

# TE OGH 1997/4/23 3Ob4/97b

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 23.04.1997

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Vizepräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr.Hofmann als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr.Graf, Dr.Pimmer, Dr.Zechner und Dr.Sailer als weitere Richter in der Exekutionssache der betreibenden Partei Alfred W\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr.Norbert Novohradsky, Rechtsanwalt in Altmünster, wider die verpflichtete Partei Marianne W\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr.Peter Wiesauer und Dr.Helmuth Hackl, Rechtsanwälte in Linz, wegen S 2,000.000 sA, infolge Revisionsrekurses der verpflichteten Partei gegen den Beschluß des Landesgerichtes Wels als Rekursgerichtes vom 6.November 1996, GZ 23 R 223/96z, 224/96x-43, womit der Beschluß des Bezirksgerichtes Gmunden vom 19.September 1996, GZ 5 E 4883/95-33, ergänzt mit Beschluß vom 1.Oktober 1996, GZ 5 E 4883/95-35, abgeändert wurde, den

Beschluß

gefaßt:

## Spruch

Dem Revisionsrekurs der verpflichteten Partei wird teilweise Folge gegeben. Der angefochtene Beschluß des Rekursgerichtes wird dahin abgeändert, daß er zu lauten hat:

"1. Dem Rekurs der betreibenden Partei wird nicht Folge gegeben. Die betreibende Partei hat die Kosten ihres erfolglosen Rechtsmittels selbst zu tragen.

2. Den Rekursen der verpflichteten Partei wird teilweise Folge gegeben.

Der Beschluß des Erstgerichtes vom 1.Oktober 1996, ON 35, wird ersatzlos aufgehoben. Der Beschluß vom 19.September 1996, ON 33, wird dahin abgeändert, daß die auferlegte Sicherheit auf S 500.000 herabgesetzt wird.

Die verpflichtete Partei hat die Kosten ihres Rekurses selbst zu tragen".

Die betreibende Partei ist schuldig, der verpflichteten Partei die mit S 25.425 (darin enthalten S 4.237,50 Umsatzsteuer) bestimmten Kosten des Revisionsrekursverfahrens binnen 14 Tagen bei Exekution zu ersetzen.

## Text

Begründung:

Die Streitteile schlossen am 5.7.1995 im Ehescheidungsverfahren vor dem Erstgericht zu 1 C 62/94b nachstehenden Vergleich:

"1.) Die Obsorge über den minderjährigen Philipp W\*\*\*\*\* wird allein der Kindesmutter übertragen.

2.) Der Kindsvater Alfred W\*\*\*\*\* verpflichtet sich bei sonstiger Exekution und im Hinblick darauf, daß er zur Zeit arbeitslos ist, für den minderjährigen Philipp W\*\*\*\*\* zu Handen der Kindesmutter ab 1.8.1995 einen monatlichen Unterhalt von S 4.000,-, fällig am Ersten jeden Monates im vorhinein zu leisten.

3.) Die Besuchsregelung bleibt einer außergerichtlichen Vereinbarung der Kindeseltern vorbehalten.

4.) Beide Antragsteller verzichten wechselseitig auf jeden Unterhalt, und zwar auch für den Fall der Not, geänderter Verhältnisse und geänderter Gesetzeslage.

5.) Die Ehewohnung samt dem gesamten Hausrat und Inventar mit Ausnahme der beiden PKW's Marke Lada Taiga und Mercedes 190 D, des Bauernkastens im Wohnzimmer (Jahrgang etwa 1750), des gesamten altdeutschen Mobiliars (im Keller befindlich), des Ledersessels in der Diele, einer Bauerntruhe im Wohnzimmer (derzeit als Fernsehkasten dienend), eines Herrenfahrrades sowie persönlicher Utensilien des Alfred W\*\*\*\*\* gehen ins Alleineigentum der Marianne W\*\*\*\*\* über und übergibt Alfred W\*\*\*\*\* bei seinem Auszug um 18.00 Uhr des heutigen Tage diese Gegenstände.

6.) Herr Alfred W\*\*\*\*\* verpflichtet sich, unter Verzicht auf jeglichen Räumungsaufschub am 5.7.1995, 18.00 Uhr, die Ehewohnung geräumt von seinen Fahrnissen an Frau Marianne W\*\*\*\*\* zu übergeben und sämtliche Schlüssel auszufolgen. Er verpflichtet sich ferner, daß nachfolgende Gegenstände um 18.00 Uhr in der Wohnung vorhanden sind und verbleiben, und zwar:

etwa 10 Hinterglasbilder; 2 Gobelins, ein zweiteiliger Kreuzstichvorhang, ein Kreuzstichbild, ein Glockenzug, die gesamte Tisch- und Bettwäsche und das gesamte Geschirr, der Spiegel in der Diele, das gesamte zwölfteilige Silberbesteck, eine geschnitzte Madonna sowie etwa 6 gestickte Polster.

Die Antragsteller erklären ihr Einverständnis, daß die vorhandenen Familienfotos und Filme unter ihnen aufgeteilt werden.

7.) Festgestellt wird, daß die Antragsteller je zur Hälfte Eigentümer der Liegenschaft EZ 249, Grundbuch \*\*\*\*\*sind.

Herr Alfred W\*\*\*\*\*, geb. 12.7.1946, übergibt am 5.7.1995, und Frau Marianne W\*\*\*\*\*, geb. 1.3.1948, übernimmt am selben Tag den Herrn Alfred W\*\*\*\*\* gehörigen Hälfteanteil an dieser Liegenschaft (B-LNr.1) in ihr alleiniges Eigentum und erteilt Herr Alfred W\*\*\*\*\* die Ermächtigung, daß das Alleineigentum der Frau Marianne W\*\*\*\*\* ob der gesamten Liegenschaft einverleibt wird und er verpflichtet sich ferner, alle hiezu notwendigen Unterschriften, auch in beglaubigter Form, zu leisten. Die mit der Liegenschaftsübertragung allenfalls entstehenden Gebühren werden von Frau Marianne W\*\*\*\*\* übernommen.

8.) Die bestehenden Bausparverträge zu

Kontonummer \*\*\*\*\* \*\*\*\*\* \*\*\*\*\* \*\*\*\*\* \*\*\*\*\*

in derzeit aushaftendem Gesamtsaldo von ca S 300.000,-- werden von Frau Marianne W\*\*\*\*\* in ihre alleinige Rückzahlungspflicht übernommen und hält sie diesbezüglich Herrn Alfred W\*\*\*\*\* daraus schad- und klaglos.

9.) Herr Alfred W\*\*\*\*\* erklärt, sämtliche Zahlungen einschließlich Mai 1995 betreffend die oben angeführten Bausparverträge beglichen zu haben, die weiter laufenden Zahlungen ab Juni 1995 werden von Frau Marianne W\*\*\*\*\* alleine übernommen.

10.) Frau Marianne W\*\*\*\*\* verpflichtet sich bei sonstiger Exekution, Herrn Alfred W\*\*\*\*\* bis spätestens 5.8.1995 einen Betrag von S 2,000.000,-- (in Worten: Schilling zwei Millionen) in bar auf das Konto des Herrn Alfred W\*\*\*\*\* Nr.\*\*\*\*\* bei der R\*\*\*\*\* zu überweisen, sowie ab 5.8.1996 monatlich S 1.500,-- wertgesichert nach dem Verbraucherpreisindex I (1986 = 100) oder einen an dessen Stelle tretenden Ersatz auf die Dauer von 10 Jahren zu bezahlen. Die Wertsicherungsklausel tritt erst in Kraft, sobald der angestiegene Betrag 5 % übersteigt.10.) Frau Marianne W\*\*\*\*\* verpflichtet sich bei sonstiger Exekution, Herrn Alfred W\*\*\*\*\* bis spätestens 5.8.1995 einen Betrag von S 2,000.000,-- (in Worten: Schilling zwei Millionen) in bar auf das Konto des Herrn Alfred W\*\*\*\*\* Nr.\*\*\*\*\* bei der R\*\*\*\*\* zu überweisen, sowie ab 5.8.1996 monatlich S 1.500,-- wertgesichert nach dem Verbraucherpreisindex römisch eins (1986 = 100) oder einen an dessen Stelle tretenden Ersatz auf die Dauer von 10 Jahren zu bezahlen. Die Wertsicherungsklausel tritt erst in Kraft, sobald der angestiegene Betrag 5 % übersteigt.

