

# TE OGH 1985/2/27 30b17/85

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 27.02.1985

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Vizepräsidenten des Obersten Gerichtshofes Kinzel als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Hule, Dr. Warta, Dr. Klinger und Mag. Engelmaier als Richter in der Exekutionssache der betreibenden Partei A B & Comp, Rathaus-Platz 4, 5020 Salzburg, vertreten durch Dr. Reinhard Bruzek, Rechtsanwalt in Salzburg, wider die verpflichtete Partei Otto C, geboren am 29. April 1931, Kaufmann, zuletzt Im Weingarten 3, 4020 Linz, zur Zeit unbekanntes Aufenthaltes, vertreten durch Dr. Friedrich Zaubzer, Rechtsanwalt in Badgastein, als Kurator, wegen 400.000,- S, infolge Revisionsrekurses der betreibenden Partei gegen den Beschluß des Landesgerichtes Salzburg als Rekursgerichtes vom 16. Jänner 1985, GZ 33 R 882/84-7, womit der Beschluß des Bezirksgerichtes Gastein vom 23. November 1984, GZ E 3546/84-1, abgeändert wurde, folgenden Beschluß gefaßt:

## Spruch

Dem Revisionsrekurs wird nicht Folge gegeben.

Die betreibende Partei hat die Kosten ihres Rechtsmittels selbst zu tragen.

## Text

Begründung:

Die Liegenschaft EZ 480 mit dem Grundstück 448/14 Alpe in der Katastralgemeinde Böckstein steht im Eigentum des Verpflichteten. In COZ 3 ist im Range D 2 für Forderungen der betreibenden Partei bis zum Höchstbetrage von S 400.000,- das Pfandrecht an dieser Liegenschaft und in D 5 ein vertragliches Belastungs- und Veräußerungsverbot zugunsten eines Dritten einverleibt. Die betreibende Partei legte die mit der Bestätigung der Vollstreckbarkeit versehene Ausfertigung des im Rechtsstreit AZ 2 Cg 400/81 vom Landesgericht Salzburg am 7.10.1983 gefällten Urteiles, wonach der Verpflichtete der betreibenden Partei S 5,771.628,-

zuzüglich Zinsen und Prozeßkosten zu bezahlen hat, vor und beantragte, ihr zur Hereinbringung des Teilbetrages dieser vollstreckbaren Forderung von S 400.000,- zuzüglich der Kosten die Exekution durch die 1. bürgerliche Anmerkung der Vollstreckbarkeit dieser Forderung gemäß § 89 EO und die zwangsweise Einverleibung des Pfandrechtes für die vollstreckbare Forderung auf der Liegenschaft EZ 480 in der Katastralgemeinde Böckstein im Range des im Range D 2 angemerkten Höchstbetragspfandrechtes D 3 und 2. Zwangsversteigerung dieser Liegenschaft zu bewilligen.

Das Erstgericht erteilte die beantragte Exekutionsbewilligung. Der Verpflichtete bekämpfte mit Rekurs den Exekutionsbewilligungsbeschluß nur insoweit, als die zwangsweise Pfandrechtseinverleibung bewilligt und der Betrag der dem Verpflichteten zur Last fallenden Kosten unter Einschluß der Eintragungsgebühr von S 4.400,- und einer weiteren Verbindungsgebühr bestimmt wurde.

Das Rekursgericht gab dem Rekurs Folge und änderte den Beschluß des Erstgerichtes im Umfange der Anfechtung

dahin ab, daß es den Antrag der betreibenden Partei, ihr auf Grund des Exekutionstitels zur Hereinbringung des Teilbetrages von S 400.000,- zuzüglich der Exekutionskosten die Exekution durch zwangsweise Einverleibung des Pfandrechtes im Range des im Range D 2

einverleibten Höchstbetragspfandrechtes zu bewilligen, abwies und die Kosten des Exekutionsantrages statt mit S 9.407,86 mit S 4.587,21 bestimmte. Das Gericht zweiter Instanz ging dabei davon aus, daß die betreibende Partei bereits das Höchstbetragspfandrecht an der Liegenschaft erworben habe und es daher keiner weiteren Pfandrechtseinverleibung bedürfe. Es genüge die Anmerkung der Vollstreckbarkeit der Forderung, weil das Recht nicht erst zu begründen sondern nur seine Geltendmachung ersichtlich zu machen sei. Die zwangsweise Pfandrechtsbegründung müßte zu einer nicht gerechtfertigten Erweiterung der Belastung führen und sei abzulehnen. Es falle daher auch keine Eintragungsgebühr nach Tarifpost 11 Z 2 GJGebGes an.

Die abändernde Entscheidung des Rekursgerichtes bekämpft die betreibende Partei mit ihrem auf die Wiederherstellung der Exekutionsbewilligung abzielenden nach § 78 EO, § 528 Abs.2 und § 502 Abs.4 Z 2 ZPO zulässigen Revisionsrekurs.

### **Rechtliche Beurteilung**

Das Rechtsmittel ist nicht berechtigt.

Die im Revisionsrekurs behandelte Frage geht dahin, ob dann, wenn der Gläubiger einer Forderung aus einem gegebenen Kredit, aus einer übernommenen Geschäftsführung oder aus dem Titel der Gewährleistung oder des Schadenersatzes, der eine pfandrechtliche Sicherstellung mit der Angabe des Höchstbetrages, bis zu dem der Kredit oder die Haftung reichen soll, im Sinne des § 14 Abs.2 GBG erlangt hat, die bereits entstandene Forderung gegen den Liegenschaftseigentümer gerichtlich geltend gemacht und einen Exekutionstitel erwirkt hat, die bloße Anmerkung der Vollstreckbarkeit nach § 89 Abs.1 EO stattfindet, wie das Rekursgericht meinte, oder ob auf Antrag der betreibenden Partei im Rang des Höchstbetrages ein Pfandrecht für die existent gewordene Forderung nach § 87 EO einzuverleiben ist. Keine der beiden genannten Rechtsvorschriften erfaßt den Fall, daß zunächst ein vertraglich eingeräumtes Höchstbetragspfandrecht einverleibt wird und sodann die Umwandlung in eine Summenhypothek mit gleichem Buchrang erfolgen soll. Denn primär sieht § 89 Abs.1 EO die Bewilligung der bürgerlichen Anmerkung der Vollstreckbarkeit vor, wenn eine Forderung vollstreckbar geworden ist, für die schon auf Grund einer vor dem Eintritte der Vollstreckbarkeit vorausgehenden Bestellung ein Pfandrecht (im Sinne des § 14 Abs.1 GBG) einverleibt war. Zur Frage, wie vorzugehen ist, wenn eine durch Höchstbetragshypothek besicherte Forderung entstanden und vollstreckbar geworden ist, herrscht Meinungsstreit. Die Übung bedient sich mangels einer gesetzlichen Regelung einmal der Anmerkung bei der Höchstbetragspfandrechtseinverleibung, daß eine ziffernmäßig bestimmte Forderung 'existent' (und vollstreckbar) geworden ist (Klinger, NotZ 1949, 73;

Schimkowsky 6 , 694), zum anderen der Einverleibung des Pfandrechts für die entstandene Forderung im Range der dafür erfolgten Einverleibung des Höchstbetragspfandrechtes (Klang in Klang 2 , II,420; Heller-Berger-Stix 918), um die Höchstbetragshypothek in ein Pfandrecht für eine bestimmte Forderung zu verwandeln. Durchaus denkbar wäre es auch, im Sinne der Auffassung des Rekursgerichtes der Anmerkung gem. § 89 EO einfach jene Summe einzufügen, hinsichtlich der das bereits dafür bestehende Pfandrecht (vgl. hiezu Klang aaO, 419) vollstreckbar geworden ist. Eine abschließende Beurteilung dieser Frage kann jedoch im vorliegenden Fall deshalb auf sich beruhen, weil die Ablehnung der Exekutionsbewilligung durch Einverleibung des Pfandrechts für die vollstreckbare Forderung von S 400.000,- im Rang der Höchstbetragshypothek D 2 und 3 schon aus anderen Gründen berechtigt ist. Sie setzt nämlich neben der Vorlage des Exekutionstitels den § 7 Abs.2 EO entsprechenden Nachweis voraus, daß die vollstreckbare Forderung jenem Rechtsverhältnis entspringt, das Grundlage der Eintragung des Höchstbetragspfandrechtes nach § 14

