

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

# TE OGH 2005/5/19 60b11/05v

JUSLINE Entscheidung

② Veröffentlicht am 19.05.2005

#### Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Ehmayr als Vorsitzenden und die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Huber, Dr. Prückner, Dr. Schenk und Dr. Schramm als weitere Richter in der Firmenbuchsache der im Firmenbuch des Handelsgerichts Wien zu FN \*\*\*\*\* eingetragenen "L\*\*\*\*\* Ges.m.b.H., \*\*\*\*\*, über den Revisionsrekurs der Gesellschaft, vertreten durch Dr. Michael Günther, Rechtsanwalt in Wien, gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Wien als Rekursgericht vom 29. Oktober 2004, GZ 28 R 240/04a-10, womit der Beschluss des Handelsgerichts Wien vom 16. September 2004, GZ 74 Fr 7540/04p-7, bestätigt wurde, den

**Beschluss** 

gefasst:

# **Spruch**

Dem Revisionsrekurs wird nicht Folge gegeben.

#### **Text**

Begründung:

Die "L\*\*\*\*\* Ges.m.b.H. ist seit 12. 11. 2002 im Firmenbuch eingetragen. Mit Beschluss des Konkursgerichts vom 16. 4. 2004 wurde der Antrag der Wiener Gebietskrankenkasse auf Eröffnung des Konkurses mangels eines zur Deckung der Kosten eines Konkursverfahrens voraussichtlich hinreichenden Vermögens abgewiesen. Am 25. 5. 2004 wurden die Ablehnung der Konkurseröffnung und die Auflösung der Gesellschaft gemäß § 39 FBG im Firmenbuch eingetragen. In der Generalversammlung vom 19. 8. 2004 beschlossen die Gesellschafter die Fortsetzung der Gesellschaft, die Löschung des Zusatzes "in Liquidation", die Abberufung der Liquidatorin Amra C\*\*\*\*\* und zugleich deren Bestellung zur allein zeichnungsund vertretungsbefugten Geschäftsführerin. Generalversammlungsprotokoll wurde festgehalten, dass dem Konkursantrag eine für Sozialversicherungsbeiträge für zwei Dienstnehmer zugrundegelegen gelegen sei. Die Anmeldung Sozialversicherung sei aber von einer Dienstnehmerin durchgeführt worden, die hiezu nicht bevollmächtigt gewesen sei. Es habe sich um Scheinarbeitsverhältnisse gehandelt. Die Wiener Gebietskrankenkasse habe inzwischen mit zwei Bescheiden vom 14. 7. 2004 die An- und Abmeldung beider Dienstverhältnisse abgelehnt und die Beitragsvorschreibung, die Grundlage des Konkurseröffnungsantrags gewesen sei, storniert. Dem gegen die Gesellschaft von einem anderen Gläubiger geführten Exekutionsverfahren sei die Grundlage entzogen, weil die Rechtskraft- und Vollstreckbarkeitsbestätigung des Zahlungsbefehls am 6. 8. 2004 aufgehoben worden sei. Die Abweisung des Konkursantrags mangels kostendeckenden Vermögens sei nicht rechtskräftig, weil der Konkursantrag nicht wirksam zugestellt worden sei. Ein Rekursverfahren sei anhängig. Die "L\*\*\*\* Ges.m.b.H. ist seit 12. 11. 2002 im Firmenbuch eingetragen. Mit Beschluss des Konkursgerichts vom 16. 4. 2004 wurde der Antrag der Wiener Gebietskrankenkasse auf Eröffnung des Konkurses mangels eines zur Deckung der Kosten eines

Konkursverfahrens voraussichtlich hinreichenden Vermögens abgewiesen. Am 25. 5. 2004 wurden die Ablehnung der Konkurseröffnung und die Auflösung der Gesellschaft gemäß Paragraph 39, FBG im Firmenbuch eingetragen. In der Generalversammlung vom 19. 8. 2004 beschlossen die Gesellschafter die Fortsetzung der Gesellschaft, die Löschung des Zusatzes "in Liquidation", die Abberufung der Liquidatorin Amra C\*\*\*\*\* und zugleich deren Bestellung zur allein zeichnungs- und vertretungsbefugten Geschäftsführerin. Im Generalversammlungsprotokoll wurde festgehalten, dass dem Konkursantrag eine Forderung für Sozialversicherungsbeiträge für zwei Dienstnehmer zugrundegelegen gelegen sei. Die Anmeldung zur Sozialversicherung sei aber von einer Dienstnehmerin durchgeführt worden, die hiezu nicht bevollmächtigt gewesen sei. Es habe sich um Scheinarbeitsverhältnisse gehandelt. Die Wiener Gebietskrankenkasse habe inzwischen mit zwei Bescheiden vom 14. 7. 2004 die An- und Abmeldung beider Dienstverhältnisse abgelehnt und die Beitragsvorschreibung, die Grundlage des Konkurseröffnungsantrags gewesen sei, storniert. Dem gegen die Gesellschaft von einem anderen Gläubiger geführten Exekutionsverfahren sei die Grundlage entzogen, weil die Rechtskraft- und Vollstreckbarkeitsbestätigung des Zahlungsbefehls am 6. 8. 2004 aufgehoben worden sei. Die Abweisung des Konkursantrags mangels kostendeckenden Vermögens sei nicht rechtskräftig, weil der Konkursantrag nicht wirksam zugestellt worden sei. Ein Rekursverfahren sei anhängig.

Mit Beschluss vom 1. 9. 2004 bewilligte das Erstgericht die Eintragung des Fortsetzungsbeschlusses, der Löschung des Zusatzes "in Liquidation", die Löschung der Amra C\*\*\*\* als Liquidatorin und deren Eintragung als Geschäftsführerin. Über den Antrag auf Löschung auch der Eintragung der Abweisung des Konkurseröffnungsantrags und der Auflösung der Gesellschaft entschied das Erstgericht zunächst nicht. Am 13. 9. 2004 beantragte die Gesellschaft, den Beschluss durch eine Entscheidung auch über diese Anträge zu ergänzen. Die dem Konkursantrag zugrundeliegenden Forderungen hätten gar nicht existiert. Der Konkursantrag und dessen Abweisung mangels kostendeckenden Vermögens sei zu Unrecht erfolgt. Es seien daher auch die insolvenzrechtlichen Anmerkungen im Firmenbuch zu löschen. Die in § 77a Abs 2 KO normierte 5-Jahresfrist beziehe sich nur auf die Eintragungen gemäß § 77a Abs 1 Z 3 bis 5 KO, nicht aber auf den hier vorliegenden, in Z 6 geregelten Fall, in der die Eintragung der Ablehnung der Konkurseröffnung mangels hinreichenden Vermögens normiert sei. Wenn nachgewiesen sei, dass die Ablehnung der Konkurseröffnung mangels hinreichenden Vermögens zu Unrecht erfolgt sei, sei auch die entsprechende Eintragung im Firmenbuch unverzüglich und nicht erst nach Ablauf von fünf Jahren zu löschen. Mit Beschluss vom 1. 9. 2004 bewilligte das Erstgericht die Eintragung des Fortsetzungsbeschlusses, der Löschung des Zusatzes "in Liquidation", die Löschung der Amra C\*\*\*\*\* als Liquidatorin und deren Eintragung als Geschäftsführerin. Über den Antrag auf Löschung auch der Eintragung der Abweisung des Konkurseröffnungsantrags und der Auflösung der Gesellschaft entschied das Erstgericht zunächst nicht. Am 13. 9. 2004 beantragte die Gesellschaft, den Beschluss durch eine Entscheidung auch über diese Anträge zu ergänzen. Die dem Konkursantrag zugrundeliegenden Forderungen hätten gar nicht existiert. Der Konkursantrag und dessen Abweisung mangels kostendeckenden Vermögens sei zu Unrecht erfolgt. Es seien daher auch die insolvenzrechtlichen Anmerkungen im Firmenbuch zu löschen. Die in Paragraph 77 a, Absatz 2, KO normierte 5-Jahresfrist beziehe sich nur auf die Eintragungen gemäß Paragraph 77 a, Absatz eins, Ziffer 3, bis 5 KO, nicht aber auf den hier vorliegenden, in Ziffer 6, geregelten Fall, in der die Eintragung der Ablehnung der Konkurseröffnung mangels hinreichenden Vermögens normiert sei. Wenn nachgewiesen sei, dass die Ablehnung der Konkurseröffnung mangels hinreichenden Vermögens zu Unrecht erfolgt sei, sei auch die entsprechende Eintragung im Firmenbuch unverzüglich und nicht erst nach Ablauf von fünf Jahren zu löschen.

