LEOPOLD-FRANZENS-UNIVERSITÄT INNSBRUCK
INSTITUT FÜR ZIVILGERICHTLICHES VERFAHREN
Institutsleiter: o. Univ.-Prof. Dr. Bernhard König

A-6020 INNSBRUCK, am 10.9.2009
INNRAIN 52
TEL. 0512 / 507-8151 u. 8153

An das
Bundesministerium für Justiz
Museumstr. 7
1070 Wien

Betrifft: BMJ-B13.076/0019-I 5/2009.

Stellungnahme zu einigen Bestimmungen des Ministerial-Entwurfs eines IRÄG 2009

Zu Art 1 Z 1:

Die Kreierung einer neuen Abkürzung für die Insolvenzordnung – IO – mag zur Abgrenzung von der (d)InsO dienlich sein, dennoch empfiehlt es sich m.E. nicht, von der auch auf europäischer Ebene (siehe „EuInsVO“) gebräuchlichen Abkürzung – Ins – abzugehen.

Vorgeschlagen wird daher, das neue Gesetz kurz „InsO“ zu bezeichnen.

Zu Art 1 Z 3:

Die Formulierung: „... kann ... eröffnet werden“ steht im Gegensatz zur Pflicht, bei Zahlungsunfähigkeit bzw Überschuldung die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu beantragen (§ 69).

Vorgeschlagen wird daher, § 1, erster Satz, wie folgt zu formulieren: „... wird, wenn die übrigen Voraussetzungen vorliegen, ein Insolvenzverfahren eröffnet“. Allenfalls sollte auch im Gesetzestext (siehe Rubrik) ergänzt werden: „...; dieses kann ein Sanierungsverfahren oder ein Konkursverfahren (Schuldenregulierungsverfahren) sein.“

Zu Art 1 Z 12:

1. Der § 25a begründende Gedanke, die Ausübung des ordentlichen Kündigungsrechts zu beschränken, ist zu unterstützen. Insbesondere die „Vorwirkung“ in § 25a Abs 3 könnte mit dazu beitragen, die Beantragung der Insolvenzverfahrenseröffnung „attraktiver“ zu machen, weil so günstige, aber zunächst aufgelöste Verträge prolongiert werden können. Möglicherweise ist freilich die Vorwirkung zeitlich zu sehr beschränkt; sie sollte zumindest die im Zusammenhang

durchaus geläufige 60-Tage-Frist (§§ 69 Abs 2, 30 Abs 1 KO) umfassen.

2. Derzeit nicht erfasst sind Vertragsänderungen, die im Hinblick auf eine anstehende Insolvenzeröffnung noch rasch und auf Grund einer vorherigen vertraglichen Vereinbarung u.U. auch einseitig (eine neu vereinbarte Vertragsänderung wäre wohl zumeist als nachteiliges Rechtsgeschäft anfechtbar) durchgesetzt werden (vgl Erl.Bem. S. 11). Ich empfehle daher, meinen bereits früher geäußerten Vorschlag, auch eine (bloße) Veränderung von Vertragskonditionen unter Aufrechterhaltung des Vertrags zu unterbinden, in die Regelung des § 25 a einzubauen: *„In fact, the reorganization of a financially distressed company requires (1) a sensible curbing of contractual freedom of the business partners, and (2) the installation of a safe haven. These two measures will allow debtors breathing room to get their affairs in order and to propose and evaluate a plan of reorganization. Therefore, 'old' business partners must be forced to maintain their current conditions for delivery and payment during a certain future period ...”* (König, Guidelines for a „Safe Haven“ for Continuation and Reorganization of Financially Distressed Companies, in: Peter/Jeandin/Kilborn, The Challenges of Insolvency Law Reform in the 21st Century [Schulthess 2006] 444).

Vorgeschlagen wird daher, § 25a Abs 1, Satz 1, wie folgt zu ergänzen: „...auflösen oder zum Nachteil des Schuldners inhaltlich verändern“, und § 25a Abs 3 wie folgt zu ergänzen: „Hat ein Vertragspartner ... aufgelöst oder zum Nachteil des Schuldners inhaltlich verändert, so ...“.

Zu Art 1 Z 14:

1. Der Vorschlag, die kritischen Fristen bereits ab der Beantragung des Insolvenzverfahrens zu zählen, ist zu begrüßen

(ich habe die entsprechende bundesdeutsche Regelung bereits in: Aus dem Aktualitätenkino des Konkursanfechtungsrechts, Insolvenz-Forum 2007 [2008] 142 Anm 8, für „nachahmenswert“ gehalten).

Die Formulierung ist freilich missglückt. So würde etwa § 28 lauten: „Anfechtbar sind ... alle Rechtshandlungen, die der Schuldner ... in den letzten zehn Jahren vor dem Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens vorgenommen hat“. Damit scheinen Rechtshandlungen „nach dem Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens“ anfechtungsfrei zu sein. Daher formuliert auch die insoweit vorbildhafte dInsO etwa in § 133: „... oder nach diesem Antrag ...“ (siehe auch § 131 Abs 1 Z 1 dInsO usw.).

Vorgeschlagen wird daher, die Änderung in § 28, 29, 30 Abs 2, 31 Abs 4 (nach dem MEntw 31 Abs 2!) wie folgt zu fassen: „...vor dem Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens oder nach diesem Antrag ...“.

2. Ebenso wie in den angegebenen Paragrafen sollte auch auf die hier vorgeschlagene Weise der Wortlaut des § 188 UGB (Anfechtung gegenüber dem stillen Gesellschafter) geändert werden.

Zu Art 1 Z 15:

A. Allgemeines

Meine Bedenken zur Privilegierung von Kreditgewährungen nach Eintritt der Insolvenz (und nur um solche geht es u.a. in § 31 KO) habe ich bereits mehrmals dargelegt (siehe insbes. in: Die Anfechtung nach der Konkursordnung[4] [2009] Rz 11/95 ff). Dass solche Kredite jedenfalls anfechtbar sind, ist – wie die Erl.Bem. (S. 12) zutreffend hervorheben („Bei einem stimmigen Sanierungskonzept liegt die Anfechtungsgefahr nicht

vor, auch wenn sich ex post der Erfolg nicht einstellt, ...) – bereits aufgrund der geltenden Rechtslage unrichtig. Insoweit braucht es keine Änderung des „zarten“ Gefüges der Anfechtungstatbestände. Freilich: Zur Gewährleistung der Unanfechtbarkeit ist eine der zur Verfügung stehenden (zumeist kurzen!) Zeit angemessene Prüfung des (bei solchen Kreditgewährungen jedenfalls notwendigen) Sanierungskonzeptes erforderlich. Erscheint aufgrund dieser notwendig kursorischen Prüfung das Konzept stimmig und findet eine begleitende Kontrolle statt, kann bereits heute anfechtungsfrei Kredit gewährt werden, weil ein (mittelbarer) Nachteil „objektiv nicht vorhersehbar“ war (stRsp: siehe OGH 4 Ob 306/98y; 2 Ob 2147/96s; 6 Ob 72/06s).

Angeblich soll (Erl.Bem. S. 12) durch die Neufassung vermieden werden, dass „ein ex ante tauglich erscheinendes Sanierungskonzept später ex post anders beurteilt [wird]“. Eine solche Entscheidung wäre aber zweifellos schon heute rechtswidrig! In Wahrheit scheint es aber vielmehr Anliegen der Banken (und daher des MEntw) zu sein, den Sorgfaltsmaßstab bei der ex-ante-Prüfung markant herabzusetzen. Intention des MEntw scheint es nämlich zu sein (die Formulierung ist unzulänglich: siehe unten), nur bei „offensichtlicher Untauglichkeit“ Anfechtbarkeit eintreten zu lassen. Die daher vorgeschlagene Formulierung kann aber ebenso wie das geltende Recht nicht verhindern, dass – rechtswidrig – die „Offensichtlichkeit“ ex post beurteilt wird.

Die intendierte markante Herabsetzung der erforderlichen Prüfungssorgfalt gerade für Banken ist aber nicht gerechtfertigt: Banken übernehmen mit jeder Kreditgewährung ein Risiko. Dieses ist entsprechend hoch, wenn der Kreditnehmer bereits insolvent ist. Für den Kredit in der Krise – und nur um den geht es - verlangen sie daher zu Recht eine besondere Risikoabgeltung in Form bestimmter Sicherheiten, höherer Zinsen, erweiterter Kontrollmöglichkeit und/oder Einflussnahme auf die Geschäftsführung usw. Gelingt

die Sanierung, war also das unternehmerische Risiko erfolgreich eingegangen, ist der Profit (berechtigterweise) entsprechend hoch (davon spricht niemand!). Die Zufuhr von liquiden Mitteln auf Kreditbasis gegen entsprechende Sicherheiten (die in solchen Fällen regelmäßig nur in den durch die weiter ermöglichte unternehmerische Tätigkeit des insolventen Kreditnehmers entstehenden künftigen Kundenforderungen bestehen können) birgt aber für die übrigen "stakeholder" (Arbeitnehmer, alte und neue Lieferanten, SVT, Staat, sonstige Gläubiger usw) die Gefahr in sich, weitere und neue(!) Forderungsausfälle zu erleiden. Schließlich wird ja „flüchtiges“ Geld gegen „stabile“ Sicherheit ausgetauscht (Spliedt, MoMiG in der Insolvenz – ein Sanierungsversuch, ZIP 2009, 154). Diese Gefahr ist nicht unrealistisch (siehe OGH 6 Ob 72/06s: „... dass schon zahlungsunfähige Unternehmen durch die kreditgebenden Banken in der Hoffnung auf eine Sanierung über so lange Zeit am Leben erhalten werden, dass Ausfallsschäden in astronomischer Höhe entstehen, wie die Großinsolvenzen der letzten Jahre deutlich machen“) und soll jetzt durch eine „Banalisierung“ gebotener und erwartbarer Sorgfalt noch verstärkt werden – zu Lasten der weniger informierten und über weniger „Marktmacht“ verfügenden anderen Gläubiger!

Exkurs: Die Rechtslage in der BRD

§ 142 InsO erklärt „Bargeschäfte“ nur eingeschränkt, nämlich nur bei Benachteiligungsvorsatz (§ 133 Abs 1 InsO), für anfechtbar. Kreditgewährung gegen angemessene Sicherheit unter Beachtung eines engen zeitlichen Zusammenhangs ist damit grundsätzlich unanfechtbar (Kirchhof, MüKommentar^2 Rz 13c, 13f, 18 zu § 142 InsO). Freilich kann – bei Kenntnis der vorliegenden oder bloß drohenden (siehe § 133 Abs 1, Satz 2, InsO) materiellen Insolvenz - ein unzureichendes Sanierungskonzept (OLG Hamburg ZInsO 2005, 891) ebenso wie eine unzureichende Sanierungsprüfung (Kirchhof, MüKommentar^2 Rz 13f aE zu § 142 InsO) auf einen Benachteiligungsvorsatz (und dessen Kenntnis seitens des Anfechtungsgegners) hinweisen und damit auch das Bargeschäft als Rechtshandlung mit Benachteiligungsvorsatz (entsprechend § 28 KO) anfechtbar

machen. In Judikatur und Literatur werden – um eine solche Anfechtung eines Sanierungskredites auszuschließen - an ein „zureichendes“ Sanierungskonzept streng(st)e Anforderungen gestellt (Einzelheiten bei Obermüller, Insolvenzrecht in der Bankpraxis[7] [2007] Rz 5.127 ff). Es muss nicht nur eine Analyse der Ursachen der Insolvenz, sondern auch entsprechende absatz-, produktions- und finanzwirtschaftliche Planungen umfassen, alle Gläubiger erfassen, sie den gleichen Risken aussetzen und bei fälligen Zahlungen berücksichtigen (OLG Rostock OLGReport 2006, 683, zit bei Zeuner, NZI 2007, 371; OLG Hamburg ZinsO 2005, 891). Bevorzugt ein solcher Sanierungsplan eine Gläubigergruppe, ist er untauglich und damit ist die Kreditgewährung wegen Benachteiligungsvorsatz anfechtbar (Henckel in Jaeger/Henckel/Gerhardt, Großkommentar Rz 30 zu § 133 InsO). Für die Prüfung des Sanierungskonzeptes durch die Bank wird jedenfalls eine Plausibilitätskontrolle verlangt (Obermüller, Insolvenzrecht in der Bankpraxis Rz 5.132). Darüberhinaus dürfen von der Bank nicht „sanierungsfeindliche“ Maßnahmen parallel gesetzt werden, also etwa nicht weitere „Titulierungen“ oder gar Zwangsvollstreckungsmaßnahmen vorgenommen werden (OLG Hamburg aaO). Dieser strenge Maßstab wird nur bei Kreditgewährungen für die Zeit, die zur Prüfung erforderlich ist, nicht anzulegen sein (Obermüller, Insolvenzrecht in der Bankpraxis Rz 5.134).
Damit nicht genug: Gewichtige Stimmen in der deutschen Literatur (Paulus in Kübler/Prütting, Kommentar Rz 15 zu § 132 InsO; Henckel in Jaeger/Henckel/Gerhardt, Großkommentar Rz 42 zu § 142 InsO) vertreten zudem die Ansicht, ein von vorneherein aussichtsloser Sanierungsversuch mache eine Kreditgewährung Zug um Zug gegen Sicherheiten sogar unmittelbar nachteilig (und damit auch ohne Benachteiligungsvorsatz nach § 132 InsO anfechtbar).
Durchaus real ist in der BRD zudem bei Gewährung eines „Sanierungskredits“ eine Haftung der Banken wegen sittenwidriger Insolvenzverschleppung, eine Haftung, die einen einschlägigen Fachmann (Obermüller, Insolvenzrecht in der Bankpraxis[7] Rz 5.107) sogar zur Feststellung veranlasst: „...kann vor einer Unternehmenssanierung durch Ausweitung der Verbindlichkeiten um einen Sanierungskredit angesichts der kritischen Haltung der Rechtsprechung nur gewarnt werden“.
Fazit: Der Verweis auf die angeblich so Sanierungskreditfreundliche Rechtslage in der BRD erweist sich bei näherem Hinsehen als unrichtig. Dass die von der bundesdeutschen Rechtsprechung entwickelten Grundsätze bei der vom MEntw vorgeschlagenen Gesetzesänderung auch vom OGH herangezogen werden, ist nahe liegend. Nach meiner persönlichen Meinung sind Banken mit der bisherigen Rechtslage (unter Berücksichtigung der vom OGH zusätzlich

erforderlichen „objektiven Vorhersehbarkeit“) „besser bedient“ als mit der vom MEntw vorgeschlagenen Rechtsänderung!

B. Zur vorgeschlagenen Neuregelung

Die Formulierung des MEntw ist undeutlich und unvollständig:

1. Die Formulierung „... oder es für ihn offensichtlich war ...“ ist ausweislich der Erl.Bem. dem § 2 Abs 2 Z 3 EKEG entnommen. Sie soll nicht von der Pflicht, sich nach dem Vorliegen eines Sanierungskonzepts zu erkundigen und sich dieses auch vorlegen zu lassen, entbinden (Nachforschungspflicht!) (zur entsprechenden Formulierung im EKEG siehe Mohr in Dellinger/Mohr, EKEG § 2 Rz 17: „Der Begriff der Offensichtlichkeit schränkt somit die Obliegenheit zur Informationsbeschaffung nicht ein“; Karollus in Bartsch/Pollak/Buchegger, Zusatzband [2009] Rz 29 zu § 2 EKEG). Die Nachforschungspflicht auszuschließen sollte wohl auch nicht Ziel des MEntw sein (siehe Erl.Bem. S. 12, vorletzter Absatz zu Z. 15 a.E.). Ziel sollte wohl (siehe Erl.Bem. S. 6, 12) sein, die Prüfung der Tauglichkeit des Sanierungskonzeptes (wenn ein solches überhaupt vorgelegt worden ist) einzuschränken („Die Untauglichkeit muss somit geradezu auf der Hand liegen“).

Es besteht keinerlei Notwendigkeit, dieses gesetzgeberische Anliegen in ein konkursordnungsfremdes Vokabular zu packen. Dort hat sich seit 1914 (!) dafür die Wortfolge „bekannt war oder bekannt sein musste“ (etwa § 3) oder „wissen oder wissen musste“ (etwa § 28; ebenso § 2 AnfO) bewährt. Beim Erfordernis des blossen „Wissens“ gibt es keine Nachforschungspflicht (OGH 9 Ob 302/00b), während beim „wissen müssen“ nur eine entsprechende Nachforschung exculpiert (König, Anfechtung[4] Rz 11/23), wobei die Intensität der Prüfung der erlangten Informationen, die ohnehin nach Art des

Verpflichteten gestaffelt wäre (siehe Mohr aaO; Karollus aaO), nach den Intentionen des MEntw auch bei Banken und sonstigen Sachverständigen jedenfalls auf „offensichtliche“ Mängel beschränkt werden sollte.

Die Proponenten wollten also „offensichtlich“ ausdrücken: „**... und der andere Teil überdies wusste** *[keine Obliegenheit zur Informationsbeschaffung]* **oder wissen musste** *[Obliegenheit zur Informationsbeschaffung!]***, dass das vorgelegte Sanierungskonzept offensichtlich** *[Tiefe der Bewertung der Informationen]* **untauglich war**“.

Es besteht keine Notwendigkeit, von der bewährten Nomenklatur der Insolvenzgesetze abzugehen und damit – allenfalls – Auslegungsprobleme hervorzurufen.

2. Völlig überschießend ist es, die vom MEntw beabsichtigte Privilegierung (mittelbar) „nachteiliger Rechtsgeschäfte“ trotz eines bereits gestellten Eröffnungsantrags vorzusehen.

Demnach müsste jedenfalls § 31 Abs 1 Z 2, am Ende, ergänzt werden um: „..., sowie alle vom Schuldner mit anderen Personen eingegangenen, für die Gläubiger nachteiligen Rechtsgeschäfte, wenn dem anderen Teil der Eröffnungsantrag bekannt war oder bekannt sein musste, ...“ und müssten in § 31 Abs 1 Z 3 die Worte „oder der Eröffnungsantrag“ entfallen.

3. Schließlich müsste – jedenfalls! - auch in § 31 Abs 1 Z 1 KO die Umkehr der Beweislast entsprechend der erweiterten Beweislast des Masseverwalters im vorgeschlagenen § 31 Abs 1 Z 2 KO normiert werden.

Demnach müsste § 31 Abs 1 Z 1 im hier interessierenden Teil wie folgt lauten: „...es sei denn, dass dem nahen

Angehörigen bei der Sicherstellung oder Befriedigung oder bei einem unmittelbar nachteiligen Rechtsgeschäft die Zahlungsunfähigkeit oder der Eröffnungsantrag weder bekannt war noch bekannt sein musste und dass, bei einem sonst nachteiligen Rechtsgeschäft, dem nahen Angehörigen der Eröffnungsantrag oder aber die Zahlungsunfähigkeit und die offensichtliche Untauglichkeit des vorgelegten Sanierungskonzeptes weder bekannt war noch bekannt sein musste; ...“.

4. Im Übrigen ist der Hinweis in den Erl.Bem. (S. 6), dass eine Anfechtbarkeit (auch bloß mittelbar nachteiliger Rechtsgeschäfte) möglich ist, wenn der Anfechtungsgegner „weiß oder es für ihn offensichtlich ist, dass ein Sanierungskonzept, aus dem sich eine positive Fortbestehensprognose ergibt, nicht tauglich ist“, irreführend: Ergibt sich aus einem Sanierungskonzept eine positive Fortbestehensprognose, ist zwar die Überschuldung beseitigt, nicht aber der Insolvenzgrund der Zahlungsunfähigkeit. Damit wäre ein Sanierungskonzept immer noch „offensichtlich untauglich“, wenn sich aus ihm nicht (auch) die zeitnahe Beseitigung der allenfalls bestehenden Zahlungsunfähigkeit ergibt.

C. Weitere Bedenken und Vorschlag, wenn man dem Anliegen der Banken nahetritt, aber diese Bedenken berücksichtigt

Die Formulierung des MEntw ist zweckwidrig:

1. Die vom MEntw vorgeschlagene Fassung verschärft die bisherige Anfechtbarkeit (mittelbar) „nachteiliger Rechtsgeschäfte“ für „andere Teile“, die keine Banken sind. Da die Neuformulierung nicht die ständige Judikatur berücksichtigt, die Nachteiligkeit müsse „objektiv erkennbar“ sein, besteht die Gefahr, dass durch die Ersetzung dieses

(ungeschriebenen) Korrektivs der Judikatur durch ein (geschriebenes) punktuelles Korrektiv („Sanierungskonzept“) diese Judikatur nicht mehr fortgesetzt werden kann. Dies bedeutet: Bisher waren etwa Lieferanten, die gegen Barzahlung lieferten, regelmäßig anfechtungsfrei, weil es für (bloße) Lieferanten nach der Rechtsprechung nicht „objektiv erkennbar“ war, dass ein solches Zug-um-Zug-Geschäft nachteilig ist (Nachweise bei König, Anfechtung[4] Rz 11/76). Dazu mussten sie sich ein Sanierungskonzept nicht vorlegen lassen geschweige denn dieses prüfen! Nach dem MEntw (er unterscheidet ja nicht zwischen Banken und anderen „anderen Teilen“) müsste sich nunmehr der Lieferant, dem die materielle Insolvenz bekannt ist oder bekannt sein müsste, erkundigen, ob ein Sanierungskonzept vorliegt und sich dieses (zur Prüfung, ob nicht die Untauglichkeit geradezu auf der Hand liegt: Erl.Bem. S. 12) auch vorlegen lassen. Unterläßt er dies, ist – anders als heute – seine Zug-um-Zug-Leistung anfechtbar!

2. Bei Licht betrachtet ist die vorgeschlagene Formulierung daher nicht nur mangelhaft, sondern sie stellt darüber hinaus auch eine (ungerechtfertigte) Verschärfung der Anfechtbarkeit „nachteiliger Rechtsgeschäfte“ für „andere Teile“, die nicht dem Bankensektor angehören, dar. Dies sollte aber nicht Realität werden!

Sollte also tatsächlich dem – m.E. unbegründeten (oben Pkt. A) und derzeit die Lage der Nicht-Banken-Geschäftspartner verschlechternden (oben Pkt C) – Anliegen der Banken nahegetreten werden, schlage ich vor, den hier interessierenden Teil des § 31 Abs 1 Z 3 KO wie folgt zu formulieren:

„... und alle vom Gemeinschuldner mit anderen Personen eingegangenen, für die Gläubiger nachteiligen Rechtsgeschäfte, wenn dem anderen Teil die Zahlungsunfähigkeit oder der

Eröffnungsantrag bekannt war oder bekannt sein musste und der Eintritt eines Nachteils für die Insolvenzmasse objektiv vorhersehbar war. Eine solche objektive Vorhersehbarkeit liegt etwa dann nicht vor, wenn ein vom Schuldner vorgelegtes Sanierungskonzept nicht offensichtlich untauglich war.“

§ 31 Abs 1 Z 1 müsste wie folgt formuliert werden:

„**... es sei denn, dass dem nahen Angehörigen bei der Sicherstellung oder Befriedigung oder bei einem unmittelbar nachteiligen Rechtsgeschäft die Zahlungsunfähigkeit oder der Eröffnungsantrag weder bekannt war noch bekannt sein musste und dass, bei einem sonst nachteiligen Rechtsgeschäft, zudem der Eintritt eines Nachteils objektiv nicht vorhersehbar war; ...**“.

E. Ergänzende Bemerkung

Die Möglichkeit, trotz eines Sanierungsverfahrens Rechtshandlungen vor Verfahrenseröffnung anzufechten, ist zu begrüßen (und entspricht der Rechtslage der dInsO). Freilich ist zu bedenken, dass ein solches Insolvenzverfahren auch bei (bloss) drohender Zahlungsunfähigkeit [und bei auch bloss drohender Überschuldung] beantragt werden kann. Zu beachten wird daher sein, dass dann, wenn dies zutrifft, grundsätzlich nur die Anfechtungstatbestände der §§ 28, 29 und allenfalls § 30 (60-Tage-Vorfrist!) greifen (siehe zum entsprechenden Problem bei § 1 Abs 1 AO König, Anfechtung[4] Rz 6/7).

Zu Art 1 Z 25:

Ein zu unterstützendes Anliegen des MEntw ist es, Maßnahmen zu setzen, jene Fälle zurückzudrängen, die eine geordnete Abwicklung einer eingetretenen Insolvenz verhindern, also zu einer Abweisung des Insolvenzantrags mangels Masse

führen (Erl.Bem. S. 7). Es kann damit im Zusammenhang nicht verleugnet werden, dass gerade die Zeit nach Eintritt der Insolvenz zumeist (von wenigen Ausnahmen [wie etwa im Fall des OGH 1 Ob 308/98w] abgesehen) bis zur förmlichen Verfahrenseröffnung (oder zumindest der entsprechenden Antragstellung) zu weiteren Masseschmälerungen führt („Der Arme lebt teuer"). Die Erfahrung zeigt weiters, dass (außergerichtliche) Sanierungsbestrebungen in dieser Zeitperiode zumeist bloß zu einem „Weiterwursteln" zu Lasten der Gläubiger führen.

Ein Mittel zur Verhinderung dieser Vorgangsweisen bildet zweifellos die Konkursantragspflicht (insbes bei juristischen Personen wegen der möglichen persönlichen Haftung der Organwalter). Diese sollte dahingehend verschärft werden, dass nach Erkennen der materiellen Insolvenz nur die Vorbereitung eines gerichtlichen Insolvenzverfahrens exculpiert; dort kann dann die Sanierung unter Kontrolle versucht werden. Parallel dazu mögen durchaus auch – befristet – außergerichtliche Sanierungsmaßnahmen geprüft, vorbereitet und in Gang gesetzt werden, diese allein sollten aber nicht zur Haftungsfreistellung genügen. Andererseits sollte nicht nur, wie in Art 1 Z 25 des MEntw vorgeschlagen, die Vorbereitung eines Antrags auf Eröffnung eines Sanierungsverfahrens mit Eigenverwaltung (innerhalb der zeitlichen Grenzen) befreiend sein, sondern auch die Vorbereitung eines Antrags auf ein (gewöhnliches) Sanierungsverfahren.

Vorgeschlagen wird daher, § 69 Abs 2, letzter Satz, wie folgt zu fassen: „Schuldhaft verzögert ist der Antrag nur dann nicht, wenn die Eröffnung eines gerichtlichen Sanierungsverfahrens sorgfältig betrieben wird".

Zu Art 1 Z 59 (§ 141):

Siehe unten zu Art 1 Z 69.

Zu Art 1 Z 61:

Der MEntw geht davon aus, dass auch in den Sanierungsverfahren eine Anfechtung von Rechtshandlungen vor Verfahrenseröffnung möglich ist (siehe § 172 Abs 1 Z 1 des Entwurfs und die Aufhebung des § 2 Abs 2 und 3 KO [siehe Art I Z 4]). Ob die bis zur Entscheidung über den Sanierungsplan bereits eingeleiteten oder zumindest bekannten Anfechtungssachverhalte weiter verfolgt werden, bestimmt wohl der Sanierungsplan. Da es aber regelmäßig ab der Stellung des Antrags auf Annahme eines Sanierungsplans bis zur Entscheidung darüber unzweckmäßig sein wird, solche Ansprüche gerichtlich geltend zu machen und zudem wohl häufig, wenn ein Antrag auf Annahme eines Sanierungsplans schon mit dem Insolvenzantrag oder bis zur Insolvenzeröffnung gestellt wird, solche Ansprüche in diesem Stadium vom Insolvenz- bzw. Sanierungsverwalter noch nicht oder nicht hinreichend bestimmt festgestellt werden können, weil sich das Hauptaugenmerk auf die Prüfung des Sanierungsplans richten wird, wäre eine Hemmung der „Klagsfrist“ nach dem Vorbild des § 43 Abs 2, zweiter Satz, KO vorzusehen;. dies freilich der Neuregelung entsprechend und nicht wie derzeit bloß durch Ersetzung des Wortes „Ausgleichsvorschlag“ durch „Sanierungsplanvorschlag“ (Art 1 Z 70: § 273 Abs 10 Z 17).

Vorgeschlagen wird daher, § 43 Abs 2, zweiter Satz, KO wie folgt zu fassen: „Die Frist ist ab dem Antrag auf Annahme eines Sanierungsplans bis zur Ablehnung des Antrags durch die Gläubiger oder bis zum Eintritt der Rechtskraft des Beschlusses, mit dem der Antrag zurückgewiesen oder mit dem der Annahme des Sanierungsplans die Bestätigung versagt wird, gehemmt.“

Vorgeschlagen wird jedenfalls, die derzeit unkoordinierte Formulierung in § 140 Abs 1 („Antrag auf Abschluss eines

Sanierungsplans“) und in § 167 Abs 1 („Antrag auf Annahme eines Sanierungsplans“) zu vereinheitlichen und jeweils von „Antrag auf Annahme eines Sanierungsplans“ zu sprechen.

Zu Art 1 Z 69 (§ 254):

In § 254 Abs 1 Z 6 müsste der Verweis statt „§ 172 Abs 3 dritter Satz“ lauten: „§ 253 Abs 3 vierter Satz“.

Zu Art 1 Z 69 (§ 260):

§ 260 Abs 4 schließt die Anwendung des § 521a ZPO, soweit nichts anderes angeordnet ist, aus. § 260 Abs 6 geht aber von „mehrseitigen“ Rekursen (besser wohl: „mehrseitige Rekursverfahren“!) aus. Es gehört m.E. nicht zur ordnungsgemäßen Gesetzgebung, aus Anlass der Novellierung der Bestimmungen über den Rekurs die Bestimmung der Fälle des mehrseitigen Rekursverfahrens weiterhin „Rechtsprechung und Lehre“ (Erl.Bem. S. 30) zu überlassen und damit die Rechtsunsicherheit fortzuschreiben.

Zu Art 1 Z 69 (§ 261):

Da auch eine bereits „bestehende“ Flucht den Verdacht strafbarer Handlungen nahe legt, wird vorgeschlagen, § 261 Z 2 wie folgt zu fassen: „2. der Schuldner flüchtig ist oder wird oder“.

Entsprechend wäre auch § 141 Abs 2 Z 1 (Art 1 Z 59) zu ergänzen.

Ergänzende Bemerkungen und „desiderata“:

1. Die Handhabung der Verfahrenshilfe für Masseverwalter scheint bisher sehr unterschiedlich und damit nicht zufrieden stellend gewesen zu sein (dies wird auch in der BRD beklagt:

Ringstmeier/Homann, Prozesskostenhilfe für den Insolvenzverwalter, ZIP 2005, 284 bei und in Anm 2). Dennoch ist die Beseitigung dieser Verfahrenshilfemöglichkeit durch das Budgetbegleitgesetz fatal. Der Gesetzgeber hat (abgesehen von der Frage der allfälligen Verfassungsmäßigkeit wegen Tangierung des Gleichheitsgrundsatzes) verkannt, dass an der auch gerichtlichen „Aufarbeitung“ der (Masse-)Ansprüche im Gefolge einer Insolvenz ein eminent öffentliches Interesse besteht. Daher wird der Rechtsverfolgung des Insolvenzverwalters im Rahmen eines geordneten Insolvenzverfahrens vom BGH ein eigenständiges, schutzwürdiges Interesse beigemessen (BGH ZIP 2006, 682, 684 mwN) und die bundesdeutsche Lehre folgert sogar daraus, dass „im Ergebnis die Bewilligung [der PKH] der Regelfall und die Versagung die Ausnahme sein sollte“ (Küpper/Heinze, Prozesskostenhilfe für einen vom Insolvenzverwalter geführten Masseprozess unter Geltung der InsO, ZInsO 2007, 681). Nicht von ungefähr erkannte man in der BRD schon zu Zeiten der dKO, dass die Verfahrenshilfe u.a. „essenzielle Voraussetzung“ für ein wirksames Anfechtungsrecht bildet (Pape, Prozesskostenhilfe für Konkursverwalter, ZIP 1988, 1294; Zweiter Bericht der Kommission für Insolvenzrecht [1986] Leitsatz 3.5). Dementsprechend ist die bundesdeutsche Judikatur bei der Gewährung von Prozeßkostenhilfe an Insolvenzverwalter großzügig (siehe die Nachweise bei Kirchhof, MüKommentar^{2} Rz 6 zu Vor §§ 129 bis 147 InsO).

Vorgeschlagen wird daher, (zumindest) für Insolvenzverwalter die Möglichkeit der Erlangung von Verfahrenshilfe wieder einzuführen und der Aufgabe dieser Verwalter entsprechend großzügige Bedingungen dafür zu normieren.

2. Die Fehlformulierung des § 32 Abs 2, der die inzwischen beseitigte Angehörigeneigenschaft doch noch berücksichtigt, „wenn sie im letzten Jahr vor der Konkurseröffnung

zugetroffen“ hat, anstatt auf die „nachwirkende“ Angehörigeneigenschaft im Zeitpunkt der Vornahme der anfechtbaren Rechtshandlung abzustellen (hiezu König, Anfechtung[4] Rz 4/49; derselbe, Insolvenz-Forum 2007 [2008] 142 Anm 7), sollte beseitigt werden. Derzeit gilt man nicht mehr als „naher Angehöriger“, wenn man eine Woche vor der anfechtbaren Zuwendung (§ 28) aus der Gesellschaft ausgeschieden ist, wenn nur die Konkurseröffnung erst 13 Monate später erfolgt.

Vorgeschlagen wird daher, in § 32 Abs 2, Satz 2, anstatt der Worte „im letzten Jahr vor der Konkurseröffnung“ die Worte „im letzten Jahr vor der anfechtbaren Rechtshandlung“ einzufügen.

3. Die in § 32 Abs 2 vorgesehene „nachwirkende“ Angehörigeneigenschaft wäre auch in § 32 Abs 1 sachgerecht (siehe König, Anfechtung[4] Rz 4/28 a.E.).

Vorgeschlagen wird daher, in § 32 Abs 1 den Satz anzufügen: „Das Gleiche gilt für solche Personen, auf die diese Verhältnisse im letzten Jahr vor der anfechtbaren Rechtshandlung zugetroffen haben“.

o. Univ.-Prof. Dr. Bernhard König
Leopold-Franzens-Universität Innsbruck