

# TE OGH 1989/7/12 3Ob67/89

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 12.07.1989

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Hofrat des Obersten Gerichtshofes Dr.Hule als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr.Warta, Dr.Klinger, Dr.Angst und Dr.Kellner als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Rudolf B\*\*\*, Schuhhändler, Rablstraße 3, 4600 Wels, vertreten durch Dr.Günter Geusau, Rechtsanwalt in Wels, wider die beklagte Partei S\*\*\* IN W\*\*\*, Ringstraße 27, 4600 Wels, vertreten durch Dr.Reinhard Selendi, Rechtsanwalt in Wels, wegen Einwendungen gegen die Exekutionsbewilligung (Streitwert S 1,110.596,--), infolge Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Linz als Berufungsgerichtes vom 25. Jänner 1989, GZ 5 R 100/88-30, womit infolge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Kreisgerichtes Wels vom 22. April 1988, GZ 3 Cg 326/87-12, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit S 18.966,40 (darin S 3.161,-- Umsatzsteuer) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens binnen vierzehn Tagen zu ersetzen.

## Text

### Entscheidungsgründe:

Die beklagte S\*\*\* hatte im Ausgleich des Klägers eine Forderung von S 2,887.010,-- angemeldet. Am 24.Oktober 1985 eröffnete das Kreisgericht Wels zu S 75/85 über das Vermögen des Klägers den Anschlußkonkurs. Der Masseverwalter hat in der Prüfungstagsatzung am 19.Dezember 1985 die Forderung mit S 1,847.010,-- und nach einer Einschränkung der Anmeldung durch die beklagte S\*\*\* infolge von Zahlungseingängen auf restliche S 2,581.998,-- in der Prüfungstagsatzung am 24.Juli 1986 diese Forderung zur Gänze anerkannt. Der Kläger war zu dieser Tagsatzung mit seinem Rechtsanwalt gekommen. Im Protokoll der Prüfungstagsatzung ist festgehalten, daß der Gemeinschuldner nach Belehrung über § 61 KO erkläre, er anerkenne die Forderung der S\*\*\* ebenfalls mit dem festgestellten Betrag. Sodann wurde der Vorschlag des Klägers auf Abschluß des Zwangsausgleiches angenommen, wonach die Konkursgläubiger eine Quote von 20 % (und zwar 10 % innerhalb von 30 Tagen, 5 % bis zum 31.Oktober 1986 und 5 % bis 31. März 1987) erhalten sollten. Die Auszahlung der ersten Rate sollte der Masseverwalter nach konkursrechtlichen Grundsätzen vornehmen und daher bis dahin das Konkursvermögen treuhändig verwalten. Dem Kläger oblag der Nachweis, daß sich das Erfordernis für die Ausschüttung der ersten Rate beim Masseverwalter befindet. Am 10. September 1986 wurde der Zwangsausgleich bestätigt, am 16. Oktober 1986 der Konkurs nach § 157 Abs 1 KO aufgehoben. Der Kläger bezahlte an die beklagte Partei zur Erfüllung des Ausgleichs am 8.Oktober 1986 S 179.712,--, am 16.Oktober 1986 S 100,-- und am 4.November 1986 S 89.906,-- und überwies am 30. April 1987 S 32.906,-- und am 6.Mai 1987 mit der Angabe "5 %ige Quote i.S. B\*\*\* - S\*\*\* W\*\*\*" S 57.000,--.

Das Kreisgericht Wels bewilligte auf Antrag der beklagten S\*\*\* am 10.August 1987 auf Grund der Eintragung im Anmeldungsverzeichnis wider den Kläger die Fahrnisexekution zur Hereinbringung der vollstreckbaren Forderung von S 1,110.596,-- sA. Der Kläger er hob gegen diese Exekution mittels Klage seine Einwendungen: Zahlungsverzug liege nicht vor; der die Quote übersteigende Forderungsteil sei nicht aufgelebt. Die Ausfallforderung der beklagten S\*\*\* betrage nur S 1,798.120,-- worauf er die Quote von 20 % voll und rechtzeitig bezahlt habe. Die beklagte S\*\*\* habe nämlich ein Absonderungsrecht über S 772.441,-- gehabt und aus der Verwertung von Sicherheiten S 48.405,-- und S 8.032,-- erhalten. Seine Bestreitung der S 1,798.120,-- übersteigenden Forderung in der Prüfungstagsatzung sei versehentlich nicht in das Anmeldungsverzeichnis eingetragen worden.