Nach Ablauf von 10 Jahren erfolgt die Bezahlung des Betrages von monatlich S 1.500,-- auf der Basis der letzten Wertstufe für einen weiteren Zeitraum von 10 Jahren ohne Wertsicherung.

Auf alle Fälle erlischt die Verpflichtung zur Bezahlung des Betrages von S 1.500,-- monatlich mit oder ohne Wertsicherung beim Tode des Herrn Alfred W\*\*\*\*\* innerhalb des Zeitraumes von 20 Jahren.

11.) Beide Antragsteller verzichten ausdrücklich auf eine Antragstellung nach §§ 81 ff Ehegesetz sowie auf die Geltendmachung von Ansprüchen nach § 98 ABGB. 11.) Beide Antragsteller verzichten ausdrücklich auf eine Antragstellung nach Paragraphen 81, ff Ehegesetz sowie auf die Geltendmachung von Ansprüchen nach Paragraph 98, ABGB.

12.) Herr Alfred W\*\*\*\*\* erklärt ausdrücklich, daß die im Grundbuch noch vorhandenen Belastungen zurückbezahlt sind und hält er diesbezüglich Frau Marianne W\*\*\*\*\* mit Ausnahme der oben angeführten Bausparverträge schad- und klagslos.

13.) Beide Teile erklären, gegenseitig keine Kostenansprüche aus den bisherigen Verhandlungen geltend zu machen.

14.) Frau Marianne W\*\*\*\*\* erklärt, für den minderjährigen Philipp W\*\*\*\*\* keine rückständigen Unterhaltsansprüche geltend zu machen.

Der betreibende Gläubiger führt aufgrund des Punktes 10.) dieses Vergleiches zur Hereinbringung der vollstreckbaren Forderung von S 2,000.000 samt 4 % Zinsen seit 6.8.1995 Exekution durch Zwangsversteigerung des Hälfteanteils der Verpflichteten an der Liegenschaft EZ \*\*\*\*\* GB \*\*\*\*\*.

Die Verpflichtete erhob mit der am 7.9.1995 zu 3 C 1243/95w des Bezirksgerichtes Gmunden eingebrachten Klage "gegen diesen Exekutionsanspruch und diese Exekutionsbewilligung" Einwendungen. Der betreibende Gläubiger habe mit dem Scheidungsvergleich vom 5.7.1995 seinen Hälfteanteil an der Liegenschaft EZ \*\*\*\*\* GB \*\*\*\*\* in ihr alleiniges Eigentum übertragen; er habe weiters die Ermächtigung zur Einverleibung erteilt und sich verpflichtet, alle hiezu notwendigen Unterschriften, auch in beglaubigter Form, zu leisten. Mit Schreiben vom 26.7.1995 sei das vorbereitete Grundbuchsgesuch um Anmerkung der Rangordnung für die beabsichtigte Veräußerung an den Rechtsvertreter des betreibenden Gläubigers mit dem Ersuchen übersandt worden, der betreibende Gläubiger möge es vereinbarungsgemäß beglaubigt unterfertigen und umgehend retournieren; der offene Betrag könne erst nach Zugang des Rangordnungsbeschlusses ausgezahlt werden. Der betreibende Gläubiger habe mit Schreiben vom 27.7.1995 die Unterfertigung einer Rangordnung für die beabsichtigte Veräußerung verweigert; er habe sie auch tatsächlich bis heute nicht unterfertigt. Der Verpflichteten werde es dadurch verwehrt, einen Bankkredit in Höhe von S 2,000.000 aufzunehmen, weil die Bank unter diesen Umständen mangels genügender Sicherheit eine Kreditgewährung ablehne. Der betreibende Gläubiger sei daher seiner Verpflichtung aus dem Scheidungsvergleich bis jetzt nicht nachgekommen; seine Forderung von S 2,000.000 sei daher nicht fällig.

Weiters sei "die Exekutionsbewilligung bezüglich eines Betrages von S 1,168.235,42" aufgrund Aufrechnung von Gegenforderungen erloschen. Hierbei handelt es sich im wesentlichen um der Verpflichteten zedierter Unterhaltsansprüche der Kinder, Schadenersatzansprüche, weil der betreibende Gläubiger Gegenstände und Wohnungsschlüssel nicht herausgegeben habe, sowie Kostenforderungen.

Die Restforderung sei auch aufgrund der vom betreibenden Gläubiger angegebenen Steuerhinterziehung über einen Betrag von über S 1,000.000 und eine von ihm eventuell herbeigeführte Verwicklung der Verpflichteten in das Finanzverbrechen und die nicht erfolgte Aufklärung ebenfalls nicht fällig. Bei der Steuerhinterziehung des betreibenden Gläubigers handle es sich um ein schweres Finanzverbrechen; die Verpflichtete sei daher natürlich interessiert, ob sie vom betreibenden Gläubiger verwickelt worden sei und daher in Zahlungspflicht genommen werden könne, ob das Finanzamt auch gegen sie ein Strafverfahren einleiten könnte, ob es richtig sei, daß der betreibende Gläubiger Selbstanzeige erstattet habe bzw die Angelegenheit bereinigt sei. Der betreibende Gläubiger habe keine Rückäußerung abgegeben.

Der betreibende Gläubiger als Beklagter im Oppositionsprozeß wendete ua ein, nach Punkt 7.) des Vergleiches sei er nicht verpflichtet, ein Grundbuchsgesuch um Anmerkung der Rangordnung für die beabsichtigte Veräußerung zu unterfertigen. Die Rechtsansicht der Verpflichteten (= Klägerin) mangels Unterfertigung des Rangordnungsgesuches sei die Abschlagzahlung nach Punkt 10.) des Vergleiches nicht fällig, sei durch den Inhalt des Vergleiches nicht gedeckt.

Der mit dieser Klage verbundene Antrag, die Exekution ohne Auferlegung einer Sicherheitsleistung bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Rechtsstreites aufzuschieben, wurde mit rechtskräftigem Beschluß des Erstgerichtes vom 13.9.1995, bestätigt mit Beschluß des Rekursgerichtes vom 18.10.1995, 23 R 384/95, 385/95, abgewiesen, weil in dieser Anfangsphase des Exekutionsverfahrens der Verpflichteten noch kein offenkundiger Vermögensnachteil drohe, sondern erst dann, wenn die Erlassung des Versteigerungsedikts unmittelbar bevorstehe.

Mit Beschluß vom 23.11.1995 wurde das Verfahren 3 C 1243/95w des Erstgerichtes bis zur rechtskräftigen Beendigung der Verfahren 3 C 1489/95 und 1 C 74/95 unterbrochen; das Verfahren werde nur über Antrag fortgesetzt.

Mit Beschluß vom 1.8.1996 wurde die Versteigerungstagsatzung für den 2.10.1996 anberaumt.

Am 18.9.1996 brachte die Verpflichtete den Antrag auf Aufschiebung "bzw Einstellung" des (gesamten) Zwangsversteigerungsverfahrens bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die am 7.9.1995 zu 3 C 1243/95w des Erstgerichtes eingebrachte Klage ein. Aufgrund des Verfahrensstandes drohe der Verpflichteten ein unersetzlicher, schwer zu erbringender Vermögensschaden, weil der Schätzwert rechtskräftig festgestellt und der Versteigerungstermin bereits ausgeschrieben worden sei; es bestehe die Gefahr des Verlustes der Liegenschaft zu einem unter dem Schätzwert liegenden Meistbot, weiter des Verlustes der Wohnung, die die Verpflichtete für sich und die Kinder benötige.

Das Erstgericht bewilligte die Aufschiebung, falls die Verpflichtete eine Sicherheitsleistung von S 1.000.000 erlegt. Am 30.9.1996 legte die Verpflichtete eine bis 30.9.1997 befristete "Zahlungsgarantie" der R\*\*\*\*\* vor, die folgenden Wortlaut hat: "An die

Republik Österreich

Bezirksgericht Gmunden

Marktplatz 10

4810 Gmunden

#### ZAHLUNGSGARANTIE

Sehr geehrte Damen und Herren,

es wurde uns zur Kenntnis gebracht, daß unser Kunde, W\*\*\*\*\* Marianne, 1.3.1948, \*\*\*\*\* aufgrund des Beschlusses 5 E 4883/95 k/33 verpflichtet ist, eine Sicherheitsleistung zu erbringen. Diese Sicherheitsleistung kann auch in Form einer Bankgarantie erbracht werden.

