

TE OGH 1959/10/15 3Ob172/59

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 15.10.1959

Norm

AO §§10 ff

KO §§10 ff

Kopf

SZ 32/126

Spruch

Auch bei grundbücherlicher Vormerkung eines Pfandrechtes im Wege der Sicherstellungsexekution innerhalb von 60 Tagen vor der Konkurseröffnung über das Vermögen des Verpflichteten ist die Exekution mittels zwangsweiser Pfandrechtsbegründung durch Anmerkung der Rechtfertigung und Vollstreckbarkeit bei dem vorgemerkten Pfandrecht trotz der Konkurseröffnung zulässig, gleichgültig ob es sich bei der sichergestellten Forderung um eine öffentliche Abgabe handelt oder nicht.

Entscheidung vom 15. Oktober 1959, 3 Ob 172/59.

I. Instanz: Bezirksgericht Feldkirch; II. Instanz: Landesgericht Feldkirch.

Text

Auf Grund des Sicherstellungsauftrages des Finanzamtes F. vom 10. Juli 1957, St. Nr. 36/60 d, wurde der betreibenden Republik Österreich wider den Verpflichteten Stefan D. zur Sicherstellung der wiedervorzuschreibenden Umsatzsteuerausfuhrvergütungsforderung für die Jahre 1955 bis 1957 im voraussichtlichen Betrag von 25.000.000 S und der mit 2800 S bestimmten Exekutionsbewilligungskosten für die Zeit, bis die Forderung vollstreckbar wird, mit Beschluß des Bezirksgerichtes Feldkirch vom 15. Juli 1957, E 2654/57, die Exekution zur Sicherstellung durch Vormerkung des Pfandrechtes auf die Liegenschaft EZ. 3412 Grundbuch R. als Haupteinlage und EZ. 2661 Grundbuch R. als Nebeneinlage bewilligt. Das Pfandrecht wurde im Grundbuch am 23. Juli 1957 unter dem Rang vom 12. Juli 1957, 2588/57, vorgemerkt. Der Beschluß wurde nicht angefochten.

Über das Vermögen der Firma "L., Alleininhaber Stefan D., R." wurde mit Beschluß des Landesgerichtes Feldkirch vom 5. September 1957 der Konkurs eröffnet.

Der betreibenden Partei wurde auf ihren Antrag wider den Verpflichteten mit Beschluß des Erstgerichtes vom 10. Februar 1959, E 488/59, auf Grund des vollstreckbaren Rückstandsausweises des Finanzamtes F. vom 2. Februar 1959, St. Nr. 36/60 d, zur Hereinbringung der vollstreckbaren Forderung von 25.000.000 S an wiedervorgeschriebener Umsatzsteuerausfuhrvergütung und der mit 2800 S bestimmten Exekutionsbewilligungskosten die Exekution mittels zwangsweiser Pfandrechtsbegründung durch bürgerliche Anmerkung der Rechtfertigung und der Vollstreckbarkeit der

Forderung, für die infolge des Beschlusses des Bezirksgerichtes Feldkirch E 2654/57 auf die Liegenschaft EZ. 3412 Grundbuch R. als Haupteinlage und EZ. 2661 Grundbuch R. als Nebeneinlage das Pfandrecht im Betrag von 25.000.000 S vorgemerkt war, bewilligt.

Das Rekursgericht gab mit Beschluß vom 17. März 1959 dem Rekurs des Masseverwalters Dr. Rudolf M. Folge und wies in Abänderung des erstgerichtlichen Beschlusses den Exekutionsantrag ab. Es sah in dem Rückstandsausweis keinen für eine gerichtliche Exekutionsführung geeigneten Exekutionstitel im Sinne des § 1 Z. 13 EO., da der Rückstandsausweis nicht über direkte Steuern und Gebühren ausgefertigt wurde; es verneinte auch, daß die wiedervorgeschriebene Umsatzsteuerausfuhrvergütung eine öffentliche Abgabe im Sinne der §§ 52 und 12 KO. sei. Das Sicherstellungspfandrecht, das erst mit Beschluß des Erstgerichtes vom 15. Juli 1957 begründet worden sei, sei gemäß § 12 Abs. 1 KO. als von selbst mit dem Tag der Anschlagung des Konkursediktes (5. September 1957) erloschen anzusehen.

Der Oberste Gerichtshof gab dem Revisionsrekurs der betreibenden Partei Folge und stellte den erstgerichtlichen Beschluß wieder her.

Rechtliche Beurteilung

Aus der Begründung:

I. Der Ansicht des Rekursgerichtes, daß der vorliegende Rückstandsausweis des Finanzamtes F. vom 2. Februar 1959 kein zur Führung einer gerichtlichen Exekution geeigneter Exekutionstitel sei, kann nicht gefolgt werden. Es handelt sich um einen vom Finanzamt auf Grund des § 12 Abg.E.G. 1951 erlassenen vollstreckbaren Rückstandsausweis über eine wiedervorgeschriebene Umsatzsteuerausfuhrvergütung. Die Prüfung der Gesetzmäßigkeit und Richtigkeit eines Rückstandsausweises ist den Gerichten entzogen (vgl. SZ. XVI 104). Daß ein Sicherstellungsauftrag nach § 16 Abg.E.G. 1951 ein Titel für eine gerichtliche Exekutionsbewilligung ist, ergibt sich aus der ausdrücklichen Bestimmung des § 16 Abs. 3 dieses Gesetzes. Daß ein vollstreckbarer Rückstandsausweis des Abgabeneinhebungsgesetzes ein Titel für das gerichtliche Vollstreckungsverfahren ist, folgt aus §§ 2 und 3 der Abg.E.O. Die Vorschrift des § 1 Z. 13 EO, hat durch diese späteren Vorschriften eine Erweiterung erfahren.

Es ist daher nur zu untersuchen, ob der Exekutionsantrag mittels zwangsweiser Pfandrechtsbegründung durch Anmerkung der Rechtfertigung und Vollstreckbarkeit bei dem bereits im Grundbuch für dieselbe Forderung vor Eröffnung des Konkursverfahrens vorgemerkten Simultanpfandrecht trotz der Konkurseröffnung zulässig ist. Das für die Forderung der betreibenden Partei vor der Konkurseröffnung im Wege der Exekution zur Sicherstellung vorgemerkte Simultanpfandrecht ist ein bedingtes Absonderungsrecht. Mit der Rechtfertigung der Vormerkung ist die Bedingung erfüllt. Die Rechtfertigung wirkt zurück, so daß das Absonderungsrecht nach der Zeit des sicherungsweisen Erwerbes, nicht nach der Zeit der Rechtfertigung zu beurteilen ist. Das bedingte Absonderungsrecht der betreibenden Partei wurde gemäß § 29 GBG. 1955 mit dem Tage des Einlangens des Exekutionsgesuches, das ist mit 12. Juli 1957, erworben. Die Eintragung der Rechtfertigung eines vor Eröffnung des Konkursverfahrens vorgemerkten richterlichen Absonderungsrechtes ist trotz der Konkurseröffnung zulässig (vgl. SZ. VI 294; Bartsch - Pollak, Konkursordnung, I S. 101 Anm. 11, II S. 187 Anm. 5; Neumann - Lichtblau, Kommentar zur EO., 3. Aufl. 1 S. 242). Ist ein Pfandrecht bereits im Wege der Exekution zur Sicherstellung im Grundbuch vorgemerkt, so wird die zwangsweise Pfandrechtsbegründung durch bürgerliche Anmerkung der Rechtfertigung und der Vollstreckbarkeit bei dem vorgemerkten Pfandrecht bewirkt, obwohl die Anmerkung der Vollstreckbarkeit nicht erforderlich wäre, da dem zur Sicherung vorgemerkten Pfandrecht die Wirkung der Vollstreckbarkeit gegen jeden späteren Erwerber bereits zukommt (Neumann - Lichtblau a. a. O. S. 375). Nach § 10 KO. können nach der Konkurseröffnung keine neuen richterlichen Pfand- oder Befriedigungsrechte erworben werden. Da es sich bei dem bereits vor der Konkurseröffnung vorgemerkten Pfandrecht um kein neues Pfandrecht, sondern um ein bereits bestehendes Absonderungsrecht handelt, das nach § 11 KO. durch die Konkurseröffnung nicht berührt wird, war die vom Erstgericht bewilligte Exekution zulässig.

Daran ändert auch die Vorschrift des § 12 KO. nichts.

