

# TE OGH 1987/9/23 30b119/87

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 23.09.1987

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes HonProf. Dr. Petrasch als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Hule, Dr. Klinger, Dr. Angst und Dr. Bauer als Richter in der Exekutionssache der betreibenden Partei Ingeborg H\*\*\*-O\*\*\*, Geschäftsfrau, 9020 Klagenfurt, Pischelsdorferstraße 7, vertreten durch Dr. Hans Primus, Rechtsanwalt in Klagenfurt, wider die verpflichtete Partei Erwin G\*\*\*, Kaufmann, 9100 Völkermarkt, Griffnerstraße 7, vertreten durch Dr. Klaus Messiner und Dr. Ute Messiner, Rechtsanwältin in Klagenfurt, wegen S 85.537,53 sA, S 8.821,53 sA, S 41.949,48 und S 3.537,60, infolge Revisionsrekurses der betreibenden Partei gegen den Beschluß des Landesgerichtes Klagenfurt als Rekursgerichtes vom 3. April 1985, GZ 1 R 137, 138/87-7, womit die Beschlüsse des Bezirksgerichtes Klagenfurt vom 21. Jänner 1987, GZ 11 E 477/87-1, und vom 20. Februar 1987, GZ 11 E 477/87-3, abgeändert wurden, folgenden

Beschluß

gefaßt:

## Spruch

Der Revisionsrekurs wird, soweit er sich gegen die Entscheidung des Rekursgerichtes über die hereinzubringende Forderung der betreibenden Partei wider die verpflichtete Partei von S 8.821,53 samt 10,75 % Zinsen seit dem 18. Oktober 1984 sowie des Kostenbetrages von S 1.300,48 richtet, zurückgewiesen. Im übrigen wird dem Revisionsrekurs Folge gegeben und der erstgerichtliche Exekutionsbewilligungsbeschluß insoweit, als die Exekution zur Hereinbringung der vollstreckbaren Forderungen von S 85.537,53 samt 10,75 % Zinsen seit dem 1. September 1984 und Kosten von S 3.837,17, S 3.537,60 sowie S 2.820,08 und von weiteren S 41.949,48 bewilligt wurde, ebenso wieder hergestellt wie der Beschluß vom 20. Februar 1987.

Die Kosten des Exekutionsantrages werden mit S 3.288,72 (darin S 208,07 Umsatzsteuer) bestimmt und die Revisionsrekurskosten mit S 5.657,85 (darin S 514,35 Umsatzsteuer) als weitere Kosten des Exekutionsverfahrens.

Die betreibende Partei hat der verpflichteten Partei an Rekurskosten S 1.510,08 (darin S 137,28 Umsatzsteuer) binnen vierzehn Tagen zu ersetzen.

## Text

Begründung:

Die betreibende Partei beantragte beim Erstgericht unter Vorlage von Ausfertigungen der Versäumungsurteile des Bezirksgerichtes Klagenfurt vom 3. Oktober 1984, GZ 7 C 1012/84-2, und vom 14. November 1984, GZ 7 C 1200/84-2, des Auszuges aus dem Anmeldeverzeichnis im Konkurs über das Vermögen des Verpflichteten zu S 38/85 des Landesgerichtes Klagenfurt, sowie der Beschlüsse des Bezirksgerichtes Klagenfurt vom 14. November 1984 zu 11 E 8432/84 und vom 1. Oktober 1986 zu 8 E 149/86 die Bewilligung der Exekution zur Hereinbringung vollstreckbarer

Kapitalsforderungen von S 85.537,53 samt 10,75 % Zinsen seit dem 1. September 1984, von S 8.821,53 samt 10,75 % Zinsen seit dem 18. Oktober 1984, und von restlichen S 41.949,48 sowie der Kostenforderungen von S 3.837,17, S 1.300,48, S 2.820,08 und S 3.537,60 durch Pfändung und Überweisung der Forderung des Verpflichteten gegen die Drittschuldnerin M\*\*\*-U\*\*\* Schuh Handels Gesellschaft m.b.H. an Pachtzins. Der Verpflichtete habe auf die titulierten Forderungen nichts bezahlt.

Das Erstgericht bewilligte die beantragte Exekution. Da der Exekutionsbewilligungsbeschluß dem Verpflichteten an der zunächst bezeichneten Abgabestelle nicht zugestellt werden konnte, bewilligte das Erstgericht auf Antrag der betreibenden Partei am 20. Februar 1987 die neuerliche Zustellung und bestimmte die Antragskosten mit S 460,35. Gegen beide Beschlüsse erhob der Verpflichtete Rekurs. Er behauptete, der Exekutionsführung stehe § 42 Abs. 1 MRG entgegen, und meinte, es fehle an einer Behauptung der betreibenden Partei, daß wegen Verzuges mit der Erfüllung des im Konkurs über das Vermögen des Verpflichteten am 13. Juni 1985 geschlossenen Zwangsausgleiches Wiederaufleben der Forderung eingetreten sei. Auf die vor Eröffnung des Konkurses ergangenen Versäumungsurteile könne sich die Exekutionsbewilligung nicht gründen, weil im Zwangsausgleich eine Novation eingetreten sei. Für den Zustellantrag stünden Kosten nicht zu, weil der betreibenden Partei der vor der Exekutionsführung erfolgte Wechsel der Abgabestelle bekannt gewesen sei.

