

# TE OGH 1985/4/18 80b506/84

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 18.04.1985

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Stix als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Vogel, Dr. Jensik, Dr. Melber und Dr. Zehetner als Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Wolfgang L\*\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Hansjörg Mader, Rechtsanwalt in Innsbruck, wider die beklagte Partei Dr. Jörg Hobmeier, Rechtsanwalt, Maximilianstraße 9, 6020 Innsbruck, als Masseverwalter im Konkurs über das Vermögen des Ing. Dieter K\*\*\*\*\* (\*\*\*\* des Landesgerichtes Innsbruck) wegen Feststellung und Einwilligung in die Löschung eines Grundpfandrechtes (Streitwert 1,200.000 S) infolge Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Innsbruck als Berufungsgerichtes vom 14. September 1983, GZ 5 R 195/83-48, womit infolge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Landesgerichtes Innsbruck vom 2. Mai 1983, GZ 8 Cg 379/80-43, 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 15.531,45 S bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens (darin 1.411,95 S an Umsatzsteuer) binnen 14 Tagen zu ersetzen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Der Kläger und Ing. K\*\*\*\*\* waren persönlich haftende Gesellschafter der S\*\*\*\*\* OHG (in der Folge kurz S\*\*\*\*\* OHG genannt). Ab Beginn des Jahres 1973 kam es zwischen den beiden Gesellschaftern zu Differenzen. Ing. K\*\*\*\*\* beauftragte Rechtsanwalt Dr. Arne Markl mit seiner außergerichtlichen Vertretung gegen den Kläger. Es war beabsichtigt, das Gesellschaftsverhältnis zu lösen und wegen der Überschuldung des Unternehmens einen außergerichtlichen Ausgleich von 40 % anzustreben. Am 28. 9. 1973 kam es zwischen dem Kläger und Ing. K\*\*\*\*\* zu einer Aussprache, wobei Ing. K\*\*\*\*\* erklärte, daß das Unternehmen nach seinen Unterlagen mit etwa 4,800.000-- S verschuldet sei; Ing. K\*\*\*\*\* bot dem Kläger an, das Unternehmen bei Bezahlung von 1,200.000-- S oder - je nach Zahlungsart - 1,500.000-- S alleine weiterzuführen. In der Folge begaben sich der Kläger und Ing. K\*\*\*\*\* in die Kanzlei Drs. Markl und einigten sie sich auf den Betrag von 1,200.000-- S. Die bei dieser Besprechung getroffene, Satz für Satz durchbesprochene, Vereinbarung hatte folgenden Wortlaut:

„Ing. Dieter K\*\*\*\*\* und Wolfgang L\*\*\*\*\* haben sich laut Gesellschaftsvertrag vom 20. 4. 1972 zu einer Offenen Handelsgesellschaft mit dem Firmennamen S\*\*\*\*\* OHG zusammengeschlossen. Die Gesellschafter sind übereingekommen, daß Wolfgang L\*\*\*\*\* mit sofortiger Wirkung aus der Gesellschaft ausscheidet und die diesbezügliche Handelsregistereingabe beglaubigt unterfertigt. Weiters verpflichtet sich Wolfgang L\*\*\*\*\* zur Abdeckung der offenen Verbindlichkeiten der Firma S\*\*\*\*\* OHG an Ing. Dieter K\*\*\*\*\* den Betrag von S 1,200.000--, und zwar S 800.000-- binnen 50 Tagen, den Rest von S 400.000-- binnen 6 Monaten nach Unterfertigung dieser

Vereinbarung zu bezahlen. Zur Sicherstellung dieser Forderung verpfändet Wolfgang L\*\*\*\*\* die ihm gehörige Liegenschaft in EZl. \*\*\*\*\* KG \*\*\*\*\*, und erteilt seine ausdrückliche Einwilligung, daß ob diesen Liegenschaften die Forderung des Ing. K\*\*\*\*\* in der Höhe von S 1,200.000,- grundbücherlich sichergestellt wird. Es erteilt hiemit Wolfgang L\*\*\*\*\* seine ausdrückliche Einwilligung, daß ob den Liegenschaften EZl. \*\*\*\*\* KG \*\*\*\*\*, die Forderung des Ing. K\*\*\*\*\* im Betrag von S 1,200.000,- einverleibt wird. Ing. K\*\*\*\*\* verpflichtet sich, den ausbezahlten Betrag von S 1,200.000,- zur Abdeckung offener Verbindlichkeiten der Firma S\*\*\*\*\* zu verwenden. Sollte Wolfgang L\*\*\*\*\* von Dritten auf Grund seiner Haftung als offener Gesellschafter der Firma S\*\*\*\*\* OHG herangezogen werden, verpflichtet sich Ing. K\*\*\*\*\* ihn schad- und klaglos zu halten. Wolfgang L\*\*\*\*\* und Ing. K\*\*\*\*\* erklären, daß nach Bezahlung des Betrages von S 1,200.000,- keine gegenseitigen Ansprüche, welcher Art immer, aus dem Gesellschaftsverhältnis bestehen. Es sind sämtliche Ansprüche ausgeglichen.“

Diese Vereinbarung wurde im Anschluß an die Besprechung vom Kläger und Ing. K\*\*\*\*\* unterfertigt und am selben Tag die Echtheit der Unterschriften notariell beurkundet. Angesichts der hohen Schulden der S\*\*\*\*\* OHG schien dem Kläger die unterzeichnete Vereinbarung als günstige Gelegenheit, aus der Firma auszutreten und damit einer 1,200.000,- S übersteigenden Inanspruchnahme für Firmenverbindlichkeiten zu entgehen. Der Kläger wußte bei Unterzeichnung der Vereinbarung, daß eine Sanierung der Firma nur im Wege eines gerichtlichen oder außergerichtlichen Ausgleiches erfolgen konnte. Unmittelbar nach Unterzeichnung der Vereinbarung kam es zu Klagen und Exekutionen gegen die S\*\*\*\*\* OHG und den Kläger. Der Kläger wandte sich an Ing. K\*\*\*\*\*, der nach Kontaktaufnahme mit den Gläubigern die gegen den Kläger gerichteten Klagen und Exekutionen nur zum Teil erledigte. Der Kläger war am 28. 9. (richtig:) 1973 lediglich außerbücherlicher Eigentümer einer Liegenschaft in A\*\*\*\*\*. Die Einverleibung des Eigentumsrechtes zu seinen Gunsten erfolgte erst im Dezember 1973. Der Kläger bemühte sich vergeblich, den vereinbarten Betrag von 1,200.000,- S zu beschaffen, weil mögliche Geldgeber von den gegen den Kläger gerichteten Klagen und Exekutionen erfahren hatten. In der Folge kam es zu keinerlei Zahlungen des Klägers an Ing. K\*\*\*\*\*. Die Löschung des Klägers als Gesellschafter im Handelsregister erfolgte im Jänner 1974.

Nicht festgestellt werden konnte, ob zwischen dem Kläger einerseits und Ing. K\*\*\*\*\* bzw. Dr. Markl anderseits festgelegt wurde, ab welchem Zeitpunkt die Schad- und Klagloshaltung des Klägers durch Ing. K\*\*\*\*\* einzutreten habe.

Am 7. 2. 1974 wurde zu \*\*\*\*\* des Landesgerichtes Innsbruck über das Vermögen des Ing. K\*\*\*\*\* der Konkurs eröffnet. In diesem noch offenen Konkursverfahren gelangten Forderungen von über 6,000.000,- S zur Anmeldung. Mit Beschuß des Landesgerichtes Innsbruck vom 17. 4. 1974, \*\*\*\*\*, wurde über das Vermögen des Klägers der Konkurs eröffnet. Bei der am 16. 6. 1975 abgeführten Tagsatzung wurde mit den Konkursgläubigern dritter Klasse ein Ausgleich abgeschlossen, der eine binnen 14 Tagen nach Annahme des Zwangsausgleiches zahlbare Ausgleichsquote von 20 % vorsah. Mit Beschuß des Landesgerichtes Innsbruck vom 29. 7. 1975 wurde der Zwangsausgleich bestätigt. In teilweiser Erfüllung des 20 %igen Zwangsausgleiches bezahlte der Kläger an bevorrechtete und nicht bevorrechtete Ausgleichsgläubiger etwa 600.000,- S. Die darüber hinaus in der Beilage T angeführten Zahlungen von zusammen 813.787,47 S sind nicht belegt. Von den Zahlungen des Klägers erfolgten etwa 600.000,- S auf Abschlag von Verbindlichkeiten der S\*\*\*\*\* OHG.

