

I. Einführung

A. Allgemeines

Mit der Einführung der Sonderbestimmungen für das Insolvenzverfahren natürlicher Personen durch die KO-Nov 1993 hat der Gesetzgeber **besondere Möglichkeiten der Entschuldung für natürliche Personen** geschaffen. Zwar war es bis zu diesem Zeitpunkt grundsätzlich möglich, im Wege eines Zwangsausgleichs – nunmehr Sanierungsplans – eine Entschuldung zu erreichen. Dies ist meist an der relativen hohen Quote von 20 % und der kurzen Zahlungsfrist von zwei Jahren gescheitert. Im Übrigen ist im Verfahren vor den Landesgerichten eine nicht unerhebliche Kostendeckung erforderlich, die von vielen Schuldnern nicht aufgebracht werden kann.

Diese Hürden wurden beseitigt und besondere Instrumentarien zur Entschuldung natürlicher Personen geschaffen. Dabei macht es grundsätzlich keinen Unterschied, ob der Schuldner im Antragszeitpunkt ein Unternehmen betreibt. Insofern ist das Schlagwort „Privatkonkurs“ irreführend. Die Entschuldungsmöglichkeiten stehen dem Privatschuldner wie dem Unternehmer offen. Unterschiede bestehen allerdings in den Verfahrensvorschriften.

Die „typischen“ Verfahren betreffen die **Verschuldung privater Haushalte**. Die Relevanz dieses Themas zeigt auch die Statistik: Seit seiner Einführung erfreut sich der so genannte „Privatkonkurs“ immer größerer Beliebtheit. In den letzten Jahren lagen die eröffneten Verfahren bei 9.000 bis 9.500. Da weiterhin auf den leistungsfähigen Schuldner abgestellt wurde, war das bisherige System nur eingeschränkt geeignet, die Vielzahl überschuldeter Haushalte zu erreichen¹. Mit dem **IRÄG 2017** erfolgte eine radikale Änderung im System der Restschuldbefreiung, weil es auf eine bestimmte Mindestquote nicht mehr ankommt. Die Anzahl der eröffneten Verfahren wird aufgrund der Erleichterung bei der Entschuldung, insb durch den Wegfall der Mindestquote, künftig wohl steigen.

Das vorliegende Buch stellt das gesamte Schuldenregulierungsverfahren von der Bestimmung der Zuständigkeit bis zur Entschuldung dar. Auf die Besonderheiten von Unternehmern wird nur punktuell, wie beispielsweise bei der Abgrenzung der Zuständigkeit oder der erforderlichen Vermögensverwertung, eingegangen. Der „Kleinunternehmer“ hat im Zuge des IRÄG 2010 eine besondere Regelung erfahren, weshalb er in einem eigenen Kapitel dargestellt wird.

¹ Siehe dazu *Konecny in Reiffenstein/Blaschek*, Jahrbuch 225 ff.

B. Neuerungen durch das IRÄG 2017

Auch wenn der **Entfall der Mindestquote** im Abschöpfungsverfahren eine massive Änderung darstellt, bleibt das grundsätzliche System der Restschuldbefreiung weiter bestehen: Der Schuldner hat zunächst einen Zahlungsplan anzubieten. In diesem Bereich wurden Änderungen für einkommensschwache bzw -lose Schuldner vorgenommen, weil diese keine Zahlungen anzubieten brauchen, was bedeutet, dass sie nunmehr einen Nullplan vorlegen können. Dessen Zulässigkeit wird durch § 194 Abs 1 S 3 IO ausdrücklich gesetzlich verankert.

Im Abschöpfungsverfahren wird die Redlichkeit des Schuldners stärker betont, indem neue Einleitungshindernisse geschaffen werden. Zudem trifft den Schuldner die Obliegenheit, über seine Bemühungen um eine Erwerbstätigkeit mindestens einmal jährlich Auskunft zu erteilen.

Die Dauer des Abschöpfungsverfahrens wird auf fünf Jahre verkürzt. Nach Ablauf der Abtretungserklärung ist dem Schuldner die Restschuldbefreiung zu erteilen, sofern das Verfahren nicht vorzeitig einzustellen ist.

