

Literatur

- Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht³ (2014)
Kodek, Handbuch Privatkonkurs² (2015)
Konecny, Das Verfahrensgebäude der Insolvenzordnung, in *Konecny* (Hrsg), ZIK Spezial IRÄG 2010 (2010), 1
Mohr, Das Konkurseröffnungsverfahren bei juristischen Personen, ZIK 1997, 157
Mohr, Sanierungsplan und Sanierungsverfahren (2010)
Mohr, Insolvenzordnung¹¹ (2012)
Riel, Die Eigenverwaltung gem §§ 169 ff IO, in *Konecny* (Hrsg), ZIK Spezial IRÄG 2010 (2010), 131
Schumacher in *Bartsch/Pollak/Buchegger* (Hrsg), Österreichisches Insolvenzrecht II/2⁴ (2000) § 70 KO
Übertsroider in *Konecny* (Hrsg), Insolvenzgesetze (Loseblatt, 42. Lfg 2010) § 70 IO
Zeitler, Der Finanzplan in der Insolvenzordnung, in *Konecny* (Hrsg), ZIK Spezial IRÄG 2010 (2010), 155

I. Allgemeines

Die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens ist an einen Antrag gebunden (§ 1 IO), den entweder der Schuldner (§ 69 Abs 1 IO) oder ein Gläubiger stellen kann (§ 70 Abs 1 IO). Neben dem Insolvenzantrag sind die Insolvenzfähigkeit, ein Insolvenzgrund (die sog „materielle Insolvenz“) sowie das Vorhandensein von kostendeckendem Vermögen Voraussetzungen für die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens.

Am Landesgericht (bzw am Handelsgericht Wien) kann der Schuldner die Eröffnung eines Sanierungsverfahrens erreichen, wenn er gleichzeitig mit dem Eigenantrag auf Eröffnung (§ 167 IO) oder in Beantwortung eines Gläubigerantrags (vgl § 70 Abs 2 IO) einen zulässigen Sanierungsplan vorlegt. Ein Gläubiger kann kein Sanierungsverfahren beantragen.

Das Bezirksgericht ist zuständig für natürliche Personen, die kein Unternehmen betreiben. Ein Sanierungsverfahren ist ihnen verwehrt (§ 166 IO). Ein Schuldenregulierungsverfahren kann auch bei mutmaßlichem Fehlen von Massevermögen eröffnet werden (OGH 25.6.2015, 8 Ob 100/14k, ZIK 2015/304).

Eigenanträge werden in das S-Register, Gläubigeranträge in das Se-Register eingetragen. Wird aufgrund eines Gläubigerantrags ein Insolvenzverfahren eröffnet, bekommt der Akt eine S-Zahl.

II. Eröffnungsvoraussetzungen

A. Insolvenzfähigkeit

Insolvenzfähig ist, wer nach österreichischem Recht rechtsfähig ist (*Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht Rz 224). Nicht insolvenzfähig ist insbesondere die GesbR (*Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht Rz 225). Aufgelöste oder aus dem Firmenbuch gelöschte Gesellschaften können hingegen insolvenzfähig sein, solange deren Vermögen noch nicht vollständig verteilt ist (OLG Wien 28 R 220/08s, ZIK 2009/34).

B. Insolvenzgrund

1. Zahlungsunfähigkeit

Nach der Judikatur liegt Zahlungsunfähigkeit vor, wenn der Schuldner mangels bereiter Zahlungsmittel nicht in der Lage ist, seine fälligen Schulden zu bezahlen und er sich die erforderlichen Zahlungsmittel voraussichtlich auch nicht alsbald beschaffen kann (OGH 19.1.2011, 3 Ob 99/10w; RIS-Justiz RS0064528; RS0126559). Für den Durchschnittsfall hat der Oberste Gerichtshof einen Schwellwert von 5 % als Orientierungshilfe für die Abgrenzung zwischen Zahlungsunfähigkeit und einer bloß vorübergehenden Zahlungsstockung festgelegt. Demnach kann eine Unterdeckung von etwa 5 % noch als Zahlungsstockung beurteilt werden (3 Ob 99/10w = ZIK 2011/152). Es kommt nicht darauf an, ob der Gläubiger bereits Exekution gegen den Schuldner führt. Von Zahlungsunfähigkeit ist auch auszugehen, wenn der Schuldner seine dringendsten oder den wesentlichen Teil seiner Schulden begleichen kann, aber eben nicht alle fälligen Forderungen (OLG Graz 3 R 168/13w).

Eine bloße Zahlungsstockung kann nur angenommen werden, wenn der Zufluss neuer Zahlungsmittel „alsbald“ und mit „großer Wahrscheinlichkeit“ erfolgt und zur Bezahlung sämtlicher fälliger Verbindlichkeiten ausreicht. Zeitlich muss die Zahlungsstockung innerhalb von drei Monaten behoben sein. Eine längere Frist (höchstens fünf Monate) verlangt, dass mit einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit mit der Beseitigung der Liquiditätsschwäche zu rechnen ist (OGH 19.1.2011, 3 Ob 99/10w; OGH 22.11.2011, 8 Ob 118/11b).