In Hinblick auf diese Verpflichtung unseres Kunden übernehmen wir Ihnen gegenüber die unwiderrufliche Zahlungsgarantie bis zum Höchstbetrag S 1.000.000,-- (Schilling einemillion), befristet mit 30.9.1997

Wir überweisen innerhalb von acht Tagen nach Einlangen Ihrer schriftlichen Aufforderung (nicht Telex oder Telefax), ohne daß wir das zugrundeliegende Rechtsverhältnis noch weiter prüfen, bis zum Höchstbetrag S 1.000.000,--

Unsere Haftung reduziert sich durch jede Inanspruchnahme im Ausmaß derselben. Ihre Aufforderung muß spätestens am Ablauftag bei uns eingelangt sein.

Bitte geben Sie uns Ihre Kontonummer und Bankverbindung bekannt, Barzahlung ist ausgeschlossen.

Die Rechte aus dieser Garantie können nicht verpfändet oder zediert werden. Sie erlischt spätestens am 30.9.1997.

Für dieses Rechtsgeschäft gilt österreichisches Recht.

Für alle Streitigkeiten aus diesem Vertrag wird gemäß § 104 JN das Bezirksgericht Gmunden vereinbart. "Für alle Streitigkeiten aus diesem Vertrag wird gemäß Paragraph 104, JN das Bezirksgericht Gmunden vereinbart."

Das Erstgericht beraumte daraufhin mit Beschluß vom 1.10.1996 den Versteigerungstermin ab und "ergänzte" seinen Beschluß vom 19.9.1996 dahin, daß das Exekutionsverfahren bis längstens 31.7.1997 aufgeschoben wird.

Das Rekursgericht änderte diese Beschlüsse in Stattgebung der Rekurse des betreibenden Gläubigers dahin ab, daß der Aufschiebungsantrag der Verpflichteten abgewiesen wurde; die Verpflichtete wurde mit ihren Rekursen gegen die "Beschlüsse vom 19. September 1996 und 1. Oktober 1996 auf diese Entscheidung verwiesen". Das Rekursgericht ließ den ordentlichen Revisionsrekurs zu, weil - soweit überblickbar - eine Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes zur Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Exekution aufgeschoben werden kann, wenn der Aufschiebungsgrund nur auf einen Teil der betriebenen Forderung zutrifft, nicht vorliege. In rechtlicher Hinsicht führte das Rekursgericht aus, die Aufschiebung dürfe nur dann bewilligt werden, wenn ein Aufschiebungsantrag und ein Aufschiebungsgrund vorlägen, der Beginn des Exekutionsvollzugs oder dessen Fortsetzung mit der Gefahr eines unersetzlichen oder schwer zu ersetzenden Vermögensnachteils für den Aufschiebungswerber verbunden sei, die Aufschiebung die Befriedigung des Gläubigers nicht gefährde und die Aktion des Aufschiebungswerbers gegen die Exekution den Umständen nach

nicht aussichtslos sei. Im Zwangsversteigerungsverfahren sei die (ansonsten zu bescheinigende) Gefahr eines unersetzlichen oder schwer zu ersetzenden Vermögensnachteils für den Verpflichteten jedenfalls ab Erlassung des Versteigerungsedikts offenkundig. Die Offenkundigkeit des dem Verpflichteten drohenden Vermögensnachteils sei auch dann gegeben, wenn - wie hier - nur ein ideeller Anteil der Liegenschaft versteigert werde. Auch in diesem Fall drohe der Verlust des Liegenschaftsanteils zu einem Meistbot weit unter dem Schätzwert (Verschleuderung). Daß die Verpflichtete unter Umständen wegen ihres Rechtes an einem weiteren Anteil auf der Liegenschaft verbleiben könne, beseitige die Gefährdung nicht. Der vom betreibenden Gläubiger vertretene Standpunkt, Offenkundigkeit des Vermögensnachteils sei nur bei drohendem Verlust der Gesamtliegenschaft gegeben, werde auch durch die Entscheidung SZ 32/20 nicht bestätigt. Unrichtig sei auch die Rechtsansicht des betreibenden Gläubigers, eine Aufschiebung der Exekution gegen Erlag einer Sicherheit könne nicht bewilligt werden, weil die Verpflichtete derartiges nicht beantragt habe. Vielmehr habe das Gericht, wenn aus dem Antrag des Aufschiebungswerbers zu erkennen sei, daß es ihm auf jeden Fall um die Aufschiebung der Exekution gehe, gleichgültig unter welchen Bedingungen einen Aufschiebungsantrag auch ohne ausdrückliches Anbot einer Sicherheit immer auch darauf zu prüfen, ob dem Antrag allenfalls unter Auferlegung einer Sicherheit stattgegeben werden könne. Das Erstgericht habe sich jedoch nicht ausreichend mit der Wahrscheinlichkeit des Erfolges der Aktion der Aufschiebungswerberin auseinandergesetzt. Gemäß § 42 Abs 1 Z 5 EO könne die Aufschiebung der Exekution ua bei Erhebung der Klage nach § 35 EO auf Antrag angeordnet werden. Das Gericht habe bei seiner Entscheidung auf alle Umstände des Einzelfalls, insbesondere auf die Wahrscheinlichkeit des Erfolges der auf die Einstellung der Exekution abzielenden Aktion des Aufschiebungswerbers, Rücksicht zu nehmen. Werde ein Aufschiebungsantrag auf eine der im § 42 EO angeführten Klagen gestützt, so habe das Gericht die Wahrscheinlichkeit des Erfolges zu prüfen. Die Aufschiebung sei daher nicht zu bewilligen, wenn schon nach den eigenen Ausführungen in der Klage deren Erfolg zweifelhaft sei. Die Prüfung der Erfolgsaussichten habe aufgrund der Klagsbehauptungen in Verbindung mit den Ergebnissen des dem Exekutionstitel vorangegangenen Verfahrens zu erfolgen. Die Aufschiebung nach § 42 Abs 1 Z 5 EO könne nicht schon dann verweigert werden, der Erfolg der angebrachten Oppositionsklage zweifelhaft oder wenig wahrscheinlich sei, wohl aber dann, wenn die Klagsführung mit hoher Wahrscheinlichkeit als aussichtslos zu beurteilen sei. Die Verpflichtete mache in ihrer Oppositionsklage geltend, daß ihr gegen den betreibenden Gläubiger Gegenforderungen zustünden, mit denen sie aufgerechnet und damit die betriebene Geldforderung teilweise getilgt habe bzw daß sie aufgrund von Exekutionen auf diese Forderung Beträge "in Abzug gebracht habe". Die Einwendung einer zur Aufrechnung geeigneten Gegenforderung bilde einen Oppositionsgrund; die Gegenforderung brauche nicht durch ein Urteil festgestellt oder sonst liquid sein. Wenn die Gegenforderung im Titelverfahren nicht geltend gemacht werden konnte, dann könne sie auch in der Oppositionsklage erhoben werden, wenn sie schon vor Schluß der mündlichen Verhandlung des Titelverfahrens fällig geworden sei. Nur die im Titelprozeß versäumte Möglichkeit einer Aufrechnung könne im Oppositionsstreit nicht mehr nachgeholt werden. Selbst wenn man unter diesen Aspekten unterstelle, daß die Klagsführung der Verpflichteten - soweit sie sich auf Aufrechnung bzw exekutiven Zugriff auf die Forderung des betreibenden Gläubigers stütze - nicht von vornherein keine Aussicht auf Erfolg habe, gelte dies nicht für den Teilbetrag der betriebenen Forderung von S 831.764,58; in diesem Umfang sei eine derartige Aufzehrung durch Gegenforderungen bzw Exekutionen nicht behauptet worden. Die Verpflichtete behaupte in diesem Umfang mangelnde Fälligkeit der betriebenen Forderung und mache insoweit einen Impugnationsgrund geltend, der theoretisch ebenfalls die Aufschiebung der Exekution rechtfertigen könnte. Die Ausführungen der Verpflichteten, der betreibende Gläubiger habe eine Steuerhinterziehung zu vertreten, in die allenfalls auch sie verwickelt sei, lasse auch nicht ansatzweise eine Grundlage für die von ihr behauptete Rechtsfolge erkennen. Selbst bei nur cursorischer Prüfung der Erfolgsaussichten ergebe sich nur insoweit das Fehlen konkreter und schlüssiger Angaben über Rechtsgrund und Entstehen eines die Fälligkeit ihrer Zahlungsverpflichtung aus dem Vergleich vom 5.7.1995 hinausschiebenden Umstandes. Dies gelte auch für das weitere Klagsvorbringen, die Fälligkeit der Forderung des betreibenden Gläubigers aus dem Scheidungsvergleich sei deswegen nicht eingetreten, weil der betreibende Gläubiger eine Rangordnung für die beabsichtigte Veräußerung nicht unterfertigt. Zwar könne der Umstand, daß der betreibende Gläubiger eine von ihm Zug um Zug zu bewirkende Gegenleistung weder erbracht noch sichergestellt habe, nach § 35 EO geltend gemacht werden, dies gelte aber nur dann, wenn die Verpflichtung zur Gegenleistung im Exekutionstitel ausgesprochen sei. Einen derartigen Ausspruch enthalte der Exekutionstitel im konkreten Fall nicht, wie überhaupt eine Verpflichtung des Betreibenden, eine Rangordnung für die beabsichtigte Veräußerung zu unterfertigen, in den Vergleich nicht aufgenommen worden sei. Eine solche könne auch nicht aus der ihm auferlegten