Mit der am 14. 1. 1976 erhobenen Klage begehrte der Kläger die Feststellung, daß die beklagte Partei ihm gegenüber keine Forderung aus der am 28. 9. 1973 zwischen ihm und Ing. Dieter K\*\*\*\*\* abgeschlossenen Vereinbarung besitze und weiters die Verurteilung der beklagten Partei, in die Einverleibung der Löschung des in COZ 11 der Liegenschaft EZ \*\*\*\*\* KG \*\*\*\*\* für die Forderung des Ing. Dieter K\*\*\*\*\* von 1,200.000,- S einverleibten Pfandrechtes einzuwilligen. Trotz der von Ing. K\*\*\*\*\* ihm im Rahmen der Vereinbarung vom 28. 9. 1973 über sein Ausscheiden aus der S\*\*\*\*\* OHG ab sofort zugesicherten Schad- und Klagloshaltung sei der Kläger in der Folge von Gläubigern der S\*\*\*\*\* OHG in Anspruch genommen worden, die innerhalb kurzer Zeit den Betrag von 1,200.000,- S überschritten hätten. Ungeachtet der Weiterleitung aller Klagen und Exekutionen an Ing. Dieter K\*\*\*\*\* habe er Zahlungen leisten müssen, durch die die Schuldenlast der S\*\*\*\*\* OHG um etwa 1,700.000,- S verringert worden sei. Der Kläger habe daher noch vor seiner im Jänner 1974 erfolgten Löschung im Handelsregister erkennen müssen, daß die von ihm übernommene Zahlungsverpflichtung nicht ausreichen werde, um die S\*\*\*\*\* OHG vor dem Konkurs zu retten. Tatsächlich sei kurze Zeit später über das Vermögen Ing. K\*\*\*\*\*s und, da er von allen Gläubigern der S\*\*\*\*\* OHG zur Haftung über mehr als 3 Mill. S herangezogen worden sei, auch über sein Vermögen der Konkurs eröffnet worden. Er habe den Beklagten mehrfach aufgefordert, eine Erklärung dahingehend abzugeben, daß auf die Geltendmachung des

Betrages von 1,200.000,- S aus der Vereinbarung vom 28. 9. 1973 verzichtet und in die Löschung des Pfandrechtes auf seiner Liegenschaft eingewilligt werde, doch habe der Beklagte dem nicht entsprochen. Da der Kläger für die von ihm übernommene Zahlungsverpflichtung keine Gegenleistung erhalten habe, sondern trotz der ihm zugesicherten Schad- und Klagloshaltung von Gläubigern mit einem 3,000.000,- S übersteigenden Betrag in Anspruch genommen worden sei, sei der Kläger berechtigt, die Aufhebung der am 28. 9. 1973 getroffenen Vereinbarung zu fordern. Das Beharren der beklagten Partei auf dem erwähnten Pfandrecht sei unberechtigt und verstoße darüber hinaus gegen die guten Sitten, weil er für die gesamten Schulden der S\*\*\*\*\* OHG in Anspruch genommen worden sei. Da das Pfandrecht den Kläger in der Verfügung über seine Liegenschaft beschränke, habe er ein dringendes Interesse an der begehrten Feststellung und Pfandrechtslöschung. Der Kläger sei an die am 28. 9. 1973 getroffene Vereinbarung auch deshalb nicht gebunden, weil er von Ing. Dieter K\*\*\*\*\* über dessen Absicht, mit dem Geld des Klägers einen Ausgleich zu finanzieren, nicht aufgeklärt und damit bewußt in Irrtum geführt worden sei. Im Konkurs des Ing. K\*\*\*\*\* habe er seine Forderung in der Höhe von 2,030.207,62 S angemeldet und sei diese auch in dieser Höhe als berechtigt festgestellt worden. Diese Forderung könne daher der pfandrechtlich sichergestellten Forderung von 1,200.000,- S entgegengestellt werden, so daß das Klagebegehren schon aus diesem Grund gerechtfertigt sei. Außerdem seien in der Zeit zwischen dem 28. 9. 1973 und der Konkurseröffnung über das Vermögen Ing. K\*\*\*\*\*s in der S\*\*\*\*\* OHG weitere Verbindlichkeiten von mehr als 1,200.000,- S entstanden, die von den Gläubigern der Gesellschaft gegen ihn geltend gemacht worden seien, so daß ihm aus der Nichteinhaltung der Vereinbarung vom 28. 9. 1973 ein Schaden in der Höhe von mindestens 1,200.000,- S entstanden sei, der ebenfalls „als Gegenforderung eingewendet werde“. Wegen der nach dem 28. 9. 1973 entstandenen weiteren Verbindlichkeiten der S\*\*\*\*\* OHG wäre es Ing. K\*\*\*\*\* unmöglich gewesen, den Kläger schad- und klaglos zu halten.

Der Beklagte beantragte die Abweisung des Klagebegehrens. Die von Ing. Dieter K\*\*\*\*\* am 28. 9. 1973 übernommene Verpflichtung, den Kläger schad- und klaglos zu halten, sei von der vom Kläger übernommenen Bezahlung eines Betrages von 1,200.000,- S abhängig gewesen. Es sei verabredet worden, daß Ing. K\*\*\*\*\* mit diesem Geld die offenen Verbindlichkeiten der S\*\*\*\*\* OHG abdecke. Da der Kläger die von ihm übernommene Zahlung nicht geleistet habe, sei dem Ing. K\*\*\*\*\* eine Befriedigung der Gläubiger nicht möglich gewesen. In Ermangelung finanzieller Mittel habe er daher auch den Kläger hinsichtlich der ihn bedrängenden Gläubiger nicht schad- und klaglos halten können. Die sich daraus ergebende mißliche Lage, die den Konkurs des Ing. K\*\*\*\*\* zur Folge gehabt habe, müsse im Hinblick auf den ihm zur Last fallenden Zahlungsverzug vom Kläger selbst vertreten werden. Da er die ihm auf Grund der Vereinbarung vom 28. 9. 1973 obliegende Verpflichtung zur Bezahlung von 1,200.000,- S nicht erfüllt habe, sei der Kläger nicht berechtigt, eine Löschung des zugunsten der Forderung des Ing. K\*\*\*\*\* verbücherter Pfandrechtes zu begehrn. Von einer Sittenwidrigkeit des Begehrens der beklagten Partei auf Aufrechterhaltung dieses Pfandrechtes könne keine Rede sein. Die auf den Titel des Schadenersatzes gegründete Forderung des Klägers sei verjährt.

Das vom Erstgericht im ersten Rechtsgang im klagsstattgebenden Sinn gefällte Urteil vom 3. 1. 1978, 8 Cg 19/76-13, wurde infolge Berufung der beklagten Partei aufgehoben.

Im zweiten Rechtsgang brachte der Kläger ergänzend vor, daß durch die von ihm auf Grund des Zwangsausgleiches geleisteten Zahlungen die Verbindlichkeiten der S\*\*\*\*\* OHG wegen der sich aus § 60 Abs. 2 AO ergebenden Rechtswirkungen um insgesamt 1,735.521,82 S verringert worden seien. Der Kläger habe damit alle Verpflichtungen aus der Vereinbarung vom 28. 9. 1973 erfüllt.

Die beklagte Partei bestritt auch dieses Vorbringen und machte geltend, daß der Kläger den von ihm mit seinen Gläubigern abgeschlossenen Zwangsausgleich nicht erfüllt habe, weshalb ein Wiederaufleben der Forderungen eingetreten sei. Die Erfüllung der dem Kläger zugesicherten Klagloshaltung sei Ing. K\*\*\*\*\* nur deshalb nicht möglich gewesen, weil er vom Kläger die innerhalb von 50 Tagen zu leistende Teilsumme von 800.000,- S nicht erhalten habe. Der Kläger habe daher die dem Ing. K\*\*\*\*\* obliegende Schad- und Klagloshaltung schuldhaft selbst vereitelt. Der Kläger habe Ing. K\*\*\*\*\* über den genauen Schuldenstand nicht unterrichtet. Der Kläger sei im Rahmen der am 28. 9. 1973 abgeschlossenen Vereinbarung auch nicht in Irrtum geführt worden.

