

# TE OGH 2002/11/28 8Ob234/02y

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 28.11.2002

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Petrag als Vorsitzenden und die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Langer, Dr. Rohrer, Dr. Spenling und Dr. Kuras als weitere Richter im Ausgleichsverfahren über das Vermögen der X\*\*\*\*\* Technik Gesellschaft mbH, \*\*\*\*\*, vertreten durch Mag. Bernhard Graf, Rechtsanwalt in Feldkirch, Ausgleichsverwalter Dr. Rainer Santner, Rechtsanwalt in Feldkirch, wegen Sicherstellung einer bestrittenen Ausgleichsforderung, über den Revisionsrekurs der Ausgleichsgläubigerin B\*\*\*\*\* D\*\*\*\*\* Gesellschaft mbH, \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. M. Mülner, Rechtsanwalt in Klagenfurt, gegen den Beschluss des Oberlandesgerichtes Innsbruck als Rekursgericht vom 25. September 2002, GZ 1 R 154/02k-47, mit dem infolge Rekurses des Ausgleichsgläubigers der Beschluss des Landesgerichtes Feldkirch vom 11. Juli 2002, GZ 13 Sa 46/02y-32, teilweise abgeändert wurde, den Beschluss

gefasst:

## Spruch

Der Revisionsrekurs wird zurückgewiesen.

## Text

Begründung:

Im vorliegenden Ausgleichsverfahren meldete die Antragstellerin Forderungen in Höhe von S 3.497.497,70 EUR an. Sie stützte dies im Wesentlichen darauf, dass sich die Ausgleichsschuldnerin im Rahmen eines Werkvertrages zur Erstellung von Stahlbauten für ein Werk verpflichtet habe, ihren Verpflichtungen aber nicht ordnungsgemäß nachgekommen sei, weshalb es nach entsprechenden Rügen schließlich zu einer Lösung des Vertragsverhältnisses gekommen sei. Daraus stünden der Antragstellerin folgende Forderungen zu:

1. 1.)eins  
Sanierungsaufwand EUR 819.829,--
2. 2.)2  
Aufwendungen für die teilweise Entfernung und Weiterarbeit EUR 1.185.000,--
3. 3.)3  
Zusätzliche Planungskosten EUR 23.764,--
4. 4.)4  
Aufwendungen aus der teilweisen Mängelbehebung EUR 81.765,34
5. 5.)5  
Mehrkosten bei der Stahlbau Planung EUR 18.600,--
6. 6.)6  
Die Kosten aus unberechtigten einstweiligen Verfügungen der Ausgleichsschuldnerin bewirkten Verzögerungen

der Werkfertigstellung EUR 1.217.269,90.

- 7.) Zusätzlicher Wartungs- und Reparaturaufwand für Maschinen EUR 145.345,66.
- 8.) Die zugesprochenen Kosten aus den Verfahren betreffend die einstweiligen Verfügungen EUR 5.923,97.

In der Ausgleichstagsatzung war die Antragstellerin nicht vertreten. Ihre Forderungen wurden zur Gänze bestritten. Die Ausgleichstagsatzung wurde erstreckt und in weiterer Folge stellte der Antragsteller den hier maßgeblichen Antrag nach § 46 Abs 4 AO, die auf die Forderungen fallenden Ausgleichsquote in demselben Ausmaß unter den gleichen Bedingungen, die für die Bezahlung unbestrittener Forderungen gleicher Art im Ausgleich festgesetzt sind, sicherzustellen. In der Ausgleichstagsatzung war die Antragstellerin nicht vertreten. Ihre Forderungen wurden zur Gänze bestritten. Die Ausgleichstagsatzung wurde erstreckt und in weiterer Folge stellte der Antragsteller den hier maßgeblichen Antrag nach Paragraph 46, Absatz 4, AO, die auf die Forderungen fallenden Ausgleichsquote in demselben Ausmaß unter den gleichen Bedingungen, die für die Bezahlung unbestrittener Forderungen gleicher Art im Ausgleich festgesetzt sind, sicherzustellen.

