

# TE OGH 1998/1/29 3R269/97x

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 29.01.1998

## Kopf

Das Oberlandesgericht, 3.Zivilsenat, hat als Rekursgericht durch den Senatspräsidenten des Oberlandesgerichtes Dr.Johannes Troger als Vorsitzenden sowie die Richter des Oberlandesgerichtes Dr.Schmiedl und Dr.Eichelter als weitere Senatsmitglieder in der Rechtssache der Antragstellerin \*\*\*\*\*, wider den Antragsgegner \*\*\*\*\*, wegen Konkurseröffnung über das Vermögen des Antragsgegners, infolge Rekurses der Antragstellerin gegen den Beschuß des Landesgerichtes Leoben vom 25.11.1977, 17 Se 223/97f-25, den

## B e s c h l u ß

gefaßt:

## Spruch

Dem Rekurs wird Folge gegeben.

Der angefochtene Beschuß, der in seinem Punkt 1. und im Punkt 2. in Ansehung der Bestimmung der Ersatzpflicht des Antragsgegners als unbekämpft unberührt bleibt, wird im übrigen dahin abgeändert, daß die in Punkt 2. enthaltene Bestimmung der Ersatzpflicht der Antragstellerin zu entfallen hat.

Der Revisionsrekurs ist jedenfalls unzulässig.

## Text

Begründung:

Die Antragstellerin begehrte mit ihrem Schriftsatz vom 11.4.1997 die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Antragsgegners. Sie behauptete den Bestand einer Forderung von S 48.117,91 an rückständigen Sozialversicherungsbeiträgen für die Zeit von November 1995 bis Jänner 1997, sowie die aus dem Umstand der Nichtzahlung dieser Beiträge trotz Exekutionsführung abzuleitende Zahlungsunfähigkeit des Antragsgegners. Weiters beantragte sie für den Fall der Antragsabweisung wegen des Mangels hinreichenden Vermögens die Verpflichtung des Antragsgegners zur Vorlage und Unterfertigung eines Vermögensverzeichnisses.

Der zur Einvernahme über diesen Konkurseröffnungsantrag vorgeladene Antragsgegner berief sich in einer telefonischen Stellungnahme auf eine mit der Antragstellerin getroffene Ratenzahlungsvereinbarung.

Das Erstgericht beschränkte seine Tätigkeit zunächst auf die Betreibung der vom Antragsgegner nicht bestrittenen Konkursforderung. Nach ratenweiser Teilabstattung durch den Antragsgegner forderte es diesen am 11.8.1997 zur Zahlung des aushaftenden Restbetrages von S 18.924,11 innerhalb von vier Wochen auf. Nach fruchtlosem Verstreichen dieser Frist faßte es den Beschuß vom 16.9.1997 (ON 14), mit dem es die Antragstellerin aufforderte, dem Gericht verborgen gebliebenes Vermögen des Antragsgegners bekanntzugeben "bzw" einen Kostenvorschuß von S 50.000,-- binnen vier Wochen bei Gericht zu erlegen. Als Säumnisfolge stellte es in Aussicht, daß der Konkursantrag als zurückgezogen gelten werde. In den Gründen dieses Beschlusses legte es als Ergebnis von ihm (angeblich)

durchgeführter Erhebungen über die Vermögenslage des Antragsgegners dar, daß es an einem zur Deckung der Kosten des Konkursverfahrens voraussichtlich hinreichenden Vermögen fehle. Es sei daher mit der Abweisung des Konkursantrages zu rechnen.

Innerhalb der durch Zustellung dieses Beschlusses an die Antragstellerin am 18.9.1997 in Gang gesetzten vierwöchigen Frist gab die Antragstellerin eine weitere Teilzahlung des Antragsgegners von S 10.000,-- bekannt. Noch vor Ablauf der Frist, nämlich am 9.10.1997, bestellte das Erstgericht \*\*\*\*\* zum Sachverständigen mit dem Auftrag, ein Gutachten darüber zu erstellen, ob beim Antragsgegner kostendeckendes Vermögen vorhanden ist und ob bei ihm Zahlungsunfähigkeit vorliegt. Gleichzeitig mit dem Einlangen des beauftragten Gutachtens am 29.10.1997 teilte die Antragstellerin mit, daß der Antragsgegner die Konkursforderung bezahlt habe, daß der Konkursöffnungsantrag im Hinblick auf die nun (seit dem Inkrafttreten des IRÄG 1997 mit 1.Oktober 1997) geltende Rechtslage aufrecht bleibe. Zum Erlag des vom Erstgericht zur Deckung der Sachverständigengebühren von S 8.486,64 eingeforderten Kostenvorschusses erklärte sie sich mit eingehender Begründung nicht bereit.

