



Dokumentinformation

Die Berücksichtigung eines verspäteten Rechtsmittels ist nun erfolgsunabhängig und keine Ermessensentscheidung mehr

Typ	Zeitschrift
Datum/Gültigkeitszeitraum	15.06.2010
Publiziert von	Manz
Glossator	Bettina Nunner-Krautgasser
Fundstelle	EvBl 2010/78
Heft	12 / 2010
Seite	551
Entscheidung	OGH 18.12.2009, 6 Ob 252/09s ▼ Zu den Verweisen
Unterinstanz	OLG Graz, 4 R 137/09p; LGZ Graz, 27 Fr 2843/03h.

Quintessenz

Diese E spannt aus Anlass der Prüfung der Zulässigkeit der Berücksichtigung eines verspäteten Rekurses gegen einen Zwangsstrafbeschluss des Firmenbuchgerichts einen weiten Bogen vom "neuen" [§ 46 Abs 3 AußStrG](#) über dessen vermeintliches Spannungsverhältnis zu [§ 42 AußStrG](#) bis zur Unausweichlichkeit der Zwangsstrafe gem [§ 283 Abs 4 UGB](#).

Leitsatz

[§ 46 Abs 3 AußStrG](#) ([§ 283 Abs 4 UGB](#))

Die Zulässigkeit der Berücksichtigung eines verspäteten Rechtsmittels ist gem [§ 46 Abs 3 AußStrG](#) nicht mehr in das Ermessen des Gerichts gestellt, weshalb die Erfolgsaussichten des Rechtsmittels nicht mehr Teil der anzustellenden Prüfung sind. Einziges Kriterium der Berücksichtigungswürdigkeit ist die Frage des Nachteils für eine andere Person. Eines Rückgriffs auf das überkommene "Rechtskraftkorrektiv" bedarf es nach der neuen Rechtslage ebenfalls nicht mehr.

Seit Einführung des [§ 283 Abs 4 UGB](#) ist davon auszugehen, dass die Abänderung oder Aufhebung eines Zwangsstrafbeschlusses nach Ablauf der Rekursfrist die materiellrechtliche Stellung der Republik Österreich beeinträchtigen und für diese daher einen Nachteil iSd [§ 46 Abs 3 AußStrG](#) iVm [§ 15 Abs 1 FBG](#) darstellen würde.

Sachverhalt

Gegenstand dieses Verfahrens ist die Offenlegung des Jahresabschlusses zum 31. 3. 2002, zu

dessen Erzwingung im Jahr 2003 ein Zwangsstrafenverfahren gegen die Gf eingeleitet wurde. Zum Teil wurden die verhängten Zwangsstrafen vom damaligen Gf auch bezahlt.

Mit B 15. 4. 2008 verhängte das ErstG eine weitere Zwangsstrafe von Euro 3.600,- ua über den Gf, weil er seine Verpflichtung zur Einreichung des Jahresabschlusses zum Stichtag 31. 3. 2002 noch immer nicht erfüllt habe. Dieser B wurde dem Geschäftsführer am 17. 4. 2008 zugestellt. Mit Zahlungsauftrag v 18. 2.

Ende Seite 551

Anfang Seite 552»

2009 wurde der Gf aufgefordert, die mit diesem B verhängte Zwangsstrafe von Euro 3.600,- samt Einhebungsgebühr zu zahlen, widrigenfalls der Betrag zwangsweise eingetrieben werde. Der Zahlungsauftrag wurde ihm am 23. 2. 2009 zugestellt und - versehen mit einer Vollstreckbarkeitsbestätigung 26. 3. 2009 - der Einbringungsstelle übermittelt. Die Einbringungsstelle beantragte zur Hereinbringung der Forderung des Bundes aus der verhängten Zwangsstrafe beim BG die zwangsweise Pfandrechtsbegründung auf den Liegenschaften des Gf. Die Pfandrechte wurden bereits im Grundbuch einverleibt. Hinsichtlich der Fahrnisexekution liegt noch kein Vollzugsbericht vor. Eine Zahlung erfolgte nicht.

Am 22. 7. 2008 wurde der Jahresabschluss zum 31. 3. 2002 beim ErstG eingereicht, diese Tatsache wurde mittlerweile auch im Firmenbuch eingetragen.

