

# TE OGH 2006/10/19 3Ob157/06v

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 19.10.2006

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Schiemer als Vorsitzenden sowie die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Zechner, Dr. Prückner, Dr. Sailer und Dr. Jensik als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Adolf Z\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Andreas Waldhof, Rechtsanwalt in Wien, wider die beklagte Partei A.\*\*\*\*\* s.n.c. Offene Handelsgesellschaft, \*\*\*\*\*, Italien, vertreten durch Mag. Dr. Marco Boldrer und Dr. Hans G. Mondel, Rechtsanwälte in Wien, wegen Unzulässigkeit der Exekution (§ 35 EO; Streitwert 228.495,60 EUR), infolge Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Wien als Berufungsgericht vom 10. April 2006, GZ 46 R 178/06a-24, womit infolge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Bezirksgerichts Innere Stadt Wien vom 16. Dezember 2005, GZ 75 C 15/05v-15, bestätigt wurde, zu Recht erkannt: Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Schiemer als Vorsitzenden sowie die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Zechner, Dr. Prückner, Dr. Sailer und Dr. Jensik als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Adolf Z\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Andreas Waldhof, Rechtsanwalt in Wien, wider die beklagte Partei A.\*\*\*\*\* s.n.c. Offene Handelsgesellschaft, \*\*\*\*\*, Italien, vertreten durch Mag. Dr. Marco Boldrer und Dr. Hans G. Mondel, Rechtsanwälte in Wien, wegen Unzulässigkeit der Exekution (Paragraph 35, EO; Streitwert 228.495,60 EUR), infolge Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Wien als Berufungsgericht vom 10. April 2006, GZ 46 R 178/06a-24, womit infolge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Bezirksgerichts Innere Stadt Wien vom 16. Dezember 2005, GZ 75 C 15/05v-15, bestätigt wurde, zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die klagende Partei hat der beklagten Partei die mit 2.273,58 EUR (darin 378,93 EUR USt) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Am 29. Juni 2001 wurde über das Vermögen der nun klagenden Partei der Konkurs eröffnet. In der Prüfungstagsatzung vom 4. September 2001 meldete die im vorliegenden Oppositionsstreit beklagte Partei eine Forderung von insgesamt 585.742,05 EUR, davon 317.355,38 EUR an Kapital aus Warenlieferungen, als Konkursforderung an; über letzteren Betrag existiere ein aufrechter Zahlungsbefehl des italienischen Gerichts Mantua vom 20. Juni 2000. Der Masseverwalter bestritt die angemeldete Forderung. Das Konkursgericht bestimmte für die Geltendmachung der Forderung eine Klagefrist von zwei Monaten. Über Antrag der Schuldnerin und nunmehrigen Oppositionsklägerin

wurde am 18. Dezember 2001 ein Zwangsausgleich mit einer Quote von 28 % geschlossen, der mit Beschluss des Handelsgerichts Wien als Konkursgericht vom 21. Februar 2002 bestätigt wurde. Am 14. Mai 2002 erfolgte die Aufhebung des Konkurses.

Die beklagte Partei beantragte unter Vorlage einer Verfügung-Zahlungsaufforderung des italienischen Tribunale di Mantova (im Folgenden nur Gericht Mantua) vom 20. Juni 2000 Nr. 3758/90 Rep.Nr. 1312 (die von diesem Gericht für vorläufig vollstreckbar erklärt worden war) die Vollstreckbarerklärung sowie die Exekutionsbewilligung durch Pfändung und Verkauf beweglicher Sachen sowie durch zwangsweise Pfandrechtsbegründung ob mehrerer der beklagten Partei gehörigen Liegenschaften in Österreich. Den Anträgen hat das Rekursgericht mit seiner Entscheidung vom 27. April 2004 (AZ 46 R 328/04g des LGZ Wien) zur Hereinbringung von 317.355 EUR s.A. stattgegeben. Ein von der verpflichteten Partei erhobener außerordentlicher Revisionsrekurs wurde vom erkennenden Senat am 27. April 2005 zurückgewiesen (3 Ob 47/05s). Die Verfügung-Zahlungsaufforderung des italienischen Gerichts sei ungeachtet der weiteren Bekämpfbarkeit ein in Österreich vollstreckbarer Exekutionstitel. Die exekutiv betriebene Forderung wurde mit Pfandrechten an den Liegenschaften der klagenden Partei sichergestellt. Mit Schreiben vom 26. Juni 2002 forderte die beklagte Partei unter Hinweis auf die angemeldete Forderung von 8.059.986,40 öS (= 585.742,05 EUR) und die Ausgleichsquote von 28 % die Bezahlung von 164.871,87 EUR bis zum 24. Juli 2002 und verwies auf das Wiederaufleben der Forderung bei Nichtzahlung. Der Rechtsvertreter der klagenden Partei lehnte die Zahlung u.a. mit dem Hinweis auf die schon gegebenen pfandrechtlichen Sicherheiten und das vor dem Gericht Mantua weiterhin anhängige Verfahren ab.

