

# TE OGH 2009/11/24 50b153/09z

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 24.11.2009

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Floßmann als Vorsitzenden sowie die Hofrätinnen/Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Hurch, Dr. Höllwerth, Dr. E. Solé und Dr. Tarmann-Prentner als weitere Richter in der Grundbuchssache der Antragstellerin V\*\*\*\*\* AG, FN \*\*\*\*\* , vertreten durch Dr. Franz Gütlbauer, Dr. Siegfried Sieghartsleitner und Dr. Michael Pichlmair, Rechtsanwälte in Wels, wegen Einverleibung von Pfandrechten ob der Liegenschaft EZ \*\*\*\*\* GB \*\*\*\*\* und ob weiterer Liegenschaften, über den ordentlichen Revisionsrekurs der Antragstellerin gegen den Beschluss des Landesgerichts Wels als Rekursgericht vom 22. Mai 2009, AZ 22 R 133/09d, mit dem infolge Rekurses der Antragstellerin der Beschluss des Bezirksgerichts Frankenmarkt vom 20. März 2009, TZ 438/09, bestätigt wurde, den

Beschluss

gefasst:

## Spruch

Dem Revisionsrekurs wird nicht Folge gegeben.

## Text

Begründung:

Die Holzindustrie T\*\*\*\*\* H\*\*\*\*\* GmbH, FN \*\*\*\*\* , ist die grundbücherliche Eigentümerin der Liegenschaften EZ \*\*\*\*\* GB \*\*\*\*\* , EZ \*\*\*\*\* und EZ \*\*\*\*\* je GB \*\*\*\*\* , EZ \*\*\*\*\* , EZ \*\*\*\*\* und EZ \*\*\*\*\* je GB \*\*\*\*\* , EZ \*\*\*\*\* GB \*\*\*\*\* , EZ \*\*\*\*\* , EZ \*\*\*\*\* und EZ \*\*\*\*\* je GB \*\*\*\*\* , EZ \*\*\*\*\* und EZ \*\*\*\*\* je GB \*\*\*\*\* , EZ \*\*\*\*\* und EZ \*\*\*\*\* je GB \*\*\*\*\* , EZ \*\*\*\*\* und EZ \*\*\*\*\* je GB\*\*\*\*\* , EZ \*\*\*\*\* GB \*\*\*\*\* , EZ \*\*\*\*\* und EZ \*\*\*\*\* je GB \*\*\*\*\* .

Eine Rangordnung für eine beabsichtigte Verpfändung ist auf keiner der genannten Liegenschaften angemerkt.

Das Landesgericht Wels eröffnete am 2. März 2009 zu AZ 20 Sa 2/09h das Ausgleichsverfahren über das Vermögen der Liegenschaftseigentümerin. Die Bekanntmachung der Eröffnung des Ausgleichsverfahrens geschah ebenfalls am 2. März 2009.

Mit Beschluss vom 17. April 2009 erfolgte zu AZ 20 S 69/09m des Landesgerichts Wels die Eröffnung des Anschlusskonkurses über das Vermögen der Liegenschaftseigentümerin und die Einstellung des Ausgleichsverfahrens.

Die Antragstellerin beehrte mit ihrem beim Erstgericht am 3. März 2009, 15:19 Uhr, eingelangten Grundbuchsgesuch ob den oben genannten Liegenschaften aufgrund von sieben jeweils am 29. Juli/4. August 2008 und einer am 29. Oktober 2008 errichteten, allesamt auch die Aufsandungserklärungen der Liegenschaftseigentümerin enthaltende(n) Pfandurkunde(n) die Einverleibung näher bezeichneter Simultanhöchstbetragspfandrechte.

Das Erstgericht wies das Grundbuchsgesuch ab. Die Rechtswirkungen des Ausgleichs seien gemäß § 7 Abs 1 AO am 3. März 2009, 00:00 Uhr, eingetreten. Die Antragstellerin habe ihr Gesuch erst danach überreicht. Da Rechtshandlungen des Schuldners nur bewilligt und vollzogen werden könnten, wenn die Eintragung nach grundbuchsrechtlichen Gesichtspunkten den Rang spätestens des Tages vor Eröffnung des Verfahrens besitze (§ 13 AO), seien die Eintragungsbegehren abzuweisen gewesen.

Das Rekursgericht gab dem von der Antragstellerin erhobenen Rekurs nicht Folge.

Der Meinungsstand zur Frage, ob - hier: vor Ausgleichseröffnung begründete und auch die Aufsandungserklärungen enthaltende - vertragliche Pfandrechte aufgrund eines nach Ausgleichseröffnung überreichten Grundbuchsgesuchs einverleibt werden dürften, lasse sich wie folgt zusammenfassen:

In der älteren Rechtsprechung des Höchstgerichts sei zunächst in 3 Ob 850/24 = SZ 6/374 ausgeführt worden, § 13 AO bilde kein Hindernis für ein solches Grundbuchsgesuch. Diese Norm gebe nur eine Regel darüber, von welcher Zeit an eine vor Ausgleichseröffnung zulässige, aber danach unzulässige Eintragung unzulässig werde.

In 3 Ob 476/27 = SZ 9/212 sollte die Einverleibung eines Pfandrechts aufgrund einer nach Eröffnung des Ausgleichsverfahrens errichteten Pfandurkunde in einem vor diesem Zeitpunkt angemerkten Rang einverleibt werden. Dort sei ausgeführt worden, § 56 Abs 3 GBG gelte nicht für das Ausgleichsverfahren, in dem eine völlige Sperre des Grundbuchs nicht stattfindet. Ein Verstoß des Ausgleichsschuldners gegen § 8 AO könne im Grundbuchsverfahren nicht wahrgenommen werden; allein die Gläubiger seien anfechtungsberechtigt.

In 3 Ob 389/25 = SZ 7/176 werde dagegen erläutert, zur Zeit der Schaffung des GBG (RGBl 1871/95) sei die AO (1914) wie auch die damals „neue KO“ (1914) noch nicht österreichischer Rechtsbestand gewesen. § 56 Abs 3 GBG gelte sowohl im neuen Konkurs- wie auch im Ausgleichsverfahren. Dies folge insbesondere aus Art III Z 4 der VO vom 10. 12. 1914, RGBl 3371, der für die KO, für die AO und für die AnFO gelte. Dazu komme, dass § 13 KO und AO wörtlich übereinstimmten und dass beide Gesetze vom gleichen Grundsatz getragen seien, die Gläubiger vor einer Benachteiligung durch Handlungen des Schuldners zu schützen.