Mit dem angefochtenen Beschuß bestimmte das Erstgericht die Sachverständigengebühren in der beantragten Höhe (Punkt 1.); es verfügte die Auszahlung dieses Betrages aus Amtsgeldern und bestimmte insoferne (gemäß § 2 Abs 2 GEG) die Ersatzpflicht beider Parteien (Punkt 2.). Mit dem angefochtenen Beschuß bestimmte das Erstgericht die Sachverständigengebühren in der beantragten Höhe (Punkt 1.); es verfügte die Auszahlung dieses Betrages aus Amtsgeldern und bestimmte insoferne (gemäß Paragraph 2, Absatz 2, GEG) die Ersatzpflicht beider Parteien (Punkt 2.).

Gegen den ihre Ersatzpflicht bestimmenden Grundsatzbeschuß richtet sich der Rekurs der Antragstellerin.

Dem Rekurs kommt Berechtigung zu.

### **Rechtliche Beurteilung**

Gemäß § 2 GEG sind die im § 1 Z 6 genannten Kosten, die aus Amtsgeldern berichtet wurden, sofern hiefür kein Kostenvorschuß erlegt wurde und keine andere Regelung getroffen ist, von der Partei zu ersetzen, die nach den bestehenden Vorschriften hiezu verpflichtet ist. Mangels einer (anderen) Vorschrift sind diese Beträge von den Beteiligten zu ersetzen, die sie veranlaßt haben oder in deren Interesse die Amtshandlung vorgenommen wurde. Da in Ansehung der anerlaufenen Sachverständigengebühren keine dieser Annahmen auf die Antragstellerin zutrifft, ist die vom Erstgericht iSd Abs 2 leg cit vorgenommene Bestimmung ihrer Ersatzpflicht verfehlt. Gemäß Paragraph 2, GEG sind die im Paragraph eins, Ziffer 6, genannten Kosten, die aus Amtsgeldern berichtet wurden, sofern hiefür kein Kostenvorschuß erlegt wurde und keine andere Regelung getroffen ist, von der Partei zu ersetzen, die nach den bestehenden Vorschriften hiezu verpflichtet ist. Mangels einer (anderen) Vorschrift sind diese Beträge von den Beteiligten zu ersetzen, die sie veranlaßt haben oder in deren Interesse die Amtshandlung vorgenommen wurde. Da in Ansehung der anerlaufenen Sachverständigengebühren keine dieser Annahmen auf die Antragstellerin zutrifft, ist die vom Erstgericht iSd Absatz 2, leg cit vorgenommene Bestimmung ihrer Ersatzpflicht verfehlt.

Die Eröffnung des Konkurses setzt - neben weiteren, hier nicht erheblichen Umständen - im allgemeinen die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners (§ 66 Abs 1 KO) und das Vorhandensein kostendeckenden Vermögens (§ 71 Abs 1 KO idF IRÄG 1997) voraus. In Ansehung beider Voraussetzungen hat das Konkursgericht von Amts wegen die für ihre Feststellung maßgeblichen Erhebungen zu pflegen (§ 173 Abs 5 KO). Für das Vorliegen der Zahlungsunfähigkeit trifft jedoch den antragstellenden Gläubiger die Behauptungs- und Beweislast, die ihm vom Gesetz (§ 70 Abs 1 KO) im Sinne einer bloßen Glaubhaftmachung (Bescheinigung) erleichtert wird (vgl Bartsch-Pollak I Anm 22 ff zu § 71). Wenn er diese Glaubhaftmachung nicht erbringt, ist sein Antrag als offenbar unbegründet ohne Anhörung des Schuldners sofort abzuweisen (§ 70 Abs 2 KO). Die Eröffnung des Konkurses setzt - neben weiteren, hier nicht erheblichen Umständen - im allgemeinen die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners (Paragraph 66, Absatz eins, KO) und das Vorhandensein kostendeckenden Vermögens (Paragraph 71, Absatz eins, KO in der Fassung IRÄG 1997) voraus. In Ansehung beider Voraussetzungen hat das Konkursgericht von Amts wegen die für ihre Feststellung maßgeblichen Erhebungen zu pflegen (Paragraph 173, Absatz 5, KO). Für das Vorliegen der Zahlungsunfähigkeit trifft jedoch den antragstellenden Gläubiger die Behauptungs- und Beweislast, die ihm vom Gesetz (Paragraph 70, Absatz eins, KO) im Sinne einer bloßen Glaubhaftmachung (Bescheinigung) erleichtert wird vergleiche Bartsch-Pollak römisch eins Anmerkung 22 ff zu Paragraph 71.). Wenn er diese Glaubhaftmachung nicht erbringt, ist sein Antrag als offenbar unbegründet ohne Anhörung des Schuldners sofort abzuweisen (Paragraph 70, Absatz 2, KO).