Die klagende Partei begehrte mit ihrer am 29. Juni 2005 beim Erstgericht eingelangten Oppositionsklage die Feststellung, dass der Anspruch der beklagten Partei aus der Verfügung-Zahlungsaufforderung des italienischen Gerichts Mantua vom 20. Juni 2000, aufgrund dessen mit dem Beschluss des LGZ Wien vom 27. April 2004 (AZ 46 R 328/04g; 72 E 869/04i des BG Innere Stadt Wien) die Exekution zur Hereinbringung von 317.355 EUR s.A. bewilligt wurde, erloschen sei. Über die vom Masseverwalter bestrittene Forderung sei nach wie vor in Italien der Prozess anhängig. Das Gericht Mantua habe seine Verfügung-Zahlungsaufforderung unter Ignorierung der Einwendungen der klagenden Partei erlassen. Die betriebene Forderung sei im Jahr 2004 durch Zwangspfandrechte sichergestellt worden. Die beklagte Partei habe im Konkursverfahren weder die Sicherstellung ihrer Forderungen beantragt noch eine Prüfungsklage eingebracht. Ein Wiederaufleben der Forderung sei nicht eingetreten. Der betriebene Anspruch sei in Ansehung des die Ausgleichsquote übersteigenden Betrags erloschen. Die beklagte Partei wendete im Wesentlichen ein, dass eine Sicherstellung oder die Erhebung der Prüfungsklage keine Voraussetzungen für die Fälligkeit der Ausgleichsquote und für das Wiederaufleben der Gesamtforderung bei Nichtzahlung der Quote seien. Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab. Es traf über den schon wiedergegebenen entscheidungswesentlichen Sachverhalt hinaus noch die Negativfeststellung, es könne nicht festgestellt werden, dass zu der im Konkurs angemeldeten und bestrittenen Forderung - von wem auch immer - eine Prüfungsklage erhoben worden wäre.

In rechtlicher Hinsicht führte der Erstrichter im Wesentlichen aus, dass gemäß § 110 Abs 2 KO der Bestreitende seinen Widerspruch mit Klage geltend zu machen habe, wenn eine vollstreckbare Forderung bestritten werde. Zum Zeitpunkt der Anmeldung der Forderung sei diese durch den „Zahlungsbefehl“ des Gerichts Mantua titulierte gewesen. Solche Titel könnten in Österreich für vollstreckbar erklärt werden und Grundlage einer Exekution zur Befriedigung sein. Hier hätte also nicht die beklagte Partei, sondern der Bestreitende (die klagende Partei) eine Prüfungsklage einbringen müssen. Gemäß § 156 Abs 4 KO seien der Nachlass und die sonstigen Begünstigungen, die der Ausgleich gewähre, für den Gläubiger hinfällig, gegenüber welchem der Schuldner mit der Erfüllung des Ausgleichs in Verzug gerate. Dies sei anzunehmen, wenn der Schuldner eine fällige Verbindlichkeit trotz einer vom Gläubiger unter Einräumung einer mindestens 14-tägigen Nachfrist an ihn gerichteten schriftlichen Mahnung nicht bezahle. Hier sei der durch den Zwangsausgleich gewährte Nachlass wegen Nichtzahlung der Quote hinfällig geworden. Der Anspruch sei daher nicht erloschen. In rechtlicher Hinsicht führte der Erstrichter im Wesentlichen aus, dass gemäß Paragraph 110, Absatz 2, KO der Bestreitende seinen Widerspruch mit Klage geltend zu machen habe, wenn eine vollstreckbare Forderung bestritten werde. Zum Zeitpunkt der Anmeldung der Forderung sei diese durch den „Zahlungsbefehl“ des Gerichts Mantua titulierte gewesen. Solche Titel könnten in Österreich für vollstreckbar erklärt werden und Grundlage einer Exekution zur Befriedigung sein. Hier hätte also nicht die beklagte Partei, sondern der Bestreitende (die klagende Partei) eine Prüfungsklage einbringen müssen. Gemäß Paragraph 156, Absatz 4, KO seien der Nachlass und die sonstigen Begünstigungen, die der Ausgleich gewähre, für den Gläubiger hinfällig, gegenüber welchem der Schuldner

mit der Erfüllung des Ausgleichs in Verzug gerate. Dies sei anzunehmen, wenn der Schuldner eine fällige Verbindlichkeit trotz einer vom Gläubiger unter Einräumung einer mindestens 14-tägigen Nachfrist an ihn gerichteten schriftlichen Mahnung nicht bezahle. Hier sei der durch den Zwangsausgleich gewährte Nachlass wegen Nichtzahlung der Quote hinfällig geworden. Der Anspruch sei daher nicht erloschen.

Das Berufungsgericht bestätigte das Ersturteil. § 156 Abs 1 KO normiere die Rechtswirkungen des Ausgleichs für alle Gläubiger, gleichviel ob sie am Konkursverfahren teilgenommen oder gegen den Ausgleich gestimmt hätten oder ob ihnen ein Stimmrecht nicht gewährt worden sei. Die Begünstigungen des Ausgleichs seien hinfällig, wenn der Schuldner mit der Erfüllung des Ausgleichs in Verzug gerate. Auch die Ausgleichsraten bestrittener Forderungen seien zur Gänze fristgerecht zu bezahlen. Die Verzugsfolgen der § 156 Abs 4 KO, § 53 Abs 4 AO würden auch dann eintreten, wenn der Ausgleichsschuldner der subjektiven Überzeugung sei, dass die angemeldete Geldforderung nicht berechtigt sei, sofern deren Rechtsbestand nachträglich festgestellt werde. Es komme daher weder darauf an, ob die Forderung im Konkurs festgestellt oder bestritten worden sei, noch komme es auf den Zeitpunkt an, zu dem die Forderung aus dem ausländischen Titel in Österreich für vollstreckbar erklärt worden sei. Die dem § 156 KO entsprechende Mahnung vom 26. Juni 2002 habe zum Wiederaufleben der betriebenen Forderung geführt. Das Berufungsgericht bestätigte das Ersturteil. Paragraph 156, Absatz eins, KO normiere die Rechtswirkungen des Ausgleichs für alle Gläubiger, gleichviel ob sie am Konkursverfahren teilgenommen oder gegen den Ausgleich gestimmt hätten oder ob ihnen ein Stimmrecht nicht gewährt worden sei. Die Begünstigungen des Ausgleichs seien hinfällig, wenn der Schuldner mit der Erfüllung des Ausgleichs in Verzug gerate. Auch die Ausgleichsraten bestrittener Forderungen seien zur Gänze fristgerecht zu bezahlen. Die Verzugsfolgen der Paragraph 156, Absatz 4, KO, Paragraph 53, Absatz 4, AO würden auch dann eintreten, wenn der Ausgleichsschuldner der subjektiven Überzeugung sei, dass die angemeldete Geldforderung nicht berechtigt sei, sofern deren Rechtsbestand nachträglich festgestellt werde. Es komme daher weder darauf an, ob die Forderung im Konkurs festgestellt oder bestritten worden sei, noch komme es auf den Zeitpunkt an, zu dem die Forderung aus dem ausländischen Titel in Österreich für vollstreckbar erklärt worden sei. Die dem Paragraph 156, KO entsprechende Mahnung vom 26. Juni 2002 habe zum Wiederaufleben der betriebenen Forderung geführt.