Am 21. 9. 2009 erhob der Gf gegen den Zwangsstrafenbeschluss 15. 4. 2008 Rek.

Mit dem angefochtenen B wies das RekG diesen Rek als verspätet zurück. Der OGH gab dem RevRek des Gf nicht Folge.

Begründung

Aus der Begründung:

[Berücksichtigung verspäteter Rechtsmittel]

Nach [§ 46 Abs 3 AußStrG](#) können nach Ablauf der RekFrist B angefochten werden, wenn ihre Abänderung oder Aufhebung mit keinem Nachteil für eine andere Person verbunden ist. Unter den in [§ 46 Abs 3 AußStrG](#) angeführten "anderen Personen" sind alle vom Rechtsmittelwerber verschiedenen Personen zu verstehen (*Schenk in Straube*, HGB I³ 103; *G. Kodek in Kodek/Nowotny/Umfahrer*, FBG § 15 Rz 200; GesRZ 1979, 71; [NZ 1980, 168](#); [HS 11.623](#); [RIS-Justiz RS0007126 \[T 2\]](#); [RS0007180](#); [7 Ob 88/09f](#); [6 Ob 199/06t](#)).

Anders als nach [§ 11 Abs 1 AußStrG 1854](#) ist die Zulässigkeit des Rek in diesen Fällen nicht mehr dem Ermessen des RekG anheim gestellt (*G. Kodek in Kodek/Nowotny/Umfahrer*, FBG § 15 Rz 201; *Mayr*, Das verspätete Rechtsmittel im Außerstreitverfahren - Ein Nachtrag, [Zak 2009, 283 ff](#)). Die bisherige Rsp, die in diesen Fällen im Rahmen der Ermessensübung nach [§ 11 Abs 1 AußStrG 1854](#) die sachliche Berechtigung des RM prüfte und bei fehlender sachlicher Berechtigung den verspäteten Rek zurückwies (zB [RIS-Justiz RS0111098](#); [3 Ob 2390/96hEFSlg 82.784](#); ausdrücklich zum Firmenbuchverfahren OLG Wien 28 R 314/00b; OLG Wien 28 R 288/00d [NZ 2002/85](#); OLG Wien 28 R 123/00i [NZ 2002/64](#); OLG Wien 28 R 141/01p [NZ 2002/152](#); OLG Wien 28 R 337/00k) ist damit überholt (*G. Kodek*, aaO; *Mayr*, aaO).

Der in der Lehre teilweise vertretenen gegenteiligen Auffassung (*Fucik/Kloiber*, AußStrG § 46 Rz 3; *Klicka in Rechberger*, AußStrG § 46 Rz 4; *Nunner-Krautgasser*, Zur Berücksichtigung verspäteter Rekurse im Außerstreitverfahren, [Zak 2009, 70](#)) kann in Anbetracht des klaren Gesetzeswortlauts nicht gefolgt werden. Das Wort "können" bezieht sich zweifelsfrei auf die Anfechtungsbefugnis der Parteien und nicht auf die Entscheidung durch das Gericht (*Mayr*, aaO).

Hängt aber die Berücksichtigung eines verspäteten RM nicht mehr vom Ermessen des RekG ab, so erübrigt sich auch eine Prüfung der Erfolgsaussichten als Kriterium der Ermessensübung. Vielmehr sind nach [§ 46 Abs 3 AußStrG](#) verspätete RM unabhängig von ihren Erfolgsaussichten jedenfalls dann zu berücksichtigen, wenn die dafür gesetzlich vorausgesetzten Bedingungen

erfüllt sind. Andernfalls sind sie als verspätet zurückzuweisen. Für ein - im Übrigen verfassungsrechtlich bedenkliches - (freies) Ermessen der Gerichte bei der Berücksichtigung verspäteter RM besteht nach der neuen Rechtslage kein Raum (vgl auch *Mayr*, aaO).

Daher spielt es für die Zulässigkeit des verspäteten Rek keine Rolle, dass der Gf darin im Wesentlichen auf eine Ressortverteilung hinwies, die nach herrschender Auffassung nur im Innenverhältnis wirkt (*Schenk in Straube*, HGB I³ 129; *G. Kodek in Kodek/Nowotny/Umfahrer*, FBG § 24 Rz 29; [ecolex 2001/80](#); OLG Innsbruck 3 R 207/99m).