Gemäß § 12 KO. bzw. § 12 AO. erlöschen Absonderungsrechte, die in den letzten 60 Tagen vor der Konkurseröffnung (Eröffnung des Ausgleichsverfahrens) durch Exekution zur Befriedigung oder Sicherstellung neu erworben worden sind, mit Ausnahme der für öffentliche Abgaben erworbenen Absonderungsrechte, durch die Konkurseröffnung (Eröffnung des Ausgleichsverfahrens); sie leben jedoch wieder auf, wenn der Konkurs gemäß § 166 KO. aufgehoben wird (wenn das Ausgleichsverfahren eingestellt wird). Ist lediglich auf Grund eines solchen Absonderungsrechtes die

Verwertung beantragt worden, so ist auf Ersuchen des Konkurskommissärs (Ausgleichskommissärs) oder auf Antrag des Masseverwalters (Ausgleichsverwalters) das Verwertungsverfahren einzustellen. Die im § 256 Abs. 2 EO. für das Erlöschen des Pfandrechtes festgesetzte Frist ist zugunsten dieses Absonderungsrechtes im Falle seines Wiederauflebens bis zum Ablauf des Tages gehemmt, an dem der Beschluß über die Aufhebung des Konkurses (Einstellung des Ausgleichsverfahrens) rechtskräftig geworden ist. Ist bei einer vor oder nach der Konkurseröffnung (Eröffnung des Ausgleichsverfahrens) durchgeführten Verwertung ein Erlös erzielt worden, so ist der auf ein solches Absonderungsrecht entfallende Teil in die Konkursmasse einzubeziehen (so darf der auf ein solches Absonderungsrecht entfallende Teil dem Absonderungsgläubiger nur ausgefolgt werden, wenn das Ausgleichsverfahren eingestellt und nicht Anschlußkonkurs nach § 2 Abs. 2 KO. eröffnet worden ist).

Seit Jahrzehnten besteht Streit darüber, ob die Pfandrechte im Falle der §§ 12 KO., 12 AO. unbedingt oder bedingt erlöschen, wobei im letzteren Fall die Rechtswirkung von der auflösenden Bedingung abhängt, daß der Konkurs nicht gemäß § 166 KO., also weil nur ein einziger Konkursgläubiger oder kein zur Deckung der Kosten ausreichendes Vermögen vorhanden ist, aufgehoben oder das Ausgleichsverfahren eingestellt wird. Es handelt sich hierbei um die Bedeutung der Bestimmung, daß in den letztgenannten Fällen die Absonderungsrechte wieder aufleben. Nimmt man ein unbedingtes Erlöschen an, ist also das Absonderungsrecht für immer erloschen, dann ist das "wieder aufgelebte" Recht in Wirklichkeit nicht dasselbe, sondern ein neues Pfandrecht, das im gleichen Umfang und im gleichen Rang an Stelle des erloschenen kraft Gesetzes neu begründet wird. Bei folgerichtiger Durchführung der Lehre vom unbedingten Erlöschen könnte daher nicht nur die Exekution nicht fortgesetzt, sondern es müßten auch alle bisherigen Exekutionshandlungen aufgehoben werden. Denn wo das Pfandrecht endgültig erloschen ist, können keine Maßnahmen zu seiner Sicherung oder Verwertung bestehen bleiben, mögen sie nun die Verhinderung von Verfügungen des Schuldners bezwecken, wie die Verwahrung bei der Fahrnisexekution, das Zahlungs- und Verfügungsverbot bei der Forderungsexekution, oder zu vermeiden suchen, daß dritte Personen im guten Glauben Rechte erwerben, wie Eintragungen im Grundbuch, die Hinterlegung von Urkunden u. dgl. Nimmt man jedoch an, daß das richterliche Pfandrecht nur auflösend bedingt erlischt, dann bedeutet das Wiederaufleben nichts anderes, als daß das bisherige Recht seine Wirkung weiter äußert. Es wäre zwar in diesem Fall die Exekution nicht fortzusetzen, doch dürften keine Maßnahmen ergriffen werden, die das neuerliche Wirksamwerden des Pfandrechtes verhindern würden. Über die Tragweite des Erlöschens der richterlichen Pfandrechte gemäß § 12 KO. und § 12 AO. bestehen zwei Auffassungen, die vom unbedingten und die vom bedingten Erlöschen. Daneben gibt es noch eine abgeschwächte Lehre vom unbedingten Erlöschen; sie geht dahin, daß zwar alle Rechtswirkungen des unbedingten Erlöschens einzutreten hätten, daß aber wegen der Möglichkeit des Wiederauflebens die Pfandrechte im Grundbuch nicht zu löschen seien. Weiters kommt hiezu noch die Lehre Petscheks, es handle sich bei der Bestimmung der §§ 12 KO., 12 AO. gar nicht um ein eigentliches Erlöschen, sondern bloß um eine Verstrickung zugunsten der Konkurs- oder Ausgleichsmasse; die Ergebnisse dieser Auffassung sind im wesentlichen die gleichen wie die der Lehre vom bedingten Erlöschen. Schließlich wird auch noch die Ansicht vertreten, das Erlöschen sei zwar auflösend bedingt, trotzdem müßten während des Schwebezustandes die Pfandrechte so behandelt werden, als bestünden sie gar nicht.

Es wäre fruchtlos, die Untersuchung nur darauf abzustellen, ob die Absonderungsrechte bedingt oder unbedingt erlöschen. Die zu lösende Frage geht vielmehr dahin, ob und inwieweit nach Eröffnung des Konkurses oder des Ausgleichsverfahrens auf die Möglichkeit des Wiederauflebens der Absonderungsrechte Bedacht zu nehmen ist. Erst aus der Regelung, die diese Frage im Gesetz gefunden hat, kann der allgemeine Grundsatz, ob es sich um ein bedingtes oder unbedingtes Erlöschen handelt, abgeleitet werden.

II. Lehre und Rechtsprechung aus der Zeit unmittelbar nach dem Inkrafttreten der Insolvenzgesetze vertraten zunächst die Auffassung vom bedingten Erlöschen der Absonderungsrechte.

Rintelen (Handbuch des österreichischen Konkurs- und Ausgleichsrechtes, S. 303) erklärt eine Löschung der Pfandrechte im Grundbuch und Pfändungsregister für unzulässig, doch könne der durch die Konkurseröffnung betroffene Absonderungsberechtigte nicht nur keine Befriedigung erlangen, sondern auch seine sonstigen Befugnisse im Exekutionsverfahren nicht ausüben, also seine eigene Zwangsvollstreckung nicht fortsetzen und auch nicht bei einer von Dritten betriebenen Zwangsversteigerung Widerspruch mangels Deckung erheben.

Lehmann (Kommentar zur KO., 1 S. 90) lehrt, das Absonderungsrecht dürfe mit Rücksicht auf sein allfälliges Wiederaufleben im Grundbuch nicht gelöscht werden.

Hora (Der Konkurskommissär, S. 67, 68, 70 ff.) hält das Erlöschen der Absonderungsrechte für bloß resolutiv bedingt (S. 67), meint aber trotzdem, die Pfandrechte müßten im Grundbuch gelöscht werden, die Exekution sei einzustellen. Im Falle des Wiederauflebens müßten die Pfandrechte neu mit Rückwirkung eingetragen werden (S. 75).

Bartsch - Pollak (a. a. O. I S. 96, II S. 183 ff.) halten das Erlöschen der Pfandrechte ebenfalls für bedingt. Diese Rechtsfolge sei im Ausgleichsverfahren erst nach Bestätigung endgültig. Die Pfandrechte hätten im Grundbuch weiter eingetragen zu bleiben. Andererseits wird jedoch die Ansicht vertreten, daß die angeordnete Verwahrung aufzuheben sei. Der verwahrte Pfandgegenstand sei der Konkursmasse bzw. dem Ausgleichsschuldner zurückzustellen. Der Masseverwalter müsse jedoch bei Verwendung des Erlöses verkaufter Sachen darauf Bedacht nehmen, daß ein darauf haftendes und gemäß § 12 KO. erloschenes Absonderungsrecht wieder aufleben könne. Im Gegensatz zu dieser Ansicht führt Pollak im System des österreichischen Zivilprozeßrechtes, 2. Aufl. III S. 881, unter den Fällen der amtswegigen Einstellung der Exekution die §§ 12 KO., 12 AO. an.

Frankl (Zur Einführung in die neue KO., S. 6) vertritt die Ansicht, das Absonderungsrecht werde nicht vernichtet, sondern gehe auf den Masseverwalter über, so daß eine Art Eigentümerpfandrecht vorliege.

Schrutka (GerZ. 1916 S. 100) befaßt sich mit der oben genannten Meinung Horas, ohne aber zu einer abschließenden Stellungnahme zu gelangen. Er meint ebenfalls wie Frankl, das Absonderungsrecht sei nur für die Person des Gläubigers erloschen, es entstehe ein Eigentümerbefriedigungsrecht, erörtert aber andererseits die Ansicht Horas, das Pfandrecht müsse im Grundbuch gelöscht und durch eine Anmerkung auf die Möglichkeit des Wiederauflebens hingewiesen werden.