Die beklagte Partei beantragte, das Klagebegehren abzuweisen. Die Quote sei aus ihrer anerkannten Forderung von S 2,581.998,-- zu berechnen (20 % = S 516.399,60). Der Beklagte habe bis zum 5. November 1986 nur S 269.718,-- bezahlt. Nach der (erfolglosen) qualifizierten Einmahnung der restlichen Ausgleichsquote sei eine Forderung von S 1,233.408,-- aufgelebt, worauf die beklagte Partei die weiteren Beträge von S 32.906,-- und S 57.000,-- als Teilzahlungen angenommen habe. Aus dem Pfandlager sei der beklagten Partei kein weiterer Erlös zugeflossen, der nicht zur Abdeckung der im Absonderungsrecht gedeckten Zinsen aufgebraucht worden wäre. Das Erstgericht wies das auf Unzulässigerklärung der am 10. August 1987 bewilligten Fahrnisexekution abzielende Klagebegehren ab.

Es stellte noch fest:

Der Masseverwalter traf mit Ermächtigung des Konkursgerichtes vom 12.November 1985 mit der beklagten S\*\*\* eine Vereinbarung, wonach im Hinblick auf das Konkursverfahren und die teilweise eingetretene Entmodung der Wert des der S\*\*\* zur Besicherung einer Kreditforderung verpfändeten gesondert verwahrten Schuhlagers mit Winterware einvernehmlich mit 60 % des Einkaufswertes, der nach Nettoeinkaufspreisen S 1,607.000,-- betrage, festgelegt wurde. Nach den Angaben des Gemeinschuldners seien noch im Vorbehaltseigentum der Lieferanten stehende Waren mit etwa S 40.000,-- Einkaufswert auszusondern, so daß sich ein Liquidationswert des Pfandlagers von S 940.000,-- ergebe. Die S\*\*\* stimme der Verwertung des Pfandlagers durch den Masseverwalter unter der Bedingung zu, daß ihr ein Betrag in Höhe des Liquidationswertes zukomme und zwar seien 50 % des Bruttoverkaufspreises mindestens aber 60 % des Einkaufswertes nach Maßgabe des Zufließens der Erlöse an die Pfandgläubigerin auszufolgen. Der Masseverwalter werde den Gemeinschuldner im Rahmen der Unternehmensfortführung anhalten, die an die S\*\*\* abzuführenden Erlöse spätestens jeweils am nächsten Tag auf ein gesondertes Konto abzuführen, und den Gemeinschuldner verpflichten, die zum Pfandlager gehörige Ware als auch die Verkaufsparagons als Pfandlagerware der S\*\*\* zu kennzeichnen und lückenlose Aufzeichnungen über Bestandsverminderungen und die aus der Verwertung der Pfandware erzielten Erlöse zu führen und der S\*\*\* auf Verlangen Einsicht zu gewähren.

Eine Absprache, daß unabhängig vom tatsächlichen Liquidationserlös S 940.000,-- als Wert des Pfandlagers von den Forderungen der S\*\*\* gegen den Kläger in Abzug gebracht werden, konnte nicht festgestellt werden.