Im Anlaßfall ging das Erstgericht offenkundig davon aus, daß die Antragstellerin die von ihr im Eröffnungsantrag

behauptete, aus der eingangs bezeichneten Tatsache abzuleitende Zahlungsunfähigkeit des Antragsgegners bescheinigt hat; andernfalls hätte es nicht die Vernehmung des Antragsgegners veranlaßt. In Ansehung der Vermögensprüfung teilte das Erstgericht der Antragstellerin - aktenwidrig - mit (ON 14), daß die von ihm insoferne durchgeföhrten Erhebungen das Fehlen eines zur Deckung der Verfahrenskosten voraussichtlich hinreichenden Vermögens ergeben hätten. Demgemäß räumte es der Antragstellerin ein, zur Überbrückung dieses damals noch als Konkurshindernis, seit 1.10.1997 jedoch als Konkursvoraussetzung geltenden Mangels einen Kostenvorschuß zu erlegen. Daß die diesbezügliche Anordnung die Ankündigung nicht dem Gesetz entsprechender Säumnisfolgen enthält und im übrigen in sich widersprüchlich ist, kann im vorliegenden Zusammenhang dahingestellt bleiben. Die Antragstellerin mußte jedenfalls - selbst unter Einbeziehung der damals mit 1.10.1997 bevorgestandenen Änderung des § 70 KO durch Anfügung der Bestimmung über die Unbeachtlichkeit einer Antragsrückziehung oder einer Befriedigung der Konkursforderung - nicht damit rechnen, daß das Erstgericht weitere Erhebungen - zumal durch Beziehung eines Sachverständigen - über das Vorliegen der Zahlungsunfähigkeit und das Vorhandensein kostendeckenden Vermögens in die Wege leiten würde. Sie konnte vielmehr im Hinblick auf den Nichterlag des aufgetragenen Kostenvorschusses davon ausgehen, daß der von ihr beantragte Konkurs gemäß § 71 b Abs 1 KO nicht eröffnet werde. Im Anlaßfall ging das Erstgericht offenkundig davon aus, daß die Antragstellerin die von ihr im Eröffnungsantrag behauptete, aus der eingangs bezeichneten Tatsache abzuleitende Zahlungsunfähigkeit des Antragsgegners bescheinigt hat; andernfalls hätte es nicht die Vernehmung des Antragsgegners veranlaßt. In Ansehung der Vermögensprüfung teilte das Erstgericht der Antragstellerin - aktenwidrig - mit (ON 14), daß die von ihm insoferne durchgeföhrten Erhebungen das Fehlen eines zur Deckung der Verfahrenskosten voraussichtlich hinreichenden Vermögens ergeben hätten. Demgemäß räumte es der Antragstellerin ein, zur Überbrückung dieses damals noch als Konkurshindernis, seit 1.10.1997 jedoch als Konkursvoraussetzung geltenden Mangels einen Kostenvorschuß zu erlegen. Daß die diesbezügliche Anordnung die Ankündigung nicht dem Gesetz entsprechender Säumnisfolgen enthält und im übrigen in sich widersprüchlich ist, kann im vorliegenden Zusammenhang dahingestellt bleiben. Die Antragstellerin mußte jedenfalls - selbst unter Einbeziehung der damals mit 1.10.1997 bevorgestandenen Änderung des Paragraph 70, KO durch Anfügung der Bestimmung über die Unbeachtlichkeit einer Antragsrückziehung oder einer Befriedigung der Konkursforderung - nicht damit rechnen, daß das Erstgericht weitere Erhebungen - zumal durch Beziehung eines Sachverständigen - über das Vorliegen der Zahlungsunfähigkeit und das Vorhandensein kostendeckenden Vermögens in die Wege leiten würde. Sie konnte vielmehr im Hinblick auf den Nichterlag des aufgetragenen Kostenvorschusses davon ausgehen, daß der von ihr beantragte Konkurs gemäß Paragraph 71, b Absatz eins, KO nicht eröffnet werde.

Bereits aus diesem Grunde können die dennoch angefallenen Sachverständigengebühren nicht als von der Antragstellerin veranlaßt iSd § 2 GEG angesehen werden, weil es sich hiebei um inadäquate Aufwendungen handelt, mit deren Entstehen die Antragstellerin spätestens mit Zustellung des Beschlusses vom 16.9.1997, ON 14, nicht mehr rechnen konnte. Bereits aus diesem Grunde können die dennoch angefallenen Sachverständigengebühren nicht als von der Antragstellerin veranlaßt iSd Paragraph 2, GEG angesehen werden, weil es sich hiebei um inadäquate Aufwendungen handelt, mit deren Entstehen die Antragstellerin spätestens mit Zustellung des Beschlusses vom 16.9.1997, ON 14, nicht mehr rechnen konnte.