Rosenthal (RiZ. 1926 S. 41) schließt sich der Auffassung vom bedingten Erlöschen an und meint daher, es könnte trotz Vorliegens der Voraussetzungen der §§ 12 KO. und 12 AO. noch die Verwahrung bewilligt werden.

Walker (Österreichisches Exekutionsrecht, 4. Aufl. S. 142 ff.) ist gleichfalls Anhänger der Lehre vom bedingten Erlöschen, er hält die Einstellung der Exekution für unstatthaft.

Neumann - Lichtblau (a. a. O. I S. 207 Anm. 10, S. 249) lassen die Einstellung der Exekution nur zu, wenn ein Wiederaufleben des Pfandrechtes unmöglich geworden ist. Der Kommentar steht auf dem Standpunkt, daß das Pfandrecht nur vorläufig erlösche, weshalb während des Schwebezustandes die grundbücherlichen Eintragungen bestehen zu bleiben hätten.

Nobl (GerZ. 1927 S. 214 ff.) bekennt sich zur "Vernichtungstheorie". Dem Gläubiger, dessen Absonderungsrecht gemäß §§ 12 KO., 12 AO. erloschen sei, stehe auch kein Anwartschaftsrecht zu, auch nicht auf den Erlös der veräußerten Sache. Es könne nicht geduldet werden, daß er auf diesem Wege eine Pression ausübe. Im Falle des Erlöschens eines Forderungspfandrechtes müsse das Exekutionsgericht diese Wirkung mittels Beschlusses feststellen. Die bücherlichen Pfandrechte seien zu löschen.

Petschek (Bemerkungen zur Entscheidung ZBl. 1932 Nr. 315 und Zivilprozeßrechtliche Streitfragen S. 244 ff.) bekämpft entschieden die Vernichtungstheorie. Es handle sich um kein Erlöschen und Wiederaufleben im eigentlichen Sinne, vielmehr sei der Vollstreckungsteilnahmeanspruch des betreibenden Gläubigers zugunsten der Masse verstrickt.

Ein gleiches Bild der Zersplitterung wie die Lehre zeigt die Rechtsprechung. Es ist bezeichnend, daß in den ersten Jahren nach dem Inkrafttreten der Insolvenzgesetze auch hier die Vernichtungslehre abgelehnt wurde.

Die Entscheidungen GerZ. 1915 S. 440 und GIUNF. 7430 führen in ihren Gründen aus, daß zwar die Pfandrechte, ohne daß es einer gerichtlichen Löschungserklärung bedürfte, mit der Wirkung für jedermann und für immer erlöschen, daß sie jedoch im Grundbuch und im Pfändungsregister weiter eingetragen zu bleiben hätten. Den gleichen Standpunkt nehmen die Entscheidungen AmtlSg. NF. 1793 und SZ. II 101 ein. Alle diese Entscheidungen erklären das Erlöschen der Absonderungsrechte für bedingt.

In der Entscheidung SZ. I 80 führt der Oberste Gerichtshof aus, daß eine unter § 12 Abs. 1 KO. fallende Exekution, selbst wenn sie aufgeschoben war, fortzusetzen und zum Verkauf zu schreiten ist, solange nicht im Sinne des 2. Absatzes dieser Gesetzesstelle vom Konkurskommissär oder vom Masseverwalter die Einstellung des Verwertungsverfahrens begehrt wird.

Die Wendung in der Rechtsprechung brachte die Entscheidung SZ. VIII

229. Es heißt dort, das gemäß §§ 12 KO., 12 AO. erloschene Pfandrecht bestehe (offenbar auch bedingt) nicht mehr weiter. Im Falle des Wiederauflebens erhalte es zwar den früheren Rang, doch nur unter der Voraussetzung, daß die belastete Sache inzwischen nicht veräußert worden sei. Der Erwerber erlange pfandfreies Eigentum.

Die Rechtsprechung der Untergerichte folgte dieser neuen Ansicht nur zum Teil (eine Zusammenstellung der unmittelbar nach Erlassung dieser Entscheidung geübten Praxis des Exekutionsgerichtes Wien und des Landesgerichtes für Zivilrechtssachen Wien als Rekursgerichtes

s. bei Nobl a. a. O.). Noch im gleichen Jahre 1926, in dem die Entscheidung SZ. VIII 229 erging, trafen die Richter des Exekutionsgerichtes Wien und die Konkurskommissäre Wiens eine Vereinbarung, derzufolge nicht nur das Verwertungsverfahren nicht von Amts wegen einzustellen, sondern auch trotz Erlöschens des Absonderungsrechtes der Verkauf zu bewilligen war, solange nicht ein dem entgegenstehendes Einschreiten im Sinne der §§ 12 Abs. 2 KO., 12 Abs. 2 AO. vorlag (abgedruckt bei Heller - Trenkwald, Die österreichische EO. in ihrer praktischen Anwendung, 3. Aufl. S. 1458).

Es folgte dann das SpR. Nr. 26 neu (SZ. IX 308). Wenn der Leitsatz auch nur dahin geht, daß der Masseverwalter ohne Rücksicht auf ein allfälliges Wiederaufleben des gemäß § 12 Abs. 1 KO. erloschenen Absonderungsrechtes die Pfandsache verwerten und den Erlös verteilen könne, so lassen die Gründe der Entscheidung doch erkennen, daß sie auf dem Boden der Vernichtungslehre steht. Es heißt dort, daß das erloschene Pfandrecht "gestorben, tot" sei. Der Masseverwalter könne die bürgerliche Löschung eingetragener Pfandrechte begehren. Wenn die erloschenen Absonderungsrechte wieder auflebten, könnten die Gläubiger das Wiederaufleben im alten Rang begehren, aber nur soweit sich die Pfandsache noch im Vermögen des Schuldners befinde. Es wird hierbei gar nicht unterschieden, ob der Erwerber im guten oder schlechten Glauben gehandelt hat, ob er also mit der Möglichkeit des Wiederauflebens rechnen mußte, was er ja, wenn die Eröffnung des Konkurses angemerkt ist, immer tun muß.

In demselben Sinn sind die Entscheidungen Rspr. 1928 Nr. 43, SZ. XIII 77, Rspr. 1932 Nr. 227, ZBl. 1932 Nr. 315, SZ. XV 182, SZ. XVII 34 und Rspr. 1935 Nr. 251 gehalten. Von den gleichen Voraussetzungen geht offenbar auch die Entscheidung Rspr. 1932 Nr. 326 aus, die das Verfügungsrecht des Masseverwalters für unabhängig davon erklärt, ob die Möglichkeit des Wiederauflebens eines nach § 12 Abs. 1 KO. erloschenen Pfandrechtes besteht, ebenso die Entscheidung ZBl. 1938 Nr. 47, nach welcher das Forderungspfandrecht gemäß §§ 12 KO., 12 AO. mit Wirkung gegenüber dem Drittschuldner erlischt, ohne daß es eines diese Wirkung aussprechenden Beschlusses bedürfte. Auch die Entscheidung EvBl. 1958 Nr. 353 steht noch auf dem Boden der Vernichtungslehre.

Diese Rechtsprechung, welche die Auffassung, das Absonderungsrecht erlösche nur bedingt, ablehnt, ist jedoch auch seit der Entscheidung SZ. VIII 229 keineswegs einheitlich geblieben. Die Entscheidung SZ. XIII 197 erklärt das Erlöschen des Pfandrechtes für bloß provisorisch, weshalb es die Einbringung einer Widerspruchsklage nicht überflüssig mache. In der Entscheidung ZBl. 1933 Nr. 383 erklärt der Oberste Gerichtshof sogar, daß der auf ein gemäß § 12 Abs. 1 KO. erloschenes Pfandrecht entfallende Erlös dem Masseverwalter zwar zuzuweisen sei, jedoch unbeschadet seiner Pflicht, den Betrag für den Fall des Wiederauflebens des Pfandrechtes aufzubewahren. In der Entscheidung SZ. XXVIII 203 wendet sich der Oberste Gerichtshof von der Vernichtungslehre ab und erklärt die Löschung des grundbücherlich eingetragenen Befriedigungsrechtes für unzulässig.

Die Rechtsprechung des Landesgerichtes für Zivilrechtssachen Wien als Rekursgerichtes hat sich ebenfalls nicht einheitlich zur Vernichtungslehre bekannt, sondern vielfach den Standpunkt eingenommen, es sei auf die Möglichkeit des Wiederauflebens Bedacht zu nehmen. Die Entscheidung EvBl. 1937 Nr. 476 lehnt die Einstellung der Exekution bei Erlöschen des Pfandrechtes im Hinblick auf die Möglichkeit des Wiederauflebens ab. Nach den Entscheidungen 41 R 992/31 und 41 R 1726/32 (MGA. der EO., 9. Aufl. S. 1465) besteht trotz Erlöschens des Pfandrechtes kein Grund, die bereits eingeleitete Verwahrung wieder aufzuheben. Die Entscheidung 41 R 1428/30 (Heller - Trenkwald a. a. O.) läßt trotz Erlöschens des Absonderungsrechtes die Überweisung zur Einziehung zu, wenn es an dem Einschreiten gemäß § 12 Abs. 2 KO. und § 12 Abs. 2 AO. fehlt.