Der Entscheidung 2 Ob 1141/27 = SZ 9/258 sei eine Klage mit dem Begehren zugrunde gelegen, der Beklagte sei schuldig, einen Kaufvertrag über eine Liegenschaft zur bürgerlichen Durchführung zu bringen. Während des Prozesses sei über das Vermögen des Beklagten der Ausgleich eröffnet worden. Das Höchstgericht habe zu § 13 AO - wie schon in SZ 6/374 - ausgeführt, dass diese Norm nur Einverleibungen im Auge habe, die an sich, nämlich nach § 10 Abs 1 AO während des Ausgleichsverfahrens unzulässig wären; § 13 AO regle hierfür, dass diese dennoch (trotz § 10 Abs 1 AO) zulässig seien, wenn sich der Rang der Eintragung nach einem vor Eröffnung des Verfahrens liegenden Tag richte.

Die Grundsätze der Entscheidungen SZ 6/374, SZ 9/212 und SZ 9/258 seien folgend in ZBl 1936/116 = NZ 1936, 106 aufrecht erhalten worden.

Bartsch (Grundbuchsgesetz<sup>6</sup>, 87 und Grundbuchsgesetz<sup>7</sup>, 85) und Bartsch/Pollak, KO<sup>3</sup> II 186 f (ders auch in KO<sup>2</sup> 876) würden insbesondere darauf verweisen, dass selbst ein Verstoß des Ausgleichsschuldners gegen § 8 AO im Grundbuchsverfahren nicht wahrgenommen werden könne.

Die Zulässigkeit der auch hier fraglichen Pfandrechtsbegründung sei dann zuletzt in 8 Ob 131/74 (= EvBl 1975/79, 158) mit der Begründung bejaht worden, dass § 13 AO nur für richterliche (§ 10 Abs 1 AO), nicht aber auch für vertragliche Pfandrechte gelte (vgl zum Meinungsstand auch Mohr, MGA KO10 § 13 AO ENr 2, 3, 19; Kodek in Kodek, Grundbuchsrecht, § 25 GBG Rz 28; Mahrer, aaO, § 56 GBG Rz 12; Hofmann in Rummel<sup>3</sup>, § 447 ABGB Rz 5; Feil/Marent/Preis, § 56 GBG Rz 17).

Die vom Rekursgericht zu treffende Beurteilung reduziere sich auf die Rechtsfrage, ob den Grundsätzen der Entscheidung 8 Ob 131/74 (= EvBl 1975/79, 158) und der entsprechenden Vorentscheidungen zu folgen sei oder aber der offensichtlichen, wenngleich nicht näher ausgeführten Kritik Kodeks (in Kodek, Grundbuchsrecht, § 25 GBG Rz 28) in Form des Hinweises auf die ungleiche Auslegung der wortwörtlich identen § 13 KO und § 13 AO und den Argumenten der in RIS-Justiz RS0032577 veröffentlichten Entscheidungen, die darauf abstellten, dass Sicherungsabtretungen, die nach § 10 Abs 2 AO wie ein Pfandrecht zu behandeln seien, vor Eröffnung des Ausgleichsverfahrens (nunmehr gemäß § 7 Abs 1 AO spätestens am Tag der Ausgleichseröffnung; vgl 5 Ob 256/06t) erfolgt sein müssten:

Zu § 13 KO sei es einhellige Rechtsprechung, dass die auf einer Handlung des Gemeinschuldners (also nicht des

Masseverwalters) beruhende Pfandrechtsbegründung nur dann zulässig sei, wenn sie ua in einem vor Eintritt der Rechtswirkungen der Konkursöffnung bestehenden Rang erfolge (RIS-Justiz RS0102661, RS0063848, RS0034769, RS0011465). Auch der Gemeinschuldner sei vor Eröffnung des Konkursverfahrens genauso geschäfts- und handlungsfähig wie der Ausgleichsschuldner; die Gültigkeit einer von ihm vorher errichteten Urkunde sei daher in beiden Fällen gleich. Dennoch solle trotz identer §§ 13 KO und AO im ersten Fall (§ 13 KO) die Einverleibung des Pfandrechts von einem entsprechenden Rang abhängen, während es im zweiten Fall (§ 13 AO) jederzeit auch noch nach Ausgleichseröffnung in einem späteren Rang einverleibt werden könne. Gerade in den Fällen, in denen die Pfandurkunde vom Schuldner vor den in den §§ 7 KO, AO genannten Zeitpunkten unterschrieben worden sei, könnten die unterschiedlichen Auswirkungen der Eröffnung des Insolvenzverfahrens auf die Verfügungs- und Verpflichtungsfähigkeit des Schuldners wohl keine wie immer geartete Rolle spielen.

Die Ansicht, dass der Ausgleichsschuldner durch die Eröffnung des Ausgleichsverfahrens - anders als bei Konkursöffnung - weder handlungs- noch geschäftsunfähig werde und dass § 8 Abs 3 AO nur eine relative Unwirksamkeit vorsehe, führe nach Ansicht des Rekursgerichts nicht zwingend dazu, dass der Pfandgläubiger durch Antragsüberreichung nach dem in § 7 Abs 1 AO genannten Zeitpunkt einen bloß obligatorischen Pfandrechtstitel in ein dingliches Absonderungsrecht verwandeln könne.

Die Zulässigkeit einer trotz Nichtvorliegens der Voraussetzung des § 13 AO erfolgenden Pfandrechtseintragung widerspreche auch dem bürgerlichen Eintragungsprinzip (§ 451 ABGB). Der „wirkliche Erwerb“ des Pfandrechts an einer unbeweglichen Sache erfordere dessen Einverleibung; vorher bestehe nur ein obligatorisches Recht (§ 451 Abs 1 zweiter Satz ABGB; vgl auch die ebenfalls im Zusammenhang mit §§ 11, 13 AO ergangene Entscheidung SZ 13/109).

