

# TE OGH 1991/9/18 3Ob28/91

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 18.09.1991

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Vizepräsidenten des Obersten Gerichtshofes Hon.Prof. Dr.Petrasch als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr.Hule, Dr.Klinger, Dr.Egermann und Dr.Angst als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Parteien 1. Hans G\*\*\*\*\*\*, und

2. Karin und Hans G\*\*\*\*\* KG, \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr.Karl Krawagna und Dr.Walter Wolf, Rechtsanwälte in Bruck an der Mur, wider die beklagte Partei T\*\*\*\*\* Gesellschaft mbH, \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr.Michael Zsizsik, Rechtsanwalt in Bruck an der Mur, wegen Einwendungen gegen den Anspruch (§ 35 EO) und die Exekutionsbewilligung (§ 36 EO), infolge Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Kreisgerichtes Leoben als Berufungsgerichtes vom 28.Dezember 1990, GZ R 427/90-13, womit infolge Berufung der klagenden Parteien das Urteil des Bezirksgerichtes Bruck an der Mur vom 16.März 1990, GZ 5 C 1012/89g-8, teilweise abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Revision wird teilweise Folge gegeben.

Das angefochtene Urteil wird dahin abgeändert, daß es zu lauten hat:

"1. Der aus den Anmeldungsverzeichnissen Sa 12/88 und Sa 13/88 des Kreisgerichtes Leoben hervorgehende Anspruch der beklagten Partei auf Bezahlung von 275.551,20 S, zu dessen Hereinbringung mit den Beschlüssen des Bezirksgerichtes Bruck an der Mur vom 4.8.1989, 7 E 2383/89-1, und vom 10.8.1989, 7 E 2540/89-1, die Fahrnisexekution bewilligt wurde, war seit Eintritt der Rechtskraft der Bestätigung des Ausgleichs am 26.6.1989 im Ausmaß von 137.775,60 S gehemmt und ist seit 10.8.1989 im Ausmaß von 36.560,24 S erloschen und im Ausmaß von 119.495,48 S gehemmt. Das Mehrbegehren auszusprechen, dieser Anspruch sei mit weiteren 119.495,48 S erloschen (gehemmt), wird abgewiesen.

2. Die angeführten Exekutionen sind unzulässig, soweit sie zur Hereinbringung eines weiteren Betrages von 110.355,42 S sA geführt werden.

Das Mehrbegehren, die Exekutionen auch für unzulässig zu erklären, soweit sie zur Hereinbringung eines weiteren Betrages von 165.195,78 S sA geführt werden, wird abgewiesen."

Die Kosten des Verfahrens aller drei Instanzen werden gegeneinander aufgehoben.

## Text

Entscheidungsgründe:

Die zweitklagende Partei ist eine Kommanditgesellschaft, der Erstkläger ist ihr persönlich haftender Gesellschafter.

Am 1.3.1989 wurde ein Ausgleichsvorschlag der klagenden Parteien angenommen, der in den hier wesentlichen Teilen lautete:

"3. Die Gläubiger erhalten 50 % ihrer Forderungen. 10 % der Forderungen werden binnen 14 Tagen nach Bestätigung des Ausgleiches vom Ausgleichsverwalter ausbezahlt. Die verbleibenden 40 % der Forderungen werden in 15 gleichen aufeinanderfolgenden Monatsraten berichtigt, wobei die erste Monatsrate 3 Monate nach Ausgleichsannahme zu bezahlen ist.

.....

5. Der Nachlaß und die sonstigen Begünstigungen, die der Ausgleich gewährt, werden für diejenigen Gläubiger hinfällig, gegenüber welchen die Schuldnerin mit Erfüllung des Ausgleiches in Verzug gerät. Ein solcher Verzug ist erst anzunehmen, wenn die Schuldnerin eine fällige Verbindlichkeit trotz einer vom Gläubiger unter Einräumung einer 14tägigen Nachfrist an sie gerichteten schriftlichen eingeschriebenen Mahnung nicht bezahlt hat."

Dieser Ausgleich wurde mit einem am 12.6.1989 an der Gerichtstafel des Ausgleichsgerichtes angeschlagenen Beschuß vom 9.6.1989 bestätigt; ein Rechtsmittel dagegen wurde nicht erhoben.