Selbst wenn das Erstgericht im Wege einer nach Inkrafttreten des IRÄG 1997 (allerdings noch vor Ablauf der mit dem Beschuß vom 16.9.1997 der Antragstellerin eingeräumten Frist) vorgenommenen neuerlichen Aktenprüfung erkannt hätte, daß die Annahme der Bescheinigung der Zahlungsunfähigkeit des Antragsgegners unzutreffend und die Mitteilung über eine angeblich bereits erfolgte Vermögensprüfung aktenwidrig waren, hätte keine Veranlassung bestanden, das Vorliegen der beiden Konkursvoraussetzungen sogleich durch Beziehung eines Sachverständigen zu prüfen.

Die Vermögenslage des Schuldners ist zwar von Amts wegen zu ermitteln, genaue Erhebungen jedoch, etwa solche durch Beziehung von Sachverständigen, sind nicht zu pflegen; dies widerspräche dem Gedanken des Gesetzes, das Eröffnungsverfahren knapp zu halten, namentlich umständliche Erhebungen über den Vermögensstand abzuschneiden (vgl Bartsch/Pollak I, Anm 24 zu § 71 und Anm 6 zu § 73). Dem entspricht die im § 71 KO idF IRÄG 1997 enthaltene Neuregelung der Prüfungspflichten des Gerichts, die in Abs 3 die Einholung von Stellungnahmen der bevorrechteten Gläubigerschutzverbände oder die Durchführung von Ermittlungen durch die Vollstreckungsorgane anführt. In diesem Zusammenhang wird meist auch eine persönliche Einvernahme des Schuldners geboten sein (vgl RV

IRÄG 1997 zu § 71). Hierbei wird der Schuldner gemäß Abs 4 legit im Vermögensverzeichnis vorzulegen und vor Gericht zu unterfertigen (§§ 100, 101) haben. Die Vermögenslage des Schuldners ist zwar von Amts wegen zu ermitteln, genaue Erhebungen jedoch, etwa solche durch Beziehung von Sachverständigen, sind nicht zu pflegen; dies widerspricht dem Gedanken des Gesetzes, das Eröffnungsverfahren knapp zu halten, namentlich umständliche Erhebungen über den Vermögensstand abzuschneiden vergleiche Bartsch/Pollak römisch eins, Anmerkung 24 zu Paragraph 71 und Anmerkung 6 zu Paragraph 73.). Dem entspricht die im Paragraph 71, KO in der Fassung IRÄG 1997 enthaltene Neuregelung der Prüfungspflichten des Gerichts, die in Absatz 3, die Einholung von Stellungnahmen der bevorrechteten Gläubigerschutzverbände oder die Durchführung von Ermittlungen durch die Vollstreckungsorgane anführt. In diesem Zusammenhang wird meist auch eine persönliche Einvernahme des Schuldners geboten sein vergleiche RV IRÄG 1997 zu Paragraph 71.). Hierbei wird der Schuldner gemäß Absatz 4, legitim im Vermögensverzeichnis vorzulegen und vor Gericht zu unterfertigen (Paragraphen 100, 101) haben.

Ob Fälle denkbar sind, in denen trotz Ausschöpfung der bezeichneten Erhebungsschritte im Konkursöffnungsverfahren die Einholung eines Sachverständigengutachtens über das Vorhandensein kostendeckenden Vermögens gerechtfertigt wäre, kann hier dahingestellt bleiben, weil hiezu im vorliegenden Fall jedenfalls keine Veranlassung bestand. Auch für die Beseitigung allenfalls nachträglich aufgetretener Zweifel des Erstgerichtes über die von der Antragstellerin erbrachte Bescheinigung der Zahlungsunfähigkeit des Antragsgegners war die Einholung eines Sachverständigengutachtens kein geeignetes Mittel.

Aus diesen Gründen war der angefochtene Beschuß in Stattgebung des Rekurses der Antragstellerin dahin abzuändern, daß die Bestimmung ihrer Ersatzpflicht zu entfallen hat.

Die Unzulässigkeit des Revisionsrekurses ergibt sich aus § 528 Abs 2 Z 5 ZPO (§ 171 KO). Die Unzulässigkeit des Revisionsrekurses ergibt sich aus Paragraph 528, Absatz 2, Ziffer 5, ZPO (Paragraph 171, KO).

#### **Anmerkung**

EG00013 03R02697

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

ECLI:AT:OLG0639:1998:00300R00269.97X.0129.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19980129\_OLG0639\_00300R00269\_97X0000\_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)