Verstehe man die nunmehrigen §§ 13 AO und KO so, wie vorher schon § 12 Z 1 KO 1869 verstanden worden sei, nämlich (auch) als Schutznorm gegen Handlungen Dritter, dann seien §§ 25 und 56 Abs 3 GBG iVm § 13 AO so auszulegen, dass der Dritte (der Ausgleichsgläubiger) sein Absonderungsrecht (Pfandrecht) entweder bereits vor der Ausgleichseröffnung (nunmehr: vor dem im § 7 Abs 1 AO genannten Zeitpunkt) begründet haben oder die von ihm beantragte Einverleibung in einem den Wirkungen der Ausgleichseröffnung vorangehenden Rang erfolgen müsse. Nur damit werde der Zweck des Gläubigerschutzes vor Handlungen Dritter (und nicht nur vor Handlungen des Schuldners) auch während des Ausgleichsverfahrens erreicht.

Das Rekursgericht komme deshalb - entgegen der dargestellten Rechtsprechung und Lehre - die Kritik des Kodex (in Kodex, Grundbuchsrecht, § 25 GBG Rz 28) aufgreifend zum Ergebnis, dass § 13 AO einer Pfandrechtsbegründung auch dann entgegenstehe, wenn die Pfandurkunden zwar vor Überreichung des Ausgleichsantrags von den Vertragsparteien errichtet worden seien, die Einverleibung jedoch nicht in einem vor dem in § 7 Abs 1 AO genannten Zeitpunkt begründeten Rang erfolgen könne.

Das Rekursgericht sprach aus, der ordentliche Revisionsrekurs sei zulässig, weil seine Entscheidung von der aufgezeigten herrschenden, in der Lehre zudem kontroversiell beurteilten Rechtsprechung des Höchstgerichts abweiche und zur entscheidungswesentlichen Rechtsfrage keine ausdrücklich darauf Bezug nehmende Judikatur des Höchstgerichts aus den letzten Jahrzehnten vorliege.

Gegen die Entscheidung des Rekursgerichts richtet sich der ordentliche Revisionsrekurs der Antragstellerin mit dem Antrag auf Abänderung im Sinn der Bewilligung ihres Grundbuchsgesuchs. Die Antragstellerin beruft sich im Wesentlichen auf jene Rechtsprechung und Lehre, wonach § 13 AO dahin einschränkend auszulegen sei, dass er nur für die nach § 10 AO unzulässigen Eintragungen gelte.

### **Rechtliche Beurteilung**

Der Revisionsrekurs ist zulässig, weil keine einheitliche und keine jüngere Rechtsprechung zur hier entscheidenden Rechtsfrage der Reichweite des § 13 AO vorliegt; er ist aber nicht berechtigt.

#### **I. Antragskumulierung**

Vorauszuschicken ist, dass nach jüngerer Rechtsprechung des erkennenden Senats zu § 86 GBG (vgl insb5 Ob 176/08f = NZ 2009/31, 113 [Hoyer] = NZ 2009/AGS 730, 186 [Hoyer, NZ 2009, 191] = Zak 2009/10, 18) aus dieser Bestimmung kein Eintragungshindernis für das vorliegende Grundbuchsgesuch abzuleiten ist.

#### **II. Anschlusskonkurs**

Der über das Vermögen der Liegenschaftseigentümerin mit Beschluss des Landesgerichts Wels vom 17. April 2009 zu AZ 20 S 69/09m eröffnete Anschlusskonkurs stellt ebenfalls kein Eintragungshindernis dar. Die Eröffnung des Anschlusskonkurses wirkt nämlich betreffend die Zulässigkeit des Pfandrechtserwerbs nicht zurück (allgemein zur [nicht stattfindenden] Rückwirkung des Anschlusskonkurses s § 2 Abs 2 KO; RIS-Justiz RS0064005; Schubert in Konecny/Schubert, § 2 KO Rz 8 ff). Ein - gegebenenfalls - während des Ausgleichs wirksam erworbenes Pfandrecht wird durch die Eröffnung des Anschlusskonkurses nicht berührt (RIS-Justiz RS0051842; Schubert in Konecny/Schubert, § 2 KO Rz 15; Hofmann in Rummel3, § 447 ABGB Rz 5). Dies entspricht auch dem im Grundbuchsverfahren geltenden Grundsatz, dass die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt des Eintrags des Ansuchens für dessen Beurteilung maßgeblich ist (§ 93 GBG; 5 Ob 101/09b; 3 Ob 128/76 = EvBl 1977/30, 77 [zum Anschlusskonkurs]; 5 Ob 183/75 = SZ 48/104 = EvBl 1976/83, 158 = JBl 1976, 145 [Bydlinski] [zu § 13 KO]; RIS-Justiz RS0060885; RS0061117).

### III. § 13 AO - Eröffnung des Ausgleichsverfahrens und Grundbuch

#### 1. Eröffnung des Ausgleichsverfahrens

Der Zweite Abschnitt des ersten Teils der Ausgleichsordnung regelt mit den §§ 7 ff AO die Wirkung der Eröffnung des Ausgleichsverfahrens. Nach § 7 Abs 1 AO treten die Rechtswirkungen der Eröffnung des Ausgleichsverfahrens mit Beginn des Tages ein, der der öffentlichen Bekanntmachung des Inhalts des Edikts folgt.

Das Landesgericht Wels eröffnete am 2. März 2009 das Ausgleichsverfahren über das Vermögen der Liegenschaftseigentümerin und auch die öffentliche Bekanntmachung ist an diesem Tag erfolgt. Die Rechtswirkungen der Eröffnung des Ausgleichsverfahrens traten folglich am 3. März 2009, 00:00 Uhr, ein. Die Antragstellerin brachte ihr Grundbuchsansuchen am 3. März 2009, 15:19 Uhr, ein. Das Gesuch wird daher von den Rechtswirkungen der Ausgleichseröffnung erfasst.

#### 2. Rechtswirkungen der Eröffnung des Insolvenzverfahrens

2.1. Nach § 8 Abs 1 AO ist dem Schuldner vom Tage der Einbringung seines Antrags bis zur Eröffnung des Verfahrens nicht gestattet, Liegenschaften zu veräußern oder zu belasten, Absonderungsrechte an seinem Vermögen zu bestellen, Bürgschaften einzugehen und unentgeltliche Verfügungen zu treffen. Derartige Rechtshandlungen sind den Gläubigern gegenüber (also relativ) unwirksam. Die Eröffnung des Ausgleichsverfahrens ändert aber an der Handlungs- und Prozessfähigkeit des Ausgleichsschuldners grundsätzlich nichts (RIS-Justiz RS0035252).