Verpflichtung, alle für die Einverleibung des Eigentums der Verpflichteten ob der gesamten Liegenschaft notwendigen Unterschriften zu leisten, abgeleitet werden. Aus den Klagsbehauptungen sei somit ein den betriebenen Anspruch (§ 35 EO) oder den Vollstreckungsanspruch (§ 36 EO) unzulässig machender Sachverhalt jedenfalls hinsichtlich einer Teilforderung von S 831.764,58 nicht zu erkennen, weshalb die Prozeßführung insoweit als aussichtslos anzusehen sei. Eine Aufschiebung der Exekution komme daher insoweit schon mangels eines tauglichen Aufschiebungsgrundes nicht in Betracht. Müsse aber das Exekutionsverfahren schon deswegen fortgesetzt werden, weil hinsichtlich eines Teils der betriebenen Forderung ein tauglicher Aufschiebungsgrund nicht geltend gemacht werde, so sei die mit der Fortsetzung des Exekutionsverfahrens zur Hereinbringung der restlichen Forderung (hinsichtlich der allenfalls ein tauglicher Aufschiebungsgrund behauptet worden sei) verbundene Gefährdung der Verpflichteten allein durch den Verlust der Liegenschaft, die in diesem Fall trotz Aufschiebung unvermeidlich wäre, nicht mehr offenkundig. In einem solchen Fall müßte der Aufschiebungswerber behaupten und bescheinigen, daß die Rückforderung der vom betreibenden Gläubiger aus dem Meistbot zu viel erlösten Beträge nicht oder nur mit unverhältnismäßigen Schwierigkeiten möglich wäre. In diese Richtung habe die Aufschiebungswerberin jedoch konkrete Behauptungen nicht aufgestellt, geschweige denn Bescheinigungsmittel hierfür angeboten. Das Rekursgericht änderte diese Beschlüsse in Stattgebung der Rekurse des betreibenden Gläubigers dahin ab, daß der Aufschiebungsantrag der Verpflichteten abgewiesen wurde; die Verpflichtete wurde mit ihren Rekursen gegen die "Beschlüsse vom 19. September 1996 und 1. Oktober 1996 auf diese Entscheidung verwiesen". Das Rekursgericht ließ den ordentlichen Revisionsrekurs zu, weil - soweit überblickbar - eine Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes zur Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Exekution aufgeschoben werden kann, wenn der Aufschiebungsgrund nur auf einen Teil der betriebenen Forderung zutrifft, nicht vorliege. In rechtlicher Hinsicht führte das Rekursgericht aus, die Aufschiebung dürfe nur dann bewilligt werden, wenn ein Aufschiebungsantrag und ein Aufschiebungsgrund vorlägen, der Beginn des Exekutionsvollzugs oder dessen Fortsetzung mit der Gefahr eines unersetzlichen oder schwer zu ersetzenden Vermögensnachteils für den Aufschiebungswerber verbunden sei, die Aufschiebung die Befriedigung des Gläubigers nicht gefährde und die Aktion des Aufschiebungswerbers gegen die Exekution den Umständen nach nicht aussichtslos sei. Im Zwangsversteigerungsverfahren sei die (ansonsten zu bescheinigende) Gefahr eines unersetzlichen oder schwer zu ersetzenden Vermögensnachteils für den Verpflichteten jedenfalls ab Erlassung des Versteigerungsedikts offenkundig. Die Offenkundigkeit des dem Verpflichteten drohenden Vermögensnachteils sei auch dann gegeben, wenn - wie hier - nur ein ideeller Anteil der Liegenschaft versteigert werde. Auch in diesem Fall drohe der Verlust des Liegenschaftsanteils zu einem Meistbot weit unter dem Schätzwert (Verschleuderung). Daß die Verpflichtete unter Umständen wegen ihres Rechtes an einem weiteren Anteil auf der Liegenschaft verbleiben könne, beseitige die Gefährdung nicht. Der vom betreibenden Gläubiger vertretene Standpunkt, Offenkundigkeit des Vermögensnachteils sei nur bei drohendem Verlust der Gesamtliegenschaft gegeben, werde auch durch die Entscheidung SZ 32/20 nicht bestätigt. Unrichtig sei auch die Rechtsansicht des betreibenden Gläubigers, eine Aufschiebung der Exekution gegen Erlag einer Sicherheit könne nicht bewilligt werden, weil die Verpflichtete derartiges nicht beantragt habe. Vielmehr habe das Gericht, wenn aus dem Antrag des Aufschiebungswerbers zu erkennen sei, daß es ihm auf jeden Fall um die Aufschiebung der Exekution gehe, gleichgültig unter welchen Bedingungen einen Aufschiebungsantrag auch ohne ausdrückliches Anbot einer Sicherheit immer auch darauf zu prüfen, ob dem Antrag allenfalls unter Auferlegung einer Sicherheit stattgegeben werden könne. Das Erstgericht habe sich jedoch nicht ausreichend mit der Wahrscheinlichkeit des Erfolges der Aktion der Aufschiebungswerberin auseinandergesetzt. Gemäß Paragraph 42, Absatz eins, Ziffer 5, EO könne die Aufschiebung der Exekution ua bei Erhebung der Klage nach Paragraph 35, EO auf Antrag angeordnet werden. Das Gericht habe bei seiner Entscheidung auf alle Umstände des Einzelfalls, insbesondere auf die Wahrscheinlichkeit des Erfolges der auf die Einstellung der Exekution abzielenden Aktion des Aufschiebungswerbers, Rücksicht zu nehmen. Werde ein Aufschiebungsantrag auf eine der im Paragraph 42, EO angeführten Klagen gestützt, so habe das Gericht die Wahrscheinlichkeit des Erfolges zu prüfen. Die Aufschiebung sei daher nicht zu bewilligen, wenn schon nach den eigenen Ausführungen in der Klage deren Erfolg zweifelhaft sei. Die Prüfung der Erfolgsaussichten habe aufgrund der Klagsbehauptungen in Verbindung mit den Ergebnissen des dem Exekutionstitel vorangegangenen Verfahrens zu erfolgen. Die Aufschiebung nach Paragraph 42, Absatz eins, Ziffer 5, EO könne nicht schon dann verweigert werden, der Erfolg der angebrachten Oppositionsklage zweifelhaft oder wenig wahrscheinlich sei, wohl aber dann, wenn die Klagsführung mit hoher Wahrscheinlichkeit als aussichtslos zu beurteilen sei. Die Verpflichtete mache in ihrer Oppositionsklage geltend, daß ihr gegen den betreibenden Gläubiger Gegenforderungen zustünden, mit denen sie aufgerechnet und damit die betriebene Geldforderung teilweise getilgt habe bzw daß sie

aufgrund von Exekutionen auf diese Forderung Beträge "in Abzug gebracht habe". Die Einwendung einer zur Aufrechnung geeigneten Gegenforderung bilde einen Oppositionsgrund; die Gegenforderung brauche nicht durch ein Urteil festgestellt oder sonst liquid sein. Wenn die Gegenforderung im Titelverfahren nicht geltend gemacht werden konnte, dann könne sie auch in der Oppositionsklage erhoben werden, wenn sie schon vor Schluß der mündlichen Verhandlung des Titelverfahrens fällig geworden sei. Nur die im Titelprozeß versäumte Möglichkeit einer Aufrechnung könne im Oppositionsstreit nicht mehr nachgeholt werden. Selbst wenn man unter diesen Aspekten unterstelle, daß die Klagsführung der Verpflichteten - soweit sie sich auf Aufrechnung bzw exekutiven Zugriff auf die Forderung des betreibenden Gläubigers stütze - nicht von vornherein keine Aussicht auf Erfolg habe, gelte dies nicht für den Teilbetrag der betriebenen Forderung von S 831.764,58; in diesem Umfang sei eine derartige Aufzehrung durch Gegenforderungen bzw Exekutionen nicht behauptet worden. Die Verpflichtete behaupte in diesem Umfang mangelnde Fälligkeit der betriebenen Forderung und mache insoweit einen Impugnationsgrund geltend, der theoretisch ebenfalls die Aufschiebung der Exekution rechtfertigen könnte. Die Ausführungen der Verpflichteten, der betreibende Gläubiger habe eine Steuerhinterziehung zu vertreten, in die allenfalls auch sie verwickelt sei, lasse auch nicht ansatzweise eine Grundlage für die von ihr behauptete Rechtsfolge erkennen. Selbst bei nur cursorischer Prüfung der Erfolgsaussichten ergebe sich nur insoweit das Fehlen konkreter und schlüssiger Angaben über Rechtsgrund und Entstehen eines die Fälligkeit ihrer Zahlungsverpflichtung aus dem Vergleich vom 5.7.1995 hinausschiebenden Umstandes. Dies gelte auch für das weitere Klagsvorbringen, die Fälligkeit der Forderung des betreibenden Gläubigers aus dem Scheidungsvergleich sei deswegen nicht eingetreten, weil der betreibende Gläubiger eine Rangordnung für die beabsichtigte Veräußerung nicht unterfertigt. Zwar könne der Umstand, daß der betreibende Gläubiger eine von ihm Zug um Zug zu bewirkende Gegenleistung weder erbracht noch sichergestellt habe, nach Paragraph 35, EO geltend gemacht werden, dies gelte aber nur dann, wenn die Verpflichtung zur Gegenleistung im Exekutionstitel ausgesprochen sei. Einen derartigen Ausspruch enthalte der Exekutionstitel im konkreten Fall nicht, wie überhaupt eine Verpflichtung des Betreibenden, eine Rangordnung für die beabsichtigte Veräußerung zu unterfertigen, in den Vergleich nicht aufgenommen worden sei. Eine solche könne auch nicht aus der ihm auferlegten Verpflichtung, alle für die Einverleibung des Eigentums der Verpflichteten ob der gesamten Liegenschaft notwendigen Unterschriften zu leisten, abgeleitet werden. Aus den Klagsbehauptungen sei somit ein den betriebenen Anspruch (Paragraph 35, EO) oder den Vollstreckungsanspruch (Paragraph 36, EO) unzulässig machender Sachverhalt jedenfalls hinsichtlich einer Teilforderung von S 831.764,58 nicht zu erkennen, weshalb die Prozeßführung insoweit als aussichtslos anzusehen sei. Eine Aufschiebung der Exekution komme daher insoweit schon mangels eines tauglichen Aufschiebungsgrundes nicht in Betracht. Müsse aber das Exekutionsverfahren schon deswegen fortgesetzt werden, weil hinsichtlich eines Teils der betriebenen Forderung ein tauglicher Aufschiebungsgrund nicht geltend gemacht werde, so sei die mit der Fortsetzung des Exekutionsverfahrens zur Hereinbringung der restlichen Forderung (hinsichtlich der allenfalls ein tauglicher Aufschiebungsgrund behauptet worden sei) verbundene Gefährdung der Verpflichteten allein durch den Verlust der Liegenschaft, die in diesem Fall trotz Aufschiebung unvermeidlich wäre, nicht mehr offenkundig. In einem solchen Fall müßte der Aufschiebungswerber behaupten und bescheinigen, daß die Rückforderung der vom betreibenden Gläubiger aus dem Meistbot zu viel erlösten Beträge nicht oder nur mit unverhältnismäßigen Schwierigkeiten möglich wäre. In diese Richtung habe die Aufschiebungswerberin jedoch konkrete Behauptungen nicht aufgestellt, geschweige denn Bescheinigungsmittel hierfür angeboten.

### **Rechtliche Beurteilung**

Der Revisionsrekurs der Verpflichteten ist teilweise berechtigt.

Die Aufschiebung der Exekution nach § 42 Abs 1 Z 5 EO ist nicht schon dann zu bewilligen, wenn eine der dort angeführten Klagen eingebracht wurde, es muß vielmehr auch auf die Wahrscheinlichkeit des Erfolges einer solchen Klage Bedacht genommen werden. Die Aufschiebung kann zwar nicht schon dann verweigert werden, wenn dieser Erfolg nur zweifelhaft oder wenig wahrscheinlich ist; wenn jedoch die Klagsführung mit hoher Wahrscheinlichkeit als aussichtslos zu beurteilen ist, ist der Aufschiebungsantrag abzuweisen (SZ 63/49; RZ

1988/69; RdW 1986, 113; SZ 46/120; MietSlg 30.813 ua; zuletzt 3 Ob 2142/96p = Jus-Extra Z 2126). Der Beweiswürdigung darf hierbei allerdings nicht vorgegriffen werden; geringen Erfolgsaussichten ist durch Auferlegung einer entsprechend hohen Sicherheitsleistung Rechnung zu tragen (3 Ob 2142/96p = Jus-Extra Z 2126; 3 Ob 27/95 = ecolex 1995, 560 = GesRZ 1996, 41).

Bei der gebotenen allseitigen Prüfung der rechtlichen Beurteilung, geht die Ansicht des Rekursgerichtes, da die von der verpflichteten Partei behauptete Zug-um-Zug-Verpflichtung sich nicht aus dem Exekutionstitel ergebe, sei die Oppositionsklage in diesem Punkt aussichtslos, nicht vom vorliegenden Sachverhalt aus. Die vom Rekursgericht nur indirekt zitierten Fundstellen (SZ 13/148 [von Heller/Berger/Stix 374 gebilligt] und MietSlg 6154) betrafen gänzlich anders gelagerte Fälle. Bei der Entscheidung SZ 13/148 führte der Betreibende aufgrund eines Versäumungsurteiles, mit dem der Verpflichtete zur Bezahlung des Kaufpreises für gelieferte Gußformen verurteilt worden war, Exekution. Der Verpflichtete erhob eine Oppositionsklage mit der Behauptung, die Lieferung der Gußformen wäre nicht möglich. Der Oberste Gerichtshof führte aus, daß die vorbehaltlos erfolgte Verurteilung zur Zahlung des Kaufpreises den synallagmatischen Zusammenhang mit der Gegenleistung aufhebe. Der Verpflichtete, der in diesem Prozeß die mögliche Einwendung aus § 1052 ABGB unterließ, könne die Frage der Gegenleistung im Rahmen der unterlassenen Einwendung des Synallagmas nicht mehr gemäß § 35 EO geltend machen. Im Fall der Entscheidung MietSlg 6154 hatte der betreibende Gläubiger zugesagt, Anträgen des Verpflichteten auf Räumungsaufschub so lange zuzustimmen, bis der Verpflichtete über eine andere gleichwertige Wohnmöglichkeit verfüge. Führt der Betreibende ungeachtet des Umstandes, daß der Verpflichtete sich erfolglos um eine solche Wohnmöglichkeit bemüht habe, dennoch Exekution, so sei der Fall nicht anders zu beurteilen, als wenn im Titel eine Zug-um-Zug-Leistung angeordnet worden wäre. Bei der gebotenen allseitigen Prüfung der rechtlichen Beurteilung, geht die Ansicht des Rekursgerichtes, da die von der verpflichteten Partei behauptete Zug-um-Zug-Verpflichtung sich nicht aus dem Exekutionstitel ergebe, sei die Oppositionsklage in diesem Punkt aussichtslos, nicht vom vorliegenden Sachverhalt aus. Die vom Rekursgericht nur indirekt zitierten Fundstellen (SZ 13/148 [von Heller/Berger/Stix 374 gebilligt] und MietSlg 6154) betrafen gänzlich anders gelagerte Fälle. Bei der Entscheidung SZ 13/148 führte der Betreibende aufgrund eines Versäumungsurteiles, mit dem der Verpflichtete zur Bezahlung des Kaufpreises für gelieferte Gußformen verurteilt worden war, Exekution. Der Verpflichtete erhob eine Oppositionsklage mit der Behauptung, die Lieferung der Gußformen wäre nicht möglich. Der Oberste Gerichtshof führte aus, daß die vorbehaltlos erfolgte Verurteilung zur Zahlung des Kaufpreises den synallagmatischen Zusammenhang mit der Gegenleistung aufhebe. Der Verpflichtete, der in diesem Prozeß die mögliche Einwendung aus Paragraph 1052, ABGB unterließ, könne die Frage der Gegenleistung im Rahmen der unterlassenen Einwendung des Synallagmas nicht mehr gemäß Paragraph 35, EO geltend machen. Im Fall der Entscheidung MietSlg 6154 hatte der betreibende Gläubiger zugesagt, Anträgen des Verpflichteten auf Räumungsaufschub so lange zuzustimmen, bis der Verpflichtete über eine andere gleichwertige Wohnmöglichkeit verfüge. Führt der Betreibende ungeachtet des Umstandes, daß der Verpflichtete sich erfolglos um eine solche Wohnmöglichkeit bemüht habe, dennoch Exekution, so sei der Fall nicht anders zu beurteilen, als wenn im Titel eine Zug-um-Zug-Leistung angeordnet worden wäre.