III. Auslegung auf Grund der §§ 12 Abs. 1 KO., 12 Abs. 1 AO.

1. Auslegung auf Grund des Gesetzeswortlautes.

Das Gesetz spricht von einem Erlöschen der Absonderungsrechte und deren Wiederaufleben. Daraus folgern nun SZ. VIII 229 und SpR. Nr. 26 neu u. a., daß eben vorher das Absonderungsrecht "gestorben und tot" sein müsse. Solche

bildhafte (metaphorische) Beweisführungen ergeben naturgemäß Irrtümer. Aus dem Wiederaufleben des Absonderungsrechtes kann nicht gefolgert werden, daß es früher tot wäre. "Wiederaufleben" ist ein bildhafter Ausdruck, weil ein Recht nicht lebt. Es bedeutet daher nichts anderes, als daß die erloschenen Rechtswirkungen die sich an den Tatbestand des Absonderungsrechtes knüpfen, wieder eintreten. Aus diesem Wiedereintritt kann aber nicht geschlossen werden, daß während der Zeit des Schwebezustandes nicht gewisse Vorwirkungen des wiederaufgelebten Rechtes bestehen.

Nobl meint (a. a. O.), das Absonderungsrecht sei nicht auflösend bedingt erloschen, sondern unbedingt, hingegen sei das Wiederaufleben durch die Aufhebung des Konkurses nach § 166 KO. oder durch die Einstellung des Ausgleichsverfahrens aufschiebend bedingt. Es handelt sich hierbei nur um ein Spiel mit Worten. Betrachtet man das Wiederaufleben als aufschiebend bedingt, so ändert dies doch nichts an der Tatsache, daß, solange der Eintritt dieser Bedingung noch möglich ist, ein Schwebezustand besteht, während dessen man nicht weiß, ob es beim Erlöschen bleiben wird. Was für das eine Recht aufschiebend ist, ist häufig für das andere auflösend. Ist das Wiederaufleben des Pfandrechtes aufschiebend, ist sein Erlöschen auflösend bedingt. Der Schwebezustand wirkt sich nach beiden Richtungen aus.

Man kann aber sagen: wären die erloschenen Pfandrechte wirklich "tot", so hätte der Gesetzgeber statt ihres Wiederauflebens anordnen müssen, daß sie neu mit dem alten Rang begründet werden.

2. Entstehungsgeschichte.

Zur Begründung der Vernichtungstheorie, aber auch zur Bekämpfung der Ansicht Petscheks, wird auf die Denkschrift zur Kaiserlichen Verordnung, S. 23 ff., verwiesen, weil es dort heißt, daß die Absonderungsrechte für immer und mit Wirkung für jedermann erlöschen (so z. B. SZ. XV 182). Damit sollargetan werden, daß sie nicht etwa bloß vorläufig untergingen. Hierbei wird jedoch übersehen, daß diese Worte in einem ganz anderen Zusammenhang als dem des Wiederauflebens gebraucht worden sind. Die Denkschrift erörtert die Möglichkeit, die Absonderungsrechte nur für die Dauer des Konkurses und nur mit der Wirkung für die daran beteiligten Gläubiger erlöschen zu lassen, so daß, wenn die belastete Sache nach Aufhebung des Konkurses noch dem Gemeinschuldner gehört, das Absonderungsrecht wieder wirksam sein würde. Der Gesetzgeber hat sich aus den in der Denkschrift angeführten Gründen zu einer anderen Lösung entschlossen. Das Absonderungsrecht soll auch nach Aufhebung des Konkurses erloschen bleiben. Nur darauf bezieht sich die Bemerkung der Denkschrift, es erlösche "für immer". Mit der Möglichkeit des Wiederauflebens hat diese Bemerkung gar nichts zu tun. Sie trifft nur den Regelfall, nämlich daß es zu keiner Aufhebung des Konkurses nach § 166 KO. kommt.

Es ist bezeichnend, daß diese Bemerkung der Denkschrift ursprünglich gar nicht anders verstanden worden ist. Die Entscheidungen aus der Zeit unmittelbar nach Erlassung der Insolvenzgesetze GlUNF. 7430 und AmtlSlg. NF. 1793 verweisen darauf, daß das Absonderungsrecht für immer und mit der Wirkung für jedermann erlösche, und erklären trotzdem diese Wirkung als nur vorläufig und bedingt. Sie beziehen die Worte "für immer" eben auf ganz etwas anderes, nämlich darauf, daß das Erlöschen im Regelfall über den Zeitpunkt der Aufhebung des Konkurses hinaus und nicht bloß für den Konkurs wirkt. Der folgende Satz, daß in gewissen Fällen die "Erlöschung" rückgängig zu machen sei, betrifft eben nicht mehr den Regelfall, denn was rückgängig gemacht werden kann, besteht nicht für immer.

Petschek verweist (a. a. O.) darauf, daß der Kommission ursprünglich der Entwurf Nemethy vorlag, nach welchem die Rechtswirkung des Erlöschens der Absonderungsrechte mit Aufhebung des Konkurses wegfallen sollte. Dagegen wurde Einsprache erhoben. Die endgültige Fassung erfolgte auf Grund der Vorschläge Frankls und Rintelens, die beide Gegner der Vernichtungslehre sind (s. ihre oben angeführten Lehrmeinungen).

Die Entstehungsgeschichte des Gesetzes spricht also gegen die Ansicht, daß auf die Möglichkeit des Wiederauflebens nicht Bedacht zu nehmen sei.

IV. Für die erloschenen Absonderungsrechte kommen für die Zeit nach Eröffnung des Konkurses oder Ausgleichsverfahrens die Bestimmungen des zweiten Absatzes über anhängige Verwertungsverfahren und die des dritten Absatzes über die Verwendung eines in einem Verwertungsverfahren erzielten Erlöses in Frage. Der zweite Absatz ist in der KO. und AO. sachlich gleichlautend, wogegen der dritte wesentliche Verschiedenheiten aufweist.

1. Die Bestimmungen des zweiten Absatzes.

Würde man davon ausgehen, das Absonderungsrecht sei ohne Rücksicht auf ein etwaiges Wiederaufleben erloschen

und dieses zeitige keine Vorwirkung, so wäre es selbstverständlich und es bedürfte keiner besonderen Bestimmung, daß auch ein Verwertungsverfahren eingestellt werden muß. Entdeckt etwa das Exekutionsgericht, das den neuerlichen Verkauf von gepfändeten Fahrnissen bewilligt hat, daß das Pfandrecht gemäß § 256 EO. erloschen ist, so besteht kein Zweifel, daß der Verkauf nicht stattfinden darf, denn das prozessuale Befriedigungsrecht fällt mit dem Erlöschen des richterlichen Pfandrechtes. Ohne ein solches Befriedigungsrecht ist aber ein Verwertungsverfahren undenkbar. Der Umstand, daß die KO. und AO. es für notwendig finden, die Einstellung des Verwertungsverfahrens auf Grund des Einschreitens der dort genannten Organe anzuordnen zeigt allein schon, daß ohne diese Bestimmung das Verfahren weitergehen würde. Man kann nun nicht, wie Nobl (a. a. O.) es tut, diese Bestimmung als überflüssig bezeichnen. Denn daraus, daß das Verwertungsverfahren erst auf Einschreiten eingestellt wird, ergibt sich, daß es an und für sich weitergeht. Einem Verwertungsverfahren muß ein Befriedigungsrecht eines Gläubigers zugrunde liegen. Dieses Argument wurde schon in den ersten nach Inkrafttreten der Insolvenzgesetze ergangenen Entscheidungen vorgebracht. Die Anhänger der Vernichtungslehre können dagegen außer der unhaltbaren Ansicht, es handle sich um eine überflüssige Bestimmung, nur vorbringen, es könne hier von keiner Fortsetzung des Exekutionsverfahrens die Rede sein. Wenn die Organe des Konkursverfahrens den Verkauf als im Interesse der Gläubiger liegend ansähen, so könnten sie sich eine kridamäßige Veräußerung ersparen, indem sie es einfach unterließen, die Einstellung des Verwertungsverfahrens zu begehren. Daß allein dies der Zweck der genannten Bestimmung sein sollte, ist jedoch auszuschließen. Auf die kridamäßigen Veräußerungen sind die Vorschriften der Exekutionsordnung mit den im § 119 Abs. 2 KO. genannten Abweichungen anzuwenden. Es muß also einen betreibenden Gläubiger geben, der die verschiedenen, zur Fortsetzung des Verkaufsverfahrens notwendigen Schritte ergreift, wie Zahlung eines Kostenvorschusses für die Schätzung, Vorlage der Versteigerungsbedingungen, Namhaftmachung eines Freihandkäufers u. dgl. Nun bestimmt § 119 Abs. 2 Z. 1 KO., daß bei der kridamäßigen Veräußerung dem Masseverwalter die Stellung eines betreibenden Gläubigers zukomme. Das Gesetz sagt mit keinem Wort, daß der Masseverwalter an die Stelle des betreibenden Gläubigers trete. Er kann gemäß § 119 Abs. 4 KO. wohl in ein anhängiges Exekutionsverfahren eintreten und muß dies, wenn er es will, ausdrücklich erklären. Von einem Eintritt des Masseverwalters auf Grund des Gesetzes allein kann keine Rede sein. Wie unhaltbar die Ansicht ist, es handle sich um eine Art kridamäßiger Veräußerung, ergibt sich daraus, daß die inhaltlich vollkommen gleiche Bestimmung für das Ausgleichsverfahren gilt. Dort gibt es eine solche Einrichtung nicht. Es ist grundsätzlich nicht Gegenstand des Verfahrens, das Vermögen des Ausgleichsschuldners zu veräußern. Erweist sich dies als notwendig und zweckmäßig, so kann es nur er selbst oder eine von ihm ermächtigte Person tun. Der Ausgleichsverwalter kann niemals in ein gegen den Schuldner laufendes Exekutionsverfahren eintreten. Dem Verpflichteten steht daher in einem mangels Einschreitens gemäß §§ 12 KO., 12 AO. nicht eingestellten Verwertungsverfahren nur der ursprüngliche betreibende Gläubiger gegenüber.

