

# TE OGH 1966/3/2 3Ob26/66

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 02.03.1966

## Norm

AO §53 (4)

EO §7 (2)

EO §35

EO §36

KO §156 (4)

ZPO §406

## Kopf

SZ 39/41

## Spruch

Wurde eine Exekution bewilligt, obwohl dies mangels Fälligkeit der Forderung oder mangels Eintrittes einer Bedingung nicht hätte geschehen dürfen, so bleibt die Exekution unzulässig, auch wenn diese Tatsachen während des Verfahrens über eine Klage nach § 35 oder 36 EO. eintreten

Die Zustellung des Beschlusses, mit dem auf Antrag des Gläubigers der neuerliche Vollzug einer Exekution bewilligt wird, ersetzt nicht die im § 156 (4) KO. vorgeschriebene Mahnung

Entscheidung vom 2. März 1966, 3 Ob 26/66

I. Instanz: Bezirksgericht Linz-Land; II. Instanz: Landesgericht Linz

## Text

Unbestritten ist folgender Sachverhalt: Der Beklagte erwirkte gegen den Kläger zu 15 Cg .../61 des Handelsgerichtes Wien am 7. Juni 1961 ein rechtskräftiges Versäumungsurteil auf Zahlung von 24.301.20 S samt 9% Zinsen seit 19. Mai 1961 und 735.05 S Prozeßkosten.

Auf Grund dieses Urteiles wurde dem Beklagten mit Beschuß des Bezirksgerichtes Linz-Land vom 20. November 1961, 2 E .../61, Fahrnosexekution bewilligt. Mit Verteilungsbeschuß vom 25. Oktober 1962 erhielt der Beklagte aus dieser Fahrnosexekution eine Zuweisung von 1225.80 S, wodurch aber nur die Zinsen bis 2. Mai 1962 gedeckt wurden, wogegen die weiteren Zinsen sowie Kosten und Kapital zur Gänze unberücksichtigt blieben.

Mit Beschuß des Landesgerichtes Linz vom 15. Mai 1963, S .../63, wurde über das Vermögen des Klägers der Konkurs eröffnet.

Am 20. Mai 1963 legte der bestellte Masseverwalter Dr. K. dem Konkursgerichte das Gläubigerverzeichnis vor, in dem an erster Stelle die gesamte Forderung des Beklagten samt Kosten aufschien. Hingegen meldete der Beklagte seine Forderung im Konkurs trotz Erhalt des Ediktes nicht an, sodaß er auch im Anmeldeverzeichnis nicht als Gläubiger aufscheint.

Am 15. Jänner 1964 beantragte der Gemeinschuldner (hier Kläger) einen Zwangsausgleich, dessen bei der Tagsatzung am 3. März 1964 verbesserter Vorschlag u. a. folgende Bestimmung enthielt:

Die Konkursgläubiger III. Klasse erhalten zur vollständigen Befriedigung ihrer angemeldeten und festgestellten Forderungen eine 20%ige, in L. zahlbare Quote binnen vier Wochen nach Annahme des Zwangsausgleiches. Das Wiederaufleben einer Forderung gemäß § 156 KO. tritt dann ein, wenn trotz Aufforderung mittels eingeschriebener Mahnung und Ablauf einer Nachfrist von 14 Tagen eine Rate nicht gezahlt oder sichergestellt wird.

Dieser Zwangsausgleich wurde angenommen und mit rechtskräftigem Beschuß des Konkursgerichtes vom 8. April 1964 bestätigt. Am 5. Mai 1964 wurde der Konkurs aufgehoben.

Am 12. September 1964 beantragte der Beklagte beim Bezirksgericht Linz-Land zu E .../64 und am 26. August 1965 zu E ... 3/65 den neuerlichen Vollzug der seinerzeitigen Fahrnissexekution. Beide Male wurde jedoch die bewilligte Pfändung mangels pfändbarer Gegenstände nicht vollzogen. In beiden Fällen wurden laut Bericht des Vollstreckers die Beschlüsse dem Verpflichteten (jetzt Kläger) nicht selbst ausgehändigt.

Am 26. August 1965 beantragte der Beklagte beim Bezirksgericht Linz-Land zu E ... 9/65 Gehaltsexekution zur Hereinbringung seiner gesamten Forderung aus dem Versäumungsurteil des Handelsgerichtes Wien. Diese Exekution wurde rechtskräftig bewilligt, der Bewilligungsbeschuß dem Verpflichteten (jetzt Kläger) durch postamtliche Hinterlegung am 3. September 1965 zugestellt.

Der Kläger stellt das Begehr, die zu E ... 9/65 des Bezirksgerichtes Linz- Land zur Hereinbringung der Forderung im Betrag von 24.301.20 S samt Anhang geführte Exekution, soweit sie den Betrag von 4860.24 S samt Anhang übersteigt, für unzulässig zu erklären. Er verweist darauf, daß er auf Grund des Zwangsausgleiches nur 20% der Forderung des Beklagten zu bezahlen habe.

Der Beklagte wendet dagegen ein: Er habe zu E .../64, E ... 9/65 und

E ... 3/65 des Erstgerichtes zur Hereinbringung seiner Forderung

Exekution geführt. Da der Kläger innerhalb der Nachfrist von acht Tagen (nach dem Zwangsausgleich richtig von vierzehn Tagen) seine Schuld nicht beglichen habe, sei diese gemäß § 156 (4) KO. wieder aufgelebt. Die übrigen Einwendungen werden in der Revision nicht mehr aufrecht erhalten.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehr statt und vertrat die Ansicht, daß die Exekutionsanträge nicht die im Gesetz vorgeschriebene qualifizierte Mahnung ersetzen könnten.

