



REPUBLIK ÖSTERREICH
Oberlandesgericht Wien

28 R 291/16v

Das Oberlandesgericht Wien als Rekursgericht fasst durch Dr. Rechberger (Vorsitzender), Mag. Weixelbraun und Mag. Pertmayr in der Rechtssache der Antragstellerin **Republik Österreich**, Finanzamt Wien 9/18/19/ Klosterneuburg, vertreten durch die Finanzprokuratur in Wien, wider den Antragsgegner **Gerald F. [REDACTED]** geb. [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED], vertreten durch Dr. Erich Schwarz, Rechtsanwalt in Salzburg, Masserverwalter Dr. Edmund Röhlich, Rechtsanwalt in Wien, über den Rekurs des Antragsgegners gegen den Beschluss des Handelsgerichtes Wien vom 6.10.2016, 6 S 155/16k-1, in nicht öffentlicher Sitzung den

B e s c h l u s s :

Dem Rekurs wird **Folge** gegeben.

Der angefochtene Beschluss wird dahin abgeändert, dass der Antrag vom 29.7.2016 auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Antragsgegners abgewiesen wird.

Die damit verbundenen, nach Rechtskraft dieses Beschlusses vorzunehmenden Anordnungen (§ 79 IO) bleiben dem Erstgericht vorbehalten.

Der Wert des Entscheidungsgegenstandes übersteigt EUR 30.000.

Der ordentliche Revisionsrekurs ist nicht zulässig.

B e g r ü n d u n g

Am 29.7.2016 beantragte die Republik Österreich,

Finanzamt Wien 9/18/19 Klosterneuburg (Antragstellerin) die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Gerald P. [REDACTED] geb. am [REDACTED] (Antragsgegner). Der Antragsgegner sei Unternehmer; er schulde der Antragstellerin zumindest EUR 4.621,79 an rückständigen und vollstreckbaren Abgaben laut dem in den Antrag integrierten vollstreckbaren Rückstandsausweis des Finanzamtes Wien 9/18/19 Klosterneuburg vom 14.7.2016. Der Antragsgegner sei zahlungsunfähig; sämtliche Versuche, den Rückstand im Exekutionsweg einbringlich zu machen, seien erfolglos geblieben. Der Rückstand setze sich überwiegend aus nicht entrichteter Umsatzsteuer und Einkommensteuer zusammen. Die Zahlungsunfähigkeit ergebe sich aus dem Zeitraum des Rückstandes von mehr als zwei Jahren.

Nach einer VJ-Registerabfrage des Erstgerichtes vom 5.9.2016 (ON 8) waren folgende Exekutionsverfahren gegen den Antragsgegner vor dem BG Josefstadt aktuell anhängig:

- Auf Betreiben der SVA der gewerblichen Wirtschaft, Landesstelle Wien, zu 12 E 5032/00b;
- Auf Betreiben der minderjährigen Chiara P. [REDACTED] zu 12 E 1406/16s.

Über Anfrage des Erstgerichtes gab die SVA der gewerblichen Wirtschaft, Landesstelle Wien, am 9.8.2016 bekannt, es bestehe ein Zahlungsrückstand des Antragsgegners von EUR 2.528,83. Darüber werde Exekution geführt; eine aufrechte Zahlungsvereinbarung bestehe nicht (bei ON 7). Die Antragstellerin regte am 7.9.2016 (ON 9) die Abweisung ihres Insolvenzeröffnungsantrags an, weil vom Antragsgegner Teilzahlungen geleistet worden und über die noch offen aushaftende Abgabenschuld eine Zahlungsvereinbarung getroffen worden sei.

In der Tagsatzung vom 7.9.2016 gestand der Antrags-

gegner den Bestand der Forderung der Antragstellerin als richtig zu und bestritt die Insolvenzvoraussetzungen mit der Begründung, es liege eine vorübergehende Zahlungsstockung vor. Beim Finanzamt habe er für eine Ratenvereinbarung EUR 2.320 gezahlt; die Vereinbarung sei aufrecht. Das Erstgericht trug dem Antragsgegner den schriftlichen Nachweis der Regelung mit der SVA und mit der minderjährigen Chiara P. (Vollzahlung und Einstellung der Exekutionsverfahren oder Ratenvereinbarung mit den Gläubigern) bis zum 21.9.2016 auf.

