

# Insolvenz- und Sanierungsrecht

**Jahrbuch 2013**

herausgegeben

von

**Univ.-Prof. Mag. Dr. Bettina Nunner-Krautgasser**

Institut für Österreichisches und Internationales  
Zivilgerichtliches Verfahren, Insolvenzrecht und Agrarrecht,  
Karl-Franzens-Universität Graz

**Mag. Mario Kapp**

KAPP & STRIMITZER RECHTSANWÄLTE GMBH, Graz

**Mag. Selena Clavora**

Institut für Österreichisches und Internationales  
Zivilgerichtliches Verfahren, Insolvenzrecht und Agrarrecht,  
Karl-Franzens-Universität Graz;  
KAPP & STRIMITZER RECHTSANWÄLTE GMBH, Graz



**RECHT**

Wien · Graz 2013

Bibliografische Information Der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Es darf empfohlen werden, Beiträge aus dem Jahrbuch für Insolvenz- und Sanierungsrecht wie folgt zu zitieren: „[Autor/in], Titel des Beitrags, in *Nunner-Krautgasser/Kapp/Clavara* (Hrsg), Insolvenz- und Sanierungsrecht, Jahrbuch 13 (2013) [Seitenangabe].“

Alle Rechte vorbehalten.

ISBN 978-3-7083-0947-7  
NWV Verlag GmbH  
Faradaygasse 6, 1030 Wien, Österreich  
Tel.: +43 1 796 35 62-24, Fax: +43 1 796 35 62-25  
E-Mail: [office@nwv.at](mailto:office@nwv.at)  
  
Geidorfgürtel 24, 8010 Graz, Österreich  
E-Mail: [office@nwv.at](mailto:office@nwv.at)  
  
[www.nwv.at](http://www.nwv.at)

© NWV Neuer Wissenschaftlicher Verlag, Wien · Graz 2013

Druck: Alwa & Deil, Wien  
E-Mail: [office@alwa-deil.at](mailto:office@alwa-deil.at)

**Philipp ANZENBERGER**

## **Vertragsauflösungssperre und Umgehungsmöglichkeiten**

### **Inhaltsübersicht**

I.	Einleitung.....	222
II.	Entstehungsgeschichte und Zielsetzung der §§ 25a und 25b Abs 2 IO ...	222
III.	Wirkungsweise der Vertragsauflösungssperre nach § 25a IO.....	223
A.	§ 25a IO als Teil des materiellen Insolvenzrechts .....	223
B.	Die Unzulässigkeit der Ausübung von Gestaltungsrechten .....	224
IV.	Wirkungsweise der Vereinbarungsbeschränkung des § 25b Abs 2 IO ....	226
A.	§ 25b Abs 2 IO als allgemeines Zivilrecht.....	226
B.	Die Nichtigkeit von gegen § 25b Abs 2 IO verstoßenden Vereinbarungen.....	227
V.	Umgehungsmöglichkeiten .....	229
A.	Zum Zusammenspiel von § 25a und 25b Abs 2 IO bei vertraglichen Auflösungsrechten.....	229
B.	Möglichkeiten der Umgehung des § 25b Abs 2 IO .....	229
1.	Allgemeines .....	229
2.	Umgehung des Tatbestandsmerkmals der Eröffnung des Insolvenzverfahrens .....	230
3.	Umgehung des Tatbestandsmerkmals der Vertragsauflösung.....	232
C.	Möglichkeiten der Umgehung des § 25a IO .....	234
D.	Ausgestaltung insolvenzprophylaktischer Vereinbarungen .....	236
VI.	Conclusio.....	236

### **Abstract**

Die mit dem IRÄG 2010 geschaffenen §§ 25a und 25b Abs 2 IO beinhalten zwei zentrale Normen zum Schutz der Vertragsverhältnisse des Insolvenzschuldners. Die Vertragsauflösungssperre des § 25a IO kommt (als materielles Insolvenzrecht) erst ab Verfahrenseröffnung zur Anwendung und verhindert sachlich nicht gerechtfertigte Vertragsauflösungen. Die Vereinbarungsbeschränkung des § 25b Abs 2 IO wirkt demgegenüber als allgemeines Zivilrecht und vernichtet rein an das formelle Insolvenzverfahren bzw das Eröffnungsverfahren geknüpfte Auflösungs- und Rücktrittsrechte bereits zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses. Umgehungen dieser Schutzvorschriften sind nur in eingeschränktem Ausmaß möglich.

## I. Einleitung

Aufrechte Vertragsbeziehungen stellen in der Unternehmerinsolvenz eine Grundvoraussetzung für die Fortführung und die erfolgreiche Sanierung des Unternehmens dar. Diesem Umstand trug der Gesetzgeber des IRÄG 2010 dadurch Rechnung, dass in §§ 25a und 25b Abs 2 IO den Möglichkeiten der Vertragsauflösung durch die Vertragspartner des Insolvenzschuldners ganz erhebliche Schranken gesetzt wurden. Der vorliegende Beitrag will zunächst die unterschiedlichen Wirkungsweisen dieser beiden Bestimmungen herausarbeiten. Danach sollen die Grenzen ihrer Anwendungsbereiche abgesteckt und allfällige Umgehungsmöglichkeiten untersucht werden.

## II. Entstehungsgeschichte und Zielsetzung der §§ 25a und 25b Abs 2 IO

Primäre Stoßrichtung des IRÄG 2010 war der **Ausbau der insolvenzrechtlichen Sanierungsmechanismen**.<sup>1</sup> Besonderes Augenmerk wurde idZ auf die Vertragsbeziehungen des Insolvenzschuldners gelegt: Denn „die Fortführung und damit die Sanierung des Unternehmens“ kann – so der Gesetzgeber – „auch am Verhalten von Vertragspartnern des Unternehmers scheitern, insbesondere wenn die Vertragspartner Verträge über wiederkehrende Leistungen kündigen.“<sup>2</sup> Damit daher „den Sanierungsbemühungen des Schuldners nicht von vornherein der Boden entzogen wird, sollen Vertragsauflösungen durch Vertragspartner beschränkt werden.“<sup>3</sup> Anstoß für diese Überlegungen (und insb für die Schaffung des § 25a IO) waren dabei insb der *UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law 2005*<sup>4</sup> sowie der *Automatic Stay* in Chapter 11 des US-amerikanischen Insolvenzrechts.<sup>5</sup>

Während § 25a IO ein gänzlichliches *novum* im österreichischen Insolvenzrecht darstellt,<sup>6</sup> fand sich eine mit § 25b Abs 2 IO gleichlautende, jedoch auf das Ausgleichsverfahren beschränkte Regelung bereits in § 20e Abs 2 AO aF.<sup>7</sup> Diese Bestimmung wurde sinngemäß in das Insolvenzverfahren übernommen, „weil auch hier ein solcher Automatismus nicht gerechtfertigt ist. Wenn keine sonstigen Gründe für eine Vertragsauflösung vorliegen, soll das bloße Faktum der

---

1 ErläutRV zum IRÄG 2010, 612 BlgNR 24. GP 1; vgl auch *Mohr*, Sanierungsplan und Sanierungsverfahren nach dem Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2010 (2010) Rz 1 ff.

2 ErläutRV zum IRÄG 2010, 612 BlgNR 24. GP 12.

3 ErläutRV zum IRÄG 2010, 612 BlgNR 24. GP 12.

4 Abrufbar unter: [http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/05-80722\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/05-80722_Ebook.pdf) (abgerufen am 1.5.2013).

5 ErläutRV zum IRÄG 2010, 612 BlgNR 24. GP 12 f.

6 *Pariasek*, IRÄG 2010: Neuerungen im Zusammenhang mit Bestandrechten – Ein Überblick, wobl 2010, 237 (238); *Reisenhofer*, Die Bestimmungen zur Auflösung von Verträgen nach dem IRÄG 2010, Zak 2010, 287.

7 *Bollenberger*, Ausgewählte Rechtsfragen der Vertragsauflösungssperre nach § 25a IO, in Konecny (Hrsg), Insolvenz-Forum 2010 (2011) 17 (20); *Konecny*, Das Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2010, ZIK 2010, 82 (86); *Mohr*, Neuerungen im Unternehmensinsolvenzrecht – IRÄG 2010, ÖJZ 2010, 887 (892); *Nunner-Krautgasser*, IRÄG 2010 und Vertragsauflösungssperre, in Konecny (Hrsg), Insolvenz-Forum 2009 (2010) 81 (101).