2. Überschuldung

Die Überschuldung bildet für Personengesellschaften, bei denen kein unbeschränkt haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist, sowie bei juristischen Personen und Verlassenschaften einen eigenen Insolvenzgrund (§ 67 Abs 1 IO). Die insolvenzrechtliche Überschuldung verlangt nicht nur die rechnerische Überschuldung zu Liquidationswerten, sondern auch eine negative Fortbestehensprognose (OGH 3.12.1986, 1 Ob 655/86).

C. Kostendeckendes Vermögen

Voraussetzung für die Verfahrenseröffnung ist schließlich auch das Vorhandensein von kostendeckendem Vermögen. Dabei muss gem § 71 Abs 2 IO das Vermögen des Schuldners zumindest ausreichen, um die Anlaufkosten des Insolvenzverfahrens zu decken, wobei das Vermögen weder sofort noch ohne Aufwand verwertbar sein muss. Aus der Haftungsbestimmung des § 72a IO geht hervor, dass ein Betrag vom 4.000 € als ausreichend anzusehen ist. Kostendeckendes Vermögen kann aus Vermögenswerten aller Art bestehen.

D. Insolvenzantrag

Letzte (formelle) Voraussetzung für die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens ist die Stellung eines Insolvenzantrags. Ein solcher kann gem § 70 IO von einem Gläubiger beziehungsweise muss gem § 69 IO vom Schuldner gestellt werden. Je nachdem, ob der Antrag von einem Gläubiger oder vom Schuldner selbst ausgeht, läuft das Insolvenzeröffnungsverfahren unterschiedlich ab.

III. Eröffnungsverfahren

A. Verfahren bei Gläubigerantrag

1. Allgemeines

Nach ständiger Rechtsprechung muss der Gläubiger in seinem Antrag das Bestehen einer Insolvenzforderung gegen den Schuldner und Indizien für die Zahlungsunfähigkeit bzw. Überschuldung des Schuldners nicht nur behaupten, sondern auch bescheinigen. Besteht bereits bei Antragstellung keine Insolvenzforderung des Antragstellers, mangelt es an einer Eröffnungsvoraussetzung und der Antrag ist abzuweisen (OLG Wien 28 R 268/12f).

Auch Gläubiger von Forderungen aus eigenkapitalersetzenden Leistungen sind zur Insolvenzantragstellung berechtigt. Ebenso berechtigen nicht titulierte und nicht fällige Forderungen zur Antragstellung. Im Antrag hat der Gläubiger auch Angaben zur Zuständigkeit des angerufenen Gerichts zu erstatten. Kein Erfordernis bildet hingegen das Vorliegen einer Gläubigermehrheit (dazu ausführlich die Kommentierung von *Übertsroider* in *Konecny*, Kommentar § 70 IO).

2. Behauptung und Bescheinigung der Insolvenzforderung

Die Behauptung und Bescheinigung einer titulierten Forderung verursacht in der Praxis selten Probleme. Im Antrag ist die Bezeichnung von Titel und Betrag erforderlich, die Bescheinigung erfolgt durch Vorlage des Titels.

Die meisten Anträge auf Insolvenzeröffnung werden aufgrund nicht bezahlter Sozialversicherungsbeiträge oder Abgabeforderungen gestellt. Schuldner wenden daher immer wieder die Unrichtigkeit von Rückstandsausweisen ein. Zutreffend hat das OLG Wien darauf verwiesen, dass den Gerichten aufgrund des Gewaltentrennungsprinzips (Art 94 B-VG) die Überprüfung der materiellen Gültigkeit, der Gesetzmäßigkeit und der Richtigkeit von Rückstandsausweisen versagt ist. Solange daher der Rückstandsausweis nicht im Verwaltungsweg beseitigt ist, ist die darin ausgewiesene Insolvenzforderung bescheinigt (OLG Wien 28 R 140/14k).

Verfügt der Gläubiger allerdings über keinen Exekutionstitel, dann ist an die Behauptung und Bescheinigung der Forderung ein strenger Maßstab anzulegen (OGH 28.2.2012, 8 Ob 18/12y). Zur Behauptung gelten die gleichen Erfordernisse wie für Forderungsanmeldungen und damit wie für Klagen (OLG Graz 3 R 242/11z; OLG Innsbruck 1 R 273/96y, ZIK 1997,146; *Übertsroider* in *Konecny*, Kommentar § 70 IO Rz 36). Nach ständiger Rechtsprechung des OLG Wien müssen nicht titulierte Forderungen ihrer inneren Struktur nach unzweifelhaft glaubhaft sein, wie dies etwa bei außergerichtlichen Anerkenntnissen durch den Schuldner der Fall ist (OLG Wien 28 R 258/13m; OLG Wien 28 R 247/13v, ZIK 2014/91). Als nicht zur ersten Glaubhaftmachung geeignet werden hingegen nur eine einseitige Sachverhaltsdarstellung des Gläubigers beinhaltende Urkunden wie etwa Rechnungen oder Mahnschreiben des Gläubigers beurteilt (OLG Wien 28 R 258/13m).