Am 21.9.2016 überreichte der Antragsgegner eine Vereinbarung mit Silvia P. - der Mutter der mj. Chiara P. - über eine Zahlungsvereinbarung betreffend den Zahlungsrückstand des Antragsgegners an Unterhaltszahlungen. Die Vereinbarung bestehe aus einer erfolgten Teilzahlung und weiteren Zahlungsraten (bei ON 11). Der Antragsgegner überreichte am 21.9.2016 weiters die Bewilligung einer Zahlungsvereinbarung mit der SVA vom 21.9.2016. Danach hat der Antragsgegner den Gesamtbetrag von EUR 2.546,56 durch eine Anzahlung von EUR 1.000 bis 25.9.2016 sowie vier gleiche Monatsraten zu EUR 392, fällig jeweils am 30. des Monats, beginnend ab Oktober 2016, zu begleichen. Die Zahlungsvereinbarung verliert ihre Gültigkeit, wenn der Antragsgegner die Raten oder die laufend vorgeschriebenen Beträge nicht pünktlich einahlt. Die Zahlungsvereinbarung wird (erst) gültig, wenn die Anzahlung eingelangt ist (ON 11).

Am 4.10.2016 erhob das Erstgericht bei der SVA, dass dort keine Anzahlung des Antragsgegners eingelangt sei (ON 11). Erhebungen des Rekursgerichtes ergaben, dass die Anzahlung von EUR 1.000 am 6.10.2016 bei der SVA einlangte.

Mit dem **angefochtenen Beschluss** vom 6.10.2016 eröffnete das Erstgericht das Insolvenzverfahren (Konkurs) über das Vermögen des Antragsgegners und bestellte Dr. Edmund Röhlich, Rechtsanwalt in Wien, zum Masseverwalter.

Die Forderung der Antragstellerin sei durch den vollstreckbaren Rückstandsausweis vom 14.7.2016 mit EUR 4.621,79 glaubhaft gemacht. Die Zahlungsunfähigkeit ergebe sich aus dem Umstand, dass die Beitragsrückstände bis 2014 zurückreichten. Der Antragsgegner habe zwar mit der Antragstellerin nach einer Anzahlung von EUR 2.300 eine Zahlungsvereinbarung (anfechtbare Zahlung) geschlossen, jedoch sei eine Vereinbarung mit der SVA nicht zustande gekommen.

Gegen diesen Beschluss richtet sich der **Rekurs** des Antragsgegners mit dem Antrag, ihn dahin abzuändern, dass der Konkursöffnungsantrag abgewiesen werde.

Darin bringt der Antragsgegner im Wesentlichen vor, die Antragstellerin habe eine Bestätigung vom 7.9.2016 vorgelegt, wonach mit dem Antragsgegner eine Zahlungsvereinbarung getroffen worden sei. Weiters liege mittlerweile auch eine Bestätigung der mj. Chiara P. vor. Seitens der SVA sei dem Antragsgegner zugesagt worden, eine Bestätigung über die Anzahlung und Ratenvereinbarung direkt an das Erstgericht zu übersenden. Damit wären hinsichtlich sämtlicher Gläubiger Ratenvereinbarungen nachgewiesen, um das Konkursverfahren aufzuheben. Dem Vernehmungsprotokoll vom 7.9.2016 sei nicht zu entnehmen, dass der Antragsgegner ein Vermögensverzeichnis nach § 71 Abs 4 IO ausgefüllt, unterschrieben und übergeben habe. Ein Kostenvorschuss eines Gläubigers sei nicht geleistet worden, es sei auch kein Gläubiger hierzu aufgefordert

worden. Die Konkursöffnung hätte daher vor Abklärung der finanziellen Situation des Antragsgegners nicht erfolgen dürfen. Anfechtungsansprüche gegenüber einem der Gläubiger reichten nicht zur Konkursöffnung aus.