Es ist nun zu erörtern, welchen Sinn es hat, daß ein exekutives Verkaufsverfahren fortgesetzt werden kann, obgleich das Pfandrecht des betreibenden Gläubigers erloschen ist. Die Bestimmung der §§ 12 Abs. 1 KO., 12 Abs. 1 AO. könnte leicht zur Exekutionsvereitelung mißbraucht werden. Gemäß § 70 Abs. 1 KO. ist auf Antrag des Schuldners der Konkurs sofort zu eröffnen. Es läßt sich zu diesem Zeitpunkt oft gar nicht überblicken, ob die Voraussetzungen des Vorhandenseins eines zur Deckung der Kosten des Konkursverfahrens ausreichenden Vermögens und der Gläubigermehrheit gegeben sind. Ebenso kann bei Bewilligung der Eröffnung des Ausgleichsverfahrens meist noch gar nicht beurteilt werden, ob es zu einer Annahme und Bestätigung des Ausgleiches kommen wird. Der Schuldner kann durch Stellung unbegründeter Anträge auf Eröffnung des Konkurs- oder Ausgleichsverfahrens exekutive Verkäufe vereiteln. Es kommt dann zur Aufhebung des Konkurses bzw. zur Einstellung des Ausgleichsverfahrens, aber der Zweck der genannten Maßnahme wäre erreicht. Diesem Übelstand sucht nun das Gesetz dadurch abzuhelpen, daß es das Verkaufsverfahren vorerst weiterlaufen läßt. Es wird vielfach möglich sein, bevor der Verkauf wirklich durchgeführt wird, sich darüber klar zu werden, ob der Konkurs gemäß § 166 KO. aufgehoben oder das Ausgleichsverfahren eingestellt werden muß. In diesen Fällen werden die Organe des Konkurs- oder Ausgleichsverfahrens die Einstellung des Verwertungsverfahrens nicht veranlassen. Daß hiezu oft keine Zeit mehr bleibt und deshalb schon bei Eröffnung des Konkurses oder Ausgleichsverfahrens das Exekutionsgericht um Einstellung des Verwertungsverfahrens ersucht werden muß, ebenso, daß dies mitunter zur Regel geworden ist, ohne daß die Umstände näher untersucht werden, kann daran nichts ändern. Eine Weiterführung des Verwertungsverfahrens ohne ein auch nur bedingtes Recht des betreibenden Gläubigers ist undenkbar. Der Grund für die Ordnung, daß die Exekution nicht, was ja eigentlich bei absolutem Erlöschen des Befriedigungsrechtes selbstverständlich wäre, einzustellen ist, kann nur in einer Vorwirkung

des allfälligen Wiederauflebens des Absonderungsrechtes liegen. Selbstverständlich bleibt es den im § 12 Abs. 2 KO. bzw. AO. genannten Organen des Konkurs- oder Ausgleichsverfahrens überlassen, auch dann kein Ersuchen bzw. keinen Antrag auf Einstellung des Verwertungsverfahrens zu stellen. Trotzdem kann es sich nach dem Gesagten nur um ein Verfahren handeln, in dem der betreibende Gläubiger Partei ist, was mit der völligen Vernichtung des Absonderungsrechtes unvereinbar wäre.

Die Bestimmung der §§ 12 Abs. 2 KO., 12 Abs. 2 AO. bezieht sich nicht nur auf den Verkauf von Sachen, wie Petschek (Zivilprozeßrechtliche Streitfragen, S. 247 ff.) annimmt. Es ist zunächst darauf zu verweisen, daß das Gesetz den weiteren Ausdruck "Verwertungsverfahren" gebraucht. Die Überschrift zu §§ 317 ff. EO. spricht von anderweitiger Verwertung, woraus hervorgeht, daß auch die Überweisung unter den Begriff der Verwertung fällt. Ebenso zeigt § 331 Abs. 2 EO., daß das Gesetz darunter auch Zwangsverwaltung und Zwangsverpachtung versteht. Andererseits geht wieder Pollak (System, III S. 947) zu weit, daß die Eröffnung des Konkurses oder des Ausgleichsverfahrens innerhalb von 60 Tagen nach Begründung des Befriedigungsrechtes die Zwangsverwaltung aufhebe. Denn da es sich um ein Verwertungsverfahren handelt, ist die Einstellung nur auf Einschreiten der hiezu befugten Organe möglich.

Nach Petschek soll die Überweisung unberührt bleiben, ebenso die Zwangsverwaltung und Zwangsverpachtung. Nach dem Wortlaut des Gesetzes hat das Exekutionsgericht aber auf Einschreiten der Organe des Konkurs- oder Ausgleichsverfahrens die Überweisung aufzuheben. Daraus ergibt sich, daß der Drittschuldner von diesem Zeitpunkt an dem betreibenden Gläubiger nicht mehr zahlen kann. Das Gesetz kennt nur einen Beschluß des Exekutionsgerichtes auf Einstellung des Verwertungsverfahrens, nicht aber einen solchen zur Feststellung, ob das Pfandrecht des betreibenden Gläubigers an der Forderung durch die Konkursöffnung berührt wird. Andererseits kann vom Drittschuldner nicht verlangt werden, darüber Erhebungen durchzuführen. Sie müßten sich nicht nur darauf erstrecken, ob das Absonderungsrecht innerhalb der sechzigtägigen Frist erworben wurde; sondern auch darauf, ob es sich nicht um eine öffentliche Abgabe oder eine sonstige, durch das Ausgleichsverfahren nicht berührte Schuld handelt. Durch Aufhebung des Überweisungsbeschlusses, die sich als Einstellung des Verwertungsverfahrens gemäß §§ 12 Abs. 2 KO., 12 Abs. 2 AO. darstellt, wird klaggestellt, daß das Pfandrecht bedingt erloschen ist. Ob nun der Drittschuldner der Masse bzw. dem Ausgleichsschuldner zahlen kann, wird erst im Zusammenhang mit der Besprechung des dritten Absatzes der §§ 12 KO., 12 AO. erörtert werden.

Wie erwähnt, gilt für Zwangsverwaltungen und -verpachtungen dasselbe, was für alle anderen Verwertungsverfahren angeordnet ist.

Jedenfalls erlischt das Pfandrecht in allen diesen Fällen nicht endgültig, sondern nur bedingt, weil die Fortsetzung des Verwertungsverfahrens möglich ist und dieses ein Pfandrecht voraussetzt. Auch die Anordnung des Gesetzes, daß eine Einstellung des Verwertungsverfahrens vorgenommen werden kann, beweist, daß das Pfandrecht noch bestehen muß, da eine Einstellung einer Exekution, für die kein Pfandrecht mehr vorhanden wäre, undenkbar ist. Vor allem aber ist auf den 2. Satz des Abs. 2 hinzuweisen; eine Hemmung der Frist für die Dauer der Wirksamkeit des Pfandrechtes im Sinne des § 256 EO. wäre unmöglich, wenn dieses Pfandrecht bereits endgültig erloschen wäre.