Das Berufungsgericht bestätigte diese Entscheidung.

Der Oberste Gerichtshof gab der Revision der Beklagten nicht Folge.

### **Rechtliche Beurteilung**

Aus den Entscheidungsgründen:

Das Gesetz und der Zwangsausgleich, wie er abgeschlossen wurde, verlangen zum Wiederaufleben eine Mahnung, also jedenfalls eine Erklärung des Gläubigers, in der er den Schuldner an seine Zahlungspflicht erinnert. Unerheblich ist, ob letztere dem Schuldner nicht ohnedies bekannt ist und ob dieser sie selbst erwähnt hat. Es ist daher der Standpunkt der Revision, die Nachfrist habe zu laufen begonnen, weil der Kläger in seiner Klage sich selbst auf alle maßgeblichen Tatsachen berufen habe, verfehlt.

Der Hinweis des Beklagten auf die zu E ... 3/65 geführte Exekution

und auf die Gehaltsexekution E ... 9/65, die mit der vorliegenden

Klage bekämpft wird, ist unzutreffend. Beide Anträge wurden an dem Tag eingebbracht, an dem die strittige Exekution bewilligt wurde. Die vierzehntägige Nachfrist hatte also damals noch gar nicht begonnen. Nun glaubt der Beklagte, es käme nur darauf an, ob diese Frist zur Zeit des Schlusses der mündlichen Verhandlung erster Instanz schon abgelaufen war und verweist darauf, daß nach der Rechtsprechung der Oppositionskläger sich zur Stützung seiner Klage auf während des Verfahrens eingetretene Tatsache berufen kann. Dasselbe müsse auch für den Beklagten im Oppositionsstreit gelten. Hiebei übersieht er jedoch, daß nach § 7 (2) EO. die Exekution nur bewilligt werden darf, wenn die Forderung des betreibenden Gläubigers bereits fällig ist. Daher hilft es ihm nichts, wenn dieser Zeitpunkt

später, wenn auch vor Schluß der mündlichen Verhandlung über eine Klage nach § 35 oder 36 EO. eingetreten ist. Der betreibende Gläubiger darf sich nicht durch einen verfrühten Exekutionsantrag eine vorzeitige Befriedigung und einen besseren Rang verschaffen. War die Forderung zur Zeit der Pfändung noch nicht vorhanden oder noch nicht fällig, so konnte dadurch kein Pfand- oder Befriedigungsrecht des betreibenden Gläubigers entstehen (RiZ. 1959 S. 16, Neumann - Lichtblau[3] I S. 174). Es bleibt daher nur die Exekution E .../64 übrig. Dort wurde ein Begehr auf Fortsetzung einer vor Konkurseröffnung bewilligten Exekution durch Neupfändung gestellt.

Wie der Oberste Gerichtshof in seiner Entscheidung SZ. XIX 104 ausgesprochen hat, besteht der Zweck der Vereinbarung einer qualifizierten Mahnung, also einer solchen, wie sie im Ausgleich festgelegt wurde, darin, den Schuldner in der bedungenen Form besonders auf die schwerwiegenden Verzugsfolgen des Terminverlustes und des Wiederauflebens aufmerksam zu machen. Einer solchen Mahnung kann es nicht gleichgehalten werden, wenn einem Verpflichteten ein Beschuß auf Neupfändung zugestellt wird. Die vereinbarte Form der eingeschriebenen Mahnung führt ihm die Folgen der Nichtzahlung klarer vor Augen. Andere Schritte, die geeignet sind, ihn an das Bestehen der Schuld zu erinnern, sind dem nicht gleichzuhalten.

Es fehlt daher an einer Mahnung im Sinne des § 156 (4) KO. und des abgeschlossenen Zwangsausgleiches.

Da § 156 (1) KO. ausspricht, daß durch den Zwangsausgleich der Gemeinschuldner von der Verpflichtung zum Ersatz des Ausfalls befreit wird, bildet die Berufung darauf eine Einwendung gegen den Anspruch im Sinne des § 35 EO. (SZ. XXXI 58). Die gegenteilige Meinung des Beklagten trifft also nicht zu.

#### **Anmerkung**

Z39041

#### **Schlagworte**

Exekution, Wegfall des Gründes der Unzulässigkeit einer - während des, Verfahrens über eine Klage nach § 35 oder § 36 EO., Exekutionsvollzug, neuerlicher, Zustellung des Beschlusses auf, Bewilligung des - als Mahnung gemäß § 156 (4) KO., Impugnationsklage, Wegfall des Gründes der Unzulässigkeit einer, Exekution während des Verfahrens über eine -, Konkurs, Zwangsausgleich, Zustellung des Beschlusses auf Bewilligung, des neuerlichen Vollzuges einer Exekution als Mahnung gemäß § 156 (4), KO., Mahnung nach § 156 (4) KO., Zustellung des Beschlusses auf neuerlichen, Exekutionsvollzug als -, Neuerlicher Vollzug einer Exekution, Zustellung des Beschlusses auf -, als Mahnung gemäß § 156 (4) KO., Oppositionsklage, Wegfall des Gründes der Unzulässigkeit einer, Exekution während des Verfahrens über eine -, Vollzug, neuerlicher einer Exekution, Zustellung des Beschlusses auf, Bewilligung des als Mahnung gemäß § 156 (4) KO., Zwangsausgleich, Zustellung des Beschlusses auf Bewilligung des, neuerlichen Vollzuges einer Exekution als Mahnung gemäß § 156 (4) KO.

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

ECLI:AT:OGH0002:1966:0030OB00026.66.0302.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19660302\_OGH0002\_0030OB00026\_6600000\_000

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