Der Rekurs ist **berechtigt**.

1.1 Gemäß § 70 Abs 1 IO ist das Insolvenzverfahren auf Antrag eines Gläubigers unverzüglich zu eröffnen, wenn er glaubhaft macht, dass er eine - wenngleich nicht fällige - Insolvenzforderung hat und dass der Antragsgegner zahlungsunfähig ist. Zahlungsunfähigkeit liegt vor, wenn ein Schuldner infolge eines nicht bloß vorübergehenden Mangels an bereiten Zahlungsmitteln seine fälligen Schulden in angemessener Frist nicht erfüllen und sich die dafür erforderlichen Mittel auch nicht alsbald verschaffen kann (RIS-Justiz RS0065106, RS0064528).

Die Antragstellerin bescheinigte durch den Rückstandsausweis vom 14.7.2016 zum einen die Insolvenzforderung von EUR 4.6.21,79 und zum anderen wegen der Dauer des Rückstandes seit teilweise Februar 2015 auch die Zahlungsunfähigkeit des Antragsgegners. Die Nichtzahlung von rückständigen Sozialversicherungsbeiträgen und Abgaben ist ein ausreichendes Indiz für das Bestehen der Zahlungsunfähigkeit, weil es sich bei diesen Forderungen um Betriebsführungskosten handelt. Diese werden von den zuständigen Behörden und Institutionen bekanntlich so rasch in Exekution gezogen, dass sich ein Zuwarten mit ihrer Zahlung bei vernünftigen wirtschaftlichen Vorgehen verbietet und im Allgemeinen nur aus einem Zahlungsunvermögen erklärbar ist (*Schumacher in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht*⁴ § 66 KO Rz 69).

1.2 Wird wie hier von der Gläubigerin die Zahlungsunfähigkeit fürs Erste bescheinigt, liegt es am Antrags-

gegner, die Gegenbescheinigung zu erbringen, dass er zahlungsfähig ist. Um die Vermutung der Zahlungsunfähigkeit zu entkräften, ist der Nachweis erforderlich, dass die Forderungen sämtlicher Gläubiger - nicht nur jene der Antragstellerin - bezahlt werden konnten oder zumindest mit allen Gläubigern Zahlungsvereinbarungen getroffen wurden, die der Antragsgegner auch einzuhalten im Stande ist.

Im Rechtsmittelverfahren ist für die Beurteilung der Frage, ob die Konkursvoraussetzungen vorliegen, wegen der Neuerungserlaubnis des § 260 Abs 2 IO die Bescheinigungslage im Zeitpunkt der Entscheidung über das Rechtsmittel und die Sachlage im Zeitpunkt der Beschlussfassung in I. Instanz (hier der 6.10.2016) maßgebend; es gilt kein Neuerungsverbot für den Rekurs (1 Ob 18/12y, 1 Ob 255/04p; RIS-Justiz RS0065013 [T1], RS0043943).

Bereits aus dem Akteninhalt geht hervor, dass der Antragsgegner die Forderungen des Finanzamtes (Antragstellerin) sowie die Unterhaltsforderungen der mj Chiara P. vor Beschlussfassung geregelt hatte (ON 9, 11).

Mit seinem Rekurs hat der Antragsgegner keine konkrete Zahlung an die SVA behauptet; er hat insbesondere weder vorgebracht noch bescheinigt, dass er die vereinbarte Anzahlung von EUR 1.000 (ON 11) zum Zeitpunkt der Fällung des angefochtenen Beschlusses bereits an die SVA bezahlt hatte. Auch nach der Behauptungs- und Bescheinigungslage im Rekursverfahren ist daher das Erstgericht zutreffend von der Zahlungsunfähigkeit des Antragsgegners ausgegangen.

3.1 Voraussetzung für die Eröffnung des Insolvenzverfahrens (§ 254 Abs 5 IO) ist neben dem Bestand einer Insolvenzforderung und der Zahlungsunfähigkeit des

Antragsgegners nach § 71 Abs 1 IO das Vorhandensein kostendeckenden Vermögens. Ein solches liegt nach § 71 Abs 2 IO dann vor, wenn das Vermögen des Antragsgegners zumindest ausreicht, um die im Gerichtshofverfahren üblicherweise mit EUR 4.000 veranschlagten Anlaufkosten des Insolvenzverfahrens zu decken. Das Vermögen muss weder sofort noch ohne Aufwand verwertbar sein. Es kann daher auch in Sachwerten oder Forderungen bestehen. Namentlich stellt auch ein die Anlaufkosten des Insolvenzverfahrens deckender Anfechtungsanspruch Vermögen iSd § 71 IO dar.

Der Antragsgegner hat an anfechtbaren Zahlungen EUR 2.300 an die Antragstellerin und EUR 1.000 an die SVA geleistet; zusammen EUR 3.300. Diese Zahlungen unterliegen der Anfechtung nach § 30 IO und können daher für die Anlaufkosten des Insolvenzverfahrens herangezogen werden; sie erreichen allerdings nicht den voraussichtlich erforderlichen Betrag von EUR 4.000. Ob und welche Zahlung des Antragsgegners der Vereinbarung mit Silvia P. zugrunde liegt, konnte vom Rekursgericht nicht erhoben werden. Ein Vermögensbekenntnis wurde dem Antragsgegner vom Erstgericht nicht abgefordert. Auch die Antragstellerin wurde nicht zum Erlag eines Kostenvorschusses aufgefordert.

Das Vorhandensein von kostendeckendem Vermögen ist von Amts wegen zu prüfen (§ 254 Abs 5 IO). Eine wesentliche Grundlage für die Erhebungen zum kostendeckenden Vermögen bildet das vom Antragsgegner zu unterfertigende Vermögensverzeichnis, zu dessen Vorlage er nach den §§ 71 Abs 4, 100, 100a, 101 IO vom Gericht anzuhalten ist. Dies ist hier nicht geschehen, weshalb die Erhebungen des Erstgerichts zum Vorhandensein kostendeckenden Vermögens unzureichend geblieben sind. Dies begründet im konkreten Fall einen Verfahrensmangel, der, weil er gegen zwingende

Verfahrensvorschriften der IO verstößt, im Fall des unterlassenen Vorführungsversuchs auch ohne die ausdrückliche Rüge im Rekurs von Amts wegen wahrzunehmen ist. (Mohr IO¹¹ § 71 E 75).

3.2 Eine Aufhebung der angefochtenen Entscheidung erübrigt sich aber, weil die Sache mangels Zahlungsunfähigkeit im antragsabweisenden Sinn spruchreif ist. Nach der Bescheinigungslage im Rekursverfahren hat der Antragsgegner mit der Antragstellerin (Finanzamt), der mj. Chiara P. [REDACTED] und mittlerweile auch der SVA der gewerblichen Wirtschaft - die Vereinbarung mit dieser (ON 11) wurde mit Eingang der Anzahlung von EUR 1.000 am 6.10.2016 gültig - Regelungen getroffen. Weitere fällige Forderungen anderer Gläubiger gegenüber dem Antragsgegner sind nicht aktenkundig.

Die durch diese Rekursentscheidung notwendigen Anordnungen, insbesondere die Löschung der Eintragung in der Insolvenzdatei werden dem Erstgericht übertragen.

Die Aussprüche über die Bewertung des Entscheidungsgegenstandes sowie über die Unzulässigkeit des ordentlichen Revisionsrekurses gründen sich auf § 252 IO iVm § 526 Abs 3, 500 Abs 2 Z 1 und 3 und § 528 Abs 1 ZPO. Rechtsfragen von erheblicher Bedeutung im Sinn der zuletzt zitierten Bestimmung waren nicht zu lösen.

Oberlandesgericht Wien
1011 Wien, Schmerlingplatz 11
Abt. 28, am 7. November 2016

Dr. Johann Rechberger
Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG