

# TE OGH 1998/12/16 30b145/98i

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 16.12.1998

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Vizepräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Hofmann als Vorsitzenden sowie durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Graf, Dr. Pimmer, Dr. Zechner und Dr. Sailer als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Helmut W\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Franz Pruckner, Rechtsanwalt in Zwettl, wider die beklagte Partei R\*\*\*\*\* reg. GenmbH, \*\*\*\*\* vertreten durch Dr. Franz Wielander, Rechtsanwalt in Gmünd, wegen Einwendungen gegen den Anspruch, infolge Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Landesgerichtes Krems an der Donau als Berufungsgerichtes vom 6. März 1998, GZ 2 R 229/97g-10, womit infolge Berufung der beklagten Partei das Urteil des Bezirksgerichtes Gmünd vom 5. September 1997, GZ 1 C 19/97a-6, abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Revision wird Folge gegeben.

Das angefochtene Urteil des Berufungsgerichtes wird dahin abgeändert, daß das Ersturteil mit der Maßgabe wiederhergestellt wird, daß der auf das Wiederaufleben der Forderung gestützte Anspruch, zu dessen Hereinbringung der beklagten Partei mit Beschluß des Erstgerichtes vom 20. Mai 1997, 1 E 1312/97d, gegen die klagende Partei die Exekution bewilligt wurde, nicht besteht.

Die beklagte Partei ist weiters schuldig, der klagenden Partei die mit S 25.688,92 (darin enthalten S 6.684,82 Umsatzsteuer und S 1.980 Barauslagen) bestimmten Kosten der Rechtsmittelverfahren binnen 14 Tagen bei Exekution zu ersetzen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Die beklagte Partei meldete im Konkurs über das Vermögen des Klägers (9 S 122/95d des Landesgerichtes Krems an der Donau) eine Forderung von S 1,153.056,20 an, die vom Masseverwalter und vom Gemeinschuldner mit S 1,053.056 anerkannt wurde. Nach dem am 17. 6. 1996 gerichtlich bestätigten Zwangsausgleich erhalten die Konkursgläubiger auf ihre Forderungen eine 20 %ige Quote, wobei 7 % binnen 6 Wochen ab Annahme, 4 % bis 31. 12. 1996, 3 % bis längstens 30. 6. 1997, 3 % bis längstens 31. 12. 1997 und 3 % bis längstens 28. 2. 1998 beim Masseverwalter zu erlegen sind.

Die erste Rate wurde bezahlt.

Das Konkursverfahren wurde erst mit Beschluß vom 10. 2. 1997 aufgehoben; das Edikt wurde am 14. 3. 1997 an der Gerichtstafel angeschlagen.

Bereits am 20. 2. 1997 richtete die beklagte Partei an den Kläger folgendes Schreiben, das dem damaligen Masseverwalter Dr. Oswin Hochstöger zugestellt wurde:

"Sie haben sich verpflichtet, für die Erfüllung der Quote des Zwangsausgleiches eine 4 %ige Rate bis 31. 12. 1996 zu

bezahlen. Da diese Rate bisher nicht bei uns eingetroffen ist, setzen wir Ihnen zur Einzahlung eine letzte Frist bis zum 7. März 1997 bei sonstigem Wiederaufleben der Forderung."

Der Vertreter des Klägers, Rechtsanwalt Dr. Franz Pruckner, teilte der beklagten Partei mit Schreiben vom 4. 4. 1997 mit:

"Bekanntlich wurde bereits am 6. 3. 1996 von den Gläubigern im Konkurs meines Mandanten der Zwangsausgleich angenommen. Demnach wäre bis 31. 12. 1996 eine weitere 4 %ige Quote zu bezahlen gewesen. Die erste Quote von 7 % wurde ja bekanntlich vom Masseverwalter ausbezahlt. Obwohl nunmehr seit Abschluß des Zwangsausgleiches bereits über ein Jahr vergangen ist, wurde das Konkursverfahren erst mit Beschluß vom 10. 2. 1997, Edikt angeschlagen am 14. 3. 1997, aufgehoben. Es war daher meinem Mandanten aufgrund der geschilderten Situation praktisch unmöglich, aus eigener Erwerbstätigkeit so viel zu verdienen, daß er die bereits am 31. 12. 1996 fällig gewesene Quote von 4 % bezahlen konnte. Ich habe Sie daher namens meines Mandanten zu ersuchen, in Abänderung zu dem angenommenen und bestätigten Zwangsausgleich die Zustimmung zu erteilen, daß die am 31. 12. 1996 fällig gewesene Quote von 4 % zusätzlich zu der letzten Quote, welche am 28. 2. 1998 fällig ist, bezahlt werden kann. Mein Mandant würde dann zu diesem Termin statt 3 % 7 % überweisen. Die Quoten von 3 % fällig am 30. 6. und 31. 12. 1997 wird mein Mandant fristgerecht bezahlen, da nunmehr vom Konkursgericht eben die Konkursaufhebung verfügt wurde. Ich darf Sie daher um Ihre geschätzte Zustimmung zu dieser Vorgangsweise ersuchen und weise nochmals darauf hin, daß die für meinen Mandanten nunmehr schwierige Situation dadurch verursacht wurde, daß nicht wie in anderen Verfahren üblich, nach Annahme und Bestätigung des Zwangsausgleiches eine rasche Konkursaufhebung erfolgte."