Gemäß § 10 Abs 1 AO kann von der Eröffnung des Verfahrens an den dem Schuldner gehörigen Sachen ein richterliches Pfand- oder Befriedigungsrecht nicht erworben werden. Nach § 12 Abs 1 AO erlöschen Absonderungsrechte, die in den letzten 60 Tagen vor der Eröffnung des Ausgleichsverfahrens durch Exekution zur Befriedigung oder zur Sicherstellung neu erworben worden sind, mit Ausnahme der für öffentliche Abgaben erworbenen Absonderungsrechte, durch die Eröffnung des Verfahrens; sie leben jedoch wieder auf, wenn das Verfahren eingestellt wird. Bei der zwangsweisen Pfandrechtsbegründung nach § 208 EO entscheidet der Tag der Einleitung des Versteigerungsverfahrens.

2.2. Im Unterschied zu § 8 Abs 1 AO sieht § 1 Abs 1 KO vor, dass dem Gemeinschuldner durch Eröffnung des Konkurses das gesamte, der Exekution unterworfenen Vermögen, das ihm zu dieser Zeit gehört oder das er während des Konkurses erlangt (Konkursmasse), dessen freier Verfügung entzogen wird und dass gemäß § 3 Abs 1 KO Rechtshandlungen des Gemeinschuldners nach der Konkurseröffnung, welche die Konkursmasse betreffen, den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam sind.

Die Regelungen der §§ 10 Abs 1 AO und 10 Abs 1 KO bzw §§ 12 Abs 1 AO und 12 Abs 1 KO sind dagegen nahezu wortgleich und inhaltlich identisch.

2.3. Gemäß § 13 AO können Einverleibungen und Vormerkungen in den öffentlichen Büchern über unbewegliche Sachen auch nach der Eröffnung des Verfahrens bewilligt und vollzogen werden, wenn sich der Rang der Eintragung nach einem vor der Eröffnung des Verfahrens liegenden Tage richtet. Diese hier zu beurteilende Regelung stimmt ebenfalls - abgesehen vom Verweis auf die betreffende Art des Insolvenzverfahrens - wortgleich mit § 13 KO überein.

#### 3. Verständnis des § 13 KO

Eine grundbücherliche Eintragung, die auf Rechtshandlungen des Gemeinschuldners beruht, und nach der Konkurseröffnung erfolgen soll, setzt gemäß § 13 KO voraus, dass sich der Rang spätestens mit dem Tag der

Bekanntmachung des Inhalts des Konkursedikts (§ 7 Abs 1 KO idF IRÄG 1997, BGBl I 1997/114; 5 Ob 256/06t = NZ 2007, 251 [Hoyer, NZ 2007, 255] = ZIK 2007/91, 52 = RZ 2007/EÜ236, 124 = RdW 2007/412, 408) bestimmt (vgl 5 Ob 183/75 = SZ 48/104 = EvBl 1976/83, 158 = NZ 1977, 118 = JBl 1976, 145 [F. Bydlinski]; RIS-JustizRS0034769; RS0102661; RS0011465; ferner RS0063848).

Für die Beurteilung dieses Rangs sind die allgemeinen Vorschriften des Grundbuchgesetzes und damit der Zeitpunkt der Einbringung des Gesuchs beim Grundbuchsgericht maßgebend (RIS-Justiz RS0011465). Wann die Urkundenerrichtung erfolgte, ist dagegen - im Lichte des § 13 KO - unerheblich (vgl 2 Ob 687/86 = SZ 60/206 = ÖBA 1988, 401; 8 Ob 109/03t = SZ 2003/141 = ZIK 2004, 54 = JBl 2004, 527 = RdW 2004, 224 = ecolex 2004/115, 268; Kodek in Kodek, Grundbuchsrecht, § 25 GBG Rz 5 f). Daraus folgt, dass die Grundbuchssperre nach § 13 KO auch dann gilt, wenn der die Eintragungsgrundlage bildende Vertrag längst vor Eröffnung des Konkursverfahrens abgeschlossen (errichtet) war (vgl 10 Ob 14/07t = MietSlg 59.796; 7 Ob 114/07a = MietSlg 59/15; 8 Ob 109/03t = SZ 2003/141 = ZIK 2004, 54 = JBl 2004, 527 = RdW 2004, 224 = ecolex 2004/115, 268), also zu einer Zeit, zu der der spätere Gemeinschuldner noch nicht gemäß § 1 Abs 1 KO in seiner Verfügungsfähigkeit beschränkt war.

Auf grundbuchsrechtlicher Basis sieht § 56 Abs 3 GBG für die Anmerkung der Rangordnung eine Sonderregelung vor. Verfällt der Eigentümer der Liegenschaft oder der Hypothekargläubiger vor der Überreichung des Eintragungsgesuchs in Konkurs, so kann die Eintragung nur dann bewilligt werden, wenn die Urkunde über das Geschäft schon vor dem Tag der Konkurseröffnung (zum maßgeblichen Zeitpunkt s allerdings § 7 Abs 1 KO idF IRÄG 1997, BGBl I 1997/114; 5 Ob 256/06t = NZ 2007, 251 [Hoyer, NZ 2007, 255] = ZIK 2007/91, 52 = RZ 2007/EÜ236, 124 = RdW 2007/412, 408) ausgefertigt war und der Tag ihrer Ausfertigung durch eine gerichtliche oder notarielle Beglaubigung dargetan ist. Entspricht die Urkunde diesen Voraussetzungen nicht, so ist die Zulässigkeit der Eintragung nach den Vorschriften der Konkursordnung zu beurteilen (s dazu 5 Ob 86/02m = NZ 2003/555 [Hoyer] = bbl 2002/133 = ecolex 2002/219; Mahrer in Kodek, Grundbuchsrecht, § 56 GBG Rz 9).