Die zweite Instanz sprach aus, die ordentliche Revision sei zulässig, weil oberstgerichtliche Rsp zur Frage fehle, ob eine Mahnung nach § 156 Abs 4 KO zum Wiederaufleben der Forderung aufgrund eines ausländischen Titels führe, wenn die Forderung erst später in Österreich für vollstreckbar erklärt worden sei. Die zweite Instanz sprach aus, die ordentliche Revision sei zulässig, weil oberstgerichtliche Rsp zur Frage fehle, ob eine Mahnung nach Paragraph 156, Absatz 4, KO zum Wiederaufleben der Forderung aufgrund eines ausländischen Titels führe, wenn die Forderung erst später in Österreich für vollstreckbar erklärt worden sei.

Die Revision der klagenden Partei ist zulässig, jedoch nicht berechtigt.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revisionswerberin steht zusammengefasst auf dem Standpunkt, dass sie als Ausgleichsschuldnerin die Ausgleichsquote der von ihr bestrittenen Forderung zur Vermeidung der Verzugsfolgen des Wiederauflebens der Gesamtforderung entgegen der vom Berufungsgericht zitierten Judikatur (5 Ob 319/81, 6 Ob 628/87; 7 Ob 599/79 = SZ 52/143) nicht zu bezahlen gehabt hätte. Sämtliche Entscheidungen seien vor der am 1. Jänner 1983 in Kraft getretenen Insolvenzrechtsänderung zu §§ 55 f Abs 1 AO aF ergangen. Damals hätten sowohl die Gläubiger als auch der Schuldner beim Ausgleichskommissär den Gerichtserlag der Quote beantragen können. Nunmehr könne dies nur noch der Gläubiger beim Ausgleichsgericht tun und die Sicherstellung des auf die Forderung entfallenden Betrags beantragen (§ 46 Abs 4 AO). § 150 Abs 3 KO ordne die Sicherstellung an, wenn die Frist zur Anbringung der Klage (des Gläubigers) noch offen sei oder wenn die Klage bis zur Ausgleichstagsatzung eingebracht worden ist. Gemäß § 110 KO müsse der anmeldende Gläubiger bei Bestreitung einer nicht vollstreckbaren Forderung im Klageweg vorgehen, bei vollstreckbaren Forderungen der Bestreitende. Eine Vollstreckbarkeit liege nur bei einem mit Vollstreckbarkeitsbestätigung versehenen Exekutionstitel vor. Dies sei beim vorliegenden italienischen Exekutionstitel nicht der Fall, weil er erst im Juni 2005 in Österreich für vollstreckbar erklärt worden sei. Das Mahnschreiben vom 26. Juni 2002 habe daher keine Verzugsfolgen auslösen können. Es sei nicht festgestellt worden, wann die Konkursaufhebung in Rechtskraft erwachsen sei. Wenn dies nach dem 26. Juni 2002 der Fall gewesen sei, wäre zum Zeitpunkt der Mahnung noch keine Fälligkeit der Ausgleichsquote gegeben gewesen. Gläubiger nicht vollstreckbarer Forderungen hätten lediglich das Recht auf Besicherung ihrer Forderungen und dies auch nur im Falle fristgerechter Einbringung einer Feststellungsklage. Hier habe die beklagte Partei weder die Sicherstellung beantragt noch eine Klage

eingebraucht. Die Revisionswerberin steht zusammengefasst auf dem Standpunkt, dass sie als Ausgleichsschuldnerin die Ausgleichsquote der von ihr bestrittenen Forderung zur Vermeidung der Verzugsfolgen des Wiederauflebens der Gesamtforderung entgegen der vom Berufungsgericht zitierten Judikatur (5 Ob 319/81, 6 Ob 628/87; 7 Ob 599/79 = SZ 52/143) nicht zu bezahlen gehabt hätte. Sämtliche Entscheidungen seien vor der am 1. Jänner 1983 in Kraft getretenen Insolvenzrechtsänderung zu Paragraphen 55, f Absatz eins, AO aF ergangen. Damals hätten sowohl die Gläubiger als auch der Schuldner beim Ausgleichskommissär den Gerichtserlag der Quote beantragen können. Nunmehr könne dies nur noch der Gläubiger beim Ausgleichsgericht tun und die Sicherstellung des auf die Forderung entfallenden Betrags beantragen (Paragraph 46, Absatz 4, AO). Paragraph 150, Absatz 3, KO ordne die Sicherstellung an, wenn die Frist zur Anbringung der Klage (des Gläubigers) noch offen sei oder wenn die Klage bis zur Ausgleichstagsatzung eingebracht worden ist. Gemäß Paragraph 110, KO müsse der anmeldende Gläubiger bei Bestreitung einer nicht vollstreckbaren Forderung im Klageweg vorgehen, bei vollstreckbaren Forderungen der Bestreitende. Eine Vollstreckbarkeit liege nur bei einem mit Vollstreckbarkeitsbestätigung versehenen Exekutionstitel vor. Dies sei beim vorliegenden italienischen Exekutionstitel nicht der Fall, weil er erst im Juni 2005 in Österreich für vollstreckbar erklärt worden sei. Das Mahnschreiben vom 26. Juni 2002 habe daher keine Verzugsfolgen auslösen können. Es sei nicht festgestellt worden, wann die Konkursaufhebung in Rechtskraft erwachsen sei. Wenn dies nach dem 26. Juni 2002 der Fall gewesen sei, wäre zum Zeitpunkt der Mahnung noch keine Fälligkeit der Ausgleichsquote gegeben gewesen. Gläubiger nicht vollstreckbarer Forderungen hätten lediglich das Recht auf Besicherung ihrer Forderungen und dies auch nur im Falle fristgerechter Einbringung einer Feststellungsklage. Hier habe die beklagte Partei weder die Sicherstellung beantragt noch eine Klage eingebracht.