Die beklagte Partei lehnte dies mit Schreiben ihres Vertreters Rechtsanwalt Dr. Franz Wielander vom 2. 5. 1997 ab; die beklagte Partei könne dem Verlangen auf weitere Stundung bedauerlicherweise nicht näher treten, vielmehr sei relatives Wiederaufleben der Gesamtforderung geltend zu machen.

Mit Schreiben vom 14. 5. 1997 teilte der Vertreter der beklagten Partei dem Vertreter des Klägers mit, "daß Wiederaufleben im Umfang von 65 %, also S 684.486,50 eingetreten ist und wurde in diesem Umfang auch Exekutionsantrag gestellt. Ohne Präjudiz wäre die R\*\*\*\*\* bereit, die Berichtigung der im obigen Umfang wiederaufgelegten Forderung mit einem pauschalen, insoweit außergerichtlichen Vergleichsbetrag von S 400.000, der bis 31. 5. 1997 zu erlegen wäre, als erledigt anzusehen".

Darauf antwortete der Vertreter des Klägers mit Schreiben vom 15. 5. 1997, daß der Kläger "nicht bereit ist, mehr zu bezahlen, als er aufgrund des bestätigten Zwangsausgleiches verpflichtet ist. Das heißt, er wäre bereit, die 4 %ige Quote sofort zu überweisen, falls [die beklagte Partei] ihr Einverständnis bekundet, daß dann in der Folge gemäß Zwangsausgleich die restlichen Raten bezahlt werden können und darüber hinaus nichts verlangt wird. Ich darf darauf hinweisen, daß ich im Falle der Zustellung einer Exekutionsbewilligung beauftragt bin, dagegen sofort eine Oppositionsklage einzubringen, da die Forderung nicht über die fällige Quote hinaus geltend gemacht werden kann. Meinem Mandanten wurde kein Schreiben, welches als qualifizierte Mahnung nach § 156 Abs 4 KO anzusehen ist, zugestellt. Ich darf in diesem Zusammenhang darauf hinweisen, daß bis zur Konkursaufhebung im März d. J. eine Postsperre bestand und daher allfällige Schreiben dem Masseverwalter zugestellt wurden. Im übrigen war wegen des anhängigen Konkurses meinem Mandanten die Bezahlung der am 31. 12. 1996 fälligen 4 %igen Quote auch rechtlich verwehrt". Darauf antwortete der Vertreter des Klägers mit Schreiben vom 15. 5. 1997, daß der Kläger "nicht bereit ist, mehr zu bezahlen, als er aufgrund des bestätigten Zwangsausgleiches verpflichtet ist. Das heißt, er wäre bereit, die 4 %ige Quote sofort zu überweisen, falls [die beklagte Partei] ihr Einverständnis bekundet, daß dann in der Folge gemäß Zwangsausgleich die restlichen Raten bezahlt werden können und darüber hinaus nichts verlangt wird. Ich darf darauf hinweisen, daß ich im Falle der Zustellung einer Exekutionsbewilligung beauftragt bin, dagegen sofort eine Oppositionsklage einzubringen, da die Forderung nicht über die fällige Quote hinaus geltend gemacht werden kann. Meinem Mandanten wurde kein Schreiben, welches als qualifizierte Mahnung nach Paragraph 156, Absatz 4, KO anzusehen ist, zugestellt. Ich darf in diesem Zusammenhang darauf hinweisen, daß bis zur Konkursaufhebung im März d. J. eine Postsperre bestand und daher allfällige Schreiben dem Masseverwalter zugestellt wurden. Im übrigen war wegen des anhängigen Konkurses meinem Mandanten die Bezahlung der am 31. 12. 1996 fälligen 4 %igen Quote auch rechtlich verwehrt".

Das Erstgericht bewilligte mit Beschluß vom 20. 5. 1997, 1 E 1312/97d-1, die Forderungs- und Fahrnisexekution aufgrund des Auszuges aus dem Anmeldeverzeichnis über eine Kapitalforderung von S 684.486,50.

Der Kläger begehrt die Aufhebung dieser Exekutionsbewilligung, weil keine qualifizierte Mahnung im Sinn des § 156 Abs 4 KO erfolgt sei. Die Mahnung vom 20. 2. 1997 sei unzulässig gewesen, weil damals der Konkurs über das Vermögen des Klägers noch anhängig gewesen sei; sie sei nur dem damaligen Masseverwalter am 25. 2. 1997 zugestellt worden und enthalte nicht die Höhe des geforderten Betrags; die bis 7. 3. 1997 gewährte Nachfrist entspreche nicht § 156 Abs 4 KO, wonach der Gläubiger dem Schuldner eine mindestens 14tägige Nachfrist einzuräumen habe. Der Kläger begehrt die Aufhebung dieser Exekutionsbewilligung, weil keine qualifizierte Mahnung im Sinn des Paragraph 156, Absatz 4, KO erfolgt sei. Die Mahnung vom 20. 2. 1997 sei unzulässig gewesen, weil damals der Konkurs über das Vermögen des Klägers noch anhängig gewesen sei; sie sei nur dem damaligen Masseverwalter am 25. 2. 1997 zugestellt worden und enthalte nicht die Höhe des geforderten Betrags; die bis 7. 3. 1997 gewährte Nachfrist entspreche nicht Paragraph 156, Absatz 4, KO, wonach der Gläubiger dem Schuldner eine mindestens 14tägige Nachfrist einzuräumen habe.