Darum geht es hier aber nicht. Mit dem vorliegenden Scheidungsvergleich wurde in seinen Punkten 5.) bis 12.) Regelungen getroffen, die sonst Gegenstand des nachehelichen Aufteilungsverfahrens gewesen wären. Nach dem Inhalt des Vergleiches war der Betreibende für die Übertragung des Eigentums an seinem Hälfteanteil der Liegenschaft EZ 249 KG N\*\*\*\*\* vorleistungspflichtig. Er übertrug seinen Miteigentumsanteil am 5.7.1995, während die (Ausgleichs-)Zahlung seiner Gattin mit einem Teilbetrag von S 2.000.000 bis 5.8.1995 zu leisten war (vgl den ähnlichen Sachverhalt zu SZ 58/117). Damit sind aber zur Entscheidung im anhängigen Oppositionsprozeß nur zwei Punkte wesentlich: Darum geht es hier aber nicht. Mit dem vorliegenden Scheidungsvergleich wurde in seinen Punkten 5.) bis 12.) Regelungen getroffen, die sonst Gegenstand des nachehelichen Aufteilungsverfahrens gewesen wären. Nach dem Inhalt des Vergleiches war der Betreibende für die Übertragung des Eigentums an seinem Hälfteanteil der Liegenschaft EZ 249 KG N\*\*\*\*\* vorleistungspflichtig. Er übertrug seinen Miteigentumsanteil am 5.7.1995, während die (Ausgleichs-)Zahlung seiner Gattin mit einem Teilbetrag von S 2.000.000 bis 5.8.1995 zu leisten war vergleiche den ähnlichen Sachverhalt zu SZ 58/117). Damit sind aber zur Entscheidung im anhängigen Oppositionsprozeß nur zwei Punkte wesentlich:



a) Standen die Leistung des Betreibenden zu Punkt 7.) und die der Verpflichteten zu Punkt 10.) des Vergleiches in einem synallagmatischen Verhältnis;

b) war der Betreibende aufgrund des Vergleiches verpflichtet, ein Gesuch um Gewilligung der Rangordnung der beabsichtigten Veräußerung zu unterfertigen.

Daß die Punkte 7.) und 10.) des Vergleiches im Verhältnis einer wechselseitigen Leistungsabhängigkeit (einem Synallagma) stünden, folgte allein noch nicht daraus, daß sie in einem Vergleich geregelt wurden (NZ 1980, 6). Für die Frage des Vorliegens eines Synallagmas entspricht es ständiger von der Lehre gebilligter Rechtsprechung, daß - liegt wie hier eine ausdrückliche vertragliche Abrede nicht vor - die Frage des Gegenseitigkeitsverhältnisses nach der Übung des redlichen Verkehrs zu beurteilen ist (ecolex 1991, 683; SZ 61/15; 1 Ob 707/79; Binder in Schwimann Rz 6 zu § 1052 ABGB; Wahle in Klang\*\*2 IV/2 78); als weitere Beurteilungskritien kommen hiebei die Entstehungsgeschichte und die Beweggründe für den Vertragsabschluß sowie die allgemeine Verkehrsauffassung zum Tragen, ob die im Vertrag geregelten Leistungen gewöhnlich in einen Zusammenhang gebracht werden können (MietSlg 32.142; NZ 1980, 6). Da die vergleichsweise Regelung ua die gesamte nacheheliche Aufteilung zum Gegenstand hatte und damit die sonst vom Gericht zu treffenden Verfügungen ersetzte, kann - wäre nicht eine andere Absicht der Parteien nachgewiesen - schon aufgrund der allgemeinen Verkehrsauffassung angenommen werden, daß die beiderseitigen Verpflichtungen der Punkte 7.) und 10.) in einem gegenseitigen Abhängigkeitsverhältnis stehen. Daß die Punkte 7.) und 10.) des Vergleiches im Verhältnis einer wechselseitigen Leistungsabhängigkeit (einem Synallagma) stünden, folgte allein noch nicht daraus, daß sie in einem Vergleich geregelt wurden (NZ 1980, 6). Für die Frage des Vorliegens eines Synallagmas entspricht es ständiger von der Lehre gebilligter Rechtsprechung, daß - liegt wie hier eine ausdrückliche vertragliche Abrede nicht vor - die Frage des Gegenseitigkeitsverhältnisses nach der Übung des redlichen Verkehrs zu beurteilen ist (ecolex 1991, 683; SZ 61/15; 1 Ob 707/79; Binder in Schwimann Rz 6 zu Paragraph 1052, ABGB; Wahle in Klang\*\*2 IV/2 78); als weitere Beurteilungskritien kommen hiebei die Entstehungsgeschichte und die Beweggründe für den Vertragsabschluß sowie die allgemeine Verkehrsauffassung zum Tragen, ob die im Vertrag geregelten Leistungen gewöhnlich in einen Zusammenhang gebracht werden können (MietSlg 32.142; NZ 1980, 6). Da die vergleichsweise Regelung ua die gesamte nacheheliche Aufteilung zum Gegenstand hatte und damit die sonst vom Gericht zu treffenden Verfügungen ersetzte, kann - wäre nicht eine andere Absicht der Parteien nachgewiesen - schon aufgrund der allgemeinen Verkehrsauffassung angenommen werden, daß die beiderseitigen Verpflichtungen der Punkte 7.) und 10.) in einem gegenseitigen Abhängigkeitsverhältnis stehen.

Was den zweiten Punkt betrifft, ist es zwar richtig, daß der Pflicht zur Übereignung des Eigentums an Grundstücken grundsätzlich dadurch nachgekommen wird, daß die grundbuchsrechtlich notwendige Aufsandungserklärung abgegeben, allenfalls an der Ausstellung der grundbuchsrechtlich nach den §§ 26 f und 31 GBG sonst notwendigen Urkunden mitgewirkt wird (SZ 58/117 unter Berufung auf F.Bydlinski in Klang\*\*2 IV/2 302 f). Die verpflichtete Partei hat aber im Oppositionsstreit die Tatsachenbehauptung aufgestellt und Beweise angeboten, daß der Betreibende vereinbarungsgemäß auch ein Gesuch um Anmerkung der Rangordnung der beabsichtigten Veräußerung zu unterzeichnen verpflichtet gewesen wäre. Dies bestritt der Betreibende. Dies wird abschließend nur nach Durchführung eines Beweisverfahrens beurteilt werden können. Was den zweiten Punkt betrifft, ist es zwar richtig, daß der Pflicht zur Übereignung des Eigentums an Grundstücken grundsätzlich dadurch nachgekommen wird, daß die grundbuchsrechtlich notwendige Aufsandungserklärung abgegeben, allenfalls an der Ausstellung der grundbuchsrechtlich nach den Paragraphen 26, f und 31 GBG sonst notwendigen Urkunden mitgewirkt wird (SZ 58/117 unter Berufung auf F.Bydlinski in Klang\*\*2 IV/2 302 f). Die verpflichtete Partei hat aber im Oppositionsstreit die Tatsachenbehauptung aufgestellt und Beweise angeboten, daß der Betreibende vereinbarungsgemäß auch ein Gesuch um Anmerkung der Rangordnung der beabsichtigten Veräußerung zu unterzeichnen verpflichtet gewesen wäre. Dies bestritt der Betreibende. Dies wird abschließend nur nach Durchführung eines Beweisverfahrens beurteilt werden können.