Zu diesem Revisionsvorbringen ist folgendes auszuführen:

I. Zu den Rechtsgrundlagen für das Wiederaufleben der Forderung, wenn der Schuldner mit der Erfüllung des Zwangsausgleichs in Verzug gerät: römisch eins. Zu den Rechtsgrundlagen für das Wiederaufleben der Forderung, wenn der Schuldner mit der Erfüllung des Zwangsausgleichs in Verzug gerät:

1. Wenn der Schuldner nach Fälligkeit der Ausgleichsquote, also nach Ablauf der mit der Konkursaufhebung beginnenden Leistungsfrist (8 Ob 4/91 = SZ 64/25 = ÖBA 1991, 600 = RdW 1991, 359) in Verzug gerät und auch nach qualifizierter Mahnung des Gläubigers (schriftlich mit mindestens 14-tägiger Nachfrist) nicht leistet, verliert er die Begünstigungen des Ausgleichs (§ 156 Abs 4 KO, § 53 Abs 4 AO). Gemäß § 53 Abs 1 AO gelten die Wirkungen des Ausgleichs auch für und gegen die Gläubiger, die am Ausgleichsverfahren nicht teilnehmen, ihre Forderungen also nicht angemeldet haben (RIS-Justiz RS0032109). Eine vor Konkursaufhebung erfolgte Mahnung ist wirkungslos (RIS-Justiz RS0065341). Die Mahnung hat bloß auf den Ausgleich Bezug zu nehmen und den geforderten Geldbetrag zu enthalten (RIS-Justiz RS0065338). Die erfolglose Mahnung des Gläubigers führt dazu, dass die Forderung wieder auflebt, wenn keine der Maßnahmen getroffen wurden, durch welche die Verzugsfolgen bei bestrittenen Forderungen gemildert werden können. Derartige Maßnahmen sehen § 46 Abs 4 AO und § 66 AO vor. Entgegen den Revisionsausführungen wurde die Rechtskraft der Konkursaufhebung, womit die Leistungsfrist zu laufen begann, vom Erstgericht festgestellt (S 6 im Ersturteil ON 15).

1. Wenn der Schuldner nach Fälligkeit der Ausgleichsquote, also nach Ablauf der mit der Konkursaufhebung beginnenden Leistungsfrist (8 Ob 4/91 = SZ 64/25 = ÖBA 1991, 600 = RdW 1991, 359) in Verzug gerät und auch nach qualifizierter Mahnung des Gläubigers (schriftlich mit mindestens 14-tägiger Nachfrist) nicht leistet, verliert er die Begünstigungen des Ausgleichs (Paragraph 156, Absatz 4, KO, Paragraph 53, Absatz 4, AO). Gemäß Paragraph 53, Absatz eins, AO gelten die Wirkungen des Ausgleichs auch für und gegen die Gläubiger, die am Ausgleichsverfahren nicht teilnehmen, ihre Forderungen also nicht angemeldet haben (RIS-Justiz RS0032109). Eine vor Konkursaufhebung erfolgte Mahnung ist wirkungslos (RIS-Justiz RS0065341). Die Mahnung hat bloß auf den Ausgleich Bezug zu nehmen und den geforderten Geldbetrag zu enthalten (RIS-Justiz RS0065338). Die erfolglose Mahnung des Gläubigers führt dazu, dass die Forderung wieder auflebt, wenn keine der Maßnahmen getroffen wurden, durch welche die Verzugsfolgen bei bestrittenen Forderungen gemildert werden können. Derartige Maßnahmen sehen Paragraph 46, Absatz 4, AO und Paragraph 66, AO vor. Entgegen den Revisionsausführungen wurde die Rechtskraft der Konkursaufhebung, womit die Leistungsfrist zu laufen begann, vom Erstgericht festgestellt (S 6 im Ersturteil ON 15).

2. Nach § 46 Abs 4 erster Satz AO kann das Ausgleichsgericht auf Antrag des Gläubigers nach Einvernehmung der Beteiligten anordnen, dass der auf die bestrittene Forderung entfallende Betrag in dem selben Ausmaß und unter den gleichen Bedingungen, die für die Bezahlung unbestrittener Forderungen gleicher Art im Ausgleich festgesetzt sind,

sicherzustellen ist. Die Sicherstellung erfolgt durch Gerichtserlag. Zweck des § 46 Abs 4 AO ist, leichtfertige und erpresserische Bestreitungen des Ausgleichsschuldners zu verhindern oder zumindest unschädlich zu machen (4 Ob 269/00p = SZ 73/164 = ZIK 2001, 29 mwN).<sup>2</sup> Nach Paragraph 46, Absatz 4, erster Satz AO kann das Ausgleichsgericht auf Antrag des Gläubigers nach Einvernehmung der Beteiligten anordnen, dass der auf die bestrittene Forderung entfallende Betrag in dem selben Ausmaß und unter den gleichen Bedingungen, die für die Bezahlung unbestrittener Forderungen gleicher Art im Ausgleich festgesetzt sind, sicherzustellen ist. Die Sicherstellung erfolgt durch Gerichtserlag. Zweck des Paragraph 46, Absatz 4, AO ist, leichtfertige und erpresserische Bestreitungen des Ausgleichsschuldners zu verhindern oder zumindest unschädlich zu machen (4 Ob 269/00p = SZ 73/164 = ZIK 2001, 29 mwN).