Die beklagte Partei wendete ein, der Masseverwalter habe das ihm am 25. 2. 1997 zugekommene Mahnschreiben der beklagten Partei vom 20. 2. 1997 dem Kläger weitergeleitet, dem es am nächsten oder übernächsten Tag zugekommen sei. Im Hinblick auf die folgende Korrespondenz und die mehrfache eingeräumte Frist sei dem Gedanken des § 156 Abs 4 KO Rechnung getragen worden; die Forderung sei wieder aufgelebt. Die beklagte Partei wendete ein, der Masseverwalter habe das ihm am 25. 2. 1997 zugekommene Mahnschreiben der beklagten Partei vom 20. 2. 1997 dem Kläger weitergeleitet, dem es am nächsten oder übernächsten Tag zugekommen sei. Im Hinblick auf die folgende Korrespondenz und die mehrfache eingeräumte Frist sei dem Gedanken des Paragraph 156, Absatz 4, KO Rechnung getragen worden; die Forderung sei wieder aufgelebt.

Das Erstgericht erklärte die Exekution für unzulässig; es stellte neben dem bereits eingangs wiedergegebenen Sachverhalt fest, das Mahnschreiben der beklagten Partei vom 20. 2. 1997 sei dem damaligen Masseverwalter im Konkurs über das Vermögen des Klägers am 25. 2. 1997 zugekommen. In rechtlicher Hinsicht führte das Erstgericht aus, durch den rechtskräftig bestätigten Zwangsausgleich werde der Gemeinschuldner von der Verbindlichkeit befreit, seinen Gläubigern den Ausfall, den sie erleiden, nachträglich zu ersetzen. Die im Ausgleich gewährten Zugeständnisse seien grundsätzlich endgültig und dauernd. Die Befreiung des Schuldners gewährten die Gläubiger unter der selbstverständlichen Voraussetzung, daß der Ausgleich pünktlich und vollständig erfüllt werde. Bei Verzug der Erfüllung des Ausgleichs sei das Wiederaufleben auf volle Forderungshöhe und die Exekutionsführung aufgrund des Anmeldeverzeichnisses möglich. Gemäß § 156 Abs 4 KO sei der Nachlaß, den der Ausgleich gewähre, für diejenigen Gläubiger hinfällig, gegenüber denen der Schuldner mit der Erfüllung des Ausgleichs in Verzug gerate. Ein solcher Verzug sei erst anzunehmen, wenn der Schuldner eine fällige Verbindlichkeit trotz einer vom Gläubiger unter Einräumung einer mindestens 14tägigen Nachfrist an ihn gerichteten schriftlichen Mahnung nicht gezahlt hat. Die Mahnung müsse die Höhe des geforderten Betrages enthalten, weil der Schuldner eindringlich auf die drohenden schweren Folgen seines Verzugs hinzuweisen sei. Das Mahnschreiben vom 20. 2. 1997 erfülle diese Voraussetzung nicht. Weiters sei die bis 7. 3. 1997 gesetzte Nachfrist in Anbetracht der vorher zu tätigen Zustellung an den Masseverwalter zu kurz bemessen. Auch wenn die Setzung der Nachfrist unter Umständen durch Gewährung ersetzt werden könne, sei hier doch ein genaues Datum gesetzt worden, sodaß der Verpflichtete nicht damit rechnen mußte, daß er doch noch zahlen könne. Das Erstgericht erklärte die Exekution für unzulässig; es stellte neben dem bereits eingangs wiedergegebenen Sachverhalt fest, das Mahnschreiben der beklagten Partei vom 20. 2. 1997 sei dem damaligen Masseverwalter im Konkurs über das Vermögen des Klägers am 25. 2. 1997 zugekommen. In rechtlicher Hinsicht führte das Erstgericht aus, durch den rechtskräftig bestätigten Zwangsausgleich werde der Gemeinschuldner von der Verbindlichkeit befreit, seinen Gläubigern den Ausfall, den sie erleiden, nachträglich zu ersetzen. Die im Ausgleich gewährten Zugeständnisse seien grundsätzlich endgültig und dauernd. Die Befreiung des Schuldners gewährten die Gläubiger unter der selbstverständlichen Voraussetzung, daß der Ausgleich pünktlich und vollständig erfüllt werde. Bei Verzug der Erfüllung des Ausgleichs sei das Wiederaufleben auf volle Forderungshöhe und die Exekutionsführung aufgrund des Anmeldeverzeichnisses möglich. Gemäß Paragraph 156, Absatz 4, KO sei der Nachlaß, den der Ausgleich gewähre, für diejenigen Gläubiger hinfällig, gegenüber denen der Schuldner mit der Erfüllung des Ausgleichs in Verzug gerate. Ein solcher Verzug sei erst anzunehmen, wenn der Schuldner eine fällige Verbindlichkeit trotz einer vom Gläubiger unter Einräumung einer mindestens 14tägigen Nachfrist an ihn gerichteten

schriftlichen Mahnung nicht gezahlt hat. Die Mahnung müsse die Höhe des geforderten Betrages enthalten, weil der Schuldner eindringlich auf die drohenden schweren Folgen seines Verzugs hinzuweisen sei. Das Mahnschreiben vom 20. 2. 1997 erfülle diese Voraussetzung nicht. Weiters sei die bis 7. 3. 1997 gesetzte Nachfrist in Anbetracht der vorher zu tätigen Zustellung an den Masseverwalter zu kurz bemessen. Auch wenn die Setzung der Nachfrist unter Umständen durch Gewährung ersetzt werden könne, sei hier doch ein genaues Datum gesetzt worden, sodaß der Verpflichtete nicht damit rechnen mußte, daß er doch noch zahlen könne.

Schließlich müsse eine im Zwangsausgleich enthaltene Vereinbarung als unter der Bedingung geschlossen angesehen werden, daß der Konkurs zu diesem Zeitpunkt bereits rechtskräftig aufgehoben ist. Vor diesem Zeitpunkt könnten die zu erbringenden Leistungen nicht fällig und damit auch nicht mit der Wirkung des § 156 Abs 4 KO eingemahnt werden. Erst mit rechtskräftiger Konkursaufhebung erlangte der Gemeinschuldner wieder die freie Disposition über sein Vermögen; erst dann könnten die Gläubiger wieder ohne die Beschränkung des § 10 KO gegen ihn Exekution führen. Die Exekutionssperre erlösche jedenfalls nicht vor der öffentlichen Bekanntmachung des Aufhebungsbeschlusses. Im vorliegenden Fall sei zum Zeitpunkt der Zustellung des Mahnschreibens am 25. 2. 1997 der Masseverwalter seines Amtes noch nicht enthoben und das Edikt an der Gerichtstafel noch angeschlagen gewesen. Die zu erbringende Leistung sei daher noch nicht fällig gewesen und habe daher nicht mit der Wirkung des Wiederauflebens eingemahnt werden können. Schließlich müsse eine im Zwangsausgleich enthaltene Vereinbarung als unter der Bedingung geschlossen angesehen werden, daß der Konkurs zu diesem Zeitpunkt bereits rechtskräftig aufgehoben ist. Vor diesem Zeitpunkt könnten die zu erbringenden Leistungen nicht fällig und damit auch nicht mit der Wirkung des Paragraph 156, Absatz 4, KO eingemahnt werden. Erst mit rechtskräftiger Konkursaufhebung erlangte der Gemeinschuldner wieder die freie Disposition über sein Vermögen; erst dann könnten die Gläubiger wieder ohne die Beschränkung des Paragraph 10, KO gegen ihn Exekution führen. Die Exekutionssperre erlösche jedenfalls nicht vor der öffentlichen Bekanntmachung des Aufhebungsbeschlusses. Im vorliegenden Fall sei zum Zeitpunkt der Zustellung des Mahnschreibens am 25. 2. 1997 der Masseverwalter seines Amtes noch nicht enthoben und das Edikt an der Gerichtstafel noch angeschlagen gewesen. Die zu erbringende Leistung sei daher noch nicht fällig gewesen und habe daher nicht mit der Wirkung des Wiederauflebens eingemahnt werden können.

Das Berufungsgericht änderte dieses Urteil infolge Berufung der beklagten Partei dahin ab, daß es das Klagebegehren, die Exekutionsbewilligung des Erstgerichtes vom 20. 5. 1997, 1 E 1312/97d, werde aufgehoben, abwies; es ließ die ordentliche Revision zu, weil, soweit überblickbar, eine Rechtsprechung zur Frage des Vorliegens der Wiederauflebensvoraussetzungen dann, wenn keine allen von der Rechtsprechung geforderten Kriterien entsprechende, qualifizierte Mahnung erfolgt, der Schuldner jedoch ohnedies in Kenntnis aller relevanten Fakten ist, fehle.

In rechtlicher Hinsicht führte das Berufungsgericht aus, gemäß § 156 Abs 4 KO würden der Nachlaß und die sonstigen Begünstigungen, die der Ausgleich gewährt, für diejenigen Gläubiger hinfällig, gegenüber welchen der Schuldner mit der Erfüllung des Ausgleichs in Verzug gerät. Ein solcher Verzug sei erst anzunehmen, wenn der Schuldner eine fällige Verbindlichkeit trotz einer vom Gläubiger unter Einräumung einer mindestens 14tägigen Nachfrist an ihn gerichteten schriftlichen Mahnung nicht bezahlt hat. Gemäß § 156a Abs 2 KO bedürfe es, wenn der Gläubiger die Rechte geltend mache, die ihm bei Verzug des Schuldners zustehen, zur Bewilligung der Exekution nicht des Nachweises, daß sich der Schuldner im Verzug befindet. Es bleibe dem Ausgleichsschuldner überlassen, im Oppositionsprozeß nachzuweisen, daß mangels Eintrittes der Verzugsvoraussetzungen der die Quote übersteigende Forderungsteil nicht wieder aufgelebt ist. In rechtlicher Hinsicht führte das Berufungsgericht aus, gemäß Paragraph 156, Absatz 4, KO würden der Nachlaß und die sonstigen Begünstigungen, die der Ausgleich gewährt, für diejenigen Gläubiger hinfällig, gegenüber welchen der Schuldner mit der Erfüllung des Ausgleichs in Verzug gerät. Ein solcher Verzug sei erst anzunehmen, wenn der Schuldner eine fällige Verbindlichkeit trotz einer vom Gläubiger unter Einräumung einer mindestens 14tägigen Nachfrist an ihn gerichteten schriftlichen Mahnung nicht bezahlt hat. Gemäß Paragraph 156 a, Absatz 2, KO bedürfe es, wenn der Gläubiger die Rechte geltend mache, die ihm bei Verzug des Schuldners zustehen, zur Bewilligung der Exekution nicht des Nachweises, daß sich der Schuldner im Verzug befindet. Es bleibe dem Ausgleichsschuldner überlassen, im Oppositionsprozeß nachzuweisen, daß mangels Eintrittes der Verzugsvoraussetzungen der die Quote übersteigende Forderungsteil nicht wieder aufgelebt ist.