Auch bei der erstreckten Ausgleichstagsatzung war der Antragsteller wieder nicht vertreten. Der Ausgleichsschuldner führte aus, dass es sich bei der Anmeldung um eine reine "Schikaneanmeldung" handle, da die Forderungen in keiner Weise berechtigt sei, sondern vielmehr Ausgleichsschuldner selbst den restlichen Werklohn einklage. Die geltend gemachten Forderungen aus den Sanierungskosten sowie ein weiterer Betrag von S 438.000,-- würden die eigenen Forderungen nicht überschreiten, da bereits in der Klage der Ausgleichsschuldnerin ein Betrag von S 1,4 Mio für Mängel in Abzug gebracht worden sei. In dieser Tagsatzung wurde dann vom Erstgericht der Antragstellerin das Stimmrecht zur Gänze aberkannt. In weiterer Folge wies das Erstgericht mit dem hier maßgeblichen Beschluss auch den Antrag auf Sicherstellung der Forderungen in Höhe von EUR 3.497.497,-- ab. Es ging dabei davon aus, dass einer Einvernahme der Gläubigerin nicht möglich gewesen sei. Auf Grund eines im Streitverfahren zwischen der Gläubigerin und der Ausgleichsschuldnerin eingeholten Gutachten ergebe sich, dass der Gläubigerin keine Forderung gegen die Ausgleichsschuldnerin zustehe.

Das Rekursgericht gab dem gegen diesen Beschluss erhobenen Rekurs der Gläubigerin teilweise Folge. Es ging davon aus, dass durch § 46 Abs 4 AO eine "erpresserische Bestreitung" des Ausgleichsschuldners verhindert bzw unschädlich gemacht werden sollte, der Gläubiger aber seinen Anspruch bescheinigen müsse, um zu verhindern, dass durch die Sicherstellung das Vermögen des Ausgleichsschuldners zu stark belastet und dadurch Befriedigungsmöglichkeiten der übrigen Gläubiger in Frage gestellt würden. Dies ergebe sich auch aus dem Hinweis des Gesetzgebers, dass die Entscheidung erst nach Vornahme entsprechender Erhebungen zu ergehen habe. Die Antragstellerin sei der Bescheinigungspflicht nur teilweise nachgekommen, und zwar hinsichtlich der Kosten aus den Verfahren über die Erlassung der einstweiligen Verfügung in Höhe von EUR 5.923,97 und der Teilforderung wegen mangelhafter Werkleistung der Ausgleichsschuldnerin über EUR 133.427,32 wofür ein gerichtliches Gutachten im Streitverfahren vorgelegen sei. Mangels Vorliegens einer Aufrechnungserklärung sei daher insoweit von einem Bestand der Forderung auszugehen und diese gemäß § 46 Abs 4 AO sicherzustellen. Im Übrigen mangle es jedoch an einer Bescheinigung der Forderung. Den ordentlichen Revisionsrekurs erachtete das Rekursgericht als zulässig, weil eine Entscheidung des Obersten Gerichtshofes zur Frage der Erforderlichkeit der Bescheinigung bei nicht titulierten Gläubigerforderungen nicht vorliege und aus den Entscheidungen SZ 19/252 sowie 5 Ob 242/71 entnommen werden könne, dass ein Sicherstellungsauftrag eine Bescheinigung überhaupt nicht voraussetze. Auch stelle sich die Frage, ob die Stimmrechtsentscheidung für die Sicherstellungsentscheidung eine Bindungswirkung habe. Das Rekursgericht gab dem gegen diesen Beschluss erhobenen Rekurs der Gläubigerin teilweise Folge. Es ging davon aus, dass durch Paragraph 46, Absatz 4, AO eine "erpresserische Bestreitung" des Ausgleichsschuldners verhindert bzw unschädlich gemacht werden sollte, der Gläubiger aber seinen Anspruch bescheinigen müsse, um zu verhindern, dass durch die Sicherstellung das Vermögen des Ausgleichsschuldners zu stark belastet und dadurch Befriedigungsmöglichkeiten der übrigen Gläubiger in Frage gestellt würden. Dies ergebe sich auch aus dem Hinweis des Gesetzgebers, dass die Entscheidung erst nach Vornahme entsprechender Erhebungen zu ergehen habe. Die Antragstellerin sei der Bescheinigungspflicht nur teilweise nachgekommen, und zwar hinsichtlich der Kosten aus den Verfahren über die Erlassung der einstweiligen Verfügung in Höhe von EUR 5.923,97 und der Teilforderung wegen mangelhafter Werkleistung der Ausgleichsschuldnerin über EUR 133.427,32 wofür ein gerichtliches Gutachten im Streitverfahren vorgelegen sei. Mangels Vorliegens einer Aufrechnungserklärung sei daher insoweit von einem Bestand der Forderung auszugehen und diese gemäß Paragraph 46, Absatz 4, AO sicherzustellen. Im Übrigen mangle es jedoch an einer

Bescheinigung der Forderung. Den ordentlichen Revisionsrekurs erachtete das Rekursgericht als zulässig, weil eine Entscheidung des Obersten Gerichtshofes zur Frage der Erforderlichkeit der Bescheinigung bei nicht titulierten Gläubigerforderungen nicht vorliege und aus den Entscheidungen SZ 19/252 sowie 5 Ob 242/71 entnommen werden könne, dass ein Sicherstellungsauftrag eine Bescheinigung überhaupt nicht voraussetze. Auch stelle sich die Frage, ob die Stimmrechtsentscheidung für die Sicherstellungsentscheidung eine Bindungswirkung habe.

### **Rechtliche Beurteilung**

Der - gegen diesen Beschluss - Revisionsrekurs der Antragstellerin ist entgegen dem den Obersten Gerichtshof nicht bindenden Ausspruch des Rekursgerichtes nicht zulässig.

Nach § 46 Abs 4 AO kann das Ausgleichsgericht, dann, wenn der Bestand einer Forderung vom Schuldner bestritten wird, auf Antrag des Gläubigers nach Einvernehmung der Beteiligten anordnen, dass der auf die Forderung oder den von ihm bestimmten Teil entfallende Betrag in demselben Ausmaß und unter den gleichen Bedingungen, die für die Bezahlung unbestrittener Forderungen gleicher Art im Ausgleich festgesetzt sind, sicherzustellen ist. Nach Paragraph 46, Absatz 4, AO kann das Ausgleichsgericht, dann, wenn der Bestand einer Forderung vom Schuldner bestritten wird, auf Antrag des Gläubigers nach Einvernehmung der Beteiligten anordnen, dass der auf die Forderung oder den von ihm bestimmten Teil entfallende Betrag in demselben Ausmaß und unter den gleichen Bedingungen, die für die Bezahlung unbestrittener Forderungen gleicher Art im Ausgleich festgesetzt sind, sicherzustellen ist.

Der sichergestellte Betrag wird allerdings frei, wenn der Anspruch nicht innerhalb der vom Ausgleichsgericht bestimmten Frist geltend gemacht wird.

In seiner Entscheidung vom 22. 9. 1937 zu 2 Ob 790/37 (= SZ 19/252) hat der Oberste Gerichtshof zum Sicherstellungsauftrag des Ausgleichskommissärs ausgeführt, dass von der Möglichkeit der Sicherstellung unter Umständen schon dann Gebrauch zu machen sei, wenn die angemeldete Forderung möglicherweise als zu Recht bestehend erkannt werde. Besonders bei einem Liquidationsausgleich bestehe kein Grund, in zweifelhaften Fällen, die Erteilung eines Sicherstellungsauftrages zu verweigern. Sei doch sonst die bestrittene Forderung sehr gefährdet, wenn sie bei den Ausschüttungen nicht berücksichtigt werde. Es werde niemand wesentlich benachteiligt, wenn der auf die bestrittene Forderung entfallende Teil bei den Ausschüttungen vorläufig zu erlegen sei. Die Voraussetzungen für den Sicherstellungsauftrag dürften daher nicht zu streng beurteilt werden.

Der Entscheidung vom 6. 10. 1971 zu 5 Ob 242/71 (teilweise veröffentlicht HS 8572) lag ebenfalls ein Liquidationsausgleich zugrunde. Das Erstgericht ordnete damals nach einer aufgetragenen Ergänzung des Verfahrens ausgehend von der auf Grund einer Aufstellung angenommenen Wahrscheinlichkeit der geltend gemachten Ausgleichsforderung und dem Umstand, dass sich die Ausgleichsschuldnerin dazu gar nicht geäußert hatte, die Sicherstellung an. Das Rekursgericht änderte diesen Beschluss insoweit ab, als es die Ausführungen der Gläubigerin gemäß § 25 HVG nicht berechtigt ansah, da die Gläubigerin dafür, dass die Ausgleichsschuldnerin durch die Zuführung der Kundschaft über die Lösung des Vertragsverhältnisses hinausgehende Vorteile erwachsen werden, weder konkrete Behauptungen aufgestellt noch Beweise angeboten habe. Der Oberste Gerichtshof erkannte bereits damals den von der Ausgleichsgläubigerin erhobenen Revisionsrekurs als nicht berechtigt, weil eine "Wahrscheinlichkeit" des Anspruches der Gläubigerin als nicht gegeben angesehen wurde. Der Ausgleichsgläubiger hat kein unbedingtes Recht auf Sicherstellung, vielmehr liegt dieses im Ermessen des - damals - Ausgleichskommissärs. Dazu bedarf es zwar keiner Bescheinigung im Sinne des Nachweises des Vorliegens der Voraussetzungen für die Erlassung einer einstweiligen Verfügung, jedoch sind die Voraussetzungen nach § 46 Abs 4 AO jedenfalls nicht gegeben, wenn die angeordneten summarischen Erhebungen den Bestand der Forderung als unwahrscheinlich erscheinen lassen. Der Entscheidung vom 6. 10. 1971 zu 5 Ob 242/71 (teilweise veröffentlicht HS 8572) lag ebenfalls ein Liquidationsausgleich zugrunde. Das Erstgericht ordnete damals nach einer aufgetragenen Ergänzung des Verfahrens ausgehend von der auf Grund einer Aufstellung angenommenen Wahrscheinlichkeit der geltend gemachten Ausgleichsforderung und dem Umstand, dass sich die Ausgleichsschuldnerin dazu gar nicht geäußert hatte, die Sicherstellung an. Das Rekursgericht änderte diesen Beschluss insoweit ab, als es die Ausführungen der Gläubigerin gemäß Paragraph 25, HVG nicht berechtigt ansah, da die Gläubigerin dafür, dass die Ausgleichsschuldnerin durch die Zuführung der Kundschaft über die Lösung des Vertragsverhältnisses hinausgehende Vorteile erwachsen werden, weder konkrete Behauptungen aufgestellt noch Beweise angeboten habe. Der Oberste Gerichtshof erkannte bereits damals den von der Ausgleichsgläubigerin erhobenen Revisionsrekurs als nicht berechtigt, weil eine "Wahrscheinlichkeit" des Anspruches der Gläubigerin als nicht gegeben angesehen wurde. Der Ausgleichsgläubiger hat kein unbedingtes Recht auf Sicherstellung, vielmehr liegt

dieses im Ermessen des - damals - Ausgleichskommissärs. Dazu bedarf es zwar keiner Bescheinigung im Sinne des Nachweises des Vorliegens der Voraussetzungen für die Erlassung einer einstweiligen Verfügung, jedoch sind die Voraussetzungen nach Paragraph 46, Absatz 4, AO jedenfalls nicht gegeben, wenn die angeordneten summarischen Erhebungen den Bestand der Forderung als unwahrscheinlich erscheinen lassen.

Pollak hat nun bereits in seinen Ausführungen in Bartsch/Pollak Konkurs-Ausgleichs-Anfechtungsordnung, Einführungsverordnung und Geschäftsaufsichtsgesetz Band II, 412, auf die sich auch die erste Entscheidung SZ 19/252 bezog, dargestellt, dass die Entscheidung nach § 46 Abs 4 AO in das Ermessen des Ausgleichskommissärs gestellt wird. In einer Fußnote dazu hat er auch auf eine Entscheidung verwiesen, die auf die Anspruchsbescheinigung Bezug nahm (vgl FN 73). Auch hat er auf die erforderlichen "summarischen" Erhebungen im Sinne des § 173 KO verwiesen. Pollak hat nun bereits in seinen Ausführungen in Bartsch/Pollak Konkurs-Ausgleichs-Anfechtungsordnung, Einführungsverordnung und Geschäftsaufsichtsgesetz Band römisch II, 412, auf die sich auch die erste Entscheidung SZ 19/252 bezog, dargestellt, dass die Entscheidung nach Paragraph 46, Absatz 4, AO in das Ermessen des Ausgleichskommissärs gestellt wird. In einer Fußnote dazu hat er auch auf eine Entscheidung verwiesen, die auf die Anspruchsbescheinigung Bezug nahm vergleiche FN 73). Auch hat er auf die erforderlichen "summarischen" Erhebungen im Sinne des Paragraph 173, KO verwiesen.