Das Erstgericht wies den Antrag auf Löschung der Eintragung des Beschlusses des Konkursgerichts auf Abweisung des Konkursantrags mangels Vermögens und der Auflösung der Gesellschaft gemäß § 39 FBG ab. Aus den dem Generalversammlungsprotokoll angeschlossenen Beilagen sei zwar ersichtlich, dass den Forderungen der Wiener Gebietskrankenkasse bloß Scheinarbeitsverhältnisse zugrundegelegen seien, dass die ursprüngliche Beitragsvorschreibung storniert worden sei und dass die Rechtskraft- und Vollstreckbarkeitsbestätigung eines der Exekutionsführung eines anderen Gläubigers zugrundeliegenden Titels aufgehoben worden sei, sodass die Beseitigung des Auflösungsgrunds hinreichend bescheinigt worden sei. Deshalb sei die Fortsetzung der Gesellschaft im Firmenbuch eingetragen worden. Das über die bewilligten Eintragungen hinausgehende Löschungsbegehren sei aber nicht berechtigt. Aus § 77a Abs 2 letzter Satz KO lasse sich nicht ableiten, das auch die Ablehnung der Konkurseröffnung mangels hinreichenden Vermögens und die damit verknüpfte Auflösung der Gesellschaft gelöscht werden könnten. Nach ständiger Rechtsprechung sei§ 77a KO eine abschließende Regelung der nach der Konkursordnung im Firmenbuch vorzunehmenden Eintragungen. Sollte aufgrund des Rekurses der Gesellschaft im Konkursverfahren der dort ergangene Beschluss aufgehoben oder für nichtig erklärt werden, wäre dessen Löschung

auch im Firmenbuch zu veranlassen. Derzeit liege hiefür jedoch keine gesetzliche Grundlage vor.Das Erstgericht wies den Antrag auf Löschung der Eintragung des Beschlusses des Konkursgerichts auf Abweisung des Konkursantrags mangels Vermögens und der Auflösung der Gesellschaft gemäß Paragraph 39, FBG ab. Aus den dem Generalversammlungsprotokoll angeschlossenen Beilagen sei zwar ersichtlich, dass den Forderungen der Wiener Gebietskrankenkasse bloß Scheinarbeitsverhältnisse zugrundegelegen seien, dass die ursprüngliche Beitragsvorschreibung storniert worden sei und dass die Rechtskraft- und Vollstreckbarkeitsbestätigung eines der Exekutionsführung eines anderen Gläubigers zugrundeliegenden Titels aufgehoben worden sei, sodass die Beseitigung des Auflösungsgrunds hinreichend bescheinigt worden sei. Deshalb sei die Fortsetzung der Gesellschaft im Firmenbuch eingetragen worden. Das über die bewilligten Eintragungen hinausgehende Löschungsbegehren sei aber nicht berechtigt. Aus Paragraph 77 a, Absatz 2, letzter Satz KO lasse sich nicht ableiten, das auch die Ablehnung der Konkurseröffnung mangels hinreichenden Vermögens und die damit verknüpfte Auflösung der Gesellschaft gelöscht werden könnten. Nach ständiger Rechtsprechung sei Paragraph 77 a, KO eine abschließende Regelung der nach der Konkursordnung im Firmenbuch vorzunehmenden Eintragungen. Sollte aufgrund des Rekurses der Gesellschaft im Konkursverfahren der dort ergangene Beschluss aufgehoben oder für nichtig erklärt werden, wäre dessen Löschung auch im Firmenbuch zu veranlassen. Derzeit liege hiefür jedoch keine gesetzliche Grundlage vor.