Weitere Änderungen betreffen den Entfall des außergerichtlichen Ausgleichs, die Möglichkeit der Überweisung vom Bezirksgericht an das Landesgericht sowie den Entfall der Fortsetzung des Konkursverfahrens nach § 195a IO.

II. Zuständigkeit im Schuldenregulierungsverfahren

A. Internationale Zuständigkeit

Die **internationale Zuständigkeit** beantwortet die Frage, welches Gericht für die Durchführung eines Insolvenzverfahrens bei grenzüberschreitenden Sachverhalten zuständig ist. Der Auslandsbezug kann vielfältig ausgestaltet sein, und zwar etwa durch **Vermögen** des Schuldners im Ausland, eine **Niederlassung** im Ausland, ein **Schuldverhältnis**, wobei der Vertragspartner seinen Sitz, Wohnsitz, gewöhnlichen Aufenthaltsort oder seine Niederlassung im Ausland hat oder wenn ein Gläubiger seinen Sitz etc im Ausland hat².

Für die Mitgliedstaaten der EU (mit Ausnahme von Dänemark) gilt seit 26.6.2017 die **EuInsVO 2015**. Deren Anknüpfungspunkt für die Begründung der internationalen Zuständigkeit ist gemäß Art 3 Abs 1 der **Mittelpunkt der hauptsächlichsten Interessen des Schuldners**. Über die Auslegung dieses Begriffs entstand eine breite Diskussion³; durch die Neufassung der EuInsVO 2015 ist bei der Bestimmung der Zuständigkeit bei natürlichen Personen zwischen unternehmerisch und nicht unternehmerisch tätigen zu unterscheiden. Bei unternehmerisch tätigen natürlichen Personen ist der Ort der Hauptniederlassung grundsätzlich zuständigkeitsbegründend. Bei der Hauptniederlassung ist auf den Ort der hauptsächlichsten Geschäftstätigkeit abzustellen⁴. Die Vermutung ist widerlegbar; die Vermutungsregel gilt aber nicht, wenn der COMI innerhalb von drei Monaten vor dem Eröffnungsantrag verlegt wurde.

Bei natürlichen Personen, die nicht selbstständig tätig sind, ist der **gewöhnliche Aufenthaltsort** für die internationale Zuständigkeit bestimmend⁵. Auch hier gilt zunächst nur eine Vermutung für die internationale Zuständigkeit; die Vermutung ist widerlegbar. Die Vermutung gilt nicht, wenn der gewöhnliche Aufenthalt innerhalb von sechs Monaten vor der Antragstellung verlegt wurde.

Maßgeblich für die Beurteilung der Zuständigkeit nach der EuInsVO 2015 ist der Zeitpunkt der Antragstellung⁶.

2 *Duursma-Kepplinger* in *Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky*, EuInsVO Art 1 Rz 5.

3 Siehe nur *Schneider* in *Konecny*, IO § 63 Rz 20 ff.

4 *Konecny* in *Mayr*, EuZVR Rz 17.69.

5 *Vogler*, ZIK 2001/290, 190; dieser folgend *Duursma-Kepplinger* in *Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky*, EuInsVO Art 3 Rz 22 und wohl auch *Kodek*, Handbuch³ Rz 37/2.

6 EuGH C-1/04 *Staubitz-Schreiber*; s auch *Schneider* in *Konecny*, IO § 63 Rz 65 ff.

Die EuInsVO 2015 eröffnet neben einem Hauptinsolvenzverfahren die Möglichkeit eines Partikular- bzw Sekundärinsolvenzverfahrens⁷. Voraussetzung dafür ist eine Niederlassung des Schuldners im Gebiet eines anderen Mitgliedstaates. Bei natürlichen Personen ist strittig, ob eine „Niederlassung“ überhaupt in Frage kommt. Erwähnt wird dabei etwa ein Privathaus mit Angestellten⁸.

Zum **Verhältnis zu Drittstaaten** hat der EuGH in Zusammenhang mit einer Anfechtungsklage entschieden, dass die EuInsVO 2015 auch dann zur Anwendung kommt, wenn der Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen in einem Mitgliedstaat gelegen ist und der Auslandsbezug zu einem Drittstaat besteht⁹. Ganz allgemein führt der EuGH aus, dass die Anwendung von Art 3 Abs 1 EuInsVO 2015 nicht vom Vorliegen eines grenzüberschreitenden Bezugs zu einem anderen Mitgliedstaat abhängt.