Noch vor der nachträglichen Prüfungstagsatzung vom 24.Juli 1986 vereinbarte der Rechtsvertreter des Klägers mit der S\*\*\*, daß sich der Kläger zur Verwertung der noch nicht abverkauften Pfandware bis zum 31.März 1987 und zur Ablieferung der Erlöse an die S\*\*\* verpflichte, bis diese insgesamt S 940.000,-- empfangen habe, der am 31. März 1987 auf S 940.000,-- fehlende Unterschiedsbetrag aber jedenfalls binnen 30 Tagen zu überweisen sei, wogegen die S\*\*\* nach Erhalt der Zahlung das Pfandlager wieder in das freie Eigentum des Klägers überlasse. Der Kläger erklärte bei der Tagsatzung vor dem Konkursgericht am 24.Juli 1986 nach Belehrung über den Inhalt des § 105 Abs 4, des § 109 Abs 2 und des § 61 KO, daß er keine Bestreitung erkläre und die Forderung der beklagten S\*\*\* mit S 2,581.998,-- anerkenne.

Der Rechtsvertreter der beklagten S\*\*\* mahnte am 12. November 1986 die fälligen Ausgleichsraten unter Setzung einer vierwöchigen Nachfrist bei sonstigem Wiederaufleben der Forderung ein. Am 7.April 1987 wurde dem Kläger mitgeteilt, daß vorsorglich auch die dritte fällige Rate unter Setzung einer vierwöchigen Nachfrist eingemahnt werde.

Der Erlös aus einer der beklagten S\*\*\* verpfändeten Lebensversicherung wurde am 29.April 1986 mit S 48.405,-- realisiert und zur Abdeckung rückständiger Zinsenforderungen verwendet. Aus dem am 24.März 1986 eingegangenen Verkaufserlös für einen Bus von S 52.000,-- wurde der nach Tilgung der Zinsen aus dem Abstattungskredit verbliebene Rest von S 43.968,-- vom Kapital abgerechnet.

Das Erstgericht kam zu dem Ergebnis seiner rechtlichen Beurteilung, daß die beklagte S\*\* als Absonderungsgläubiger die im Zwangsausgleich zugesicherte Quote nicht vom voraussichtlichen Ausfall sondern von der ganzen (festgestellten) Forderung zu bekommen hatte und daß nur realisierte Erlöse aus dem Absonderungsrecht

berücksichtigt werden müßten. Die Forderung sei wegen des Zahlungsverzuges des Klägers wieder aufgelebt. Die Berechnung stimme.

Das Berufungsgericht bestätigte. Es übernahm die erstrichterlichen Feststellungen mit der Ergänzung, daß dem Kläger am 8.April 1987 das Mahnschreiben des Rechtsvertreters der beklagten S\*\*\* zuging und daß das Schreiben lautete: "In Vertretung der S\*\*\* W\*\*\* habe ich bereits die Differenz auf die 1. und 2. Ausgleichsraten unter Setzung der im Ausgleich voreinbarten Nachfrist von 4 Wochen eingemahnt. Dennoch haben Sie nicht Zahlung geleistet und ist daher Wiederaufleben der Forderung meiner Mandantin eingetreten. Unter Aufrechterhaltung dieses Umstandes mahne ich jedoch vorsorglich auch die 3. fällige Rate unter Setzung einer 4-wöchigen Nachfrist ein."

Das Berufungsgericht teilte auch die Rechtsansicht des Erstgerichtes, daß die beklagte S\*\*\* ungeachtet ihrer Absonderungsrechte nach § 48 Abs 3 KO ihre gesamte Forderung als Konkursgläubiger geltend machen durfte und nur nach § 103 Abs 3 KO anzugeben hatte, bis zu welchem Betrag ihre Forderung voraussichtlich durch ihre Absonderungsrechte gedeckt ist. Nach § 149 Abs 1 KO sei die S\*\*\* im Umfang ihres Absonderungsrechtes von den Wirkungen des Zwangsausgleichs nicht berührt worden. Sie habe daher aus der Verwertung der Absonderungsrechte den ungekürzten Forderungsteil und zusätzlich die Quote aus dem Rest der Gesamtforderung erhalten müssen. Da eine Vereinbarung nicht erwiesen sei, daß die S\*\*\* das Pfandlager zahlungshalber oder an Zahlungsstatt übernehme und in diesem Umfang nicht auf Zahlung der Ausgleichsraten bestehe, gehe der Kläger mit seiner Annahme fehl, die beklagte S\*\*\* habe wegen ihres Absonderungsrechtes von vorne herein die Quote nur vom Ausfallsbetrag verlangen können. Auf die schon vor der Prüfungstagsatzung vom 24.Juli 1986 eingegangenen Erlöse aus der Lebensversicherung und aus dem Verkauf des Busses könne sich der Kläger schon nach § 35 Abs 1 EO nicht berufen, weil der Exekutionstitel später zustande kam. Der durch den Ausgleich gewährte Nachlaß sei schon hinfällig geworden, als der Kläger mit der Zahlung der zweiten Rate in Verzug geriet und die beklagte S\*\*\* erfolglos eingemahnt hatte. In der "vorsorglichen" Einmahnung auch der dritten Rate liege kein stillschweigender Verzicht auf die Geltendmachung der Verzugsfolgen. Die beklagte Partei habe auch sofort klargestellt, daß sie die bei ihr am 4. Mai 1987 und 12.Mai 1987 eingegangenen weiteren Zahlungen von S 32.906,-- und S 57.000,-- nur als Teilzahlung auf die Gesamtforderung annehme.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision des Klägers gegen dieses Urteil ist nach§ 502 Abs 4 Z 2 ZPO zulässig aber nicht berechtigt.

Der Revisionswerber beharrt auf seiner nicht zutreffenden Rechtsansicht, er habe die Quote von 20 % nach dem Zwangsausgleich nur auf die um den einvernehmlich mit S 940.000,-- festgesetzten Wert des Pfandlagers und um die Eingänge aus der Verwertung der Lebensversicherung und des Fahrzeuges verminderte Ausfallforderung der beklagten Partei von S 1.798.120,-- zu entrichten gehabt (davon 20 % = S 359.624,--) und insgesamt ohnehin diesen Betrag an die beklagte S\*\*\* bezahlt. Die vom Absonderungsrecht erfaßte Forderung sei aus den Verkaufserlösen des Pfandlagers abzudecken. Die beklagte Partei hat zu Recht ihre gesamte noch nicht getilgte Forderung im Konkurs angemeldet und die Feststellung dieser Konkursforderung erwirkt, weil Absonderungsgläubiger, denen zugleich ein persönlicher Anspruch gegen den Gemeinschuldner zusteht, nach § 48 Abs 3 KO ihre Forderung gleichzeitig als Konkursgläubiger geltend machen können. Sie hatte dann nicht etwa nur insgesamt die Ausgleichsquote von ihrer Gesamtforderung zu erhalten sondern ihr stand aus der Verwertung der Absonderungssachen der ungekürzte Teil der Forderung und zusätzlich die Quote aus dem Rest der Gesamtforderung zu (Bartsch, ZBl 1926, 81 f; 3 Ob 64/88). Erfolgt die Verwertung aus dem Absonderungsrecht erst nach Eintritt der Zahlungspflicht der Ausgleichsquoten, kann der Gläubiger zunächst die Quote aus der vollen Forderung fordern und auch in diesem Umfang das Wiederaufleben seiner Forderung bei qualifiziertem Verzug geltend machen. Erst bei späterem Eingang aus der Verwertung der Absonderungsrechte hat eine Neuberechnung zu erfolgen. Eine sich dann ergebende Überzahlung kann auf später fällig werdende Raten angerechnet werden. Der dritte Senat hat bereits im Verfahren über den Aufschiebungsantrag des Klägers in dem Exekutionsverfahren diese Rechtslage klargestellt und es besteht kein Anlaß, davon abzugehen, (13.Juli 1988, 3 Ob 64/88). Die Ansicht, die Quote sei wegen des Absonderungsrechtes der beklagten Partei nur aus dem Ausfallsbetrag zu bezahlen, wurde dort abgelehnt. In diesem Rechtsstreit ist nun auch nicht hervorgekommen, daß eine besondere Vereinbarung ein anderes Ergebnis rechtfertigt. Die bloße Wertfestsetzung des Pfandlagers zwischen Masseverwalter und der beklagten Partei als Absonderungsgläubiger bedeutet noch nicht, daß etwa dieser angenommene Wert von der festgestellten unbestritten gebliebenen Gesamtforderung der beklagten S\*\*\* von

