

## Sicherheitsleistung

**Gerichtstyp:** OGH

**Geschäftszahl:** 3 Ob 207/99h

**Datum:** 2000 02 28

**Schlagworte:** Sicherheitsleistung, mehrere Exekutionsarten, gesonderte Sicherheitsleistung, Bewertung von Geschäftsanteilen

**Veröffentlichung:** ecolex 2000/259, 650 = JUS Z/2976

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Angst als Vorsitzenden sowie durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Graf, Dr. Pimmer, Dr. Zechner und Dr. Sailer als weitere Richter in der Exekutionssache der betreibenden Partei V\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Sieglinde Lindmayr, Dr. Michael Bauer und Dr. Günter Secklehner, Rechtsanwälte in Liezen, gegen die verpflichtete Partei Harald K\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Heinrich Berger, Rechtsanwalt in Bruck/Mur, wegen S 1,147.746,-- sA über den außerordentlichen Revisionsrekurs der betreibenden Partei gegen den Beschluss des Landesgerichtes Leoben vom 1. Juni 1999, GZ 32 R 65/99z-20, womit der Beschluss des Bezirksgerichtes Gröbming vom 15. April 1999, GZ E 269/99p-15, teilweise abgeändert wurde, den Beschluss gefasst:

Dem Revisionsrekurs wird Folge gegeben.

Die Beschlüsse der Vorinstanzen, die im Übrigen mangels Anfechtung unberührt bleiben, werden in Bezug auf die Höhe der auferlegten Sicherheitsleistung und im Kostenpunkt aufgehoben. Dem Erstgericht wird insoweit die neuerliche Entscheidung nach Verfahrensergänzung aufgetragen.

Die Kosten des Revisionsrekurses sind wie weitere Kosten des Verfahrens erster Instanz zu behandeln.

**Begründung:**

Das Erstgericht bewilligte der betreibenden Partei zur Hereinbringung eines Betrages von S 1,147.746,-- sA gegen den Verpflichteten die Fahrnisexekution, die Forderungsexekution nach § 294 EO und die Pfändung der Geschäftsanteile des Verpflichteten an drei Gesellschaften mbH. Die Entscheidung über den Antrag auf Verwertung dieser Geschäftsanteile blieb vorbehalten. Was die letztgenannte Exekution angeht, wurden dem Verpflichteten das Verfügungsverbot und den drei Gesellschaften das Leistungsverbot zugestellt.

Der Verpflichtete verband mit einer Oppositionsklage den (uneingeschränkten) Antrag auf Aufschiebung der Exekution bis zur rechtskräftigen Entscheidung des über die Klage durchgeführten Rechtsstreites.

Ohne auf die Forderungsexekution einzugehen, bewilligte das Erstgericht die Aufschiebung der Fahrnisexekution und der Exekution durch Pfändung und Verwertung der Geschäftsanteile an den drei Gesellschaften, falls zur Sicherstellung des Anspruchs der betreibenden Partei der Betrag von S 1,150.000,-- binnen 14 Tagen ab Zustellung bei Gericht erlegt werde. Die Aufschiebung werde erst wirksam, sobald die Sicherheitsleistung bei Gericht erlegt sei. Die bereits vollzogenen Exekutionsakte blieben ungeachtet der Exekutionsaufschiebung einstweilen bestehen.

Das Erstgericht sah die Gefährdung für beide Exekutionsarten als evident an, erachtete es aber nach § 44 Abs 2 Z 3 EO notwendig, die Aufschiebung von einer Sicherheitsleistung abhängig zu machen. Werde die Fahrnisexekution im vorliegenden Fall für eine erst vorzunehmende Pfändung aufgeschoben, so sei für die Höhe der zu leistenden Sicherheit die Höhe der betriebenen Forderung maßgebend.

## URTEILE MIT BETEILIGUNG AM VERFAHREN SICHERHEITSLAISTUNG

Dem vom Verpflichteten nur im Hinblick auf die auferlegte Sicherheitsleistung erhobenen Rekurs gab das Rekursgericht mit dem angefochtenen Beschluss teilweise Folge. Es änderte die erstgerichtliche Entscheidung dahin ab, dass es die Sicherstellung auf S 850.000,-- verminderte (wobei die 14-tägige Frist aufrecht blieb). Das Rekursgericht entschied, dass der Verpflichtete die Rekurskosten selbst zu tragen habe. Weiters sprach es aus, dass der ordentliche Revisionsrekurs nach §§ 528 Abs 1 ZPO, 78 EO nicht zulässig sei.

Soweit für die zu treffende Entscheidung noch von Bedeutung, vertrat es die Ansicht, dass die Pfändung eines GmbH-Geschäftsanteiles gemäß § 331 Abs 1 EO dann als bewirkt anzusehen sei, wenn nicht nur dem Verpflichteten das Verfügungsverbot, sondern auch der Gesellschaft das Leistungsverbot zugestellt sei (vgl. *ecolex* 1995, 560 und die in *JB* 1997, 602 zitierten Fundstellen; *RIS-Justiz* RS0004163). Demnach sei hier vom Vollzug der Pfändung auszugehen, weshalb für eine analoge Heranziehung des § 43 Abs 2 EO (*MGA* EO13 § 42 E 18) kein Raum bleibe. Bei der Sicherheitsleistung nach § 44 Abs 1 Z 3 EO seien alle nach den besonderen Verhältnissen des Einzelfalles möglichen Nachteile der betreibenden Partei zu berücksichtigen. Die Sicherheitsleistung solle die betreibende Partei eben vor allen Nachteilen schützen, die mit der Aufschiebung der Exekution und der damit verbundenen Verzögerung der Befriedigung einhergehen können (*Heller/Berger/Stix* 551; *RPfIE* 1990/32 ua).

Wenn die noch nicht vollzogene Fahrnisexekution auch nur gegen volle Sicherheitsleistung aufzuschieben sei, so müsse im gegenständlichen Exekutionsverfahren aber wohl doch auch auf die bereits erwirkte Pfändung der Geschäftsanteile abgestellt werden. Gehe man nun davon aus, aus der Verwertung der Geschäftsanteile sei nicht der Nominalwert der Stammeinlagen (S 500.000,--, S 20.000,- - und S 50.000,--) zu lukrieren, sondern es sei, wie der Rekurswerber ausdrücklich betone, maximal von einem Verkehrswert von S 300.000,-- auszugehen, so sei die Sicherheitsleistung mit S 850.000,-- festzusetzen.

Mangels Vorliegens der gesetzlichen Voraussetzungen sei der ordentliche Revisionsrekurs nicht zuzulassen.

Gegen diesen Beschluss, soweit damit die Sicherheitsleistung von S 1,150.000,-- auf S 850.000,-- herabgesetzt wurde, richtet sich der außerordentliche Revisionsrekurs der betreibenden Partei. Während sie in erster Linie begehrt, die Sicherheitsleistung mit S 1,150.000,-- festzusetzen, wird hilfsweise beantragt, den angefochtenen Beschluss im Umfange der Anfechtung aufzuheben und dem Rekursgericht eine neuerliche, nach Ergänzung des Verfahrens zu fällende Entscheidung aufzutragen.

Der Revisionsrekurs ist zulässig, weil eine Rechtsfrage von erheblicher Bedeutung im Sinn des § 78 EO iVm § 528 Abs 1 ZPO schon in der hier zu beantwortenden Frage liegt, ob bei Verbindung eines Fahrnisexekutionsantrages mit einem Antrag auf Exekution durch Pfändung und Verwertung von Geschäftsanteilen die Aufschiebung (vor Vollzug der Fahrnisexekution) statt von einer **Sicherheitsleistung** in der Höhe des betriebenen Anspruchs bei wirksamer Pfändung von GmbH-Anteilen des Verpflichteten von einer geringeren Sicherheitsleistung abhängig zu machen ist. Dazu liegt, soweit ersichtlich, keine höchstgerichtliche Rechtsprechung vor.

Der Revisionsrekurs ist auch im Sinne eines Aufhebungsantrages berechtigt.

Die im Revisionsrekurs behauptete Nichtigkeit, die dadurch hervorgerufen worden sein soll, dass der betreibenden Partei der Rekurs des Verpflichteten nicht zugestellt wurde, liegt allerdings nicht vor.

Soweit keine Sonderbestimmungen vorhanden sind, was hier nicht der Fall ist, richtet sich das Rechtsmittelverfahren im Exekutionsverfahren gemäß § 78 EO nach den §§ 514 ff ZPO. Demnach ist das Rekursverfahren grundsätzlich einseitig. Ein Fall des § 521a Abs

## URTEILE MIT BETEILIGUNG AM VERFAHREN SICHERHEITSLAISTUNG

1 ZPO ist nicht gegeben, weshalb die Zustellung des Rekurses des Verpflichteten an die betreibende Partei gesetzlich nicht vorgesehen ist. Demnach liegt im Unterbleiben dieser Zustellung an die betreibende Partei auch nicht die Verletzung deren Gehörs (3 Ob 1004/92). Darüber hinaus hat ja, wie das vorliegende Verfahren auch zeigt, der im Rekursverfahren nicht gehörte Gegner die Gelegenheit, die Entscheidung des Rekursgerichtes, soweit diese wie hier anfechtbar ist, zu bekämpfen.

Zutreffend sind die Vorinstanzen von der ständigen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes ausgegangen, wonach eine bei Aufschiebung einer noch nicht vollzogenen Exekution (hier: Fahrnisexekution) aufzuerlegende Sicherheitsleistung die volle Befriedigung des vollstreckbaren Anspruchs gewährleisten muss. Sie ist nämlich einer Aufschiebung der Exekution unter Aufhebung der vollzogenen Exekutionsakte nach § 43 Abs 2 EO gleichzuhalten (aus jüngerer Zeit besonders SZ 62/23 und zuletzt *ecolex* 1997, 941 = JBI 1997, 602 = RdW 1997, 599 = RPfIE 1997/126; 3 Ob 180/98m und 3 Ob 146/98m). Daran ist ungeachtet dessen festzuhalten, dass diese Auffassung jüngst von Deixler-Hübner (in Burgstaller/Deixler-Hübner, EO Rz 5 zu § 43 und Rz 21 zu § 44) im Anschluss an Holzhammer (Zwangsvollstreckungsrecht<sup>4</sup>, 114) - allerdings ohne besondere Argumente - als gesetzwidrig bzw als unzutreffend kritisiert wird. Bei der Aufschiebung einer noch nicht vollzogenen Exekution ist die wirtschaftliche Stellung des betreibenden Gläubigers nicht anders, als wenn bereits vollzogene Exekutionsansprüche wieder aufgehoben werden. In beiden Fällen führt die Exekution nicht nur (vorläufig) nicht zu seiner Befriedigung, vielmehr wird ihm auch die Sicherheit durch ein Pfändungspfandrecht verweigert. Die Analogie ist daher gerechtfertigt.

Zu fragen ist demnach zunächst, ob der dargestellte Grundsatz dann einzuschränken ist, wenn gleichzeitig - nur dieser hier gegebene Fall ist zu erörtern, nicht jener, in dem die verschiedenen Exekutionsverfahren hintereinander eingeleitet werden - neben der Fahrnisexekution auch eine weitere Exekution (hier nach § 331 EO) bewilligt und auch vor Entscheidung über den Aufschiebungsantrag vollzogen wird. Letzteres war hier, wie das Rekursgericht zutreffend ausgeführt hat, der Fall. Dass die Pfändung von Gesellschaftsanteilen an einer GmbH schon mit Zustellung des Verfügungsverbotes an den Verpflichteten und des Leistungsverbotes an die Gesellschaft (ungeachtet eines Vorbehaltes der Verwertung) erfolgt, hat der erkennende Senat bereits in der ohnehin bereits vom Rekursgericht zitierten, ua in JBI 1997, 602 veröffentlichten Entscheidung 3 Ob 106/97b klargestellt.

Bevor die dargestellte Rechtsfrage beantwortet werden kann, ist das grundsätzliche Verhältnis **mehrerer** in einem Antrag beantragter **Exekutionsarten** zu behandeln. Wie der Oberste Gerichtshof bereits mehrfach (in Zusammenhang mit der Frage einer vollen Bestätigung nach § 528 Abs 2 Z 2 ZPO) ausgesprochen hat, besteht kein unlösbarer Zusammenhang zwischen Entscheidungen über die Bewilligung verschiedener Exekutionsarten und auch nicht zwischen solchen über die Aufschiebung von Forderungs- und Fahrnisexekution (3 Ob 31/98z). Ein solcher Zusammenhang fehlt auch zwischen Entscheidungen über die Aufschiebung von Befriedigungs- und Sicherungsexekution (3 Ob 146/98m) und bei der Entscheidung über mehrere Exekutionsmittel (3 Ob 288/98v). Dies ergibt sich daraus, dass sowohl Anträge auf Bewilligung der Exekution durch verschiedene Exekutionsmittel als auch Aufschiebungsanträge betreffend einzelne Exekutionsmittel jeweils ein völlig verschiedenes Schicksal haben können. Daraus folgt zunächst, dass grundsätzlich, worauf noch zurückzukommen sein wird, für den Fall der Aufschiebung gegen Sicherheitsleistung für jede einzelne Exekutionsart eine eigene Sicherheitsleistung festzusetzen ist. Es entspricht daher die Vorgangsweise der Vorinstanzen, für die Fahrnisexekution und die Exekution auf andere Vermögensrechte eine gemeinsame Sicherheitsleistung aufzuerlegen, nicht dem Gesetz, vielmehr wäre es notwendig gewesen, für die Aufschiebung der Fahrnisexekution und der Exekution auf die Geschäftsanteile je eine **gesonderte Sicherheitsleistung** festzusetzen.

## URTEILE MIT BETEILIGUNG AM VERFAHREN SICHERHEITSLAISTUNG

Dessen ungeachtet darf aber nicht außer Acht bleiben, dass es, wie das Rekursgericht durchaus richtig erkannt hat, bei der Festsetzung der Höhe einer Sicherheitsleistung der verpflichteten Partei als Voraussetzung der Wirksamkeit der Aufschiebung darauf ankommt, die betreibende Partei vor allen Nachteilen aus der Verzögerung der Befriedigung zu schützen. Dieser Schutz ist aber insoweit nicht erforderlich, als (hier bezogen auf die Fahrnisexekution) im Rahmen einer anderen Exekutionsart eine Sicherstellung durch Schaffung eines exekutiven Pfandrechtes erfolgt. Überdies wird bei der Aufschiebung der Exekution durch mehrere Exekutionsmittel niemals ein die volle Sicherstellung der betriebenen Forderung übersteigender Gesamtbetrag als Sicherheitsleistung aufzuerlegen sein. Auch wenn grundsätzlich von einer Trennbarkeit der Exekutionsführung auszugehen ist, bleibt ja der Umstand bestehen, dass es nur um die Zwangsvollstreckung einer einzigen Forderung geht.

Daraus ist für den vorliegenden Fall abzuleiten, dass das Rekursgericht (im Gegensatz zum Erstgericht) richtig die Pfändung der Geschäftsanteile berücksichtigt hat. Die betreibende Partei rügt aber zu Recht den Umstand, dass das Rekursgericht einfach die vom Erstgericht festgesetzte Sicherheitsleistung (für sämtliche behandelte Exekutionsarten) um den (in Form einer unzulässigen Neuerung) vom Verpflichteten selbst als "maximal" bezeichneten Verkehrswert der Geschäftsanteile reduziert hat.

Es besteht keine Veranlassung, bei der **Bewertung von Geschäftsanteilen**, die ja im Hinblick auf § 76 Abs 4 GmbHG gewöhnlich durch Verkauf zu verwerten sind (MGA13 E 2 zu § 32), wobei die Vorschriften der §§ 283 bis 287 EO sinngemäß anzuwenden sind, von der Rechtsprechung zur Bewertung von Fahrnissen abzuweichen.

Was die Aufschiebung der Fahrnisexekution angeht, ist demnach von den in SZ 62/23 aufgestellten Grundsätzen auszugehen, weil auch im vorliegenden Fall die Aufschiebung der Exekution nicht nur für die schon vollzogenen Exekutionsakte beantragt und bewilligt wurde, sondern ohne Einschränkung, also auch für zukünftige Exekutionsakte. Gerade im Hinblick auf die mit der EO-Nov 1995 erfolgte Änderung der Bestimmungen über die Fahrnisexekution, wonach die Vollstreckungsorgane Exekutionshandlungen so lange vorzunehmen haben, bis der Erfolg oder Nichterfolg feststeht (§ 249 Abs 2 EO), betrifft die hier beantragte Aufschiebung jedenfalls auch zukünftige Exekutionsakte. Die Sicherheitsleistung ist daher in Höhe der betriebenen Forderung zuzüglich eines Verzögerungsschadens, jedoch abzüglich eines Betrages in der Höhe der für die Pfandgegenstände (Geschäftsanteile) voraussichtlich zu erzielenden Erlöse festzusetzen, wobei es - in Ermangelung eines hier nicht in Betracht kommenden "Bleistiftwertes" - auf die Hälfte des Schätzwertes (§ 277 Abs 1 EO) ankommt. Jedoch wird es bei einer zu erwartenden Wertminderung der Geschäftsanteile unter Anwendung des § 273 ZPO geboten sein, den hierfür voraussichtlich zu erzielenden Erlös geringer und daher die zu leistende Sicherheit entsprechend höher anzusetzen.

Wie der Oberste Gerichtshof in SZ 62/23 = RPfIE 1990/41 dargelegt hat, kommt die Festsetzung einer Sicherheitsleistung (mangels eines hier nicht vorhandenen Bleistiftwertes) vor Durchführung einer Schätzung nicht in Betracht. Erst nach deren Vorliegen wird nach den dargelegten Grundsätzen die Bestimmung der Höhe der Sicherheiten jeweils für jede Exekutionsart möglich sein. Dabei darf es aber nie zu einer die betriebene Forderung samt zu befürchtendem Verzögerungsschaden übersteigenden Gesamtbetrag kommen.

Diese Erwägungen führen zur Aufhebung der Entscheidungen der Vorinstanzen über das Ausmaß der pauschal festgesetzten Sicherheitsleistung.

Die Aufhebung kann sich allerdings nicht, wie es offenbar der betreibenden Partei vorschwebt, auf den abändernden Teil der Rekursentscheidung beschränken. Wenngleich der den erstgerichtlichen Beschluss bestätigende Teil vom Verpflichteten nicht angefochten wurde, ist dieser Beschluss hier auch in diesem Umfang schon deshalb nicht in Rechtskraft erwachsen, weil die Vorinstanzen die Sicherheitsleistung (unrichtig) für

## URTEILE MIT BETEILIGUNG AM VERFAHREN SICHERHEITSLISTUNG

beide Exekutionsarten gemeinsam festgesetzt haben und dies keine Rechtsfolgen für die nunmehr vorzunehmende getrennte Festsetzung haben kann. Gegen die Bewilligung der Aufschiebung selbst hat sich dagegen die betreibende Partei im Rechtsmittelverfahren niemals gewandt. Insoweit ist der Beschluss des Erstgerichtes daher in Rechtskraft erwachsen, weshalb auch nicht dazu Stellung genommen werden kann, ob die Aufschiebung, so wie in einem Zwangsversteigerungsverfahren (s RZ 1990/60, 146), erst unmittelbar vor oder erst nach Erlassung des Versteigerungsedikts bewilligt werden hätte dürfen.

Bei der neuerlichen Entscheidung wird das Erstgericht auch zu beachten haben, dass nach § 44 Abs 2 EO eine Frist nicht zu setzen ist, es sei denn, es ginge um die in § 44 Abs 2 Z 3 Satz 2 EO geregelte (hier nicht gegebene) nachträgliche Auferlegung einer Sicherheit (MGA13 E 58 zu § 44; Deixler-Hübner aaO Rz 22 zu § 44 mwN).

Der Kostenvorbehalt gründet sich auf § 78 EO iVm § 52 ZPO.