

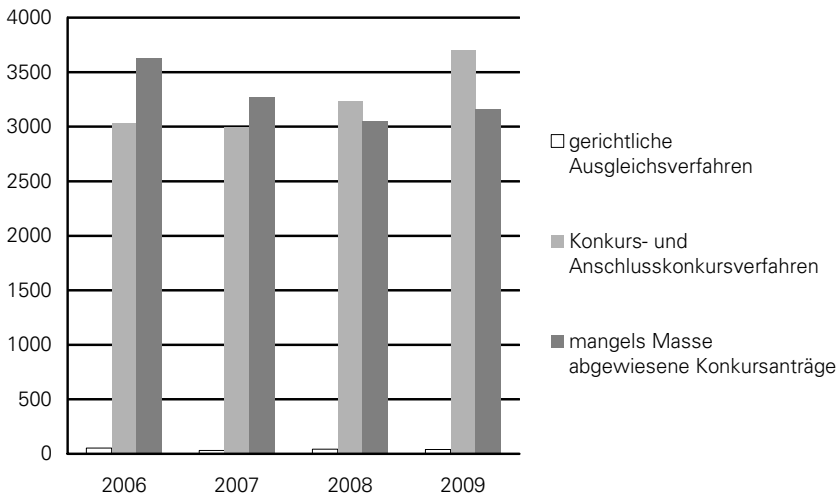
I. Das IRÄG 2010 im Überblick

Das IRÄG 2010 trat nach Kundmachung²⁾ mit **1. 7. 2010** in Kraft und zielt im Wesentlichen lediglich auf die Reform von Unternehmensinsolvenzen ab. Die Insolvenzverfahren über das Vermögen natürlicher Personen werden davon nur am Rande erfasst.³⁾

A. Motive⁴⁾

Anlass für das IRÄG 2010 war der Umstand, dass das auf Sanierung ausgelegte Ausgleichsverfahren der AO in der Praxis nur in Einzelfällen zur Anwendung kam. Tatsächlich wurden Sanierungen idR mit einem **Zwangsausgleich** im Rahmen eines Konkursverfahrens erreicht. Im Jahr 2008 wurden insgesamt immerhin 34% der eröffneten Konkursverfahren mit einem Zwangsausgleich beendet.

Konkursanträge wurden jedoch tendenziell aufgrund der damit verbundenen Stigmatisierung oft erst sehr spät gestellt, wodurch die Sanierung selbst erschwert oder aufgrund einer nachfolgenden Abweisung des Konkursantrages mangels Masse zum Teil überhaupt unmöglich wurde.



²⁾ Insolvenzsicherungsänderungsgesetz 2010 BGBl I 2010/29.

³⁾ ErläutRV 612 BlgNR 24. GP 2.

⁴⁾ ErläutRV 612 BlgNR 24. GP 1f.

Diese Grafik⁵⁾ veranschaulicht mE die **bestehende Problematik** bei den Unternehmensinsolvenzen vor dem IRÄG 2010 sehr gut:

Die Ausgleichsverfahren (2006: 55, 2007: 32, 2008: 42 und 2009: 39) stellten lediglich einen minimalen Bruchteil im Vergleich zu den eröffneten Konkursverfahren (2006: 3.029, 2007: 2.991, 2008: 3.228, 2009: 3.702) und den mangels Masse abgewiesenen Konkursanträgen (2006: 3.623, 2007: 3.272, 2008: 3.045, 2009: 3.161) dar. Erstaunlich ist auch, dass die mangels Masse abgewiesenen Anträge der Anzahl der eröffneten Verfahren annähernd gleich kamen und diese teilweise sogar überstiegen.

In Summe wurden im Jahr 2008 nur 1,3% der eröffneten Unternehmensinsolvenzen als Ausgleichsverfahren, welche nicht in einem Anschlusskonkurs endeten, geführt.⁶⁾ *Schumacher*⁷⁾ spricht sohin mit Recht davon, dass der Ausgleich in den Jahren vor dem IRÄG 2010 zu „totem Recht“ verkommen ist.