B. Sachliche Zuständigkeit

Mit der Einführung des Schuldenregulierungsverfahrens wurde die sachliche Zuständigkeit für Insolvenzverfahren, in denen der Schuldner eine natürliche Person ist und kein Unternehmen betreibt, an die **Bezirksgerichte** verwiesen¹⁰. Begründet wurde die Zuweisung an die Bezirksgerichte damit, dass der persönliche Kontakt zwischen Schuldner und Gericht aufgrund der grundsätzlichen Eigenverwaltung in den Vordergrund gerückt werde. Im Übrigen trete das Schuldenregulierungsverfahren an die Stelle der bisher geführten Exekutionsverfahren gegen die zahlungsunfähigen Schuldner¹¹. Für die Beurteilung der sachlichen Zuständigkeit ist daher wesentlich, ob der Schuldner ein Unternehmen betreibt.

Herrschend wird vertreten, dass für den **Begriff des „Unternehmens“** die Legaldefinition des § 1 Abs 2 KSchG/§ 1 Abs 2 UGB maßgeblich ist¹². Danach stellt *„jede auf Dauer angelegte Organisation selbständiger wirtschaftlicher Tätigkeit, mag sie auch nicht auf Gewinn gerichtet sein“*, ein Unternehmen dar. Das Unternehmen wird als **organisierte Erwerbsgelegenheit** angesehen¹³. Ein Unterneh-

7 Für die Unterscheidung ist maßgeblich, ob bereits ein Hauptinsolvenzverfahren eröffnet wurde.

8 Siehe dazu *Vogler*, Zuständigkeit 159.

9 EuGH Rs C-328/12, *Schmid/Hertel*.

10 Hinzuweisen ist darauf, dass die Entschuldungsmöglichkeiten des Zahlungsplans und Abschöpfungsverfahrens auch für Unternehmer in Betracht kommen, dafür aber die Besonderheiten der §§ 182 ff IO nicht ausnahmslos zur Anwendung kommen; so ist etwa bei Unternehmern das Insolvenzverfahren jedenfalls vor dem Landesgericht als Handelsgericht zu führen.

11 ErläutRV 1218 BlgNR 18. GP 19.

12 *Bachmann*, ZIK 1998, 191; *Kodek*, Handbuch² Rz 42; *Rechberger/Thurner*, Insolvenzrecht² Rz 327; *Schneider* in *Konecny*, IO § 63 Rz 78 ff; *Schulyok*, ZIK 1995, 15; *Schumacher* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ II/2 § 63 KO Rz 17; LGZ Wien 47 R 106/06w ZIK 2006/164, 131; OGH 8 Ob 217/01x ZIK 2002/87, 65.

13 LGZ Graz 4 R 247/95 ZIK 1996, 32; OLG Innsbruck 1 R 214/95 ZIK 1995, 160; LG Innsbruck 2 R 300/95 ZIK 1995, 120; so auch die ErläutRV 1218 BlgNR 18. GP 19; aA LG Eisenstadt 13 R 193/97y.

men ist demnach darauf gerichtet, wirtschaftlich werthafte Leistungen auf dem Markt anzubieten. Es werden für das Vorliegen eines Unternehmens keine bestimmte Betriebsgröße, kein Mindestkapital und keine Mindestorganisation verlangt¹⁴. Es reicht andererseits jedoch für das Vorliegen eines Unternehmens nicht aus, wenn jemand bloß fallweise, beiläufig wirtschaftlich tätig ist¹⁵. Fehlt es daher an „fortgesetzt organisierter Außenleistung auf dem Markt gegen Entgelt“, liegt kein Unternehmen vor¹⁶.

Handlungen im Zuge der **Liquidation** gehören noch zum Betrieb eines Unternehmens¹⁷, wobei eine endgültige Stilllegung nicht voraussetzt, dass alle Schritte einer geordneten Liquidation bereits gesetzt wurden. Insb wird ein Unternehmen so lange betrieben, als die mit der Auflösung des Betriebs zusammenhängenden Tätigkeiten noch nicht abgeschlossen sind, wie zB die Verwertung von Vermögen¹⁸. Auch wenn noch Zahlungsvereinbarungen mit Gläubigern getroffen wurden, Forderungen noch ausstehen oder ein Warenlager vorhanden ist¹⁹, ist vom Betrieb eines Unternehmens auszugehen. Hinsichtlich der offenen Forderungen aus früherer selbständiger Tätigkeit ist aber zu beobachten, dass deren Einbringlichkeit im Schuldenregulierungsverfahren geprüft wird, wenn sonst keine unternehmerischen Tätigkeiten mehr vorliegen.

Wenn hingegen die **Verbindlichkeiten aus einer früheren unternehmerischen Tätigkeit** stammen, liegt kein Betrieb des Unternehmens vor und die Zuständigkeit des Bezirksgerichts ist begründet²⁰. Ebenso betreibt weder das vertretungsbefugte Organ einer Gesellschaft ein Unternehmen²¹ noch erfüllt die Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft diesen Tatbestand²².

Bei einer **Personengesellschaft** wurde vertreten, dass der persönlich haftende Gesellschafter Unternehmer ist²³. Träger der Rechte und Pflichten sei bei Personengesellschaften der Gesellschafter und nicht die Personengesellschaft selbst. Seit der Einführung des UGB steht die Rechtsform der OG auch Nichtunternehmern offen²⁴, sodass nach *Kodek*²⁵ hinsichtlich der Zuständigkeit im Insolvenzfall zu prüfen sei, ob die OG ein Unternehmen betreibt. **Gesellschafter**

14 *Kodek*, Handbuch² Rz 42; LG Eisenstadt 13 R 77/06f; OGH 7 Ob 515/82 SZ 55/157.

15 *Kodek*, Handbuch² Rz 42; *Oberleitner*, ZIK 1999, 48.

16 *So Krejci* in *Dehn/Krejci*, UGB² 24.

17 LG Eisenstadt 13 R 77/06f ZIK 2007/53, 34.

18 OLG Linz 2 R 235/01v ZIK 2002/36, 23.

19 OLG Linz 2 R 103/85 ZIK 1996, 29.

20 LG Eisenstadt 13 R 77/06f ZIK 2007/53, 34; LG Krems 2 R 248/95 ZIK 1996, 103; OLG Innsbruck 1 R 214/95 ZIK 1995, 160; LG Innsbruck 2 R 300/95 ZIK 1995, 120.

21 *Schneider* in *Konecny*, IO § 63 Rz 86 mwN; LGZ Graz 4 R 247/95 ZIK 1996, 32.

22 LG Krems 2 R 248/95 ZIK 1996, 103; aA OLG Linz 2 R 241/95 ZIK 1996, 100.

23 OLG Linz 2 R 235/01v ZIK 2002/36, 23; LG Klagenfurt 2 R 195/99z ZIK 2000/29, 27; OGH 8 Ob 202/98h ZIK 1999, 67; OGH 8 Ob 90/98p ZIK 1998, 209.

24 Eine OG kann etwa auch für ideelle Tätigkeiten gegründet werden, s *Weigand* in *Dehn/Krejci*, UGB² 75.

25 ÖRPf 2009, 48.

einer Personengesellschaft sind **nicht** schon aufgrund dieser Funktion **Unternehmer**, unabhängig davon, ob die Gesellschaft ein Unternehmen betreibt²⁶. Nur die Gesellschaft selbst kann das Unternehmen betreiben, nicht aber der Gesellschafter.

Der Betrieb eines Unternehmens ist zu verneinen, wenn etwa bloß gelegentlich Provisionen aufgrund des Abschlusses von Bausparverträgen dazuverdient werden²⁷. Wesentlich ist vielmehr die „*professionelle Erfahrung des selbständig wirtschaftlich Tätigen im Geschäftsverkehr*“²⁸. Daher betreibt der Pächter eines großen landwirtschaftlichen Betriebes ein Unternehmen²⁹ oder ein Rechtsanwalt, wenn diesem die Ausübung des Berufes lediglich vorläufig untersagt wurde³⁰.