#### 4. Die Rechtsprechung zu § 13 AO

4.1. Das Rekursgericht hat bereits die - durchwegs ältere - Judikatur und einen Großteil der Lehrmeinungen zu (Bedeutung und Reichweite des) § 13 AO dargestellt. Auf diese Ausführungen kann zunächst verwiesen werden. Inhaltlich sind zur vorliegenden Rechtsprechung folgende Aspekte hervorzuheben:

4.2. In 3 Ob 850/24 (= SZ 6/374) heißt es zu einem nach Eröffnung des Ausgleichsverfahrens eingebrachten Gesuch auf Einverleibung eines Pfandrechts, „§ 13 AO bildet kein Hindernis für das Gesuchsbegehren; denn jene Gesetzesstelle ist einschränkend, und zwar dahin auszulegen, daß sie nur für den Fall, daß es sich um eine zwar vor der Konkurseröffnung (Ausgleichseröffnung) zulässige, im Konkurse (Ausgleichsverfahren) aber unzulässige Eintragung handelt, eine Regel darüber geben wollte, von welcher Zeit an die Eintragung unzulässig wird“. Eine weitergehende Begründung fehlt; es folgt (nur mehr) der Hinweis auf „Bartsch-Pollak, zu den § 13 KO und AusgLO, Bd I, Seite 128, Anmerkung 2 und Bd II, Seite 182, Anmerkung 4“.

Zu dieser Entscheidung ist hervorzuheben, dass § 13 AO und § 13 KO offenbar gleichsinnig verstanden werden. Sollte sich § 13 AO (und auch § 13 KO [?]) - wie (möglicherweise) gemeint ist - nur auf unzulässige Eintragungen nach § 10 AO (und auch § 10 KO [?]) beziehen, dann ist dies aus Wortlaut und systematischer Stellung dieser Bestimmung(en) jedenfalls nicht (unmittelbar) ableitbar und eine sachliche Begründung wird dafür nicht geboten.

4.3. In 3 Ob 476/27 = SZ 9/212 galt es ein nach Eröffnung des Ausgleichsverfahrens eingebrachtes Gesuch auf Einverleibung eines Pfandrechts zu beurteilen, das auf einem vor Ausgleichseröffnung errichteten Schuldschein beruhte und in einem ebenfalls vor Ausgleichseröffnung angemerkten Rang erfolgen sollte. Die Unterschrift der Schuldnerin auf dem Schuldschein war allerdings erst nach Eröffnung des Ausgleichsverfahrens beglaubigt worden. Das Erstgericht hatte unter (sinngemäßer) Anwendung des § 56 Abs 3 GBG (auch im Ausgleichsverfahren) das Gesuch abgewiesen. Der Oberste Gerichtshof bewilligte das Einverleibungsbegehren und führte aus, ein Verstoß des Ausgleichsschuldners gegen § 8 AO könne im Grundbuchsverfahren nicht wahrgenommen werden, weil allein die Gläubiger anfechtungsberechtigt seien. Im Ausgleichsverfahren, in dem eine völlige Sperre des Grundbuchs nicht stattfinde, gelte § 56 Abs 3 GBG nicht, weshalb „der Rang der Eintragung nach Inhalt des vorausgegangenen Ranganmerkungsschlusses unzweifelhaft auf einen Tag vor der Ausgleichseröffnung zu beziehen war“.

Nach der wiedergegebenen Entscheidungsbegründung wird nicht etwa ein Begehren auf Einverleibung eines vertraglichen Pfandrechts vom Anwendungsbereich des § 13 AO ausgenommen, sondern diese Bestimmung genau

ihrem Wortlaut entsprechend angewendet und die Bewilligung dementsprechend - bei betonter Unanwendbarkeit des § 56 Abs 3 GBG - mit dem der Eröffnung des Ausgleichsverfahrens vorgehenden Rang begründet.

4.4. Der Entscheidung 3 Ob 389/25 = SZ 7/176 lag eine nach Eröffnung des Ausgleichsverfahrens erhobene, auf Einwilligung in die Einverleibung einer Pfandforderung gerichtete Klage zugrunde. Der Kläger verfügte über eine der Ausgleichseröffnung vorgehende Ranganmerkung. Die Klage blieb erfolglos. Der Oberste Gerichtshof vertrat die Ansicht, § 56 Abs 3 GBG gelte sinngemäß auch im Ausgleichsverfahren, was mangels einer vor der Ausgleichseröffnung errichteten verbücherungsfähigen Urkunde eine Verbücherung ausschließe. Die Stattgebung der Klage würde nur zu einem richterlichen Pfandrecht führen, welches nach § 10 Abs 1 AO nicht mehr erworben werden könne. Betont wird, verfügte der Kläger über eine vor Eröffnung des Ausgleichsverfahrens ausgestellte Pfandbestellungsurkunde, stünde der Einverleibung des Pfandrechts im Rang der Anmerkung nichts entgegen; es wäre ein nach § 13 AO zulässiger Fall der Berücksichtigung des durch die Anmerkung erworbenen Rangs.

Auffällig ist dabei die der Entscheidung 3 Ob 476/27 = SZ 9/212 diametral widersprechende Ansicht zur Geltung des § 56 Abs 3 GBG im Ausgleichsverfahren und die übereinstimmende Meinung zur Anwendung des § 13 AO entsprechend seinem Wortlaut auch für ein vertragliches Pfandrecht.

4.5. In der Entscheidung 2 Ob 1141/27 = SZ 9/258 war eine Klage auf bücherliche Durchführung eines Kaufvertrags über eine Liegenschaft zu beurteilen. Nach Klageerhebung war das Ausgleichsverfahren eröffnet worden. Die Klage war erfolgreich. Der Oberste Gerichtshof führte in den Entscheidungsgründen aus, § 13 AO habe nur Einverleibungen in den öffentlichen Büchern über unbewegliche Sachen im Auge, die an sich (§ 10 Abs 1 AO) während des Ausgleichsverfahrens unzulässig wären; diese Eintragungen sollen gleichwohl dann zulässig sein, wenn sich der Rang der Eintragung nach einem vor Eröffnung des Verfahrens liegenden Tage richte. Für diese Ansicht enthält die Entscheidung keinerlei weitergehende Begründung und auch keinen Fundstellennachweis.

