

# TE OGH 1990/5/31 8Ob10/90

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 31.05.1990

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Hofrat des Obersten Gerichtshofes Dr. Kropfitsch als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Huber, Dr. Schwarz, Dr. Schalich und Dr. Jelinek als weitere Richter in der Konkurseröffnungssache des Antragstellers Harald V\*\*\*, Arbeitnehmer, 6850 Dornbirn, Achmühlestraße 24 a, vertreten durch Dr. Rolf Philipp, Rechtsanwalt in Feldkirch, wider die Antragsgegnerin

T\*\*\*T\*\*\*O\*\*\*G\*\*\* mbH, 6700 Bludenz,

Stadionstraße 4, vertreten durch die Abwesenheitskuratorin Mag. Marlene Ender, Rechtspraktikantin, Landesgericht Feldkirch, infolge Revisionsrekurses der Antragsgegnerin gegen den Beschluß des Oberlandesgerichtes Innsbruck als Rekursgericht vom 23. März 1990, GZ 1 R 109/90-15, womit der Beschluß des Landesgerichtes Feldkirch vom 26. Februar 1990, GZ 13 Nc 139/89-12, aufgehoben wurde, folgenden

Beschluß

gefaßt:

## Spruch

Der Revisionsrekurs wird zurückgewiesen.

## Text

Begründung:

Zur konkursgerichtlichen Aufforderung, den gestellten Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen der "TTO" Tennis-Tournament-Organisation-Gesellschaft mbH durch ein konkretes Vorbringen dahin zu ergänzen, über welches Vermögen diese Gesellschaft verfüge, teilte der Antragsteller mit, es sei ihm als Gläubiger nicht bekannt, ob die Antragsgegnerin Vermögenswerte im Inland besitze, ein Stammkapitalbetrag von S 250.000 sei möglicherweise auf ein Konto bei der Raiffeisenkasse Bludenz überwiesen worden, der Antragsteller sei aber nicht in der Lage, hinsichtlich des Vermögens der Antragsgegnerin weitere Angaben zu machen. Hierauf wies das Konkursgericht den Konkursantrag mit der Begründung ab, es habe den Bestand der Konkursvoraussetzungen, somit auch das Vorhandensein eines leicht realisierbaren, die Verfahrenskosten deckenden Vermögens, nur im Rahmen des Vorbringens der antragstellenden Partei von Amts wegen zu prüfen, der Antragsteller habe seinen Antrag aber trotz Aufforderung insoweit nicht ergänzt (ON 7). Das Rekursgericht gab dem Rekurs des Antragstellers Folge, hob den Beschluß des Erstgerichtes auf und trug diesem die neuerliche Entscheidung nach Verfahrensergänzung auf (ON 11). Es vertrat die Ansicht, das Konkursgericht hätte in seinem Beschluß die Nichteröffnung des Konkursverfahrens mangels hinreichenden Vermögens zum Ausdruck bringen müssen, damit auf Grund eines solchen Beschlusses

sodann im Sinne des § 72 Abs 3 KO vorgegangen werden könne. Somit sei die Entscheidung unvollständig geblieben. Eine rekursgerichtliche Ergänzung sei mangels Gewährung des rechtlichen Gehörs gegenüber dem Schuldner bzw. der bisherigen Durchführung eines ausreichenden Bescheinigungsverfahrens nicht möglich.

Mit Beschluß ON 12 wies das Erstgericht den Konkurseröffnungsantrag, ohne die aufgetragene Verfahrensergänzung durchzuführen, neuerlich ab. Es erklärte, mit dem aufgehobenen Beschluß habe es den Konkurseröffnungsantrag nicht mangels hinreichenden Vermögens sondern gemäß § 70 Abs 2 Satz 3 zweiter Teilsatz KO, also deswegen abgewiesen, weil der Antragsteller trotz Aufforderung zur Verbesserung seiner Behauptungspflicht hinsichtlich solchen Vermögens nicht entsprochen habe. Im weiteren verwies das Konkursgericht nunmehr auf die in § 70 Abs 1 KO normierten Voraussetzungen der Konkurseröffnung und vertrat die Ansicht, der Antragsteller habe auch die Zahlungsunfähigkeit bzw. Überschuldung der Antragsgegnerin nicht hinreichend substantiiert behauptet und keine "fürs erste einigermaßen zureichenden Bescheinigungsmittel" beigebracht, vielmehr nur seinen auf S 80.000 lautenden Exekutionstitel vorgelegt und die in Exekution gezogene Forderung eines weiteren Gläubigers über S 22.000 dargetan. Somit sei der Konkurseröffnungsantrag gemäß § 70 Abs 2 Satz 3 zweiter Teilsatz KO abzuweisen.