Insgesamt kommt es stets auf eine Beurteilung im Einzelfall an. Es ist jeweils genau zu prüfen, ob noch vom „**Betrieb**“ **eines Unternehmens** ausgegangen werden kann. Dazu bedarf es einer Abwägung im Einzelfall, und die erwähnten Fälle können als Maßstäbe herangezogen werden. Es kann mE aber zB dann nicht mehr vom Betrieb eines Unternehmens ausgegangen werden, wenn lediglich Restposten des unternehmerischen Anlage- bzw Umlaufvermögens vorhanden sind. Vielfach wurde von Schuldner keine ordnungsgemäße Liquidation durchgeführt, und es sind noch einzelne Gegenstände vorhanden, die aber nicht auf den Betrieb eines Unternehmens schließen lassen.

Auch wenn noch einzelne Forderungen aushaften, sonst vom Unternehmen aber nichts mehr übrig ist, kann mE nicht mehr vom Betrieb eines Unternehmens gesprochen werden. Durch eine Gesamtschau der jeweiligen Tatbestandselemente ist daher zu beurteilen, ob (noch) ein Unternehmen betrieben wird.

C. Örtliche Zuständigkeit

Örtlich zuständig ist für das Schuldenregulierungsverfahren gemäß § 182 iVm § 63 Abs 1 IO jenes Gericht, in dessen Sprengel der **Schuldner seinen gewöhnlichen Aufenthalt** hat. Bei Fehlen dieses Anknüpfungspunkts stellt § 63 Abs 2 IO auf eine Niederlassung, mangels einer solchen auf Vermögen des Schuldners ab. Falls die Zuständigkeit bei mehreren Gerichten begründet ist, entscheidet das Zuvorkommen.

Der gewöhnliche Aufenthalt³¹ bestimmt sich nach § 66 JN ausschließlich **nach tatsächlichen Umständen**; auf den Willen, an einem bestimmten Ort seinen gewöhnlichen Aufenthalt zu begründen, kommt es hingegen nicht an. Allerdings

26 *Schneider in Konecny*, IO § 63 Rz 88 f; OLG Linz 2 R 138/13x ZIK 2013/274, 186.

27 LG Eisenstadt 13 R 193/97y.

28 *Schulyok*, ZIK 1995, 15.

29 OGH 8 Ob 217/01x ZIK 2002/87, 65.

30 OLG Wien 28 R 199/05y ZIK 2006/26, 27.

31 Siehe dazu auch *Schneider in Konecny*, IO § 63 Rz 112 ff.

setzt ein Aufenthalt, um ein „gewöhnlicher“ zu sein, eine gewisse, nicht nur vorübergehende Dauer zwischen einer Person und ihrem Aufenthaltsort voraus³². Umstände persönlicher oder beruflicher Art sind ebenfalls zu berücksichtigen. Im Zweifel begründet nicht der Ort der Beschäftigung, sondern der Wohnort den gewöhnlichen Aufenthalt³³, insb dann, wenn damit gerechnet werden kann, dass der Schuldner täglich von seinem Arbeitsort an den Wohnort zurückkehrt³⁴.

Die **Zuständigkeit aufgrund der Niederlassung** kommt bei natürlichen Personen, die kein Unternehmen betreiben, nicht in Betracht. Die **Zuständigkeitsbegründung aufgrund von Vermögen**³⁵ ist etwa dann gegeben, wenn der im (nicht EU-)Ausland wohnhafte Schuldner Einkommen aus einem inländischen Dienstverhältnis bezieht³⁶. Das bedeutet, dass seitens eines Gläubigers in Österreich der Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens gegen den Schuldner gestellt werden kann und die österreichischen Gerichte für dieses Verfahren auch zuständig sind. Die pfändbaren Bezüge sind daher wie bei einem „normalen“ reinen Binneninsolvenzverfahren an die Insolvenzmasse abzuführen.

Eine Besonderheit der örtlichen Zuständigkeit im Schuldenregulierungsverfahren besteht gemäß § 182 IO für Wien: In diesem Fall ist das für Exekutionssachen zuständige Gericht örtlich zuständig.

D. Funktionelle Zuständigkeit

§ 17a Abs 1 RpfVG weist die Insolvenzverfahren vor dem Bezirksgericht grundsätzlich dem **Rechtspfleger** zu. Mit BGBl I 2016/98 wurde die Zuständigkeit des Richters bei Insolvenzverfahren, in denen die Aktiven 50.000 € übersteigen, abgeschafft. Diese Änderung tritt am 1.1.2018 in Kraft. Ab diesem Zeitpunkt bleibt dem Richter nur mehr die Restschuldbefreiung aus Billigkeit vorbehalten, die allerdings durch das IRÄG 2017 entfallen ist. Ein „Restanwendungsbereich“ bleibt in jenen Fällen, in denen sich der Schuldner im Zeitpunkt des Inkrafttretens des IRÄG 2017 bereits im Abschöpfungsverfahren befindet, die Mindestquote jedoch nicht erreicht und keinen Antrag auf Restschuldbefreiung nach neuem Recht stellt.

ME ist in diesem Fall der Schuldner über die Möglichkeit eines Antrags auf sofortige Restschuldbefreiung nach § 280 IO zu belehren. Stellt der Schuldner einen entsprechenden Antrag, ist die Entscheidung vom Rechtspfleger zu treffen.

32 *Kodek*, Handbuch² Rz 47; OGH 8 Nd 4/96.

33 *Kodek*, Handbuch² Rz 47; OGH 8 Nd 4/96.

34 OGH 8 Nd 4/96.

35 *Schneider* in *Konecny*, IO § 63 Rz 121 ff.

36 *Kodek*, Handbuch² Rz 47/1 mwN.

E. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Zuständigkeit

Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Zuständigkeit ist jener der **Antragstellung**³⁷. Darauf wird in § 182 Abs 1 IO hinsichtlich der sachlichen Zuständigkeit und seit dem IRÄG 2017 in § 63 Abs 1 IO auch hinsichtlich der örtlichen Zuständigkeit³⁸ ausdrücklich abgestellt.

Nachträgliche Änderungen haben auf die sachliche und örtliche Zuständigkeit keine Auswirkung, wenn die Zuständigkeit im maßgeblichen Zeitpunkt der Antragstellung bestanden hat. Das Prinzip der perpetuatio fori iSd § 29 JN gilt auch im Insolvenzverfahren³⁹. Auf der anderen Seite ist es ausreichend, wenn die Zuständigkeit im Zeitpunkt des Eröffnungsbeschlusses vorliegt. Tritt daher die Zuständigkeit während des Eröffnungsverfahrens ein, ist das Verfahren nicht zu überweisen, sondern die Zuständigkeit ist nunmehr gegeben⁴⁰.

F. Folgen der Unzuständigkeit

Das Gericht **prüft** seine Zuständigkeit **von Amts wegen** und ist nicht an die Angaben im Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens gebunden. Grundsätzlich wird sich das Gericht auf die Angaben des Schuldners verlassen können⁴¹, doch scheint gerade bei ehemaligen Unternehmern eine genaue Prüfung geboten⁴².

Ist das angerufene Gericht unzuständig, hat es gemäß § 44 JN seine **Unzuständigkeit in jeder Lage des Verfahrens** amtswegig oder auf Antrag mit Beschluss auszusprechen und das Verfahren an das zuständige Gericht zu überweisen⁴³. Stellt der angerufene Gerichtshof daher fest, dass der Schuldner im Antragszeitpunkt kein Unternehmen betrieben hat, ist das Verfahren an das zuständige Bezirksgericht zu überweisen. Dasselbe gilt auch für die Überweisung des angerufenen Bezirksgerichts an den zuständigen Gerichtshof⁴⁴. Das wurde im Zuge des IRÄG 2017 ausdrücklich in § 182 Abs 2 IO klargestellt. Die Ansicht der Rsp⁴⁵, die eine Überweisung vom Bezirks- an das Landesgericht abgelehnt hat, ist daher obsolet geworden.

37 Zur internationalen Zuständigkeit s bereits EuGH Rs C-1/04, *Staubitz-Schreiber*, ZIK 2006/34, 32.

38 So schon die bisher hM: s *Schneider in Konecny*, IO § 63 Rz 139 mwN.

39 Siehe etwa *Ballon in Fasching/Konecny*³ § 29 JN Rz 11; *Schneider in Konecny*, IO § 63 Rz 142.

40 *Schneider in Konecny*, IO § 63 Rz 145.

41 So *Kodek*, Handbuch² Rz 44.

42 Siehe auch *Schneider in Konecny*, IO § 63 Rz 130 ff.

43 *Mohr*, Privatkonkurs² 16; *Schneider in Konecny*, IO § 63 Rz 148 ff; allgemein dazu *Schneider in Fasching/Konecny*³ I § 44 JN Rz 15, 18 ff.

44 *Kodek*, Handbuch² Rz 48/1; OLG Linz Nc 273/95 ZIK 1996, 138.

45 OGH 8 Ob 217/01x; OGH 8 Ob 90/98p SZ 71/137 = ZIK 1998, 209; OGH 8 Ob 202/98.

Wird nun ein Verfahren von einem unzuständigen Gericht an ein anderes überwiesen, darf das zweite Gericht seine Zuständigkeit nicht mit der Begründung ablehnen, dass es das überweisende Gericht für zuständig hält⁴⁶. Insofern ist das zweite Gericht an den Überweisungsbeschluss gebunden.

46 Kodek, Handbuch² Rz 49 mwN; s dazu auch *Schneider* in *Fasching/Konecny*³ I § 44 JN Rz 29 f.

III. Insolvenzeröffnungsverfahren

A. Voraussetzungen des Insolvenzverfahrens

Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens setzt (neben dem Antrag, der Zuständigkeit und der bei natürlichen Personen unproblematischen Insolvenzfähigkeit) die **Zahlungsunfähigkeit des Schuldners**⁴⁷ und **kostendeckendes Vermögen** voraus. Drohende Zahlungsunfähigkeit ist nur dann ein Grund für die Eröffnung, wenn der Schuldner ein Sanierungsverfahren anstrebt. Dies kommt für natürliche Personen nur dann in Betracht, wenn sie ein Unternehmen betreiben⁴⁸.

1. Zahlungsunfähigkeit

Eine gesetzliche Definition der Zahlungsunfähigkeit fehlt. Nach der Rsp liegt Zahlungsunfähigkeit dann vor, wenn der **Schuldner mangels parater Mittel nicht in der Lage ist, seine fälligen Verbindlichkeiten zu bezahlen, und sich die erforderlichen Mittel auch nicht alsbald beschaffen kann**⁴⁹. Dass Gläubiger bereits andrängen, ist gemäß § 66 Abs 3 IO nicht erforderlich. Zahlungsunfähigkeit kann nicht allein dadurch ausgeschlossen werden, dass der Schuldner einzelne Gläubiger noch befriedigen kann. Eine teilweise Tilgung der Schulden nach dem Prinzip „*Loch auf, Loch zu*“ hindert nicht das Vorliegen von Zahlungsunfähigkeit⁵⁰. Zu prüfen ist insb die Möglichkeit einer **Umschuldung**. Ist diese oder auch eine außergerichtliche Ratenvereinbarung mit den Gläubigern möglich, schließt das Zahlungsunfähigkeit aus⁵¹. Eine **Finanzierungszusage** kann zu einer Verneinung der Zahlungsunfähigkeit führen. Das setzt voraus, dass die Person des Finanzierers bekannt ist und dass die Finanzierungszusage einen klagbaren Anspruch auf Finanzierung schafft⁵². Das Vorliegen von Zahlungsunfähigkeit kann umgekehrt nicht deshalb verneint werden, weil der Schuldner auf seine Stellung als Alleingesellschafter einer GmbH und deren Vermögen verweist. Darauf können die Gläubiger nicht greifen⁵³.

47 Überschuldung kommt gemäß § 67 IO als Insolvenzgrund nur bei juristischen Personen, bei Verlassenschaften und bei eingetragenen Personengesellschaften, bei denen kein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist, in Betracht.

48 Unabhängig davon kann sich der Schuldner aber über einen Sanierungsplan entschulden. Das Sanierungsverfahren enthält nur bestimmte Verfahrensvorschriften für Unternehmer, wie etwa die Eigenverwaltung auch im Verfahren vor dem Landesgericht.