3. Behauptung und Bescheinigung des Insolvenzgrundes

Neben dem Bestehen einer Insolvenzforderung gegen den Schuldner muss der antragstellende Gläubiger außerdem das Vorliegen eines Insolvenzgrundes (der „materiellen Insolvenz“) behaupten und bescheinigen.

Die Bescheinigung der **Zahlungsunfähigkeit** des Schuldners gelingt jedenfalls, wenn der Gläubiger einen Vollzugsbericht des Gerichtsvollziehers über einen mangels pfändbarer Gegenstände ergebnislosen Vollzug vorlegen kann (*Mohr*, IO¹¹ § 70 IO E 93, 94; OLG Graz 3 R 18/11h; OLG Wien 28 R 83/10x, ZIK 2010/291). Die Einsichtnahme in die Geschäftsbehelfe des Exekutionsverfahrens wurde für Rechtsanwälte hingegen ausgeschlossen, sodass dem antragstellenden Gläubiger dieses Mittel zur Bescheinigung der Eröffnungsvoraussetzungen nicht zur Verfügung steht (OLG Wien 28 R 83/10x, ZIK 2010/291). Allein der Umstand, dass gegen den Schuldner eine Exekutionsbewilligung erwirkt wurde, reicht zur Bescheinigung der Zahlungsunfähigkeit nicht aus (OLG Graz 3 R 153/13i; OLG Wien 28 R 144/13x, ZIK 2014/40). Erst der wiederholte Vollzug von Fahrnispfändungen ist für eine erste Glaubhaftmachung der Zahlungsunfähigkeit ausreichend. Auch erhebliche Rückstände an Sozialversicherungsbeiträgen oder Steuern bescheinigen die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners (OLG Wien 28 R 344/14k; OLG Graz 3 R 168/14x). Wird dem Schuldner Verfahrenshilfe bewilligt, reicht (nur) dies zur Bescheinigung der Zahlungsunfähigkeit nicht aus (OGH 22.11.2011, 8 Ob 118/11b). Kann der Gläubiger aber ein Missverhältnis zwischen fälligen Schulden und paraten Zahlungsmitteln des Schuldners bescheinigen, ist ihm die erste Glaubhaftmachung der Zahlungsunfähigkeit gelungen.

Gläubigeranträge werden praktisch nie auf den Tatbestand der **Überschuldung** gestützt, weil den Gläubiger auch hinsichtlich der negativen Fortbestehensprognose eine Bescheinigungspflicht trifft (*Übertsroider in Konecny*, Kommentar § 70 IO Rz 62).

4. Vorbringen zum kostendeckenden Vermögen

Sofern der Gläubiger von kostendeckendem Vermögen weiß, spricht nichts gegen ein derartiges Vorbringen im Antrag; gesetzlich gefordert wird das aber nicht. Ob kostendeckendes Vermögen vorliegt, muss das Insolvenzgericht von Amts wegen erheben, wenn die erste Glaubhaftmachung von Insolvenzforderung und Insolvenzgrund gelungen ist.

5. Prüfung der Zuständigkeit und der Bescheinigungen

Der den Insolvenzeröffnungsantrag stellende Gläubiger hat auch Angaben zur Zuständigkeit des angerufenen Gerichtes zu erstatten. Für die Beurteilung der Zuständigkeit ist der Zeitpunkt der Antragstellung maßgeblich. Spätere Änderungen der Zuständigkeitsvoraussetzungen haben keinen Einfluss auf die einmal begründete Zuständigkeit. Bei der Prüfung der Zuständigkeitsvoraussetzungen ist das Gericht nicht an die Angaben des antragstellenden Gläubigers gebunden, sondern hat ein unbeschränktes materielles Prüfungsrecht (OLG Wien 24.10.2014, 28 R 316/14t, ZIK 2015/302).

Bei Bejahung der Zuständigkeit wird geprüft, ob Forderung und Zahlungsunfähigkeit nicht nur behauptet, sondern auch bescheinigt wurden. Fehlt schon die Behauptung einer Insolvenzforderung oder der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners, wird der Antrag ohne Verbesserungsauftrag sofort abgewiesen.