Petschek/Reimer/Schiemer, Insolvenzrecht, 818 verweisen ebenfalls darauf, dass teilweise nach der Judikatur die Bescheinigung der Forderung verlangt wird, jedoch die Entscheidung im Ermessen des Ausgleichskommissärs (vgl FN 23; vgl ebenfalls in diesem Sinne Hajek, Ausgleichsordnung, 124) liegt. Petschek/Reimer/Schiemer, Insolvenzrecht, 818 verweisen ebenfalls darauf, dass teilweise nach der Judikatur die Bescheinigung der Forderung verlangt wird, jedoch die Entscheidung im Ermessen des Ausgleichskommissärs vergleiche FN 23; vergleiche ebenfalls in diesem Sinne Hajek, Ausgleichsordnung, 124) liegt.

Beachtenswert scheint auch noch, dass ja nach § 66 Abs 1 AO dann, wenn noch keine Entscheidung nach dem § 44 Abs 2 und 3 KO (Stimmrechtsprüfung) oder § 46 Abs 4 AO vorliegt, das Gericht auf Antrag des Schuldners oder des Gläubigers die mutmaßliche Höhe der bestrittenen Forderung oder des Ausfalles festzustellen hat. Insgesamt sprechen also wesentliche Argumente dafür, die Voraussetzungen für die Anordnung einer Sicherstellung nach § 46 Abs 4 AO nur dann anzunehmen, wenn auf Grund der vorliegenden Erhebungsergebnisse das Bestehen des Anspruches als wahrscheinlich anzunehmen ist, was zwar keine detaillierte umfassende Bescheinigung, aber doch voraussetzt, dass bestimmte strittige Grundlagen für den Anspruch als bescheinigt anzunehmen sind. Eine weitere Befassung mit diesen Fragen durch den Obersten Gerichtshof hat jedoch hier zu unterbleiben, da sich die Antragstellerin in ihrem Revisionsrekurs überhaupt nicht gegen die Rechtsansicht des Rekursgerichtes, dass hier eine Bescheinigung erforderlich wäre, wendet, sondern ausschließlich geltend macht, dass die Bescheinigung hier gelungen sei. Dies ist aber der Überprüfung durch den Obersten Gerichtshof entzogen, der auch im Revisionsrekursverfahren nur Rechts- aber nicht Tatsacheninstanz ist (siehe RIS-Justiz RS0002192; Kodek in Rechberger ZPO2 § 528 Rz 1). Beachtenswert scheint auch noch, dass ja nach Paragraph 66, Absatz eins, AO dann, wenn noch keine Entscheidung nach dem Paragraph 44, Absatz 2 und 3 KO (Stimmrechtsprüfung) oder Paragraph 46, Absatz 4, AO vorliegt, das Gericht auf Antrag des Schuldners oder des Gläubigers die mutmaßliche Höhe der bestrittenen Forderung oder des Ausfalles festzustellen hat. Insgesamt sprechen also wesentliche Argumente dafür, die Voraussetzungen für die Anordnung einer Sicherstellung nach Paragraph 46, Absatz 4, AO nur dann anzunehmen, wenn auf Grund der vorliegenden Erhebungsergebnisse das Bestehen des Anspruches als wahrscheinlich anzunehmen ist, was zwar keine detaillierte umfassende Bescheinigung, aber doch voraussetzt, dass bestimmte strittige Grundlagen für den Anspruch als bescheinigt anzunehmen sind. Eine weitere Befassung mit diesen Fragen durch den Obersten Gerichtshof hat jedoch hier zu unterbleiben, da sich die Antragstellerin in ihrem Revisionsrekurs überhaupt nicht gegen die Rechtsansicht des Rekursgerichtes, dass hier eine Bescheinigung erforderlich wäre, wendet, sondern ausschließlich geltend macht, dass die Bescheinigung hier gelungen sei. Dies ist aber der Überprüfung durch den Obersten Gerichtshof entzogen, der auch im Revisionsrekursverfahren nur Rechts- aber nicht Tatsacheninstanz ist (siehe RIS-Justiz RS0002192; Kodek in Rechberger ZPO2 Paragraph 528, Rz 1).

Insgesamt war daher der Revisionsrekurs der Antragstellerin zurückzuweisen.

#### **Anmerkung**

E67943 8Ob234.02y

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2002:0080OB00234.02Y.1128.000

**Dokumentnummer**

JJT\_20021128\_OGH0002\_0080OB00234\_02Y0000\_000

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

© 2026 JUSLINE

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

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