Einziges Kriterium für die Berücksichtigung des nach Ablauf der RekFrist erhobenen RM ist vielmehr, ob iSd [§ 46 Abs 3 AußStrG](#) die Abänderung oder Aufhebung des angefochtenen B mit einem Nachteil für eine andere Person verbunden wäre.

[§ 40 Abs 3 AußStrG im Zwangsstrafenverfahren]

Ein Anwendungsbereich für die Berücksichtigung verspäteter Rek ist das Zwangsstrafenverfahren (*G. Kodek in Kodek/Nowotny/Umfahrer*, FBG § 15 Rz 202 und § 24 Rz 115; *Nunner-Krautgasser*, [Zak 2009, 70](#) [73]; [RIS-Justiz RS0123332 = 6 Ob 39/08s](#) und [6 Ob 288/08h](#)).

Hingegen ist im Amtslöschungsverfahren nach [§ 40 FBG](#) ein nach Ablauf der RekFrist erhobener Rek der Gesellschaft gegen die amtswegige Löschung nicht mehr inhaltlich zu behandeln, weil die Steuerbehörde und die gesetzliche Interessenvertretung (Wirtschaftskammer) als Dritte bereits Rechte aus der erstinstanzlichen Löschung erlangt haben ([6 Ob 21/07t](#)).

[Formelle Rechtskraft]

Nicht entscheidend ist hingegen das vom RekG angeführte Argument, der Zwangsstrafenbeschluss sei bereits in formelle Rechtskraft erwachsen. Darin ist richtig, dass nach mehreren Entscheidungen ohne Nachteil für andere Personen abänderbare B stets nur solche sein könnten, die weder der formellen noch der materiellen Rechtskraft fähig sind ([RIS-Justiz RS0007084](#)). Diese - auf *Rintelen* (Grundriß des Verfahrens außer Streitsachen [1914] 41) zurückgehende - Formulierung erscheint jedoch vor dem Hintergrund der neuen Rechtslage nicht zutreffend. Teilweise wird dazu vertreten, die Tragweite des [§ 46 Abs 3 AußStrG](#) liege darin, dass eine bereits eingetretene Rechtskraft durchbrochen werden könne (*Neumayr*, *Außerstreitverfahren*² 53). Andererseits wird in einzelnen Entscheidungen ausgeführt, ein bestimmter B sei bereits in formelle Rechtskraft erwachsen und unterliege daher nicht mehr [§ 46 Abs 3 AußStrG](#) ([2 Ob 102/08a](#); vgl auch [3 Ob 216/07x](#) und [7 Ob 27/08h](#)). Dagegen hat *Nunner-Krautgasser* (aaO) eingewendet, diese Argumentation komme einem Zirkelschluss schon recht nahe. Denkbar wäre auch eine Auslegung des [§ 46 Abs 3 AußStrG](#) dahin, dass wegen

«Ende Seite 552

Anfang Seite 553»

der unbefristeten RekMöglichkeit eben der Eintritt der formellen Rechtskraft des betreffenden B verhindert werde.

Das zwischen [§ 42](#) und [§ 46 Abs 3 AußStrG](#) auf den ersten Blick bestehende Spannungsverhältnis lässt sich durch die von *Nunner-Krautgasser* vorgeschlagene Auslegung am ehesten lösen, dass man den Anfechtungsbegriff des [§ 42 AußStrG](#) eng fasst und auf die Anfechtung während der "regulären" RMFrist reduziert. Damit können im Ergebnis auch B, die noch nach dem Ablauf der RMFrist anfechtbar sind, (zunächst) formell und materiell rechtskräftig werden. Damit ist die Zulässigkeit der Berücksichtigung eines verspäteten Rechtsmittels (allein) anhand des Kriteriums des Nachteils für eine andere Person zu beurteilen; eines Rückgriffs auf das überkommene "Rechtskraftkorrektiv" bedarf es nach der neuen Rechtslage nicht mehr.

[Erlassener Zahlungsauftrag]

Nach Auffassung des RekG sollen allerdings verspätete Rek gegen Zwangsstrafenbeschlüsse dann nicht mehr nach [§ 46 Abs 3 AußStrG](#) zulässig sein, wenn bereits ein Zahlungsauftrag erlassen wurde. Dieser Auffassung vermag sich der OGH nicht anzuschließen. Gleichwohl erweist sich die Rechtsansicht des RekG - wie zu zeigen sein wird - im Ergebnis als zutreffend: [...]

[Unbedingte Vollstreckbarkeit der Zwangsstrafe]

Durch das PuG (BGBl I 2006/103) wurde **§ 283 Abs 4 UGB** eingefügt. Nach dieser Bestimmung ist eine verhängte Zwangsstrafe auch dann zu vollstrecken, wenn die bestraften Personen ihrer Pflicht nachgekommen sind oder deren Erfüllung unmöglich geworden ist. Nach den GMat (vgl ErläutRV PuG 1427 BlgNR 22. GP 6) soll die Neuregelung Zweifel an der ordnungsgemäßen Umsetzung des Art 6 der PublizitätsRL zerstreuen. Aus diesem Grund wollte der Gesetzgeber an die ältere Rsp anknüpfen und den repressiven Charakter der Zwangsstrafe im Gesetz ausdrücklich verankern. Damit folgt der Gesetzgeber einer rechtspolitischen Entscheidung, die mit der EO-Novelle 2000, BGBl I 2000/59, für die Regelung der Geldstrafen zur Erzwungung von Unterlassungen und Duldungen in **§ 359 EO** getroffen wurde. Eine Stellungnahme des Gesetzgebers zur Zuständigkeit des Firmenbuchgerichts für die Aufhebung einer Zwangsstrafe bzw die Notwendigkeit der Einleitung eines Streit- bzw Oppositionsverfahrens erübrige sich, weil ein solcher Antrag ohnedies keinen Erfolg mehr haben könne.

Damit hat sich der Gesetzgeber zur Erhöhung der Wirksamkeit des Zwangsstrafenverfahrens dafür entschieden, dass nachträgliche Änderungen den Vollzug der verhängten Zwangsstrafe in der Regel nicht hindern. Das gesetzliche Ziel der Beugung des Willens des Verpflichteten kann nämlich nur erreicht werden, wenn dieser weiß, dass die Strafe im Fall des Zuwiderhandelns nicht bloß verhängt, sondern auch vollzogen wird (vgl **3 Ob 12/93ecolex 1993, 686**; zum Firmenbuchverfahren schon **6 Ob 177/00y**; *G. Kodek in Kodek/Nowotny/Umfahrer, FBG § 24 Rz 62*).

Vor dem Hintergrund der Neuregelung des **§ 283 Abs 4 UGB** hat aber die Position der Republik Österreich mit Rechtskraft der Zwangsstrafe eine deutliche Verfestigung erfahren. Anträge an das Firmenbuchgericht auf Absehen vom Vollzug sind zwar iS der **E 6 Ob 78/09b** weiterhin möglich; sie sind aber nach dem erklärten Willen des Gesetzgebers in der Regel nicht berechtigt (ErläutRV 1427 BlgNR 22. GP 6). IS einer Straffung des Zwangsstrafenverfahrens und Erhöhung von dessen Effizienz, um die ordnungsgemäße Erfüllung der Verpflichtung Österreichs zur Umsetzung der Vorgaben der Publizitätsrichtlinie zu gewährleisten, sind daher Einwendungen gegen Zwangsstrafen in der Regel nurmehr im Wege des RekVerfahrens möglich. Die Annahme einer unbefristeten RekMöglichkeit wäre mit diesem Ziel des Gesetzgebers nicht vereinbar. Die gegenteilige Auffassung würde dazu führen, dass ein Gf zunächst während des Zwangsstrafenverfahrens untätig bleiben und erst während des Einbringungsverfahrens Rek erheben und damit eine Aufschiebung des Exekutionsverfahrens erreichen könnte. Damit wäre aber die schon aus gemeinschaftsrechtlichen Gründen erforderliche Effizienz des der Durchsetzung der Bilanzpublizität dienenden Zwangsstrafenverfahrens deutlich beeinträchtigt. Daher ist seit Einführung des **§ 283 Abs 4 UGB** durch das PuG davon auszugehen, dass die Abänderung oder Aufhebung eines Zwangsstrafenbeschlusses nach Ablauf der RekFrist die materiellrechtliche Stellung der Republik Österreich (vgl **RIS-Justiz RS0007180**;