Wäre die erklärte Absicht der Parteien ungeachtet der Formulierung des Punktes 7.) des Vergleiches auch darauf gerichtet gewesen, daß der Betreibende zur Unterfertigung eines Antrages auf Anmerkung der Rangordnung der beabsichtigten Veräußerung verpflichtet gewesen wäre, sollte sich das Vorbringen der Verpflichteten im Oppositionsprozess somit als richtig herausstellen, wäre ihre Einrede des nicht erfüllten Vertrages berechtigt. Die Einwendung der Verpflichteten, ihrer Verpflichtung zur Zahlung von S 2.000.000 sei noch nicht fällig, ist daher keineswegs als mit hoher Wahrscheinlichkeit aussichtslos zu beurteilen.

Liegt aber der Aufschiebungsgrund nach § 42 Abs 1 Z 5 EO bereits deshalb vor, weil sich die gegen die Fälligkeit der Gesamtforderung richtende Einrede des nicht erfüllten Vertrages nicht mit hoher Wahrscheinlichkeit als aussichtslos erweist, ist auf die im Revisionsrekurs wiederholte Bekämpfung der Auferlegung einer Sicherheitsleistung unter Befristung der Aufschiebung durch den Beschluß des Erstgerichtes vom 1.10.1996, ON 35, einzugehen. Liegt aber der Aufschiebungsgrund nach Paragraph 42, Absatz eins, Ziffer 5, EO bereits deshalb vor, weil sich die gegen die Fälligkeit der Gesamtforderung richtende Einrede des nicht erfüllten Vertrages nicht mit hoher Wahrscheinlichkeit als aussichtslos erweist, ist auf die im Revisionsrekurs wiederholte Bekämpfung der Auferlegung einer Sicherheitsleistung unter Befristung der Aufschiebung durch den Beschluß des Erstgerichtes vom 1.10.1996, ON 35, einzugehen.

Die Höhe der Sicherheitsleistung richtet sich entgegen dem Rechtsmittelvorbringen nicht nach dem Vermögen des Aufschiebungswerbers (3 Ob 176/88; 3 Ob 177/88 uva), sondern in erster Linie nach der Gefährdung der betreibenden Partei. Die Sicherheit haftet bei Abweisung des Klagebegehrens dem betreibenden Gläubiger für jeden durch die Aufschiebung entstandenen Schaden (Rechberger/Simotta Exekutionsverfahren\*\*2 Rz 272 mwN). Neben der Möglichkeit und Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintrittes sind bei der Bemessung der Höhe der Sicherheitsleistung weiters die Wahrscheinlichkeit des Prozeßerfolges und die Dauer der bisherigen Exekutionsführung zu berücksichtigen (3 Ob 27/95 = ecolex 1995, 560 = GesRZ 1996, 41). Geht man für den Fall der Abweisung des Oppositionsbegehrens vom möglichen Zinsenverlust der betreibenden Partei aus und berücksichtigt man bei dem vorliegenden Schätzwert von S 2,100.000 und einem geringsten Gebot von S 1,050.000 eine mögliche Wertminderung des Miteigentumsanteils während der Dauer der Aufschiebung, erscheint eine Sicherheitsleistung von S 500.000 ausreichend. Für den Fall, daß sich nachträglich die Sicherheitsleistung als unzureichend herausstellt, wäre sie vom Exekutionsgericht über Antrag des Betreibenden zu erhöhen (GH 1936, 58; 3 Ob 153/79; Heller/Berger/Stix 555).

Da das Erstgericht die aufschiebende Wirkung mit 31.7.1997 befristete, ist auch dazu Stellung zu nehmen, ob eine befristete "Zahlungsgarantie" (= Bankgarantie) eine im Sinn des § 56 ZPO (iVm § 78 EO) ausreichende Sicherheitsleistung ist. Da das Erstgericht die aufschiebende Wirkung mit 31.7.1997 befristete, ist auch dazu Stellung zu nehmen, ob eine befristete "Zahlungsgarantie" (= Bankgarantie) eine im Sinn des Paragraph 56, ZPO in Verbindung mit Paragraph 78, EO) ausreichende Sicherheitsleistung ist.

Herrschender Rechtsprechung und Lehre entspricht es, daß eine Bankgarantie ein geeignetes Instrument für jede in Verfahrensgesetzen vorgesehene Sicherheitsleistung ist (Schoibl ÖBA 1997, 161 mit zahlreichen Nachweisen in FN 15). Nur König, EV Rz 161, 170 verneint dies mit der Begründung, eine Bankgarantie könne nicht Gegenstand eines richterlichen Pfandrechtes sein; sie sei daher nicht unter die (demonstrative - Schoibl aaO 160) Aufzählung der für eine Sicherungsleistung geeigneten Mittel zu zählen. König übersieht einerseits, daß auch andere ausdrücklich in § 56 ZPO aufgezählte Sicherungsmittel ein richterliches Pfandrecht nicht begründen können, andererseits beachtet er nicht die Verpflichtung des Gerichtes zum rechtzeitigen Abruf des garantierten Betrages, durch den ein gerichtlicher Erlag von Bargeld herbeigeführt wird. Grundgedanke der gesetzlichen Regel ist es, jene Sicherheitsleistungen als ausreichend anzusehen, die der begünstigten Partei erforderlichenfalls Befriedigung ermöglichen (Betz in Münchener Komm Rz 15 zu § 108 dZPO; Bork in Stein/Jonas 21 Rz 4 zu § 108 dZPO). Herrschender Rechtsprechung und Lehre entspricht es, daß eine Bankgarantie ein geeignetes Instrument für jede in Verfahrensgesetzen vorgesehene Sicherheitsleistung ist (Schoibl ÖBA 1997, 161 mit zahlreichen Nachweisen in FN 15). Nur König, EV Rz 161, 170 verneint dies mit der Begründung, eine Bankgarantie könne nicht Gegenstand eines richterlichen Pfandrechtes sein; sie sei daher nicht unter die (demonstrative - Schoibl aaO 160) Aufzählung der für eine Sicherungsleistung geeigneten Mittel zu zählen. König übersieht einerseits, daß auch andere ausdrücklich in Paragraph 56, ZPO aufgezählte Sicherungsmittel ein richterliches Pfandrecht nicht begründen können, andererseits beachtet er nicht die Verpflichtung des Gerichtes zum rechtzeitigen Abruf des garantierten Betrages, durch den ein gerichtlicher Erlag von Bargeld herbeigeführt wird. Grundgedanke der gesetzlichen Regel ist es, jene Sicherheitsleistungen als ausreichend anzusehen, die der begünstigten Partei erforderlichenfalls Befriedigung ermöglichen (Betz in Münchener Komm Rz 15 zu Paragraph 108, dZPO; Bork in Stein/Jonas 21 Rz 4 zu Paragraph 108, dZPO).

Für die österreichische Bankpraxis ist es geradezu typisch, daß Bankgarantien nur befristet ausgestellt werden (Koziol in Koziol/Iro/Avancini Bankvertragsrecht II 3/88; vgl NZ 1974, 77). Dessen ungeachtet wird in der Lehre nahezu einhellig die Ansicht vertreten, befristete Bankgarantien eigneten sich nicht für eine Sicherheitsleistung (Fucik in Rechberger, ZPO, Rz 2 zu § 56 ZPO; Schoibl aaO 161 mwN in FN 15; derselbe in ÖJZ 1992, 610; derselbe in JBl 1997, 219 FN 33). Soweit sich diese Autoren darauf berufen, daß auch die Rechtsprechung befristete Bankgarantien nicht als