Das Rekursgericht bestätigte diesen Beschluss und sprach aus, dass der ordentliche Revisionsrekurs zulässig sei. Es billigte die Rechtsansicht des Erstgerichts und ergänzte, dass eine analoge Anwendung des § 77a Abs 2 letzter Satz KO auf den Fall des § 77a Abs 1 Z 6 KO nicht in Betracht komme. Angesichts der ausdrücklichen Verweisung des § 77a Abs 2 letzter Satz KO auf Abs 1 Z 1 bis 5 (und nicht auch auf Abs 1 Z 6) sei auszuschließen, dass der Gesetzgeber § 77a Abs 1 Z 6 KO "übersehen" habe und dass demgemäß auch die Eintragung der Ablehnung der Konkurseröffnung mangels hinreichenden Vermögens auf Antrag des Schuldners nach fünf Jahren zu löschen sei. Dies habe der Gesetzgeber nicht gewollt, offenbar weil eine solche Gesellschaft das "Kainsmal" der Vermögenslosigkeit "deutlich auf ihrer Stirn tragen" solle. Es sei zwar anerkannt, dass eine GmbH fortgesetzt werden könne, auch wenn sie wegen rechtskräftiger Abweisung eines Konkursantrags mangels kostendeckenden Vermögens gemäß § 39 FBG aufgelöst sei. Voraussetzung sei der Nachweis, dass ein Konkurseröffnungsgrund nicht vorliege. Gegen eine Vergleichbarkeit der im § 77a Abs 1 Z 1 bis 5 KO geregelten insolvenzrechtlichen Tatbestände mit jenem der Z 6 spreche jedoch, dass die Ablehnung der Konkurseröffnung mangels kostendeckenden Vermögens in aller Regel den Vorwurf gegen die Betroffenen impliziere, rechtswidrig und schuldhaft den rechtzeitigen Konkursantrag unterlassen zu haben. Eine materielle Prüfung der Richtigkeit der im Konkursverfahren ergangenen Entscheidungen sei im Firmenbuchverfahren nicht vorgesehen. Der außerordentliche Revisionsrekurs sei zulässig, weil eine Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zur Frage der analogen Anwendung des § 77a Abs 2 letzter Satz KO auf den Fall fehle, dass eine infolge Ablehnung einer Konkurseröffnung mangels hinreichenden Vermögens aufgelöste Gesellschaft ihre Fortsetzung beschlossen habe und dieser Umstand im Firmenbuch infolge Nachweises des Wegfalls des Konkurseröffnungsgrunds eingetragen worden sei. Das Rekursgericht bestätigte diesen Beschluss und sprach aus, dass der ordentliche Revisionsrekurs zulässig sei. Es billigte die Rechtsansicht des Erstgerichts und ergänzte, dass eine analoge Anwendung des Paragraph 77 a, Absatz 2, letzter Satz KO auf den Fall des Paragraph 77 a, Absatz eins, Ziffer 6, KO nicht in Betracht komme. Angesichts der ausdrücklichen Verweisung des Paragraph 77 a, Absatz 2, letzter Satz KO auf Absatz eins, Ziffer eins, bis 5 (und nicht auch auf Absatz eins, Ziffer 6,) sei auszuschließen, dass der Gesetzgeber Paragraph 77 a, Absatz eins, Ziffer 6, KO "übersehen" habe und dass demgemäß auch die Eintragung der Ablehnung der Konkurseröffnung mangels hinreichenden Vermögens auf Antrag des Schuldners nach fünf Jahren zu löschen sei. Dies habe der Gesetzgeber nicht gewollt, offenbar weil eine solche Gesellschaft das "Kainsmal" der Vermögenslosigkeit "deutlich auf ihrer Stirn tragen" solle. Es sei zwar anerkannt, dass eine GmbH fortgesetzt werden könne, auch wenn sie wegen rechtskräftiger Abweisung eines Konkursantrags mangels kostendeckenden Vermögens gemäß Paragraph 39, FBG aufgelöst sei. Voraussetzung sei der Nachweis, dass ein Konkurseröffnungsgrund nicht vorliege. Gegen eine Vergleichbarkeit der im Paragraph 77 a, Absatz eins, Ziffer eins bis 5 KO geregelten insolvenzrechtlichen Tatbestände mit jenem der Ziffer 6, spreche jedoch, dass die Ablehnung der Konkurseröffnung mangels kostendeckenden Vermögens in aller Regel den Vorwurf gegen die Betroffenen impliziere, rechtswidrig und schuldhaft den rechtzeitigen Konkursantrag unterlassen zu haben. Eine materielle Prüfung der Richtigkeit der im Konkursverfahren ergangenen Entscheidungen sei im Firmenbuchverfahren nicht vorgesehen. Der außerordentliche Revisionsrekurs sei zulässig, weil eine Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zur Frage analogen Anwendung des Paragraph 77 a, Absatz 2, letzter Satz KO auf den Fall fehle, dass eine infolge Ablehnung

einer Konkurseröffnung mangels hinreichenden Vermögens aufgelöste Gesellschaft ihre Fortsetzung beschlossen habe und dieser Umstand im Firmenbuch infolge Nachweises des Wegfalls des Konkurseröffnungsgrunds eingetragen worden sei.

#### **Rechtliche Beurteilung**

Der Revisionsrekurs der Gesellschaft ist zulässig. Er ist aber nicht berechtigt.

Im Gegensatz zu den Ausführungen des Rekursgerichts zur Frage der Zulässigkeit des Revisionsrekurses im Sinn des hier noch anzuwendenden § 14 Abs 1 AußStrG RGBI 208/1854 hat der Oberste Gerichtshof bereits zu der vom Rekursgericht als erheblich bezeichneten Rechtsfrage in seiner Entscheidung vom 23. 9. 2004, 6 Ob 187/04z (EvBl 2005/70 [308]), Stellung bezogen und die vom Rekursgericht verneinte Analogiefähigkeit bejaht. Die Rechtsmittelwerberin strebt aber nicht die - vom Obersten Gerichtshof im Gegensatz zum Rekursgericht gebilligte -Auslegung des § 77a Abs 2 KO dahin an, dass die Firmenbucheintragung über die Abweisung eines Konkursantrags mangels kostendeckenden Vermögens im Fall der Fortsetzung der Gesellschaft (erst) in fünf Jahren auf Antrag der Gesellschaft gelöscht werden könne. Sie meint, dass diese Eintragung sofort, mit der Eintragung des Fortsetzungsbeschlusses, vom Firmenbuchgericht gemäß § 77a Abs 2 erster Satz KO zu löschen sei. Sie argumentiert damit, dass der Gesetzgeber bei Einfügung des letzten Satzes des § 77a Abs 2 KO durch das IRÄG 1999 bewusst nur auf Abs 1 Z 1 bis 5 verwiesen und die Z 6 weggelassen habe, könne es doch bei einer Abweisung des Konkursantrags mangels Masse niemals zu einer Aufhebung des Konkurses im Sinn der KO kommen. Die 5-Jahresfrist könne somit gar nicht zu laufen beginnen. Der Sachverhalt sei nicht mit einer Konkursaufhebung nach Zwangsausgleich, nach Verteilung des Erlöses, mit Zustimmung aller Gläubiger oder gar bei einer Aufhebung mangels kostendeckender Masse nach § 166 KO zu vergleichen. Er sei aber vergleichbar mit einer Aufhebung des Konkurses nach§ 79 KO, sodass in Analogie zu § 77a Abs 2 erster Satz KO eine Löschung der insolvenzrechtlichen Eintragungen vorzunehmen sei. Einziger Unterschied sei, dass die Beurteilung, ob die Insolvenzvoraussetzungen gegeben sein oder nicht, dem Firmenbuchgericht und nicht dem Konkursgericht obliege.Im Gegensatz zu den Ausführungen des Rekursgerichts zur Frage der Zulässigkeit des Revisionsrekurses im Sinn des hier noch anzuwendenden Paragraph 14, Absatz eins, AußStrG RGBI 208/1854 hat der Oberste Gerichtshof bereits zu der vom Rekursgericht als erheblich bezeichneten Rechtsfrage in seiner Entscheidung vom 23. 9. 2004, 6 Ob 187/04z (EvBl 2005/70 [308]), Stellung bezogen und die vom Rekursgericht verneinte Analogiefähigkeit bejaht. Die Rechtsmittelwerberin strebt aber nicht die - vom Obersten Gerichtshof im Gegensatz zum Rekursgericht gebilligte - Auslegung des Paragraph 77 a, Absatz 2, KO dahin an, dass die Firmenbucheintragung über die Abweisung eines Konkursantrags mangels kostendeckenden Vermögens im Fall der Fortsetzung der Gesellschaft (erst) in fünf Jahren auf Antrag der Gesellschaft gelöscht werden könne. Sie meint, dass diese Eintragung sofort, mit der Eintragung des Fortsetzungsbeschlusses, vom Firmenbuchgericht gemäß Paragraph 77 a, Absatz 2, erster Satz KO zu löschen sei. Sie argumentiert damit, dass der Gesetzgeber bei Einfügung des letzten Satzes des Paragraph 77 a, Absatz 2, KO durch das IRÄG 1999 bewusst nur auf Absatz eins, Ziffer eins, bis 5 verwiesen und die Ziffer 6, weggelassen habe, könne es doch bei einer Abweisung des Konkursantrags mangels Masse niemals zu einer Aufhebung des Konkurses im Sinn der KO kommen. Die 5-Jahresfrist könne somit gar nicht zu laufen beginnen. Der Sachverhalt sei nicht mit einer Konkursaufhebung nach Zwangsausgleich, nach Verteilung des Erlöses, mit Zustimmung aller Gläubiger oder gar bei einer Aufhebung mangels kostendeckender Masse nach Paragraph 166, KO zu vergleichen. Er sei aber vergleichbar mit einer Aufhebung des Konkurses nach Paragraph 79, KO, sodass in Analogie zu Paragraph 77 a, Absatz 2, erster Satz KO eine Löschung der insolvenzrechtlichen Eintragungen vorzunehmen sei. Einziger Unterschied sei, dass die Beurteilung, ob die Insolvenzvoraussetzungen gegeben sein oder nicht, dem Firmenbuchgericht und nicht dem Konkursgericht obliege.

Die Frage, ob § 77a KO in diesem Sinn auszulegen ist, wurde bisher an den Obersten Gerichtshof noch nicht herangetragen. Sie ist aus nachstehenden Gründen zu verneinen:Die Frage, ob Paragraph 77 a, KO in diesem Sinn auszulegen ist, wurde bisher an den Obersten Gerichtshof noch nicht herangetragen. Sie ist aus nachstehenden Gründen zu verneinen:

§ 77a KO in der hier maßgebenden Fassung (vor der am 1. 1. 2005 in Kraft getretenen Novellierung durch das Sozialbetrugsgesetz BGBl I 2004/152, mit dem im Abs 1 die Z 7 ["die Zurückweisung des Antrags auf Eröffnung des Konkurses gemäß § 63"] eingefügt wurde), lautet:Paragraph 77 a, KO in der hier maßgebenden Fassung (vor der am 1. 1. 2005 in Kraft getretenen Novellierung durch das Sozialbetrugsgesetz BGBl römisch eins 2004/152, mit dem im Absatz eins, die Ziffer 7, ["die Zurückweisung des Antrags auf Eröffnung des Konkurses gemäß Paragraph 63 ",

# ], eingefügt wurde), lautet:

- "(1) Ist die Firma des Gemeinschuldners im Firmenbuch eingetragen, so hat das Konkursgericht folgende Eintragungen im Firmenbuch zu veranlassen: 1. die Konkurseröffnung unter Abgabe ihres Tages; 2. die Aufhebung des Konkurses, sofern es sich nicht um den Fall des § 79 handelt; 3. die Art der Überwachung der Ausgleichserfüllung; 4. einstweilige Vorkehrungen nach § 73; 5. den Namen des Masseverwalters, des besonderen Verwalters nach § 86 und des vertretungsbefugten oder ermächtigten Sachwalters nach § 157; 6. die Ablehnung der Konkurseröffnung mangels hinreichenden Vermögens. "(1) Ist die Firma des Gemeinschuldners im Firmenbuch eingetragen, so hat das Konkursgericht folgende Eintragungen im Firmenbuch zu veranlassen: 1. die Konkurseröffnung unter Abgabe ihres Tages; 2. die Aufhebung des Konkurses, sofern es sich nicht um den Fall des Paragraph 79, handelt; 3. die Art der Überwachung der Ausgleichserfüllung; 4. einstweilige Vorkehrungen nach Paragraph 73 ;, 5. den Namen des Masseverwalters, des besonderen Verwalters nach Paragraph 86 und des vertretungsbefugten oder ermächtigten Sachwalters nach Paragraph 157 ;, 6. die Ablehnung der Konkurseröffnung mangels hinreichenden Vermögens.
- (2) Ändern sich die in Abs 1 Z 3 bis 5 angeführten Tatsachen oder wird der Konkurs nach § 79 aufgehoben, so hat das Konkursgericht die Löschung dieser Eintragung im Firmenbuch zu veranlassen. Nach Ablauf von fünf Jahren nach Aufhebung des Konkurses hat das Firmenbuchgericht sämtliche Eintragungen nach Abs 1 Z 1 bis 5 auf Antrag des Schuldners zu löschen."(2) Ändern sich die in Absatz eins, Ziffer 3, bis 5 angeführten Tatsachen oder wird der Konkurs nach Paragraph 79, aufgehoben, so hat das Konkursgericht die Löschung dieser Eintragung im Firmenbuch zu veranlassen. Nach Ablauf von fünf Jahren nach Aufhebung des Konkurses hat das Firmenbuchgericht sämtliche Eintragungen nach Absatz eins, Ziffer eins bis 5 auf Antrag des Schuldners zu löschen."

Der Oberste Gerichtshof hat in seiner Entscheidung vom 23. 9. 2004, 6 Ob 187/04z, ausgeführt:

"§ 77a Abs 1 Z 6 KO sah schon idFBGBI 1991/10 die Eintragung eines Beschlusses im Firmenbuch vor, mit dem die Konkurseröffnung über einen im Firmenbuch eingetragenen Rechtsträger mangels hinreichenden Vermögens abgewiesen wurde. Während die nach § 77a Abs 1 Z 3 bis 5 KO vorzunehmenden Eintragungen nach Abs 2 dieser Bestimmung im Fall ihrer Änderung (oder der Aufhebung des Konkurses nach § 79 KO) im Firmenbuch wieder gelöscht wurden, sah der Gesetzgeber eine Löschung der Ablehnung der Konkurseröffnung mangels hinreichenden Vermögens ebensowenig vor wie eine Löschung der Konkurseröffnung und der Aufhebung des Konkurses (außer im Fall des § 79 KO). Demnach war eine in der Vergangenheit vorgenommene Konkurseröffnung über das Vermögen des eingetragenen Rechtsträgers auch dann noch im aktuellen Firmenbuchauszug ersichtlich, wenn die Aufhebung des Konkurses aus anderen Gründen als jenen des § 79 KO erfolgte. Auch im Firmenbuchauszug war die Abweisung des Konkursantrags mangels Vermögens ersichtlich. Durch das IVEG BGBI I 1999/73 hat der Gesetzgeber § 77a Abs 2 um nachstehenden Satz ergänzt: "Nach Ablauf von fünf Jahren nach Aufhebung des Konkurses hat das Firmenbuchgericht sämtliche Eintragungen nach Abs 1 Z 1 bis 5 auf Antrag des Schuldners zu löschen". Dass der Gesetzgeber des IVEG (nur) die Löschung der Eintragungen nach § 77a Abs 1 Z 1 bis 5, nicht aber jene nach Z 6 ermöglichte, lässt nicht zwingend darauf schließen, dass er eine Löschung dieser Eintragungen im Firmenbuch auch für den Fall verhindern wollte, dass die Gesellschaft ihre Fortsetzung beschließt und die Fortsetzung - nach Vermögensnachweis - im Firmenbuch eingetragen wurde., § 77a Absatz eins, Ziffer 6, KO sah schon in der Fassung BGBI 1991/10 die Eintragung eines Beschlusses im Firmenbuch vor, mit dem die Konkurseröffnung über einen im Firmenbuch eingetragenen Rechtsträger mangels hinreichenden Vermögens abgewiesen wurde. Während die nach Paragraph 77 a, Absatz eins, Ziffer 3 bis 5 KO vorzunehmenden Eintragungen nach Absatz 2, dieser Bestimmung im Fall ihrer Änderung (oder der Aufhebung des Konkurses nach Paragraph 79, KO) im Firmenbuch wieder gelöscht wurden, sah der Gesetzgeber eine Löschung der Ablehnung der Konkurseröffnung mangels hinreichenden Vermögens ebensowenig vor wie eine Löschung der Konkurseröffnung und der Aufhebung des Konkurses (außer im Fall des Paragraph 79, KO). Demnach war eine in der Vergangenheit vorgenommene Konkurseröffnung über das Vermögen des eingetragenen Rechtsträgers auch dann noch im aktuellen Firmenbuchauszug ersichtlich, wenn die Aufhebung des Konkurses aus anderen Gründen als jenen des Paragraph 79, KO erfolgte. Auch im Firmenbuchauszug war die Abweisung des Konkursantrags mangels Vermögens ersichtlich. Durch das IVEG BGBl römisch eins 1999/73 hat der Gesetzgeber Paragraph 77 a, Absatz 2, um nachstehenden Satz ergänzt: "Nach Ablauf von fünf Jahren nach Aufhebung des Konkurses hat das Firmenbuchgericht sämtliche Eintragungen nach Absatz eins, Ziffer eins bis 5 auf Antrag des Schuldners zu löschen". Dass der Gesetzgeber des IVEG (nur) die Löschung der Eintragungen nach Paragraph 77 a, Absatz eins, Ziffer eins bis 5,