Klicka/Oberhammer/Domej, Außerstreitverfahren⁴ [2006] Rz 175; Klicka in Rechberger, AußStrG § 46 Rz 4; Nunner-Krautgasser, aaO 73) beeinträchtigen würde. Daher liegt in der Aufhebung oder Abänderung eines Zwangsstrafenbeschlusses ein "Nachteil" iSd **§ 46 Abs 3 AußStrG** iVm **§ 15 Abs 1 FBG** für die Republik Österreich, der der Berücksichtigung verspäteter Rek entgegensteht.

Notiz

Praxishinweis

Achtung! Entgegen der in Teilen der Lehre - etwa *Fucik/Kloiber, AußStrG § 46 Rz 3* - vertretenen Ansicht, legt diese E überzeugend dar, dass **§ 46 Abs 3 AußStrG** keineswegs inhaltsgleich mit **§ 11 Abs 2 AußStrG** aF ist. Entgegen der Rsp zur Vorgängerbestimmung ist nunmehr dem Gericht bei seiner Entscheidung kein Ermessen mehr eingeräumt und kommt es auch nicht mehr auf die Erfolgsaussichten des verspäteten RM an. Einziges zu prüfendes Kriterium ist die Frage der Nachteiligkeit für eine andere Person, wenn dem RM trotz Verspätung stattgegeben würde.

EvBl Redaktion

Glosse

In der vorliegenden E äußert sich der 6. Senat zu zentralen Problemen iZm der Berücksichtigung

verspäteter Rechtsmittel im Außerstreitverfahren gem **§ 46 Abs 3 AußStrG**. Nach dieser Bestimmung können Beschlüsse auch noch nach dem Ablauf der Rechtsmittelfrist angefochten werden, wenn ihre Abänderung oder Aufhe-

«Ende Seite 553

Anfang Seite 554

bung mit keinem Nachteil für eine andere (dh für eine vom Rechtsmittelwerber verschiedene; **RIS-Justiz RS0007126**) Person verbunden ist (vgl dazu etwa *G. Kodek* in *Kodek/Nowotny/Umfahrer*, Firmenbuchgesetz [2005] § 15 Rz 200 f; *Nunner-Krautgasser*, Zur Berücksichtigung verspäteter Rekurse im Außerstreitverfahren, **Zak 2009/94**, 70; *P. Mayr*, Das verspätete Rechtsmittel im Außerstreitverfahren - ein Nachtrag, **Zak 2009/451**, 283 jew mwN).

Das erste angesprochene Problem betrifft die Frage, ob **§ 46 Abs 3 AußStrG** (ebenso wie die Vorgängerbestimmung des § 11 Abs 2 AußStrG 1854) dem Gericht einen Ermessenspielraum im Hinblick auf die Berücksichtigung eines verspäteten (Revisions-)Rekurses einräumt. In der Lehre ist das umstritten (für eine Ermessensentscheidung *Fucik/Kloiber*, AußStrG [2005] § 46 Rz 3; *Klicka* in *Rechberger*, AußStrG [2006] § 46 Rz 4; *Nunner-Krautgasser*, **Zak 2009/94**, 70; aA *G. Kodek* in *Kodek/Nowotny/Umfahrer*, FBG § 15 Rz 201; *P. Mayr*, **Zak 2009/451**, 283). In etlichen E wurden die Erfolgsaussichten des Rechtsmittels als Kriterium für die Ermessensausübung auch noch im zeitlichen Anwendungsbereich des **§ 46 Abs 3 AußStrG** für maßgeblich erachtet (vgl **RIS-Justiz RS0007086** und **RS0111098**). Hingegen spricht sich der 6. Senat nunmehr deutlich **gegen eine Qualifikation als Ermessensentscheidung** aus. Demnach sind verspätete Rechtsmittel im Außerstreitverfahren - unabhängig von ihren Erfolgsaussichten - jedenfalls zu berücksichtigen, wenn die dafür gesetzlich vorausgesetzten Bedingungen erfüllt sind.

Als einziges Kriterium für oder gegen die Berücksichtigung eines verspäteten (Revisions-)Rekurses verbleibt damit der mit einer Abänderung oder Aufhebung des angefochtenen Beschlusses verbundene potentielle "Nachteil für eine andere Person". Mit diesem schwammigen Zulässigkeitskriterium setzt sich der 6. Senat nunmehr eingehender auseinander. Das betrifft insb die von der bisherigen Rsp eher unkritisch verwendete - und mit Recht als "nicht ganz stimmig" (*Neumayr*, Außerstreitverfahren² 53) bezeichnete - Formel, ohne Nachteil für andere Personen abänderbare Beschlüsse könnten nur solche sein, die weder der formellen noch der materiellen Rechtskraft fähig sind (**RIS-Justiz RS00070784**). Wie der 6. Senat treffend bemerkt, bereitet insoweit va das **Verhältnis zwischen § 46 Abs 3 AußStrG und § 42 AußStrG** argumentative Schwierigkeiten: Einerseits wird dazu nämlich ausgeführt, ein Beschluss könne nicht in formelle Rechtskraft erwachsen, solange er anfechtbar sei. Andererseits wird bei bestimmten Beschlüssen von Vornherein auf die eingetretene formelle Rechtskraft abgestellt und daraus die Unanwendbarkeit des **§ 46 Abs 3 AußStrG** abgeleitet (vgl **2 Ob 102/08a**; **3 Ob 216/07x** und **7 Ob 27/08h**). Der 6. Senat schließt sich nunmehr der Auffassung an, dass die Widersprüchlichkeit zwischen § 42 und **§ 46 Abs 3 AußStrG** durch eine **Reduktion des Anfechtungsbegriffs des § 42 AußStrG auf Anfechtungen während der "regulären" Rechtsmittelfrist** zu lösen ist (so *Nunner-Krautgasser*, **Zak 2009/94**, 73; nunmehr **RIS-Justiz RS0115862** [T 4]). Somit können auch Beschlüsse, die noch nach dem Ablauf der Rechtsmittelfrist anfechtbar sind, (zunächst) formell und materiell rechtskräftig werden. Die Zulässigkeit der Berücksichtigung eines verspäteten Rechtsmittels ist insoweit also - ohne Rückgriff auf das überkommene "Rechtskraftkorrektiv" - (allein) anhand des Kriteriums des Nachteils für eine andere Person zu beurteilen (**RIS-Justiz RS0115862** [T 5]).

Schließlich wird mit der vorliegenden E auch die Judikatur zur Anwendbarkeit des **§ 46 Abs 3 AußStrG** iVm **§ 15 FBG** in Firmenbuchsachen modifiziert: Während **verspätete Rekurse gegen Beschlüsse in Zwangsstrafenverfahren** bisher offenbar generell als iSd **§ 46 Abs 3 AußStrG** zu berücksichtigen eingestuft wurden (**RIS-Justiz RS0123332**), stellt der 6. Senat nun auch insoweit auf das **individuell zu prüfende Kriterium des "Nachteils"** ab. Das Vorliegen eines solchen (in concreto für die Republik Österreich) wird hier unter Hinweis auf **§ 283 Abs 4 UGB** zu Recht bejaht; damit scheidet die Berücksichtigung eines verspäteten Rechtsmittels in solchen Fällen aus.

Zitiervorschlag

Zum Glossator

Bettina Nunner-Krautgasser, Universität Graz.

Meta-Daten

Rubrik(en)

Evidenzblatt

Rechtsgebiet(e)

Außerstreitverfahren

Verweise

- > [OGH 18.12.2009, 6 Ob 252/09s](#)
- > [§ 46 AußStrG](#)
- > [§ 283 UGB](#)

Rückverweise

Zeitschriften

- > [AnwBl 2010, 399: OGH 18.12.2009, 6 Ob 252/09s Zur Offenlegung des Jahresabschlusses -](#)

Sammlungen

- > [HS 40.063: OGH 18.12.2009, 6 Ob 252/09s -](#)

Entscheidungen

- > [OGH 6 Ob 105/12b -](#)
- > [OGH 3 Ob 54/12f -](#)
- > [OGH 1 Ob 148/11p -](#)

© 2016 MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH