

# TE OGH 2020/9/29 8Ob79/20f

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 29.09.2020

## **Kopf**

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten Hon.-Prof. Dr. Kuras als Vorsitzenden sowie die Hofrätin Dr. Tarmann-Prentner und Mag. Korn, den Hofrat Dr. Stefula und die Hofrätin Mag. Wessely-Kristöfel als weitere Richter in der Insolvenzeröffnungssache der Schuldnerin A\*\*\*\*\* AG \*\*\*\*\*, über die ordentlichen Revisionsreklame der 1. Schuldnerin, vertreten durch die mit Beschluss des Handelsgerichts Wien vom 12. Februar 2020, GZ 71 Fr 1855/20y-6, bestellten Abwickler Mag. C\*\*\*\*\* R\*\*\*\*\* und Dr. T\*\*\*\*\* E\*\*\*\*\*, beide vertreten durch Urbanek Lind Schmied Reisch Rechtsanwälte OG in Wien, 2. Finanzmarktaufsichtsbehörde (FMA), 1090 Wien, Otto-Wagner-Platz 5, vertreten durch die Finanzprokuratur in Wien, und 3. Einlagensicherung AUSTRIA GesmbH, 1010 Wien, Wipplingerstraße 34/4/DG4, vertreten durch Preslmayr Rechtsanwälte OG in Wien, gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Wien vom 21. August 2020, GZ 6 R 144/20w-115, womit über Rekurs der Gläubiger 1. Y\*\*\*\*\* N\*\*\*\*\* 2. U\*\*\*\*\* Ltd, \*\*\*\*\* 3. P\*\*\*\*\* Ltd, \*\*\*\*\* 4. G\*\*\*\*\* Ltd, \*\*\*\*\* und 5. P\*\*\*\*\* Corp, \*\*\*\*\* alle vertreten durch Graf & Pitkowitz Rechtsanwälte GmbH in Graz, der Beschluss des Handelsgerichts Wien vom 17. Juli 2020, GZ 5 S 29/20d-97, aufgehoben wurde, den

Beschluss

gefasst:

## **Spruch**

Den Revisionsreklame wird Folge gegeben.

Der angefochtene Beschluss wird dahin abgeändert, dass der Beschluss des Erstgerichts wiederhergestellt wird.

## **Text**

Begründung:

Zur Vermeidung von Wiederholungen ist zunächst auf den im ersten Rechtsgang ergangenen Beschluss des Obersten Gerichtshofs vom 19. 6. 2020, 8 Ob 27/20h, ON 88, zu verweisen. Der wesentliche Inhalt des Spruchs der Entscheidung wurde am 9. 7. 2020 in der Insolvenzdatei bekanntgemacht. Die Entscheidung wurde am selben Tag unter anderem der FMA zugestellt.

Die FMA brachte am 10. 7. 2020 beim Erstgericht einen Antrag auf Eröffnung des Konkurses über das Vermögen der Schuldnerin ein. Darin brachte sie vor, dass die Schuldnerin schon bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens am 2. 3. 2020 evident zahlungsunfähig gewesen sei und dies auch nach wie vor sei. Die FMA gab zusammengefasst den wesentlichen Inhalt der Angaben der Schuldnerin über ihre (tristen) finanziellen Verhältnisse im Eigenantrag auf Konkurseröffnung vom 2. 3. 2020 sowie in der von der Schuldnerin im Rekursverfahren gegen die Insolvenzeröffnung vom 2. 3. 2020 erstatteten Rekursbeantwortung wieder, referierte die ebenso eine Zahlungsunfähigkeit darlegenden Berichte des Masseverwalters vom 26. 3. 2020, ON 30, und 25. 5. 2020, ON 67, und tätigte ergänzende Ausführungen zu fälligen

Einlagen, fälligen Forderungen der Einlagensicherung AUSTRIA GesmbH, fälligen Abgabenforderungen der Republik Österreich und Kostenforderungen der FMA selbst. Weiters brachte die FMA im Antrag vom 10. 7. 2020 vor, dass die Schuldnerin auch im insolvenzrechtlichen Sinn überschuldet gewesen sei und dies auch nach wie vor zutreffe, wobei sie die diesbezüglichen Angaben der Schuldnerin in ihrer Rekursbeantwortung und den Inhalt eines Schreibens der Einlagensicherung AUSTRIA GesmbH vom 9. 7. 2020 referierte. Zur Bescheinigung all dessen legte die FMA unter anderem die zitierten Dokumente vor.

Am 13. 7. 2020 beschloss das Erstgericht, der Schuldnerinden Eröffnungsantrag vom 10. 7. 2020 zur Äußerung binnen 14 Tagen zuzustellen. Ebenso mit Beschluss vom 13. 7. 2020 forderte das Erstgericht die FMA auf, zum Konkursöffnungsantrag vom 2. 3. 2020, ON 1, binnen zwei Tagen dahingehend Stellung zu nehmen, ob sie diesen Antrag nachträglich genehmige. Die Zustellung dieser Beschlüsse erfolgte jeweils am folgenden Tag.

Am 15. 7. 2020 erklärte die FMA, der Konkursöffnung aufgrund des Antrags der Schuldnerin vom 2. 3. 2020 zuzustimmen, „da die Voraussetzungen für eine Konkursöffnung zu diesem Zeitpunkt vorlagen und noch immer vorliegen“. Dazu verwies die FMA auf ihren Konkursöffnungsantrag vom 10. 7. 2020.

Diese Äußerung der FMA stellte das Erstgericht umgehend der Schuldnerin zur Äußerung binnen zwei Tagen zu.

Am 16. 7. 2020 erklärte die Schuldnerin, dass sie die Äußerung der FMA zur Kenntnis nehme. Unter einem verwies sie auf ihren eigenen Konkursantrag vom 2. 3. 2020.

Das Erstgericht fasste am 17. 7. 2020 folgenden Beschluss:

„1. Die mit Beschluss des Handelsgerichtes Wien vom 2. 3. 2020, 5 S 2\*\*\*\*\*, erzeugten Konkurswirkungen bleiben aufrecht.

Weiters bleiben alle in diesem Insolvenzverfahren bislang ergangenen Beschlüsse aufrecht.

2. Der Insolvenzverwalter Dr. G\*\*\*\*\* F\*\*\*\*\* und sein Vertreter MMag. M\*\*\*\*\* T\*\*\*\*\*, bleiben in ihrem Amt.

3. Die erste Gläubigerversammlung, Berichtstagsatzung und allgemeine Prüfungstagsatzung wird auf den 15. 10. 2020, 9.45 Uhr, Saal 1811, 18. Stock bei diesem Gericht anberaumt.

4. Die Konkursforderungen der Gläubiger und Forderungen von Aussonderungsberechtigten und Absonderungsgläubigern auf Einkünfte aus einem Arbeitsverhältnis oder auf sonstige wiederkehrende Leistungen mit Einkommensersatzfunktion sind spätestens bis zum 1. 10. 2020 bei diesem Gericht anzumelden.

Bereits eingebrauchte Anmeldungen von Konkursforderungen bleiben als solche aufrecht.“