nicht aber jene nach Ziffer 6, ermöglichte, lässt nicht zwingend darauf schließen, dass er eine Löschung dieser Eintragungen im Firmenbuch auch für den Fall verhindern wollte, dass die Gesellschaft ihre Fortsetzung beschließt und die Fortsetzung - nach Vermögensnachweis - im Firmenbuch eingetragen wurde.

Den Zweck der Ergänzung des § 77a Abs 2 zweiter Satz KO erblickte der Gesetzgeber darin, 'dass Unternehmen, die nach Aufhebung des Konkurses, insbesondere durch Zwangsausgleich, wieder eine solche finanzielle Basis erlangt hatten, im geschäftlichen Verkehr mit Schwierigkeiten zu kämpfen hatten, weil ihre Kreditwürdigkeit durch diese Eintragungen vermindert und so die Unternehmensfortführung erschwert wurde. Es wird daher vorgesehen, dass fünf Jahre nach Konkursaufhebung sämtliche Eintragungen über ein Konkursverfahren im Firmenbuch auf Antrag des Schuldners zu löschen sind' (RV 1589 BlgNR 20. GP 23).Den Zweck der Ergänzung des Paragraph 77 a, Absatz 2, zweiter Satz KO erblickte der Gesetzgeber darin, 'dass Unternehmen, die nach Aufhebung des Konkurses, insbesondere durch Zwangsausgleich, wieder eine solche finanzielle Basis erlangt hatten, im geschäftlichen Verkehr mit Schwierigkeiten zu kämpfen hatten, weil ihre Kreditwürdigkeit durch diese Eintragungen vermindert und so die Unternehmensfortführung erschwert wurde. Es wird daher vorgesehen, dass fünf Jahre nach Konkursaufhebung sämtliche Eintragungen über ein Konkursverfahren im Firmenbuch auf Antrag des Schuldners zu löschen sind' Regierungsvorlage 1589 BlgNR 20. Gesetzgebungsperiode 23).

Diese Überlegungen treffen aber in gleichem Maß auf Gesellschaften zu, die zufolge Abweisung des Konkursantrags mangels hinreichenden Vermögens aufgelöst wurden, in weiterer Folge jedoch ihre Fortsetzung als werbende Gesellschaft beschlossen und diese unter Nachweis eines entsprechenden Vermögens zum Firmenbuch angemeldet und eingetragen erhalten haben. Ihre Kreditwürdigkeit wäre durch die im (aktuellen) Firmenbuchauszug auf Dauer verbleibende Eintragung der Ablehnung der Konkurseröffnung mangels hinreichenden Vermögens in gleichem Maße gemindert wie jene einer ehemaligen Gemeinschuldnerin nach rechtskräftiger Aufhebung des Konkurses. Dass der Gesetzgeber des IVEG für diesen Fall (§ 77a Abs 1 Z 6 KO) eine seinen Zielsetzungen entsprechende Regelung unterlassen hat, ist wohl darauf zurückzuführen, dass er die Möglichkeit der Fortsetzung einer nach § 77a Abs 1 Z 6 KO aufgelösten Gesellschaft nicht bedacht hat. Dies erscheint schon deshalb wahrscheinlich, weil die Fortsetzung einer nach dieser Bestimmung in Verbindung mit § 39 FBG (davor § 1 ALöschG) aufgelösten Gesellschaft nicht im Gesetz geregelt ist. Auch § 77a Abs 1 Z 6 KO enthält diesbezüglich keinen Hinweis. Die Fortsetzung einer durch Abweisung eines Konkursantrags mangels hinreichenden Vermögens aufgelösten Gesellschaft wird in Analogie zu § 215 AktG als zulässig angesehen, wenn ein Vermögensstatus nachgewiesen wird, nach dem der Konkurseröffnungsgrund nicht mehr vorliegt. Das vorhandene Vermögen ist bei der Anmeldung der Fortsetzung zum Firmenbuch nachzuweisen und vom Firmenbuchgericht in Ausübung seiner materiellen Prüfpflicht zu überprüfen (NZ 1982, 43; GesRZ 1992, 286; GesRZ 1994, 303; wbl 1996, 459; Koppensteiner GmbHG<sup>2</sup> § 84 Rz 30 und 34; RIS-Justiz RS0050183 und RS0059934).Diese Überlegungen treffen aber in gleichem Maß auf Gesellschaften zu, die zufolge Abweisung des Konkursantrags mangels hinreichenden Vermögens aufgelöst wurden, in weiterer Folge jedoch ihre Fortsetzung als werbende Gesellschaft beschlossen und diese unter Nachweis eines entsprechenden Vermögens zum Firmenbuch angemeldet und eingetragen erhalten haben. Ihre Kreditwürdigkeit wäre durch die im (aktuellen) Firmenbuchauszug auf Dauer verbleibende Eintragung der Ablehnung der Konkurseröffnung mangels hinreichenden Vermögens in gleichem Maße gemindert wie jene einer ehemaligen Gemeinschuldnerin nach rechtskräftiger Aufhebung des Konkurses. Dass der Gesetzgeber des IVEG für diesen Fall (Paragraph 77 a, Absatz eins, Ziffer 6, KO) eine seinen Zielsetzungen entsprechende Regelung unterlassen hat, ist wohl darauf zurückzuführen, dass er die Möglichkeit der Fortsetzung einer nach Paragraph 77 a, Absatz eins, Ziffer 6, KO aufgelösten Gesellschaft nicht bedacht hat. Dies erscheint schon deshalb wahrscheinlich, weil die Fortsetzung einer nach dieser Bestimmung in Verbindung mit Paragraph 39, FBG (davor Paragraph eins, ALöschG) aufgelösten Gesellschaft nicht im Gesetz geregelt ist. Auch Paragraph 77 a, Absatz eins, Ziffer 6, KO enthält diesbezüglich keinen Hinweis. Die Fortsetzung einer durch Abweisung eines Konkursantrags mangels hinreichenden Vermögens aufgelösten Gesellschaft wird in Analogie zu Paragraph 215, AktG als zulässig angesehen, wenn ein Vermögensstatus nachgewiesen wird, nach dem der Konkurseröffnungsgrund nicht mehr vorliegt. Das vorhandene Vermögen ist bei der Anmeldung der Fortsetzung zum Firmenbuch nachzuweisen und vom Firmenbuchgericht in Ausübung seiner materiellen Prüfpflicht zu überprüfen (NZ 1982, 43; GesRZ 1992, 286; GesRZ 1994, 303; wbl 1996, 459; Koppensteiner GmbHG<sup>2</sup> Paragraph 84, Rz 30 und 34; RIS-Justiz RS0050183 und RS0059934).

Dadurch entstand aber eine planwidrige Gesetzeslücke, die (geht man von dem aus den Materialien eindeutig

erkennbaren Willen des Gesetzgebers aus, die Unternehmensfortführung von Gesellschaften zu erleichtern, die wieder eine solide finanzielle Basis erlangt haben) durch analoge Anwendung der Löschungsbefugnis nach § 77a Abs 2 zweiter Satz KO auch auf diesen Fall geschlossen werden kann. Hätte der Gesetzgeber die Möglichkeit bedacht, dass auch eine zufolge Konkursabweisung mangels Vermögens aufgelöste Gesellschaft unter den angeführten Bedingungen fortgesetzt werden kann, so hätte er die Löschungsmöglichkeit des § 77a Abs 2 KO auch auf diesen Fall ausgedehnt und den Beginn der 5-Jahresfrist mit Eintragung der Fortsetzung der Gesellschaft ins Firmenbuch festgesetzt. Einer darüber hinausgehenden Anordnung des Gesetzgebers, auch den anlässlich der Auflösung im Firmenbuch eingetragenen Zusatz "Die Gesellschaft ist ... aufgelöst" zu löschen, bedürfte es in diesem Zusammenhang nicht, weil dieser Zusatz schon nach § 10 Abs 1 FBG gelöscht werden kann.Dadurch entstand aber eine planwidrige Gesetzeslücke, die (geht man von dem aus den Materialien eindeutig erkennbaren Willen des Gesetzgebers aus, die Unternehmensfortführung von Gesellschaften zu erleichtern, die wieder eine solide finanzielle Basis erlangt haben) durch analoge Anwendung der Löschungsbefugnis nach Paragraph 77 a, Absatz 2, zweiter Satz KO auch auf diesen Fall geschlossen werden kann. Hätte der Gesetzgeber die Möglichkeit bedacht, dass auch eine zufolge Konkursabweisung mangels Vermögens aufgelöste Gesellschaft unter den angeführten Bedingungen fortgesetzt werden kann, so hätte er die Löschungsmöglichkeit des Paragraph 77 a, Absatz 2, KO auch auf diesen Fall ausgedehnt und den Beginn der 5-Jahresfrist mit Eintragung der Fortsetzung der Gesellschaft ins Firmenbuch festgesetzt. Einer darüber hinausgehenden Anordnung des Gesetzgebers, auch den anlässlich der Auflösung im Firmenbuch eingetragenen Zusatz "Die Gesellschaft ist ... aufgelöst" zu löschen, bedürfte es in diesem Zusammenhang nicht, weil dieser Zusatz schon nach Paragraph 10, Absatz eins, FBG gelöscht werden kann.

Die Überlegungen des Rekursgerichts, die Ablehnung der Konkurseröffnung mangels hinreichenden Vermögens impliziere - anders als eine Konkurseröffnung - den Vorwurf, einen rechtzeitigen Konkursantrag rechtswidrig und schuldhaft unterlassen zu haben und stehe daher mangels Vergleichbarkeit einer Analogie entgegen, werden nicht geteilt. Die Rechtsmittelwerberin weist zutreffend darauf hin, dass auch eine geringfügige Nachlässigkeit des Schuldners oder der Nichterlag des Kostenvorschusses eine derartige Beschlussfassung herbeiführen können, ohne dass das Fehlen von Vermögen ausreichend geprüft würde. Dass den Schuldner in aller Regel ein erhöhter Schuldvorwurf treffen müsse, ist daher keineswegs gesichert. Die (auch) von Riel (ZIK 1999, 116) unter Hinweis auf die Formulierung des § 77a Abs 2 KO vertretene Auffassung, eine Löschung der Eintragung der Abweisung eines Konkursantrags mangels hinreichenden Vermögens nach fünf Jahren sei nicht möglich, das mit der Eintragung im Firmenbuch angebrachte "Kainsmal" bleibe erhalten, ist daher nicht aufrechtzuerhalten, wenn die Gesellschaft ihre Fortsetzung beschlossen hat und - nachgewiesenermaßen - über ein entsprechendes Vermögen zur Fortführung verfügt. Vielmehr kann die Eintragung der Ablehnung der Konkurseröffnung mangels hinreichenden Vermögens - ebenso wie die dadurch bewirkte Auflösung der Gesellschaft - nach Ablauf von fünf Jahren nach Eintragung der Fortsetzung der Gesellschaft im Firmenbuch auf Antrag der Gesellschaft gelöscht werden.Die Überlegungen des Rekursgerichts, die Ablehnung der Konkurseröffnung mangels hinreichenden Vermögens impliziere - anders als eine Konkurseröffnung - den Vorwurf, einen rechtzeitigen Konkursantrag rechtswidrig und schuldhaft unterlassen zu haben und stehe daher mangels Vergleichbarkeit einer Analogie entgegen, werden nicht geteilt. Die Rechtsmittelwerberin weist zutreffend darauf hin, dass auch eine geringfügige Nachlässigkeit des Schuldners oder der Nichterlag des Kostenvorschusses eine derartige Beschlussfassung herbeiführen können, ohne dass das Fehlen von Vermögen ausreichend geprüft würde. Dass den Schuldner in aller Regel ein erhöhter Schuldvorwurf treffen müsse, ist daher keineswegs gesichert. Die (auch) von Riel (ZIK 1999, 116) unter Hinweis auf die Formulierung des Paragraph 77 a, Absatz 2, KO vertretene Auffassung, eine Löschung der Eintragung der Abweisung eines Konkursantrags mangels hinreichenden Vermögens nach fünf Jahren sei nicht möglich, das mit der Eintragung im Firmenbuch angebrachte "Kainsmal" bleibe erhalten, ist daher nicht aufrechtzuerhalten, wenn die Gesellschaft ihre Fortsetzung beschlossen hat und - nachgewiesenermaßen - über ein entsprechendes Vermögen zur Fortführung verfügt. Vielmehr kann die Eintragung der Ablehnung der Konkurseröffnung mangels hinreichenden Vermögens - ebenso wie die dadurch bewirkte Auflösung der Gesellschaft - nach Ablauf von fünf Jahren nach Eintragung der Fortsetzung der Gesellschaft im Firmenbuch auf Antrag der Gesellschaft gelöscht werden.

Mit Löschung der Eintragung der Konkursabweisung mangels Vermögens wird ihr Inhalt (ebenso wie bei der Löschung der Konkurseröffnung oder deren Aufhebung) in die historischen Daten verschoben. Die ursprüngliche Eintragung ist nicht mehr im aktuellen Firmenbuchauszug, wohl aber im Auszug mit historischen Daten weiter abfragbar" (6 Ob 187/04z = EvBl 2005/70, 308 = GesRZ 2005, 44)."

Diese Ausführungen stehen nicht nur der Ansicht des Rekursgerichts entgegen, dass eine Löschung der Eintragung der Ablehnung der Konkurseröffnung mangels hinreichenden Vermögens überhaupt nicht in Betracht komme, sondern auch der Ansicht der Rechtsmittelwerberin, dass das Firmenbuchgericht diese Eintragung im Fall der Fortsetzung der Gesellschaft sofort zu löschen habe. Vielmehr kann infolge eines Analogieschlusses auch diese Eintragung, obwohl sie in § 77a Abs 2 letzter Satz KO nicht genannt ist, vom Firmenbuchgericht nach Ablauf von fünf Jahren nach Eintragung der Fortsetzung der Gesellschaft gelöscht werden. § 77a Abs 1 und Abs 2 erster Satz KO tragen dem Konkursgericht auf, in den dort aufgezählten Fällen die entsprechenden Eintragungen im Firmenbuch zu veranlassen. Auf Parteienantrag hat das Firmenbuchgericht nur tätig zu werden, wenn fünf Jahre seit der Aufhebung des Konkurses oder im Fall der Ablehnung der Konkurseröffnung mangels Kostendeckung seit der Eintragung der Fortsetzung der Gesellschaft verstrichen sind. Für die Schlussfolgerung, aus der Einschränkung der Löschungsverpflichtung des Firmenbuchgerichts auf die in den Z 1 bis 5 des § 77a Abs 1 KO genannten Fälle ergebe sich, dass das Firmenbuchgericht im Fall der Z 6 des § 77a Abs 1 KO sogleich, schon vor Ablauf der fünfjährigen Frist, mit einer Löschung vorzugehen hätte, bietet weder der Gesetzeswortlaut noch die in der Entscheidung 6 Ob 187/04z dargelegten Ziele des Gesetzgebers irgendwelche Anhaltspunkte. Eine sofortige Löschung ist auch bei der Aufhebung des Konkurses infolge Zwangsausgleichs nicht vorgesehen. Vom Firmenbuchgericht ist vielmehr eine fünfjährige "Beobachtungsfrist" abzuwarten, ob es dem Unternehmer tatsächlich gelungen ist, wieder eine solche finanzielle Basis zu erlangen, die ein dauerhaftes Fortbestehen ermöglicht. Nichts anderes gilt für den Fall, das ein Schuldner, dessen Vermögenslosigkeit in der Abweisung eines Konkursantrags mangels zur Bestreitung der Kosten des Verfahrens hinreichenden Vermögens zum Ausdruck kam, die Wiedererlangung entsprechenden Vermögens nachweisen kann, ist doch auch in diesem Fall nicht auszuschließen, dass die Besserung der finanziellen Situation nur kurzfristig eintritt und die Sanierung dennoch scheitert. Diese Ausführungen stehen nicht nur der Ansicht des Rekursgerichts entgegen, dass eine Löschung der Eintragung der Ablehnung der Konkurseröffnung mangels hinreichenden Vermögens überhaupt nicht in Betracht komme, sondern auch der Ansicht der Rechtsmittelwerberin, dass das Firmenbuchgericht diese Eintragung im Fall der Fortsetzung der Gesellschaft sofort zu löschen habe. Vielmehr kann infolge eines Analogieschlusses auch diese Eintragung, obwohl sie in Paragraph 77 a, Absatz 2, letzter Satz KO nicht genannt ist, vom Firmenbuchgericht Ablauf fünf Jahren nach von nach Eintragung Fortsetzung Gesellschaft gelöscht werden. Paragraph 77 a, Absatz eins, und Absatz 2, erster Satz KO tragen dem Konkursgericht auf, in den dort aufgezählten Fällen die entsprechenden Eintragungen im Firmenbuch zu veranlassen. Auf Parteienantrag hat das Firmenbuchgericht nur tätig zu werden, wenn fünf Jahre seit der Aufhebung des Konkurses oder im Fall der Ablehnung der Konkurseröffnung mangels Kostendeckung seit der Eintragung der Fortsetzung der Gesellschaft verstrichen sind. Für die Schlussfolgerung, aus der Einschränkung der Löschungsverpflichtung des Firmenbuchgerichts auf die in den Ziffer eins, bis 5 des Paragraph 77 a, Absatz eins, KO genannten Fälle ergebe sich, dass das Firmenbuchgericht im Fall der Ziffer 6, des Paragraph 77 a, Absatz eins, KO sogleich, schon vor Ablauf der fünfjährigen Frist, mit einer Löschung vorzugehen hätte, bietet weder der Gesetzeswortlaut noch die in der Entscheidung 6 Ob 187/04z dargelegten Ziele des Gesetzgebers irgendwelche Anhaltspunkte. Eine sofortige Löschung ist auch bei der Aufhebung des Konkurses infolge Zwangsausgleichs nicht vorgesehen. Vom Firmenbuchgericht ist vielmehr eine fünfjährige "Beobachtungsfrist" abzuwarten, ob es dem Unternehmer tatsächlich gelungen ist, wieder eine solche finanzielle Basis zu erlangen, die ein dauerhaftes Fortbestehen ermöglicht. Nichts anderes gilt für den Fall, das ein Schuldner, dessen Vermögenslosigkeit in der Abweisung eines Konkursantrags mangels zur Bestreitung der Kosten des Verfahrens hinreichenden Vermögens zum Ausdruck kam, die Wiedererlangung entsprechenden Vermögens nachweisen kann, ist doch auch in diesem Fall nicht auszuschließen, dass die Besserung der finanziellen Situation nur kurzfristig eintritt und die Sanierung dennoch scheitert.

Eine Analogie zu dem in § 77a Abs 2 erster Satz KO genannten Fall der Aufhebung des Konkurses nach§ 79 KO (rechtskräftige Abänderung des Beschlusses, mit dem der Konkurs eröffnet worden ist), scheidet aus. Dem Firmenbuchrichter ist die Überprüfung der von ihm auf Veranlassung des Konkursgerichts einzutragenden Beschlüsse auf ihre materielle Richtigkeit verwehrt. Eine solche Überprüfung findet nur im Rechtsmittelweg im Rahmen des Konkursverfahrens statt. Das Firmenbuchgericht ist an einen rechtskräftigen Beschluss des Konkursgerichts (desselben Gerichts in seiner Funktion als Konkursgericht) auf Abweisung des Konkursantrags mangels Kostendeckung bei seiner Entscheidung nach§ 39 FBG gebunden (Schumacher in Bartsch/Pollak/Buchegger, Österreichisches Insolvenzrecht4,§ 71b KO Rz 9; Nowotny in Kodek/Nowotny/Umfahrer, FBG § 39 Rz 13 mwN)Eine Analogie zu dem in Paragraph 77 a, Absatz 2, erster Satz KO genannten Fall der Aufhebung des Konkurses nach Paragraph 79, KO

(rechtskräftige Abänderung des Beschlusses, mit dem der Konkurs eröffnet worden ist), scheidet aus. Dem Firmenbuchrichter ist die Überprüfung der von ihm auf Veranlassung des Konkursgerichts einzutragenden Beschlüsse auf ihre materielle Richtigkeit verwehrt. Eine solche Überprüfung findet nur im Rechtsmittelweg im Rahmen des Konkursverfahrens statt. Das Firmenbuchgericht ist an einen rechtskräftigen Beschluss des Konkursgerichts (desselben Gerichts in seiner Funktion als Konkursgericht) auf Abweisung des Konkursantrags mangels Kostendeckung bei seiner Entscheidung nach Paragraph 39, FBG gebunden (Schumacher in Bartsch/Pollak/Buchegger, Österreichisches Insolvenzrecht4, Paragraph 71 b, KO Rz 9; Nowotny in Kodek/Nowotny/Umfahrer, FBG Paragraph 39, Rz 13 mwN).

Hier ist aktenkundig, dass der Firmenbuchrichter mit Nachricht vom 18. 5. 2005 vom Beschluss des Konkursgerichts vom 16. 4. 2004, der Konkurs werde mangels Kostendeckung nicht eröffnet und dieser Beschluss sei rechtskräftig, verständigt wurde. Die Rechtsmittelwerberin räumt selbst ein, dass die Zustellung dieses Beschlusses des Rekursgerichts bereits mit der Aufnahme in die Insolvenzdatei bewirkt wurde (§§ 173a, 174 Abs 2, KO) und allfällige Zustellungsmängel mit der Rechtskraft des Beschlusses geheilt wurden (vgl 6 Ob 309/99f = RdW 2000, 474). In dem von ihr zitierten Beschluss des Oberlandesgerichts Wien vom 20. 9. 2004, 28 R 156/04y wurde der Beschluss des Konkursgerichts auf Zurückweisung ihres Rekurses gegen den Beschluss vom 16. 4. 2004 als verspätet bestätigt. Der Argumentation der Rechtsmittelwerberin, durch die Möglichkeit der sofortigen Löschung der insolvenzrechtlichen Eintragungen im Firmenbuch sei das bei Entscheidung des Konkursgerichts über den Konkurseröffnungsantrag nur eingeschränkt gewahrte rechtliche Gehör des Schuldners auszugleichen, ist entgegenzuhalten, dass der Konkurseröffnungsantrag eines Gläubigers dem Schuldner zu eigenen Handen zuzustellen ist (§ 70 Abs 2 KO). Für von Konkursanträgen betroffene Schuldner besteht daher sehr wohl Veranlassung, regelmäßig in die Insolvenzdatei Einsicht zu nehmen. Dass bereits die öffentliche Bekanntmachung die Wirkung der Zustellung hat und die Rechtsmittelfrist für alle Beteiligten in Lauf setzt, entspricht der ständigen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs (RIS-Justiz RS0036582; RS0065237). Die öffentliche Bekanntmachung der Beschlüsse des Konkursgerichts durch Aufnahme in die Insolvenzdatei, die durch das IRÄG 1997 eingeführt wurde, stellt gegenüber der öffentlichen Bekanntmachung durch Anschlag an der Gerichtstafel des Konkursgerichts keine Verschlechterung, sondern im Gegenteil eine Verbesserung der Publizitätswirkung der Veröffentlichungen dar (vgl 8 Ob 194/98g). Hier ist aktenkundig, dass der Firmenbuchrichter mit Nachricht vom 18. 5. 2005 vom Beschluss des Konkursgerichts vom 16. 4. 2004, der Konkurs werde mangels Kostendeckung nicht eröffnet und dieser Beschluss sei rechtskräftig, verständigt wurde. Die Rechtsmittelwerberin räumt selbst ein, dass die Zustellung dieses Beschlusses des Rekursgerichts bereits mit der Aufnahme in die Insolvenzdatei bewirkt wurde (Paragraphen 173 a., 174 Absatz 2., KO) und allfällige Zustellungsmängel mit der Rechtskraft des Beschlusses geheilt wurden vergleiche 6 Ob 309/99f = RdW 2000, 474). In dem von ihr zitierten Beschluss des Oberlandesgerichts Wien vom 20. 9. 2004, 28 R 156/04y wurde der Beschluss des Konkursgerichts auf Zurückweisung ihres Rekurses gegen den Beschluss vom 16. 4. 2004 als verspätet bestätigt. Der Argumentation der Rechtsmittelwerberin, durch die Möglichkeit der sofortigen Löschung der insolvenzrechtlichen Eintragungen im Firmenbuch sei das bei Entscheidung des Konkursgerichts über den Konkurseröffnungsantrag nur eingeschränkt gewahrte rechtliche Gehör des Schuldners auszugleichen, ist entgegenzuhalten, dass der Konkurseröffnungsantrag eines Gläubigers dem Schuldner zu eigenen Handen zuzustellen ist (Paragraph 70, Absatz 2, KO). Für von Konkursanträgen betroffene Schuldner besteht daher sehr wohl Veranlassung, regelmäßig in die Insolvenzdatei Einsicht zu nehmen. Dass bereits die öffentliche Bekanntmachung die Wirkung der Zustellung hat und die Rechtsmittelfrist für alle Beteiligten in Lauf setzt, entspricht der ständigen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs (RIS-Justiz RS0036582; RS0065237). Die öffentliche Bekanntmachung der Beschlüsse des Konkursgerichts durch Aufnahme in die Insolvenzdatei, die durch das IRÄG 1997 eingeführt wurde, stellt gegenüber der öffentlichen Bekanntmachung durch Anschlag an der Gerichtstafel des Konkursgerichts keine Verschlechterung, sondern im Gegenteil eine Verbesserung der Publizitätswirkung der Veröffentlichungen dar vergleiche 8 Ob 194/98g).

Die Entscheidungen der Vorinstanzen sind daher zu bestätigen.

## **Textnummer**

E77605

**European Case Law Identifier (ECLI)** 

ECLI:AT:OGH0002:2005:0060OB00011.05V.0519.000

Im RIS seit

18.06.2005

# Zuletzt aktualisiert am

12.12.2011

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

© 2025 JUSLINE

 $\label{eq:JUSLINE} {\tt JUSLINE} \hbox{$\tt @} ist eine Marke der {\tt ADVOKAT} \ {\tt Unternehmensberatung} \ {\tt Greiter} \ {\tt \&} \ {\tt Greiter} \ {\tt GmbH}.$   ${\tt www.jusline.at}$