S 2,581.998,-- in Abzug zu bringen und nur von der Restforderung (von S 1,641.998,--) die Quote und die darauf zu leistenden Teilzahlungen zu berechnen wären. Eine vertragliche Übereignung des Pfandlagers hat nicht stattgefunden, die beklagte Partei hat auch nicht in diesem Umfang auf die Zahlung der Ausgleichsquoten verzichtet. Sie hätte daher - weil die vor Feststellung der Forderung erfolgten Eingänge aus anderen Absonderungsrechten in deren Rahmen auf Zinsenrückstände verrechnet wurden und die Forderung nicht mindern - nach dem Zwangsausgleich 10 % (= S 258.199,80) ihrer Forderung binnen 30 Tagen (nach Annahme des Zwangsausgleiches nicht jedoch vor Rechtskraft der Konkursaufhebung), weitere 5 % (= S 129.099,90) bis 31.Okttober 1986 und die restlichen 5 % (= S 129.099,90) bis 31.März 1987 erhalten müssen. Der Kläger hatte bis zum 4.November 1986 nur S 269.718,-- und erst am 30.April 1987 weitere S 32.906,-- und am 6.Mai 1987 zuletzt noch S 57.000,-- überwiesen. Die beklagte Partei hatte am 12. November 1986 den fälligen nicht entrichteten Betrag unter Setzung der Nachfrist und Androhung des Wiederauflebens ihrer Forderung eingemahnt. Mit den Zahlungen im Jahr 1986 hatte der Kläger die Tilgung der Forderung nur mit dem Teilbetrag von

S 1,348.590,-- bewirkt, so daß sie mit dem Restbetrag von

S 1,233.408,-- wieder aufgelebt war, worauf der Kläger noch Teilzahlungen von zusammen S 89.906,-- im Jahr 1987 geleistet hat. Die vom Revisionswerber geltend gemachte unrichtige rechtliche Beurteilung der Sache liegt daher nicht vor, weil tatsächlich die Voraussetzungen für das Wiederaufleben der Forderung nach dem § 156 Abs 4 KO vorlagen. Der Nachlaß, die der Zwangsausgleich gewährt, wurden für die beklagte S\*\*\* hinfällig, weil der Schuldner ihr gegenüber mit der Erfüllung des Ausgleichs in Verzug geriet und die fällige Verbindlichkeit trotz einer vom Gläubiger unter Setzung einer Nachfrist von vier Wochen an ihn gerichteten schriftlichen Mahnung nicht gezahlt hat. Die Forderung der beklagten Partei ist nur mit dem Bruchteil als getilgt anzusehen, der dem Verhältnis des bezahlten Betrages zu dem nach dem Ausgleich zu zahlenden Betrag entspricht (§ 156 Abs 5 KO).

Das Berufungsgericht hat schließlich auch ohne Rechtsirrtum erkannt, daß kein Anlaß für die Annahme besteht, die beklagte Partei habe durch Einmahnung auch der letzten Ausgleichsrate auf die Geltendmachung des Wiederauflebens wegen qualifiziertem Verzuges mit den ersten beiden Raten verzichtet, hat sie doch in dem Mahnschreiben darauf hingewiesen, daß sie auf dem Wiederaufleben bestehe.

Die Einwendungen des Klägers nach § 36 EO sind daher unberechtigt. Die Abweisung dieses seines Klagebegehrens erfolgte ohne Rechtsirrtum.

Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 41 und 50 ZPO.

#### **Anmerkung**

E17896

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

ECLI:AT:OGH0002:1989:0030OB00067.89.0712.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19890712\_OGH0002\_0030OB00067\_8900000\_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)