49 OGH 1 Ob 134/07y; OGH 8 Ob 87/02f; OGH 7 Ob 526/89 ÖBA 1989, 922; RS0064528.

50 OGH 7 Ob 526/89 ÖBA 1989, 922.

51 OGH 8 Ob 133/08d ecolex 2009/219, 589 = RdW 2009/199, 253 = ZIK 2009/214, 141.

52 OLG Graz 3 R 137/14p ZIK 2015/76, 70.

53 OLG Graz 3 R 94/14i ZIK 2015/130, 109.

Abzugrenzen ist die Zahlungsunfähigkeit von der bloßen **Zahlungsstockung**, die dann vorliegt, wenn sich der Schuldner die erforderlichen Mittel – entsprechend der Definition der Zahlungsunfähigkeit – „alsbald“ verschaffen kann. In einer Grundsatzentscheidung hat der OGH⁵⁴ die Abgrenzung dahin vorgenommen, dass eine Deckungslücke von mehr als 5 % für Zahlungsunfähigkeit spreche. Bei der Beurteilung, ob (noch) Zahlungsstockung anzunehmen ist, kommt es nicht auf fixe zeitliche Grenzen an, sondern auf die Befriedigung der Verbindlichkeiten in „angemessener Frist“⁵⁵. Im „Durchschnittsfall“ ist diese Frist nach dem OGH mit drei Monaten zu bemessen, wobei der Schuldner alle Verbindlichkeiten mit hoher Wahrscheinlichkeit begleichen können muss. Das ist ex ante zu prüfen. Eine Frist von fünf Monaten setzt voraus, dass mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit der finanzielle Engpass überwunden werden kann⁵⁶. Auch bei Privatschuldnern kann „nur“ Zahlungsstockung vorliegen, wenn fällige Kreditraten derzeit nicht bezahlt werden können, aber eine Nachzahlung zu erwarten ist und der Kredit insb noch nicht fällig gestellt wurde, weil eine entsprechende Vereinbarung mit der kreditgebenden Bank vorliegt. Zu denken ist etwa an kurzfristige Arbeitslosigkeit, während dieser eine gänzliche Befriedigung der Raten nicht möglich ist, die aber bei Wiedereintritt beglichen werden. Bei der Beurteilung, ob die Frist zur Begleichung der fälligen Verbindlichkeiten „angemessen“ ist, kommt es mE insb auch auf die Höhe der Verbindlichkeiten und auf das Einkommen des Schuldners an.

Im Sinne dieser Rsp ist die Zahlungsunfähigkeit auch bei Schuldnern, die kein Unternehmen betreiben, zu prüfen. Zwar soll es dem Schuldner nicht möglich sein, sich innerhalb einer Maximalfrist von sieben Jahren zu entschulden, ohne dass er zahlungsunfähig ist. Wenn die Kriterien iS der Jud erfüllt sind, steht dem auch nicht entgegen, dass der Schuldner die Verbindlichkeiten uU für einen längeren Zeitraum eingegangen ist. Denn er wird einen fälligen Kredit nicht innerhalb von längstens fünf Monaten – wobei es sich wohl nicht um einen „komplexen“ Fall handelt – tilgen können. Eine Ausnahme ist bei der erwähnten Umschuldungsmöglichkeit zu machen.

Es bedarf in jedem Einzelfall einer sorgfältigen Prüfung durch das Insolvenzgericht, ob Zahlungsunfähigkeit vorliegt⁵⁷. Denn das Schuldenregulierungsverfahren ist zur Bewältigung der Insolvenz gedacht, nicht dazu, unliebsame Verbindlichkeiten in fünf bis sieben Jahren loszuwerden⁵⁸. Insofern ist genau zu beurtei-

54 3 Ob 99/10w ZIK 2011/152, 109 = EvBl 2011/105, 726 (*Konecny*) = JBl 2011, 458; dazu *Schumacher*, ÖBA 2012, 816 ff; *Widhalm-Budak*, ZIK 2011/124, 85 ff.

55 OGH 10 Ob 90/04i.

56 OGH 3 Ob 99/10w EvBl 2011/105, 726 (*Konecny*) = JBl 2011, 458 = ZIK 2011/152, 109. Das OLG Wien stellt hingegen auf eine Frist von zwei Monaten ab; s OLG Wien 28 R 109/12y; OLG Wien 28 R 265/11p; dazu auch *Schneider* in *Nunner-Krautgasser/Kapp/Clavora*, Jahrbuch Insolvenz- und Sanierungsrecht 13, 146 ff.

57 Siehe OGH 8 Ob 133/08d; s auch *Kodek*, ÖRPf 2009, 48.

58 Siehe LG Eisenstadt 13 R 71/13h.