Mit Beschluß ON 15 gab das Rekursgericht dem vom Antragsteller erhobenen Rekurs Folge, hob den erstgerichtlichen Beschluß auf und trug dem Konkursgericht wiederum die Verfahrensergänzung und neuerliche Entscheidung auf. Es sprach aus, daß die Voraussetzungen für die Zulässigkeit eines Revisionsrekurses gemäß § 528 Abs 1 ZPO nicht gegeben seien, sodaß ein Ausspruch im Sinne des § 527 Abs 2 ZPO nicht erfolge. In der Entscheidungsbegründung vertrat das Rekursgericht die Ansicht, das Konkursgericht habe von Amts wegen zu erforschen, ob ein zur Deckung der Kosten des Konkursverfahrens hinreichendes Vermögen vorhanden sei, ohne daß den Antragsteller eine diesbezügliche Behauptungs- und Beweislast treffe. Ergebe sich, daß kein solches Vermögen vorhanden sei, müsse der Antragsteller gemäß § 72 Abs 2 KO zum Erlag eines Kostenvorschusses aufgefordert werden. Werde dieser nicht getätigt, so sei der Konkurseröffnungsantrag sodann mangels Vermögens abzuweisen. Im übrigen habe das Konkursgericht selbstverständlich das Vorliegen aller gesetzlichen Voraussetzungen für die Konkurseröffnung zu prüfen und zu diesem Zwecke die angebotenen Bescheinigungsmittel aufzunehmen, insbesondere auch die im Antrag angebotene Parteienvernehmung durchzuführen. In der Frage der konkreten Behauptung einer Überschuldung der Antragsgegnerin lasse sich aus den Angaben des Antragstellers, daß der Geschäftsführer der Antragsgegnerin unbekannten Aufenthaltes und diese zahlungsunfähig sei, daß nur eine äußerst geringe Wahrscheinlichkeit für das Vorhandensein von Vermögen im Inland spreche und daß Liegenschaftsvermögen jedenfalls fehle, hinreichend deutlich entnehmen, daß trotz offener Forderungen mehrerer Gläubiger keinerlei Zahlungen mehr geleistet würden. Somit bedürfe es zur Beurteilung der Frage des Vorliegens der Konkurseröffnungsvoraussetzungen der Aufnahme des angebotenen Bescheinigungsmittels und der Anhörung des Antragsgegners. Gegen die rekursgerichtliche Entscheidung erhebt die durch die bestellte Abwesenheitskuratorin vertretene Antragsgegnerin einen außerordentlichen Revisionsrekurs mit dem Antrag, diesen für zulässig zu erklären und die rekursgerichtliche Entscheidung wiederherzustellen. Sie bekämpft zunächst den rekursgerichtlichen Ausspruch der Unzulässigkeit eines außerordentlichen Revisionsrekurses mit der Begründung, beim angefochtenen Beschluß handle es sich um keinen echten Aufhebungsbeschluß, sondern in Wahrheit um eine abändernde Entscheidung, sodaß der Revisionsrekurs im Hinblick auf die Forderung des Antragstellers in der Höhe von S 80.000 gemäß dem § 528 Abs 3, § 528 Abs 2 Zif. 1, § 500 Abs 2 Zif. 1 ZPO nicht jedenfalls unzulässig sei.

### **Rechtliche Beurteilung**

Wie der Obersten Gerichtshof im Sinne der ständigen Rechtsprechung zu § 527 Abs 2 ZPO in der Entscheidung 3 Ob 24/86 ausdrücklich ausgesprochen hat, liegt ein "echter" Aufhebungsbeschluß dann vor, wenn eine bestimmte Frage, über die eine selbständige Entscheidung zu ergehen hat, vom Gericht zweiter Instanz noch nicht abschließend erledigt wird, sondern hierüber eine neuerliche Entscheidung des Erstgerichtes ergehen soll. Eine in Wahrheit abändernde Entscheidung liegt hingegen vor, wenn eine selbständig zu entscheidende Frage vom Gericht zweiter Instanz anders als vom Erstgericht entschieden wird und sich nur als Folge davon die Notwendigkeit einer Fortsetzung des Verfahrens ergibt. Hier ist über die Frage des Vorliegens der Konkurseröffnungsvoraussetzungen zu entscheiden. Das Konkursgericht hielt entgegen dem Erstgericht das diesbezügliche Vorbringen der Antragstellerin für hinreichend, war jedoch der Ansicht, daß es zu der in § 70 Abs 2 KO normierten Glaubhaftmachung der in § 70 Abs 1 KO genannten Konkurseröffnungsvoraussetzungen - hiezu gehört nicht auch substantiiertes Vorbringen über das Vorhandensein eines leicht realisierbaren, die Verfahrenskosten deckenden Vermögens des Antragsgegners (vgl. § 72 Abs 2 KO) - noch

einer Vervollständigung des Bescheinigungsverfahrens bedürfe. Eine abschließende Entscheidung der Frage, ob der Konkurs über das Vermögen der Antragsgegnerin zu eröffnen sei, hat es nicht gefällt. Demgemäß liegt aber keine abändernde Entscheidung, sondern ein echter rekursgerichtlicher Aufhebungsbeschluß vor. Dieser ist mangels eines gemäß § 527 Abs 2 ZPO (§ 171 KO) erfolgten rekursgerichtlichen Zulässigkeitsausspruches unanfechtbar.

Der Revisionsrekurs war daher zurückzuweisen.

**Anmerkung**

E21027

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:1990:0080OB00010.9.0531.000

**Dokumentnummer**

JJT\_19900531\_OGH0002\_0080OB00010\_9000000\_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)