Mit Urteil vom 15. 2. 1980, 8 Cg 355/78-23, erkannte das Erstgericht abermals im Sinne der Klage. Auch dieses Urteil wurde aufgehoben.

Im dritten Rechtsgang brachte der Kläger noch vor, „zwischenzeitlich“ 667.587,47 S bezahlt und damit Verbindlichkeiten der S\*\*\*\*\* OHG in einer Mindesthöhe von 1,205.867,81 S abgetragen zu haben.

Die beklagte Partei entgegnete, daß die vom Kläger im Verfahren (Oktober 1976) geltend gemachte Irrtumsanfechtung verjährt sei. Im übrigen sei dem Kläger bereits vor Unterfertigung der Vereinbarung vom 28. 9. 1973 bekannt gewesen bzw. hätte ihm bekannt sein müssen, daß eine vollständige Befriedigung aller Gläubiger auch unter Berücksichtigung des von ihm zu leistenden Geldbetrages nur im Wege eines Ausgleiches möglich sein werde. Die Schulden, deren Bezahlung der Kläger behauptete, seien zum Großteil Schulden des Klägers gewesen. Der beklagten Partei bzw. der S\*\*\*\*\* OHG sei nur ein Betrag von etwa 600.000,- S zugute gekommen.

Der Kläger erwiderte hierauf, daß er erstmals durch die am 2. 3. 1976 bei Gericht eingelangte Klagebeantwortung und die nachfolgende Aussage des Zeugen Dr. Arne Markl von der Absicht des Ing. Dieter K\*\*\*\*\* erfahren habe, mit dem von ihm - dem Kläger - zu bezahlenden Betrag von 1,200.000,- S einen Ausgleich bzw. Zwangsausgleich zu finanzieren. Auf Grund dessen sei die Irrtumsanfechtung erfolgt. Die dagegen erhobene Verjährungseinrede sei schon wegen des am 17. 4. 1974 über das Vermögen des Klägers eröffneten Konkurses nicht berechtigt.

Mit Urteil vom 2. 5. 1983 (ON 43 d.A.) wies das Erstgericht das Klagebegehren ab. Bei der rechtlichen Beurteilung des festgestellten Sachverhaltes ging es davon aus, daß die zwischen dem Kläger und Ing. Dieter K\*\*\*\*\* am 28. 9. 1973 geschlossene Vereinbarung (hinsichtlich der von Ing. K\*\*\*\*\* übernommenen Schad- und Klaglosaltung) einen Garantievertrag im Sinne des § 880a ABGB darstelle. Da für die Erfüllung dieses Vertrages keine Zeit bestimmt wurde, habe der Kläger sofort Erfüllung fordern können (§ 904 ABGB). Ing. K\*\*\*\*\* sei mit der Erfüllung der ihm obliegenden Schad- und Klaglosaltung des Klägers in Verzug geraten. Aber auch der Kläger sei bei der Bezahlung der von ihm zu leistenden Geldsumme in Verzug gekommen. Gemäß § 918 ABGB könne bei Verzug nur derjenige Vertragsteil vom Vertrag zurücktreten, der selbst erfüllungsbereit sei. Die im Klagevorbringen enthaltene Erklärung des Klägers, die Aufhebung der am 28. 9. 1973 geschlossenen Vereinbarung zu beghren, sei als Rücktrittserklärung im Sinne des § 918 ABGB aufzufassen. Auf der anderen Seite habe der beklagte Masseverwalter schlüssig zum Ausdruck gebracht, an der zwischen dem Kläger und Ing. K\*\*\*\*\* abgeschlossenen Vereinbarung festzuhalten. Die vom Kläger nach dem 28. 9. 1973 an Gläubiger der S\*\*\*\*\* OHG geleisteten Zahlungen seien von Ing. K\*\*\*\*\* zu ersetzen oder auf den vom Kläger zu bezahlenden Betrag von 1,200.000,- S anzurechnen. Für den Kläger sei mit den von ihm geleisteten Zahlungen aber keine Rechtsgrundlage für die von ihm geforderte Löschung des auf seiner Liegenschaft verbücherten Pfandrechtes zu gewinnen. Selbst wenn man die in Beilage T angeführten Beträge zur Gänze als auf Abschlag von Verbindlichkeiten der S\*\*\*\*\* OHG geleistet unterstellt, hätte der Kläger immer noch weit weniger bezahlt als 1,200.000,- S. Gemäß § 469 und § 1369 ABGB erlösche ein Grundpfandrecht erst mit der vollständigen Tilgung der Verbindlichkeiten, zu deren Sicherung das Pfandrecht bestellt wurde. Die Verweigerung der vom Kläger begehrten Löschung durch die beklagte Partei stelle auch keine Sittenwidrigkeit im Sinne des § 1295 Abs. 2 ABGB dar. Nicht begründet sei ferner die vom Kläger erstmals im Schriftsatz vom 20. 10. 1976 geltend gemachte Irrtumsanfechtung. Die auf Seite des Ing. K\*\*\*\*\* bestehende Absicht, mit den vom Kläger bezahlten 1,200.000,- S einen Ausgleich zu finanzieren, sei als Sanierungsversuch anzusehen. Da der Kläger in seiner Parteiaussage selbst unterstelle, Ing. K\*\*\*\*\* habe das von ihm zur Verfügung gestellte Geld zur Sanierung der OHG verwenden sollen, könne von einer Irreführung über die beabsichtigte Verwendung des Geldes nicht die Rede sein. Zum Einwand, der Kläger hätte die Vereinbarung vom 28. 9. 1973 nicht abgeschlossen, wenn er gewußt hätte, daß Ing. Dieter K\*\*\*\*\* zu der von ihm übernommenen Schad- und Klaglosaltung in der Folge nicht in der Lage sein werde, sei zu sagen, daß der Kläger durch seinen Zahlungsverzug selbst die Ursache für das dargestellte Unvermögen des Ing. K\*\*\*\*\* gesetzt habe. Schließlich sei auch die von der beklagten Partei gegen die Irrtumsanfechtung erhobene Verjährungseinrede berechtigt (§ 1487 ABGB). Durch die Konkurseröffnung werde gemäß § 9 KO die Verjährung nur für gegen den Gemeinschuldner erhobene Forderungen unterbrochen.

Das Gericht zweiter Instanz gab der vom Kläger gegen das erstinstanzliche Urteil erhobenen Berufung keine Folge, wobei es aussprach, daß der Wert des Streitgegenstandes, über den es entschieden habe, 300.000,- S übersteige. Das Berufungsgericht übernahm die Feststellungen des Erstgerichtes als Ergebnis eines mängelfreien Verfahrens und einer unbedenklichen Beweiswürdigung und erachtete auch die Rechtsrüge des Klägers als unberechtigt. Rechtlich führte das Berufungsgericht im wesentlichen folgendes aus:

In der am 28. 9. 1973 von den Gesellschaftern der S\*\*\*\*\* OHG unterfertigten Vereinbarung sei der vom mit sofortiger Wirkung ausscheidenden Gesellschafter (Kläger) an den die Gesellschaft weiterführenden zweiten Gesellschafter (Ing. K\*\*\*\*\*) gemäß Art. 7 Nr. 15 der 4. EVHGB im Innenverhältnis der Gesellschafter zu leistende Anteil am Fehlbetrag bestimmt und die Absicherung der Forderung des Ing. K\*\*\*\*\* auf Bezahlung dieses Betrages durch ein auf der

Liegenschaft EZ \*\*\*\*\* KG \*\*\*\*\* zu verbücherndes Grundpfandrecht bedungen worden. Das von Ing. K\*\*\*\*\* abgegebene und vom Kläger angenommene Versprechen, den Kläger schad- und klaglos zu halten, soferne er auf Grund seiner Haftung als Gesellschafter von Dritten herangezogen werden sollte, sei als Garantievertrag im Sinne des § 880a ABGB zu beurteilen. Der Garant hafte dem Garantieempfänger für die volle Genugtuung; er müsse den erlittenen Schaden und den entgangenen Gewinn ersetzen, wenn der von ihm garantierte Erfolg nicht eintritt. Ein Verschulden des Garanten an der Nichterfüllung sei hiebei nicht erforderlich. Hingegen könne der Garant nicht haftbar gemacht werden, wenn der Eintritt des Erfolges durch Verschulden des Garantieempfängers vereitelt worden sei (Koziol-Welser I, 246 f.). Wenn für die Erfüllung eines Vertrages keine bestimmte Zeit bestimmt worden sei, so könne die Erfüllung sogleich, also ohne unnötigen Aufschub gefordert werden (§ 904 ABGB). Die Erfüllung der von Ing. K\*\*\*\*\* übernommenen Verpflichtung zur Schad- und Klagloshaltung des Klägers sei eine Fälligkeit nicht festgelegt worden; der Kläger sei daher berechtigt gewesen, die ihm zugesagte Schad- und Klagloshaltung sofort in Anspruch zu nehmen; dies umso mehr, als auch die Natur und der Zweck dieser Leistung für die sofortige Fälligkeit gesprochen hätten. Da es sich bei der zwischen Ing. K\*\*\*\*\* und dem Kläger getroffenen Vereinbarung um einen entgeltlichen Vertrag handle, seien für den Fall der Leistungsstörung die Vorschriften der §§ 918 ff. ABGB anwendbar. Werde die Erfüllung durch Verschulden des Verpflichteten oder einen von ihm zu vertretenden Zufall vereitelt, so könne der andere Teil entweder Schadenersatz wegen Nichterfüllung fordern oder vom Vertrag zurücktreten (§ 920 ABGB). Der Rücktritt vom Vertrag bedürfe hier keiner Nachfristsetzung (Koziol-Welser I, 185). Unter Unmöglichkeit im Sinne der genannten Bestimmung sei nicht bloß die objektive, sondern auch die subjektive Unmöglichkeit (das Unvermögen) zu verstehen; Unmöglichkeit sei aber nur dann anzunehmen, wenn der Erfüllung ein dauerndes Hindernis entgegenstehe (Koziol-Welser a.a.O., 184). Nach Lehre und Rechtsprechung bewirke ein Mangel an Zahlungsmitteln keine Unmöglichkeit der Erfüllung, sondern nur eine Erfüllungsverzögerung (Pisko-Gschnitzer in Klang2 VI, 550; Koziol-Welser a.a.O. [richtig:] 186; JBl. 1982, 431). Bei Anlegung dieser Maßstäbe an den vom Erstgericht festgestellten Sachverhalt ergebe sich, daß eine zur Leistungsfreiheit des Klägers führende Erfüllungsunmöglichkeit im Sinne des § 920 ABGB oder des § 1447 ABGB nicht vorliegen könne. Das Unterbleiben der dem Ing. K\*\*\*\*\* obliegenden Schad- und Klagloshaltung sei somit nicht nach § 920 ABGB zu beurteilen. Das gleiche gelte im übrigen auch für den Verzug des Klägers bei der Bezahlung der von ihm auf Grund der Vereinbarung vom 28. 9. 1973 zu leistenden Geldsumme. Wenn ein entgeltlicher Vertrag von einem Teil entweder nicht zur gehörigen Zeit, am gehörigen Ort und auf die bedungene Weise erfüllt werde, könne der andere Teil entweder Erfüllung (richtig:) und Schadenersatz wegen der Verspätung begehrn oder unter Festsetzung einer angemessenen Frist zur Nachholung den Rücktritt vom Vertrag erklären (§ 918 Abs. 1 ABGB). Die Rücktrittserklärung sei an keine bestimmte Form gebunden; sie müsse aber eindeutig, wenn auch nicht ausdrücklich die Aufhebung des Vertrages als gewollt erkennen lassen. Die Nachfrist müsse der Rücktrittserklärung zeitlich nachfolgen (JBl. 1976, 535, HS 4286, HS 6329, JBl. 1975, 262, EvBl. 1976/32; 7 Ob 752/82; Gschnitzer in Klang2 IV/1, 457). Die Nachfrist brauche nicht gesetzt, sondern nur gewährt zu werden; sie beginne mit der Rücktrittserklärung und müsse so ausreichend sein, daß die bereits vorbereitete Erfüllung beschleunigt und vollendet, nicht aber eine noch gar nicht in Angriff genommene Erfüllung bewirkt werden könne (EvBl. 1978/2; JBl. 1975, 262). Die Nachfristsetzung habe den Sinn, dem Schuldner noch eine Chance zu geben. Sie sei daher nicht erforderlich, wenn der Schuldner von vornherein die Leistung ernstlich und endgültig verweigere (Koziol-Welser a.a.O., 190) oder wenn der säumige Schuldner seine Leistungspflicht noch im Prozess bestreite (JBl. 1977, 543). Da die Rücktrittserklärung durch die Klage ersetzt werde, könne sie auch erst in der Klage erfolgen. Wegen Verzuges des Gegners könne nur derjenige zurücktreten, der selbst erfüllungsbereit sei (Gschnitzer in Klang2 a.a.O., 456 Anm. 78; HS 3145; JBl. 1963, 571 = HS 4284, 7 Ob 759/79). Die Rücktrittserklärung desjenigen, der selbst zur gehörigen Erfüllung nicht bereit sei, sei rechtsunwirksam. Die im Klagevorbringen enthaltene Erklärung, die Aufhebung der Vereinbarung vom 28. 9. 1973 zu begehrn, weil der Kläger vom Beklagten für die versprochenen 1,200.000,-- S keine Gegenleistung erhalten habe und auch nicht mehr erhalten könne, könnte als Rücktrittserklärung im Sinne des § 918 ABGB aufgefaßt werden. Für den Kläger sei damit aber nichts gewonnen, weil für den Zeitraum ab 7. 2. 1974 wegen des über das Vermögen des Ing. K\*\*\*\*\* eröffneten und nach wie vor behängenden Konkurses auf die Bestimmung des § 21 KO Bedacht genommen werden müsse. Wenn ein zweiseitiger Vertrag wie die Vereinbarung vom 28. 9. 1973 vom Gemeinschuldner und dem anderen Teil zur Zeit der Konkurseröffnung noch nicht oder noch nicht vollständig erfüllt worden sei, so könne der Masseverwalter entweder anstelle des Gemeinschuldners den Vertrag erfüllen und vom anderen Teil Erfüllung verlangen oder vom Vertrag zurücktreten (§ 21 Abs. 1 KO). Wenn der andere Teil zur Vorausleistung verpflichtet ist, so könne er seine Leistung bis zur Bewirkung oder Sicherstellung der Gegenleistung verweigern, wenn

ihm zur Zeit des Vertragsabschlusses die schlechten Vermögensverhältnisse des Gemeinschuldners nicht hätten bekannt sein müssen (§ 21 Abs. 3 KO). Die Ausübung der Wahl sei Willenserklärung des Masseverwalters. Sie sei eine einseitig, an den anderen Teil zu richtende, empfangsbedürftige und an keine Form gebundene Willenserklärung, keine prozessuale Handlung, sondern ein privatrechtlicher Akt, sie könne auch stillschweigend erklärt werden. Bis zur Ausübung des dem Masseverwalter zustehenden Wahlrechtes bestehe eine Schwebelage, während der dem anderen Teil ein einseitiger Vertragsrücktritt nach §§ 918 f. ABGB nicht möglich sei (Bartsch-Pollak, KO3 I, 123; Petschek-Reimer-Schiemer, Insolvenzrecht, 278 f.; EvBl. 1958/337; EvBl. 1959/42). Zur Wirksamkeit nach außen habe der Masseverwalter bei der Entscheidung, ob er sich für Erfüllung oder Rücktritt entscheide, bis zur Wertgrenzennovelle BGBl. Nr. 91/1976 bei einem Wert von mehr als 200.000,- S (seither mehr als 400.000,- S) der Genehmigung des Gläubigerausschusses (§ 116 Z 4 KO) bedurft. Wenn wie in dem über das Vermögen des Ing. K\*\*\*\*\* behängenden Konkursverfahren ein Gläubigerausschuß nicht bestellt wurde, habe der Konkurskommissär (seit dem Inkrafttreten des Insolvenzrechtsänderungsgesetzes das Konkursgericht) die dem Gläubigerausschuß zugewiesenen Obliegenheiten zu erfüllen (§ 90 KO). Aus dem Konkursakt \*\*\*\*\* des Landesgerichtes Innsbruck ergäbe sich – wie vom Berufungsgericht nach einer Beweisergänzung bereits im Aufhebungsbeschuß vom 31. 5. 1978 (ON 17 der Akten), festgestellt worden sei –, daß der beklagte Masseverwalter dem Konkurskommissär über das vorliegende Streitverfahren wiederholt Bericht erstattet und ihn über den im vorliegenden Verfahren von ihm verfochtenen Standpunkt laufend informiert habe. Drei Berichte davon seien vom Konkurskommissär ausdrücklich zustimmend zur Kenntnis genommen, eine vom Masseverwalter erbetene Genehmigung der Prozeßführung zur Hereinbringung der vom Kläger angeblich geschuldeten 1,200.000,- S allerdings nicht erteilt worden. Daraus sei zu folgern, daß das von der beklagten Partei im vorliegenden Verfahren ausdrücklich verfochtene Festhalten an der Vereinbarung vom 28. 9. 1973 als Ausübung des dem Masseverwalter gemäß § 21 Abs. 1 KO zustehenden Wahlrechtes in der Richtung des Begehrens auf Erfüllung zu werten sei und die in Ausübung dieses Wahlrechtes abgegebenen Erklärungen gemäß § 116 Z 4 KO durch das zuständige Konkursorgan genehmigt worden seien. Die bis zum Vortrag des Prozeßstandpunktes der beklagten Partei bestehende Schwebelage habe dem Kläger einen Vertragsrücktritt nach §§ 918 ff. ABGB nicht erlaubt. Daß der Kläger gemäß § 21 Abs. 2 KO auf eine frühere Beendigung der Schwebelage gedrungen hätte, sei weder behauptet noch festgestellt worden. Da auch für einen Rücktritt vom Vertrag vor der am 7. 2. 1974 erfolgten Konkurseröffnung über das Vermögen des Ing. K\*\*\*\*\* jeder Anhaltspunkt fehle, hätten beide Vertragsteile die vertragsmäßigen und gesetzlichen Folgen der Nichterfüllung (darunter auch den Vertragsrücktritt nach § 918 ABGB) erst geltend machen können, nachdem sich der Masseverwalter durch sein Prozeßvorbringen in zulässiger Weise dafür entschieden hätte, den am 28. 9. 1973 geschlossenen zweiseitigen Vertrag anstelle des Gemeinschuldners Ing. K\*\*\*\*\* zu erfüllen und vom anderen Teil (dem Kläger) Erfüllung zu verlangen (Bartsch-Pollak a.a.O., 124). Daß er nach dem ihm zur Kenntnis gebrachten Prozeßstandpunkt der beklagten Partei in einer dem § 918 ABGB entsprechenden Weise seinen Rücktritt von dieser Vereinbarung erklärt habe, habe der Kläger im Verfahren erster Instanz selbst nicht behauptet. Ein vom Kläger wirksam erklärter Vertragsrücktritt könne somit bei der rechtlichen Beurteilung nicht in Betracht gezogen werden. Dies auch deswegen, weil sich der Kläger im Rahmen des vorliegenden Streitverfahrens nie zur gehörigen Erfüllung der ihm auf Grund der am 28. 9. 1973 abgeschlossenen Vereinbarung obliegenden Verpflichtungen bereit erklärt habe. Da es der Zweck dieser Vereinbarung gewesen sei, die von dem als Gesellschafter ausscheidenden Kläger zu bezahlenden Schulden der Gesellschaft mit 1,200.000,- S festzusetzen und auf Grund der vom verbleibenden Gesellschafter Ing. K\*\*\*\*\* im Innenverhältnis übernommenen Verpflichtung zur Schad- und Klaglosaltung mit diesem Betrag zu limitieren, liege auf der Hand, daß die vom Kläger nach dem 28. 9. 1973 an ihn bedrängende Gläubiger der S\*\*\*\*\* OHG geleisteten Zahlungen von Ing. K\*\*\*\*\* zu ersetzen seien oder zumindest auf den in der Vereinbarung festgelegten Betrag von 1,200.000,- S angerechnet werden müßten. Somit wäre der Kläger dann, wenn auf Grund der von ihm geleisteten Zahlungen die Verbindlichkeiten der genannten Gesellschaft um mehr als 1,200.000,- S vermindert worden wären, der sich für ihn aus der Vereinbarung vom 28. 9. 1973 ergebenden Verpflichtung zur Bezahlung von 1,200.000,- S nachgekommen, und es bestünde kein Anlaß mehr, diese Verpflichtung durch das auf der Liegenschaft des Klägers einverlebte Pfandrecht weiter zu sichern. Gemäß § 156 Abs. 1 KO werde der Gemeinschuldner durch den gerichtlich bestätigten (Zwangs-)Ausgleich von der Verbindlichkeit befreit, seinen Gläubigern den Ausfall, den sie erleiden, nachträglich zu ersetzen oder für die sonst gewährte Begünstigung nachträglich aufzukommen, gleichviel ob sie am Konkursverfahren oder an der Abstimmung über den Ausgleich teilgenommen oder gegen den Ausgleich gestimmt hätten oder ob ihnen ein Stimmrecht überhaupt nicht gewährt worden sei. In gleicher Weise werde der Gemeinschuldner auch gegenüber den Bürgen und anderen

Rückgriffsberichtigten befreit (§ 156 Abs. 2 KO). Durch den Verzug in der Erfüllung des Ausgleiches würden, wenn im Ausgleich nichts anderes bestimmt worden sei, der darin gewährte Nachlaß sowie die sonstigen Begünstigungen für die Gläubiger hinfällig, denen gegenüber der Schuldner in Verzug geraten sei. Verzug in der Erfüllung des Ausgleiches sei erst anzunehmen, wenn der Schuldner eine fällige Verbindlichkeit trotz einer vom Gläubiger unter Einräumung einer mindestens 8tägigen (jetzt 14tägigen) Nachfrist an ihn gerichteten schriftlichen Mahnung nicht beglichen habe (§ 156 Abs. 4 KO). Die Wirkung des Wiederauflebens erstrecke sich jedoch nicht auf Forderungen, die zur Zeit der eingetretenen Säumnis mit dem im Ausgleich festgesetzten Betrag voll befriedigt gewesen seien; andere Forderungen seien mit dem Bruchteil als getilgt anzusehen, der dem Verhältnis des bezahlten Betrages zu dem nach dem Ausgleich zu zahlenden Betrag entspreche. Die Rechte, die der Ausgleich den Gläubigern gegenüber dem Gemeinschuldner oder dritten Personen einräume, blieben unberührt (§ 156 Abs. 5 KO). Wenn der (Ausgleichs-)Schuldner eine Handelsgesellschaft sei, so könne der Ausgleich nur mit Zustimmung sämtlicher persönlich haftender Gesellschafter geschlossen werden. Die Rechtswirkungen des Ausgleiches kämen, soweit im Ausgleich nichts anderes bestimmt sei, einem jeden solchen Gesellschafter gegenüber den Gesellschaftsgläubigern zustatten (§ 164 Abs. 1 und 2 KO für den Zwangsausgleich bzw. § 60 Abs. 1 und 2 AO für den normalen Ausgleich). Sei nur über das Privatvermögen eines persönlich haftenden Gesellschafters einer Handelsgesellschaft der Konkurs eröffnet worden und in diesem ein Zwangsausgleich zustandegekommen, so werde hiedurch der jeweilige Gesellschafter von einer weitergehenden Haftung für die Gesellschaftsschulden frei (§ 165 Abs. 1 KO und analog § 61 Abs. 1 AO). Die Gesellschaftsgläubiger dürften sich wegen ihres Ausfalles allerdings sowohl an die Gesellschaft als auch an die anderen persönlich haftenden Gesellschafter wenden (Bartsch-Pollak a.a.O., 672; Petschek-Reimer-Schiemer a.a.O., 653). Wenn gleichzeitig mit dem Konkurs über das Gesellschaftsvermögen ein Konkurs über ein Ausgleichsverfahren über das Privatvermögen eines persönlich haftenden Gesellschafters anhängig sei, so würden durch den Ausgleich des Gesellschafters die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger nur insoweit betroffen, als sie in diesem Konkurs oder Ausgleichsverfahren „geltend gemacht werden können“ (§ 165 Abs. 2 KO in der Fassung bis zum Inkrafttreten des Insolvenzrechtsänderungsgesetzes, BGBl. Nr. 370/1982; jetzt „... überhaupt zu berücksichtigen sind“). Gemäß dem durch das Insolvenzrechtsänderungsgesetz aufgehobenen Artikel 7 Nr. 12 der vierten Einführungsverordnung handelsrechtlicher Vorschriften hätten die Gesellschaftsgläubiger dann, wenn auch über das Vermögen der Gesellschaft das Konkurs- oder Ausgleichsverfahren eröffnet sei, im Konkurs- oder Ausgleichsverfahren über das Privatvermögen eines Gesellschafters nur wegen des Ausfalles Befriedigung suchen können, den sie im Konkurs- oder Ausgleichsverfahren über das Gesellschaftsvermögen erlitten hätten. Im vorliegenden Fall sei davon auszugehen, daß ein Konkurs- oder Ausgleichsverfahren über das Vermögen der S\*\*\*\*\* OHG nie eröffnet worden sei. Wenn mehrere persönlich haftende Gesellschafter, nicht aber ihre Handelsgesellschaft, in Konkurs verfielen, seien die Gesellschafter in dem über ihr Vermögen eröffneten Konkursverfahren Schuldner ihrer Privatgläubiger und Mitschuldner ihrer Gesellschaftsgläubiger zum Nennwert ihrer Forderungen. In ihren Konkursen seien die Gesellschaftsgläubiger - anders als im Falle des Art. 7 Nr. 12 der vierten Verordnung zur Einführung handelsrechtlicher Vorschriften - keine Ausfallsgläubiger. Darum befreie hier der Zwangsausgleich im Konkurs des einen Gesellschafters diesen zwar von einer weitergehenden Haftung für die Gesellschaftsschulden, die Gesellschaftsgläubiger dürfen aber nicht nur ihren Ausfall bei der nicht im Konkurs verfallenen Handelsgesellschaft hereinzu bringen trachten, sondern dürfen auch ihre vollen Forderungen im Konkurs des anderen Gesellschafters anmelden und anteilmäßig berichtigt verlangen, bis sie völlig befriedigt seien (Bartsch-Pollak, a.a.O., 672; Petschek-Reimer-Schiemer a.a.O., 653 f.). Im vorliegenden Fall komme noch hinzu, daß die dargestellten Begünstigungen der §§ 164, 165 KO nur für jene Gesellschafter gelten, die es zum Zeitpunkt der Konkurseröffnung über das Vermögen der Gesellschaft noch seien und nicht mit Wirkung nach außen aus der Gesellschaft bereits ausgeschieden gewesen seien. Ausgeschiedene Gesellschafter seien nicht mehr als Gesellschafter, sondern als Mitschuldner der Handelsgesellschaft zu betrachten. Sie könnten sich daher im Gesellschaftskonkurs nicht auf die §§ 164, 165 KO berufen; wohl aber sei es ihnen bis zum Inkrafttreten des Insolvenzrechtsänderungsgesetzes 1982 freigestanden, die an die Stelle des Art. 122 AHGB getretene Bestimmung des Art. 7 Nr. 12 der vierten Verordnung zur Einführung handelsrechtlicher Vorschriften in Anspruch zu nehmen (Bartsch-Pollak a.a.O., 671). Da ein Konkurs- oder Ausgleichsverfahren über das Vermögen der S\*\*\*\*\* OHG nie eröffnet worden sei, habe der vom Kläger im Verfahren \*\*\*\*\* des Landesgerichtes Innsbruck mit seinen Gläubigern abgeschlossene Zwangsausgleich die Verbindlichkeiten der genannten Handelsgesellschaft und auch die Verbindlichkeiten des Ing. K\*\*\*\*\* als zweiten persönlich haftenden Gesellschafter nur insoweit vermindern können, als vom Kläger an Gesellschaftsgläubiger tatsächlich Zahlungen geleistet worden seien. Die im § 156 Abs. 1 KO umschriebenen