4.6. Zu ZBI 1936/116 = NZ 1936, 106 billigte der Oberste Gerichtshof die Einverleibung eines Pfandrechts nach Eröffnung des Ausgleichsverfahrens und vertrat dazu - unter Berufung auf hier schon referierte Judikatur und die Lehrmeinungen von Bartsch/Pollak<sup>3</sup> II 186 sowie Bartsch, GBG7, 85 - die Ansicht, § 13 AO sei einschränkend auszulegen, und zwar dahin, dass er nur für den Fall, als es sich um eine zwar vor der Eröffnung des Ausgleichsverfahrens zulässige, im Ausgleichsverfahren aber unzulässige Eintragung handle, eine Regel darüber gebe, von welcher Zeit an die Eintragung unzulässig sei. Aus dem gleichen Wortlaut der §§ 13 AO und KO könnten nicht die gleichen Folgerungen gezogen werden, da die Stellung des Schuldners im Ausgleichs- und Konkursverfahren verschieden sei. Durch die Eröffnung des Ausgleichsverfahrens sei das Grundbuch, da der Ausgleichsschuldner weder handlungs- noch geschäftsunfähig sei, eben nicht für alle Eintragungen gesperrt, sodass auch die Vorschrift des § 56 Abs 3 GBG nicht auf das Ausgleichsverfahren ausgedehnt werden könne.

4.7. In der - soweit überblickbar jüngsten - Entscheidung 8 Ob 131/74 = EvBl 1975/79, 158 zur hier relevanten Rechtsfrage führte der Oberste Gerichtshof aus, § 13 AO über die Grundbuchssperre gelte nach überwiegender Lehre und herrschender Rechtsprechung nur für richterliche, nicht aber für vertragliche Absonderungsrechte. Grundbücherliche Eintragungen aufgrund von Rechtshandlungen des Ausgleichsschuldners seien zulässig, mögen sie vor oder nach Eröffnung des Ausgleichsverfahrens vorgenommen worden sein.

## 5. Die Lehre zu § 13 AO

5.1. Lehmann lehrt (im Kommentar zur Ausgleichsordnung [1925], 89 f), das Ausgleichsverfahren, welches dem Prinzip der *par conditio creditorum* Rechnung trage, dürfe es nicht zulassen, dass nach seiner Eröffnung zugunsten von Forderungen der Gläubiger am Vermögen des Schuldners richterliche Pfand- oder Befriedigungsrechte begründet und einzelne Gläubiger infolge ihres schon nach Eröffnung des Verfahrens bewirkten Zuvorkommens vor anderen bevorzugt würden. Deshalb erkläre § 10 Abs 1 AO von der Eröffnung des Verfahrens an den Erwerb von richterlichen Pfand- oder Befriedigungsrechten zugunsten von Forderungen von Gläubigern gegen den Ausgleichsschuldner an den diesem gehörigen Sachen für unzulässig, und das gleiche gelte vermöge der die Behandlung der Zurückbehaltungsrechte nach Art der Pfandrechte anordnenden Norm des § 10 Abs 2 AO und auch für richterliche Zurückbehaltungsrechte. Was vertragliche Absonderungsrechte betreffe, so könnten solche an Immobilien des Schuldners aufgrund vor der Eröffnung des Ausgleichsverfahrens durch den Schuldner erfolgter diesbezüglicher Erklärungen nach Eröffnung des Ausgleichsverfahrens gemäß § 13 AO dann einverleibt werden, wenn sich der Rang

der Eintragung nach einem vor Eröffnung des Verfahrens liegenden Tag richte, wenn also das Einverleibungsgesuch beim Buchgericht schon vor dem Tag, an dem das Edikt an der Gerichtstafel des Ausgleichsgerichts angeschlagen wurde, eingelangt sei. Allein gemäß § 8 Abs 1 AO müssten solche Absonderungsrechte, um den Gläubigern gegenüber wirksam zu sein, vom Schuldner noch vor Einbringung des Antrags auf Eröffnung des Ausgleichsverfahrens bestellt worden sein. Wenn auch der Erwerb der Absonderungsrechte an Immobilien erst durch die bücherliche Eintragung erfolge, sei in diesen Fällen der Erwerbstatbestand doch schon vor der Eröffnung des Verfahrens bzw vor Einbringung des Antrags auf Eröffnung begründet. Nach Eröffnung des Ausgleichsverfahrens und im Zuge desselben könne der Schuldner, da ihm die Verfügungsfähigkeit nicht genommen werde, vertragsgemäße Absonderungsrechte wohl bestellen, allein, da die Bestellung von Absonderungsrechten nicht zum gewöhnlichen Geschäftsbetrieb gehöre, würden solche Absonderungsrechte den Gläubigern gegenüber nur dann rechtswirksam, wenn der Ausgleichsverwalter hiezu seine Zustimmung erteilt habe. Liege eine derartige Zustimmung vor, dann handle es sich um einen im § 10 Abs 4 AO vorgesehenen Fall. Forderungen aus Rechtshandlungen des Schuldners oder des für ihn handelnden Ausgleichsverwalters, die nach den Bestimmungen der Ausgleichsordnung, das sei § 8 AO, gestattet seien, würden nämlich vom Ausgleichsverfahren nicht berührt; aufgrund solcher Forderungen könne daher zu deren Einbringung auch im Zuge des Ausgleichsverfahrens auf das Vermögen des Schuldners Exekution geführt und es könnten zugunsten solcher Forderungen richterliche und vertragsgemäße Absonderungsrechte geschaffen werden.

5.2. Bartsch/Pollak führen demgegenüber (in KO<sup>2</sup> [1927], 876) zu § 13 AO in Anm 2 (unter Berufung auf Rintelen) aus, § 13 AO gelte nur für grundbücherliche Eintragungen, die nach § 10 AO unzulässig seien. Auch in Bartsch/Pollak<sup>3</sup> II 187 und Bartsch, GBG7 (1933), 86, wird die Ansicht weiter aufrecht erhalten.

5.3. Wegan meint (in Insolvenzrecht [1973], 239), die Grundbuchssperre des § 13 AO gelte nur für richterliche Absonderungsrechte. Aufgrund von Rechtshandlungen des Schuldners könnten auch während des Ausgleichsverfahrens bücherliche Eintragungen vorgenommen werden. Die Vornahme der Eintragung dürfe auch dann nicht vom Grundbuchsgericht verweigert werden, wenn eine Rechtshandlung vorliege, die der Schuldner während des Ausgleichsverfahrens nicht vornehmen dürfe. Das Grundbuchsgericht könne die Eintragung deshalb vornehmen, weil dem Schuldner zwar die Vornahme verboten sei, ihm jedoch die Fähigkeit nicht fehle. Wegan beruft sich in diesem Punkt auf Bartsch/Pollak<sup>3</sup> II 187.

5.4. Petschek/Reimer/Schiemer stellen (in Insolvenzrecht [1973], 778 f) dar, dass über die Bedeutung verbotswidriger Rechtshandlungen des Schuldners betreffend den Grundbuchskörper Streit bestehe. § 13 AO gebe wörtlich dieselbe Bestimmung wieder wie § 13 KO, normiere also die Sperre des Grundbuchs nach der Eröffnung des Verfahrens für alle Eintragungen, deren Rang sich nicht nach einem vorhergehenden Tag richte. Dennoch wolle Bartsch auch Eintragungen aufgrund der vom Schuldner während des Verfahrens vorgenommenen Rechtshandlungen zulassen, weil dem Schuldner nicht die Fähigkeit zu ihrer Vornahme fehle und der Grundbuchsrichter nicht zu prüfen in der Lage sei, ob die Rechtshandlung verbotswidrig sei oder nicht. Träfen die Begründungen zu, so gehe dieses Ergebnis dahin, dass § 13 AO lediglich eine grundbuchsrechtliche Ausführungsbestimmung zu § 10 Abs 1 AO aufstelle, ein Ergebnis, das der Stellung des § 13 AO widerspreche und dessen Wortlaut Gewalt antue, auch antun müsse, weil die in diesem Belang durchgreifende Analogie des Konkursverfahrens verkannt werde. Die Fähigkeit zur Vornahme der nach § 3 KO untersagten Rechtshandlungen besitze der Gemeinschuldner genau so wie der Ausgleichsschuldner die Fähigkeit zur Setzung verbotswidriger Rechtshandlungen. Der Unterschied sei nur der, dass dort die Unzulässigkeit der Rechtshandlung gegenüber den geschützten Interessen ipso iure eintrete, hier erst nach Maßgabe individueller Hinderung. Grundbuchsrechtlich sei es aber ohne Belang, dass dort von vornherein die Verstrickung Platz gegriffen habe, hier an sich nur die Widmung eingetreten sei; denn diese könne jeden Augenblick ohne Kenntnis des Grundbuchsrichters in Verstrickung umschlagen. Gründe sich also die Sperre im Konkurs darauf, dass Eintragungen verwehrt werden sollen, die nur gegenüber dem freien, nicht aber gegenüber dem gebundenen Vermögen des Einwilligenden Wirksamkeit besitzen sollen, so führe hier schon die Möglichkeit dieser zwispältigen Entwicklung zur Maßnahme der gleichen Sperre. Es würden daher alle zu § 13 KO gemachten Erörterungen gelten. Eintragungen aufgrund von Rechtshandlungen des Schuldners dürften nur bewilligt und vollzogen werden, wenn die Eintragung nach grundbuchsrechtlichen Gesichtspunkten den Rang spätestens des Tages der Eröffnung des Verfahrens besitze, was sinngemäß auch in dem in § 56 GBG vorausgesetzten Fall unter den dort hinzugefügten Beschränkungen zutrefte.

5.5. Nach Hofmann (in Rummel<sup>3</sup>, § 447 ABGB Rz 5) unterliege die Begründung von Vertragspfandrechten im Ausgleichsverfahren dem § 8 AO. Sei die Urkunde über die Pfandbestellung mit der darin erklärten Einwilligung des

Schuldners zur Einverleibung des Pfandrechts vor dem Tage der Einbringung des Ausgleichsantrags errichtet worden, so könne die Eintragung des Pfandrechts ohne weiteres erfolgen und zwar ohne besondere Beglaubigung nach § 56 Abs 3 GBG.

5.6. Hajek vertritt (in Ausgleichsordnung, § 13 Rz 1) - insbesondere unter Berufung auf SZ 6/374, NZ 1936, 106 und EvBl 1975/79 - die Ansicht, § 13 AO gelte für bücherliche Eintragungen, die nach § 10 Abs 1 AO unzulässig seien. Unzulässig seien nur Eintragungen, durch die ein richterliches Absonderungsrecht neu begründet werde, also die zwangsweise Pfandrechtsbegründung, die Anmerkung der Einleitung der Zwangsverwaltung oder der Zwangsversteigerung, sofern die betriebene Forderung nicht bereits durch ein Absonderungsrecht auf der Liegenschaft sichergestellt gewesen sei.

5.7. Dellinger/Oberhammer meinen (in Insolvenzrecht<sup>2</sup> [2004] Rz 794), die Regelung hinsichtlich der Zulässigkeit von Grundbucheintragungen nach Ausgleichseröffnung (§ 13 AO) entspreche der für den Konkurs geltenden des § 13 KO.

5.8. Feil/Marent/Preisler verweisen (in Grundbuchsrecht [2005], § 56 GBG Rz 17) darauf, dass § 13 AO wörtlich gleich laute wie § 13 KO und damit eine Grundbuchssperre nach der Verfahrenseröffnung für alle Eintragungen schaffe, deren Rang sich nicht nach einem vorgehenden Tag richte. Im Weiteren referieren diese Autoren dann die als herrschend bezeichnete Ansicht, wonach auch Eintragungen aufgrund vom Schuldner während des Verfahrens vorgenommener Rechtshandlungen zulässig seien, weil diesem nicht die Fähigkeit zu ihrer Vornahme fehle und der Grundbuchsrichter nicht zu prüfen in der Lage sei, ob die Rechtshandlung verbotswidrig sei oder nicht.

5.9. Mahrer führt (in Kodek, Grundbuchsrecht, § 56 GBG Rz 12) aus, dass durch die Eröffnung des Ausgleichsverfahrens - anders als bei Konkursöffnung (§ 13 KO) - das Grundbuch nicht für alle Eintragungen gesperrt sei, da der Ausgleichsschuldner weder handlungs- noch geschäftsunfähig sei. § 13 AO werde daher einschränkend dahin ausgelegt, dass grundbücherliche Eintragungen aufgrund von Rechtshandlungen des Ausgleichsschuldners - mögen sie vor oder nach der Ausgleichseröffnung vorgenommen worden sein - zulässig seien und § 13 AO nur für solche Eintragungen gelte, die nach § 10 AO unzulässig seien.

5.10. Schließlich weist auch Kodek (in Kodek, Grundbuchsrecht, § 25 GBG Rz 18) darauf hin, dass § 13 AO nur für nach § 10 AO unzulässige Eintragungen, sohin für richterliche Pfandrechte, nicht auch für vertragliche Absonderungsrechte gelte, wogegen sich freilich einwenden lasse, dass § 13 AO gleichlautend mit § 13 KO und daher auch gleich auszulegen sei.

## 6. Bewertung

6.1. Jene Rechtsprechung und Lehre, die die in § 13 AO angeordnete Grundbuchssperre nur für nach § 10 Abs 1 AO unzulässige Eintragungen, also nur für richterliche Absonderungsrechte gelten lassen will, beruht auf einer vom völlig klaren Gesetzeswortlaut abweichenden, einschränkenden Auslegung erstgenannter Bestimmung.

Die teleologische Reduktion soll der „ratio legis“ gegen einen überschießend weiten Gesetzeswortlaut Durchsetzung verschaffen. Eine teleologische Reduktion setzt den klaren Nachweis voraus, dass eine umschreibbare Fallgruppe von den Grundwertungen oder Zwecken des Gesetzes entgegen seinem Wortlaut gar nicht getroffen wird und dass sie sich von den „eigentlich gemeinten“ Fallgruppen so weit unterscheidet, dass die Gleichbehandlung sachlich ungerechtfertigt und willkürlich wäre (RIS-Justiz RS0008979; RS0106113). Diese Voraussetzung wird von besagter Rechtsprechung und Lehre nicht nachgewiesen und sie liegt auch nicht vor:

6.2. § 13 AO stimmt sowohl nach Wortlaut als nach seiner systematischen Stellung mit § 13 KO überein und wurde rechtsgeschichtlich letztgenannter Bestimmung der historisch älteren Konkursordnung „nachgebaut“. Es entspricht völlig einheitlicher - oben zu Punkt 3. dargestellter - Rechtsprechung, dass § 13 KO keineswegs eingeschränkt nur für richterliche Absonderungsrechte gelte, wiewohl auch in der Konkursordnung mit § 10 Abs 1 KO eine dem § 10 Abs 1 AO gleichlautende Regelung existiert. Dieser Gesichtspunkt spricht also wohl für ein gleichsinniges Verständnis beider Bestimmungen, wovon noch die Entscheidungen 3 Ob 476/27 = SZ 9/212 und wohl auch 3 Ob 389/25 = SZ 7/176 ausgegangen waren.

6.3. Das in Wahrheit einzige Argument für die von einem Teil der Rechtsprechung und Lehre vorgenommene teleologische Reduktion der in § 13 AO nach seinem Wortlaut generell angeordneten Grundbuchssperre nur auf die nach § 10 Abs 1 AO unzulässigen Eintragungen besteht im Hinweis auf die unterschiedlichen Auswirkungen der Eröffnung des betreffenden Insolvenzverfahrens auf die Verfügungsfähigkeit des Schuldners (§§ 1, 3 KO bzw § 8 AO; vgl

dazu auch Schubert in Konecny/Schubert, § 3 KO Rz 1). Tatsächlich kann aber genau dieser Gesichtspunkt der Regelung des § 13 KO jedenfalls nicht entscheidend zugrunde liegen, weil diese ja gerade nicht auf den Zeitpunkt der rechtsgeschäftlichen Erklärung des Gemeinschuldners, sondern ausschließlich auf den Zeitpunkt der Einbringung des Grundbuchsgesuchs abstellt. Die Grundbuchssperre nach § 13 KO gilt ja auch dann, wenn der die Eintragungsgrundlage bildende Vertrag längst vor Eröffnung des Konkursverfahrens abgeschlossen (errichtet) worden war, also zu einer Zeit zu der der spätere Gemeinschuldner noch nicht gemäß §§ 1 Abs 1, 3 Abs 1 KO in seiner Verfügungsfähigkeit beschränkt war (vgl dazu die Judikaturnachweise unter Punkt 3.).

6.4. Nun lässt sich - nach dessen Wortlaut und systematischer Stellung - der Zweck des § 13 KO wohl zwanglos darin erkennen, nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens eine (nachträgliche) Besicherung einzelner Gläubiger zu verhindern und insoweit deren Gleichbehandlung zu sichern. Warum diese Gesichtspunkte nicht auch im Ausgleichsverfahren wesentliche und den Zwecken dieses Verfahrens dienliche Aspekte der Grundbuchssperre des § 13 AO sein können, ist nicht ersichtlich. Soweit die grundbücherliche Schaffung von Absonderungsrechten nach Eröffnung des Ausgleichsverfahrens zum Zwecke der Fortführung des Unternehmens angezeigt sein sollte, ist für diese Möglichkeit ohnehin gesetzlich Vorsorge getroffen (§§ 8 Abs 2, 10 Abs 4 AO).

Nach Ansicht des erkennenden Senats liegen daher insgesamt keine tragenden Gründe vor, die eine vom klaren Wortlaut des § 13 AO abweichende, diesen auf richterliche Absonderungsrechte (§ 10 Abs 1 AO) einschränkende Auslegung rechtfertigen könnten.

Da die Antragstellerin ihr Begehren nach Pfandrechtseinverleibung erst nach Beginn der Wirkungen des Ausgleichsverfahrens überreicht hat und dafür keinen vor diesem Zeitpunkt gelegenen Rang in Anspruch nehmen kann, war ihr Gesuch gestützt auf § 13 AO abzuweisen. Dem gegen die rechtsrichtige Entscheidung des Rekursgerichts erhobenen Revisionsrekurs war demnach der Erfolg zu versagen.

**Textnummer**

E93081

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2009:0050OB00153.09Z.1124.000

**Im RIS seit**

24.12.2009

**Zuletzt aktualisiert am**

31.01.2013

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

© 2025 JUSLINE

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

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