Vor rechtskräftiger Aufhebung des Konkurses könnten die aufgrund des rechtskräftig bestätigten Zwangsausgleichs an die nicht bevorrechteten Gläubiger zu erbringenden Leistungen nicht fällig und damit auch nicht mit Verwirkung des

Wiederauflebens eingemahnt werden. Denn eine im Zwangsausgleich enthaltene Vereinbarung, daß der Gemeinschuldner zu einem bestimmten Termin Zahlungen zu leisten habe, gelte als unter der Bedingung geschlossen, daß der Konkurs zu diesem Zeitpunkt bereits rechtskräftig aufgehoben ist. Die qualifizierte Mahnung habe auf den Ausgleich Bezug zu nehmen und die Höhe des geforderten Betrages zu enthalten. Nur die Setzung der Nachfrist könne unter Umständen durch ihre Gewährung ersetzt werden. Diese Vorschrift habe den Zweck, den Schuldner eindringlich auf die drohenden schweren Folgen seines Verzuges hinzuweisen. Wegen der schwerwiegenden Folgen müsse die Mahnung daher auch die Höhe des geforderten Betrages enthalten. Eine Mahnung, die nicht auf den Ausgleich Bezug nehme, genüge nicht.

Auszugehen sei davon, daß der Konkursaufhebungsbeschluß am 14. 3. 1997 an der Gerichtstafel angeschlagen wurde und die Aufhebung daher mit Ablauf der am 28. 3. 1997 endenden Rekursfrist rechtskräftig wurde. Zum Zeitpunkt des Mahnschreibens der beklagten Partei vom 20. 2. 1997 sei daher die nach dem Zwangsausgleich am 31. 12. 1996 zu zahlende zweite Quote im Ausmaß von 4 % noch nicht fällig gewesen, weshalb dieses Schreiben vom 20. 2. 1997 nicht geeignet gewesen sei, die Wirkungen des Wiederauflebens auszulösen. Mit diesem Schreiben werde auf den Zwangsausgleich, die Höhe der Rate in Prozentsätzen und die Fälligkeit der Rate verwiesen und dem Schuldner, wenn auch unter zu kurzer Fristsetzung, das Wiederaufleben der Forderung angedroht. Das Schreiben sei daher ansonsten grundsätzlich geeignet, auf die drohenden schweren Folgen des Verzuges hinzuweisen, zumal sich die ziffernmäßige Höhe des geforderten Betrages aufgrund des angegebenen Prozentsatzes durch eine einfache Rechenoperation ermitteln lasse.

Wenn auch dieses Schreiben vom 20. 2. 1997 mangels Fälligkeit der zweiten Rate nicht geeignet gewesen sei, Wiederaufleben auszulösen, so zeige doch die diesem Schreiben folgende Korrespondenz der Parteien, daß sich der Kläger als Schuldner der auf ihn zukommenden Gefahr des Wiederauflebens voll und ganz bewußt gewesen sei. Richtig sei zwar, daß der Kläger nach der mit der Rechtskraft des Konkursaufhebungsbeschlusses eingetretenen Fälligkeit der zweiten Rate kein den Erfordernissen des § 156 Abs 4 KO entsprechendes Mahnschreiben erhalten habe. Der Kläger sei sich aber bereits lange vor Konkursaufhebung, nämlich spätestens ab Ende Februar/Anfang März 1997 bewußt gewesen, daß die zweite Rate nach dem Inhalt des Zwangsausgleichs bereits am 31. 12. 1996 fällig gewesen wäre, er sie mangels finanzieller Mittel nicht bezahlen konnte, und daß die Gläubigerin unter Androhung der Folgen des Wiederauflebens auf Zahlung drängte, weshalb der Kläger um Zustimmung der beklagten Partei zur Stundung der zweiten Ausgleichsrate ersucht habe. Zum Zeitpunkt des Eintritts der Fälligkeit der zweiten Rate mit Rechtskraft der Konkursaufhebung - die Rechtskraft wurde am 9. 4. 1997 bestätigt - sei sich der Kläger somit sowohl des eingetretenen Verzuges als auch der damit verbundenen Folge des Wiederauflebens vollinhaltlich bewußt gewesen. Von der Bestätigung der Rechtskraft der Konkursaufhebung bis zur Exekutionsbewilligung vom 20. 5. 1997 seien dann noch knapp sechs Wochen verstrichen, in denen trotz eingetretener Fälligkeit Zahlung nicht geleistet worden sei. Dieser Zeitraum sei als tatsächlich gewährte Nachfrist anzusehen. Es könne nicht angehen, daß ein Schuldner, der sich des Verzuges und dessen Folgen über einen mehrmonatigen Zeitraum voll bewußt ist, aus dem Umstand, daß sich die Konkursaufhebung im vorliegenden Fall aus verschiedenen Gründen sehr verzögerte, der Eintritt der Fälligkeit der zweiten Ausgleichsrate damit ohnehin weit hinausgeschoben wurde, einen Vorteil dahin zieht, daß er unter Hinweis auf den Mangel einer qualifizierten Mahnung die Zahlung weiterhin verweigert. Auch hieße es, die Anforderungen an den Gläubiger zu überspannen, wollte man von ihm, nachdem er bereits, wenn auch vor Konkursaufhebung, ein qualifiziertes Mahnschreiben an den Schuldner geschickt hat, dieser im Antwortschreiben die Forderung keineswegs bestreitet, sondern lediglich unter Hinweis auf finanzielle Schwierigkeiten um Stundung ersucht und damit zu erkennen gibt, daß er sich seiner Säumnis und der Folgen bewußt ist, nach dem vom Gläubiger unbeeinflussbaren Umständen abhängigen Eintritt der Fälligkeit neuerlich das Abschieken eines Mahnschreibens im Sinne des § 156 Abs 4 KO verlangen. Die Frage, wann das Mahnschreiben vom 20. 2. 1997 dem Kläger tatsächlich zugekommen ist, sei irrelevant, sodaß auf die geltend gemachte Mangelhaftigkeit des Verfahrens erster Instanz nicht weiter einzugehen sei. Wenn auch dieses Schreiben vom 20. 2. 1997 mangels Fälligkeit der zweiten Rate nicht geeignet gewesen sei, Wiederaufleben auszulösen, so zeige doch die diesem Schreiben folgende Korrespondenz der Parteien, daß sich der Kläger als Schuldner der auf ihn zukommenden Gefahr des Wiederauflebens voll und ganz bewußt gewesen sei. Richtig sei zwar, daß der Kläger nach der mit der Rechtskraft des Konkursaufhebungsbeschlusses eingetretenen Fälligkeit der zweiten Rate kein den Erfordernissen des Paragraph 156, Absatz 4, KO entsprechendes Mahnschreiben erhalten habe. Der Kläger sei sich aber bereits lange vor Konkursaufhebung, nämlich spätestens ab Ende Februar/Anfang März 1997 bewußt gewesen, daß die zweite Rate nach dem Inhalt des Zwangsausgleichs bereits am

31. 12. 1996 fällig gewesen wäre, er sie mangels finanzieller Mittel nicht bezahlen konnte, und daß die Gläubigerin unter Androhung der Folgen des Wiederauflebens auf Zahlung drängte, weshalb der Kläger um Zustimmung der beklagten Partei zur Stundung der zweiten Ausgleichsrate ersucht habe. Zum Zeitpunkt des Eintritts der Fälligkeit der zweiten Rate mit Rechtskraft der Konkursaufhebung - die Rechtskraft wurde am 9. 4. 1997 bestätigt - sei sich der Kläger somit sowohl des eingetretenen Verzuges als auch der damit verbundenen Folge des Wiederauflebens vollinhaltlich bewußt gewesen. Von der Bestätigung der Rechtskraft der Konkursaufhebung bis zur Exekutionsbewilligung vom 20. 5. 1997 seien dann noch knapp sechs Wochen verstrichen, in denen trotz eingetretener Fälligkeit Zahlung nicht geleistet worden sei. Dieser Zeitraum sei als tatsächlich gewährte Nachfrist anzusehen. Es könne nicht angehen, daß ein Schuldner, der sich des Verzuges und dessen Folgen über einen mehrmonatigen Zeitraum voll bewußt ist, aus dem Umstand, daß sich die Konkursaufhebung im vorliegenden Fall aus verschiedenen Gründen sehr verzögerte, der Eintritt der Fälligkeit der zweiten Ausgleichsrate damit ohnehin weit hinausgeschoben wurde, einen Vorteil dahin zieht, daß er unter Hinweis auf den Mangel einer qualifizierten Mahnung die Zahlung weiterhin verweigert. Auch hieße es, die Anforderungen an den Gläubiger zu überspannen, wollte man von ihm, nachdem er bereits, wenn auch vor Konkursaufhebung, ein qualifiziertes Mahnschreiben an den Schuldner geschickt hat, dieser im Antwortschreiben die Forderung keineswegs bestreitet, sondern lediglich unter Hinweis auf finanzielle Schwierigkeiten um Stundung ersucht und damit zu erkennen gibt, daß er sich seiner Säumnis und der Folgen bewußt ist, nach dem vom Gläubiger unbeeinflussbaren Umständen abhängigen Eintritt der Fälligkeit neuerlich das Abschicken eines Mahnschreibens im Sinne des Paragraph 156, Absatz 4, KO verlangen. Die Frage, wann das Mahnschreiben vom 20. 2. 1997 dem Kläger tatsächlich zugekommen ist, sei irrelevant, sodaß auf die geltend gemachte Mangelhaftigkeit des Verfahrens erster Instanz nicht weiter einzugehen sei.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision ist berechtigt.