Die beklagte Partei ist Gläubigerin der klagenden Parteien mit einer im Ausgleichsverfahren anerkannten Forderungen von 342.752,40 S. Sie forderte die klagenden Parteien mit einem am 15.6.1989 eingeschrieben zur Post gegebenen Brief auf, die erste der 15 monatlichen Raten in der Höhe von 9.140,07 S, die am 1.6.1989 fällig geworden sei, bis spätestens 29.6.1989 zu bezahlen, widrigenfalls Terminverlust und Wiederaufleben eintrete. Die zweitklagende Partei überwies am 7.8.1989 18.280,12 S für zwei Raten; dieser Betrag wurde am 10.8.1989 auf dem Konto der beklagten Partei gebucht.

Auf Grund von zwei Exekutionsanträgen, die mit 26.7.1989 und 10.8.1989 datiert waren, am 27.7. und am 10.8.1989 beim Erstgericht einlangten und in denen Terminsverlust und das Wiederaufleben des nachgelassenen Teils der Forderung geltend gemachte wurden, bewilligte das Erstgericht der beklagten Partei mit Beschuß vom 4.8.1989 gegen die zweitklagende Partei und mit Beschuß vom 10.8.1989 gegen den Erstkläger zur Hereinbringung der Forderung von 275.551,20 S sA die Fahrnisesekution.

Die klagenden Parteien erhoben in einer im Kopf als "Klage gemäß §§ 35 und 36 EO" bezeichneten Klage die Einwendung, daß Terminsverlust nicht eingetreten und der nachgelassene Teil der Forderung nicht wieder aufgelebt sei, weil die Ausgleichsraten, auf die sich die Mahnung bezogen habe, erst mit dem Eintritt der Rechtskraft des Beschlusses über die Ausgleichsbestätigung fällig geworden und die Mahnung daher verfrüht gewesen sei. Die ersten beiden Raten seien am 7.8.1989 bezahlt worden. Sie begehrten auszusprechen, daß der im Anmeldungsverzeichnis eingetragene Anspruch der beklagten Partei erloschen sei und die Exekutionsbewilligung aufgehoben würde.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab. Die Mahnung und die darin eingeräumte Nachfrist von 14 Tagen seien mit dem Ende der Rechtskraft der Ausgleichsbestätigung wirksam geworden. Mit diesem Tag sei auch die erste Rate fällig geworden. Da die von der beklagten Partei gesetzte Nachfrist fruchtlos verstrichen sei, könne sie die gesamte Forderung betreiben.

Das Berufungsgericht sprach infolge Berufung der klagenden Parteien aus, daß die Forderung der beklagten Partei, soweit sie gegen den Erstkläger betrieben wird, nur mit 9.140,06 S zu Recht besteht und daß sie, soweit sie gegen die zweitklagende Partei betrieben wird, zum Zeitpunkt der Einbringung des Exekutionsantrags am 27.7.1989 nur mit 18.218,12 S zu Recht bestand und seit 10.8.1989 erloschen ist. Es sprach ferner aus, daß die ordentliche Revision zulässig sei. Die von der beklagten Partei verfrüht abgesandte Mahnung habe im Sinn der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes (SZ 15/36; RZ 1935, 162; 1 Ob 603/53) die Vollzugsfolgen nicht herbeigeführt. Zu dem für die Entscheidung wesentlichen Zeitpunkt der Exekutionsanträge seien aber die angeführten Beträge schon fällig und noch nicht bezahlt gewesen, weshalb die Exekutionen (nur) in diesem Umfang berechtigt seien.

Die von der beklagten Partei gegen dieses Urteil, inhaltlich jedoch nur gegen dessen stattgebenden Teil, wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung der Sache erhobene Revision ist teilweise berechtigt.

Die Entscheidung hängt einerseits davon ab, ob die im Ausgleich festgelegten Zahlungen schon vor dem Eintritt der Rechtskraft des Beschlusses, mit dem der Ausgleich bestätigt wurde, fordern kann, und andererseits von der Lösung der Frage, welche Wirkungen mit einer vor diesem Zeitpunkt ausgesprochenen Mahnung verbunden sind. Zur ersten Frage hat der Oberste Gerichtshof in der nicht veröffentlichten Entscheidung 1 Ob 603/53 - allerdings ohne nähere

Begründung und bloß mit dem Hinweis auf die Entscheidung SZ 15/36 - die Ansicht vertreten, daß die Fälligkeit frühestens mit der Rechtskraft der gerichtlichen Bestätigung des Ausgleichs eintrete. In der Entscheidung SZ 15/36 heißt es hiezu, daß für den Ausgleichsschuldner die Verpflichtung zur Zahlung erst mit diesem Tag eintritt.

### **Rechtliche Beurteilung**

Wenn dies im Ausgleich nicht anders vorgesehen ist, beginnt die Frist für die darin festgelegten Zahlungen mit dem Tag der Annahme des Ausgleichsvorschlags und nicht, wie dies etwa aus § 7 Abs 2 der (deutschen) Vergleichsordnung abzuleiten ist, mit der Bestätigung des Ausgleichs zu laufen. Dies ergibt sich, worauf Buchegger, Die Ausgleichserfüllung (Verlag der österreichischen Staatsdruckereien 1988), 60 zutreffend hinweist, aus § 3 Abs 1 Z 3 AO, weil die darin genannten Höchstfristen ausdrücklich vom Tag der Annahme des Ausgleichs an zu berechnen sind. Damit ist aber noch nicht gesagt, wann die im Ausgleich festgelegten Zahlungsfristen ablaufen. Nach Ansicht des erkennenden Senates kann dies nicht vor dem Eintritt der Rechtskraft des Beschlusses über die Bestätigung des Ausgleichs der Fall sein, weil gemäß § 53 Abs 1 AO erst dann die Rechtswirkungen des Ausgleichs eintreten. Ebensowenig wie vorher die gewährte Stundung und der gewährte Nachlaß wirksam werden, kann der Schuldner verpflichtet sein, vorher Zahlungen zu leisten, obwohl noch nicht feststeht, ob es zur Stundung und zum Nachlaß eines Teils der Forderung kommen wird.

Dafür, daß es vor dem Eintritt der Rechtskraft des Beschlusses über die Bestätigung des Ausgleichs nicht zum Verzug des Schuldners kommen kann, spricht auch die Einordnung der entsprechenden Bestimmung (§ 53 Abs 4 AO) in dem mit "Rechtswirkung des Ausgleichs" überschriebenen § 53 AO. Es kann daraus geschlossen werden, daß auch der Gesetzgeber davon ausging, daß die Regelung des Verzuges erst nach der Rechtskraft des Bestätigungsbeschlusses von Bedeutung ist. Schließlich besteht die Exekutionssperre gemäß § 10 Abs 1 AO gemäß § 54 Abs 1 AO bis zum Eintritt der Rechtskraft der Ausgleichsbestätigung, was ebenfalls als Hinweis darauf zu werten ist, daß der Gläubiger vorher nicht Zahlung verlangen kann. Der erkennende Senat ist daher in Übereinstimmung mit der angeführten Rechtsprechung und mit Buchegger (aaO 63) der Meinung, daß der Gläubiger auch die Zahlung derjenigen Raten, für die der dem Ausgleich zu entnehmende Zeitpunkt schon verstrichen ist, erst ab dem Eintritt der Rechtskraft des Beschlusses, mit dem der Ausgleich bestätigt wird, fordern kann. Ob er verpflichtet ist, eine ihm angebotene Zahlung schon vor diesem Zeitpunkt anzunehmen, ist hier nicht zu prüfen.

Aus dem Gesagten folgt aber auch, daß eine vorher ausgesprochene Mahnung wirkungslos ist. Da der Beginn der damit eingeräumten Nachfrist ungewiß ist, stünde es mit dem mit der Mahnung verfolgten Zweck, den Schuldner dadurch vor Säumnisfolgen zu bewahren, daß er auf die Zahlungspflicht aufmerksam gemacht wird, nicht im Einklang, wenn auch die vorzeitige Mahnung als wirksam anerkannt würde. Überdies gilt auch hier, daß wegen der Aufnahme der Regelung über den Verzug in den § 53 AO anzunehmen ist, der Gesetzgeber habe nur Vorgänge im Auge gehabt, die sich erst nach dem Eintritt der Rechtskraft des Beschlusses über die Bestätigung des Ausgleichs ereignen.

Der erkennende Senat hält daher zumindest für eine Mahnung, die dem Schuldner vor dem Eintritt der Rechtskraft des Bestätigungsbeschlusses zugegangen ist, die schon bisher vertretene Ansicht aufrecht, daß sie Säumnisfolgen nicht herbeizuführen vermag (SZ 15/36; 1 Ob 603/53; vgl allgemein zur vorzeitigen Mahnung RZ 1935, 162; SZ 25/239). Nicht erörtert werden muß, ob etwas anderes gilt, wenn die Mahnung eine Zahlung betrifft, deren durch den Ausgleich bestimmter Fälligkeitstermin nach dem Eintritt der Rechtskraft des angeführten Beschlusses liegt (vgl hiezu für den deutschen Rechtsbereich Böhle-Stamschräder/Kilger, Vergleichsordnung10, Rz 1 zu § 9).

Entgegen der in der Revision und vom Erstgericht vertretenen Auffassung ergibt sich aus den Entscheidungen SZ 15/36 und 1 Ob 603/53 nicht das Gegenteil. Der Oberste Gerichtshof hat darin nur hilfsweise ausgeführt, daß für die damals betreibenden Parteien nichts gewonnen wäre, wenn die vorzeitige Mahnung berücksichtigt würde, weil dann die Nachfrist, die vom Eintritt der Rechtskraft des Bestätigungsbeschlusses zu berechnen sei, zum Zeitpunkt der Einbringung des Exekutionsantrags noch nicht abgelaufen wäre. Er hat aber nicht zum Ausdruck gebracht, daß die vorzeitige Mahnung Säumnisfolgen herbeiführen kann. Insoweit ist der Inhalt der Entscheidungen bei Buchegger (aaO 61), auf den sich das Erstgericht und die beklagte Partei berufen, mißverständlich wiedergegeben.

Da die betreibende Partei die Mahnung, mit der die Nachfrist eingeräumt wurde, schon vor dem Eintritt der Rechtskraft des Beschlusses, mit dem der Ausgleich bestätigt wurde, abgesandt hat und nach den Verfahrensergebnissen auch davon auszugehen ist, daß sie den klagenden Parteien schon vor diesem Zeitpunkt zuging (in Blg./8 bezeichnete die Revisionswerberin die Mahnung selbst als "ursprünglich verfrüht"), hat sie die

Verzugsfolgen nach § 53 Abs 4 erster Satz AO nicht herbeigeführt. Die Forderung der beklagten Partei ist daher weiterhin im Umfang des durch den Ausgleich gewährten Nachlasses eingeschränkt (Heller-Berger-Stix I 135; SZ 12/112; SZ 31/58) und es ist Terminsverlust nicht eingetreten.

Dem entspricht die Entscheidung des Berufungsgerichtes aber insoweit nicht, als dieses den betriebenen Anspruch über den Umfang des durch den Ausgleich bewirkten Nachlasses und die Zahlungen hinaus für erloschen erklärt hat. Richtig sind die Exekutionen, soweit sie zur Hereinbringung der noch nicht bezahlten und erst nach Terminsverlust fälligen Ausgleichsquote geführt werden, unzulässig, weil die für die Fälligkeit des Anspruchs maßgebenden Tatsachen nicht eingetreten sind und daher der Tatbestand des § 36 Abs 1 Z 1 EO erfüllt ist (Bartsch-Heil, Insolvenzrecht4 Rz 159; EvBl 1988/54). Die klagenden Parteien haben ihre Klage auch auf diesen Tatbestand gestützt, was sich nicht nur aus der Anführung des § 36 EO im Kopf der Klage, sondern auch aus ihrem Vorbringen und aus dem auf Aufhebung der Exekution gerichteten Klagebegehren ergibt. Nach dem Schrifttum und der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes ist zwar auf Grund einer Klage nach § 36 EO die Unzulässigkeit der Exekution auszusprechen (Heller-Berger-Stix I 437; Holzhammer, Zwangsvollstreckungsrecht3 126; EvBl 1973/184); das von den Klägern gestellte Begehren ist einem solchen Begehr aber gleichzuhalten.

Zur Fassung des Urteilsspruches ist noch anzumerken, daß die gemäß§ 53 Abs 1 AO wirkte Befreiung von der Verbindlichkeit eine den Anspruch hemmende Tatsache im Sinn des § 35 Abs 1 EO ist, weil die Schuld durch den Ausgleich nicht erlischt, sondern als natürliche, nicht klagbare Verbindlichkeit bestehen bleibt (Bartsch-Pollak II3, 437 f; Bartsch-Heil, Insolvenzrecht4 Rz 154; SZ 37/168 ua) und bei Verzug mit der Erfüllung des Ausgleichs gemäß § 53 Abs 4 AO wieder "auflebt", also wieder klagbar wird. Auf Grund einer Klage nach§ 35 EO ist daher auszusprechen, daß der betriebene Anspruch mit dem nachgelassenen oder bis zu dem die Ausgleichsquote bildenden Betrag gehemmt ist (so schon 3 Ob 22, 23/78).

Geht man davon aus, daß von dem hier betriebenen Anspruch von 275.551,20 S entsprechend dem Ausgleich 50 % und somit 137.775,60 S auf den nachgelassenen Teil der Forderung der beklagten Partei entfallen, so wurde der Anspruch durch die am 26.6.1989 eingetretene (vgl § 76 Abs 1 und § 152 Abs 2 AO iVm § 174 Abs 2 und § 176 Abs 1 KO) Rechtskraft der Bestätigung des Ausgleichs in diesem Umfang zufolge§ 53 Abs 1 AO gehemmt. Die von den klagenden Parteien eingewendete Zahlung von 18.280,12 S bewirkte das Erlöschen des Anspruchs, und zwar im doppelten Ausmaß, weil hiervon gemäß § 53 Abs 5 AO auch der nachgelassene Teil der Forderung mit dem Bruchteil getilgt wurde, der dem Verhältnis des bezahlten Betrages zu dem nach dem Ausgleich zu zahlenden Betrag entspricht (vgl Bartsch-Heil, Insolvenzrecht4 Rz 157). Die vom Ausgleichsverwalter am 17.7.1989 geleistete Zahlung eines Teils der Ausgleichsquote ist offenbar schon im Exekutionsantrag berücksichtigt worden.

Da sich die klagenden Parteien zur Zeit der von ihnen geleisteten Zahlung bereits in Verzug befanden, wurden die Verzugsfolgen zumindest für die hier maßgebende Berechtigung zur Exekutionsführung erst mit dem Tag beendet, an dem die beklagte Partei über den bezahlten Betrag verfügen konnte (vgl Heller-Berger-Stix I 371 und EvBl 1962/451 sowie allgemein Binder in Schwimann, ABGB Rz 25 zu § 905 und Reischauer in Rummel, ABGB2 Rz 17 zu § 905), hier also am 10.8.1989. Seit diesem Tag war der betriebene Anspruch im Ausmaß von 36.560,24 S erloschen und im Ausmaß von 119.495,48 S gehemmt.

Soweit die Exekutionen zur Hereinbringung des verbleibenden Betrages von 119.495,48 S geführt werden, war zu beachten, daß hiervon ein Teilbetrag von 9.140,06 S, nämlich die dritte Ausgleichsrate, am 1.8.1989 und somit zwar im Zeitpunkt beider Exekutionsbewilligungen und des zweiten, gegen den Erstkläger gerichteten Exekutionsantrags, nicht aber auch an dem Tag, mit dem der erste, gegen die zweitklagende Partei eingebrachte Exekutionsantrag datiert wurde, fällig war. Der Oberste Gerichtshof vertritt nunmehr in ständiger Rechtsprechung entgegen der Meinung des Berufungsgerichtes die Auffassung, daß der Zeitpunkt der Exekutionsbewilligung maßgebend und daß die Exekution zur Hereinbringung aller bis zur Entscheidung über den Exekutionsantrag fällig gewordenen Beträge zulässig ist (zuletzt 3 Ob 83/90 unter Hinweis auf SZ 28/184 und EFSIg 32.134). Dieselbe Ansicht wird - soweit es überblickt werden kann, einhellig - im Schrifttum vertreten (Petschek, E-Bespr ZBl 1932, 466; Heller-Berger-Stix I 202 ff; Holzhammer, Zwangsvollstreckungsrecht3 74 f). Der erkennende Senat hält an dieser Auffassung fest, zumal das Berufungsgericht seine gegenteilige Ansicht nicht näher begründet hat.

Beide Exekutionen sind daher (nur) zulässig, soweit damit die am 1.8.1989 fällig gewordene und somit zur Zeit der Exekutionsbewilligungen schon fällig gewesene Ausgleichsrate in der Höhe von 9.140,06 S sA betrieben wird. Im

übrigen, also im Ausmaß von 110.355,42 S, sind sie hingegen unzulässig, weil Terminsverlust nicht eingetreten und die noch offene Ausgleichsquote daher in diesem Umfang noch nicht fällig war.

Der Ausspruch über die Kosten des Verfahrens erster Instanz beruht auf § 43 Abs 1 und 2 ZPO, jener über die Kosten der Rechtsmittelverfahren außerdem noch auf § 50 ZPO. Berücksichtigt man beide Klagebegehren und lässt man den bloß geringfügigen Teil der betriebenen Forderung, bei dem keines der Begehren Erfolg hatte, außer Betracht, so haben die klagenden Parteien im selben Ausmaß obsiegt, wie sie unterlegen sind.

**Anmerkung**

E27384

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:1991:0030OB00028.91.0918.000

**Dokumentnummer**

JJT\_19910918\_OGH0002\_0030OB00028\_9100000\_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](http://www.jusline.at)