Eröffnung eines Insolvenzverfahrens dafür nicht ausreichen.“<sup>8</sup> Dies sei den Gläubigern (wohl gemeint: Vertragspartnern) insofern zumutbar, „als die nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens entstehenden Forderungen als Masseforderungen zur Gänze zu bezahlen sind. Vor diesem Hintergrund besteht kein berücksichtigungswürdiger Bedarf, an die Insolvenzeröffnung jedenfalls eine Vertragsauflösung zu knüpfen.“<sup>9</sup>

### III. Wirkungsweise der Vertragsauflösungssperre nach § 25a IO

#### A. § 25a IO als Teil des materiellen Insolvenzrechts

Wenn die Vertragsauflösung die Fortführung des Unternehmens gefährden könnte, können Vertragspartner des Schuldners mit dem Schuldner geschlossene Verträge bis zum Ablauf von sechs Monaten nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens nur aus wichtigem Grund auflösen (§ 25a Abs 1 IO). Nicht als wichtiger Grund gilt eine Verschlechterung der wirtschaftlichen Situation des Schuldners (Z 1) und Verzug des Schuldners mit der Erfüllung von vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens fällig gewordenen Forderungen (Z 2). Diese Beschränkungen gelten allerdings nicht (§ 25a Abs 2 IO), wenn die Auflösung des Vertrags zur Abwendung schwerer persönlicher oder wirtschaftlicher Nachteile des Vertragspartners unerlässlich ist (Z 1), bei Ansprüchen auf Auszahlung von Krediten (Z 2) und bei Arbeitsverträgen (Z 3).

§ 25a IO kommt nach eM erst **ab Eröffnung des Insolvenzverfahrens**<sup>10</sup> zur Anwendung; vor Verfahrenseröffnung erfolgte Vertragsauflösungen bleiben von § 25a IO hingegen unberührt.<sup>11</sup> Wenngleich dieser Begriff keineswegs unumstritten ist,<sup>12</sup> kann § 25a IO (zu Zwecken der plakativen Abgrenzung zu § 25b Abs 2 IO<sup>13</sup>) daher trefflich als **materielles Insolvenzrecht** bezeichnet werden. Darunter soll hier im Anschluss an *Bartsch/Pollak* die Gesamtheit jener **Rechtssätze** verstanden werden, **in denen sich die Wirkung der Insolvenz auf den Inhalt der durch die Insolvenz betroffenen Rechtsverhältnisse äußert**.<sup>14</sup>

Dieses materiell-insolvenzrechtliche Verständnis des § 25a IO hat im Übrigen nichts damit zu tun, dass dieser nach hA nicht auf die Zeit vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens zurückwirkt. Selbst im Falle einer (im Ministerialentwurf zum

8 ErläutRV zum IRÄG 2010, 612 BlgNR 24. GP 13.

9 ErläutRV zum IRÄG 2010, 612 BlgNR 24. GP 14.

10 Siehe nur *Bollenberger* in Konecny, Insolvenz-Forum 2010, 26 f; *Mohr*, Sanierungsplan Rz 711 f; *Widhalm-Budak*, Verhinderung der Vertragsauflösung und unwirksame Vereinbarungen, in Konecny (Hrsg), IRÄG 2010 (2010) 23 (27).

11 Etwa *Mohr*, Sanierungsplan Rz 712; *Spiegel/Benes*, Insolvenzordnung: Kreditvergabe und Insolvenzrisiken, RdW 2010, 751 (758); *Widhalm-Budak* in Konecny, IRÄG 2010, 28; nun auch LGZ Graz 24.5.2011, 7 R 62/11f ZIK 2012/39.

12 Vgl dazu sowie zu einer ausführlichen Standortbestimmung des Insolvenzrechts *Nunner-Krautgasser*, Schuld, Vermögenshaftung und Insolvenz (2007) 234 ff.

13 Dazu unten, V.A., Seite 229.

14 *Bartsch/Pollak*, Konkurs-, Ausgleichs- und Anfechtungsordnung, Einführungsverordnung und Geschäftsaufsichtsgesetz<sup>3</sup> I (1937) 11, die freilich noch von der Wirkung des Konkurses auf die durch den Konkurs betroffenen Rechtsverhältnisse sprachen.

IRÄG 2010 noch vorgesehenen)<sup>15</sup> Rückwirkung des § 25a IO auf die Zeit vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens würde der Eintritt der Vertragsauflösungssperre eine **Wirkung der Insolvenz** auf die durch die Insolvenz betroffenen Rechtsverhältnisse darstellen. In jedem Fall ist § 25a IO daher als materielles Insolvenzrecht zu klassifizieren.

## B. Die Unzulässigkeit der Ausübung von Gestaltungsrechten

Innerhalb von sechs Monaten ab Verfahrenseröffnung verbietet § 25a Abs 1 IO (bei Erfüllung bestimmter Voraussetzungen und vorbehaltlich gewisser Ausnahmen) die **Auflösung eines Vertrags** durch den Vertragspartner des Insolvenzschuldners. Nach zutrA in der Lehre<sup>16</sup> ist hierunter der Ausspruch der Kündigung (bzw eines Vertragsrücktritts) und nicht die tatsächliche Beendigung des Vertragsverhältnisses zu verstehen. § 25a Abs 1 IO untersagt also die **Ausübung von zur Vertragsauflösung führenden Gestaltungsrechten der Vertragspartner des Schuldners**. Der offene Wortlaut sowie die Zielsetzungen der Norm legen dabei nahe, dass grundsätzlich alle Gestaltungsrechte des Vertragspartners (folglich nicht nur Kündigungs-, sondern etwa auch Rücktritts- oder Wandlungsrechte) von diesem Verbot umfasst sein sollen. Die Vertragsauflösung wegen Willensmängeln (wie Irrtum, List oder Drohung) muss im Lichte teleologischer Erwägungen aber wohl weiterhin möglich sein.<sup>17</sup> Ob die Gestaltungsrechte dem Vertragspartner von Gesetzes oder Vertrags wegen zustehen, ist nach zutr hL ohne Bedeutung.<sup>18</sup>

Alle **übrigen Arten der Endigung** einer Vertragsbeziehung (also etwa in Folge einvernehmlicher Auflösung,<sup>19</sup> durch Zeitablauf,<sup>20</sup> durch Eintritt einer Resolutivbedingung,<sup>21</sup> durch Untergang der Bestandsache oder durch Vereinigung) bleiben **von § 25a IO unberührt**. *Mohr* vertritt demgegenüber die Ansicht, dass sich Vertragspartner auch auf **Resolutivbedingungen** nur dann berufen können sollen, wenn es sich dabei gleichzeitig um einen wichtigen Grund handle.<sup>22</sup> Dies sei notwendig, um eine Umgehung der Auflösungssperre des § 25a IO zu verhindern.<sup>23</sup> Dieser Auffassung ist mE nicht zu folgen:<sup>24</sup> **Erstens** spricht der **Wort-**

---

15 ME IRÄG 2010, 83/ME 24. GP Mat 11.

16 *Kernbichler*, Die Kündigung von Versicherungsverträgen in der Insolvenz des Versicherungsnehmers, wbl 2011, 1 (7); *Widhalm-Budak* in Konecny, IRÄG 2010, 28.

17 Ähnlich *Leupold/Ramharter*, Das Kündigungsrecht des Versicherers in der Insolvenz des Versicherungsnehmers nach dem IRÄG 2010, GesRZ 2012, 229 (241); *Nunner-Krautgasser* in Konecny, Insolvenz-Forum 2009, 98; vgl auch *Bollenberger* in Konecny, Insolvenz-Forum 2010, 25.

18 Vgl *Bollenberger* in Konecny, Insolvenz-Forum 2010, 20; *Fichtinger/Foglar-Deinhardstein*, Die Zulässigkeit von Lösungsklauseln für den Insolvenzfall nach dem IRÄG 2010, insbesondere bei Kreditgeschäften, ÖBA 2010, 818 (822); *Konecny*, ZIK 2010, 86 f; *Nunner-Krautgasser* in Konecny, Insolvenz-Forum 2009, 98.

19 *Mohr*, Sanierungsplan Rz 714; *Schartner*, Der Mieter in der Insolvenz, wobl 2011, 255 (263).

20 *Bollenberger* in Konecny, Insolvenz-Forum 2010, 26; *Mohr*, ÖJZ 2010, 892; *ders*, Sanierungsplan Rz 714; *Nunner-Krautgasser* in Konecny, Insolvenz-Forum 2009, 97; *Schartner*, wobl 2011, 263; *Widhalm-Budak* in Konecny, IRÄG 2010, 28.

21 AA *Mohr*, Sanierungsplan Rz 715; dazu gleich im Text.

22 *Mohr*, Sanierungsplan Rz 715.

23 *Mohr*, Sanierungsplan Rz 715.

**laut der Bestimmung** gegen eine solche Auslegung. Der Begriff der Vertragsauflösung meint (wie soeben dargestellt) nämlich nicht die Beendigung des Vertragsverhältnisses als solche, sondern die Ausübung des zur Beendigung führenden Gestaltungsrechts. Einer solchen bedarf es beim Eintritt einer Resolutivbedingung aber gar nicht. **Zweitens** kann es für die Zulässigkeit der automatischen Vertragsauflösung **keinen Unterschied** machen, ob der Eintritt des zukünftigen Ereignisses gewiss (**Befristung**)<sup>25</sup> oder ungewiss (**Bedingung**)<sup>26</sup> ist. Jedenfalls die Vertragsbeendigung durch Fristablauf soll nach ganz eL aber nicht von § 25a IO berührt werden.<sup>27</sup> Und zwar aus gutem Grund: Wertungsmäßig ist es durchaus nicht gleichbedeutend, ob ein von vorneherein mit Ablaufdatum (sei es Befristung oder Bedingung) versehenes Vertragsverhältnis während des Insolvenzverfahrens „künstlich weitergeführt“ wird oder ob ein auf unbestimmte Dauer abgeschlossenes Vertragsverhältnis bloß vorübergehend nicht grundlos aufgelöst werden kann. Im ersten Fall würde ungleich tiefer in die Rechtsposition des Vertragspartners eingegriffen, weil im Ergebnis ein **Vertragsverhältnis**, das dergestalt (nämlich nach Fristablauf oder nach Bedingungseintritt) gar nie gewollt war, überhaupt erst **geschaffen würde**. Dies erinnert stark an einen Kontrahierungszwang und geht wohl weit über die vom Gesetzgeber beabsichtigte Eingriffsintensität hinaus. Demgegenüber war der Vertragspartner im zweiten Fall grundsätzlich mit einer unbefristeten Vertragsdauer einverstanden. Ihm sein Auflösungsrecht für sechs Monate nur bei berechtigtem Interesse (wichtiger Grund, schwerer persönlicher oder wirtschaftlicher Nachteil) zu gewähren, stellt eine weit weniger schwerwiegende Beeinträchtigung seiner Rechtssphäre dar. Und schließlich ist **drittens** durchaus zweifelhaft, ob die **Miteinbeziehung von Resolutivbedingungen** zum Schutze vor Umgehungskonstruktionen überhaupt **notwendig** ist. Bereits eine etwas großzügigere Auslegung<sup>28</sup> des § 25b Abs 2 IO kann im Ergebnis vielen unsachlichen Vereinbarungen einen Riegel vorschieben. Ein „absoluter“ Schutz aller Vertragsverhältnisse des Schuldners kann dadurch zwar nicht erreicht werden. Allerdings ist fraglich, wie weit eine insolvenzrechtliche Vertragsauflösungssperre ganz allgemein gehen soll. Klar ist nämlich, dass die Erhöhung des Schutzniveaus für den Insolvenzschuldner die Rechtsposition der Vertragspartner beeinträchtigt.<sup>29</sup> Eine gänzliche Unantastbarkeit der Vertragsverhältnisse kann daher nur durch empfindliche Einschnitte in die Rechtsposition der Vertragspartner erzielt werden. Diese Absicht kann (man beachte etwa die beschwichtigenden erläuternden Bemerkungen<sup>30</sup> oder die Ausnahme des § 25a Abs 2 Z 1 IO) dem Gesetzgeber aber nicht unterstellt werden. Im **Ergebnis** ist daher jener Ansicht der Vorzug zu geben, wonach der

24 Ebenso *Fichtinger/Foglar-Deinhardstein*, ÖBA 2010, 823.

25 P. *Bydliński*, Bürgerliches Recht I – Allgemeiner Teil<sup>6</sup> (2013) Rz 10/17; *Koziol/Welser*, Grundriss des bürgerlichen Rechts<sup>13</sup> I (2006) 196.

26 Vgl §§ 696 und 704 ABGB; *Apathy/Riedler* in Schwimann (Hrsg), Praxiskommentar zum ABGB samt Nebengesetzen<sup>3</sup> IV (2005 und 2006) § 897 ABGB Rz 1 und 4; P. *Bydliński*, Allgemeiner Teil<sup>6</sup> Rz 10/13; *Koziol/Welser*, Grundriss<sup>13</sup> I 194.

27 *Bollenberger* in Konecny, Insolvenz-Forum 2010, 26; *Fichtinger/Foglar-Deinhardstein*, ÖBA 2010, 822; *Mohr*, ÖJZ 2010, 892; *ders*, Sanierungsplan Rz 714; *Nunner-Krautgasser* in Konecny, Insolvenz-Forum 2009, 97; *Schartner*, wobl 2011, 263; *Spiegel/Benes*, RdW 2010, 756; *Widhalm-Budak* in Konecny, IRÄG 2010, 28.

28 Siehe dazu unten, V.B.2., Seiten 230 ff.

29 Vgl auch *Bollenberger* in Konecny, Insolvenz-Forum 2010, 21 ff.

30 ErläutRV zum IRÄG 2010, 612 BlgNR 24. GP 13.

Eintritt von Resolutivbedingungen trotz aufrechter Vertragsauflösungssperre weiterhin zur Vertragsbeendigung führt.

#### IV. Wirkungsweise der Vereinbarungsbeschränkung des § 25b Abs 2 IO

##### A. § 25b Abs 2 IO als allgemeines Zivilrecht

Die zweite zentrale Norm der IO zum Schutz der Vertragsverhältnisse des Schuldners findet sich in § 25b Abs 2 IO: Dieser erklärt die Vereinbarung eines Rücktrittsrechts oder der Vertragsauflösung für den Fall der Eröffnung des Insolvenzverfahrens für unzulässig (außer bei Verträgen nach § 20 Abs 4 IO). Die Wirkungsweise dieser Bestimmung wurde in der bisherigen Literatur noch nicht abschließend diskutiert; die hL scheint § 25b Abs 2 IO aber (gleich wie § 25a IO) eine **materiell-insolvenzrechtliche Wirkung** zuerkennen zu wollen. So wird in der Literatur etwa vertreten, dass § 25b Abs 2 IO „in allen Insolvenzverfahren“<sup>31</sup> bzw „in allen Verfahrensabläufen des Insolvenzverfahrens“<sup>32</sup> zur Anwendung komme sowie dass § 25b IO „in laufenden Konkursverfahren [nach der KO; Anm] nicht anzuwenden“<sup>33</sup> sei. Diesen Aussagen liegt ganz offensichtlich die Auffassung zu Grunde, dass § 25b Abs 2 IO erst im Insolvenzverfahren wirke und damit materielles Insolvenzrecht<sup>34</sup> darstelle.

Vieles spricht allerdings dafür, § 25b Abs 2 IO bereits vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens und zwar unabhängig von der Insolvenz des Vertragspartners Wirkung zuzuerkennen (**allgemein-zivilrechtliche Wirkung**): Jedenfalls der **Wortlaut** der Bestimmung deutet auf ein solches Verständnis hin; insb enthält § 25b Abs 2 IO (anders als § 25a Abs 1 IO: „...bis zum Ablauf von sechs Monaten nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens...“) keinen Hinweis auf eine Verbindung zwischen Wirkung der Norm und der Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Verboten wird außerdem nicht die Vertragsauflösung selbst, sondern die **Vereinbarung** eines Rücktrittsrechts oder der Vertragsauflösung für den Fall der Eröffnung des Insolvenzverfahrens, also ein Vorgang, der regelmäßig (wenngleich natürlich nicht zwangsläufig) **vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens stattfindet**. Es erscheint kaum nachvollziehbar, warum eine solche Vereinbarung nicht unmittelbar bei ihrem Abschluss, sondern erst bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens unwirksam sein sollte.

Aus **systematischem Blickwinkel** lässt sich die hier vertretene Ansicht insb durch die Rückwirkungsbestimmung des § 273 Abs 7 IO untermauern, wonach § 25b idF des IRÄG 2010 auch auf vor dem 1.7.2010 abgeschlossene Vereinbarungen anwendbar ist. Dabei kann zunächst festgehalten werden, dass § 273 Abs 7 IO von der **Anwendbarkeit auf Vereinbarungen** und nicht von der „Anwendbarkeit in anhängigen Insolvenzverfahren“ (anders als etwa Abs 8 leg cit) spricht. Aufschlussreich ist aber insb die Tatsache, dass die IO **keine entspre-**

---

31 *Fichtinger/Foglar-Deinhardstein*, ÖBA 2010, 820; *Widhalm-Budak* in Konecny, IRÄG 2010, 30; ähnlich *Konecny*, Neues Insolvenzrecht, JBI 2010, 777 (778).

32 *Schartner*, wobl 2011, 264.

33 *Reisenhofer*, Der zeitliche Anwendungsbereich des IRÄG 2010, in Konecny, IRÄG 2010, 189 (195) und ihr folgend OGH 9.3.2011, 7 Ob 21/11f ecolex 2011/269.

34 Zum Begriff des materiellen Insolvenzrechts oben, III.A., Seite 223.

**chende Rückwirkungsbestimmung für § 25a IO** enthält. Eine solche ist hier deswegen gar nicht notwendig, weil § 25a IO nicht in bestehende Verträge eingreift, sondern lediglich die Ausübung von Gestaltungsrechten im Insolvenzverfahren (also konkret: das materielle Insolvenzrecht) verändert. Anderes gilt für § 25b Abs 2 IO: Dieser vernichtet ihm entgegenstehende Vereinbarungen **unabhängig von der tatsächlichen Eröffnung eines Insolvenzverfahrens** und stellt damit eine allgemein-zivilrechtliche Norm dar. Bei einer rein auf das Insolvenzverfahren beschränkten Wirkung des § 25b Abs 2 IO hätte es einer solchen Rückwirkungsbestimmung (genau wie bei § 25a IO) überhaupt nicht bedurft.

Die hier vorgeschlagene Sichtweise ist aber insb aus **objektiv-teleologischen Überlegungen** notwendig. Andernfalls ließe sich nämlich das Ziel des Gesetzgebers, sachlich nicht gerechtfertigte Vertragsautomatismen zu unterbinden, durch einfache Umgehungskonstruktionen problemlos vereiteln. Wird bspw in einem Mietvertrag ein Auflösungsrecht des Vermieters für den Fall der Insolvenzantragstellung hinsichtlich des Vermögens des Mieters vereinbart, so handelt es sich dabei offenkundig um eine Abrede, die mit der Schaffung des § 25b Abs 2 IO unterbunden werden sollte.<sup>35</sup> Ginge man davon aus, dass § 25b Abs 2 IO erst ab Eröffnung des Insolvenzverfahrens wirkte, so wäre das Mietverhältnis bei Insolvenzantragstellung aber zunächst einmal aufgelöst. Diese Auflösung wäre im Übrigen rechtmäßig erfolgt, weil ihr keine zivilrechtliche Norm entgegenstünde. Erst ab Eröffnung des Insolvenzverfahrens könnte versucht werden, die Vertragsbeendigung wegen Nichtigkeit der Klausel anzufechten. Ob das allerdings dazu führen kann, dass der Vertrag (*ex tunc*) wieder auflebt, darf zumindest bezweifelt werden. Folgefragen, wie bei einer allfälligen Neuinbestandgabe eines Mietobjekts zu verfahren wäre oder ob die Klausel nun endgültig vernichtet wäre (und damit im Falle einer erneuten Insolvenz überhaupt nicht mehr zur Anwendung kommt) wären vorprogrammiert. Eine Deutung des § 25b Abs 2 IO als allgemeines Zivilrecht würde demgegenüber zur **Nichtigkeit**<sup>36</sup> der Vereinbarung bereits **bei Vertragsabschluss** führen und die hier genannten Probleme damit gewissermaßen „gleich an der Wurzel“ beseitigen. Der Wille des Gesetzgebers, an die Verfahrenseröffnung geknüpfte Vertragsauflösungen zu unterbinden, kann auf diese Weise ungleich besser verwirklicht werden.

## **B. Die Nichtigkeit von gegen § 25b Abs 2 IO verstoßenden Vereinbarungen**

§ 25b Abs 2 IO ist eine **Verbotsnorm** iSd § 879 Abs 1 ABGB. Einer Verbotsnorm entgegenstehende Vereinbarungen sind grundsätzlich nichtig, wenn dies entweder ausdrücklich angeordnet ist oder vom Verbotszweck der Norm erfordert wird.<sup>37</sup> Eine ausdrückliche Anordnung kann dem Wortlaut (der lediglich von „Unzulässigkeit“ spricht) zwar nicht entnommen werden, der Verbotszweck des § 25b Abs 2 IO erfordert aber jedenfalls die **Nichtigkeit** ihm **entgegenstehender**

35 Zu konkreten Auslegungsfragen des § 25b Abs 2 IO unten, V.B., Seiten 229 ff.

36 Dazu gleich, IV.B., Seiten 227 ff.

37 *Apathy/Riedler* in Schwimann, ABGB<sup>3</sup> IV § 879 Rz 3; *Bollenberger* in Koziol/Bydlinski/Bollenberger (Hrsg), Kurzkomentar zum ABGB<sup>3</sup> (2010) § 879 Rz 3; *Krejci* in Rummel (Hrsg), Kommentar zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch<sup>3</sup> I (2000) § 879 Rz 25.

**Vereinbarungen.**<sup>38</sup> Hierin besteht ein bedeutsamer Unterschied zu § 25a Abs 1 IO: Während § 25b Abs 2 IO Auflösungsrechte in seinem Anwendungsbereich vernichtet, verbietet § 25a Abs 1 IO lediglich temporär deren Ausübung. Nach Ablauf der Sechsmonatsfrist bzw nach Wegfall eines der Tatbestandsmerkmale des § 25a Abs 1 IO kann ein Kündigungs- bzw Rücktrittsrecht daher wieder ganz normal ausgeübt werden.

Hinsichtlich des **Umfangs** der Nichtigkeit ist wiederum auf den Zweck der Verbotsnorm abzustellen;<sup>39</sup> bei § 25b Abs 2 IO ist daher von einer **Teilnichtigkeit** (lediglich) der Auflösungsvereinbarung auszugehen. Fiele bei Verstoß gegen § 25b Abs 2 IO nämlich nicht bloß die Auflösungs- oder Rücktrittsklausel, sondern gleich der ganze Vertrag weg (Gesamtnichtigkeit), wäre die vom Gesetzgeber angestrebte Aufrechterhaltung des Vertragsverhältnisses erst recht vereitelt.

Fraglich ist allerdings, ob ein Verstoß gegen § 25b Abs 2 IO die **absolute oder relative Nichtigkeit** der Vereinbarung nach sich zieht. Während der Wortlaut der Norm nämlich von der „Unzulässigkeit“ der Vereinbarung spricht, ist der gesamte § 25b IO (anders noch als § 25a KO aF oder § 20e AO aF) mit dem Titel „Unwirksame Vereinbarungen“ versehen. Für eine relative Nichtigkeit spricht zwar auf den ersten Blick, dass nur jener Vertragspartner geschützt werden soll, zu dessen Lasten die Auflösungsvereinbarung geschlossen wurde (maW: der künftige Insolvenzschildner). Letztlich liegt eine erfolgreiche Unternehmenssanierung (und eine solche soll § 25b Abs 2 IO ja ermöglichen) aber nicht bloß im Interesse des Insolvenzschildners, sondern auch im Interesse der Insolvenzgläubiger (ein lebendes Unternehmen ist regelmäßig wertvoller als ein zerschlagenes), der übrigen Vertragspartner des Schuldners sowie des Staats (im Sinne einer funktionierenden Wirtschaftsordnung). Eine gegen § 25b Abs 2 IO verstoßende Vereinbarung läuft daher nicht nur den Interessen des Insolvenzschildners selbst, sondern auch den Interessen Dritter sowie der Allgemeinheit zuwider, was für die Annahme einer absoluten Nichtigkeit spricht. Im Übrigen soll die Anfechtbarkeit der Vereinbarung bei bloß relativer Nichtigkeit dem Geschützten den Vorteil gewähren, dass er die für ihn günstigere Variante (im vorliegenden Fall: Aufrechterhaltung oder eben Auflösung des Vertragsverhältnisses) wählen kann.<sup>40</sup> Dieses Schutzes bedarf es hier im Regelfall<sup>41</sup> aber deswegen nicht, weil sich der Insolvenzverwalter ohnehin nach §§ 21 ff IO privilegiert von Verträgen lösen kann. Insgesamt ist daher der Annahme einer (*ex tunc* wirkenden) **absolu-**

---

38 *Trettnak/Höfer*, Vertragsauflösung reloaded – Gedanken zur Vertragsauflösung im Lichte der neuen Insolvenzordnung, ZIK 2010, 204 (205); zu § 20e Abs 2 AO auch schon *Oberhammer*, Kündigung durch den Verpächter im Konkurs des Pächters, wobl 2006, 74 (84); vgl auch *Fichtinger/Foglar-Deinhardstein*, ÖBA 2010, 823, die sich allerdings vorstellen können, ein Kündigungsrecht für den Fall der Eröffnung des Insolvenzverfahrens in ein Kündigungsrecht für den Fall der Verschlechterung der wirtschaftlichen Situation umzudeuten. Eine solche Umdeutung ist mE wegen ganz massiver **Rechtssicherheitsbedenken** aber abzulehnen.

39 *Apathy/Riedler* in Schwimann, ABGB<sup>3</sup> IV § 879 Rz 37; *Bollenberger* in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB<sup>3</sup> § 879 Rz 29; *Koziol/Welser*, Grundriss<sup>13</sup> I 182; *Krejci* in Rummel, ABGB<sup>3</sup> I § 879 Rz 250.

40 *P. Bydlinski*, Allgemeiner Teil<sup>6</sup> Rz 7/5.

41 Ausnahmen sind etwa im Bereich der Bestandverträge denkbar, weil sich der Insolvenzverwalter im Anwendungsbereich des § 23 IO weiterhin an Kündigungsfristen halten muss und die vereinbarte sofortige Vertragsauflösung daher für den Insolvenzverwalter günstiger sein könnte.

**ten Nichtigkeit** der Vorzug zu geben. Die aufgrund einer gem § 25b Abs 2 IO verstoßenden Vereinbarung ausgesprochene Kündigung (bzw ein entsprechender Vertragsrücktritt) ist daher schlicht rechtsunwirksam.

## V. Umgehungsmöglichkeiten

### A. Zum Zusammenspiel von § 25a und 25b Abs 2 IO bei vertraglichen Auflösungsrechten

§ 25a stellt die **zentrale Norm** der IO zum **Schutz unternehmenswichtiger Vertragsverhältnisse** dar. § 25b Abs 2 IO wirkt hier insoweit bloß ergänzend,<sup>42</sup> als an die Verfahrenseröffnung gebundene Vertragsauflösungen verhindert werden, die dazu führen würden, dass § 25a IO (mangels aufrechten Vertrags) gar nicht zur Anwendung käme. Der wesentliche Unterschied zwischen § 25a und § 25b Abs 2 IO besteht (wie in den vorigen Abschnitten dargelegt) darin, dass § 25a IO als materielles Insolvenzrecht erst ab Eröffnung des Insolvenzverfahrens anzuwenden ist, während § 25b Abs 2 IO als allgemein-zivilrechtliche Bestimmung auch außerhalb des Insolvenzverfahrens wirkt. Daher greift die Vertragsauflösungssperre des § 25a IO erst mit Beginn der Wirkungen des Insolvenzeröffnungsbeschlusses (und zwar für eine Dauer von maximal sechs Monaten), während unter § 25b Abs 2 IO fallende Vereinbarungen **bereits bei Vertragsabschluss unwirksam** sind.

Nun gibt es zwar theoretisch Überschneidungsbereiche der beiden Normen im Bereich von vertraglich vereinbarten Rücktritts- bzw Kündigungsrechten, die an die Verfahrenseröffnung geknüpft sind. Solche Vereinbarungen gelangen aber deswegen gar nicht in den Anwendungsbereich des § 25a Abs 1 IO, weil sie im Falle des Verstoßes gegen § 25b Abs 2 IO bereits bei Vertragsabschluss nichtig sind. Erst wenn eine vertragliche Lösungsvereinbarung die Vereinbarungsbeschränkung des § 25b Abs 2 IO „passiert“ hat, darf sie ab Eröffnung des Insolvenzverfahrens gem § 25a Abs 1 IO möglicherweise (für einen gewissen Zeitraum) nicht mehr ausgeübt werden. In einem **zweistufigen Prüfungsschema** ist daher zunächst die Vereinbarkeit einer Klausel mit § 25b Abs 2 IO zu prüfen. Erst in einem zweiten Schritt ist zu untersuchen, ob das Kündigungs- oder Rücktrittsrecht im Lichte des § 25a IO ausgeübt werden kann.

### B. Möglichkeiten der Umgehung des § 25b Abs 2 IO

#### 1. Allgemeines

Der Wortlaut des § 25b Abs 2 IO ist (insb was den erfassten Auflösungszeitpunkt betrifft) eher eng gehalten, was findige Vertragsjuristen zu Umgehungskonstruktionen geradezu einlädt. Eine etwas extensivere Interpretation des Wortlauts

---

42 Vgl *Nunner-Krautgasser* in Konecny, Insolvenz-Forum 2009, 100; *Reisenhofer*, Das Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2010 (Teil I) – Das Konkursverfahren nach der IO, JAP 2010/2011, 44 (46); *Umlauf*, Insolvenzeröffnung als gesellschaftsvertraglich vereinbarter Grund des Ausscheidens aus der Gesellschaft: Zulässigkeit nach IRÄG 2010? in Altmepfen/Fitz/Honsell (Hrsg), FS für Günther H. Roth (2011) 845 (846).

erscheint daher grundsätzlich angebracht, wenn § 25b Abs 2 IO (und mit ihm das gesamte vertragsrechtliche Sanierungskonzept der IO) nicht gänzlich in der Bedeutungslosigkeit versinken soll. Das bedeutet aber nicht, dass es überhaupt keine Möglichkeiten gäbe, sich im Hinblick auf die Verschlechterung der wirtschaftlichen Situation oder die Insolvenz seines Vertragspartners abzusichern.

Eine „Umgehung“ des § 25b Abs 2 IO kann dabei (abhängig davon, welchem Tatbestandsmerkmal man ausweichen möchte) grundsätzlich auf **zwei Arten** versucht werden, und zwar durch

1. Vereinbarungen, die zwar ein Auflösungsrecht vorsehen, dieses aber nicht explizit an die Eröffnung des Insolvenzverfahrens, sondern an einen anderen insolvenznahen Umstand knüpfen (Umgehung des Tatbestandsmerkmals der **Eröffnung des Insolvenzverfahrens**),<sup>43</sup> sowie durch
2. Vereinbarungen, die für den Fall der Eröffnung des Insolvenzverfahrens zwar kein Auflösungsrecht vorsehen, dafür aber andere Rechte und Pflichten an die Verfahrenseröffnung knüpfen, die möglicherweise im Ergebnis zu einer Vertragsauflösung führen würden (Umgehung des Tatbestandsmerkmals **Vereinbarung eines Rücktrittsrechts oder der Vertragsauflösung**).<sup>44</sup>

Die Zulässigkeit von Vereinbarungen beider Fallgruppen soll nun näher untersucht werden.

## 2. Umgehung des Tatbestandsmerkmals der Eröffnung des Insolvenzverfahrens

Die Auslegung des Tatbestandsmerkmals der **Eröffnung des Insolvenzverfahrens** ist besonders heikel: Reduzierte man den Anwendungsbereich des § 25b Abs 2 IO auf die juristische Sekunde der Verfahrenseröffnung,<sup>45</sup> so wäre einer Umgehung der Norm durch Verlagerung der Auflösung auf einen Zeitpunkt vor oder nach Verfahrenseröffnung Tür und Tor geöffnet.<sup>46</sup> Gegen eine allzu extensive Interpretation sprechen demgegenüber Bedenken im Hinblick auf eine übermäßige Einschränkung der privatrechtlichen Vertragsfreiheit.

Nach Ansicht des Gesetzgebers stellt die bloße Eröffnung des Insolvenzverfahrens – wie erwähnt – keine sachliche Rechtfertigung für eine Vertragsauflösung dar.<sup>47</sup> Tatsächlich trifft dies aber auch auf viele andere formelle Ereignisse eines Insolvenzverfahrens (etwa die Insolvenzantragstellung, die Bestellung eines Insolvenzverwalters oder die Anberaumung einer Prüfungstagsatzung) zu. § 25b Abs 2 IO muss daher dahingehend verstanden werden, dass überhaupt **kein Anknüpfungspunkt des formellen Insolvenzverfahrens bzw des Eröff-**

---

43 Dies regt etwa *Bollenberger*, Kautelarjurisprudenz – Möglichkeiten und Grenzen, ÖJZ 2011, 797 (801) an.

44 Auf die Möglichkeit (und Unzulässigkeit) solcher Umgehungen wird in der Literatur vielfach hingewiesen; vgl *Fichtinger/Foglar-Deinhardstein*, ÖBA 2010, 823; *Mohr*, Sanierungsplan Rz 709; *Nunner-Krautgasser* in Konecny, Insolvenz-Forum 2009, 99; *Widhalm-Budak* in Konecny, IRÄG 2010, 32.

45 Also auf 00:00 Uhr des Tages, der der öffentlichen Bekanntmachung des Eröffnungsbeschlusses im Insolvenzedikt folgt; vgl § 2 Abs 1 IO.

46 Ebenso *Konecny*, ZIK 2010, 86 f; *Weber*, Das Schicksal von Konventionalstrafen in der Insolvenz, ZIK 2012, 168 (169).

47 ErläutRV zum IRÄG 2010, 612 BlgNR 24. GP 13; vgl auch oben, II., Seiten 222 f.

**nungsverfahrens** wirksam als Anknüpfungspunkt vereinbart werden kann. Es erschiene geradezu absurd, eine durch die Verfahrenseröffnung ausgelöste Vertragsauflösung zu untersagen, aber andere damit **in notwendigem Kausalzusammenhang** stehende Anknüpfungspunkte (etwa die Insolvenzantragstellung) weiterhin zuzulassen. Der Zweck der Bestimmung (nämlich die Verhinderung unsachlicher Vertragsauflösungen) wäre durch eine derart engherzige Interpretation kaum umzusetzen.

In notwendigem Kausalzusammenhang mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens stehen Anknüpfungspunkte in drei Fällen:

1. Der **Eintritt des vereinbarten Auflösungsgrunds ist notwendige Voraussetzung für die Eröffnung des Insolvenzverfahrens**. Die Durchführung eines Insolvenzverfahrens ist also ohne Eintritt des Auflösungsgrunds nicht denkbar (der Verfahrenseröffnung zeitlich **vorgelagerter** Auflösungsgrund).
2. Der **Eintritt des vereinbarten Auflösungsgrunds** lässt sich unter eine **notwendige Voraussetzung** für die Eröffnung des Insolvenzverfahrens **subsumieren**; der Auflösungsgrund stellt also einen Unterfall einer notwendigen Voraussetzung iSd ersten Formel dar (der Verfahrenseröffnung zeitlich **vorgelagerter** Auflösungsgrund).<sup>48</sup>
3. Die **Eröffnung des Insolvenzverfahrens ist notwendige Voraussetzung für den Eintritt des Auflösungsgrunds**. Der Eintritt des Auflösungsgrundes ist daher ohne die Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht denkbar (der Verfahrenseröffnung zeitlich **nachgelagerter** Auflösungsgrund).

Kann der vereinbarte Anknüpfungspunkt unter eine dieser drei Formeln subsumiert werden, so verstößt die Vertragsklausel gegen § 25b Abs 2 IO und ist daher nichtig. Die Spanne an unzulässigen Zeitpunkten reicht dabei – zusammengefasst – vom **Eintritt der materiellen Insolvenz** über die **Aufhebung des Insolvenzverfahrens** bis hin zu **Überwachungshandlungen eines Treuhänders** oder dem Widerruf einer im **Abschöpfungsverfahren** erteilten Restschuldbefreiung. Daher sind auch die bisher durchaus gängig vereinbarten Anknüpfungspunkte der Zahlungsunfähigkeit, der insolvenzrechtlichen Überschuldung oder der Insolvenzantragstellung von § 25b Abs 2 IO erfasst.

**Weiterhin wirksam** sind demgegenüber Vereinbarungen, die eine Vertragsauflösung an die **Verschlechterung wirtschaftlicher Parameter** knüpfen;

---

48 Die erste der hier vorgeschlagenen Formeln geriete für sich alleine ins Wanken, wenn nur eine von mehreren Alternativen einer notwendigen Voraussetzung für die Eröffnung des Insolvenzverfahrens als Auflösungsgrund vereinbart wurde (etwa nur die Zahlungsunfähigkeit, nicht aber auch die Überschuldung; nur die Stellung eines Schuldnerantrags, nicht aber auch eines Gläubigerantrags; die Prüfung des Insolvenzantrags durch Richter X am zuständigen LG, nicht aber durch Richter Y). In diesem Fall ließe sich argumentieren, dass der vereinbarte Auflösungsgrund deswegen keine notwendige Voraussetzung für die Eröffnung des Insolvenzverfahrens im Sinne der ersten Formel darstelle, weil diese ja auch durch eine Alternative (also die Überschuldung, den Gläubigerantrag oder die Prüfung durch Richter Y) herbeigeführt werden könnte. Um komplizierten Kausalitätsproblemen gleich vorweg einen Riegel vorzuschieben und gleichzeitig trotzdem ein sachgerechtes Ergebnis erzielen zu können, ist im Bereich der der Verfahrenseröffnung vorgelagerten Auflösungsgründe daher die zweite Formel erforderlich.

das wird auch von der hL so vertreten.<sup>49</sup> Ebenfalls zulässiger Anknüpfungspunkt ist auch die **Abweisung** des Insolvenzantrags **mangels kostendeckenden Vermögens**, die ja gerade nicht zur Eröffnung eines Insolvenzverfahrens führt.

### 3. Umgehung des Tatbestandsmerkmals der Vertragsauflösung

Die zweite denkbare Möglichkeit der „Umgehung“ des § 25b Abs 2 IO besteht darin, nicht die Vertragsauflösung selbst, sondern eine **Vertragsänderung** für den Fall der Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu vereinbaren, die den Insolvenzverwalter (bzw den eigenverwaltenden Schuldner) zu einer Vertragsauflösung nach den §§ 21 ff IO zwingen würde.

Grundsätzlich werden **Vertragsänderungen** für den Fall der Eröffnung des Insolvenzverfahrens von der hA als **mit § 25b Abs 2 IO** (und auch mit § 25a IO) **vereinbar** angesehen;<sup>50</sup> dies artikuliert auch der Gesetzgeber in seinen Erläuterungen.<sup>51</sup> Insb wird vielfach der Zulässigkeit der Änderung der Zahlungsmodifikationen (etwa einer für den Fall der Eröffnung des Insolvenzverfahrens vereinbarten Umstellung auf Zug-um-Zug-Leistung oder auf Vorleistung des Schuldners) das Wort geredet.<sup>52</sup> Allerdings schränkt die Lehre zu Recht ein: Wenn die Vertragsänderung im Ergebnis zu einer Vertragsauflösung führen würde, ist sie als Umgehung des § 25b Abs 2 IO dennoch unwirksam.<sup>53</sup> Die diesbezügliche Beurteilung ist bei jenen Vertragsänderungen relativ unkompliziert, die **unabhängig von der Situation des Schuldners einer Vertragsauflösung gleichkommen** (etwa die Vereinbarung der Übertragung des Vertrags oder der Rechte aus dem Vertragsverhältnis).<sup>54</sup> Da solche Vereinbarungen im Ergebnis immer einer Auflösung gleichkommen, stellen sie **jedenfalls** eine **unzulässige Umgehung** des § 25b Abs 2 IO dar.

Problematischer ist die Bewertung von Vertragsklauseln, die bloß situationsbedingt möglicherweise mittelbar zu einer Vertragsauflösung führen (Erhöhung des Bestandzinses, Vertragsstrafen, etc). Die Schwierigkeit liegt hierbei darin, dass für die Beurteilung der Gesetz- bzw Sittenwidrigkeit von Vereinbarungen

---

49 *Fichtinger/Foglar-Deinhardstein*, ÖBA 2010, 824; *Hoenig*, Reichweite der Vertragsauflösungssperre der IO, RdW 2013, 515 (517 ff); *Spiegel/Benes*, RdW 2010, 757; *Trettnak/Höfer*, ZIK 2010, 206; *Widhalm-Budak* in Konecny, IRÄG 2010, 31.

50 *Konecny*, ZIK 2010, 86; *Mohr*, Sanierungsplan Rz 709; *Nunner-Krautgasser* in Konecny, Insolvenz-Forum 2009, 99; *Widhalm-Budak* in Konecny, IRÄG 2010, 32; krit *König*, Stellungnahme zum ME des IRÄG 2009, 3 (abrufbar unter: [www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIV/ME/ME\\_00083\\_01/index.shtml](http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIV/ME/ME_00083_01/index.shtml) [abgerufen am 6.9.2013]), der zu § 25a Abs 1 IO den folgenden Wortlaut vorgeschlagen hat: „... auflösen oder zum Nachteil des Vertragspartners abändern“.

51 ErläutRV zum IRÄG 2010, 612 BlgNR 24. GP 13 und JAB zum IRÄG 2010, 651 BlgNR 24. GP 2.

52 ErläutRV zum IRÄG 2010, 612 BlgNR 24. GP 13; *Mohr*, Sanierungsplan Rz 709; *ders*, ÖJZ 2010, 893; *Nunner-Krautgasser* in Konecny, Insolvenz-Forum 2009, 99; *Spiegel/Benes*, RdW 2010, 757; *Widhalm-Budak* in Konecny, IRÄG 2010, 32.

53 *Konecny*, ZIK 2010, 86; *Mohr*, ÖJZ 2010, 893; *Pariasek*, wobl 2010, 239; *Widhalm-Budak* in Konecny, IRÄG 2010, 32.

54 *Mohr*, Sanierungsplan Rz 709; *Schartner*, wobl 2011, 264; *Widhalm-Budak* in Konecny, IRÄG 2010, 31.

der **Zeitpunkt des Vertragsabschlusses** maßgeblich ist.<sup>55</sup> Vielfach wird bei Vertragsabschluss aber kaum absehbar sein, ob die Vertragsänderung bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens im Ergebnis zu einer Vertragsauflösung führen würde.

**Beispiel:** Der Verpächter V schließt mit P<sub>1</sub> und P<sub>2</sub> jeweils einen (mit Ausnahme des Bestandobjekts) identen Pachtvertrag ab. In beiden Verträgen findet sich die Verpflichtung des Pächters, bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens eine Kautions in Höhe eines Jahrespachtzinses zu erlegen. Über das Vermögen beider Pächter wird einige Zeit später das Insolvenzverfahren eröffnet. Während im Vermögen des P<sub>1</sub> noch ausreichend liquide Mittel zum Erlag der Kautions vorhanden sind, kann der Insolvenzverwalter des P<sub>2</sub> den erforderlichen Betrag nicht aufbringen. Mangels rechtzeitigen Erlags der Kautions kündigt V daher den Pachtvertrag mit P<sub>2</sub> auf.

Das Problem ist deutlich: Die Notwendigkeit der Beurteilung der Gesetzeswidrigkeit zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses erfordert eine **ex ante-Beurteilung** der Vereinbarkeit mit § 25b Abs 2 IO. Nachdem sich die faktische Unmöglichkeit der Aufrechterhaltung des Vertragsverhältnisses aufgrund der Vertragsänderung aber erst zum Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens herausstellt, müssen zwangsläufig (andere) Kriterien zur Beurteilung der Wirksamkeit von Vertragsänderungen entwickelt werden.

Problematisch (und daher iSd § 25b Abs 2 IO überprüfenswert) sind dabei überhaupt nur Vertragsänderungen, die den zukünftigen Insolvenzschuldner **benachteiligen**. Das mag selbstverständlich wirken, soll aber aus Gründen der Vollständigkeit festgehalten werden. Stellt die Vertragsänderung nun einen Nachteil für die Rechtsposition des Insolvenzschuldners dar, so ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob die Vertragsänderung dennoch **angemessen** ist.<sup>56</sup> Dies ergibt sich nicht zuletzt aus den Zielsetzungen des Insolvenzrechts als Ganzes: Besonders nachteilige Vertragsänderungen (etwa die Verdoppelung eines Mietzinses bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens) stehen nämlich nicht nur in Konflikt mit den insolvenzrechtlichen Mechanismen der Schuldner- bzw der Unternehmensanierung. Vielmehr können sie auch die Insolvenzmasse (möglicherweise in ungebührlichem Ausmaß) schmälern und sich damit unvorteilhaft auf die bestmögliche Gläubigerbefriedigung (den Mechanismus der Haftungsverwirklichung) auswirken. Vor allem wichtige Vertragspartner des Schuldners, deren Wegfall sich der Insolvenzverwalter schlichtweg nicht „leisten“ kann, hätten es dadurch in der Hand, sich auf Kosten der übrigen Insolvenzgläubiger zu bereichern. Gleichzeitig darf nicht übersehen werden, dass der Vertragspartner ab Eröffnung des Insolvenzverfahrens das Risiko der Masseinsuffizienz trägt; im Hinblick darauf ist ihm jedenfalls ein gewisses Sicherheitsbedürfnis zuzugestehen. Über dieses Sicherheitsbedürfnis hinausgehende (unangemessene) Benachteiligungen müssen mE aber nicht nur an der Gesetz- sondern insb an der **Sittenwidrigkeitsschranke des § 879 Abs 1 ABGB** scheitern. Dieser Abwägung

55 *Apathy/Riedler* in Schwimann, ABGB<sup>3</sup> IV § 879 Rz 3; *Bollenberger* in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB<sup>3</sup> § 879 Rz 1; *Krejci* in Rummel, ABGB<sup>3</sup> I § 879 Rz 15; OGH 13.7.1994, 3 Ob 503/93; RIS-Justiz RS0017936.

56 Eine ähnliche Wertung vertritt *Widhalm-Budak* in Konecny, IRÄG 2010, 32, wonach Kautionsen oder Vorleistungen, die der Höhe nach unangemessen sind, nach § 25b Abs 2 IO unzulässig seien.

liegen einerseits die Zielsetzungen des § 25b Abs 2 IO, andererseits die allgemeinen Werthaltungen des gesamten Insolvenzrechts zugrunde.

Unwirksam sind daher

1. Vereinbarungen, die einer **Vertragsauflösung gleichkommen** (solche Abreden sind gesetzwidrig, weil sie eine Umgehung des § 25b Abs 2 IO darstellen), sowie
2. Vereinbarungen, die den insolventen Vertragspartner für den Fall der Eröffnung des Insolvenzverfahrens **unangemessen benachteiligen** (wenngleich diese Abreden nicht ausdrücklich verboten sind, kann aus den Wertungen des § 25b Abs 2 IO im Speziellen sowie des Insolvenzrechts im Allgemeinen deren Sittenwidrigkeit abgeleitet werden).

Was konkret als angemessen zu bezeichnen ist, hängt dabei nicht zuletzt vom jeweiligen Vertragstypus ab. An der Vereinbarung der **Erhöhung des Bestandszinses** für den Insolvenzfall wird der Vertragspartner zB regelmäßig kein berechtigtes Interesse haben; dem Risiko einer Masseinsuffizienz ließe sich wohl schon durch den **Erlag einer moderaten Kautions**<sup>57</sup> begegnen. Die Vereinbarung der **Veränderung der Zahlungsmodalitäten** (etwa die Vereinbarung der Zug-um-Zug-Leistung<sup>58</sup> oder die Verkürzung der Abrechnungszeiträume<sup>59</sup>) wird demgegenüber in vielen Fällen angemessen sein. Skepsis ist hingegen bei der **Umstellung auf Vorausleistung** des Insolvenzschuldners angebracht.<sup>60</sup> Ob es angemessen ist, der Insolvenzmasse aufgrund der Verpflichtung der Vorausleistung das Risiko der Insolvenz des Vertragspartners aufzubürden, erscheint fraglich; hier kann dem berechtigten Sicherheitsinteresse des Vertragspartners durch den Erlag einer Sicherheitsleistung wohl hinreichend Genüge getan werden.

### C. Möglichkeiten der Umgehung des § 25a IO

Anders als die Vereinbarungsbeschränkung nach § 25b Abs 2 IO ist die Vertragsauflösungssperre nach § 25a IO **in ihrem Anwendungsbereich relativ umgehungsfest**. Zwar mag im Einzelfall unklar sein, ob die Vertragsauflösung tatsächlich die Unternehmensfortführung gefährden könnte. In der Praxis ist aber wohl jeder Vertragspartner im Hinblick auf potenzielle Schadenersatzansprüche der Insolvenzmasse gut beraten, den Vertrag im Zweifel weiterhin zu erfüllen, wenn der Insolvenzverwalter einer Kündigung oder einem Rücktritt die Sperre des § 25a IO entgegenhält.

---

57 Die Zulässigkeit eines Kautionserlags wird überwiegend bejaht; vgl *Schartner*, wobl 2011, 264; *Widhalm-Budak* in Konecny, IRÄG 2010, 32; einschränkend *Mohr*, Sanierungsplan Rz 709 sowie *ders*, ÖJZ 2010, 893, wonach der Erlag einer Sicherheitsleistung unzulässig sei, wenn sie ein Vielfaches des monatlich zu leistenden Betrags ausmache.

58 *Mohr*, ÖJZ 2010, 893; *Nunner-Krautgasser* in Konecny, Insolvenz-Forum 2009, 99; *Schartner*, wobl 2011, 264; *Widhalm-Budak* in Konecny, IRÄG 2010, 32.

59 *Mohr*, Sanierungsplan Rz 709; *ders*, ÖJZ 2010, 893; *Schartner*, wobl 2011, 264.

60 Deren Zulässigkeit wird in der Literatur vorsichtig bejaht; vgl *Nunner-Krautgasser* in Konecny, Insolvenz-Forum 2009, 99; *Pariasek*, wobl 2010, 239; *Schartner*, wobl 2011, 264; *Widhalm-Budak* in Konecny, IRÄG 2010, 32.

Um der Vertragsauflösungssperre zu entgehen, erscheint es daher am sinnvollsten, ihrem Anwendungsbereich großräumig auszuweichen. Das kann auf zwei Arten bewerkstelligt werden:

1. Der fragliche Vertrag wird **vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens aufgelöst**.<sup>61</sup> Wie bereits erwähnt,<sup>62</sup> wirkt § 25a IO nämlich nicht auf die Zeit vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens zurück; ein einmal beendetes Vertragsverhältnis kann daher (zumindest nach § 25a IO)<sup>63</sup> nicht wiederaufleben. Insb empfiehlt es sich daher, zur Vertragsauflösung berechtigende Zahlungsrückstände rasch als Kündigungsgrund geltend zu machen, wenn die materielle Insolvenz des Vertragspartners im Raum steht. Der Verzug mit vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens fällig gewordenen Forderungen stellt ab Verfahrenseröffnung nämlich gem § 25a Abs 1 Z 2 IO keinen wichtigen Auflösungsgrund (mehr) dar.
2. Der Vertrag wird mit einer **Resolutivbedingung**<sup>64</sup> **oder einer Befristung** versehen. § 25a IO verhindert nämlich nur die Ausübung von Gestaltungsrechten,<sup>65</sup> nicht hingegen die Vertragsbeendigung wegen Fristablauf oder Bedingungeintritt. Solche Befristungen oder Bedingungen müssen zwar weiterhin zunächst die Vereinbarungsbeschränkung des § 25b Abs 2 IO „überleben“, insofern können gerade Anknüpfungspunkte des formellen Insolvenzverfahrens bzw des Eröffnungsverfahrens für die Vertragsauflösung nicht wirksam vereinbart werden. Hat eine (sachlich gerechtfertigte) Bedingung bzw eine Befristung die Schranke des § 25b Abs 2 IO aber erst einmal passiert, führt sie ungeachtet der Vertragsauflösungssperre des § 25a IO zur Beendigung des Vertragsverhältnisses. Im Gegensatz zur Vereinbarung eines Gestaltungsrechts (etwa eines Kündigungsrechts) gibt der Vertragspartner zwar bei Fristablauf bzw bei Bedingungeintritt die Möglichkeit aus der Hand, das Auflösungsrecht nicht auszuüben. Das erscheint aber im Ergebnis nur wenig nachteilig: Denn erstens ist eine einverständliche Fortführung des Vertragsverhältnisses problemlos weiterhin zulässig. Und zweitens kann sich der Insolvenzverwalter auch im Falle einer unbefristeten (bzw nicht unter Resolutivbedingung stehenden) Bindung weiterhin privilegiert nach §§ 21 ff IO lösen, sodass die Nichtausübung eines Kündigungsrechts ohnehin nicht mit Sicherheit bewirken kann, dass der Vertrag tatsächlich (nämlich gegen den Willen des Insolvenzverwalters) fortgeführt wird.

Im Übrigen sei darauf hingewiesen, dass durch Gestaltungsrecht herbeizuführende **Vertragsänderungen** ab Eröffnung des Insolvenzverfahrens auch an § 25a IO zu messen sind. Würden sie im Ergebnis eine Vertragsauflösung bewirken, können sie (sofern die übrigen Tatbestandsmerkmale erfüllt sind) ebenfalls für die Dauer von sechs Monaten nicht ausgeübt werden.<sup>66</sup> Insofern empfiehlt es sich, auch Vertragsänderungen als (durch die Verfahrenseröffnung ausgelöste) Bedingungen zu konstruieren.

61 *Fichtinger/Foglar-Deinhardstein*, ÖBA 2010, 823.

62 Siehe oben, III.A., Seite 223.

63 Vgl aber für Bestandverträge § 12c IO.

64 AA *Mohr*, Sanierungsplan Rz 715; dazu ausführlich oben, III.B, Seiten 224 ff.

65 Siehe oben, III.B., Seiten 224 ff.

66 Etwa *Fichtinger/Foglar-Deinhardstein*, ÖBA 2010, 823 aE; *Widhalm-Budak* in *Konecny*, IRÄG 2010, 32.

## D. Ausgestaltung insolvenzprophylaktischer Vereinbarungen

In den vorigen Abschnitten wurden die Grenzen der Anwendungsbereiche der §§ 25a und 25b Abs 2 IO abgesteckt. Wie insolvenzprophylaktische Vertragsklauseln nun konkret auszugestalten sind, hängt aber natürlich insb von ihrer jeweiligen Zielsetzung ab:

Bezweckt der Vertragspartner die tatsächliche **Vertragsbeendigung anlässlich der Insolvenz des Vertragspartners**, so ließe sich ein Kündigungsrecht oder eine Resolutivbedingung an Ereignisse im Vorfeld eines Insolvenzverfahrens knüpfen. Hierbei kommt insb die Verschlechterung der wirtschaftlichen Situation des Schuldners (in Form sog *Material Adverse Change*- oder kurz MAC-Klauseln<sup>67</sup>) in Frage. Dabei wird ein Auflösungsrecht an das Über- oder Unterschreiten gewisser wirtschaftlicher Parameter geknüpft, das sinnvollerweise meist mit einer Informationspflicht seitens des Vertragspartners gekoppelt ist, deren Nichtbeachtung ebenfalls zur Vertragsauflösung berechtigt.<sup>68</sup> Wichtig ist, dass (zumindest nach der hier vertretenen Rechtsansicht) die materielle Insolvenz selbst nicht als Auflösungsgrund vereinbart werden kann.<sup>69</sup> Die vereinbarten wirtschaftlichen Parameter sollten der Zahlungsunfähigkeit bzw der insolvenzrechtlichen Überschuldung daher erkennbar vorgelagert sein.

Bezweckt der Vertragspartner hingegen lediglich die **Absicherung für den Fall des Eintritts der Masseinsuffizienz**, so kommen hierfür (wie bereits dargestellt) mehrere Vertragsänderungsklauseln in Frage. Vereinbart werden könnte etwa die Abänderung der Zahlungsmodalitäten (etwa eine Umstellung auf Zugum-Zug-Leistung<sup>70</sup> oder die Vereinbarung eines kürzeren Abrechnungszeitraums<sup>71</sup>) oder der Erlag bzw die Auffüllung einer Kautions.<sup>72</sup> Als Anknüpfungspunkt für die Vertragsänderung kann dabei problemlos die Eröffnung des Insolvenzverfahrens vereinbart werden, sofern die Vertragsänderung **angemessen** ist.

## VI. Conclusio

Die mit dem IRÄG 2010 geschaffenen §§ 25a und 25b IO bewirken eine veritable **Insolvenzfestigkeit von Vertragsverhältnissen** des Schuldners: Zur Vertragsauflösung führende Gestaltungsrechte können nunmehr temporär nicht ausgeübt werden, wenn dadurch die Unternehmensfortführung gefährdet sein könnte (§ 25a IO), und an das formelle Insolvenzverfahren bzw das Eröffnungsverfahren selbst können weder Vertragsauflösungs- noch Rücktrittsrechte wirksam geknüpft

---

67 Siehe etwa *Hoening*, RdW 2013, 517 ff; *Trettnak/Höfer*, ZIK 2010, 206; *Trettnak/Welser*, Ausgewählte Praxisfragen beim Unternehmenskauf in der Krise, ZIK 2011, 125 (126 f).

68 *Hoening*, RdW 2013, 517 ff.

69 Vgl oben, V.B.2., Seite 231.

70 *Mohr*, ÖJZ 2010, 893; *Nunner-Krautgasser* in Konecny, Insolvenz-Forum 2009, 99; *Schartner*, wobl 2011, 264; *Widhalm-Budak* in Konecny, IRÄG 2010, 32.

71 *Mohr*, Sanierungsplan Rz 709; *ders*, ÖJZ 2010, 893; *Schartner*, wobl 2011, 264.

72 *Schartner*, wobl 2011, 264; *Widhalm-Budak* in Konecny, IRÄG 2010, 32; einschränkend *Mohr*, Sanierungsplan Rz 709 sowie *ders*, ÖJZ 2010, 893, wonach der Erlag einer Sicherheitsleistung unzulässig sei, wenn sie ein Vielfaches des monatlich zu leistenden Betrags ausmache.

werden (§ 25b Abs 2 IO). Diese Maßnahmen erleichtern die Sanierung des schuldnerischen Unternehmens und sind grundsätzlich zu begrüßen.

Die Vertragspartner müssen in Zukunft eine Vertragsauflösung wohl bereits vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des (zukünftigen) Insolvenzschuldners anstreben, wenn sie die Vertragsauflösungssperre des § 25a IO umgehen wollen. Lediglich auf Absicherung für den Fall einer Masseinsuffizienz abzielende Vereinbarungen können weiterhin relativ bedenkenlos an die Verfahrenseröffnung selbst geknüpft werden.