B. Ziele

Das IRÄG 2010 legt sein Hauptaugenmerk auf die **Erleichterung der Sanierung** eines insolventen Schuldners. Durch die Bezeichnung des Verfahrens als „Sanierungsverfahren“, bei rechtzeitiger Vorlage der erforderlichen Unterlagen (insb Sanierungsplan), soll der Schuldner zur frühzeitigen Antragstellung angespornt und einer wie zuvor noch im Konkursverfahren gefürchteten Stigmatisierung⁸⁾ entgegen gewirkt werden. Die Sanierung soll im Vordergrund stehen und eine positive Ausrichtung des Verfahrens signalisieren.⁹⁾

In den Materialien wurden drei fundamentale **Zielrichtungen** des IRÄG 2010 definiert:

- Zurückdrängung der Konkursabweisung mangels Masse,
- Verhinderung der Konkursverschleppung durch den Schuldner und
- Erhöhung der Sanierungschancen.¹⁰⁾

Zur Erreichung dieser Ziele ergriff der Gesetzgeber folgende **Maßnahmen**:

⁵⁾ Zahlen aus den Insolvenzstatistiken 2007–2009 (KSV1870):<https://www.ksv.at/sites/default/files/assets/documents/insolvenzstatistik2006.pdf> (7. 2. 2014); <https://www.ksv.at/sites/default/files/assets/documents/insolvenzstatistik2007.pdf> (7. 2. 2014); <https://www.ksv.at/sites/default/files/assets/documents/insolvenzstatistikunternehmen2008.pdf> (7. 2. 2014); <https://www.ksv.at/sites/default/files/assets/documents/insolvenzstatistikunternehmen2009.pdf> (7. 2. 2014).

⁶⁾ ErläutRV 612 BlgNR 24. GP 2.

⁷⁾ *Schumacher*, ÖBA 2009, 761 (761).

⁸⁾ *Lesigang*, RWZ 2011, 66 (68) spricht diesbezüglich vom Wegfall psychologischer Hemmnisse, die sich aus den Begriffen „Konkurs“ oder „Ausgleich“ ergeben.

⁹⁾ ErläutRV 612 BlgNR 24. GP 1 ff.

¹⁰⁾ ErläutRV 612 BlgNR 24. GP 2.

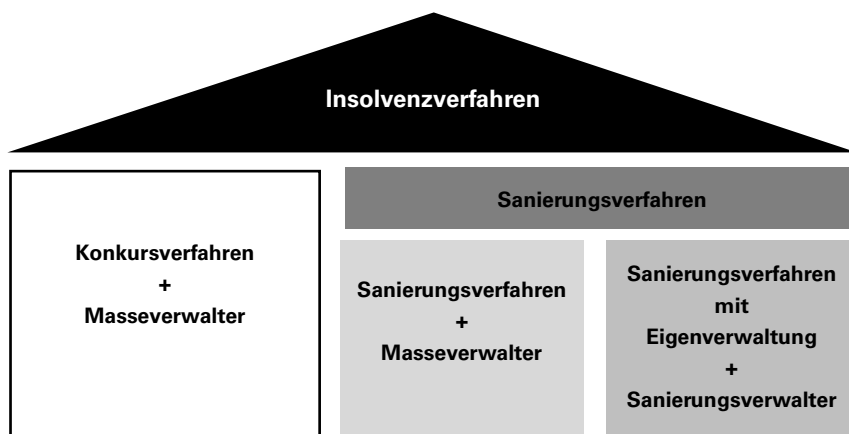
C. Maßnahmen

1. Schaffung einer übersichtlichen Verfahrensstruktur durch Vereinheitlichung des Insolvenzverfahrens anstelle der Zweiteilung in Konkurs- und Ausgleichsverfahren¹¹⁾

Mit dem IRÄG 2010 wurde die **Parallelität zwischen Konkurs- und Ausgleichsverfahren** im österreichischen Insolvenzrecht beseitigt und erfolgte die größte Reform der Verfahrensstruktur seit Einführung der KO und AO im Jahre 1914.¹²⁾

Aufgrund des großen praktischen Erfolgs des Zwangsausgleichs sollte dieses Instrument auch nach dem IRÄG 2010 in seinem Grundkonzept als fixer Bestandteil des österreichischen Insolvenzrechts erhalten bleiben, wobei dessen Neubezeichnung als Sanierungsplan nach dem IRÄG 2010 zusätzlich dazu beitragen soll, diesen als einen erfolgreichen Sanierungsschritt zu erkennen.

Nunmehr zeigt sich hinsichtlich der Verfahrensstruktur bei einer Unternehmensinsolvenz folgendes geänderte Bild¹³⁾:



Konkurs- und Sanierungsverfahren werden jetzt unter dem gemeinsamen Überbegriff des Insolvenzverfahrens zusammengefasst. Ein **Sanierungsverfahren** kommt im Unterschied zum Konkursverfahren dann zu Stande, wenn bereits bei Verfahrenseröffnung feststeht, dass der Schuldner eine Sanierung

¹¹⁾ ErläutrV 612 BlgNR 24. GP 5; *Mohr*, *ecolex* 2009, 848 (848); *ders.*, *ÖJZ* 2010, 887 (887); *Kodek*, *ÖBA* 2010, 498 (499); *Konecny*, *ZIK* 2010/119, 82 (82f); *ders.*, *ZIK* 2010/115, 81 (81); *Jelinek*, *wbl* 2010, 377 (377f); *Schartner*, *wobl* 2011, 255 (257f).

¹²⁾ *Konecny*, *ZIK* 2010/115, 81.

¹³⁾ ErläutrV 612 BlgNR 24. GP 5; *Konecny*, *ZIK* 2010/119, 82.

anstrebt.¹⁴⁾ Dazu ist die Vorlage eines Sanierungsplans mit einer angebotenen Quote in der Höhe von mindestens 20%¹⁵⁾ der Insolvenzforderungen notwendig.

Bietet der Schuldner im vorgelegten Sanierungsplan, welcher voraussichtlich auch erfolgreich erfüllt werden kann, eine Quote von mindestens 30% an und ist die Finanzierung der Fortführung des Unternehmens für die erste Zeit des Verfahrens sichergestellt, so steht die Möglichkeit des **Sanierungsverfahrens mit Eigenverwaltung** unter Aufsicht eines Sanierungsverwalters¹⁶⁾ offen.¹⁷⁾

Die Übernahme dieses vor dem IRÄG 2010 nur in der AO vorhandenen Grundkonzepts der Eigenverwaltung in die IO unterbindet eine völlige Entmachtung des Unternehmens im Insolvenzverfahren und soll insb dazu beitragen, dass Unternehmen selbst rechtzeitig die Einleitung eines Insolvenzverfahrens beantragen und somit einer Konkursverschleppung entgegen wirken. Dabei sollen die der Eigenverwaltung inhärenten Gefahren durch entsprechende Vorbereitung des Verfahrens möglichst gering gehalten werden.¹⁸⁾

2. Erleichterung der Unternehmensfortführung durch Beschränkung der Vertragsauflösungsmöglichkeiten der Vertragspartner des insolventen Schuldners¹⁹⁾

Aus dieser Maßnahme resultieren Änderungen wie die Streichung des Kündigungsrechts des Bestandgebers für den Fall der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Bestandnehmers (§ 23 KO) und die Einführung der Vertragsauflösungssperre für die ersten sechs Monate nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens (§ 25a IO) samt Ausschluss des Rücktrittsrechts des nicht-insolventen Vertragspartners wegen Verzugs des Schuldners aus der Zeit vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens.

Weiters trägt auch die Überführung folgender Bestimmungen aus der AO in die IO dem Gedanken der erleichterten Unternehmensfortführung Rechnung²⁰⁾:

¹⁴⁾ ErläutRV 612 BlgNR 24. GP 29; *Konecny*, ZIK 2010/119, 83; *Mohr*, *ecolex* 2009, 848.

¹⁵⁾ § 141 Abs 1 IO.

¹⁶⁾ § 169ff IO.

¹⁷⁾ *Mohr*, *ecolex* 2009, 849; *ders*, ÖJZ 2010, 888; *Konecny*, ZIK 2010/119, 83f; *Kodek*, ÖBA 2008, 91 (92f); *ders*, ÖBA 2010, 502ff; *Jelinek*, wbl 2010, 382ff; *Schartner*, wobl 2011, 259.

¹⁸⁾ ErläutRV 612 BlgNR 24. GP 4.

¹⁹⁾ ErläutRV 612 BlgNR 24. GP 5; *Pariasek*, wobl 2010, 237 (237f); *Mohr*, *ecolex* 2009, 851.

²⁰⁾ ErläutRV 612 BlgNR 24. GP 5.

- Aufschiebung einer Räumungsexekution für das Unternehmenslokal wegen Nichtzahlung des Bestandzinses (vormals für das Ausgleichsverfahren geregelt in § 12a AO; jetzt einheitlich für das Insolvenzverfahren geregelt in § 12c IO);
- Ungültigkeit der Vereinbarung eines Rücktrittsrechts oder der automatischen Vertragsauflösung für den Fall der Eröffnung eines Ausgleichsverfahrens (vormals für das Ausgleichsverfahren geregelt in § 20e Abs 2 AO; jetzt einheitlich für das Insolvenzverfahren geregelt in § 25b Abs 2 IO).

II. Gesetzlich vorgesehene Kündigungsmöglichkeiten des Bestandgebers in der Insolvenz des Bestandnehmers

A. Allgemeines

Vorab ist zu betonen, dass Bestandverträge – wie auch Vertragsverhältnisse, welche § 21 IO unterliegen²¹⁾ – durch die Insolvenzeröffnung in ihrem Bestand nicht berührt werden.²²⁾

Bestandverträge sind jedoch grundsätzlich von anderen zweiseitigen Verträgen abzugrenzen, für welche § 21 IO regelt, dass dann, wenn ein zweiseitiger Vertrag von dem Schuldner und dem anderen Teil zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens noch nicht oder nicht vollständig erfüllt wurde, der Insolvenzverwalter entweder an Stelle des Schuldners den Vertrag erfüllen und vom anderen Teil Erfüllung verlangen oder vom Vertrag zurücktreten kann.²³⁾

Der Insolvenzverwalter tritt bei Verträgen im Anwendungsbereich von § 23 IO mit Insolvenzeröffnung **ipso iure** in den Bestandvertrag ein²⁴⁾, dies jedoch nicht als Vertragspartner des Bestandgebers, sondern lediglich als Vertreter der Masse im Insolvenzverfahren.²⁵⁾

Eine Erklärung seitens des Insolvenzverwalters ist folglich für einen Eintritt in einen aufrechten Bestandvertrag, im Gegensatz zu den Vertragsverhältnissen, welche § 21 IO unterliegen, nicht erforderlich bzw vorgesehen²⁶⁾, sodass auch ein Schwebezustand zwischen Insolvenzeröffnung und Erklären des

21) *Gamerith in Bartsch/Pollak/Buchegger*⁴ § 21 KO Rz 1; *Widhalm-Budak in Konecny/Schubert* § 21 KO Rz 1.

22) *Gamerith in Bartsch/Pollak/Buchegger*⁴ § 23 KO Rz 10; *Oberhammer in Konecny/Schubert* § 23 KO Rz 5; *Mohr*¹¹ § 23 IO E 7; 5 Ob 304/76 SZ 49/109; 5 Ob 305/77 MietSlg 29.742; 6 Ob 848/82 MietSlg 34.890; 8 Ob 40/88 RdW 1989, 336; zuletzt bestätigt in 3 Ob 99/12y RdW 2013/26, 25.

23) Vgl § 21 Abs 1 IO.

24) *Gamerith in Bartsch/Pollak/Buchegger*⁴ § 23 KO Rz 10; *Mohr*¹¹ § 23 IO E 9; *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 275; *Lehmann* I 163; 1 Ob 735/50 SZ 24/17; 5 Ob 304/76 SZ 49/109; 6 Ob 848/82 MietSlg 34.890; 5 Ob 316/81 MietSlg 34.891; 5 Ob 524/79 SZ 52/22; 2 Ob 519/85 JBl 1987, 53; zuletzt bestätigt in 9 Ob 39/07m immolex 2008/63, 145.

25) *Konecny*, wobl 2001, 241; *Mohr*¹¹ § 23 IO E 8; *Feil*⁷ § 23 IO Rz 2; 5 Ob 304/76 SZ 49/109; 5 Ob 316/81 MietSlg 34.891; 3 Ob 552/85 MietSlg 37.852; 8 Ob 40/88 RdW 1989, 336; 8 Ob 143/01i ZIK 2002/229, 165.

26) *Oberhammer in Konecny/Schubert* § 23 KO Rz 5; *Gamerith in Bartsch/Pollak/Buchegger*⁴ § 23 KO Rz 11; *Feil*⁷ § 23 IO Rz 6; 3 Ob 532/95 SZ 68/84; 8 Ob 310/97i ÖJZ EvBl 1998/114.

Insolvenzverwalters über das weitere Schicksal des Vertrages nicht in Frage kommt.²⁷⁾

Ein weiterer Unterschied zu der in § 21 IO vorgesehenen Regelung zeigt sich darin, dass Bestandverträge gemäß § 23 IO nicht schon durch Zugang der Kündigung an den anderen Vertragsteil beendet werden, sondern vielmehr dazu der Ablauf der gesetzlichen oder vertraglich vereinbarten kürzeren **Kündigungsfrist**²⁸⁾ notwendig ist.

Bei Beurteilung der Frage, ob bzw unter welchen Voraussetzungen dem nicht-insolventen Bestandgeber anlässlich der Insolvenzeröffnung über das Vermögen des Bestandnehmers ein Kündigungsrecht hinsichtlich des Bestandvertrages zusteht, kommt nicht nur die IO selbst als einschlägige Rechtsquelle in Frage, es sind darüber hinaus auch die allgemeinen bürgerlich-rechtlichen Bestimmungen im **ABGB** und die mietrechtlichen Sonderbestimmungen im **MRG** auf ihre Einschlägigkeit im Insolvenzfall hin zu prüfen.

B. § 23 IO

§ 23 IO regelt jene für die gegenständliche Arbeit relevanten Fallkonstellationen, in welchen es sich bei dem insolventen Schuldner um einen Bestandnehmer handelt, wohingegen § 24 IO jene Fälle erfasst, in welchen über den Bestandgeber ein Insolvenzverfahren eröffnet wird.

Die gesetzlichen Vertragsauflösungsmöglichkeiten des nicht-insolventen Bestandgebers haben durch das IRÄG 2010 eine umfassende Änderung erfahren, weshalb mE – insb auch zum Verständnis der nunmehr steigenden Bedeutung vertraglicher Gestaltungsmöglichkeiten – eine Darstellung der Rechtslage **vor und nach der InsNov 2010** sinnvoll erscheint.

1. Rechtslage vor dem IRÄG 2010

Vor dem IRÄG 2010 gestand § 23 KO **auch dem Bestandgeber** – zusätzlich zum Kündigungsrecht des Insolvenzverwalters – die Möglichkeit einer Vertragsauflösung aufgrund der Insolvenzeröffnung über das Vermögen des Bestandnehmers zu, wobei diese Bestimmung damals noch lautete wie folgt:

„(1) Hat der Gemeinschuldner eine Sache in Bestand genommen, so kann der Masseverwalter oder der Bestandgeber, unbeschadet des Anspruches auf Ersatz des verursachten Schadens, den Vertrag unter Einhaltung der gesetzlichen oder der vereinbarten kürzeren Kündigungsfrist kündigen.

(2) Ist der Bestandzins im vorhinein entrichtet worden, so wird die Kündigung des Bestandgebers erst mit dem Ablaufe der Zeit wirksam, für die der Zins bezahlt worden ist.“²⁹⁾

²⁷⁾ *Oberhammer in Konecny/Schubert* § 23 KO Rz 5.

²⁸⁾ Siehe dazu im Detail Pkt II. B. 1. a) cc).

²⁹⁾ Vgl § 23 KO.

Dieses spezielle Kündigungsrecht des Bestandgebers war bereits in der Concursordnung 1868 enthalten und wurde im Jahre 1914 in die KO übergeführt.³⁰⁾ Die zahlreichen Novellierungen der KO im Laufe der Jahre ließen das Bestandgeberkündigungsrecht an sich bis zum IRÄG 2010 **unberührt**.³¹⁾

a) Anwendungsvoraussetzungen

aa) Bestandvertrag iSd des bürgerlichen Rechts

Grundsätzlich fielen **alle Bestandverhältnisse** des Schuldners in die Insolvenzmasse.³²⁾ Lediglich die Anwendung von § 5 Abs 4 KO konnte das Ausscheiden eines Bestandobjekts aus der Konkursphäre und somit auch die Unanwendbarkeit von § 23 KO bewirken.³³⁾ Gemäß dieser Bestimmung hatte das Insolvenzgericht dem Schuldner die Miet- und sonstigen Nutzungsrechte an Wohnungen zur freien Verfügung zu überlassen, wenn sie Wohnräume betreffen, die für den Schuldner und die mit ihm im gemeinsamen Haushalt lebenden Familienangehörigen unentbehrlich waren.

Verblieb das Bestandverhältnis in der Insolvenzmasse, war vorrangig zu klären, ob auf das vorliegende Vertragsverhältnis § 23 KO oder doch noch die allgemeine, für zweiseitige Verträge einschlägige Regelung in § 21 KO zur Anwendung kam:

Zuallererst musste es sich bei dem zu überprüfenden Bestandvertrag um einen **Bestandvertrag iSd des bürgerlichen Rechts (§§ 1090ff ABGB)**³⁴⁾ handeln.

Da die §§ 23f KO folglich nicht nur Bestandverträge über Liegenschaften erfassten, waren sie für Vertragsverhältnisse, welche jedwede Form der Gebrauchsüberlassung regelten, zu berücksichtigen, so zB auch für Verträge über die Vermietung einer Geschäftsraumausstattung³⁵⁾. § 23 KO erfasste aber generell, wie § 21 KO auch, nur synallagmatische Verträge, weshalb zB ein unentgeltliches Wohnrecht, ein Prekarium oder eine Leihe nicht in den Anwendungsbereich dieser Bestimmung fielen.³⁶⁾

Va bei **Leasingverträgen** konnten sich aufgrund darin enthaltener Elemente Abgrenzungsschwierigkeiten sowohl zum Mietvertrag als auch zum Fi-

³⁰⁾ *Denkschrift* zur Einführung einer Konkursordnung, einer Ausgleichsordnung und einer Anfechtungsordnung (1914) 27; *Herbst*, *ecolex* 2005, 755 (755).

³¹⁾ Vgl dazu insb *Herbst*, *ecolex* 2005, 755; *ders*, *ecolex* 2005, 831 ff mit Überblick über relevante Novellen der KO.

³²⁾ *Gamerith* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*⁴ § 23 KO Rz 8; 8 Ob 163/99z SZ 72/212; 2 Ob 88/09v wobl 2010/153, 337.

³³⁾ *Gamerith* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*⁴ § 23 KO Rz 8; *Feil*⁷ § 23 IO Rz 2; *Riel*, wobl 1995, 40.

³⁴⁾ *Gamerith* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*⁴ § 23 KO Rz 2.

³⁵⁾ *Widhalm-Budak* in *Konecny/Schubert* § 21 KO Rz 49.

³⁶⁾ *Oberhammer* in *Konecny/Schubert* § 23 KO Rz 17 und 36; 7 Ob 6/99d JBl 2000, 375.

finanzierungskauf und somit auch Unklarheiten über die im Insolvenzfall einschlägigen Bestimmungen ergeben.³⁷⁾

Exkurs: Anwendung von § 23 KO auf Leasingverträge³⁸⁾

Der OGH³⁹⁾ hat in Anlehnung an die von *Iro*⁴⁰⁾ unter Berücksichtigung der deutschen Judikatur⁴¹⁾ vertretenen Ansicht Kriterien entwickelt, um die anzuwendenden Vorschriften zu identifizieren:

Somit sei entscheidend, ob das Schwergewicht des Vertrages in der Gebrauchsüberlassung liege oder eine Veräußerung bezwecke, sodass schlussendlich die bloße Gebrauchsüberlassung nicht dem wirklichen Willen der Vertragsschließung entspreche.

Grundsätzlich ist nach dieser Entscheidung auch ein Finanzierungsleasingvertrag mit Kaufoption in erster Linie auf die Gebrauchsüberlassung gerichtet und sind die geleisteten Leasingraten als Entgelt für den Gebrauch der Sache zu qualifizieren. Falls der Leasinggeber den Leasinggegenstand an den Leasingnehmer bereits vor Insolvenzeröffnung übergeben hat, ist der Vertrag seinerseits bereits erfüllt und er hat keine Möglichkeit mehr, seine Leistung zur Sicherung der Gegenleistung zurückzuhalten. Somit erschien in derartigen Fällen auch bei Vorliegen einer Kaufoption die Anwendung der §§ 23 f KO geboten.⁴²⁾ Lediglich gesonderte vertragliche Vereinbarungen, wie etwa die Vereinbarung einer Verpflichtung des Leasingnehmers zum Kauf des Leasinggegenstandes, konnten zur Anwendung der allgemeinen Regelung des § 21 KO führen.⁴³⁾

Insgesamt ist sohin für die Kategorisierung eines Leasingvertrages jeweils der konkrete Vertragsinhalt entscheidend und sind gewöhnliche Leasingverträge – auch wenn darin eine Kaufoption enthalten ist – im Insolvenzfall idR den §§ 23 f KO zu unterwerfen.⁴⁴⁾

Einsichtig erscheint mir auch die von *Rathauscher*⁴⁵⁾ vertretene Ansicht, den vorliegenden Leasingvertrag **je nach Vertragsstadium** aufzuspalten: Befindet sich das Vertragsverhältnis noch im Nutzungsstadium, so schlägt sie vor, die §§ 23 f KO im Insolvenzfall anzuwenden. Steht die Bezahlung der letzten Leasingrate und somit der Zeitpunkt der Ausübung des Optionsrechts unmittelbar bevor, soll § 21 KO einschlägig sein.

³⁷⁾ *Widhalm-Budak* in *Konecny/Schubert* § 21 KO Rz 50.

³⁸⁾ Die nachstehenden Grundsätze wurden unter Bezugnahme auf die damals noch in Geltung stehende KO entwickelt. Zumal damals in § 23 KO das hier relevante Bestandgeberkündigungsrecht noch enthalten war, werden bei diesem Exkurs die jeweiligen Verweise in die KO beibehalten und diese in Ermangelung einer gleichlautenden Bestimmung in § 23 IO nicht unter Bezugnahme auf die IO aktualisiert.

³⁹⁾ 3 Ob 532/95 SZ 68/84.

⁴⁰⁾ *Iro*, RdW 1993, 177.

⁴¹⁾ BGHZ 71, 189, 191 f.

⁴²⁾ *Gamerith* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*⁴ § 23 KO Rz 4; 3 Ob 532/95 SZ 68/84.

⁴³⁾ 3 Ob 532/95 SZ 68/84 mwN.

⁴⁴⁾ *Widhalm-Budak* in *Konecny/Schubert* § 21 KO Rz 54.

⁴⁵⁾ *Rathauscher*, Bestandrechte 59 ff.

Bei anderen atypischen und gemischten Verträgen, welche zB Elemente des Auftrags oder eines Dienst- bzw Werkvertrags enthalten können, ist im Insolvenzfall ausschlaggebend, **welche Elemente überwiegen**. Für die Anwendung der §§ 23 f KO ist es jedenfalls erforderlich, dass das Schwergewicht des Vertrages auf der Gebrauchsüberlassung liegt.⁴⁶⁾

bb) Vertragsschluss und Übergabe des Bestandobjekts vor
Insolvenzeröffnung

Weiters war für die Anwendung von § 23 KO erforderlich, dass sowohl der Bestandvertrag bereits **vor Insolvenzeröffnung abgeschlossen wurde** (unstrittig)⁴⁷⁾, als auch die **Übergabe des Bestandobjekts** an den Bestandnehmer vor diesem Zeitpunkt erfolgte.⁴⁸⁾

Diesbezüglich für Klarheit dürfte jedenfalls die Entscheidung des OGH zu 2 Ob 228/01 w gesorgt haben, welche sich explizit damit beschäftigte, was unter der gesetzlichen Formulierung in § 23 KO „Hat der Schuldner eine Sache in Bestand genommen ...“ tatsächlich zu verstehen ist und ob für die Anwendbarkeit von § 23 KO eine Übergabe des Bestandobjekts erforderlich war oder allein der Abschluss des Bestandvertrages ausreichte. Das Höchstgericht entschied dahingehend, dass nur Bestandverhältnissen, bei welchen bereits eine Übergabe des Bestandobjekts vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens an den Bestandnehmer erfolgt sei, eine erhöhte Bestandkraft im Vergleich zu § 21 KO, welcher mit Rücktritt des Insolvenzverwalters zum sofortigen Entzug des Mietobjekts führen würde, durch die Anwendung von § 23 KO zuteilwerden sollte.⁴⁹⁾

Dies musste unweigerlich dazu führen, dass nachträglich (vom Masseverwalter oder vom Schuldner selbst) geschlossene Bestandverträge sowie Bestandverhältnisse, bei welchen die Übergabe des Bestandobjekts an den Bestandnehmer nicht bis zum Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung erfolgte, vom Anwendungsbereich des § 23 KO ausgenommen waren.⁵⁰⁾

cc) Einhaltung von Kündigungsfristen

Bei der Ausübung des Bestandgeberkündigungsrechts gemäß § 23 KO mussten die gesetzlichen oder vereinbarten kürzeren Kündigungsfristen eingehalten werden.⁵¹⁾

⁴⁶⁾ *Widhalm-Budak* in *Konecny/Schubert* § 21 KO Rz 62; *Gamerith* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*⁴ § 23 KO Rz 7; 3 Ob 532/95 SZ 68/84.

⁴⁷⁾ *Oberhammer* in *Konecny/Schubert* § 23 KO Rz 24 und 30; *Gamerith* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*⁴ § 23 KO Rz 3.

⁴⁸⁾ *Widhalm-Budak* in *Konecny/Schubert* § 21 KO Rz 48; *Feil*⁷ § 23 IO Rz 3; 3 Ob 532/95 SZ 68/84; 2 Ob 228/01 w SZ 74/190; aA *Gamerith* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*⁴ § 23 KO Rz 3 mwN; *Lehmann* I 161, welche bereits den Abschluss des Bestandvertrages als ausreichend ansahen.

⁴⁹⁾ 2 Ob 228/01 w SZ 74/190; vgl dazu auch *Rathauscher*, Bestandrechte 21 f mwN.

⁵⁰⁾ *Oberhammer* in *Konecny/Schubert* § 23 KO Rz 24 f.

⁵¹⁾ Vgl § 23 KO.