Nach der Rechtsprechung müssen Bescheinigungsmittel parat sein (OGH 24.1.2002, 8 Ob 282/01f). Dem Antrag sind daher Urkunden zur Glaubhaftmachung der Insol-

venzforderung des Gläubigers und der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners anzuschließen. Dem Insolvenzgericht muss eine erste Antragsprüfung schnell möglich sein. Wird als einziges Bescheinigungsmittel die Vernehmung von Parteien oder Zeugen angeboten, ist die gebotene schnelle Prüfung des Antrags nicht möglich. Auch eine amtswegige Beischaffung von im Insolvenzantrag bezeichneten Urkunden durch das Insolvenzgericht entspricht nicht dem Erfordernis einer Bescheinigung. Das bloße Anbot von Bescheinigungsmitteln im Insolvenzantrag genügt daher nicht (OLG Graz 3 R 134/10s; OLG Wien 28 R 264/09p, ZIK 2010/158). Kommt der Gläubiger seiner Verpflichtung zur Bescheinigung nicht nach, droht die Abweisung des Antrags gem § 70 Abs 2 IO. In diesem Fall wird der Schuldner überhaupt nicht in das Verfahren einbezogen. Auch ob der Schuldner zahlungsunfähig ist, wird dann nicht geprüft; die sonst notwendige Vernehmung unterbleibt.

6. Verbesserung des Gläubigerantrags

Werden im Antrag Bescheinigungsmittel angeführt, aber nicht vorgelegt, ist der Antragsteller zur Verbesserung durch Vorlage der Bescheinigungsmittel aufzufordern. Nur wenn Bescheinigungsmittel nicht einmal angeboten werden oder wenn sie untauglich sind, erfolgt eine sofortige Abweisung (vgl auch *Übertsroider in Konecny*, Kommentar § 70 IO Rz 70 ff). Nach ständiger Rechtsprechung des OLG Wien erfolgt bei bloßem Anbot von Bescheinigungsmitteln im Antrag hingegen die sofortige Antragsabweisung ohne Einräumung einer Möglichkeit zur Verbesserung (OLG Wien, 28 R 83/10x, ZIK 2010/291; 28 R 265/07h).

7. Gerichtliche Erhebungen

Durch eine VJ-Namensabfrage werden die gegen den Schuldner geführten Exekutionsverfahren erhoben. Weiters werden Pfändungsprotokolle und Vermögensverzeichnisse abgefragt. Der aktuelle Firmenbuchstand sowie allfällige Beteiligungen an Gesellschaften und Bilanzdaten ergeben sich aus der Firmenbuchabfrage. Liegenschaftsvermögen wird durch die Grundbuchsabfrage erhoben. Üblich sind auch Anfragen des Insolvenzgerichts, ob Rückstände an Sozialversicherungsbeiträgen oder Abgaben bestehen.

8. Rechtliches Gehör

Ist dem Gläubiger die erste Glaubhaftmachung gelungen, hat das Gericht dem Schuldner rechtliches Gehör zu gewähren. Dies bedeutet, dass das Gericht dem Schuldner Gelegenheit zur mündlichen oder schriftlichen Äußerung zum Eröffnungsantrag einzuräumen hat. Ob dem Schuldner rechtliches Gehör mündlich oder schriftlich eingeräumt wird, entscheidet das Gericht im Einzelfall (vgl OLG Wien 28 R 402/14i, ZIK 2015/303). Im Regelfall empfiehlt es sich, eine Tagsatzung zur Prüfung der Insolvenzvoraussetzungen binnen vier Wochen nach Einlangen des Antrags auszuschreiben. Dem Schuldner soll nämlich eine zumindest vierzehntägige Vorbereitungsfrist zur Verfügung stehen (OLG Graz 3 R 175/09v; OLG Wien 28 R 333/14t). Eine zu knapp bemessene Vorbereitungsfrist kann als Verfahrensmangel aber nur dann geltend gemacht werden kann, wenn im Rekurs dessen Relevanz aufgezeigt wird (OLG Graz 3 R 175/09v).

Der Antrag wird dem Schuldner mit Rückschein zugestellt. Gleichzeitig erfolgt eine Belehrung über die Möglichkeit der Eröffnung eines Sanierungsverfahrens (§ 70 Abs 2 IO). Der Antrag auf Eröffnung eines Sanierungsverfahrens darf allerdings das Konkursöffnungsverfahren nicht verzögern (OLG Wien 28 R 271/14z, ZIK 2015/31; 28 R 46/14m, ZIK 2014/225). Der Schuldner muss daher, wenn er die Eröffnung des Konkursverfahrens vermeiden will, vor dem Eröffnungsbeschluss dem Insolvenzgerichtes einen zulässigen Sanierungsplan vorlegen. Sofern der Schuldner eine natürliche Person ist, muss er über die Möglichkeit, einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens gemäß § 183 IO zu stellen, belehrt werden (*Kodek*, Handbuch² Rz 72). Ohne diese Belehrung darf die Abweisung mangels kostendeckenden Vermögens nicht erfolgen (OGH 17.10.2002, 8 Ob 70/02f; OLG Graz 3 R 192/11x). Nach § 183 IO ist die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens auch dann möglich, wenn kein kostendeckendes Vermögen vorhanden ist. Zweckmäßig und zulässig ist es, die Belehrung bereits mit Ausschreibung der Tagsatzung vorzunehmen.