Rechtswirkungen hätten sich auf die genannte Gesellschaft und Ing. K\*\*\*\*\* nicht erstreckt. Entgegen der vom Kläger verfochtenen Meinung könnten daher die von ihm an Gesellschaftsgläubiger geleisteten Zahlungen nur mit dem Nennwert und nicht mit dem Fünffachen des Nennwertes auf die von ihm nach der Vereinbarung vom 28. 9. 1973 an Ing. K\*\*\*\*\* zu leistende Geldsumme von 1,200.000,- S angerechnet werden. Daraus folge, daß der Kläger die sich aus der Vereinbarung vom 28. 9. 1973 ergebende und vom beklagten Masseverwalter in Anspruch genommene Verpflichtung zur Bezahlung von 1,200.000,- S bisher nur zum Teil erfüllt habe. Gemäß § 469 ABGB und § 1369 ABGB erlösche ein Grundpfandrecht erst mit der vollständigen Tilgung der Verbindlichkeit, zu deren Sicherung das Pfandrecht bestellt worden sei. Der Kläger sei daher nicht berechtigt, vom beklagten Masseverwalter die Löschung des zur Sicherstellung einer von ihm noch nicht zur Gänze erfüllten Verbindlichkeit bestellten Pfandrechtes zu verlangen. Entgegen der von ihm vertretenen Meinung beinhaltet die Verweigerung der begehrten Löschung durch die beklagte Partei auch keine Sittenwidrigkeit im Sinne des § 1295 Abs. 2 ABGB. Wenn auf Grund des Schuldverhältnisses beide Parteien zur Leistung verpflichtet seien, so werde - falls nichts anderes vereinbart sei - die Leistungspflicht eines jeden von ihnen insofern eingeschränkt, als er seine Leistung nur Zug um Zug gegen Bewirkung der Gegenleistung erbringen müsse. Durch diesen im gesamten Bereich des österreichischen Rechtes gültigen Rechtsgrundsatz werde vermieden, daß ein Teil seine Leistung erbringt, jedoch Gefahr läuft, wegen Leistungsunfähigkeit des Partners dafür kein Entgelt zu erhalten (Koziol-Welser, a.a.O., 181). Die sich daraus ergebende Einrede des nicht erfüllten Vertrages § 1052 ABGB) sei ein Druckmittel, um den Partner zur Leistung zu veranlassen, sie hebe aber die grundsätzliche Verpflichtung zur eigenen Leistung nicht auf. Entgegen der von der Berufung verfochtenen Meinung könne daher aus einem Verzug des Ing. K\*\*\*\*\* bei der ihm obliegenden Schad- und Klagloshaltung und einer sich daraus ergebenden Befugnis des Klägers, die eigene Leistung gemäß § 1052 ABGB zurückzuhalten, nicht das vom Kläger im vorliegenden Verfahren in Anspruch genommene Recht auf Löschung abgeleitet werden. Daß sich auch aus einem von der Berufung behaupteten Vertragsrücktritt keine Grundlage für den Klagsanspruch ergibt, sei bereits dargelegt worden. Entgegen der von der Berufung verfochtenen Meinung könne auch nicht gesagt werden, das Festhalten des beklagten Masseverwalters an der Vereinbarung vom 28. 9. 1973 widersprüche den Tatsachenfeststellungen und den Voraussetzungen des Konkursverfahrens. Es wäre dem Kläger frei gestanden, den beklagten Masseverwalter zu der von ihm übernommenen Verpflichtung der Schad- und Klagloshaltung des Klägers zu veranlassen, soferne nach dem gemäß § 21 Abs. 1 KO erfolgten Eintritt des beklagten Masseverwalters in die Vereinbarung vom 28. 9. 1973 ein Anlaß zu einer solchen Schad- und Klagloshaltung bestanden hätte. Für den Fall des Verzuges hätte der Kläger dann nach § 918 ABGB verfahren können. Da derartiges vom Kläger konkret nicht behauptet worden sei, sei anzunehmen, daß der Kläger nach der von ihm selbst behaupteten teilweisen Erfüllung des Zwangsausgleiches von Gläubigern nicht mehr in Anspruch genommen worden sei und daher die Voraussetzungen für die vom beklagten Masseverwalter übernommene Schad- und Klagloshaltung gegenüber andrängenden Gläubigern nach dessen Eintritt in die Vereinbarung vom 28. 9. 1973 nicht gegeben gewesen seien. Daß die vom Kläger nach dem 28. 9. 1973 an Gläubiger der S\*\*\*\*\* OHG geleisteten Zahlungen von „etwa 600.000,- S“ auf die von ihm laut Vereinbarung vom 28. 9. 1973 an den beklagten Masseverwalter zu leistende Summe von 1,200.000,- S angerechnet werden müßten, sei ebenfalls bereits dargetan worden. Ob den Kläger an der Unmöglichkeit, die von ihm nach der Vereinbarung vom 28. 9. 1973 geschuldeten 1,200.000,- S im Kreditweg aufzubringen, ein Verschulden treffe, sei für die Entscheidung des Rechtsfalles nicht weiter von Bedeutung. Das gleiche gelte auch für den Einwand der Berufung, der Kläger habe den genannten Betrag nur deshalb nicht beschaffen können, weil mögliche Geldgeber von den gegen ihn gerichteten Klagen und Exekutionen erfahren hätten und Ing. K\*\*\*\*\* der ihm obliegenden Verpflichtung zur Schad- und Klagloshaltung des Klägers nicht nachgekommen sei. Zu der Prozeßbehauptung des Klägers, ihm sei dadurch ein Schaden von mindestens 1,200.000,- S entstanden, daß die S\*\*\*\*\* OHG auch nach dem 28. 9. 1973 weitere Schulden gemacht habe, die in der Folge gegen ihn geltend gemacht worden seien, sei festzuhalten, daß der Kläger dazu kein konkretes Vorbringen erstattet habe. Er habe insbesondere nicht behauptet, ob und inwieweit die von ihm an Gläubiger der S\*\*\*\*\* OHG geleisteten Zahlungen sich auf erst nach dem 28. 9. 1973 begründete Verbindlichkeit bezogen hätten, er habe auch nicht dargelegt, aus welchem Tatsachenkomplex der von ihm behauptete Schaden abzuleiten sei. Unter diesen Umständen habe für das Erstgericht auch kein Anlaß bestanden, Beweise aufzunehmen. Entgegen der von der Berufung vertretenen Ansicht sei schließlich auch die auf Irrtum gestützte Anfechtung der Vereinbarung vom 28. 9. 1973 durch den Kläger nicht berechtigt. Eine Irrtumsanfechtung müsse - wie das Erstgericht bereits zutreffend ausgeführt habe - dann, wenn sich der andere Teil keiner List schuldig gemacht habe, binnen 3 Jahren geltend gemacht werden, widrigenfalls dieses Recht verjährt sei (§ 1487 ABGB). Diese Frist beginne mit dem

Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zu laufen. Da eine von Ing. K\*\*\*\*\* zu vertretende Arglist nicht bewiesen worden sei und auch nicht behauptet werde, sei die erst in dem bei der Streitverhandlung vom 28. 1. 1977 vorgetragenen Schriftsatz ON 10 enthaltene Irtumsanfechtung mehr als drei Jahre nach Vertragsabschluß erfolgt. Das Erstgericht habe daher die Verjährungseinwendung der beklagten Partei zutreffend für berechtigt erachtet. Die aus § 9 Abs. 1 KO sich ergebende Unterbrechung der Verjährung beziehe sich nur auf Forderungen, die im Konkurs angemeldet worden seien. Der Kläger habe selbst nicht behauptet, daß er eine auf eine Anfechtung der Vereinbarung vom 28. 9. 1973 wegen Irrtums gegründete Forderung im Konkurs über das Vermögen des Ing. K\*\*\*\*\* angemeldet habe; dies sei auch den Konkursakten nicht zu entnehmen. Dazu komme noch, daß die Irtumsanfechtung auch materiell nicht begründet sei. Nach den Feststellungen des Erstgerichtes habe der Kläger auf Grund der von ihm selbst zugegebenen Erklärungen des Ing. K\*\*\*\*\* davon ausgehen müssen, daß dieser mit den vom Kläger bezahlten 1,200.000,- S und einem eigenen Beitrag in gleicher Höhe eine Abdeckung der Verbindlichkeiten der S\*\*\*\*\* OHG nur auf der Basis eines (außergerichtlichen) Ausgleiches werde herbeiführen können. Von einer von Ing. K\*\*\*\*\* veranlaßten Fehlvorstellung des Klägers über einen Hauptpunkt der am 28. 9. 1973 abgeschlossenen Vereinbarung könne somit nicht die Rede sein. Der auf Seite des Klägers bestehende Irrtum über das in der Folge zutage getretene Unvermögen Ing. K\*\*\*\*\*, die versprochene Schad- und Klagoshaltung zu leisten, berechtige den Kläger zur Irtumsanfechtung nicht, weil er sich auf einen außerhalb des Geschäftsinhaltes liegenden Umstand beziehe und daher nur als ein hier unbeachtlicher Motivirrtum zu beurteilen sei (§ 901 ABGB). In der Klagsabweisung sei daher eine rechtliche Fehlbeurteilung nicht zu erkennen.

Gegen dieses Urteil des Berufungsgerichtes richtet sich die auf den Anfechtungsgrund des§ 503 Abs. 1 Z 4 ZPO gestützte Revision des Klägers mit dem Antrag, das angefochtene Urteil im Sinne der vollinhaltlichen Stattgebung des Klagebegehrens abzuändern.

Die beklagte Partei beantragte, der Revision keine Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision ist nicht berechtigt.

Bei der hier zu lösenden Frage der Berechtigung des Klagebegehrens ist davon auszugehen, daß der vom Kläger mit Ing. K\*\*\*\*\* abgeschlossene entgeltliche Garantievertrag zur Zeit der Eröffnung der Konkurse über das Vermögen beider Teile jedenfalls von keiner Seite voll erfüllt war. Es hatte daher sowohl der Masseverwalter im Konkurs über das Vermögen Ing. K\*\*\*\* als auch jener im Verfahren \*\*\*\*\* des Erstgerichtes das Wahlrecht zwischen Erfüllung und Rücktritt vom Vertrag (§ 21 Abs. 1 KO). Daß der Masseverwalter im Konkurs über das Vermögen des Klägers von seinem Wahlrecht in einer bestimmten Form Gebrauch gemacht hätte, wurde weder behauptet noch festgestellt. Die Annahme des Berufungsgerichtes, daß der Masseverwalter im Konkurs über das Vermögen Ing. K\*\*\*\* das ihm zustehende Wahlrecht im Sinne der Erfüllung des Vertrages ausgeübt hat, wird vom Revisionswerber nicht mehr bekämpft. Wird die Erfüllung des Vertrages gewählt, so haben beide Teile voll zu leisten. Der Kläger hält in seiner Revision auch nicht mehr an der Annahme fest, seine Verpflichtung zur Zahlung des vereinbarten Betrages von 1,200.000,- S voll erfüllt zu haben. Er führt seine Rechtsrüge im Sinne der Berechtigung seines Klagebegehrens in erster Linie dahin aus, daß die Vorinstanzen in Verkennung der Bestimmungen über den Rücktritt vom Vertrag gemäß §§ 918 ff. ABGB den vorliegenden Sachverhalt insoweit unrichtig beurteilt hätten, als es tatsächlich doch zu einer Auflösung der Vereinbarung gekommen sei. Dem kann nicht gefolgt werden. Die Voraussetzungen für die Anwendung der Bestimmung des § 920 ABGB auf den vorliegenden Fall erblickt der Revisionswerber als gegeben, weil infolge der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Ing. K\*\*\*\*\* feststehe, daß K\*\*\*\*\* „gänzlich zahlungsunfähig“ geworden sei; dies habe zwingend zur Folge, daß ihm die Einhaltung seiner Verpflichtung zur Schad- und Klagoshaltung ihm gegenüber unmöglich geworden sei. Da wegen der Verbindlichkeiten der S\*\*\*\*\* OHG auch über sein Vermögen der Konkurs eröffnet worden sei und eine Schad- und Klagoshaltung auch die kaum erfaßbaren Schäden umfasse, die ihm durch die mit dem Konkurs verbundene Schlechterstellung im beruflichen und gesellschaftlichen Bereich erwachsen seien, werde dem Gemeinschuldner (K\*\*\*\*\*) oder der Konkursmasse eine Schad- und Klagoshaltung des Klägers nie mehr möglich sein. Die Vorinstanzen hätten daher zu Unrecht die Ansicht vertreten, daß der bei K\*\*\*\*\* vorhandene „Mangel an Zahlungsmitteln“ bloß eine Erfüllungsverzögerung und keine Unmöglichkeit der Erfüllung bewirkt habe. Auf Grund dieser vom Gemeinschuldner Ing. K\*\*\*\*\* allein zu vertretenden Vereitelung der Erfüllung sei der Kläger gemäß § 920 ABGB berechtigt gewesen, von der Vereinbarung vom 28. 9. 1973 zurückzutreten. Dies sei nach Konkurseröffnung im vorliegenden Verfahren dem Masseverwalter gegenüber auch

wiederholt geschehen. Diesen Ausführungen ist folgendes zu entgegnen:

Das Berufungsgericht hat unter Hinweis auf Lehre und Rechtsprechung zutreffend erkannt, daß nur eine dauernde Unmöglichkeit der Leistung die Obligation aufhebt, eine bloß vorübergehende Unmöglichkeit aber das Schuldverhältnis grundsätzlich bestehen läßt und bei Geldschulden der Mangel an Zahlungsmitteln nur eine vorübergehende Unmöglichkeit darstellt. Demgegenüber versucht der Revisionswerber bloß abstrakt die Unwahrscheinlichkeit der Möglichkeit aufzuzeigen, vom Beklagten bzw. der Konkursmasse Schad- und Klaglosaltung zu erlangen. Daß dies auf der Grundlage der Feststellungen der Vorinstanzen tatsächlich unmöglich wäre, wird von ihm aber nicht dargetan. Mangels Vorliegens einer dauernden Unmöglichkeit zur Schad- und Klaglosaltung des Klägers sind die Vorinstanzen mit Recht davon ausgegangen, daß der vom Kläger im vorliegenden Verfahren dem Beklagten gegenüber erklärte, auf § 920 ABGB gestützte Rücktritt vom Vertrag zu einer Auflösung des Garantievertrages nicht geführt hat.

Der Revisionswerber vertritt weiters die Ansicht, daß der von ihm erklärte Rücktritt vom Vertrag selbst dann als ordnungsgemäß erfolgt anzusehen sei, wenn keine Unmöglichkeit der Erfüllung des Vertrages durch den Beklagten angenommen werden sollte. Nach den Feststellungen der Vorinstanzen habe der Kläger „den Beklagten“ aufgefordert, die an ihn herangetragenen Klagen und Exekutionen zu befriedigen, was nur zum Teil geschehen sei. „Von dieser Aufforderung“ bis zur Konkurseröffnung über das Vermögen Ing. K\*\*\*\*\*s seien drei bis vier Monate und bis zur Klagsführung eineinhalb Jahre vergangen, so daß der Gemeinschuldner genügend Zeit gehabt hätte, dieser Aufforderung zu entsprechen. Die an den Gemeinschuldner erfolgte Aufforderung zur Vertragserfüllung habe der Masseverwalter gegen sich gelten zu lassen, so daß die dem Gemeinschuldner gewährte Zeit zur Erfüllung des Vertrages ausreiche, um auch gegenüber dem Masseverwalter den wirksamen Rücktritt vom Vertrag gemäß § 918 ABGB zu erklären. Auch hier kann dem Kläger nicht gefolgt werden. Der Revisionswerber übersieht, daß der Rücktritt gemäß § 918 ABGB - von dem hier nicht vorliegenden Fall eines Fixgeschäftes abgesehen - in irgendeiner Form unzweideutig erklärt werden muß (vgl. Reischauer in Rummel, ABGB, Rdz 3 zu § 918), worauf das Berufungsgericht auch ausdrücklich hingewiesen hat, und daß er bis zum vorliegenden Prozeß eine solche Rücktrittserklärung gar nicht abgegeben hat. Daß die Rücktrittserklärung vom Kläger schlüssig abgegeben worden wäre, wurde nicht behauptet, im Verfahren sind Anhaltspunkte dafür aber auch nicht hervorgekommen. Zur Zeit des tatsächlich erklärten Rücktrittes vom Vertrag war der Kläger - von einer unzutreffenden Rechtsansicht, wonach er die ihm obliegende vertragliche Leistung zur Gänze erbracht habe, ausgehend - nicht bereit, den Garantievertrag selbst zu erfüllen. Der selbst in einer Leistungsstörung Verfangene besitzt aber in der Regel das Rücktrittsrecht nicht (SZ 25/74; HS 3145/17). Da der Kläger, von einer mangelnden Leistungspflicht aus dem Garantievertrag seinerseits ausgehend, es unterlassen hat, nach der vom Beklagten gemäß § 21 Abs. 1 KO im Sinne der Aufrechterhaltung des Vertrages getroffenen Wahl die Erfüllung des Garantievertrages konkret zu begehrn, kann auch nicht gesagt werden, die auf Seite des Klägers vorliegende Leistungsstörung stelle sich als zulässige Sanktion auf die Nichtleistung des Beklagten dar, in welchem Fall dem Kläger das Rücktrittsrecht trotz seiner eigenen Leistungsstörung nicht verwehrt werden könnte (vgl. Reischauer, a.a.O. Rdz 9 zu § 918). In der Annahme der Vorinstanzen, der auf § 918 ABGB gestützten Rücktrittserklärung des Klägers käme die Rechtswirkung der Vertragsauflösung nicht zu, kann daher kein Rechtsirrtum erblickt werden. Unter diesen Umständen kann es auch unerörtert bleiben, welche Folgen eine wirksame Rücktrittserklärung hier im Hinblick darauf hätte, daß beide Teile die ihnen obliegende Leistungspflicht teilweise tatsächlich erfüllt haben.

Ausgehend vom aufrechten Bestand des Garantievertrages erachtet der Revisionswerber das Klagebegehren aber auch noch deshalb berechtigt, weil das Beharren des Masseverwalters auf der Vereinbarung vom 28. 9. 1973 ein Verhalten darstelle, das gegen die guten Sitten und die Grundsätze von Treu und Glauben verstöße. Insoweit er dabei von der Annahme ausgeht, der Beklagte werde den Garantievertrag nicht erfüllen können, geht er nicht vom festgestellten Sachverhalt aus, weshalb seine Rechtsrüge diesbezüglich nicht dem Gesetz entsprechend ausgeführt ist. Wenn der Kläger weiters meint, der Beklagte würde im Falle der Erfüllung des Garantievertrages sich einer gesetzwidrigen Gläubigerbegünstigung schuldig machen, so verkennt er die Rechtslage. Entscheidet sich der Masseverwalter gemäß § 21 Abs. 1 KO für die Erfüllung des Vertrages, so hat dieser Eintritt in den Vertrag zur Folge, daß sich der Masseverwalter selbst verbindet, aus der Masse anstelle des Gemeinschuldners zu erfüllen; die Verpflichtung des Gemeinschuldners wird damit gemäß § 46 Abs. 1 Z 3 KO idF. vor dem IRÄG (Art. XI § 2 Abs. 1 IRÄG) zur Masseschuld, die daher vor den Konkursgläubigern aus der Masse zu erfüllen ist (§ 47 Abs. 1 KO) (vgl. Bartsch-Pollak, KO3 I, 124; Petschek-Reimer-Schiemer, Insolvenzrecht, 279). Von einer gesetzwidrigen Gläubigerbegünstigung

für den Fall der (gänzlichen) Erfüllung des Garantievertrages durch den Beklagten kann daher keine Rede sein. Ob der Beklagte in der Lage ist, diese Verpflichtung zu erfüllen, ist im vorliegenden Verfahren nicht zu entscheiden, weil es hier nur um die Frage geht, ob dem Beklagten noch eine Forderung aus der Vereinbarung vom 28. 9. 1973 zusteht und ob er verpflichtet ist, in die Einverleibung der Löschung des zur Sicherung der Ing. K\*\*\*\*\* aus dem Garantievertrag zustehenden Forderung begründeten Pfandrechtes einzuwilligen. Daß der Revisionswerber seine Verpflichtung aus dem Garantievertrag aber nicht zur Gänze erfüllt hat, wird von ihm selbst nicht mehr bestritten. Da der Kläger bisher vom Beklagten auch nicht zur Erfüllung seiner restlichen Verpflichtung aus dem Garantievertrag herangezogen wurde, ist nicht erkennbar, aus welchem Grunde das „Beharren des Masseverwalters auf der Vereinbarung vom 28. 9. 1973“ gegen die guten Sitten und die Grundsätze von Treu und Glauben verstößen sollte.

Dem Revisionswerber ist es somit nicht gelungen, das Erlöschen des dem Beklagten aus dem Garantievertrag zustehenden Anspruches darzutun.

Die Revision erweist sich daher als unberechtigt, weshalb ihr der Erfolg versagt bleiben mußte.

Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens beruht auf den §§ 41 und 50 ZPO.

**Textnummer**

E05656

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:1985:0080OB00506.840.0418.000

**Im RIS seit**

10.01.1995

**Zuletzt aktualisiert am**

30.10.2018

**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)