2. Die Bestimmungen des dritten Absatzes.

a) § 12 AO.:

Nach dieser Bestimmung darf ein vor oder nach Eröffnung des Ausgleichsverfahrens erzielter Erlös, der auf ein von Abs. 1 betroffenes Absonderungsrecht entfällt, dem Absonderungsgläubiger nur ausgefolgt werden, wenn das Ausgleichsverfahren eingestellt und nicht Anschlußkonkurs eröffnet worden ist. Nobl legt (a. a. O.) besonderen Wert darauf, daß das Gesetz die Frage regelt, unter welchen Voraussetzungen der Erlös dem betreibenden Gläubiger, und nicht, wann er dem Verpflichteten ausgefolgt werden darf. Er will damit die Richtigkeit der Vernichtungslehre dartun. Gerade das Gegenteil trifft zu. Wenn das Absonderungsrecht unbedingt erlösche, besser gesagt, wenn die Möglichkeit des Wiederauflebens keine Vorwirkungen erzeugte, so würde es selbstverständlich sein, daß der Erlös dem betreibenden Gläubiger nicht ausgefolgt werden dürfte, so wenig wie bei einem Verteilungsbeschluß einem Gläubiger etwas zugewiesen werden darf, wenn sich herausstellt, daß sein Pfandrecht gemäß § 256 EO. erloschen ist. Im letzteren Fall unterliegt es keinem Zweifel, daß der Erlös einem nachfolgenden Pfandgläubiger und mangels eines solchen dem Verpflichteten zuzuweisen ist. Dasselbe müßte im Falle der Richtigkeit der Vernichtungslehre bei § 12 AO. gelten. Das Exekutionsgericht muß aber den Betrag verwahren und abwarten, ob es nicht etwa zu einer Einstellung des Ausgleichsverfahrens kommt. Müßte der Betrag dem Verpflichteten, also dem Ausgleichsschuldner, ausgefolgt

werden, so wäre die genannte Bestimmung unanwendbar. Darin, daß mit dem auf das von § 12 Abs. 1 AO. betroffene Absonderungsrecht entfallenden Erlös nicht so verfahren werden kann wie etwa im Falle des § 256 EO., liegt eine Vorwirkung der Möglichkeit des Wiederauflebens des Pfandrechtes. Anders kann die abweichende Regelung nicht verstanden werden.

Was hinsichtlich eines Erlöses im eigentlichen Sinn angeordnet wurde, gilt auch von allen anderen Erträgen eines Verwertungsverfahrens, über die das Gericht verfügen kann, wie vom Erlag eines Drittschuldners, Überschüssen einer Zwangsverwaltung, Eingängen an Zins bei einer Zwangsverpachtung u. a. Denn es handelt sich hier um einen Erlös im weiteren Sinn; es ist nicht einzusehen, warum diese Ergebnisse des Verwertungsverfahrens anders behandelt werden sollten als Kaufpreise. Sie sind bis zur Bestätigung oder allfälligen Einstellung des Ausgleichsverfahrens gerichtlich zu verwahren.

b) § 12 KO.

Hier wird das Gegenteil von dem bestimmt, was für das Ausgleichsverfahren angeordnet ist. Der auf das von § 12 KO. betroffene Pfandrecht entfallende Erlös ist in die Konkursmasse einzubeziehen. In einem früheren Entwurf hätten danach die Worte "und zu verteilen" folgen sollen, doch wurden sie als überflüssig gestrichen. Von einer Vorwirkung der Möglichkeit des Wiederauflebens des Absonderungsrechtes kann hier nicht die Rede sein. Immerhin spricht diese Bestimmung aber doch nicht für die Vernichtungslehre.

§ 12 Abs. 3 KO. steht für den Regelfall der Annahme der bedingten Wirksamkeit des Absonderungsrechtes keineswegs entgegen. Die bloße Einbeziehung des Erlöses in die Masse beeinträchtigt die Rechte des Absonderungsgläubigers nicht, weil ja nur der Masseverwalter und nicht der Gemeinschuldner darüber verfügen kann. Es kann für ihn gleichgültig sein, wer den Erlös verwahrt. Nun bleibt es allerdings dabei nicht, vielmehr hat der Masseverwalter den Betrag nach den Vorschriften der KO. zu verteilen, wodurch er dem Absonderungsgläubiger verlorengelassen wird. Sobald aber einmal die Verteilung begonnen hat, kann der Konkurs nicht mehr nach § 166 KO. aufgehoben werden. Für die Vernichtungslehre könnte nur eine Bestimmung sprechen, nach welcher mit einer von einem durch § 12 KO. betroffenen Absonderungsrecht behafteten Sache in einer Weise verfahren werden könnte, daß der betreibende Gläubiger im Fall des Wiederauflebens zu Schaden kommen würde. Nur dann könnte gesagt werden, das Gesetz nehme auf diese Möglichkeit keine Rücksicht. Kommt es zur Verteilung des Erlöses, dann zeigt sich die Wirkung des Erlöschens nach § 12 Abs. 1 KO., aber nicht etwa, weil es von allem Anfang an unbedingt gewesen wäre, sondern weil der Schwebezustand beendet wurde, da, sobald Mittel zur Verteilung bereit waren, der Konkurs nicht mehr nach § 166 KO. aufgehoben werden konnte.

Es wäre auch seltsam, wenn § 12 Abs. 1 der KO. etwas anderes bedeutete als die entsprechende und gleichlautende Bestimmung der AO.

§ 12 KO. bezweckt, die Gläubiger, die innerhalb von 60 Tagen vor Konkurseröffnung ein richterliches Absonderungsrecht erworben haben, mit den anderen Konkursgläubigern gleichzustellen. Es soll letzteren der auf das Absonderungsrecht entfallende Betrag zugutekommen. Diesem Zweck würde es widersprechen, wenn der Masseverwalter den Betrag anderweitig, etwa zur Unterhaltsgewährung gemäß § 5 Abs. 2 KO., verwendete. Das zu ermöglichen ist nicht der Sinn dieser Bestimmung. Hiedurch würde der betroffene Absonderungsgläubiger geschädigt werden, weil ihm durch diese Maßnahme im Falle des Wiederauflebens der Erlös verloren ginge.

Im übrigen beweist die Tatsache, daß der Gesetzgeber überhaupt einen dritten Absatz der §§ 12 KO., 12 AO. betreffend die Behandlung eines Erlöses geschaffen hat, daß der Gesetzgeber trotz des Erlöschens der Pfandrechte nach Abs. 1 dieser Paragraphen damit rechnet, daß ein Erlös erzielt wird. Zur Vermeidung einer Nichtigkeit ist es aber im Exekutionsverfahren notwendig, daß ein wirksames Pfandrecht besteht, wenn zur Verwertung und damit zur Erzielung eines Erlöses geschritten wird; die Pfandrechte können daher nur bedingt erloschen sein.

V. Die Untersuchung wäre nicht vollständig, würde man nicht prüfen, welche Wirkungen das Erlöschen im Zusammenhang mit der Möglichkeit des Wiederauflebens außerhalb eines Verwertungsverfahrens sonst hervorruft. Zur Lösung dieser Frage ist man aber nicht nur auf den ersten Absatz angewiesen, vielmehr lassen die Bestimmungen des zweiten und dritten Absatzes klar erkennen, inwieweit das Gesetz die Möglichkeit des Wiederauflebens vorwirken läßt. Es wäre nicht einzusehen, warum diese Rücksichtnahme auf das etwaige Wiederaufleben fehlen sollte, wenn noch kein Erlös erzielt worden ist. Da sich aus dem zweiten Absatz beider Gesetzesstellen und aus dem dritten Absatz des § 12 AO. eindeutig ergibt, daß von einem endgültigen Erlöschen nicht die Rede sein kann, darf das Absonderungsrecht

auch sonst nicht behandelt werden, als ob die Möglichkeit des Wiederauflebens nicht in Frage käme.

