

# TE OGH 2008/2/28 8Ob13/08g

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 28.02.2008

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch die Vizepräsidentin des Obersten Gerichtshofs Hon.-Prof. Dr. Langer als Vorsitzende, die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Spenling und Dr. Kuras und die Hofräatinnen des Obersten Gerichtshofs Dr. Lovrek und Dr. Glawischnig als weitere Richter in der Konkurrenzsache der A\*\*\*\*\* KEG, \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Peter Krassnig, Rechtsanwalt in Klagenfurt, über den „außerordentlichen“ Revisionsrekurs der Gemeinschuldnerin gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Graz vom 5. Dezember 2007, GZ 3 R 1185/07m, 3 R 186/07h-39, womit der Rekurs der Gemeinschuldnerin gegen die vom Landesgericht Klagenfurt im Verfahren AZ 41 S 53/07b am 12. November 2007 abgehaltene Zwangsausgleichstagsatzung und gegen den vom Landesgericht Klagenfurt am 12. November 2007 dem Masseverwalter erteilten Auftrag zur Fortsetzung des Verwertungsverfahrens zurückgewiesen wurde, den Beschluss

gefasst:

## Spruch

Der Revisionsrekurs wird zurückgewiesen.

## Text

Begründung:

Über das Vermögen der Gemeinschuldnerin wurde mit Beschluss vom 5. 6. 2007 Konkurs eröffnet.

Am 14. 8. 2007 langte beim Erstgericht ein Antrag der Gemeinschuldnerin auf Abschluss eines Zwangsausgleichs ein, der unter anderem eine 20 %ige Quote vorsah.

Mit Beschluss vom 12. 10. 2007 beraumte das Erstgericht die Tagsatzung zur Verhandlung und Beschlussfassung über den Zwangsausgleich für den 12. 11. 2007 an.

Am Freitag, dem 9. 11. 2007 ersuchte der einzige unbeschränkt haftende Gesellschafter der Gemeinschuldnerin unter Hinweis auf eine aufgetretene Erkrankung mittels Telefax um Vertagung der Zwangsausgleichstagsatzung.

Am Tag der Zwangsausgleichstagsatzung um 9.58 Uhr langte beim Erstgericht ein Schriftsatz der Gemeinschuldnerin per Telefax ein, in dem der Antrag auf Abberaumung der für den gleichen Tag anberaumten Zwangsausgleichstagsatzung gestellt wurde. Auch in diesem Antrag wurde auf die plötzlich aufgetretene Erkrankung des unbeschränkt haftenden Gesellschafters verwiesen. Das Original dieses Schriftsatzes erreichte das Erstgericht am 14. 11. 2007. Die Zwangsausgleichs- und Rechnungslegungstagsatzung fand am 12. 11. 2007 ab 12 Uhr statt. Im Protokoll dieser Zwangsausgleichstagsatzung ist festgehalten, dass das Ausbleiben des Geschäftsführers der Gemeinschuldnerin nach § 145 Abs 3 KO aufgrund der Erkrankung für gerechtfertigt erachtet wird. Die Vertreterin der Gemeinschuldnerin nahm an dieser Zwangsausgleichstagsatzung teil. Am Tag der Zwangsausgleichstagsatzung um 9.58 Uhr langte beim Erstgericht ein Schriftsatz der Gemeinschuldnerin per Telefax ein, in dem der Antrag auf

Abberaumung der für den gleichen Tag anberaumten Zwangsausgleichstagsatzung gestellt wurde. Auch in diesem Antrag wurde auf die plötzlich aufgetretene Erkrankung des unbeschränkt haftenden Gesellschafters verwiesen. Das Original dieses Schriftsatzes erreichte das Erstgericht am 14. 11. 2007. Die Zwangsausgleichs- und Rechnungslegungstagsatzung fand am 12. 11. 2007 ab 12 Uhr statt. Im Protokoll dieser Zwangsausgleichstagsatzung ist festgehalten, dass das Ausbleiben des Geschäftsführers der Gemeinschuldnerin nach Paragraph 145, Absatz 3, KO aufgrund der Erkrankung für gerechtfertigt erachtet wird. Die Vertreterin der Gemeinschuldnerin nahm an dieser Zwangsausgleichstagsatzung teil.

Sämtliche anwesende Gläubiger stimmten gegen den Zwangsausgleich. Im Protokoll ist ferner festgehalten, dass das Erstgericht den Masseverwalter ersuche, das Verwertungsverfahren fortzusetzen. Am 26. 11. 2007 er hob die Gemeinschuldnerin zunächst durch Telefax, in der Folge durch Vorlage des Originals verbessert, Rekurs gegen den „Nichtbeschluss“ vom 12. November 2007, wodurch die Verhandlung und Beschlussfassung über den Ausgleich ohne Anwesenheit des zur Vertretung berufenen Organs der Gemeinschuldnerin zugelassen wurde und gegen den „Nichtbeschluss“ vom 12. November 2007, mit welchem der Masseverwalter ersucht wurde, das Verwertungsverfahren fortzusetzen. Das Rekursgericht wies den Rekurs zurück.

Es sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 20.000 EUR übersteigt und der ordentliche Revisionsrekurs nicht zulässig sei. Inhaltlich ging das Rekursgericht davon aus, dass der Rekurs schon deshalb unzulässig sei, weil er sich ausdrücklich und wiederholt gegen „Nichtbeschlüsse“ des Erstgerichts richte. Gegen Nichtbeschlüsse seien Rechtsmittel unzulässig.

Selbst wenn man aber nicht am Wortlaut des Rechtsmittels hafte, sondern versuche, anhand des Inhalts der Rekursausführungen zu ermitteln, welchen Entscheidungen des Erstgerichts entgegen getreten werden solle, sei für die Gemeinschuldnerin nichts zu gewinnen: Im Kern richte sich der Rekurs dagegen, dass das Erstgericht die Zwangsausgleichstagsatzung trotz gerechtfertigter Abwesenheit des unbeschränkt haftenden Gesellschafters der Gemeinschuldnerin nicht erstreckt oder verlegt habe. Im bloßen Durchführen der schon lange anberaumten Zwangsausgleichstagsatzung liege keine ausdrückliche Ausübung gerichtlicher Entscheidungsgewalt in Beschlussform. Es fehle daher an einem bekämpfbaren Beschluss des Erstgerichts. In der Folge setzte sich das Rekursgericht ausführlich inhaltlich mit den Rekursausführungen auseinander und gelangte nach einer umfassenden rechtlichen Beurteilung zum Ergebnis, dass der Rekurs auch inhaltlich unberechtigt sei, weil § 145 Abs 3 KO keine amtswegige Verlegung der Zwangsausgleichstagsatzung vorsehe, sondern nur die Sanktion der Antragsrückziehung bei nicht gerechtfertigter Verhinderung des Gemeinschuldners anordne. Im konkreten Fall habe das Erstgericht mangels Vorliegens eines wirksam unterfertigten Vertagungsantrags gar keine Handhabe für eine Erstreckung der Tagsatzung gehabt. Das Erstgericht habe ohnedies die Entschuldigung des Gesellschafters für berechtigt erkannt. In diesem Fall reiche es, wenn der Gemeinschuldner in der Zwangsausgleichstagsatzung - wie hier - durch einen Vertreter vertreten sei. Selbst wenn man aber nicht am Wortlaut des Rechtsmittels hafte, sondern versuche, anhand des Inhalts der Rekursausführungen zu ermitteln, welchen Entscheidungen des Erstgerichts entgegen getreten werden solle, sei für die Gemeinschuldnerin nichts zu gewinnen: Im Kern richte sich der Rekurs dagegen, dass das Erstgericht die Zwangsausgleichstagsatzung trotz gerechtfertigter Abwesenheit des unbeschränkt haftenden Gesellschafters der Gemeinschuldnerin nicht erstreckt oder verlegt habe. Im bloßen Durchführen der schon lange anberaumten Zwangsausgleichstagsatzung liege keine ausdrückliche Ausübung gerichtlicher Entscheidungsgewalt in Beschlussform. Es fehle daher an einem bekämpfbaren Beschluss des Erstgerichts. In der Folge setzte sich das Rekursgericht ausführlich inhaltlich mit den Rekursausführungen auseinander und gelangte nach einer umfassenden rechtlichen Beurteilung zum Ergebnis, dass der Rekurs auch inhaltlich unberechtigt sei, weil Paragraph 145, Absatz 3, KO keine amtswegige Verlegung der Zwangsausgleichstagsatzung vorsehe, sondern nur die Sanktion der Antragsrückziehung bei nicht gerechtfertigter Verhinderung des Gemeinschuldners anordne. Im konkreten Fall habe das Erstgericht mangels Vorliegens eines wirksam unterfertigten Vertagungsantrags gar keine Handhabe für eine Erstreckung der Tagsatzung gehabt. Das Erstgericht habe ohnedies die Entschuldigung des Gesellschafters für berechtigt erkannt. In diesem Fall reiche es, wenn der Gemeinschuldner in der Zwangsausgleichstagsatzung - wie hier - durch einen Vertreter vertreten sei.

In dem „Ersuchen“ des Erstgerichts an den Masseverwalter, das Verwertungsverfahren fortzusetzen, liege kein bekämpfbarer Beschluss. Den Rekursargumenten sei überdies auch inhaltlich nicht zuzustimmen, weil der Masseverwalter gemäß § 114 Abs 1 KO zur Verwertung der Konkursmasse verpflichtet sei und weder

Verwertungsverbote noch ein erfolgreicher Aufschiebungsantrag der Gemeinschuldnerin der Verwertung entgegen stünden. In dem „Ersuchen“ des Erstgerichts an den Masseverwalter, das Verwertungsverfahren fortzusetzen, liege kein bekämpfbarer Beschluss. Den Rekursargumenten sei überdies auch inhaltlich nicht zuzustimmen, weil der Masseverwalter gemäß Paragraph 114, Absatz eins, KO zur Verwertung der Konkursmasse verpflichtet sei und weder Verwertungsverbote noch ein erfolgreicher Aufschiebungsantrag der Gemeinschuldnerin der Verwertung entgegen stünden.

Zusammengefasst erachtete das Rekursgericht daher beide Rechtsmittel der Gemeinschuldnerin (gemeint: in beiden Punkten des Rekurses) als primär unzulässig, aber auch inhaltlich unbegründet.

### **Rechtliche Beurteilung**

Der dagegen von der Gemeinschulderin erhobene „außerordentliche“ Revisionsrekurs ist unzulässig.

Der auch im Konkursverfahren gemäß § 171 KO iVm § 528 Abs 2 Z 2 ZPO anwendbare Rechtsmittelausschluss bei Vorliegen bestätigender Beschlüsse liegt grundsätzlich nur dann vor, wenn entweder in beiden Instanzen meritorisch oder formal entschieden wurde (RIS-Justiz RS0044456). Der auch im Konkursverfahren gemäß Paragraph 171, KO in Verbindung mit Paragraph 528, Absatz 2, Ziffer 2, ZPO anwendbare Rechtsmittelausschluss bei Vorliegen bestätigender Beschlüsse liegt grundsätzlich nur dann vor, wenn entweder in beiden Instanzen meritorisch oder formal entschieden wurde (RIS-Justiz RS0044456).

Es entspricht allerdings der ständigen Rechtsprechung, dass in jenem Fall, in welchem das Rekursgericht den Rekurs zwar zurückwies, die behaupteten Rekursgründe aber inhaltlich prüfte und somit den Rekurs inhaltlich behandelte, in Wahrheit ein bestätigender Beschluss vorliegt (RIS-Justiz RS0044456 [T4]; 3 Ob 191/03i; 8 Ob 75/05w).

Genau dieser Fall ist hier verwirklicht: Das Rekursgericht hat zwar formell den Rekurs der Gemeinschuldnerin zurückgewiesen, sich aber umfassend und eingehend mit den materiellen Rechtsmittelausführungen im Rekurs befasst und deren Berechtigung nach inhaltlicher Prüfung verneint. Es liegt somit in Wahrheit ein bestätigender Beschluss vor, gegen den gemäß § 528 Abs 2 Z 2 ZPO iVm § 171 KO ein Rechtszug an den Obersten Gerichtshof nicht offen steht. Genau dieser Fall ist hier verwirklicht: Das Rekursgericht hat zwar formell den Rekurs der Gemeinschuldnerin zurückgewiesen, sich aber umfassend und eingehend mit den materiellen Rechtsmittelausführungen im Rekurs befasst und deren Berechtigung nach inhaltlicher Prüfung verneint. Es liegt somit in Wahrheit ein bestätigender Beschluss vor, gegen den gemäß Paragraph 528, Absatz 2, Ziffer 2, ZPO in Verbindung mit Paragraph 171, KO ein Rechtszug an den Obersten Gerichtshof nicht offen steht.

### **Anmerkung**

E86976 8Ob13.08g

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

ECLI:AT:OGH0002:2008:0080OB00013.08G.0228.000

### **Dokumentnummer**

JJT\_20080228\_OGH0002\_0080OB00013\_08G0000\_000

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