In tatsächlicher Hinsicht ging das Erstgericht sowohl hinsichtlich des Standes zum 2. 3. 2020 als auch erkennbar zum Stand seiner Beschlussfassung im zweiten Rechtsgang unter anderem davon aus, dass im für die Schuldnerin besten Fall kurzfristig verfügbaren Mitteln in Höhe von rund 21,7 Mio EUR jedenfalls fällige Verbindlichkeiten aus Einlagen im Umfang von rund 49,9 Mio EUR gegenüber standen und nach wie vor stehen. In rechtlicher Hinsicht bejahte das Erstgericht die Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin „zum Zeitpunkt der Konkursantragstellung durch die Schuldnerin, vertreten durch die Abwickler, und zum gegenwärtigen Zeitpunkt“. Die Stellungnahme der FMA vom 15. 7. 2020 sowie der von ihr gestellte eigene Konkursantrag vom 10. 7. 2020 seien dahingehend zu werten, dass die FMA nach erfolgter Information gemäß Art 86 Abs 2 der Richtlinie 2014/59/EU (§ 119 Abs 2 BaSAG) als Amtspartei den Insolvenzantrag vom 2. 3. 2020 nachträglich genehmige. Dem Antragsmonopol der FMA zur Konkursantragstellung werde nicht nur Genüge getan, wenn diese den Antrag selber einbringe, sondern auch, wenn diese den an sich unzulässigen Antrag der Schuldnerin nachträglich genehmige. Die Genehmigung wirke auf den Zeitpunkt der Antragstellung zurück, zumal die Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin bereits am 2. 3. 2020 vorgelegen habe. Der Regelung des § 79 Abs 1 IO und der ständigen Rechtsprechung zu dieser Bestimmung folgend sei aufgrund der Entscheidung 8 Ob 27/20h nach Verfahrensergänzung auszusprechen gewesen, dass die erfolgte Konkursöffnung und die damit erzeugten Konkurswirkungen sowie alle sonstigen im gegenständlichen Insolvenzverfahren bislang ergangenen Beschlüsse aufrecht bleiben.

Das Rekursgericht gab mit der angefochtenen Entscheidung dem Rekurs der fünf aus dem Kopf dieses Beschlusses ersichtlichen Gläubiger Folge und hob den erstgerichtlichen Beschluss (ersatzlos) auf. Es verneinte eine Nichtigkeit oder Mängelhaftigkeit des erstinstanzlichen Verfahrens und billigte die Feststellungen und die rechtliche Beurteilung des Erstgerichts zum Vorliegen von Zahlungsunfähigkeit. Rechtlich führte das Rekursgericht aus, der

Entscheidungswille des Erstgerichts sei darauf gerichtet gewesen auszusprechen, dass die Wirkungen der Konkurseröffnung aufgrund des an sich unzulässigen Eigenantrags der Schuldnerin vom 2. 3. 2020 unter der Prämissen der für zulässig erachteten nachträglichen rückwirkenden Genehmigung durch die FMA aufrecht blieben. Als solche habe das Erstgericht die Stellungnahme der FMA vom 15. 7. 2020 in Verbindung mit („sowie“) deren eigenen Konkursantrag vom 10. 7. 2020 gewertet. Die Frage der Zulässigkeit oder Berechtigung des Eigenantrags vom 2. 3. 2020 losgelöst von seiner nachträglichen Genehmigung sei demnach nicht Gegenstand des angefochtenen Beschlusses gewesen. Das Erstgericht habe den Konkurseröffnungsantrag der FMA vom 10. 7. 2020 seiner Entscheidung (nur) insoweit zugrunde gelegt, als es darin zusammen mit der Stellungnahme vom 15. 7. 2020 eine nachträgliche (rückwirkende) Genehmigung des Konkursantrags der Schuldnerin erblickt habe. Deshalb liege auch über den Konkurseröffnungsantrag der FMA vom 10. 7. 2020 bislang keine Entscheidung vor; die in jenem Verfahren zur Äußerung eingeräumte Frist sei bei Beschlussfassung auch noch nicht abgelaufen gewesen. Die sich aus § 82 Abs 3 Satz 1 BWG ergebende fehlende Antragslegitimation der Schuldnerin zur Beantragung der Konkurseröffnung könne nicht schon dadurch (rückwirkend) geheilt werden, dass die FMA den wegen ihres Konkursantragsmonopols unzulässigen Eigenantrag der Schuldnerin nachträglich genehmigte. Die FMA müsse wegen der sich aus § 82 Abs 3 Satz 2 BWG ergebenden Anwendung des § 70 IO auf von ihr gestellte Konkurseröffnungsanträge gegen Banken nämlich einen Insolvenzgrund bescheinigen, wohingegen dies bei einem Schuldnerantrag nach § 69 IO nicht notwendig sei. Die FMA könne die Insolvenzeröffnung nur durch einen eigenen Antrag herbeiführen. Die in Deutschland vertretene Möglichkeit der „nachträglichen Genehmigung“ von unzulässigen Insolvenzanträgen durch die dortige Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) sei nicht auf Österreich übertragbar, weil hier die FMA den Insolvenzgrund bescheinigen müsse, wohingegen in Deutschland vertreten werde, dass die BaFin den zur Begründung ihres Antrags herangezogenen Eröffnungsgrund nicht glaubhaft zu machen habe. Die Heranziehung der zur deutschen Rechtslage vertretenen Ansicht würde im Ergebnis dazu führen, dass infolge Genehmigung des Eigenantrags der Schuldnerin durch die FMA der Konkurs ohne die erforderliche Glaubhaftmachung eines Insolvenzgrundes eröffnet werden könnte. Dies widerspräche jedoch dem insoweit eindeutigen Verweis auf § 70 IO in § 82 Abs 3 BWG. Der Versuch des Erstgerichts, die nachträgliche (rückwirkende) Genehmigung des unzulässigen Eigenantrags durch die FMA dadurch zu ermöglichen, dass es das Vorliegen der Zahlungsunfähigkeit bezogen auf den Zeitpunkt der ursprünglichen Konkurseröffnung bejaht habe, scheitere daran, dass dies nicht der maßgebliche Zeitpunkt für die Beurteilung des Insolvenzgrundes sei. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung, ob ein Insolvenzgrund vorliegt, sei nämlich jener der Entscheidung. Auf diesen Zeitpunkt hin seien die Feststellungen vorzunehmen.

Das Rekursgericht sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 5.000 EUR übersteige. Es ließ den ordentlichen Revisionsrekurs nicht zu, weil keine Rechtsfrage iSd § 528 ZPO zu lösen gewesen sei.

Gegen diesen Beschluss richten sich die jeweils aus dem Rechtsmittelgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung erhobenen Revisionsreklame der Schuldnerin, vertreten durch die Abwickler, der FMA und der Einlagensicherung AUSTRIA GesmbH, einer Gläubigerin, dies jeweils mit einem im Ergebnis auf Wiederherstellung des erstgerichtlichen Beschlusses gerichteten Abänderungsantrag.

Die fünf aus dem Kopf dieses Beschlusses ersichtlichen Gläubiger beantragen in ihren Revisionsrekursbeantwortungen, die Revisionsreklame zurückzuweisen, hilfsweise ihnen nicht Folge zu geben.

Die Revisionsreklame sind – wie in ihnen auch jeweils im Einzelnen dargelegt wird – zulässig, weil keine höchstgerichtliche Rechtsprechung zur Frage vorhanden ist, ob eine nachträgliche Genehmigung eines iSd § 82 Abs 3 Satz 1 BWG an sich unzulässigen Antrags durch die FMA, der bei Kreditinstituten das Konkursantragsmonopol zukommt, möglich ist.

Die Revisionsreklame sind auch berechtigt.

1. Die Rekurswerber im zweiten Rechtsgang (die fünf aus dem Kopf dieses Beschlusses ersichtlichen Gläubiger) haben von sich aus noch vor der in § 508a Abs 2 Satz 1 iVm § 528 Abs 3 ZPO vorgesehenen Mitteilung eine (gemeinsame) Beantwortung der drei Revisionsreklame eingereicht. Da es daher keiner gesonderten Beschlussfassung der Freistellung einer Revisionsrekursbeantwortung nach dieser Gesetzesstelle mehr bedarf, kann bereits in der Sache selbst erkannt werden (RIS-Justiz RS0104882).

2. Nach dem vom Erstgericht seiner Entscheidung zugrunde gelegten Sachverhaltstanden und stehen der Schuldnerin

sowohl zum Stand 2. 3. 2020 als auch zum aktuellen Stand (Zeitpunkt der Fassung des erstinstanzlichen Beschlusses) im besten Fall Mittel in Höhe von rund 21,7 Mio EUR kurzfristig zur Verfügung und standen und stehen dem jedenfalls fällige Verbindlichkeiten aus Einlagen im Umfang von rund 49,9 Mio EUR gegenüber. Danach war und ist die Schuldnerin zahlungsunfähig, zumal Gründe für das Vorliegen einer bloßen (und als solchen voraussichtlich alsbald vorübergehenden) Zahlungsstockung in keiner Weise ersichtlich sind (vgl RS0064528; RS0052198). Das Vorliegen von Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin wird – anders als im ersten Rechtsgang – vor dem Obersten Gerichtshof auch von keiner Partei in Zweifel gezogen. Ergänzend kann insofern auf die zutreffende Begründung des Rekursgerichts für das Vorliegen von Zahlungsunfähigkeit verwiesen werden (§ 510 Abs 3 Satz 2 iVm § 528a ZPO).

### **Rechtliche Beurteilung**

3. Das Rekursgericht ging davon aus, dass das Erstgericht noch nicht (auch) über den Antrag der FMA vom 10. 7. 2020 auf Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen der Schuldnerin entschieden habe. Das Erstgericht habe diesen Konkurseröffnungsantrag der FMA seiner Entscheidung (nur) insoweit zugrunde gelegt, als es darin zusammen mit der Stellungnahme vom 15. 7. 2020 eine nachträgliche (rückwirkende) Genehmigung des Konkursantrags der Schuldnerin erblickt habe.

Das Erstgericht hat aber eben seiner Beurteilung nicht nur die Stellungnahme der FMA vom 15. 7. 2020, sondern auch deren Konkurseröffnungsantrag vom 10. 7. 2020 zu Grunde gelegt und damit auch über den Konkurseröffnungsantrag entschieden (argumento „Die Stellungnahme der FMA vom 15. 7. 2020 sowie der von der FMA gestellte eigene Konkursantrag vom 10. 7. 2020 sind auf Basis der ausführlichen Begründung der Entscheidung des OGH zu 8 Ob 27/20h in rechtlicher Hinsicht dahingehend zu werten, dass die FMA [...] als Amtspartei den Insolvenzantrag vom 2. 3. 2020 nachträglich genehmigt [...].“). Da dies nicht dahin zu verstehen ist, dass das Erstgericht seiner Entscheidung nicht jedenfalls auch den eigenen Antrag der FMA zugrundelegt, bedarf es keiner Beantwortung, ob eine Genehmigung des seinerzeitigen Konkurseröffnungsantrags vom 2. 3. 2020 durch die FMA rechtlich überhaupt möglich wäre. Auch auf Grundlage nur des Konkurseröffnungsantrags vom 10. 7. 2020 erweist sich der erstinstanzliche Beschluss als rechtsrichtig:

3.1. Durch eine Aufhebung des Konkurseröffnungsbeschlusses und die Zurückverweisung der Sache an das Erstgericht zur Verfahrensergänzung und neuerlichen Entscheidung bleiben die Wirkungen der Konkurseröffnung (aus Gründen der Rechtssicherheit) solange aufrecht, bis nicht eine rechtskräftige Ab- oder Zurückweisung des Konkurseröffnungsantrags vorliegt (RS0118048; Senoner in Konecny, Insolvenzgesetze [2010] § 79 IO Rz 2; Dellinger/Oberhammer/Koller, Insolvenzrecht4 [2018] Rz 263; Schumacher in KLS [2019] § 71c IO Rz 24; Clavora/Kapp in Höllwerth/Ziehensack, ZPO-TaKom § 159 Rz 145 ua). Führt die Verfahrensergänzung zum Ergebnis, dass die Voraussetzungen für die Konkurseröffnung sehr wohl vorliegen, so hat das Erstgericht nicht einen neuen Konkurseröffnungsbeschluss zu fassen, sondern auszusprechen, dass die Wirkungen der ursprünglichen Konkurseröffnung aufrecht bleiben (Mohr, IO11 [2012] § 79 E 9). Grund dafür, dass bei Bejahung der Insolvenzeröffnungsvoraussetzungen (auch) im zweiten Rechtsgang nur auszusprechen ist, dass die Wirkungen der ursprünglichen Konkurseröffnung aufrecht bleiben, ist zum einen zu verunmöglichen, dass ein Gläubiger durch Rekurerhebung aufgrund verbesserungsfähiger Mängel des Konkurseröffnungsverfahrens den Zeitpunkt der Konkurseröffnung und damit auch jenen der Rückrechnung von Anfechtungsfristen zu seinen Gunsten hinausschiebt (Schumacher in Buchegger, Österreichisches Insolvenzrecht4 II/2 [2004] § 71c Rz 24). Zum anderen kommt es hierdurch nicht zu frustrierten Verfahrenskosten, zumal das bisherige Konkursverfahren in seiner Gesamtheit – etwa getätigte Forderungsanmeldungen und über diese geführte Verfahren – weiterverwendet werden kann.

3.2. Dies betrifft vor allem Konstellationen, in denen ein zulässiger Insolvenzantrag vorliegt, bei dessen Erledigung dem Erstgericht Fehler unterliefen, und nach deren Behebung über denselben Insolvenzantrag neuerlich stattgebend entschieden wird. Das oben Gesagte gilt beispielsweise aber auch dann, wenn das Erstgericht im ersten Rechtsgang irrig einen Eigenantrag der Schuldnerin annimmt und das Insolvenzverfahren eröffnet, tatsächlich aber (nur) ein Gläubigerantrag vorliegt, und das über diesen sodann im zweiten Rechtsgang durchgeführte Verfahren das Vorliegen der Konkursvoraussetzungen ergibt (OLG Wien 28 R 91/13b [uv]). Auch in einer solchen Situation erfordern die Verhinderung einer Hinausschiebung einer inhaltlich nötigen Insolvenzeröffnung durch einen Gläubiger zu dessen eigenen Gunsten und die Vermeidung eines frustrierten Verfahrensaufwands, an die bereits erfolgte Insolvenzeröffnung nahtlos anzuschließen und nur auszusprechen, dass deren Wirkungen aufrecht bleiben. Dies ist jedenfalls für die hier vorliegende Konstellation zu übernehmen (vgl auch 8 Ob 27/20h). Im Ergebnis ist im (auch) über

den von der FMA in Ausübung ihres Konkursantragsmonopols am 10. 7. 2020 gestellten Insolvenzeröffnungsantrag geführten Verfahren ein Sachverhalt bescheinigt, der die Insolvenzreife der Schuldnerin bestätigt. Auf die Frage, ob dies auch gelten würde, wenn ein Schuldner sich nur und erst zur Zeit des erstinstanzlichen Beschlusses im zweiten Rechtsgang als konkursreif erweist, zur Zeit des (aufgehobenen) erstinstanzlichen Eröffnungsbeschlusses hingegen noch nicht konkursreif war, ist nicht einzugehen, weil im zu beurteilenden Sachverhalt zu beiden Zeitpunkten Konkursreife vorlag bzw nach wie vor vorliegt.

Es war damit den Revisionsrekursen Folge zu geben und der erstgerichtliche Beschluss wiederherzustellen.

**Textnummer**

E129530

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2020:0080OB00079.20F.0929.000

**Im RIS seit**

15.11.2020

**Zuletzt aktualisiert am**

07.06.2021

**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)