1. Behandlung der Pfandrechte.

Da es sich um kein endgültiges Erlöschen handelt, ist das Pfandrecht im Grundbuch nicht zu löschen. Das Gesetz sieht eine solche Maßnahme nicht vor, sondern nur die Einstellung des Verwertungsverfahrens. Hätten weitergehende Maßnahmen zu erfolgen, so hätte das Gesetz die Einstellung der Exekution, welche notwendigerweise die Pfandrechtslöschung zur Folge hätte, angeordnet. Wenn es jedoch feststeht, daß ein Wiederaufleben nicht mehr in Frage kommt, sei es daß die Verteilung begonnen hat, sei es daß der Zwangsausgleich oder der Ausgleich bestätigt worden ist, so hat der Schwebezustand aufgehört. Das Erlöschen ist dann unbedingt geworden, das Absonderungsrecht ist vernichtet. Aus der Anmerkung der Eröffnung des Konkurses oder des Ausgleichsverfahrens kann jedermann im Zusammenhang mit dem Edikt ersehen, ob es sich um ein aufrechtes oder um ein bedingt erloschenes Absonderungsrecht handelt. Würde man das Pfandrecht löschen, so müßte es im Falle des Wiederauflebens im alten Rang wieder eingetragen werden. Es ist im Gesetz nicht vorgesehen, bei Löschung des Pfandrechtes durch eine Anmerkung auf die Möglichkeit des Wiederauflebens hinzuweisen, so daß der Rang, ähnlich wie im Falle des § 58 GBG. 1955, gewahrt bliebe. Es würde daher ein unklarer Grundbuchstand entstehen. Das Gesetz läßt es grundsätzlich nicht zu, daß bisher aus dem Grundbuch nicht ersichtliche Rechte einen früheren Rang erhalten, ohne daß sie an dieser Stelle durch eine Anmerkung genau bezeichnet wären. Der Vergleich der §§ 128 und 129 GBG. 1955 zeigt, daß das Gesetz es vermeiden will, daß ein Recht gelöscht wird, obwohl die Möglichkeit besteht, es wiederherzustellen. Wenn es sich auch bei der Wirkung der Rekursurledigung um einen vollkommen verschiedenen Fall handelt, so geht daraus hervor, daß ein Recht, das wiederhergestellt werden kann, nicht zu löschen ist, sondern daß auf seine noch nicht endgültige Beseitigung durch eine Anmerkung hingewiesen werden soll. Im vorliegenden Fall ist dies die Anmerkung der Eröffnung des Konkurses oder Ausgleichsverfahrens. Eine Einstellung der Exekution durch zwangsweise Pfandrechtsbegründung auf Grund der §§ 12 KO., 12 AO. ist daher nicht zulässig, da nach Abs. 2 dieser Gesetzesstellen höchstens eine Einstellung des Verwertungsverfahrens möglich ist, ein Verwertungsverfahren bei diesem Exekutionsmittel aber nicht in Frage kommt. Da in diesem Fall also weder diese Exekution noch ein Verwertungsverfahren eingestellt wird, ist auch die Löschung des Pfandrechtes im Grundbuch ausgeschlossen. Eine Löschung auf Grund des ersten Absatzes sehen weder die KO. oder AO. noch das GBG. 1955 vor.

2. Behandlung der gepfändeten beweglichen körperlichen Sachen.

a) Im Konkurs.

In der Entscheidung SpR. Nr. 26 neu wird der Rechtssatz ausgesprochen, daß Sachen, die mit einem unter § 12 KO. fallenden Absonderungsrecht belastet sind, ohne Rücksicht auf die Möglichkeit des Wiederauflebens veräußert werden können und der Erlös zu verteilen ist. Als Grund hierfür wird angegeben, daß das Absonderungsrecht endgültig erloschen sei. Dies ist, wie dargelegt wurde, in dieser Fassung nicht richtig, vielmehr liegt die richtige Begründung für den im Ergebnis allerdings zutreffenden Rechtssatz darin, daß sich aus dem Gesetz ergibt, daß die Möglichkeit des Wiederauflebens keine Vorwirkung in der Weise äußert, daß der Masseverwalter nicht über die gepfändeten Sachen verfügen dürfte. Es ergibt sich dies aus einer sinngemäßen Anwendung des § 12 Abs. 3 KO. Da das Gesetz den bei einer gerichtlichen Feilbietung erzielten Erlös der Masse zur Verteilung zuweist, ist nicht einzusehen, warum etwas anderes gelten sollte, wenn die Sachen noch nicht verkauft wurden. Es ist für den Absonderungsgläubiger gleichgültig, ob die Sachen im Zuge eines Exekutionsverfahrens oder kridamäßig veräußert werden. Der auf sein Pfandrecht entfallende Erlös wird zunächst in die Konkursmasse einbezogen. Kommt es dann zu einer Aufhebung nach § 166 KO., so ist ihm der Betrag zuzuweisen.

Da nun das Gesetz keine Vorwirkung dahingehend festsetzt, daß der Masseverwalter die Pfandgegenstände nicht verwerten dürfe, so gilt hier dasselbe, was von der Verwendung des Erlöses gesagt worden ist. Er darf auch die Sache selbst nicht dem Gemeinschuldner zur freien Verfügung überlassen.

Auch wenn sich der Spruch Nr. 26 neu auf ein Verwertungsverfahren im Zuge einer Exekution beziehen sollte, steht die vorliegende Entscheidung mit ihm nicht im Widerspruch; denn die Verwertung ist solange zulässig (s. vorne), bis die zuständigen Organe die Einstellung des Verwertungsverfahrens veranlassen.

Die zur Sicherung des Pfandrechtes getroffenen Sicherheitsmaßnahmen erlöschen nicht von selbst. Da sogar das Verwertungsverfahren nur auf Einschreiten der Organe des Konkurses einzustellen ist, wäre es unlogisch, die Verwahrung, also ein viel schwächeres Mittel, aufzuheben. Die Einbeziehung der Sache in die Konkursmasse bringt es

naturgemäß mit sich, daß sie dem Masseverwalter auf Verlangen auszufolgen ist. Die Verwahrung könnte sogar erst bewilligt werden, da das Pfandrecht nur bedingt erlischt.

b) Im Ausgleichsverfahren.

Da weder der Ausgleichsschuldner noch der Ausgleichsverwalter über den Erlös einer mangels eines Einschreitens nach § 12 Abs. 2 AO. veräußerten Sache verfügen können, vielmehr das Gericht für seine Verwahrung zu sorgen hat, ergeben sich daraus für das Ausgleichsverfahren Vorwirkungen des allfälligen Wiederauflebens. Es wäre unverständlich, wenn das Gesetz dem Absonderungsgläubiger den Erlös der exekutiv verkauften Sache sicherte, es hingegen hinnähme, daß der Pfandgegenstand vom Ausgleichsschuldner verkauft wird und der Gläubiger sein Befriedigungsrecht auch für den Fall des Wiederauflebens verlöre. Da der Ausgleichsschuldner grundsätzlich nicht geschäftsunfähig und nicht in dem Maß wie im Konkurs an Verfügungen über einzelne Gegenstände gehindert ist, könnte der Absonderungsgläubiger, wenn die Verwahrung mit Eröffnung des Ausgleichsverfahrens aufgehoben werden müßte, im Falle des Wiederauflebens des Absonderungsrechtes Schaden erleiden.

Ebensowenig bestehen Bedenken gegen die Bewilligung der Verwahrung. Der gleiche Gedanke, der dafür spricht, den Erlös nicht dem Ausgleichsschuldner ausfolgen zu lassen, trifft auch hier zu. Ebenso wie der Antrag auf Ausgleichseröffnung nicht schon die Möglichkeit bieten soll, ohne Rücksicht auf eine Aussicht auf Annahme ein laufendes Verkaufsverfahren einzustellen, darf der Schuldner nicht durch Stellung eines vielleicht aussichtslosen Ausgleichsvorschlages die drohende Verwahrung vereiteln. Andererseits besteht aber die Gefahr, daß gerade durch die Verwahrung einzelner Gegenstände eine erfolgreiche Fortführung des Ausgleichsverfahrens unmöglich wird. Man wird daher in sinngemäßer Anwendung des § 12 Abs. 2 AO. dem Ausgleichskommissär oder dem Ausgleichsverwalter die Möglichkeit einräumen müssen, die Aufhebung der Verwahrung zu veranlassen. Veräußerungen können das Absonderungsrecht des Gläubigers im Falle des Wiederauflebens nicht beeinträchtigen. Dritten Personen kann es unter der Voraussetzung der §§ 367, 371, 456 ABGB. oder §§ 366, 367 HGB. allerdings nicht entgegengesetzt werden, doch macht sich der Ausgleichsschuldner und gegebenenfalls auch der Ausgleichsverwalter nach §§ 1 oder 3 EVG., unter Umständen nach §§ 205a oder 205b StG., strafbar, wenn er die allfällige Befriedigung der Absonderungsgläubiger auf solche Art vereitelt. Es wird daher dafür Sorge zu tragen sein, daß entweder der durch das Pfand gedeckte Betrag für den Fall des Wiederauflebens verwahrt wird oder das Absonderungsrecht auch Dritten gegenüber rechtlich und tatsächlich durchgesetzt werden kann.

Bei anderer Ansicht könnte der Schuldner durch Stellung eines hoffnungslosen Ausgleichsantrages die gepfändeten Sachen ungehindert anderweitig verwerten.

3. Die Stellung des Drittschuldners.

a) Im Konkurs.

Das Pfandrecht bleibt bedingt insofern wirksam, als der Drittschuldner das Zahlungsverbot zu berücksichtigen und die zurückbehaltenen Beträge allenfalls zu Gericht zu erlegen hat.

Hat der Drittschuldner den Überweisungsgläubiger noch nicht befriedigt, so kann er nur mehr dem Masseverwalter zahlen. Denn was § 12 Abs. 3 KO. hinsichtlich des Erlöses vorschreibt, muß auch hier gelten. Es wäre unverständlich, daß der betreibende Gläubiger besser gestellt sein sollte, wenn der Drittschuldner den Betrag nicht bei Gericht erlegt hat. Sollte der Drittschuldner aber den Überweisungsgläubiger befriedigt haben, so muß dieser den Betrag in die Masse einzahlen. Denn er hat ihn als "Erlös" erhalten.

Hinsichtlich der Verwendung des Betrages gilt das unter IV 2 b von der Verwendung des Erlöses Gesagte. Der Masseverwalter darf ihn zwar verteilen, aber nicht in einer solchen Weise verwenden, die dem Zweck der Bestimmung des § 12 KO. widersprechen würde.

b) Im Ausgleichsverfahren.

In der von Petschek bekämpften Entscheidung ZBl. 1932 Nr. 315 wird die Ansicht vertreten, der Drittschuldner könne die mit einem von § 12 AO. betroffenen Pfandrecht belastete Forderung nur gegenüber dem Ausgleichsschuldner tilgen. Denselben Standpunkt nimmt SZ. XIII 77 ein. Damit würde der Absonderungsgläubiger jede Sicherheit verlieren. Das will aber das Gesetz vermeiden, indem es jede Ausfolgung des Erlöses, verbietet. Es wäre widerspruchsvoll, hier etwas anderes gelten zu lassen. Die Möglichkeit des Wiederauflebens äußert ihre Vorwirkungen im

Ausgleichsverfahren in viel weitergehendem Maß als im Konkurs. Die Gründe hierfür sind mehrfach dargelegt worden. Nach Einstellung des Verwertungsverfahrens, das, wie zu IV 1 ausgeführt, auch in einer Überweisung bestehen kann, darf der Drittschuldner daher auch nicht seinem ursprünglichen Gläubiger, dem Ausgleichsschuldner, zahlen. Er muß den Betrag gerichtlich hinterlegen. Petschek meint (Zivilprozeßrechtliche Streitfragen, S. 247 ff.), er könne an den Ausgleichsverwalter leisten. Dieser ist aber im Gegensatz zum Masseverwalter zu einer solchen Empfangnahme gar nicht legitimiert. Es bleibt daher nur mehr der Erlag bei Gericht übrig. Für die Ausfolgung gelten die Vorschriften des § 12 Abs. 3 AO. Mit der Bestätigung des Ausgleiches wird der Betrag für den Ausgleichsschuldner frei, so daß er ihn zur Bezahlung der Raten verwenden kann, denn von diesem Zeitpunkt an wird das Erlöschen unbedingt, da ein Wiederaufleben nicht mehr eintreten kann.

4. Absonderungsrechte an sonstigen Vermögensstücken.

Diese Absonderungsrechte sind sinngemäß nach den bei beweglichen körperlichen Sachen und Forderungen entwickelten Grundsätzen zu behandeln. Die Zwangsverwaltung gewerblicher Unternehmungen bleibt von der Eröffnung des Konkurses oder Ausgleichsverfahrens zunächst unberührt, ihre Einstellung ist gemäß dem Abs. 2 der §§ 12 KO., 12 AO. möglich. Einerseits wird hiedurch verhindert, daß der Verpflichtete durch Stellung eines Konkurs- oder Ausgleichsantrages die Einstellung der Zwangsverwaltung herbeiführt, obwohl es voraussichtlich zur Einstellung des Ausgleichsverfahrens oder zur Aufhebung des Konkurses nach § 166 KO. kommen muß, andererseits wird dem Konkurs- oder Ausgleichskommissär bzw. Masse- oder Ausgleichsverwalter die Möglichkeit gegeben, jede unerwünschte Einflußnahme des Absonderungsgläubigers auf die Verwaltung des Unternehmens auszuschließen.

5. Behandlung von Unzulässigkeitsklagen.

Nach den Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes SZ. XVII 34 und des Landesgerichtes für Zivilrechtssachen Wien EvBl. 1935 Nr. 1073 sind solche Klagen in bezug auf eine von §§ 12 KO., 12 AO. berührte Exekution unstatthaft; es bestehe kein Pfandrecht und keine Exekution mehr. Hiebei gehen sie von der Vernichtungslehre aus. SZ. XIII 197 hingegen nimmt den gegenteiligen Standpunkt ein und erklärt, daß das Erlöschen des Pfandrechtes nach § 12 AO. einer Widerspruchsklage nicht entgegenstehe.

Wenn das Verwertungsverfahren nicht im Sinn des zweiten Absatzes der §§ 12 KO., 12 AO. eingestellt ist, würde die Pfandsache verkauft werden und der Dritte, dem sie gehört, käme um sein Eigentum. In einem solchen Fall ist die Klage zulässig; ihre Ablehnung würde den Dritten schutzlos machen. Aber auch nach Einstellung des Verwertungsverfahrens hat der Eigentümer noch ein Interesse, sein Recht auch gegenüber dem Absonderungsgläubiger geltend zu machen, da die Möglichkeit des Wiederauflebens besteht. Nur wer sich auf den Boden der Vernichtungslehre stellt, wird die Zulässigkeit dieser Klage bestreiten. Es könnte dann dazu kommen, daß das Klagebegehren abgewiesen und bald darauf das Verkaufsverfahren wegen Wiederauflebens des Pfandrechtes fortgesetzt wird. Solange nicht das Pfandrecht endgültig erloschen ist, hat der Eigentümer der Sache (der Dritte) gegen den betreibenden Gläubiger das Recht auf Unterlassung der Fortsetzung der Exekution.

Es ist ferner zu untersuchen, ob der Verpflichtete gegen den betreibenden Gläubiger während des Schwebezustandes eine Klage nach §§ 35 oder 36 EO. einbringen kann. Im Konkurs ist hiezu nur der Masseverwalter legitimiert, nur er kann den vor Konkurseröffnung eingeleiteten Rechtsstreit fortsetzen. Soweit nun die Möglichkeit des Wiederauflebens im Konkurs- oder Ausgleichsverfahren Vorwirkungen erzeugt, können sie, wenn Einwendungen gegen den Anspruch oder gegen die Exekutionsbewilligung bestehen, nur durch ein Urteil auf Grund einer Klage nach §§ 35 oder 36 EO. beseitigt werden. Daraus ergibt sich die Zulässigkeit dieser Klagen.

VI. Zusammenfassend kommt der Oberste Gerichtshof daher zu dem Ergebnis, daß Pfandrechte, die unter §§ 12 AO., 12 KO. fallen, nicht unbedingt erlöschen. §§ 12 AO., 12 KO. gelten in erster Linie für das Ausgleichs- und Konkursverfahren. Gerade die Tatsachen, daß der Gesetzgeber diese Pfandrechte unter gewissen Umständen wiederaufleben - und nicht neu begründen - läßt, daß sich der Gesetzgeber mit dem Schicksal dieser Pfandrechte und ihrer Verwertung (Absätze 2. 3) und die §§ 12 Abs. 2 Satz 2 KO., 12 Abs. 2 Satz 2 AO. mit der Frist des § 256 EO. beschäftigen, die ein Pfandrecht voraussetzt, sprechen dafür, daß diese Pfandrechte nur in Schwebe, aber nicht endgültig erloschen sind. Weder in der EO. noch sonst in einem anderen Gesetz ist die "Einstellung" einer Exekution, deren Pfandrecht unter §§ 12 AO., 12 KO. fällt, oder die "Löschung" eines solchen Pfandrechtes vorgesehen. Eine Verwertung ist zulässig, im Falle der §§ 12 Abs. 2 KO., 12 Abs. 2 AO. allerdings nicht möglich.

D. Da aus den unter C angeführten Gründen das für die betreibende Partei vorgemerkte Simultanpfandrecht trotz der

Konkurseröffnung nicht endgültig erloschen ist, war die Exekution mittels zwangsweiser Pfandrechtsbegründung durch bürgerliche Anmerkung der Rechtfertigung und Vollstreckbarkeit bei diesem Simultanpfandrecht zulässig.

Anmerkung

Z32126

Schlagworte

Absonderungsrecht, bedingtes Erlöschen nach § 12 KO., § 12 AO. Ausgleichsverfahren, Rechtfertigung vorgemerakter Pfandrechte, bedingtes Erlöschen nach § 12 AO. Bedingtes Erlöschen nach § 12 KO., § 12 AO. Erlöschen, bedingtes - nach § 12 KO., § 12 AO. Konkursverfahren Rechtfertigung vorgemerakter Pfandrechte, bedingtes Erlöschen nach § 12 KO. Pfandrecht, bedingtes Erlöschen nach § 12 KO., § 12 AO.

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:1959:0030OB00172.59.1015.000

Dokumentnummer

JJT_19591015_OGH0002_0030OB00172_5900000_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