Sicherheitsleistung geeignet fand, übersehen sie, daß in jenen Fällen die Befristung jeweils zusätzlich mit einer Bedingung verknüpft war. In der für diesen Standpunkt immer wieder zitierten Entscheidung RZ 1983/69 sprach gegen die Eignung einer Bankgarantie nicht deren Befristung, sondern der Umstand, daß sich die Bank verpflichtete, innerhalb der Frist nur zu zahlen, wenn der Beschluß, mit dem die Garantie abgerufen werden sollte, rechtskräftig ist. Es war daher völlig unabsehbar, ob innerhalb der Befristung Rechtskraft des Abrufungsbeschlusses eintreten werde. Ähnlich gelagert ist der der Entscheidung 7 Ob 592/87 = IPRE 2/234 zugrundeliegende Sachverhalt. Dort wurde gleichfalls eine befristete Bankgarantie als aktorische Kautionsleistung beigebracht; die Garantie hätte aber innerhalb der Frist nur in Anspruch genommen werden können, wenn eine rechtskräftige und vollstreckbare Kostenentscheidung des Gerichtes vorlag. Dagegen wurde im Fall der Entscheidung 2 Ob 596/86 eine ohne weitere Bedingungen abzurufende befristete Bankgarantie als ausreichende Sicherheitsleistung beurteilt. Der Oberste Gerichtshof führte aus, die Befristung stelle kein Hindernis dar, die Bankgarantie als vollwertige Sicherheitsleistung anzuerkennen, zumal das Gericht vor Ablauf der Frist die Bank auffordern kann, den Betrag bei Gericht zu erlegen. In die gleiche Richtung ging die Entscheidung 4 Ob 511/96 = ÖBA 1996, 719. Der Oberste Gerichtshof legte dar, die hier vorgelegte Bankgarantie unterscheide sich ganz wesentlich von jenen, denen die Eignung als Sicherheitsleistung aberkannt wurde. Die Bank habe eine Garantie für den Prozeßkostenanspruch der Beklagten in der Höhe von S 300.000 übernommen und sich verpflichtet, innerhalb von 14 Tagen nach Zustellung der gerichtlichen Aufforderung ohne Prüfung des zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses und unter Verzicht auf Einwendungen bis zur Höhe des Betrages Zahlung zu leisten. Das Erstgericht könne daher jederzeit - also auch dann, wenn eine Kostenersatzforderung der Beklagten noch nicht entstanden sei - die Bank mit Erfolg zur Zahlung auffordern. Für die österreichische Bankpraxis ist es geradezu typisch, daß Bankgarantien nur befristet ausgestellt werden (Koziol in Koziol/Iro/Avancini Bankvertragsrecht römisch II 3/88; vergleiche NZ 1974, 77). Dessen ungeachtet wird in der Lehre nahezu einhellig die Ansicht vertreten, befristete Bankgarantien eigneten sich nicht für eine Sicherheitsleistung (Fucik in Rechberger, ZPO, Rz 2 zu Paragraph 56, ZPO; Schoibl aaO 161 mwN in FN 15; derselbe in ÖJZ 1992, 610; derselbe in JBl 1997, 219 FN 33). Soweit sich diese Autoren darauf berufen, daß auch die Rechtsprechung befristete Bankgarantien nicht als Sicherheitsleistung geeignet fand, übersehen sie, daß in jenen Fällen die Befristung jeweils zusätzlich mit einer Bedingung verknüpft war. In der für diesen Standpunkt immer wieder zitierten Entscheidung RZ 1983/69 sprach gegen die Eignung einer Bankgarantie nicht deren Befristung, sondern der Umstand, daß sich die Bank verpflichtete, innerhalb der Frist nur zu zahlen, wenn der Beschluß, mit dem die Garantie abgerufen werden sollte, rechtskräftig ist. Es war daher völlig unabsehbar, ob innerhalb der Befristung Rechtskraft des Abrufungsbeschlusses eintreten werde. Ähnlich gelagert ist der der Entscheidung 7 Ob 592/87 = IPRE 2/234 zugrundeliegende Sachverhalt. Dort wurde gleichfalls eine befristete Bankgarantie als aktorische Kautionsleistung beigebracht; die Garantie hätte aber innerhalb der Frist nur in Anspruch genommen werden können, wenn eine rechtskräftige und vollstreckbare Kostenentscheidung des Gerichtes vorlag. Dagegen wurde im Fall der Entscheidung 2 Ob 596/86 eine ohne weitere Bedingungen abzurufende befristete Bankgarantie als ausreichende Sicherheitsleistung beurteilt. Der Oberste Gerichtshof führte aus, die Befristung stelle kein Hindernis dar, die Bankgarantie als vollwertige Sicherheitsleistung anzuerkennen, zumal das Gericht vor Ablauf der Frist die Bank auffordern kann, den Betrag bei Gericht zu erlegen. In die gleiche Richtung ging die Entscheidung 4 Ob 511/96 = ÖBA 1996, 719. Der Oberste Gerichtshof legte dar, die hier vorgelegte Bankgarantie unterscheide sich ganz wesentlich von jenen, denen die Eignung als Sicherheitsleistung aberkannt wurde. Die Bank habe eine Garantie für den Prozeßkostenanspruch der Beklagten in der Höhe von S 300.000 übernommen und sich verpflichtet, innerhalb von 14 Tagen nach Zustellung der gerichtlichen Aufforderung ohne Prüfung des zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses und unter Verzicht auf Einwendungen bis zur Höhe des Betrages Zahlung zu leisten. Das Erstgericht könne daher jederzeit - also auch dann, wenn eine Kostenersatzforderung der Beklagten noch nicht entstanden sei - die Bank mit Erfolg zur Zahlung auffordern.

Der erkennende Senat schließt sich dieser Rechtsansicht an: Bei der Bankgarantie handelt es sich um einen Vertrag, mit dem die Bank sich zur Sicherung der Leistung eines Dritten - regelmäßig ihrer Kunden - verpflichtet, dem begünstigten Gläubiger die Leistung unter den

vereinbarten Voraussetzungen in jedem Fall zu erbringen (3 Ob 52/95 =

RdW 1996, 169 = ÖBA 1996, 479 = ZIK 1996, 72 mwN). Wenn nun, wie

Koziol aaO berichtet, nach der österreichischen Bankpraxis Garantien grundsätzlich nur befristet abgegeben werden, kann dies bei Auslegung des § 56 ZPO nicht unberücksichtigt bleiben. Eine vom Gericht jederzeit abrufbare

Bankgarantie kommt, ist sie nicht zusätzlich mit Bedingungen oder Effektivklauseln versehen und wird sie rechtzeitig abgerufen, wirtschaftlich einem Barerlag gleich. Sollte die Aufschiebungswerberin nicht rechtzeitig vor Ablauf der Garantie eine neue, allenfalls wieder befristete Garantie als Sicherheitsleistung vorlegen, wäre es Pflicht des Gerichtes, rechtzeitig die Garantie abzurufen und den eingehenden Betrag als Bargelderlag zu behandeln. Für die Einhaltung der Frist hat das Gericht durch geeignete Maßnahmen, etwa durch Setzen eines Fristenvormerks, Sorge zu tragen. Verfehlt ist die dem ergänzenden Beschluß offenbar zugrundeliegende Rechtsansicht des Erstgerichtes, die Aufschiebung mit dem Ende der Frist zu begrenzen, könnte doch ohne Prolongation der Garantie während des Aufschiebungszeitraumes schon ein Schaden der betreibenden Partei eingetreten sein, der mangels Abrufes durch das Gericht nicht gedeckt wäre. Koziol aaO berichtet, nach der österreichischen Bankpraxis Garantien grundsätzlich nur befristet abgegeben werden, kann dies bei Auslegung des Paragraph 56, ZPO nicht unberücksichtigt bleiben. Eine vom Gericht jederzeit abrufbare Bankgarantie kommt, ist sie nicht zusätzlich mit Bedingungen oder Effektivklauseln versehen und wird sie rechtzeitig abgerufen, wirtschaftlich einem Barerlag gleich. Sollte die Aufschiebungswerberin nicht rechtzeitig vor Ablauf der Garantie eine neue, allenfalls wieder befristete Garantie als Sicherheitsleistung vorlegen, wäre es Pflicht des Gerichtes, rechtzeitig die Garantie abzurufen und den eingehenden Betrag als Bargelderlag zu behandeln. Für die Einhaltung der Frist hat das Gericht durch geeignete Maßnahmen, etwa durch Setzen eines Fristenvormerks, Sorge zu tragen. Verfehlt ist die dem ergänzenden Beschluß offenbar zugrundeliegende Rechtsansicht des Erstgerichtes, die Aufschiebung mit dem Ende der Frist zu begrenzen, könnte doch ohne Prolongation der Garantie während des Aufschiebungszeitraumes schon ein Schaden der betreibenden Partei eingetreten sein, der mangels Abrufes durch das Gericht nicht gedeckt wäre.

Daraus folgt, daß dem Rekurs der betreibenden Partei gegen den Aufschiebungsbeschluß des Erstgerichtes nicht Folge zu geben war, wohl aber, daß die Rekurse der verpflichteten Partei gegen die Beschlüsse des Erstgerichtes ON 33 und ON 35 teilweise Erfolg hatten. Der Beschluß ON 35 ist ersatzlos aufzuheben. Der Beschluß ON 33 ist dahin abzuändern, daß die Sicherheitsleistung mit S 500.000 bestimmt wird.

Ungeachtet des teilweisen Rekuserfolges waren der Verpflichteten nur die Kosten des Revisionsrekursverfahrens zuzuerkennen.

**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)