Die Besonderheit des hier zu beurteilenden Falles liegt darin, daß nach dem Inhalt des am 17. 6. 1996 gerichtlich bestätigten Zwangsausgleichs die zweite Rate, durch deren Nichtzahlung nach Meinung der beklagten Partei Wiederaufleben der gesamten restlichen Forderung eingetreten ist, bereits am 31. 12. 1996 fällig war, der Konkurs erst am 28. 3. 1997 rechtskräftig aufgehoben wurde.

Durch die Konkurseröffnung wird das gesamte, der Exekution unterworfenene Vermögen (Konkursmasse) des Gemeinschuldners seiner freien Verfügung entzogen (§ 1 KO). Er ist daher nicht berechtigt, Massevermögen zur Befriedigung seiner Gläubiger zu verwenden und an diese Zahlung zu leisten. Erst mit rechtskräftiger Konkursaufhebung erlangt der Gemeinschuldner wieder die freie Disposition über sein Vermögen (§ 59 KO), und die Gläubiger können wieder ohne die Beschränkung des § 10 KO gegen ihn Exekution führen (§ 61 KO). Das bedeutet, daß der Gemeinschuldner vor rechtskräftiger Konkursaufhebung zur Erfüllung eines Zwangsausgleiches regelmäßig nicht in der Lage sein wird und dazu auch nicht gezwungen werden kann. Daher muß eine im Zwangsausgleich enthaltene Vereinbarung, daß der Gemeinschuldner zu einem bestimmten Termin Zahlung zu leisten habe, als unter der Bedingung geschlossen angesehen werden, daß der Konkurs zu diesem Zeitpunkt bereits rechtskräftig aufgehoben ist. Vor diesem Zeitpunkt können die nach dem rechtskräftig bestätigten Zwangsausgleich an die nicht bevorrechteten Gläubiger zu erbringenden Leistungen nicht fällig und damit auch nicht mit der Wirkung des Wiederauflebens im Sinne des § 156 Abs 4 KO (welcher offenbar vom Regelfall ausgeht, daß zur vereinbarten Zahlungszeit der Konkurs bereits aufgehoben ist) eingemahnt werden (EvBl 1981/42 mwN; SZ 19/282). Durch die Konkurseröffnung wird das gesamte, der Exekution unterworfenene Vermögen (Konkursmasse) des Gemeinschuldners seiner freien Verfügung entzogen (Paragraph eins, KO). Er ist daher nicht berechtigt, Massevermögen zur Befriedigung seiner Gläubiger zu verwenden und an diese Zahlung zu leisten. Erst mit rechtskräftiger Konkursaufhebung erlangt der Gemeinschuldner wieder die freie Disposition über sein Vermögen (Paragraph 59, KO), und die Gläubiger können wieder ohne die Beschränkung des Paragraph 10, KO gegen ihn Exekution führen (Paragraph 61, KO). Das bedeutet, daß der Gemeinschuldner vor rechtskräftiger Konkursaufhebung zur Erfüllung eines Zwangsausgleiches regelmäßig nicht in der Lage sein wird und dazu auch nicht gezwungen werden kann. Daher muß eine im Zwangsausgleich enthaltene Vereinbarung, daß der Gemeinschuldner zu einem bestimmten Termin Zahlung zu leisten habe, als unter der Bedingung geschlossen angesehen werden, daß der Konkurs zu diesem Zeitpunkt bereits rechtskräftig aufgehoben ist. Vor diesem Zeitpunkt können die nach dem rechtskräftig bestätigten Zwangsausgleich an die nicht bevorrechteten Gläubiger zu

erbringenden Leistungen nicht fällig und damit auch nicht mit der Wirkung des Wiederauflebens im Sinne des Paragraph 156, Absatz 4, KO (welcher offenbar vom Regelfall ausgeht, daß zur vereinbarten Zahlungszeit der Konkurs bereits aufgehoben ist) eingemahnt werden (EvBl 1981/42 mwN; SZ 19/282).

Da der Konkurs erst mit 28. 3. 1997 nach § 157 KO rechtskräftig aufgehoben wurde, trat die Fälligkeit der hier strittigen zweiten Ausgleichsrate erst mit Ablauf dieses Tages ein, denn erst in diesem Zeitpunkt war der frühere Gemeinschuldner wieder rechtlich in der Lage, über sein Vermögen zu verfügen. Die bereits vorher erfolgte Mahnung nach § 156 Abs 4 KO ist ohne Wirkung (EvBl 1981/42 ua; vgl zur Mahnung nach § 53 AO JBl 1992, 193 [Buchegger]). Da der Konkurs erst mit 28. 3. 1997 nach Paragraph 157, KO rechtskräftig aufgehoben wurde, trat die Fälligkeit der hier strittigen zweiten Ausgleichsrate erst mit Ablauf dieses Tages ein, denn erst in diesem Zeitpunkt war der frühere Gemeinschuldner wieder rechtlich in der Lage, über sein Vermögen zu verfügen. Die bereits vorher erfolgte Mahnung nach Paragraph 156, Absatz 4, KO ist ohne Wirkung (EvBl 1981/42 ua; vergleiche zur Mahnung nach Paragraph 53, AO JBl 1992, 193 [Buchegger]).

Unstrittig ist davon auszugehen, daß nach rechtskräftiger Aufhebung des Konkurses dem früheren Gemeinschuldner kein inhaltlich den Kriterien des § 156 Abs 4 KO entsprechendes Mahnschreiben zugekommen ist. Das von der beklagten Partei behauptete, von den Vorinstanzen jedoch nicht festgestellte Zugehen des Mahnschreibens vom 20. 2. 1997 an den Kläger wäre auch weit davor, nämlich Ende Februar 1997 erfolgt. Unstrittig ist davon auszugehen, daß nach rechtskräftiger Aufhebung des Konkurses dem früheren Gemeinschuldner kein inhaltlich den Kriterien des Paragraph 156, Absatz 4, KO entsprechendes Mahnschreiben zugekommen ist. Das von der beklagten Partei behauptete, von den Vorinstanzen jedoch nicht festgestellte Zugehen des Mahnschreibens vom 20. 2. 1997 an den Kläger wäre auch weit davor, nämlich Ende Februar 1997 erfolgt.

Entgegen der Rechtsansicht des Berufungsgerichtes ist auch aufgrund des nachfolgenden Verhaltens der Streitteile nach Aufhebung des Konkurses nicht davon auszugehen, daß nunmehr die Voraussetzungen des § 156 Abs 4 KO erfüllt sind. Entgegen der Rechtsansicht des Berufungsgerichtes ist auch aufgrund des nachfolgenden Verhaltens der Streitteile nach Aufhebung des Konkurses nicht davon auszugehen, daß nunmehr die Voraussetzungen des Paragraph 156, Absatz 4, KO erfüllt sind.

Die Vorschrift des § 156 Abs 4 KO hat den Zweck, den Schuldner eindringlich auf die drohenden schweren Folgen seines Verzuges hinzuweisen. Wegen der schwerwiegenden Folgen muß die Mahnung daher auch die Höhe des geforderten Betrages enthalten und auf den Ausgleich Bezug nehmen. Nur bei der Nachfrist genügt unter Umständen die tatsächliche Gewährung (RZ 1989/44 mwN). Die Mahnung kann auch nicht durch Exekutionsführung ersetzt werden (SZ 39/41). Die Vorschrift des Paragraph 156, Absatz 4, KO hat den Zweck, den Schuldner eindringlich auf die drohenden schweren Folgen seines Verzuges hinzuweisen. Wegen der schwerwiegenden Folgen muß die Mahnung daher auch die Höhe des geforderten Betrages enthalten und auf den Ausgleich Bezug nehmen. Nur bei der Nachfrist genügt unter Umständen die tatsächliche Gewährung (RZ 1989/44 mwN). Die Mahnung kann auch nicht durch Exekutionsführung ersetzt werden (SZ 39/41).

Hier hat der Schuldner keineswegs jemals die Fälligkeit der Forderung anerkannt, sondern auf die für ihn schwierige Situation hingewiesen, weil es ihm wegen des erst am 14. 3. 1997 erfolgten Anschlags des Beschlusses über die Aufhebung des Konkurses praktisch unmöglich gewesen sei, aus eigener Erwerbtätigkeit so viel zu verdienen, daß er die am 31. 12. 1996 fällige Quote von 4 % hätte bezahlen können. Hier kann nicht davon die Rede sein, daß eine Mahnung im Sinn des § 156 Abs 4 KO nicht mehr erforderlich gewesen wäre. Eine eindringliche, ausdrückliche Mahnung mit Nachfristsetzung ist gerade in einem solchen Fall Voraussetzung für das Wiederaufleben der Forderung. Hier hat der Schuldner keineswegs jemals die Fälligkeit der Forderung anerkannt, sondern auf die für ihn schwierige Situation hingewiesen, weil es ihm wegen des erst am 14. 3. 1997 erfolgten Anschlags des Beschlusses über die Aufhebung des Konkurses praktisch unmöglich gewesen sei, aus eigener Erwerbtätigkeit so viel zu verdienen, daß er die am 31. 12. 1996 fällige Quote von 4 % hätte bezahlen können. Hier kann nicht davon die Rede sein, daß eine Mahnung im Sinn des Paragraph 156, Absatz 4, KO nicht mehr erforderlich gewesen wäre. Eine eindringliche, ausdrückliche Mahnung mit Nachfristsetzung ist gerade in einem solchen Fall Voraussetzung für das Wiederaufleben der Forderung.

In Stattgebung der Revision des Klägers war daher das Ersturteil wiederherzustellen, wobei bei Fassung des Urteilsspruchs darauf Bedacht zu nehmen war, daß mit Oppositionsklage geltend zu machen ist, daß mangels Eintritts

der Verzugsvoraussetzungen der die Quote übersteigende Forderungsteil nicht wiederaufgelebt ist (SZ 64/46; SZ 60/181).

Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 41, 50 ZPO. Die Kostenentscheidung gründet sich auf die Paragraphen 41,, 50 ZPO.

**Anmerkung**

E52454 03A01458

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:1998:0030OB00145.98I.1216.000

**Dokumentnummer**

JJT\_19981216\_OGH0002\_0030OB00145\_98I0000\_000

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

© 2025 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)