalten. Unter den dann geschlossenen Zwangsausgleich sei daher nur mehr der Differenzbetrag von 1,798.120,-- S gefallen. Von diesem Betrag habe die verpflichtete Partei die fälligen Zwangsausgleichsraten entrichtet, sodaß kein Verzug vorliege und es daher auch nicht zum Wiederaufleben gekommen sei. Der über 1,798.120,-- S hinausgehende Betrag sei von der verpflichteten Partei

(als Gemeinschuldner) bei der Prüfungstagsatzung bestritten worden, die Bestreitung sei jedoch versehentlich nicht im Anmeldungsverzeichnis eingetragen worden. Aus diesen Gründen sei die bewilligte Exekution für unzulässig zu erklären.

Das Erstgericht bewilligte die Aufschiebung der Exekution gegen Erlag einer Sicherheit von 100.000 S.

Das Gericht zweiter Instanz änderte den Beschuß des Erstgerichtes dahin ab, daß der Antrag auf Aufschiebung der Exekution abgewiesen wurde, und sprach aus, daß der Wert des Beschwerdegegenstandes, über den das Rekursgericht entschieden hat, 300.000 S übersteigt.

Das Gericht zweiter Instanz war der Ansicht, daß die Erfolgsaussichten der Klage schon auf Grund der Klagserzählung als wenig wahrscheinlich beurteilt werden müßten. Die Oppositionsklage sei nicht zur Gänze schlüssig; denn einerseits werde behauptet, die Ausgleichsquote sei bezahlt worden, andererseits werde die betriebene Forderung überhaupt bestritten. Für die Zahlung der Ausgleichsquote werde wohl eine Behauptung aufgestellt, der Klage seien aber keine Zahlungsnachweise angeschlossen. Bei einem zumindest zweifelhaften Erfolg der Klage könne aber die Aufschiebung nicht bewilligt werden.

### **Rechtliche Beurteilung**

Der Revisionsrekurs ist nicht berechtigt.

Es entspricht herrschender Ansicht, daß die Aufschiebung gemäß § 42 Abs 1 Z 5 EO nicht schon dann zu bewilligen ist, wenn eine der dort angeführten Klagen eingebracht wurde, sondern es muß auch auf die Wahrscheinlichkeit des Erfolges einer solchen Klage Bedacht genommen werden. Die Aufschiebung kann zwar nicht schon dann verweigert werden, wenn der Erfolg nur zweifelhaft oder wenig wahrscheinlich ist, wie dies allerdings in einigen Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes (zitiert bei Heller-Berger-Stix 551) und von Gerichten zweiter Instanz (zB MietSlg 35.857, 36.867, 38.831) ausgesprochen wurde. Wenn jedoch die Klageführung mit hoher Wahrscheinlichkeit als aussichtslos zu beurteilen ist, ist die Abweisung des Exekutionsaufschiebungsantrages jedenfalls gerechtfertigt (MietSlg 30.813; vgl auch SZ 46/120 und RdW 1986, 113, 114).

Dies trifft im vorliegenden Fall zu.

Der vom Gericht zweiter Instanz hervorgehobene Widerspruch, es werde einerseits das Zurechtbestehen der Forderung seit Konkursöffnung bestritten und andererseits die Zahlung der Ausgleichsquote behauptet, ist zwar nicht erkennbar. Die verpflichtete Partei trennt in ihrer Klage zwischen einem von ihr anerkannten Teil der angemeldeten Forderung und einem nicht anerkannten Teil, wobei die teilweise Bestreitung nicht etwa damit begründet wird, daß die Forderung der betreibenden Partei in diesem Umfang überhaupt nicht zu Recht bestehe, sondern damit, daß die betreibende Partei im Konkursverfahren lediglich den nicht durch Absonderungsrechte gedeckten Teil ihrer Gesamtforderung anmelden hätte dürfen. Die verpflichtete Partei errechnet nämlich im ersten Absatz ihrer Einwendungen diese nicht durch Absonderungsrechte gedeckte "Ausfallforderung" und führt im zweiten Absatz an, daß sie den die Ausfallforderung übersteigenden Betrag bestritten habe. Für diese Bestreitung besteht allerdings nach den Behauptungen der verpflichteten Partei das weitere Problem, daß sie im Anmeldungsverzeichnis nicht eingetragen wurde.

Wenn der betreibenden Partei in dem Konkursverfahren, in dem der strittige Zwangsausgleich zustandekam, die Doppelstellung eines Absonderungsgläubigers und eines Konkursgläubigers zukam, war sie aber entgegen der Rechtsansicht der Rekurswerberin gemäß § 48 Abs 3 KO berechtigt, ihre gesamte Forderung als Konkursgläubiger geltend zu machen; sie hatte bloß gemäß § 103 Abs 3 KO anzugeben, bis zu welchem Betrag ihre Forderung voraussichtlich durch das Absonderungsrecht gedeckt ist. Von den Wirkungen des Zwangsausgleiches wurde die betreibende Partei gemäß § 149 Abs 1 KO im Umfang ihres Absonderungsrechtes nicht berührt. Dies bedeutet, daß sie nicht etwa nur insgesamt die Ausgleichsquote zu erhalten hatte, sondern ihr stand aus der Verwertung des Absonderungsrechtes der ungetilgte Forderungsteil zu und zusätzlich die Quote aus dem Rest der Gesamtforderung (dazu ausführlich Bartsch, ZBl 1926, 81 f). Verrechnungsprobleme entstehen freilich, wenn die Verwertung des Absonderungsrechtes erst nach Beginn der Zahlungspflicht für die Ausgleichsquoten erfolgt. Hier kann der Gläubiger zunächst die Quote aus der vollen Forderung (oder der nur um die schon erfolgten Eingänge aus der Verwertung des Absonderungsrechtes gekürzten Forderung) fordern und auch in diesem Umfang das Wiederaufleben geltend machen, und erst bei späterem Eingang aus dem Absonderungsrecht hat eine Neuberechnung zu erfolgen (so als ob

das Absonderungsrecht schon vor Abschluß des Ausgleiches verwertet worden wäre und als ob daher von Anfang an zusätzlich die entsprechend gekürzten Beträge auf Grund des Ausgleiches zustanden, was dazu führen kann, daß bei den Quoten eine gewisse auf spätere Raten anrechenbare Überzahlung vorliegt). Die der Klage der verpflichteten Partei zugrundeliegende Rechtsansicht, die betreibende Partei könne die Ausgleichsquoten wegen des Absonderungsrechtes von Anfang an nur aus dem Ausfallbetrag begehrn und müsse bei dem durch das Absonderungsrecht gedeckten Teil der Forderung zuwarten, bis es zu Eingängen aus der Verwertung desselben komme, ist somit nicht zu billigen.

Der Klagserzählung ist nicht zu entnehmen, daß die verpflichtete Partei mit der betreibenden Partei eine Vereinbarung getroffen hätte, nach welcher diese auf ihre dargestellten Rechte verzichtet hätte. Der Hinweis auf einen einvernehmlich festgelegten Liquidationswert für ein Pfandlager erlaubt nicht den Schluß, die Streitteile hätten etwa, was doch ungewöhnlich wäre, vereinbart, die betreibende Partei übernehme zunächst das Pfandlager zahlungshalber oder gar an Zahlungs statt und bestehe in diesem Umfange nicht auf der Zahlung der Ausgleichsquoten.

Die Berichtigung des Exekutionstitels kann nicht mit Klage nach§ 36 EO, sondern nur im Konkursverfahren begehrt werden. Käme es zur teilweisen Beseitigung des Exekutionstitels, läge dann ein Einstellungs- oder Einschränkungsgrund nach § 39 Abs 1 Z 1 EO vor. Alles in allem ist damit die Impugnationsklage schon nach dem Inhalt der Klagserzählung mit hoher Wahrscheinlichkeit aussichtslos. Die Kostenentscheidung stützt sich auf die §§ 78 EO und 40 und 50 ZPO.

#### **Anmerkung**

E14851

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

ECLI:AT:OGH0002:1988:0030OB00064.88.0713.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19880713\_OGH0002\_0030OB00064\_8800000\_000

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)