Abs.2 GBG ist. Die Gleichheit des Rechtsgrundes der vollstreckbaren Forderung mit dem der Höchstbetragshypothek kann sich schon aus dem Titel ergeben (Heller-Berger-Stix, 919). Dies ist jedoch hier nicht der Fall. Die zu TZ 721/78 in D 3 mit dem Range der Anmerkung der Rangordnung für die beabsichtigte Verpfändung (TZ 783/77) bewilligten bürgerlichen Eintragung (Einverleibung des Höchstbetragspfandrechtes bis zu S 400.000,- zugunsten der betreibenden Bank) läßt zwar noch die Vermutung zu, daß die pfandrechtliche Sicherstellung für Forderungen bewirkt wurde, die aus einem gegebenen Kredit entstehen können. Daß aber die vollstreckbare Forderung der betreibenden Partei von insgesamt S 5,771.628,- samt Zinsen eine Teilforderung von S 400.000,- umfaßt, die aus dem Rechtsverhältnis stammt, das Grundlage der Einverleibung des Pfandrechtes bis zum Höchstbetrag von S 400.000,- war, ergibt sich aus den

Entscheidungsgründen des Exekutionstitels nicht, in denen eine seit 1972 bestehende Verbindung der betreibenden Partei mit dem Verpflichteten als Einleger und Anleger, die Gewährung eines Kontokorrentbetriebsmittelkredites am 23.7.1976 mit einem Rahmen von S 1,200.000,- und dessen Aufstockung am 3.6.1977 auf S 1,900.000,- sowie ein Saldo zum 30.9.1981 von S 5,771.628,- festgestellt wurde, von der Besicherung durch ein Höchstbetragsrecht aber nicht die Rede ist. Das Fehlen des schon im Exekutionsantrag zu erbringenden Nachweises, daß die vollstreckbare Forderung aus dem durch das Pfandrecht nach § 14 Abs.2 GBG besicherten Rechtsverhältnis entstanden ist, wird auch nicht durch die Unterlassung der Anfechtung der bewilligten bürgerlichen Anmerkung der Vollstreckbarkeit und der Zwangsversteigerung ersetzt und rechtfertigt allein die Abweisung des Antrages auf Bewilligung der Exekution durch die zwangsweise Pfandrechtsbegründung im Range des einverleibten Höchstbetragspfandrechtes D 2,3. Eine Verbesserung durch Nachtrag des fehlenden Nachweises ist nach § 88 Abs.2 EO und § 95 Abs.1 GBG (Heller-Berger-Stix 927) ausgeschlossen. Die gar nicht angestrebte und über den Antrag hinausgehende Pfandrechtseinverleibung im laufenden Rang wird schon durch das Belastungs- und Veräußerungsverbot D 5, zumindest bis zu einer erfolgreichen Anfechtung (D 11), verhindert.

Im übrigen bleibt es der betreibenden Partei selbst dann, wenn überhaupt keine bürgerliche Eintragung zum Höchstbetragspfandrecht hinzutritt, unbenommen, im Zuge des bewilligten Zwangsversteigerungsverfahrens durch Nachweis der bis zur Verteilungstagsatzung bereits entstandenen Forderungen die Berichtigung durch Barzahlung oder Übernahme statt der zinstragenden Anlegung des Betrages von S 400.000,- oder des darauf entfallenden Meistbots zu verlangen (§ 224 EO).

Dem Revisionsrekurs war daher nicht Folge zu geben, ohne daß die eingangs angeführte Rechtsfrage gelöst werden mußte. Die betreibende Partei hat auf Ersatz der Kosten des erfolglos gebliebenen Rechtsmittel keinen Anspruch (§ 74 EO).

#### **Anmerkung**

E05228

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

ECLI:AT:OGH0002:1985:0030OB00017.85.0227.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19850227\_OGH0002\_0030OB00017\_8500000\_000

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

© 2024 JUSLINE

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

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