Mit der Ladung erhält der Schuldner ein Vermögensverzeichnis, das er ausgefüllt zur Tagsatzung mitbringen und vor dem Insolvenzgericht unterfertigen muss (§ 71 Abs 4 IO). Verweigert der Schuldner die Vorlage oder Unterfertigung, hat das Insolvenzgericht bei der Staatsanwaltschaft Anzeige zu erstatten (§ 261 Z 1 IO).

9. Tagsatzung

a) Allgemeines

Die Tagsatzung dient der Prüfung der Insolvenzvoraussetzungen. Das Vorbringen im Antrag steckt dabei den Umfang der Erhebungspflicht des Insolvenzgerichts (§ 254 Abs 5 IO) ab. Der Schuldner wird zur Insolvenzforderung, zur Zahlungsunfähigkeit und zum Vorhandensein von kostendeckendem Vermögen befragt. Sofern sich durch die Befragung des Schuldners Anhaltspunkte für eine Unzuständigkeit des angerufenen Gerichts ergeben, erfolgt eine Überweisung an das zuständige Gericht. Zum Beispiel erfolgt eine Überweisung vom Landesgericht an das Bezirksgericht, wenn sich bei der Tagsatzung herausstellt, dass der Schuldner im Antragszeitpunkt kein Unternehmen mehr betrieben hat und auch Liquidationsmaßnahmen nicht mehr ausstehen. Üblich sind insofern auch Fragen zum Unternehmen, wie zur Branche, zur Anzahl der Dienstnehmer und weiteren Betriebsstätten bzw Filialen.

Nach Vorlage und Unterfertigung des Vermögensverzeichnisses wird der Schuldner befragt, ob die Forderung des Gläubigers zu Recht besteht. Wird diese Frage bejaht, wird geklärt, ob die Forderung bereits ganz oder zum Teil bezahlt wurde. Im Fall der Bestreitung der Forderung des Gläubigers werden die Gründe dafür protokolliert. Aus dem Vermögensverzeichnis ergeben sich das Bestehen und die Höhe fälliger Verbindlichkeiten. Ein Vergleich mit der VJ-Namensabfrage zeigt, welche Gläubiger bereits Exekution führen. Sollten diese im Vermögensverzeichnis nicht genannt worden sein, befragt das Gericht den Schuldner dazu. Nach Rechtsbelehrung darüber, wann Zahlungsunfähigkeit im Sinne der IO vorliegt, protokolliert das Gericht, ob der Schuldner seine Zahlungsunfähigkeit zugesteht oder bestreitet. Strebt der Schuldner die Abweisung des Gläubigerantrags an, muss er das Vorbringen des Gläubigers konkret und nachvollzieh-

bar bestreiten und seine Einwendungen bescheinigen. Zur Erhebung kostendeckenden Vermögens wird der Schuldner befragt, aus welchen Bestandteilen sein Vermögen besteht und ob ein voraussichtlicher Erlös von 4.000 € erzielbar ist.

Seit dem IRÄG 2010 (BGBl I 29/2010) ist die Erstreckung von Tagsatzungen nicht mehr zulässig, wenn dem Schuldner dadurch der Abschluss von Ratenvereinbarungen ermöglicht werden soll (§ 70 Abs 2 IO). Ebenso verboten ist es, dem Schuldner eine Frist zur Bescheinigung seiner Zahlungsfähigkeit zu gewähren (*Übertsroider in Konecny*, Kommentar § 70 IO Rz 132; OLG Graz 3 R 18/11h). Aus anderen Gründen darf die Tagsatzung erstreckt werden.

b) Bestreitung der Zahlungsunfähigkeit

Um die vom Gläubiger behauptete Zahlungsunfähigkeit zu entkräften, muss der Schuldner nicht nur die Zahlung der Forderung des Antragstellers, sondern die Bezahlung sämtlicher Gläubiger nachweisen (OLG Wien 28 R 112/13s; 28 R 402/14i). Statt der Zahlung können auch Ratenvereinbarungen vorgelegt werden, wobei zu bescheinigen ist, dass der Schuldner diese Ratenvereinbarungen auch erfüllen kann. Zahlungsfähigkeit kann allein durch Zahlung der Forderung des antragstellenden Gläubigers nicht bescheinigt werden. Bei der Entscheidung über den Antrag ist nämlich eine Zahlung (oder Ratenvereinbarung) nach Antragstellung nicht zu berücksichtigen (§ 70 Abs 4 IO). Typischerweise versuchen Schuldner, sofern sie ihre Zahlungsfähigkeit nicht durch Zahlung selbst bescheinigen können, mit folgenden Argumenten das Vorliegen der Zahlungsunfähigkeit zu entkräften:

Zahlungsstockung

Will sich der Schuldner auf eine Zahlungsstockung berufen, muss er konkrete Anhaltspunkte dafür bescheinigen (*Mohr*, IO¹¹ § 70 IO E 235 ff; OLG Graz 3 R 137/14p, ZIK 2015/76).

Finanzierungszusage

Zahlungsunfähigkeit kann auch dadurch widerlegt werden, dass sich der Schuldner noch eine ausreichende Finanzierung beschaffen kann. Bloße Hoffnungen des Schuldners auf die Beschaffung von Mitteln sind allerdings zu wenig. Zumindest muss die Finanzierungszusage von einem potenten Financier stammen. Weiters muss die Finanzierung zur wirtschaftlichen Erholung führen und die Finanzierungszusage einen klagbaren Anspruch auf Finanzierung schaffen (OLG Graz 3 R 137/14p, ZIK 2015/76 unter Berufung auf die Anmerkung von *König*, JBl 2006, 122).

Liegenschaftseigentum

Selten gelingt der Versuch, über die Verwertbarkeit von Liegenschaften Liquidität zu bescheinigen. Nach der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte Wien und Graz gilt grundsätzlich, dass aufgrund der für die Verwertung nötigen Dauer Liegenschaftsbesitz bei Beurteilung der Zahlungsunfähigkeit belanglos ist. Lediglich bei Lastenfreiheit oder nur geringen Belastungen ist die Möglichkeit zur Beschaffung von Liquidität durch Belehnung in Erwägung zu ziehen (OLG Wien 28 R 63/06z, ZIK 2006/273; OLG Graz 3 R 168/13w).

Geschäftsanteil an einer GmbH

Auch ein Geschäftsanteil an einer GmbH ist im Regelfall kein bereites Zahlungsmittel, weil die Verwertung (wie bei Liegenschaften) längere Zeit in Anspruch nimmt (OLG Graz 3 R 94/14i, ZIK 2015/130).

c) Nichterscheinen zur Tagsatzung

Keinesfalls gelingt es dem Schuldner, durch sein Nichterscheinen zur Tagsatzung die Entscheidung über den Insolvenzantrag zu verhindern. Steht kostendeckendes Vermögen fest, kann auch ohne Einvernahme des Schuldners der Konkurs eröffnet werden. Dem Schuldner droht aber ein gewichtiger Nachteil: Bei unentschuldigtem Nichterscheinen können Vorbringen oder Bestreitungen weder in erster Instanz noch im Rechtsmittelverfahren nachgeholt werden (*Übertsroider in Konecny*, Kommentar § 70 IO Rz 115; OLG Graz 3 R 94/14i ZIK 2015/130; OLG Wien 28 R 112/13s). Dies folgt aus der Bestimmung in § 259 Abs 2 IO, wonach Anträge, Erklärungen und Einwendungen nicht mehr vorgebracht werden können, wenn zu deren Erstattung eine Tagsatzung (wie die Einvernahmetagsatzung) vorgesehen ist. Voraussetzung ist, dass die Ladung ordnungsgemäß erfolgt ist.

Auch für den Gläubiger gilt § 259 Abs 2 IO: Auf Bestreitungen und Gegenbescheinigungen durch den Schuldner kann er nur in der Tagsatzung antworten. Für den Gläubiger ist das Erscheinen zur Tagsatzung vor allem dann geboten, wenn seine Forderung nicht titulierte ist oder sich auf eine eigenkapitalersetzende Leistung stützt.

10. Entscheidung über den Insolvenzantrag

Gelingt es dem Schuldner durch substantiierte Bestreitung **und** Vorlage von Bescheinigungsmitteln, stichhaltige Zweifel am Bestand der Insolvenzforderung zu wecken, wird der Antrag abgewiesen. Eine bloße Bestreitung der Antragsforderung allein ist zu wenig. Bei einer titulierten Forderung ist die Gegenbescheinigung zwar nicht ausgeschlossen, aber schwierig. Ausschlaggebend wird das „Gewicht“ der Gegenbescheinigung sein. Kann bei nicht titulierten Forderungen der Sachverhalt nicht gleich festgestellt werden oder sind schwierige Rechtsfragen zu lösen, ist dem Schuldner die Gegenbescheinigung gelungen. Nach der Judikatur bleiben umfangreiche Beweisaufnahmen und die Klärung schwieriger Rechtsfragen den Prozessgerichten vorbehalten (*Schumacher in Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ § 70 KO Rz 30; OGH 24.1.2002 8 Ob 282/01f; OLG Graz 3 R 242/11z).

Die Antragsabweisung erreicht der Schuldner auch durch Bescheinigung seiner Zahlungsfähigkeit. Dazu hat er die Zahlung bzw das Vorliegen einer Ratenvereinbarung hinsichtlich sämtlicher fälliger Verbindlichkeiten nachzuweisen (OLG Wien 28 R 306/14x; OLG Graz 3 R 168/14x).

Erreicht der Schuldner keine Abweisung des Gläubigerantrags, hängt die weitere Entscheidung des Insolvenzgerichts davon ab, ob kostendeckendes Vermögen vorliegt. Fehlt es voraussichtlich an hinreichend kostendeckendem Vermögen, wird dem Gläubiger ein Kostenvorschuss in Höhe von bis zu 4.000 € aufgetragen. Erlegt der Gläubiger dann keinen Kostenvorschuss, wird der Insolvenzantrag mangels kostendeckenden Vermögens abgewiesen.