Das Rekursgericht änderte über diesen Rekurs die Beschlüsse des Erstgerichtes dahin ab, daß es sowohl den Exekutionsantrag als auch den Antrag auf neuerliche Zustellung des Exekutionsbewilligungsbeschlusses abwies. Zugleich sprach das Rekursgericht aus, daß der Revisionsrekurs nicht zulässig sei. Der Einwand, daß auf den Mietzins aus dem Mietvertrag nur im Wege der Zwangsverwaltung Exekution geführt werden könne, sei zwar unbeachtlich, weil nach den Angaben im Exekutionsantrag auf Pachtzinsforderungen aus einem Pachtvertrag gegriffen wurde, und die Behauptung des Verpflichteten im Rekurs, es handle sich um eine Mietzinsforderung, eine Neuerung darstelle. Bei der Entscheidung über den Exekutionsantrag müsse aber von Amts wegen zufolge des Anschlages an der Gerichtstafel und der öffentlichen Bekanntmachung darauf Bedacht genommen werden, daß am 1. März 1985 zu S 38/85 des Landesgerichtes Klagenfurt über das Vermögen des Verpflichteten der Konkurs eröffnet und dieser Konkurs nach Abschluß eines Zwangsausgleichs am 4. September 1985 nach § 157 KO aufgehoben wurde. Der Gläubiger könne wählen, ob er auf Grund der Eintragung ins Verzeichnis, soweit diese unbestritten blieb, oder auf Grund der früher erworbenen Titel Exekution führe. Der Zwangsausgleich habe die selbe Wirkung wie der Ausgleich. Die Restforderung werde mit dem die Ausgleichsquote übersteigenden Betrag der Klagbarkeit, Erzwingbarkeit und Aufrechenbarkeit beraubt. Nur wenn der betreibende Gläubiger Terminsverlust und Wiederaufleben geltend mache (§ 156 Abs. 4 KO, § 53 Abs. 4 AO), könne er ohne die sonst durch den Zwangsausgleich eingetretene Einschränkung der Forderung aus früher erworbenen Titeln Exekution führen. Er müsse zwar seit der Neufassung des § 54 Abs. 3 AO in Verbindung mit § 156 a KO idF IRÄG BGBl. 1982/370 nicht mehr nachweisen, daß sich der Schuldner im Verzug befinde, müsse aber im Antrag zumindest behaupten, daß sich der Schuldner in Verzug befinde und auf die schriftliche Mahnung mit Setzung der Nachfrist von 14 Tagen nicht bezahlt habe. Da der betreibende Gläubiger dies nicht getan habe, sei der Antrag auf Bewilligung der Exekution abzuweisen, weil auch zur Hereinbringung der Ausgleichsquote Exekution nicht geführt werden könne, wenn die vorgelegten Titel keine Angaben über Fälligkeit und Höhe der Ausgleichsraten und die Quote enthalten. Es bedürfte nach § 7 Abs. 2 EO des urkundlichen Nachweises durch den Anschluß der Beschlüsse des Konkursgerichtes. Das Fehlen der im § 54 Abs. 1 Z 2 EO geforderten Angabe sei als Inhaltmangel nicht zu verbessern. Soweit schließlich zur Hereinbringung von S 3.537,60 auf Grund des Beschlusses vom 1. Oktober 1986 die Forderungsexekution beantragt werde, stehe ihrer Bewilligung § 14 EO entgegen. Diese Forderung finde im Zuge der bewilligten Zwangsversteigerung der Liegenschaftsanteile des Verpflichteten Deckung.

Die Unzulässigkeit des Revisionsrekurses hat das Rekursgericht damit begründet, zu den Voraussetzungen einer Exekutionsbewilligung bestehe eine mit der Lehre übereinstimmende ständige Rechtsprechung. Mit ihrem außerordentlichen Revisionsrekurs wendet sich die betreibende Partei gegen den abändernden Beschluß des Rekursgerichtes. Sie beantragt die Wiederherstellung der Beschlüsse des Erstgerichtes.

### **Rechtliche Beurteilung**

Das Rechtsmittel ist zum Teil zulässig, weil die Entscheidung von der Lösung der Rechtsfrage von erheblicher Bedeutung abhängt, welche Angaben der Gläubiger vorzutragen hat, wenn er seit der durch das IRÄG geänderter Rechtslage zur Hereinbringung wegen Verzuges im Sinne des § 53 Abs. 4 AO oder § 156 Abs. 4 KO wiederaufgelebter Forderungen Exekution führt. Die Voraussetzungen nach § 78 EO, § 528 Abs. 2 ZPO und § 502 Abs. 4 Z 1 ZPO liegen

daher vor, soweit nicht nach § 78 EO und § 528 Abs. 1 ZPO eine Anfechtung der Entscheidung des Gerichtes zweiter Instanz ausgeschlossen ist.

Daher ist das Rechtsmittel insoweit unzulässig, als es einen S 15.000,- nicht übersteigenden Beschwerdegegenstand betrifft. Ansprüche aus verschiedenen Exekutionstiteln sind voneinander unabhängig zu betrachten. Ihre Geltendmachung in einem einheitlichen Exekutionsantrag begründet keinen die Zusammenrechnung rechtfertigenden rechtlichen Zusammenhang dieser Forderungen (ExRpflSlg. 1975/61). Dies betrifft die mit S 8.821,53 samt Nebengebühren (Zinsen und S 1.300,48 Kosten) S 15.000,- nicht übersteigende betriebene Forderung auf Grund des Versäumungsurteiles vom 14. November 1984. Die mit der Hereinbringung der Kapitalsforderung von S 85.537,53 samt Zinsen zusammenhängenden Kosten im Prozeß- und Exekutionsverfahren stehen dagegen mit dieser Hauptforderung in rechtlichem Zusammenhang.

Im übrigen ist der Revisionsrekurs auch berechtigt. Der Gesetzgeber hat bei der Neuordnung des Insolvenzrechtes nicht nur durch die Einfügung des Wortes "auch" im § 54 Abs. 1 AO und im § 156 a Abs. 1 KO der Aufzehrungstheorie (SZ 8/232; SZ 10/16; SZ 39/169 ua.) den Boden entzogen und klargestellt, daß der Gläubiger nunmehr zwischen einem früher erworbenen Exekutionstitel und dem auf der Eintragung in das Anmeldeverzeichnis beruhenden wählen kann (RV 3 BlgNr 15.GP 40 Abs. 4 Z 34; Bartsch-Heil, Insolvenzrecht<sup>4</sup> Rz 159 und Rz 315) und durch Streichung der Worte "bei fristgerechter Erfüllung geschuldeten Betrages" aus dem früheren § 53 a Abs. 1 AO erreicht, daß auf Grund der Eintragung in das Anmeldeverzeichnis im Ausgleichsverfahren auch zugunsten des wiederaufgelebten Forderungsteiles Exekution geführt werden kann (RV aaO Abs. 3 zu Z 34), sondern den Druck auf den Schuldner auch dadurch verschärft, daß durch Änderung des Gesetzes der Nachweis des Verzuges des Schuldners entfällt, wenn dieser die wiederaufgelebte Forderung hereinbringen will (Fink, Neue Streitfragen um § 54 AO, JBl. 1986, 80). Die früher in der Rechtsprechung an den Nachweis durch den Gläubiger gestellten strengen Anforderungen seien von zahlungsunwilligen Ausgleichsschuldern dazu genützt worden, die Befriedigung ihrer Gläubiger zu verzögern. Die Neufassung (§ 54 Abs. 3 AO und § 156 a Abs. 2 KO) solle einen Wandel der gefestigten Rechtsprechung (vgl. dazu Heller-Berger-Stix 110 f; RZ 1962, 254; EvBl. 1970/299 ua.) bewirken (RV 41 erster Abs.).

Nach dem hier maßgebenden neuen § 156 a Abs. 2 KO ist zur Bewilligung der Exekution der Nachweis, daß sich der Schuldner bei Erfüllung des Zwangsausgleiches in qualifiziertem Verzug befindet und daher der Nachlaß und die sonstigen Begünstigungen hinfällig wurden, die der Ausgleich gewährt (§ 156 Abs. 4 KO), nicht erforderlich, wenn der Gläubiger die Rechte, die ihm bei Verzug des Schuldners zustehen, also das Wiederaufleben der ganzen Forderung geltend macht. Wie schon das Rekursgericht zutreffend erkannte, hat der Gläubiger die Wahl, auch von früher erworbenen Exekutionstiteln Gebrauch zu machen. Daß die vollstreckbaren Forderungen ganz oder teilweise nach § 156 Abs. 5 KO zufolge des Nachlasses, der ihm im rechtskräftig bestätigten Ausgleich gewährt wurde, getilgt sind, muß der Verpflichtete nun mit Einwendungen nach § 35 EO geltend machen (vgl. auch SZ 57/138).