§ 66 AO ermöglicht dem Ausgleichsschuldner, die mutmaßliche Höhe der bestrittenen Forderung provisorisch feststellen zu lassen. Wenn diese Feststellung erfolgt, kann der Schuldner die Vollzugsfolgen des § 53 Abs 4 AO abwenden, indem er den festgestellten Betrag zahlt. Nach endgültiger Feststellung der Höhe der bestrittenen Forderung hat der Schuldner das Fehlende nachzuzahlen. Zuviel gezahlte Beträge kann er zurückfordern (§ 66 Abs 3 AO). § 66 AO soll verhindern, dass der Ausgleichsschuldner unter dem Druck der drohenden Sanktion des Wiederauflebens gezwungen ist, eine bestrittene Forderung vor Klärung der Sach- und Rechtslage in einem streitigen Verfahren zu zahlen. Bei Nichtzahlung lebt nämlich die Forderung wieder auf, wenn sich herausstellt, dass sie zu Recht besteht, der Schuldner sich also objektiv im Verzug befunden hat, auch wenn er subjektiv vom Nichtbestehen der Forderung überzeugt war. Paragraph 66, AO ermöglicht dem Ausgleichsschuldner, die mutmaßliche Höhe der bestrittenen Forderung provisorisch feststellen zu lassen. Wenn diese Feststellung erfolgt, kann der Schuldner die Vollzugsfolgen des Paragraph 53, Absatz 4, AO abwenden, indem er den festgestellten Betrag zahlt. Nach endgültiger Feststellung der Höhe der bestrittenen Forderung hat der Schuldner das Fehlende nachzuzahlen. Zuviel gezahlte Beträge kann er zurückfordern (Paragraph 66, Absatz 3, AO). Paragraph 66, AO soll verhindern, dass der Ausgleichsschuldner unter dem Druck der drohenden Sanktion des Wiederauflebens gezwungen ist, eine bestrittene Forderung vor Klärung der Sach- und Rechtslage in einem streitigen Verfahren zu zahlen. Bei Nichtzahlung lebt nämlich die Forderung wieder auf, wenn sich herausstellt, dass sie zu Recht besteht, der Schuldner sich also objektiv im Verzug befunden hat, auch wenn er subjektiv vom Nichtbestehen der Forderung überzeugt war.

Eine Antragstellung nach § 66 AO ist solange möglich, solange die Erfüllungsfrist für den Ausgleich läuft. Selbst nach Erhalt einer qualifizierten Mahnung des Gläubigers iSd § 53 Abs 4 AO kann eine Provisorialentscheidung des Ausgleichsgerichts nach § 66 AO beantragt werden. Mit dem Ablauf der Nachfrist treten aber die Verzugsfolgen ein und die Forderung lebt wieder auf (4 Ob 269/00p mwN). Eine Antragstellung nach Paragraph 66, AO ist solange möglich, solange die Erfüllungsfrist für den Ausgleich läuft. Selbst nach Erhalt einer qualifizierten Mahnung des Gläubigers iSd Paragraph 53, Absatz 4, AO kann eine Provisorialentscheidung des Ausgleichsgerichts nach Paragraph 66, AO beantragt werden. Mit dem Ablauf der Nachfrist treten aber die Verzugsfolgen ein und die Forderung lebt wieder auf (4 Ob 269/00p mwN).

3. Die Bestimmung des § 66 AO findet nach stRsp entgegen der Ansicht von Feil (Konkurs-, Ausgleich- und Anfechtungsordnung<sup>3</sup>, § 66 AO Rz 2)<sup>3</sup>. Die Bestimmung des Paragraph 66, AO findet nach stRsp entgegen der Ansicht von Feil (Konkurs-, Ausgleich- und Anfechtungsordnung<sup>3</sup>, Paragraph 66, AO Rz 2)

im Zwangsausgleichsverfahren analoge Anwendung (8 Ob 132/01x = SZ

74/172 = ZIK 2002, 26; das allenfalls gegenteilige und sprachlich

missglückte obiter dictum in SZ 44/111 wurde schon mit der Entscheidung 8 Ob 15/91 = SZ 65/150 = ÖBA 1993, 490 richtig gestellt).

4. Terminsverlust und Wiederaufleben der Forderung tritt also auch bei strittigen Forderungen (RIS-JustizRS0051931, insbesondere SZ 52/143) ein. Entgegen der Ansicht der Revisionswerberin wurde dies in der oberstgerichtlichen Rsp nicht nur bis zur Insolvenzrechtsänderung des Jahres 1983, sondern auch zur geltenden Rechtslage vertreten (8 Ob 15/91, 8 Ob 132/01x). Die Verpflichtung des Schuldners zum Zweck der Vermeidung des Wiederauflebens der Gesamtforderung die Ausgleichsquote trotz Bestreitung der Forderungen noch vor einer Klärung im streitigen Verfahren bezahlen zu müssen, kann nur durch eine Maßnahme nach § 66 AO gemildert werden. Unstrittig sind im vorliegenden Fall keine Maßnahmen gemäß § 46 Abs 4 AO oder § 66 AO ergriffen worden.<sup>4</sup> Terminsverlust und Wiederaufleben der Forderung tritt also auch bei strittigen Forderungen (RIS-JustizRS0051931, insbesondere SZ

52/143) ein. Entgegen der Ansicht der Revisionswerberin wurde dies in der oberstgerichtlichen Rsp nicht nur bis zur Insolvenzrechtsänderung des Jahres 1983, sondern auch zur geltenden Rechtslage vertreten (8 Ob 15/91, 8 Ob 132/01x). Die Verpflichtung des Schuldners zum Zweck der Vermeidung des Wiederauflebens der Gesamtforderung die Ausgleichsquote trotz Bestreitung der Forderungen noch vor einer Klärung im streitigen Verfahren bezahlen zu müssen, kann nur durch eine Maßnahme nach Paragraph 66, AO gemildert werden. Unstrittig sind im vorliegenden Fall keine Maßnahmen gemäß Paragraph 46, Absatz 4, AO oder Paragraph 66, AO ergriffen worden.