Ist der Schuldner eine juristische Person, sind vor Aufforderung des antragstellenden Gläubigers die organschaftlichen Vertreter zum Erlag eines Kostenvorschusses aufzufordern. Ein Gläubigerantrag kann erst dann mangels kostendeckenden Vermögens abgewiesen werden, wenn die organschaftlichen Vertreter weder einen Kostenvorschuss erlegt haben noch über ein Vermögen verfügen, aus dem dieser Kostenvorschuss heringebracht werden kann (§ 72 Abs 2 IO). Nach § 72a Abs 1 IO sind alle organschaftlichen Vertreter zur ungeteilten Hand verpflichtet, einen Kostenvorschuss (max 4.000 €) für die Anlaufkosten zu leisten. Die Verpflichtung zum Erlag eines Kostenvorschusses trifft auch ehemalige organschaftliche Vertreter, sofern sie dies in den letzten drei Monaten vor Einbringung des Antrags waren. Notgeschäftsführer sind von der Verpflichtung, einen Kostenvorschuss zu erlegen, ausgenommen.

Das Insolvenzgericht trägt organschaftlichen Vertretern den Erlag des Kostenvorschusses und die Abgabe eines Vermögensverzeichnisses auf. Die Verpflichtung zur Vorlage des Vermögensverzeichnisses entfällt, wenn der Kostenvorschuss geleistet wird. Wird kein Kostenvorschuss erlegt, dient das Vermögensverzeichnis zur Beurteilung, ob der organschaftliche Vertreter über Vermögen verfügt, aus dem der Kostenvorschuss heringebracht werden kann. Die Aufforderung ist bereits möglich und im Sinne einer Verfahrensbeschleunigung zweckmäßig, bevor die Erhebungen zum kostendeckenden Vermögen der juristischen Person abgeschlossen sind (*Mohr*, ZIK 1997, 157; ErläutRV 734 BlgNR 20. GP 42). Nach einer Entscheidung des OLG Graz darf die Aufforderung zum Erlag des Kostenvorschusses hingegen erst ergehen, wenn die amtswegigen Erhebungen ergeben haben, dass die juristische Person über kein kostendeckendes Vermögen verfügt (OLG Graz 9.6.2015, 3 R 88/15h, ZIK 2015/306). Bekämpfbar ist die Aufforderung jedenfalls nur, soweit die organschaftliche Stellung bestritten wird.

Auch der Mehrheitsgesellschafter ist zum Erlag eines Kostenvorschusses verpflichtet (§ 72d IO); die Bestimmungen der §§ 72 bis 72c gelten entsprechend.

Bei Vorliegen kostendeckenden Vermögens oder nach Erlag des Kostenvorschusses wird ein Konkursverfahren über Antrag des Gläubigers eröffnet. Der Schuldner kann bei einem anhängigen Gläubigerantrag die Konkursöffnung abwenden, wenn er rechtzeitig, also vor Entscheidung über den Gläubigerantrag einen Sanierungsplanvorschlag vorlegt. Ist bereits ein Konkursverfahren eröffnet, kann der Schuldner zwar im eröffneten Konkursverfahren einen Sanierungsplan vorlegen, aber nicht mehr die Bezeichnung als Sanierungsverfahren erreichen.

B. Verfahren bei Schuldnerantrag

1. Allgemeines

Gem § 69 Abs 2 IO hat der Schuldner bei Vorliegen von Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung ohne schuldhaftes Zögern, spätestens aber 60 Tage nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit, die **Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu beantragen**. Diese Verpflichtung zur Antragstellung trifft natürliche Personen, deren gesetzliche Vertreter, unbeschränkt haftende Gesellschafter von Personengesellschaften und organschaftliche Vertreter juristischer Personen (§ 69 Abs 3 IO). Seit dem GesRÄG 2013

(BGBl I 109/2013) sind bei Fehlen organschaftlicher Vertreter auch die Mehrheitsgesellschafter zur Stellung eines Insolvenzantrags verpflichtet (§ 69 Abs 3a IO). Geht bei einer juristischen Person der Antrag nicht von allen organschaftlichen Vertretern aus bzw stellen bei einer Personengesellschaft nicht alle unbeschränkt haftenden Gesellschafter den Antrag, dann hat das Insolvenzgericht gemäß § 69 Abs 4 IO die „Nicht-antragsteller“ zu vernehmen (OLG Graz, 3 R 132/15d). Wird bei der Vernehmung kein Einverständnis erzielt oder ist eine Vernehmung nicht rechtzeitig möglich, dann wird ein Insolvenzverfahren nur eröffnet, wenn vom Antragsteller Zahlungsunfähigkeit glaubhaft gemacht wird (OLG Graz, 3 R 132/15d). Ist die Vernehmung nicht rechtzeitig möglich, kann sie unterbleiben.

Will der Schuldner die Eröffnung des Insolvenzverfahrens als Sanierungsverfahren erreichen, muss er gleichzeitig mit dem Eigenantrag auf Eröffnung (§ 167 IO) oder in Beantwortung eines Gläubigerantrags (vgl § 70 Abs 2 IO) einen zulässigen Sanierungsplan vorlegen. Anders als ein Konkursverfahren kann ein Sanierungsverfahren bereits bei drohender Zahlungsunfähigkeit eröffnet werden (§ 167 Abs 2 IO). Natürlichen Personen, die kein Unternehmen betreiben, ist ein Sanierungsverfahren verwehrt (ErläutRV 612 BlgNR 24. GP 29).

2. Konkursverfahren

a) Zweckmäßiger Inhalt des Antrags

Zweckmäßigerweise sollte der Schuldner bereits im Insolvenzantrag – soweit möglich – Angaben zu folgenden Bereichen machen:

- Antragslegitimation
- Angaben zur Zuständigkeit
 - wo wird das Unternehmen betrieben (gewöhnlicher Aufenthalt bei Nichtunternehmen)
 - andernfalls Niederlassung, Ort an dem sich das Vermögen des Schuldners befindet
- Angaben zum Unternehmen
 - Branche
 - Filialen, Standorte
 - Dienstnehmer
 - Unternehmen: bereits geschlossen/Schließung beabsichtigt/Fortführung beabsichtigt
 - bei geplanter Unternehmensfortführung Angaben zur Finanzierung
- Angaben zur Zahlungsunfähigkeit
 - Zugeständnis
 - Umfang
 - Ursache
- Status
 - Gliederung wie bei einer Bilanz
 - Absonderungsrechte
 - Zessionen
 - bei Forderungen Angaben, ob die Forderung strittig und ob sie einbringlich ist

- kostendeckendes Vermögen
 - ergibt sich kostendeckendes Vermögen nicht aus dem Status, Zahlungsbeleg betreffend Kostenvorschuss anschließen
- Verfahrensziel
 - Verwertung
 - Entschuldung
- Gläubigerliste
 - mit Namen **und** Anschrift
- Dienstnehmerliste
 - mit Namen **und** Anschrift

b) Prüfung des Antrags durch das Gericht

Im Unterschied zum Gläubigerantrag werden beim Eigenantrag des Schuldners die Insolvenzvoraussetzungen nicht vor Eröffnung in einer Tagsatzung geprüft. Das Insolvenzgericht prüft den Eigenantrag zunächst in Bezug auf seine Zuständigkeit und die Antragslegitimation des Schuldners (OLG Wien 28 R 365/14y). Erhebungen zum Insolvenzgrund erfolgen nur, wenn Bedenken am Vorliegen der Zahlungsunfähigkeit bzw Überschuldung bestehen (OLG Wien 28 R 365/14y; RIS-Justiz RS0064997). Der Schuldner muss im Eigenantrag nicht bescheinigen, dass er zahlungsunfähig bzw überschuldet ist (RIS-Justiz RS0119683). Fehlen allerdings Angaben zur Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung oder sind diese nicht ausreichend, dann werden gerichtliche Erhebungen nötig, um eine missbräuchliche Antragstellung auszuschließen. Bedenken gegen das Vorliegen der Zahlungsunfähigkeit bzw Überschuldung können sich auch beim Eigenantrag durch zulässiges Neuvorbringen im Rekurs ergeben und zur Aufhebung der über Eigenantrag erfolgten Insolvenzeröffnung führen (OLG Graz 3 R 26/14i, ZIK 2014/277).

Amtswegige Erhebungen zum kostendeckenden Vermögen werden erforderlich, wenn zweifelhaft ist, ob der Schuldner über kostendeckendes Vermögen verfügt (*Mohr*, IO¹¹ § 71 IO E 22). Bei Fehlen kostendeckendem Vermögen kann dem Schuldner der Erlag eines Kostenvorschuss aufgetragen werden (*Mohr*, IO¹¹ § 71a IO E 1).

3. Sanierungsverfahren ohne Eigenverwaltung

a) Zweckmäßiger Inhalt des Antrags

Der Inhalt des Antrags sollte zweckmäßigerweise dieselben Angaben wie im Konkursverfahren aufweisen. Zusätzlich ist ein zulässiger Sanierungsplan (vgl § 141 IO) vorzulegen, wobei den Insolvenzgläubigern zumindest eine Quote von 20 %, zahlbar innerhalb von zwei Jahren ab Annahme des Sanierungsplans, anzubieten ist. Im Antrag ist auch anzugeben, wie der Sanierungsplan erfüllt werden soll. Abweichend vom Konkursverfahren ist eine Antragstellung bereits bei drohender Zahlungsunfähigkeit möglich (§ 167 Abs 2 IO).

b) Prüfung des Antrags durch das Gericht

Wie beim Antrag auf Konkurseröffnung prüft das Insolvenzgericht zunächst seine Zuständigkeit und die Antragslegitimation des Schuldners. Geht bei einer juristischen Per-