Soll diese Absicht der Neuordnung im § 156 a Abs. 2 KO verwirklicht werden, so kann nicht der Entfall der Nachweispflicht durch andere, die Exekutionsführung zur Hereinbringung der wiederaufgelebten Forderungen erschwerende formale Anforderungen ersetzt werden. Es muß genügen, daß der Gläubiger nach seiner Wahl vor der Insolvenz erworbene Exekutionstitel und/oder den Auszug aus dem Anmeldeverzeichnis im Konkurs vorlegt und zur Hereinbringung der auch die Ausgleichsquote übersteigenden, durch den Zwangsausgleich nur bedingt durch seine Erfüllung nachgelassenen ursprünglichen Forderung die Bewilligung der Exekution beantragt. Allein darin liegt, wie auch sonst bei jeder Exekutionsführung zur Hereinbringung einer Geldforderung (Heller-Berger-Stix 618; vgl. auch dort 110 zur Rechtslage vor dem IRÄG), die Behauptung, daß die Forderung, zu deren Hereinbringung Exekution beantragt wird, noch (oder infolge Wiederauflebens wieder) aufrecht geschuldet wird. Die Exekution ist daher ohne weiters zu bewilligen (Bartsch-Heil, Insolvenzrecht<sup>4</sup> Rz 159). Daß der zur Hereinbringung (auch) des wiederaufgelebten Forderungsteiles exekutionsführende (Zwangs-)Ausgleichsgläubiger die das Wiederaufleben der Forderung bewirkenden Umstände zwar nicht mehr nachweisen, wohl aber behaupten müsse (so Chalupsky-Holzappel-Straberger, Insolvenzrecht, 82; Feil, AO, KO, 273 Anm. 1 zu § 156 a KO), kann weder nach dem Wortlaut des Gesetzes noch nach seiner Zielsetzung angenommen werden. Durch die Behauptung im Exekutionsantrag, der Verpflichtete habe auf die Forderungen nichts bezahlt, hat die betreibende Partei zum Ausdruck gebracht, die vollstreckbaren Forderungen nach dem Inhalt der bezogenen Exekutionstitel seien bisher trotz Ausgleiches auch nicht teilweise getilgt. Der Gläubiger hat von sich aus bei der Exekutionsführung auf den Inhalt des Ausgleiches Bedacht zu nehmen. Es bleibt dem Ausgleichsschuldner überlassen, im Oppositionsprozeß nachzuweisen, daß mangels Eintritts der

Verzugsvoraussetzungen der die Quote übersteigende Forderungsteil nicht wieder aufgelebt sei. Ist die Quote noch nicht fällig, kann er die Exekutionsführung mit Impugnationsklage bekämpfen (Bartsch-Heil, Insolvenzrecht<sup>4</sup> Rz 159). Zutreffend hat wegen des im Exekutionsrechtsmittelverfahren geltenden Neuerungsverbot das Rekursgericht auch der Behauptung des Verpflichteten keine Beachtung geschenkt, bei der in Exekution gezogene Pachtzinsforderung handle es sich in Wahrheit um eine Mietzinsforderung aus einem Mietvertrag, auf welchen die Bestimmungen des MRG Anwendung finden (§ 42 MRG).

Es ist daher der Exekutionsbewilligungsbeschuß des Erstgerichtes wieder herzustellen, soweit nicht die teilweise Unanfechtbarkeit der Rekursentscheidung entgegensteht. Auch für die Annahme, die Kostenforderung von S 3.537,60 werde jedenfalls im Rahmen der anhängigen Zwangsversteigerung befriedigt, finden sich im Exekutionsantrag keine sicheren Anhaltspunkte, die der gleichzeitigen Anwendung mehrerer Exekutionsmittel entgegenstünden (§ 14 EO). Die Abweisung des Zustellantrages war wegen der Einheit mit dem Exekutionsbewilligungsbeschuß ebenfalls abzuändern. Daß die betreibende Partei um die Wohnungsänderung des Verpflichteten gewußt habe und die Kosten dieses Antrages daher nicht ersetzt verlangen könne, ist eine erst im Rekurs des Verpflichteten behauptete Neuerung.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 74 EO und auf § 78 EO iVm §§ 41 und 50 ZPO. Bei der nur teilweisen Wiederherstellung der Beschlüsse des Erstgerichtes ist auf die unanfechtbare Teilabweisung des Exekutionsantrages Bedacht zu nehmen. Dies wirkt sich auf die Kosten für den Exekutionsantrag und darauf aus, daß im Umfange der Abänderung dem Verpflichteten ein Rekurskostenersatzanspruch zusteht.

#### **Anmerkung**

E12297

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

ECLI:AT:OGH0002:1987:0030OB00119.87.0923.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19870923\_OGH0002\_0030OB00119\_8700000\_000

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

© 2025 JUSLINE

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

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