5. Soweit die Revisionswerberin damit argumentiert, dass (entgegen der früheren Rechtslage) nur der Gläubiger eine Sicherstellung gemäß § 46 Abs 4 AO beantragen könne, ist für ihren Standpunkt schon deshalb nichts zu gewinnen, weil eine fehlende Antragstellung auf Sicherstellung nichts am Recht des Gläubigers ändert, Zahlung in Höhe der Ausgleichsquote verlangen zu dürfen. 5. Soweit die Revisionswerberin damit argumentiert, dass (entgegen der früheren Rechtslage) nur der Gläubiger eine Sicherstellung gemäß Paragraph 46, Absatz 4, AO beantragen könne, ist für ihren Standpunkt schon deshalb nichts zu gewinnen, weil eine fehlende Antragstellung auf Sicherstellung nichts am Recht des Gläubigers ändert, Zahlung in Höhe der Ausgleichsquote verlangen zu dürfen.

Dies gilt auch für das Unterbleiben einer Antragstellung des Gläubigers nach § 66 AO. Auch der Gläubiger kann eine vorläufige Feststellung der mutmaßlichen Höhe der bestrittenen Forderung beim Ausgleichsgericht beantragen. Er wird diese insbesondere dann tun, wenn er sich selbst über die Erfolgchancen der Durchsetzung seines Anspruchs nicht sicher ist und die spätere Rückzahlung der von ihm verlangten, sich aber als unberechtigt erweisenden Zahlungen vermeiden will. Die Nichtausübung des auch dem Gläubiger zustehenden Rechts nach § 66 Abs 1 AO führt aber nicht zum Verlust des Rechts, vom Schuldner die Ausgleichsquote verlangen zu dürfen. Für eine solche Präklusion fehlt es an jeglicher Rechtsgrundlage. Der Schuldner ist gegen überhöhte, grundlose Zahlungsbegehren des Gläubigers durch sein eigenes Antragsrecht nach der zitierten Gesetzesstelle geschützt. Dies gilt auch für das Unterbleiben einer Antragstellung des Gläubigers nach Paragraph 66, AO. Auch der Gläubiger kann eine vorläufige Feststellung der mutmaßlichen Höhe der bestrittenen Forderung beim Ausgleichsgericht beantragen. Er wird diese insbesondere dann tun, wenn er sich selbst über die Erfolgchancen der Durchsetzung seines Anspruchs nicht sicher ist und die spätere Rückzahlung der von ihm verlangten, sich aber als unberechtigt erweisenden Zahlungen vermeiden will. Die Nichtausübung des auch dem Gläubiger zustehenden Rechts nach Paragraph 66, Absatz eins, AO führt aber nicht zum Verlust des Rechts, vom Schuldner die Ausgleichsquote verlangen zu dürfen. Für eine solche Präklusion fehlt es an jeglicher Rechtsgrundlage. Der Schuldner ist gegen überhöhte, grundlose Zahlungsbegehren des Gläubigers durch sein eigenes Antragsrecht nach der zitierten Gesetzesstelle geschützt.

6. Bei bestrittenen Forderungen muss deren Bestand im Rechtsweg festgestellt werden. Bei nicht titulierten Forderungen hat der Gläubiger zu klagen, bei titulierten Forderungen der Bestreitende (§ 110 Abs 1 und 2 KO). Für das Zwangsausgleichsverfahren (§§ 140 ff KO) ist die geradezu selbstverständliche Klagenotwendigkeit überdies aus § 150 Abs 3 und 4 KO abzuleiten. Die Versäumung der vom Konkursgericht bestimmten Klagefrist (§ 110 Abs 4 KO) steht allerdings dem Wiederaufleben einer Forderung wegen Verzugs des Schuldners mit der Ausgleichsquote nicht entgegen (RIS-Justiz RS0065581). Es handelt sich um eine verfahrensrechtliche Frist, deren Versäumung nicht zum Anspruchsverlust führt, sondern nur dazu, dass der säumige Gläubiger am Verteilungsverfahren nicht teilnimmt und seine Zustimmung zur Aufhebung des Konkurses nicht erforderlich ist (1 Ob 115/00v = ZIK 2000, 205; RIS-Justiz RS0065581). 6. Bei bestrittenen Forderungen muss deren Bestand im Rechtsweg festgestellt werden. Bei nicht titulierten Forderungen hat der Gläubiger zu klagen, bei titulierten Forderungen der Bestreitende (Paragraph 110, Absatz eins und 2 KO). Für das Zwangsausgleichsverfahren (Paragraphen 140, ff KO) ist die geradezu selbstverständliche Klagenotwendigkeit überdies aus Paragraph 150, Absatz 3 und 4 KO abzuleiten. Die Versäumung der vom Konkursgericht bestimmten Klagefrist (Paragraph 110, Absatz 4, KO) steht allerdings dem Wiederaufleben einer Forderung wegen Verzugs des Schuldners mit der Ausgleichsquote nicht entgegen (RIS-Justiz RS0065581). Es handelt sich um eine verfahrensrechtliche Frist, deren Versäumung nicht zum Anspruchsverlust führt, sondern nur dazu, dass der säumige Gläubiger am Verteilungsverfahren nicht teilnimmt und seine Zustimmung zur Aufhebung des Konkurses nicht erforderlich ist (1 Ob 115/00v = ZIK 2000, 205; RIS-Justiz RS0065581).

II. Zur Argumentation der Revisionswerberin, die beklagte Partei habe zum Zeitpunkt der Anmeldung und auch noch zum Zeitpunkt ihrer Mahnung vom 26. Juni 2002 über keinen im Inland vollstreckbaren Titel verfügt, ihre Forderung hätte nur sichergestellt werden dürfen und die beklagte Partei hätte eine Feststellungsklage einbringen müssen: römisch II. Zur Argumentation der Revisionswerberin, die beklagte Partei habe zum Zeitpunkt der Anmeldung

und auch noch zum Zeitpunkt ihrer Mahnung vom 26. Juni 2002 über keinen im Inland vollstreckbaren Titel verfügt, ihre Forderung hätte nur sichergestellt werden dürfen und die beklagte Partei hätte eine Feststellungsklage einbringen müssen:

1. Die Sicherstellungsbestimmungen des § 150 KO bzw. § 46 AO stehen - wie ausgeführt - einer Zahlungspflicht des Ausgleichsschuldners zur Zahlung der Ausgleichsquote auch bestrittener Forderungen nicht im Wege. Mit der Zahlung der Quote vor rechtskräftiger Feststellung der Forderung wird über die Rechtmäßigkeit der Forderung nichts ausgesagt. Dies kann naturgemäß nur im Rechtsweg erfolgen. Ohne Vorauszahlungspflicht der Quote wären die Milderungsbestimmungen der §§ 46 und 66 AO überflüssig (zur alten Rechtslage gemäß § 55f Abs 2 AO: 5 Ob 318/81). Das Sicherstellungsrecht des Gläubigers (§ 150 KO, § 46 AO) ändert nichts an der Zahlungspflicht zur Vermeidung der Verzugsfolgen des Wiederauflebens der Forderung iSd § 156 Abs 4 KO (§ 53 Abs 4 AO), wenn eine auf § 46 AO oder § 60 AO gestützte Antragstellung unterblieb. Dies ist hier der Fall. Die Sicherstellungsbestimmungen des Paragraph 150, KO bzw. Paragraph 46, AO stehen - wie ausgeführt - einer Zahlungspflicht des Ausgleichsschuldners zur Zahlung der Ausgleichsquote auch bestrittener Forderungen nicht im Wege. Mit der Zahlung der Quote vor rechtskräftiger Feststellung der Forderung wird über die Rechtmäßigkeit der Forderung nichts ausgesagt. Dies kann naturgemäß nur im Rechtsweg erfolgen. Ohne Vorauszahlungspflicht der Quote wären die Milderungsbestimmungen der Paragraphen 46 und 66 AO überflüssig (zur alten Rechtslage gemäß Paragraph 55 f, Absatz 2, AO: 5 Ob 318/81). Das Sicherstellungsrecht des Gläubigers (Paragraph 150, KO, Paragraph 46, AO) ändert nichts an der Zahlungspflicht zur Vermeidung der Verzugsfolgen des Wiederauflebens der Forderung iSd Paragraph 156, Absatz 4, KO (Paragraph 53, Absatz 4, AO), wenn eine auf Paragraph 46, AO oder Paragraph 60, AO gestützte Antragstellung unterblieb. Dies ist hier der Fall.

2. Zur Frage des Vorliegens eines vollstreckbaren Titels:

Im Konkurs gilt, dass Gläubiger bei Bestreitung ihrer angemeldeten Forderung diese mit Klage geltend machen müssen (§ 110 Abs 1 KO), bei Bestreitung vollstreckbarer Forderungen hat der Bestreitende (dies wäre grundsätzlich hier der Masseverwalter gewesen) zu klagen (Abs 2 leg.cit.) und zwar in der vom Konkursgericht bestimmten Frist (Abs 4 leg.cit.). Ein ausländischer Titel kann auch noch nach Eröffnung des Konkurses für vollstreckbar erklärt werden, womit er als tituliert im Konkurs gilt, dass Gläubiger bei Bestreitung ihrer angemeldeten Forderung diese mit Klage geltend machen müssen (Paragraph 110, Absatz eins, KO), bei Bestreitung vollstreckbarer Forderungen hat der Bestreitende (dies wäre grundsätzlich hier der Masseverwalter gewesen) zu klagen (Absatz 2, leg.cit.) und zwar in der vom Konkursgericht bestimmten Frist (Absatz 4, leg.cit.). Ein ausländischer Titel kann auch noch nach Eröffnung des Konkurses für vollstreckbar erklärt werden, womit er als titulierte

Forderung unter § 110 Abs 2 KO fällt (3 Ob 70/04x = JBl 2005, 111 = Forderung unter Paragraph 110, Absatz 2, KO fällt (3 Ob 70/04x = JBl 2005, 111 =

EvBl 2005/36 = ZIK 2004, 204 = RdW 2005, 165). Die Verfügung-Zahlungsaufforderung des italienischen Gerichts ist unabhängig von ihrer nur vorläufigen Vollstreckbarkeit ein Exekutionstitel, der im Inland für vollstreckbar erklärt werden kann (RIS-Justiz RS0113663), wie dies hier mit der abschließenden Entscheidung des erkennenden Senats<sup>3</sup> Ob 47/05s auch geschehen ist.

3. Die Revisionswerberin argumentiert nun dahin, dass die Vollstreckbarerklärung des (vorläufig vollstreckbaren) ausländischen Exekutionstitels in Österreich erst im Juni 2005, also lange nach dem Mahnschreiben der beklagten Partei vom 26. Juni 2002 rechtswirksam geworden sei, und steht auf dem Standpunkt, die Mahnung wäre nur bei Vorliegen einer festgestellten und - in Österreich - vollstreckbaren Forderung berechtigt gewesen. Nach diesem Vorbringen wäre also bei einer nicht titulierten, bestrittenen Forderung die Ausgleichsquote nicht zu bezahlen. Dem stehen die schon angeführten Gründe iS der zitierten Rsp entgegen. Insoweit die Revisionswerberin eine bislang nicht erfolgte Klageführung (sei es durch die klagende Partei oder durch die beklagte Partei) vermisst und selbst auf das in Italien weiter noch anhängige Gerichtsverfahren verweist, übersieht sie das nach dem internationalen Privatrecht gegebene Prozesshindernis der Streitanhängigkeit:

Sowohl das LGVÜ (Art 21), als auch das EuGVÜ (Art 21) sowie die hier anzuwendende EuGVVO (Art 27) sehen bei einem in einem Mitgliedsstaat zwischen denselben Parteien über denselben Anspruch anhängigen Verfahren eine Prozesssperre vor. Nach der Rsp des EuGH ist vertragsautonom von einem sehr weiten Streitgegenstandsbegriff auszugehen (RIS-Justiz RS0118405, RS0111768). Die klagende Schuldnerin kann demnach auch aus diesem Grund hier

nicht eine Klageführung im Inland als Voraussetzung für die Berechtigung der beklagten Gläubigerin auf Zahlung der Ausgleichsquote und die Berechtigung der Mahnung iSd § 156 Abs 4 KO (§ 53 Abs 4 AO) einfordern. Sowohl das LGVÜ (Artikel 21.), als auch das EuGVÜ (Artikel 21,) sowie die hier anzuwendende EuGVVO (Artikel 27,) sehen bei einem in einem Mitgliedsstaat zwischen denselben Parteien über denselben Anspruch anhängigen Verfahren eine Prozesssperre vor. Nach der Rsp des EuGH ist vertragsautonom von einem sehr weiten Streitgegenstandsbegriff auszugehen (RIS-Justiz RS0118405, RS0111768). Die klagende Schuldnerin kann demnach auch aus diesem Grund hier nicht eine Klageführung im Inland als Voraussetzung für die Berechtigung der beklagten Gläubigerin auf Zahlung der Ausgleichsquote und die Berechtigung der Mahnung iSd Paragraph 156, Absatz 4, KO (Paragraph 53, Absatz 4, AO) einfordern.

III. Schließlich kann der Revisionswerberin auch dort nicht gefolgt werden, dass mit dem Schreiben der beklagten Partei vom 26. Juni 2002 keine Einmahnung der Ausgleichsquote erfolgt sei, weil nicht 28 % der durch die Entscheidung des italienischen Gerichts Mantua titulierten Forderung von 317.355 EUR, sondern 28 % der angemeldeten Forderung von 585.742,05 EUR verlangt worden seien. Dieser Umstand ist nur für die Frage von Bedeutung, ob sich die Bestreitung auf eine titulierte oder nicht titulierte Forderung bezieht und wäre für die Verteilung der Parteirollen in einem Prüfungsprozess maßgeblich. Für die hier wesentliche Frage der Pflicht zur Schuldnerin der Zahlung der Ausgleichsquote kann es aber - wenn überhaupt - nur auf die angemeldete Forderung ankommen, wobei nochmals auf die zitierte Rsp zu verweisen ist. Das Vorliegen einer inländischen Vollstreckbarerklärung eines ausländischen Exekutionstitels ist für die Exekutionsbewilligung maßgeblich, nicht aber für die Berechtigung einer Mahnung auf Zahlung der Ausgleichsquote. Dazu kann auf die schon gegebene Begründung verwiesen werden.

römisch III. Schließlich kann der Revisionswerberin auch dort nicht gefolgt werden, dass mit dem Schreiben der beklagten Partei vom 26. Juni 2002 keine Einmahnung der Ausgleichsquote erfolgt sei, weil nicht 28 % der durch die Entscheidung des italienischen Gerichts Mantua titulierten Forderung von 317.355 EUR, sondern 28 % der angemeldeten Forderung von 585.742,05 EUR verlangt worden seien. Dieser Umstand ist nur für die Frage von Bedeutung, ob sich die Bestreitung auf eine titulierte oder nicht titulierte Forderung bezieht und wäre für die Verteilung der Parteirollen in einem Prüfungsprozess maßgeblich. Für die hier wesentliche Frage der Pflicht zur Schuldnerin der Zahlung der Ausgleichsquote kann es aber - wenn überhaupt - nur auf die angemeldete Forderung ankommen, wobei nochmals auf die zitierte Rsp zu verweisen ist. Das Vorliegen einer inländischen Vollstreckbarerklärung eines ausländischen Exekutionstitels ist für die Exekutionsbewilligung maßgeblich, nicht aber für die Berechtigung einer Mahnung auf Zahlung der Ausgleichsquote. Dazu kann auf die schon gegebene Begründung verwiesen werden.

Die Vorinstanzen haben demnach zu Recht das Erlöschen des betriebenen Anspruchs verneint.

Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens beruht auf den §§ 41 und 50 Abs 1 ZPO. Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens beruht auf den Paragraphen 41 und 50 Absatz eins, ZPO.

#### **Anmerkung**

E823873Ob157.06v

#### **Schlagworte**

Kennung XPUBL Diese Entscheidung wurde veröffentlicht in ÖBA 2007,405/1417 - ÖBA 2007/1417 = ZIK 2007/106 S 62 - ZIK 2007,62 = RPfIE 2007/29 = SZ 2006/161 = ecolex 2008,404 (Fuchs, Rechtsprechungsübersicht) XPUBL END

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

ECLI:AT:OGH0002:2006:0030OB00157.06V.1019.000

#### **Zuletzt aktualisiert am**

23.02.2009

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