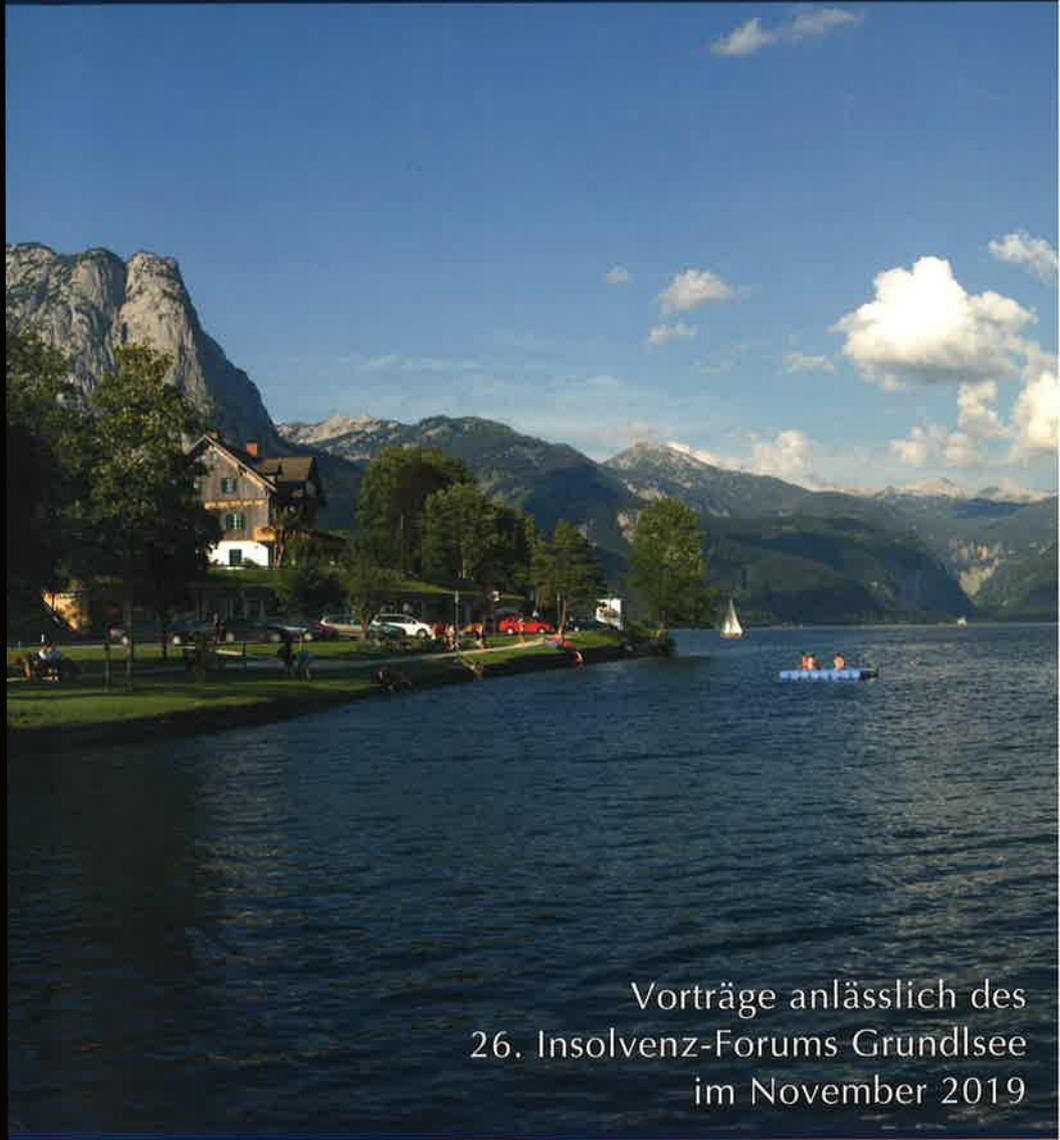


Andreas Konecny (Hg.)

INSOLVENZ-FORUM 2019



Vorträge anlässlich des
26. Insolvenz-Forums Grindelsee
im November 2019



KARNER & DECHOW
INDUSTRIE-AUKTIONEN
INTERNATIONALE VERWERTUNG

Rechtsgrundlagen und Begriff nachrangiger Forderungen

I Einleitung

Das Thema der **nachrangigen Forderungen** fristet bislang gewissermaßen ein **Schattendasein** in der wissenschaftlichen Behandlung; äußerst rudimentär ist – wie sogleich zu zeigen sein wird (unten II) – auch die gesetzliche Regelung. Beides verträgt sich denkbar schlecht damit, dass sowohl das Eigenkapitalersatzgesetz als auch die privat-autonom vereinbarte Nachrangigkeit durchaus große praktische Bedeutung haben. Zur Untermauerung dessen sollte bereits der Hinweis auf „betriebswirtschaftliche Modeerscheinungen“ wie Mezzanin- oder Hybridkapital, aufsichtsrechtliches Kernkapital oder bilanzielles Eigenkapital genügen. Kommt es zum Insolvenzverfahren, spielt die rechtliche Behandlung nachrangiger Forderungen zwar häufig keine allzu große Rolle, weil die Voraussetzung für ihre Berücksichtigung, nämlich die vollständige Befriedigung der nicht nachrangigen Gläubiger, selten eintritt. Das ändert jedoch nichts daran, dass es dem Vernehmen nach zumindest vereinzelt sehr wohl Insolvenzverfahren gibt, in denen auch nachrangige Gläubiger zum Zug kommen, und diesfalls zahlreiche ungeklärte Fragen auftreten. Ganz abgesehen davon „drückt“ dem Praktiker spätestens dann „der Schuh“, wenn eine Sanierung gelingt. Das zeigt nicht zuletzt eine relativ junge Entscheidung des OLG Wien,¹ in der die Frage zu beantworten war, ob und inwieweit vertragliche Nachranggläubiger nach Bestätigung des Sanierungsplans Anspruch auf die Sanierungsplanquote haben.

Im Folgenden sollen die **Rechtsgrundlagen** und der **Begriff** nachrangiger Forderungen thematisiert werden. Beim Begriff der Nachrangigkeit geht es allerdings weniger darum, terminologische Spitzfindigkeiten ausdiskutieren, als die Gruppen nachrangiger Gläubiger im Detail darzustellen. Hinsichtlich der Rechtsgrundlagen ist zudem keine unreflektierte Aufzählung von Gesetzesbestimmungen geplant, sondern sollen durch systematische Zusammenschau des vorhandenen Normenmaterials als eine Art grober Leitfaden für die rechtliche Behandlung nachrangiger Forderungen gesucht und die so gewonnenen Ergebnisse anhand des praktisch wichtigen Sanierungsplanszenarios erprobt werden.

¹ 1 R 31/18p ZIK 2018/241, 190; dazu ablehnend *Frizberg*, Anspruch vertraglich nachrangiger Gläubiger auf die Sanierungsplanquote, ZIK 2018/214, 166.

II Gesetzliche Grundlagen

A § 57a IO als gesetzlicher Dreh- und Angelpunkt

Um die – ohnedies spärlichen – gesetzlichen Grundlagen verstehen und einordnen zu können, empfiehlt es sich, allem voran etwas weiter auszuholen. Die Erfassung der Nachrangigkeit steht nämlich bereits in ihrem Ausgangspunkt vor dem Problem, dass sie auf einer grundlegenden Weichenstellung aufbaut, die ihrerseits bestenfalls in Ansätzen und noch dazu über unterschiedliche Gesetze verstreut geregelt ist: Die **Unterscheidung zwischen Eigen- und Fremdkapitalgebern**.

Während Fremdkapitalgeber unter den Voraussetzungen des § 51 IO grundsätzlich als Insolvenzgläubiger quotenmäßig befriedigt werden, erhalten Eigenkapitalgeber (das sind grundsätzlich die Gesellschafter der Schuldnerin) überhaupt frühestens nach vollständiger Befriedigung aller Insolvenzgläubiger, sei es im Wege einer 100 %-Befriedigung im Liquidationskonkurs oder durch Erfüllung der im bestätigten Sanierungsplan festgelegten Quote, den Wert ihrer Beteiligung abgegolten. Denn aus der Definition des Eigenkapitals als Differenzgröße zwischen Vermögen und Schulden ergibt sich zwangsläufig, dass die Beteiligungen der Eigenkapitalgeber wertlos sind, solange die Gesellschaft nicht alle Gläubiger befriedigen kann. Selbst die Abgeltung eines positiven Beteiligungswerts ist zudem nur unter Einhaltung der jeweiligen gesellschaftsrechtlichen Voraussetzungen zulässig. Aus diesem Grund wird häufig von der **Nachrangigkeit der Eigenkapitalgeber** gesprochen.

Diese Art der Nachrangigkeit ist jedoch nicht Gegenstand dieses Beitrags: Im Folgenden interessiert vielmehr jene Gruppe von Gläubigern, die gewissermaßen zwischen den herkömmlichen Fremdkapitalgebern als Insolvenzgläubigern und den Eigenkapitalgebern als lediglich gesellschaftsrechtlich Berechtigten anzusiedeln sind. Diese Zwitterstellung kommt beim gesetzlichen Prototyp der Nachrangigkeit im vorliegend interessierenden Sinn, dem **Gläubiger aus Eigenkapital ersetzender Leistung**, schon terminologisch zum Ausdruck. Der mit dem GIRÄG eingeführte **§ 57a Abs 1 IO** normiert unter der Überschrift „Nachrangige Forderungen“ dementsprechend: „Nach den Insolvenzforderungen sind die Forderungen aus Eigenkapital ersetzenden Leistungen zu befriedigen“. Aus dieser Bestimmung ergibt sich also, dass Gläubiger nachrangiger Forderungen iSd § 57a IO erst nach den Insolvenzforderungen zu befriedigen sind, sie aber immerhin – im Gegensatz zu echten Eigenkapitalgebern – überhaupt im Insolvenzverfahren befriedigt werden können.

Ausgehend von diesen Charakteristika sollen die nachrangigen Forderungen für die Zwecke der folgenden Untersuchung definiert und abgegrenzt werden: Nachrangige Forderungen sind Forderungen, die **erstens** im Insolvenzverfahren nachrangig gegenüber den Insolvenzgläubigern befriedigt werden, aber **zweitens** im Insolvenzverfahren zumindest überhaupt berücksichtigungswürdig sind.

Was lässt sich nun in der Sache aus § 57a IO ableiten? Zunächst stellt Abs 1 klar, dass zumindest Forderungen aus Eigenkapital erset-

zenden Leistungen (welche das sind, ergibt sich aus dem EKEG [s noch unten IV A]) solchermaßen nachrangige Forderungen sind. Ein Blick auf § 57a Abs 2 IO, der generell von nachrangigen Forderungen spricht, lässt zudem kraft systematischer Interpretation darauf schließen, dass es wohl noch andere nachrangige Forderungen idS gibt. Die Erläuternden Bemerkungen zum GIRÄG² suggerieren zwar, dass Abs 2 nur die verfahrensrechtliche Behandlung der in Abs 1 geregelten Forderungen (arg: „dieser“) regelt. Jedoch wäre es schlicht unverständlich, warum in Abs 2 plötzlich nicht mehr von Forderungen aus Eigenkapital ersetzenden Leistungen die Rede ist, sondern der allgemeine Begriff der nachrangigen Forderungen verwendet wird, wenn Abs 2 nur EKEG-Gläubiger erfassen würde. Das sieht auch die ganz hM³ so und subsumiert unter § 57a Abs 2 IO ebenso Forderungen, deren **Nachrangigkeit aus einer vertraglichen Vereinbarung** resultiert.

Für diese Gruppe nachrangiger Gläubiger und für EKEG-Gläubiger gilt nun nach § 57a Abs 2 IO, dass sie zwar wie Insolvenzforderungen durchzusetzen sind, eine Anmeldung entsprechend der §§ 102 ff IO aber erst zulässig ist, wenn das Insolvenzgericht besonders hierzu auffordert.⁴ Das darf das Insolvenzgericht wiederum erst tun, sobald zu erwarten ist, dass es zu einer – wenn auch nur teilweisen – Befriedigung nachrangiger Forderungen kommen wird. Schließlich wird nach der Regelung gewisser Modalitäten für diese Aufforderung und für die Anmeldung einer nachrangigen Forderung noch eine ganz wesentliche, wenn auch höchst kryptische Anordnung getroffen: „Die Rechte der Insolvenzgläubiger werden durch die Befugnisse der Gläubiger mit nachrangigen Forderungen nicht berührt“.

B Zwischenfazit: Doppelte Herausforderung in der Rechtsanwendung

Schon diese oberflächliche Beschäftigung mit § 57a IO offenbart zwei erhebliche Schwierigkeiten für den Rechtsanwender: Erstens anerkennt § 57a IO unter der Bezeichnung des nachrangigen Gläubigers **zwei völlig heterogene Gläubigergruppen**.

Einerseits sind Gläubiger aus EKEG-Leistungen erfasst, deren Nachrangigkeit auf einer ex-lege-Umqualifikation gegen den erklärten Willen dieser Gläubiger beruht. Teleologischer Hintergrund ist – ungeachtet der

2 ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 16.

3 Frizberg, ZIK 2018/214, 166; Karollus in Buchegger, Österreichisches Insolvenzrecht Erster Zusatzband (2009) § 14 EKEG Rz 35; Katzmayr in Koller/Lovrek/Spitzer, IO (2019) § 57a Rz 3; Mohr in Dellinger/Mohr, Eigenkapitalersatz-Gesetz (2004) § 57a KO Rz 1; Mohr in Konecny, Kommentar zu den Insolvenzgesetzen (58. Lfg; 2017) § 57a IO Rz 1; Schummer, Wandelschuldverschreibungen, Mezzaninkapital & Co im Insolvenzverfahren, in Konecny, Insolvenz-Forum 2012 (2013) 105 (121); OLG Wien 1 R 31/18p ZIK 2018/241, 190.

4 Dazu eingehend Konecny, Nachrangigkeit und Insolvenzverfahren: allgemeine Beteiligungsrechte – Prüfungsverfahren, in Konecny, Insolvenz-Forum 2019 (2021) IV.

exakten Erfassung und Einordnung der vielbeschworenen Finanzierungsverantwortung der Gesellschafter – ohne Zweifel der Schutz der Gläubiger; eine Zielsetzung, die keinen Zweifel am **zwingenden Charakter** der mit **dieser** Nachrangigkeit einhergehenden Rechtsfolgen aufkommen lässt. Andererseits sind nachrangige Gläubiger solche, die die damit verbundenen Nachteile freiwillig im Rahmen ihrer privatautonomen Gestaltungsmöglichkeiten auf sich genommen haben; insofern bleibt naturgemäß zumindest ein nicht unerheblicher Spielraum für **abweichende Vereinbarungen**, die sich ihrerseits nicht nur explizit, sondern auch im Wege (ergänzender) Vertragsauslegung ergeben können. Kurzum: Nachrangig ist keineswegs unbedingt gleich nachrangig.⁵

Doch damit nicht genug: Das zweite Problem für den Rechtsanwender besteht darin, dass der Gesetzgeber nachrangige Forderungen iSd § 57a IO zwar in ihrer Durchsetzbarkeit Insolvenzforderungen gleichstellt, doch eine umfassende Gleichstellung offenbar frühestens ab Aufforderung zur Anmeldung bezweckt; und selbst dann steht die Gleichstellung noch unter dem Vorbehalt, dass die **Rechte der Insolvenzgläubiger hierdurch nicht beeinträchtigt werden**. Selbst wenn man also geklärt hätte, dass mangels abweichenden Parteiwillens für vertragliche Nachranggläubiger das Regime für EKEG-Gläubiger greift, ist stets noch zu eruieren, inwieweit unter diesem Regime die für Insolvenzgläubiger maßgeblichen Regeln gelten.⁶

C Weitere gesetzliche Grundlagen

Wer nun seine Hoffnungen darauf setzt, dass die weiteren für nachrangige oder zumindest für EKEG-Gläubiger normierten Bestimmungen „Licht ins Dunkel“ bringen, den wird der Gesetzgeber leider enttäuschen. Die gesetzliche Regelung ist wie erwähnt äußerst knapp:

Aus § 70 IO geht immerhin hervor, dass auch der Gläubiger aus einer Eigenkapital ersetzenden Leistung **insolvenzantragslegitimiert** ist. § 141 Abs 1 Z 6 und § 154 Z 2 IO stellen klar, dass die Interessen nachrangiger Gläubiger im Rahmen der Sanierungsplanbestätigung vom Gericht nicht zu berücksichtigen sind. Die vielleicht wichtigste Anordnung neben § 57a IO befindet sich aber – insoweit als *lex fugitiva* – in **§ 14 EKEG**. Dort wird angeordnet, dass EKEG-Gläubiger den die Sanierungsplanquote übersteigenden Teil ihrer Forderung auch nach Überwinden der Krise nicht zurückfordern können. Im Umkehrschluss ergibt sich daraus die wichtige Regel, dass auch ein **EKEG-Gläubiger nach Überwinden der Krise immerhin Anspruch auf die Sanierungsplanquote** hat. Das ist nun keineswegs selbstverständlich, wenn deren Interessen doch bei der Bestätigungsprüfung gar nicht zu berücksichtigen sind. Auch aus rechtsvergleichender Sicht ist bemerkenswert, dass nachrangige Forderungen in Deutschland im Insolvenzplanszenario

⁵ Insoweit zu pauschal *Schummer* in *Konecny*, *Insolvenz-Forum* 2012, 105 (121).
⁶ Dazu eingehend *Konecny* in *Konecny*, *Insolvenz-Forum* 2019.

grundsätzlich als erlassen gelten, sofern nichts anderes vereinbart wird (s nur § 225 Abs 1 dInsO).

Weitere Bestimmungen finden sich zwar noch in §§ 12b und 18a IO über Eigenkapital ersetzende Sicherheiten. Sie geben allerdings überhaupt keine Aufschlüsse über die verfahrensrechtliche Behandlung von nachrangigen Forderungen.

D Abgrenzung zur qualifizierten Rangrücktrittserklärung iSd § 67 Abs 3 IO

Es bleibt damit noch § 67 Abs 3 IO: Der darin geregelte, sogenannte **qualifizierte Rangrücktritt**⁷ (auch **Rückstehungserklärung**)⁸ eines Gläubigers dient dazu, dass seine Forderung bei der rechnerischen Überschuldungsprüfung gänzlich unberücksichtigt bleiben darf. Voraussetzung ist – nach dem Wortlaut – die „Erklärung“,⁹ dass der Gläubiger erstens Befriedigung erst nach Beseitigung eines negativen Eigenkapitals im unternehmensrechtlichen Sinne (§ 225 Abs 1 UGB) oder im Falle der Liquidation nach Befriedigung aller Gläubiger begehren darf und dass zweitens wegen der betreffenden Forderung kein Insolvenzverfahren eröffnet werden darf.

Die **Nachrangigkeit iSd § 67 Abs 3 IO** muss freilich, um die entsprechende Rechtsfolge auszulösen, **stärker als jene bei § 57a IO sein**; es handelt sich eben um eine qualifizierte Nachrangigkeit (vgl auch § 19 Abs 2 S 2 dInsO).¹⁰ Das beachtet jene wohl sogar hM,¹¹ die beide For-

⁷ *Schummer* in *Konecny*, *Insolvenz-Forum* 2012, 105 (122); *Wimmer*, Über die Vermeidung der (rechnerischen) Überschuldung mittels qualifizierten Rangrücktritts, ZIK 2019/64, 49; für Deutschland BGH IX ZR 133/14 NJW 2015, 1672; vgl ferner ErläuterV 124 BgNR 22. GP 23 f; *Schummer*, EKEG und Insolvenzrecht, in *Dellinger/Keppert*, Eigenkapitalersatzrecht (2004) 143 (161); Rangrücktritt; ebenso schon *Dellinger* in *Konecny/Schubert*, *Insolvenzgesetz* (7. Lfg; 1999) § 67 KO Rz 67.

⁸ ZB G. *Kodek*, *Insolvenzrecht*² (2019) Rz 228.

⁹ ME verbürgt eine einseitige Willenserklärung aber wohl nicht jene Sicherheit, die als Grundlage für eine aus Gläubigersicht derart wesentliche Weichenstellung erforderlich wäre. Es ist daher eine verbindliche Vereinbarung zu fordern. Ähnlich wie beim Verzicht (vgl nur RIS-Justiz RS0034122, zB OGH 5 Ob 30/14v) wird allerdings beim Vorliegen bloß einer ausdrücklichen Erklärung regelmäßig von einer konkludenten Annahme seitens des Schuldners auszugehen sein. Eine andere Frage ist, ob eine solche Rangrücktrittsvereinbarung wieder einvernehmlich aufgehoben werden kann (dazu unten IV B 2). Für § 67 Abs 3 IO hinreichend ist zudem eine Vereinbarung über einen derartigen Rangrücktritt mit einem Dritten, etwa der Hausbank (dazu ausführlich *P. Bydlinski*, Die individuelle Rückstehungserklärung, in FS Iro [2013] 325 [326]; vgl ferner unten IV B 1).

¹⁰ *Feldgrill*, Rangrücktrittsvereinbarungen zur Vermeidung einer insolvenzrechtlich relevanten Überschuldung (Dissertation 2017; unveröffentlicht) 94 ff; *Schummer* in *Konecny*, *Insolvenz-Forum* 2012, 105 (122); *Vogt* in *Schopper/Vogt*, Eigenkapitalersatzgesetz (2004) § 67 Abs 3 KO Rz 8; ausführlich *Frizberg* in *Konecny*, *Insolvenz-Forum* 2019 III B 6.

¹¹ *Karollus* in *Buchegger*, *Insolvenzrecht* ZBd § 14 EKEG Rz 35; *Mohr* in

men der Nachrangigkeit in einen Topf wirft, mE nicht hinreichend. Die Notwendigkeit einer Differenzierung ergibt sich bereits daraus, dass der Prototyp von § 57a IO-Forderungen, nämlich Forderungen aus Eigenkapital ersetzenden Leistungen, ausweislich des Wortlauts von § 67 Abs 3 IO (arg: „auch solche aus Eigenkapital ersetzenden Leistungen“) ebenfalls nur unter der Voraussetzung einer solchermaßen qualifizierten Abrede aus der Überschuldungsprüfung ausgeklammert werden dürfen.¹² Diese Auslegung bestätigt auch die Entstehungsgeschichte, zumal § 67 Abs 3 IO damals sogar primär geschaffen wurde, um Rechtssicherheit für die Berücksichtigung von EKEG-Forderungen zu gewährleisten.¹³ Es wäre zudem unverständlich, wenn der Gesetzgeber, der sowohl § 67 Abs 3 IO als auch § 57a IO mit demselben Gesetz, nämlich dem GIRÄG eingeführt hat, nicht einmal in den Materialien einen näheren Bezug zwischen den darin jeweils normierten Nachrangigkeiten hergestellt hätte, wenn der Bedeutungsgehalt beider „Nachrangigkeiten“ identisch wäre.

Vielmehr noch: Aus den Erläuternden Bemerkungen ergibt sich sogar deutlich, dass für einen **Rangrücktritt nach § 67 Abs 3 IO** nicht nur – wie aus dem Wortlaut ersichtlich – das Insolvenzantragsrecht abgeschlossen, sondern überhaupt **jeglicher Insolvenzteilmahmeanspruch abbedungen werden muss**.¹⁴ Konkret führen die Materialien aus, dass die Forderung deshalb nicht passiviert werden müsse, weil der Gläubiger „erst bei der internen Verteilung des verbliebenen Gesellschaftsvermögens [...] zum Zug kommen kann“. Wichtig sei es ferner, bei der Formulierung der Klausel zum Ausdruck zu bringen, „dass der Anspruch hinter die Ansprüche der übrigen Gläubiger treten soll und dass sich der Gläubiger keine Berücksichtigung seiner Forderung in einem Konkursverfahren erwarte“.¹⁵ Die Gesetzesmaterialien sprechen insofern eine klare Sprache: Wer sich keine Berücksichtigung im Insolvenzverfahren erwarten darf und nur bei der internen Verteilung des verbliebenen Gesellschaftsvermögens, dh der gesellschaftsrechtlichen Liquidation, zum Zug kommen soll, hat keinen Insolvenzteilmahmeanspruch. Der damit hergestellte Gleichklang zwischen fehlender Insolvenzantragsbefugnis

Dellinger/Mohr, EKEG § 57a KO Rz 3; *Schumacher in Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht II/2⁴ (2004) § 67 KO Rz 109; *Wimmer*, ZIK 2019/64, 49 (51); missverständlich auch *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht⁴ (2018) Rz 170.

12 Statt vieler zB *Schumacher* in KLS, IO § 67 Rz 49.

13 ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 16.

14 So bereits *Schummer in Konecny*, Insolvenz-Forum 2012, 105 (122); *Vogt in Schopper/Vogt*, EKEG § 67 Abs 3 KO Rz 8; überzeugend *Frizberg in Konecny*, Insolvenz-Forum 2019 III B 6, die allerdings die von ihr selbst erkannten Absichten des Gesetzgebers mE über die Hintertür einer analogen Anwendung von § 57a IO „aushebeln“ (s sogleich bei und in FN 17 f); gegen die Notwendigkeit eines Verzichts auf den Insolvenzteilmahmeanspruch *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Handbuch zum Gesellschaftsrecht (2008) Rz 2364 FN 627, Rz 2425 sowie die in FN 11 Genannten.

15 ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 16.

und mangelndem Insolvenzteilmahmerecht ist überdies systematisch stimmig.

Gläubiger, die eine qualifizierte Rangrücktrittserklärung abgegeben haben, bleiben in einem Insolvenzverfahren also unberücksichtigt. Ihre Forderungen werden bestenfalls, dh nach Befriedigung sämtlicher insolvenzteilmahberechtigter Gläubiger, in einem möglicherweise daran anschließenden Liquidationsverfahren der Gesellschaft getilgt. Im Liquidationsverfahren sind sie allerdings – mangels anderer Vereinbarung – vorrangig gegenüber den echten Eigenkapitalgebern, also den Gesellschaftern mit ihren Ansprüchen auf Rückzahlung ihrer Einlage, zu behandeln. Entgegen *Karollus*¹⁶ und *Frizberg*¹⁷ können sie im Insolvenzverfahren hingegen auch nicht in analoger Anwendung von § 57a IO nach den „einfach“ nachrangigen Gläubigern berücksichtigt werden (wenn theoretisch auch diese Gläubigergruppe vollumfänglich befriedigt wird). Hierfür fehlt es nämlich an einer planwidrigen Lücke im Gesetz. Im Gegenteil: Der Gesetzgeber hat ja selbst mit dem Hinweis auf die mögliche Befriedigung im Rahmen einer Liquidation ein Prozedere für die Befriedigung solcher Gläubiger vorgegeben.¹⁸

Für den Untersuchungsgegenstand bedeutet das, dass qualifizierte **Rangrücktrittserklärungen iSd § 67 Abs 3 IO** die eingangs **definierten Anforderungen an eine nachrangige Forderung iSd § 57a IO nicht erfüllen**: Sie sind zwar nachrangig gegenüber den Insolvenzgläubigern zu befriedigen, verbürgen aber – insofern wie die Rechte von Eigenkapitalgebern – nicht einmal mehr einen Insolvenzteilmahmeanspruch. Sie sind damit von den weiteren Überlegungen auszuklammern. Zwei Klarstellungen sind allerdings an dieser Stelle noch anzubringen.

Erstens: Wenn in einer qualifizierten Rangrücktrittsabrede der **Insolvenzteilmahmeanspruch nicht explizit ausgeschlossen** wird, **schadet dies** der Subsumtion unter § 67 Abs 3 IO im Zweifel **nicht**. War nämlich gerade die Rechtsfolge des § 67 Abs 3 IO bezweckt, so ist der Inhalt der Nachrangigkeitsvereinbarung ja mangels entgegenstehender Anhaltspunkte so auszulegen, dass dieser Vertragszweck erreicht werden kann (s noch unten V B). Vertragsrichter, die diesen Aspekt der Nachrangigkeit nicht explizit verankert haben, müssen daher grundsätzlich nicht um die Wirksamkeit der von ihnen formulierten Rangrücktritte fürchten.

Zweitens: Dass die Gläubiger für die Anwendung von § 67 Abs 3 IO auf ihren Teilnahmeanspruch verzichten, kann sie im Falle einer Sanie-

16 „Crowd Funding“ über Nachrangdarlehen und Prospektspflicht nach dem KMG, in FS Reich-Rohrwig (2014) 81 (86).

17 In *Konecny*, Insolvenz-Forum 2019 III B 6 (FN 85).

18 Dass es dabei zu keiner gleichrangigen Befriedigung mehr kommt, ist regelmäßig wenig problematisch, weil die Gesellschaft ohnehin saniert sein dürfte, wenn noch Vermögen für eine gesellschaftsinterne Liquidation vorhanden ist. Freilich kommt es diesfalls uU überhaupt zu gar keiner Liquidation, sondern kann die Gesellschaft einfach nach Fortsetzungsbeschluss gem § 144 Abs 1 UGB, § 215 Abs 2 AktG (analoge Anwendung auf eine GmbH) fortgeführt werden, womit ihre Gläubiger iSd § 67 Abs 3 IO einfach nach allgemeinen Grundsätzen bei Fälligkeit befriedigt werden.

rungsplanannahme nicht davor bewahren, dass ihre Ansprüche gem § 156 IO auf die **Sanierungsplanquote gekürzt** werden (sofern man die Nachrangigkeitsabrede nicht überhaupt so auslegt, dass sie diesfalls völlig „leer“ ausgehen [dagegen freilich unten V C]). Denn § 156 Abs 1 IO erfasst grundsätzlich alle „Gläubiger [...], gleichviel ob sie am Insolvenzverfahren [...] teilgenommen haben“.¹⁹ Anderes müsste ausdrücklich angeordnet sein, wie dies in § 156 Abs 5 iVm § 58 Z 2, 3 IO für bestimmte vom Insolvenzverfahren ausgeschlossene Ansprüche der Fall ist. Eine analoge Anwendung letzterer – im Übrigen rechtspolitisch verfehlt²⁰ – Normen auf Gläubiger, die freiwillig auf ihren Insolvenzteilmanspruchs verzichten haben, verbietet sich. Andernfalls könnten Gläubiger die durch einen Sanierungsplan zwingend (!) bewirkte Forderungskürzung umgehen.

III Begriff: § 57a-Gläubiger als nachrangige Insolvenzgläubiger

Ausgehend von den dargestellten gesetzlichen Grundlagen ist nun nochmals näher auf den Begriff der nachrangigen Forderungen iSd § 57a IO zurückzukommen. ME bietet es sich an, von „**nachrangigen Insolvenzforderungen**“ zu sprechen, um – wie soeben gezeigt – Forderungen auszugrenzen, die zwar nachrangig sind, deren Nachrangigkeit aber so weit geht, dass ihre Befriedigung im Insolvenzverfahren überhaupt ausgeschlossen ist. Es handelt sich demgemäß also um eine spezielle Ausprägung von Insolvenzforderungen.²¹ Dem steht auf den ersten Blick entgegen,²² dass die hM nachrangige Forderungen iSd § 57a IO gerade nicht als Untergruppe der Insolvenzforderungen, sondern als eigene Forderungskategorie und damit als aliud erfasst.²³ Die Zweckmäßigkeit dieser kategorischen Differenzierung ist jedoch durchaus zweifelhaft, weil § 57a Abs 2 S 1 IO durch die Wendung „sind wie Insolvenzforderungen durchzusetzen“ ja bereits eine Gleichstellung mit diesen proklamiert. Zudem spricht für die Qualifikation als spezielle Ausprägung von Insolvenzforderungen, dass richtigerweise auch für eine Subsumtion unter § 57a IO die prinzipiellen Anforderungen an eine In-

19 Offenbar aA *Frizberg in Konecny*, Insolvenz-Forum 2019 III B 6.

20 Dazu *Trenker*, Treuhänderüberwachung der Sanierungsplanerfüllung (2017) 186 f.

21 Zutreffend *Frizberg in Konecny*, Insolvenz-Forum 2019 II C.

22 Explizit gegen die Einordnung als „nachrangige Konkursforderungen“ *Karollus in Buchegger*, Insolvenzrecht ZBd § 14 EKEG Rz 35; *Mohr in Dellinger/Mohr*, EKEG § 57a KO Rz 6.

23 *Geroldinger in Konecny*, Insolvenzgesetze (46. Lfg; 2012) § 9 IO Rz 6; *Karollus in Buchegger*, Insolvenzrecht ZBd § 14 EKEG Rz 35; *Katzmayr in KLS*, IO § 57a Rz 2; *Mohr*, Eigenkapitalersatz im Insolvenzverfahren nach dem EKEG-Entwurf, *ecolex* 2002, 338; *Mohr in Dellinger/Mohr*, EKEG § 57a KO Rz 6; *Mohr in Konecny*, Insolvenzgesetze § 57a IO Rz 7; *Vogt in Schopper/Vogt*, EKEG § 57a KO Rz 4; *Zehetner/Bauer*, Eigenkapitalersatzrecht (2004) 109.

solvenzforderung iSd § 51 IO erfüllt sein müssen.²⁴ Ferner gibt es Bestimmungen wie § 123b IO, in denen der Begriff der „Insolvenzgläubiger“ nach herrschender Lesart ebenfalls nachrangige Gläubiger iSd § 57a IO erfasst.²⁵

Letztlich dürfte es im Großen und Ganzen aber ohnehin nur ein Streit um Worte sein, ob man § 57a-IO-Forderungen im Vergleich zu Insolvenzforderungen als gänzlich **eigenständige Kategorie oder eine spezielle Ausprägung derselben Kategorie** begreift. Die Vertreter ersterer Ansicht müssen nämlich bei jeder Norm, die sich auf Insolvenzgläubiger bezieht, trotzdem prüfen, ob sie auf nachrangige Gläubiger analog anwendbar ist.²⁶ Währenddessen müssen die Befürworter der grundsätzlichen Qualifikation nachrangiger Gläubiger als (besondere) Insolvenzgläubiger diese im Wege teleologischer Reduktion oder restriktiver Interpretation vom Anwendungsbereich einer Norm ausklammern, wenn es an der Vergleichbarkeit der Wertungsgrundlagen fehlt.²⁷

In der Sache führt also ohnehin kein Weg daran vorbei, dass die **rechtliche Behandlung nachrangiger Gläubiger** iSd § 57a IO stets **anhand der jeweils zur Debatte stehenden Norm**, ihrem Zweck sowie allgemeiner systematischer Überlegungen untersucht werden muss.²⁸ Einziger Unterschied ist die Annahme eines unterschiedlichen Regelausnahme-Verhältnisses, das allenfalls in absoluten Zweifelsfällen den Ausschlag geben sollte. Insoweit aber überzeugt das hier vertretene Begriffsverständnis von einer vordergründigen Qualifikation als Insolvenzgläubiger, die im Einzelnen durch die speziellere Einordnung als nachrangig überlagert werden kann, auch vom Ergebnis her: Die gesetzliche Systematik des § 57a Abs 2 IO bringt nämlich doch relativ deutlich zum Ausdruck, dass nachrangige Gläubiger grundsätzlich wie Insol-

24 *Frizberg in Konecny*, Insolvenz-Forum 2019 II C 3 b; *Mohr in Dellinger/Mohr*, EKEG § 57a KO Rz 6; *Mohr in Konecny*, Insolvenzgesetze § 57a IO Rz 7.

25 *Katzmayr in KLS*, IO § 57a Rz 13; *Senoner*, Mitwirkungsrechte nachrangiger Gläubiger bei einer Insolvenzaufhebung gem § 123b IO, ZIK 2014/60, 46; *Senoner in Konecny*, Insolvenzgesetze (52. Lfg; 2013) § 123b IO Rz 3; offenlassend OLG Graz 3 R 226/13z ZIK 2014/94, 67.

Demensprechend hat vor einer Aufhebung gem § 123b IO wohl stets eine Aufforderung zur Forderungsanmeldung gem § 57a Abs 2 IO zu ergehen (*Senoner*, ZIK 2014/60, 46 [48]; nur unter den Voraussetzungen des § 57a IO ebenso *Konecny in Konecny*, Insolvenz-Forum 2019 III B). Nur so kann im Hinblick auf die unbedingte Befugnis der nachrangigen Gläubiger, einen neuerlichen Insolvenzantrag zu stellen (§ 70 Abs 1 IO), die Zustimmung sämtlicher (anmeldungswilligen) relevanten Gläubiger erlangt werden.

26 Ausdrücklich so *Mohr in Dellinger/Mohr*, EKEG § 57a KO Rz 6; *Mohr in Konecny*, Insolvenzgesetze § 57a IO Rz 7; vgl auch *Karollus in Buchegger*, Insolvenzrecht ZBd § 14 EKEG Rz 35, der immerhin zugeben muss, dass es „dann allerdings doch zu einer recht weitgehenden Gleichbehandlung mit Konkursforderungen“ kommt.

27 Vgl *Frizberg in Konecny*, Insolvenz-Forum 2019 II C 1.

28 Vgl auch *Konecny in Konecny*, Insolvenz-Forum 2019 II C.

venzgläubiger zu behandeln sind (Regel), außer es werden die Interessen der Insolvenzgläubiger beeinträchtigt (Ausnahme).²⁹

Mehr dazu *Frizberg*, Nachrangigkeit und Insolvenzverfahren: Forde- rungskategorie und Sanierungsplan, in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2019 (2021) II.

IV Kreis der nachrangigen Insolvenzgläubiger

A Nachrangigkeit kraft Gesetzes

Damit von diesen eher abstrakten methodischen Überlegungen wieder zurück zur handfesten Frage nach dem genauen Kreis der nachrangigen Insolvenzgläubiger. Zunächst zur ersten Kategorie der nachrangigen Gläubiger kraft Gesetzes: Das sind in Österreich die Gläubiger aus Eigenkapital ersetzenden Leistungen. Der Kreis dieser Gläubiger ist dem **EKEG** zu entnehmen. Da das EKEG grundsätzlich Rechtssicherheit durch **abschließende Tatbestände** schaffen wollte,³⁰ bleibt – außer im Analogieweg – auch kein Raum mehr für eine gesetzliche Umqualifikation von Fremdkapital in nachrangiges Eigen- oder Mezzaninkapital.

Dementsprechend nicht mehr ohne weiteres nachrangig sind insb die insolvenzrechtlichen Rückzahlungsansprüche **atypisch stiller Gesellschafter** gem § 187 UGB. Vor Einführung des EKEG wurde von der Judikatur ja die Beteiligung eines jeden atypisch stillen Gesellschafters, dessen Beteiligungswert an den Unternehmenswert gekoppelt war, der also auch an Wertveränderungen des Firmenwerts und der stillen Reserven partizipierte, als nachrangiges Eigenkapital qualifiziert.³¹ Eine weitverbreitete Lehrmeinung sah diese Rsp von der Einführung des EKEG nicht beeinträchtigt, wogegen sich allerdings eine auch vom Verfasser mitgetragene Gegenmeinung bildete.³² Wäre nämlich weiterhin jeder atypisch stille Gesellschafter als nachrangiger Eigenkapitalgeber anzusehen, würde der Anordnung, wonach die Einlage qualifiziert atypisch stiller Gesellschafter iSd § 10 Abs 2 EKEG als Eigenkapital ersetzend anzusehen ist (§ 10 Abs 2 letzter S EKEG), jeder sinnvolle Anwendungsbereich entzogen. Der OGH ist letzterer Ansicht in der E 6 Ob 204/16t³³ gefolgt. Nunmehr sind auch am Unternehmenswert betei-

29 Richtig *Frizberg* in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2019 II C 3.

30 ErläutRV 124 BgNR 22. GP 9 f; vgl für den abschließenden Charakter des EKEG auch *Mohr* in *Dellinger/Mohr*, EKEG § 18 Rz 3; *Schopper*, Ausfallhaftung der Mitgesellschafter für verbotswidrige Rückzahlung Eigenkapital- ersetzender Leistungen, wbl 2004, 410; *Trenker*, Der atypisch stille Gesellschafter in der Insolvenz des Unternehmers, wbl 2011, 126 (131).

31 OGH 8 Ob 114/02a; 8 Ob 39/95; 8 Ob 4, 5 7/95; RIS-Justiz RS0075202; RS0062141 (T2).

32 Zum Meinungsstand ausführlich *Trenker*, Kein (materieller) Eigenkapital- charakter einer atypisch stillen Beteiligung nach 6 Ob 204/16t, ÖBA 2018, 612 (616 FN 45).

33 RWZ 2017, 344 (*Wenger*) = GesRZ 2017, 391 (*Hochedlinger*) = NZ 2017, 473 (*H. Foglar-Deinhardstein*) = VbR 2018/16, 35 (*Told*) = ZFR 2018, 88

ligte Fremdkapitalgeber, wie zB eben stille Gesellschafter oder auch Genussrechtsinhaber, (abgesehen von einer entsprechenden Vereinbarung) nur nachrangig, wenn sie die Voraussetzungen des § 10 EKEG erfüllen.³⁴ Dafür sind aber eine 25 %ige Beteiligung am Unternehmenswert sowie kommandititenähnliche Mitwirkungsrechte oder gar beherrschender Einfluss auf die Gesellschaft erforderlich – Voraussetzungen, die bei stillen Gesellschaftern und Genussrechtsinhabern wohl eher selten gegeben sein werden.

Was die angesprochene Analogie zum EKEG angeht, so wird – aufgrund des intendierten abschließenden Charakters der in diesem Gesetz normierten Tatbestände im Grundsatz sicher zu Recht – ebenfalls große Zurückhaltung geübt. Bislang nicht durchsetzen konnte sich etwa die – wiederum vom Verfasser³⁵ – propagierte Auffassung, dass „echte“ **Gesellschafter mit ihren kapitalmarktrechtlichen Ansprüchen** wegen eines „fehlerhaften Beitritts“, die sie ausnahmsweise entgegen der Lehre vom fehlerhaften Verband durchsetzen können,³⁶ nachrangig seien. Dem mE gebotenen Größenschluss, wonach ein Eigenkapitalgeber, der ausnahmsweise seine Einlage ohne Einhaltung gesellschaftsrechtlicher Mechanismen zurückverlangen kann, im Insolvenzfall nicht besser als ein EKEG-Gläubiger gestellt sein kann, der ja eigentlich nur Fremdkapital geben wollte, ist das überwiegende Schrifttum nicht gefolgt.³⁷ Auch der OGH hat eine Nachrangigkeit in 1 Ob 34/13a³⁸ verneint, wenn auch ohne wirkliche Auseinandersetzung mit dem Sachproblem.³⁹

Nicht auf Österreich übertragbar ist schließlich eine – prinzipiell sehr bemerkenswerte – Entscheidung des OLG Koblenz.⁴⁰ Darin wurden die Ansprüche eines **Allein-Gesellschafters auf Auszahlung thesaurierter**, aber bislang nicht ausgeschütteter **Gewinne** als nachrangig qualifiziert. In Österreich vermag das „Stehenlassen“ von Krediten jedoch nach ausdrücklicher Anordnung von § 3 Abs 1 Z 3 EKEG generell keine Um-

(*Kepplinger*) = AnwBl 2018, 255 (*Hollaender*).

34 Ausführlich zum Ganzen *Trenker*, ÖBA 2018, 612 ff.

35 *Trenker*, Nachrangigkeit kapitalmarktrechtlicher Ansprüche in der Insolvenz der emittierenden AG, ÖBA 2013, 187; *Trenker*, Kapitalmarktrechtliche Ansprüche von Genussrechtsinhabern in der Insolvenz, VbR 2013, 16.

36 Grundlegend dazu OGH 6 Ob 28/12d GesRZ 2012, 252 (*F. Schuhmacher*) = EvBl 2012/110, 763 (*Csoklich*); 7 Ob 77/10i = GesRZ 2011, 251 (*Diregger*) = ZFR 2011, 238 (*Gruber*) = eolex 2011, 609 (*Wilhelm*).

37 *Rüffler*, Haftung für Kapitalmarktinformationen nach OGH 7 Ob 77/10i, in *Kalss/U. Torggler*, Kapitalmarkthaftung und Gesellschaftsrecht (2013) 1 (13); *Told*, Noch offene Fragen zur Geltendmachung von Prospekthaftungsansprüchen nach 6 Ob 28/12d? GeS 2012, 333; offenlassend *Katzmayr* in *KLS*, IO § 57a Rz 3; *G. Kodek*, *Sons of Gwalia* – Eine australische Diskussion zum Rang kapitalmarktrechtlicher Schadenersatzansprüche in der Insolvenz, in *FS Koppensteiner* (2016) 181 (182 ff).

38 ÖBA 2013, 836 = NZ 2013/131, 317 = ZIK 2013/330, 222 = RdW 2013/703, 720.

39 Vgl auch *G. Kodek* in *FS Koppensteiner* 181 (184), wonach das letzte Wort noch nicht gesprochen sei.

40 3 U 635/13 NZI 2014, 27 (*Leithaus*).

qualifikation in eine eigenkapitalersetzende Leistung zu begründen. Es hat daher auch für den „stehen gelassenen“ Gewinnanspruch des Alleingesellschafters nichts anderes zu gelten.

B Nachrangigkeit kraft Vereinbarung

Während sich die erste Gruppe nachrangiger Gläubiger somit aus dem – wenn auch nicht immer einfach anzuwendenden – EKEG ergibt, ist der Kreis der zweiten Gruppen nachrangiger Insolvenzgläubiger kraft Vereinbarung schwerer zu ziehen.

1 Zustandekommen der Nachrangigkeitsvereinbarung

Zunächst zur zentralen Voraussetzung für die „freiwillige Nachrangigkeit“: Erforderlich ist eine Vereinbarung, die **formfrei**, also sowohl schriftlich, mündlich als auch konkludent geschlossen werden kann.⁴¹ Ob – bei ausdrücklichen Vereinbarungen – von einer Nachrangigkeitsvereinbarung die Rede ist oder die weitgehend synonym zu verstehenden Begriffe des Rangrücktritts oder der Rückstehungserklärung verwendet werden, macht prinzipiell keinen Unterschied.

Die Vereinbarung wird typischerweise mit dem späteren Insolvenzschuldner abgeschlossen. Möglich ist aber auch der Abschluss einer Nachrangigkeitsvereinbarung mit bzw. gegenüber einem spezifischen Gläubiger – *P. Bydlinski*⁴² spricht von einer **individuellen Rückstehungserklärung** –, von der im Insolvenzverfahren reflexartig auch die übrigen Gläubiger profitieren. Denn eine solche Vereinbarung soll nach dem typischen Parteiwillen nicht bloß relative Wirkung, sondern auch verfügende Wirkung gegenüber dem Schuldner (§ 881 Abs 2 ABGB) entfalten;⁴³ sie führt also ebenfalls zur Nachrangigkeit der Forderung.⁴⁴

Relativ großzügige Maßstäbe werden für die Zulässigkeit der Vereinbarung eines Nachrangdarlehens in **AGB** bzw. vorformulierten Vertragsbedingungen angelegt: Der OGH hat eine solche Nachrangklausel in 4 Ob 110/17f⁴⁵ nämlich als konstitutives Merkmal für den Vertragstypus des Nachrangdarlehens und folglich als Teil der Hauptleistungspflicht

41 ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 23 zur Vereinbarung nach § 67 Abs 3 IO.

42 *P. Bydlinski* in FS Iro 325 ff.

43 Überzeugend *P. Bydlinski* in FS Iro 325 (333 ff).

44 Entgegen *P. Bydlinski* in FS Iro 325 (340 ff) wird mE keine aufschiebend bedingte Forderung iSd § 16 IO geschaffen. Eine Forderung, die aufschiebend bedingt für den Fall der Befriedigung eines Gläubigers – und damit im Insolvenzfall zwangsläufig auch für den Fall der Befriedigung aller (Insolvenz-)Gläubiger (!) – ist, fällt nicht unter § 16 IO, sondern unter die speziellere Einordnung des § 57a IO. Freilich ist der Gläubiger einer individuellen Rückstehungserklärung unmittelbar nach jener Forderung zu befriedigen, gegenüber der der Nachrang vereinbart wurde. Er ist damit vor den anderen nachrangigen Gläubigern zu bedienen (zur Vereinbarung eines solchen „vorrangigen Nachrangs“ s sogleich V A).

45 ZFR 2018, 36 (*Ruhm*) = *ecolex* 2018, 19 (*Sommerauer*); RIS-Justiz RS0131613.

qualifiziert, womit eine Inhaltskontrolle nach § 879 Abs 3 ABGB ausgeschlossen sei.⁴⁶ Die Thematik wurde bereits im letzten Band ausgiebig von *Leupold*⁴⁷ erörtert.

En passant hat der OGH in dieser Entscheidung allerdings eine große Gefahr für solche Gläubiger (und ihre Vertragsgestalter) geschaffen, die nachträglich bereit sind, im Rang zurückzutreten: Indem der 4. Senat nämlich davon ausgeht, dass es sich bei der nachträglichen Vereinbarung einer Nachrangigkeit um eine **Novation** der betroffenen (Darlehens-)Forderung handelt,⁴⁸ führt eine Nachrangigkeitsvereinbarung folgerichtig gem § 1378 ABGB zu einem **Verlust sämtlicher (Dritt-) Sicherheiten**. Anderes muss mit dem Sicherheitenbesteller vereinbart werden,⁴⁹ worauf Vertragsgestalter unbedingt Acht zu geben haben. Freilich existiert eine (Minder-)Meinung, die (**sogar** bei einem Rangrücktritt nach § 67 Abs 3 IO) von vornherein keine Novation, sondern mit guten Gründen eine bloße Schuldänderung (§ 1379 ABGB) annimmt⁵⁰ und sich insofern auch auf den BGH⁵¹ berufen kann. Ob sich der OGH hiervon überzeugen lassen und von seinem obiter dictum abgehen wird, ist indes keineswegs gesichert.

2 Einvernehmliche Aufhebung der Nachrangigkeitsvereinbarung

Eine spannende Frage ist schließlich, ob eine Nachrangigkeitsvereinbarung durch Vertrag zwischen Schuldner und Nachranggläubiger wieder einvernehmlich aufgehoben werden kann. Der BGH hat diese Möglichkeit zumindest bei einem qualifizierten Rangrücktritt (vgl § 19 Abs 2 S 2 dInsO) ab Eintritt der Insolvenzreife ausgeschlossen; er argumentiert damit, dass es sich beim qualifizierten Rangrücktritt um einen **Vertrag zugunsten der Gläubigersamtheit** handele, der durch eine Abrede von Schuldner und Gläubiger nicht wieder rückgängig gemacht werden könne.⁵²

46 So bereits *Engel/Jeitler*, Aus für Finanzierungen über Nachrangdarlehen? ÖBA 2017, 164 (167); *Pirker*, Qualifizierte Nachrangdarlehen als Finanzierungsinstrument, RdW 2016, 807 (810 f); *Wilfling/Komuczky*, Alternative Finanzinstrumente im Lichte der AGB-Kontrolle – Zivilrechtliche Zulässigkeit qualifizierter Nachrangdarlehen, ZFR 2016, 367 (369 f); aA *Haghofer*, Zur Wirksamkeit qualifizierter Nachrangklauseln, VbR 2015, 43 (45); *Kriegner*, Qualifizierte Nachrangdarlehen und Inhaltskontrolle, VbR 2017, 116 (117).

47 Alternative Finanzierungsformen in der Insolvenz, in *Konecny*, Insolvenzforum 2018 (2019) 53 ff mwN.

48 OGH 4 Ob 110/17f (Pkt 4.) im Anschluss an *Engel/Jeitler*, ÖBA 2017, 164 (167); *Pirker*, RdW 2016, 807 (811); *Schummer* in *Konecny*, Insolvenzforum 2012, 105 (121).

49 Allgemein hierzu zB *Kajaba* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 1378 Rz 1 (Stand 1.1.2018, rdb.at).

50 *Simsa/Wielinger*, Der Rangrücktritt – Novation oder bloße Schuldänderung, ZIK 2017/218, 172; *Schumacher* in KLS, IO § 67 Rz 52.

51 IX ZR 133/14 NJW 2015, 1672.

52 BGH IX ZR 133/14 NJW 2015, 1672; ausführlich dazu jüngst *Dittmar*, Der überschuldungsvermeidende Rangrücktritt (2019) 71 ff.

Auch wenn ein Rückgängigmachen der Nachrangigkeit besonders anstößig anmutet, wenn und weil durch diese die Überschuldung „aufgeschoben“ wurde (§ 67 Abs 3 IO) oder diese Grundlage einer Bilanzierung als Eigenkapital war (vgl unten V B), geht eine derartige **Beschränkung der Privatautonomie wohl zu weit**. Sowohl die Prüfung, ob ein Schuldner aktuell überschuldet ist, als auch die bilanzielle Abbildung der Vermögenslage, beziehen sich zwangsläufig auf einen gewissen Zeitpunkt; sie müssen und können hingegen nicht die Zukunft präjudizieren. Ebenso wie ein (künftiger Insolvenz-)Schuldner beispielsweise seinem Schuldner eine Verbindlichkeit erlassen oder umgekehrt jemandem gar eine Forderung schenken („schenkungsweise Einbuchung“) und damit die Höhe seines Eigenkapitals ohne weiteres maßgeblich verändern kann, so kann er erst recht zustimmen, eine nachrangig gestellte Forderung nachträglich wieder zu einer „gewöhnlichen“ aufzuwerten. Die Praxis akzeptiert ja richtigerweise auch befristete Rangrücktrittserklärungen iSd § 67 Abs 3 IO, bei denen nach Fristablauf ebenfalls nichts anderes passiert, als dass die Forderung wieder „vollwertig“ wird.

All das führt auch zu keinem untragbaren Gläubigerschutzdefizit. Den Interessen der Gläubiger ist bei einer nachträglichen Aufhebung der Nachrangigkeit wie gegenüber sonstigen Vereinbarungen vor Insolvenzeröffnung durch die Mittel der **Insolvenzanfechtung** Rechnung zu tragen. So dürfte regelmäßig eine Anfechtung dieser Vereinbarung als unmittelbar oder zumindest mittelbar nachteiliges Rechtsgeschäft (§ 31 Fall 2 IO), häufig aber auch wegen Unentgeltlichkeit (§ 29 Z 1 IO) oder Benachteiligungsabsicht (§ 28 IO) in Betracht kommen.

V Normative Behandlung nachrangiger Gläubiger kraft Vereinbarung

A Inhaltsschranken von Nachrangigkeitsvereinbarungen

Der Inhalt der Nachrangigkeitsvereinbarungen obliegt wie schon angesprochen grundsätzlich dem **Willen der Parteien**. Während die Rechtsstellung gesetzlicher Nachranggläubiger iSd § 57a Abs 1 IO einseitig zwingend festgelegt ist, also Vereinbarungen lediglich zum Vorteil der übrigen (Insolvenz-)Gläubiger wirksam sind, begeben sich vertragliche Nachranggläubiger freiwillig ihres vollwertigen Haftungsanspruchs. Auch „halbe Lösungen“ sind folglich grundsätzlich zulässig.

Disponibel ist dementsprechend jedenfalls der **Rang unter den nachrangigen Forderungen** oder – anders formuliert – die „Tiefe der Nachrangigkeit“. Vereinbart werden kann demgemäß auch eine vorrangige Befriedigung vor den gesetzlichen Nachranggläubigern des § 57a IO („vorrangiger Nachrang“); erst recht zulässig ist natürlich auch eine Nachrangigkeit gegenüber diesen („nachrangiger Nachrang“). Eine derartig abgestufte Rangordnung ändert freilich mE nichts daran, dass das Insolvenzgericht diesfalls bei zu erwartender Befriedigung der Insol-

venzgläubiger nur **eine** einheitliche Aufforderung gem § 57a Abs 2 IO zu erteilen hat.

Problematisch erschiene demgegenüber die Vereinbarung einer **nachrangigen Befriedigung unter gleichzeitiger Wahrung der vollen Teilnahmerechte im Insolvenzverfahren**, wie dem Stimmrecht und dem Bestreitungsrecht gegenüber anderen, angemeldeten Forderungen. Gerade das Stimmrecht über die Annahme eines Sanierungsplans darf einem nachrangigen Gläubiger nicht zukommen. Denn die durch den Sanierungsplan angeordnete Bindung der überstimmten Minderheit an die Mehrheitsentscheidung der Gläubiger basiert maßgeblich auf dem Gedanken, dass alle stimmberechtigten Gläubiger typischerweise gleichgerichtete Interessen verfolgen.⁵³ Das wäre bei einem nachrangigen Gläubiger aber nicht hinreichend gewährleistet. Die Annahme einer Unvereinbarkeit von nachrangiger Befriedigung und voller Stimmberechtigung stützen konkret auch die erwähnten § 141 Abs 2 Z 6 und § 154 Z 2 IO: Danach hat das Gericht die Interessen der nachrangigen EKEG-Gläubiger bei der Beurteilung der gemeinsamen Interessen im Rahmen der Sanierungsplanbestätigung nicht zu berücksichtigen, weil sie eben nicht Bestandteil jener Gläubigergruppe sind, um deren Interessen es offensichtlich geht.

Größerer **Gestaltungsspielraum** herrscht indes mE wiederum hinsichtlich der **Rechtsposition** nachrangiger Gläubiger **nach Abschluss eines Sanierungsplans**. Jedenfalls unzulässig wären freilich Vereinbarungen, wodurch nachrangige Gläubiger im Sanierungsplanszenario durch höhere Quoten oder frühere Fälligkeit besser als gewöhnliche Insolvenzgläubiger gestellt würden. Eine solche Abrede verstieße gegen das Gebot der Gleichbehandlung der Insolvenzgläubiger, konkret gegen § 150 Abs 2 IO (s ferner § 150a IO). Am anderen Ende des Spektrums spricht nichts dagegen, die Nachrangigkeit einer Forderung derart „stark“ auszugestalten, dass sie mit Abschluss eines Sanierungsplans gänzlich untergeht, der nachrangige Gläubiger also „leer ausgeht“.

Zudem sind auch keine durchgreifenden Gründe ersichtlich, die es verbieten, **Gläubigern trotz einer Nachrangigkeitsvereinbarung** von vornherein einen **Anspruch auf die Sanierungsplanquote zuzusagen**. ME entspricht diese Rechtsfolge sogar dem typischen Vertragszweck einer Nachrangigkeitsabrede (unten V C 2 b). Letztlich gleichgültig ist dabei, ob der Nachranggläubiger entweder zugleich mit den übrigen Gläubigern, nach Befriedigung sämtlicher an der Sanierungsplanabstimmung teilnehmenden Gläubiger oder – wie bei einem gesetzlichen Nachranggläubiger (§ 14 EKEG iVm § 156 Abs 1 IO [dazu noch V C 2]) – erst nach Überwinden der Krise iSd § 2 EKEG befriedigt werden soll. Problematisch ist zwar, dass sich eine Befriedigung nach den nicht nachrangigen Sanierungsplanläubigern nicht unbedingt in das gesetzliche Grundkonzept fügt, wonach der Sanierungsplan längstens binnen

53 Vgl Denkschrift zur Einführung einer Konkursordnung, einer Ausgleichsordnung und einer Anfechtungsordnung (1914) 133.

der Frist des § 141 Abs 1 IO erfüllt sein muss.⁵⁴ Mit § 14 EKEG wurde dieses Konzept jedoch ohnehin bereits durchbrochen. Es ist nun kein hinreichender Grund ersichtlich, der dagegenspräche, diese Ausnahme auf privatautonomer Ebene nachzuvollziehen. Wird demgegenüber überhaupt die gleichzeitige Befriedigung mit sonstigen Sanierungsplan-gläubigern vereinbart, war für den Sanierungsfall eben kein Nachrang beabsichtigt, ohne dass dies aus Gründen des Gläubigerschutzes Bedenken erweckt.⁵⁵ Auch eine solche „halbe Nachrangigkeit“ führt freilich zu keinem Stimmrecht der nachrangigen Gläubiger;⁵⁶ das Gericht müsste aber wohl entgegen § 141 Abs 1 Z 6 IO⁵⁷ die Aussicht der Erfüllbarkeit derart nachrangiger Gläubiger in die Bestätigungsentscheidung einfließen lassen.⁵⁸

B Dispositive Rechtsfolgen

Diese wenigen Beispiele sollten gezeigt haben, dass die Auslotung der Grenzen zulässiger Vereinbarungen für jeden Einzelfall vorgenommen werden muss und durchaus schwierige Fragen aufwirft. Fast noch schwieriger zu lösen ist die Frage, welches Regime auf vertraglich nachrangige Gläubiger anwendbar ist, wenn nähere Vertragsbestimmungen fehlen. MaW: Was ist das **dispositive Recht für nachrangige Gläubiger kraft Vereinbarung**, das mangels hinreichender Anhaltspunkte für einen entsprechenden Parteiwillen gilt?

Eine Auslegungshilfe kann sich insoweit ergeben, wenn die Parteien mit der Nachrangigkeitsvereinbarung einen **gesetzlich determinierten Zweck** verfolgen, der nur bei gewissem Vertragsinhalt erreicht wird. Ein Beispiel hierfür wurde mit dem qualifizierten Rangrücktritt gem § 67 Abs 3 IO bereits erörtert, wobei wie gezeigt für diesen sogar ein Verzicht auf den Insolvenzteilmehrspruch notwendig ist (oben II D). Ein anderes Beispiel sind Bestimmungen, die gewisse Anforderungen normieren, damit Kapital von Banken, Versicherungen etc zu **aufsichtsrechtlichen Zwecken als Eigenmittel** geführt werden darf (zB Art 25 CRR; §§ 169 ff VAG, § 10 Abs 5 Z 2 WAG, § 6 Abs 2 Z 5 InvFG). So darf Kapital nach der CRR (capital requirements regulation [Kapitaladäquanzverord-

nung])⁵⁹ zumindest nach einer Literaturmeinung nur dann als Kernkapital bezeichnet werden, wenn der betreffende Finanzier zumindest einen Rangrücktritt iSd § 67 Abs 3 IO abgegeben hat,⁶⁰ während für die Qualifikation als Ergänzungskapital „einfache“ Nachrangigkeit genüge.⁶¹ Ein anderes häufiges Ziel von Nachrangklauseln kann es schließlich sein, die **Bilanzierung zugeführter Mittel als Eigenkapital** sicherzustellen. Denn eine der Voraussetzungen hierfür⁶² ist die Nachrangigkeit der daraus entstehenden Forderung. Diese Nachrangigkeit muss zumindest auch als Nachrangigkeit gegenüber „einfach nachrangigen“ Gläubigern ausgestaltet sein.⁶³ ME ist sogar ein qualifizierter Rangrücktritt iSd § 67 Abs 3 IO notwendig, weil die Anforderungen an den Ausweis als Eigenkapital in einer unternehmensrechtlichen Bilanz noch strenger sind als bei einer rechnerischen Überschuldungsprüfung.⁶⁴

Soweit Parteien mit ihrer Nachrangigkeitsvereinbarung also ein solches Ziel mit klar definierten Voraussetzungen verfolgen, erlangt der Begriff der Nachrangigkeitsvereinbarung zumindest gewisse Konturen. Doch auch in solchen Fällen ist bereits fraglich, was denn die soeben angesprochene „einfache Nachrangigkeit“ im Einzelnen bedeutet. Und welche Rechtsfolgen sind allgemein an Nachrangigkeitsabreden zu knüpfen, wenn es überhaupt keine Anhaltspunkte dafür gibt, was die Parteien in einer bestimmten Frage wollten?

Für die Frage der **Rangordnung** hat sich eine hM etabliert, die im Zweifel davon ausgeht, dass vertragliche Nachranggläubiger grundsätzlich denselben Rang einnehmen wie EKEG-Gläubiger gem § 57a IO.⁶⁵

54 Für diesen äußerst gewichtigen Einwand habe ich einem Diskussionsbeitrag *Konecny* zu danken.

55 Den restlichen Gläubigern ist dadurch immer noch besser gedient, als wenn gar kein Nachrang vereinbart worden wäre.

56 Denn ein Sanierungsplan wäre für solche nachrangigen Gläubiger stets vorteilhaft gegenüber einem Liquidationskonkurs, sodass ihre Stimmrechtsausübung wiederum auf Basis einer anderen Interessenlage als bei nicht nachrangigen Gläubigern vorgenommen würde. Ein Eingriff in die Autonomie der nicht nachrangigen Gläubiger durch ein Stimmrecht dieser Gläubiger verbietet sich vor diesem Hintergrund.

57 Die Bestimmung ist insoweit eben dispositiv.

58 Anderes gilt für die Prüfung, ob der Sanierungsplan den gemeinsamen Interessen der Gläubiger entspricht; insoweit hat es bei der Anordnung von § 154 Z 2 IO zu bleiben.

59 VO (EU) 575/2013 des europäischen Parlaments und des Rates vom 26. 6. 2013 über Aufsichtsanforderungen an Kreditinstitute und Wertpapierfirmen und zur Änderung der VO (EU) 646/2012, ABI L 2013/176, 1.

60 *Frizberg*, Nachrangige Forderungen (Dissertation 2019; unveröffentlicht); *Hofmann/Pagowski/Pomper* in *Dellinger/Blume*, CRR-Kommentar II (1. Lfg; 2018) Art 52 Rz 18.

61 IdS *Jergitsch/Klepp* in *Laurer/M.Schütz/Kammel/Ratka*, Kommentar zum Bankwesengesetz⁴ Art 63 CRR Rz 7 (Stand 1.1.2019, rdb.at).

62 Zu diesen Voraussetzungen Stellungnahme KFS/RL 13 des Fachsenats für Unternehmensrecht und Revision über die Bilanzierung von Genussrechten und Hybridkapital (abrufbar unter <https://www.ksw.or.at/PortalData/1/Resourcen/fachgutachten/18-KFS-RL13.pdf> [abgefragt 1. 11. 2020]); aus dem Schrifttum s z *Bergmann*, Genussrechte: Ausgestaltung – Rechnungslegung – Besteuerung (2016) 326 ff mwN; *Hirschler/Sulz/Schaffer* in *Hirschler*, Bilanzrecht I (2009) § 224 UGB Rz 104 ff; *Sopp/Grünberger* in *Zib/Dellinger*, UGB Großkommentar III (2013) § 224 Rz 173 ff; *Trenker*, ÖBA 2018, 612 (621 f).

63 *Sopp/Grünberger* in *Zib/Dellinger*, UGB III § 224 Rz 178; vgl auch KFS/RL 13 des Fachsenats für Unternehmensrecht und Revision über die Bilanzierung von Genussrechten und Hybridkapital (FN 62) Rz 9.

64 Dafür spricht der Verweis in § 67 Abs 3 IO auf § 225 Abs 1 HGB (nunmehr § 225 Abs 1 UGB).

65 *Mohr* in *Dellinger/Mohr*, EKEG § 57a KO Rz 5; *Mohr* in *Konecny*, Insolvenzesetze § 57a IO Rz 6; *Schummer* in *Dellinger/Keppert*, Eigenkapitalersatzrecht 143 (146).

Dieser Gedanke ist nicht nur zutreffend, sondern im Prinzip auch verallgemeinerungsfähig.⁶⁶ Für Forderungen, deren Nachrang ohne nähere Determination vertraglich vereinbart wurde, gelten im Zweifel die **Rechtsfolgen für eigenkapitalersetzende Leistungen**.⁶⁷ Der Grund dafür ist keine analoge Anwendung,⁶⁸ sondern die Einsicht, dass das Gesetz in diesen Bestimmungen Regeln aufstellt, die nach der gesetzgeberischen Intention dem Sinn und Zweck der Nachrangigkeit einer Forderung typischerweise gerecht werden. MaW hat der Gesetzgeber Regeln aufgestellt, die zumindest den Anspruch verfolgen, nachrangige Forderungen in systematisch-teleologischer Hinsicht „gerecht“ zu behandeln. Fehlen nun vertragliche Anhaltspunkte, was Parteien im konkreten Einzelfall wollen, so bilden diese gesetzgeberischen Wertungen den einzigen Anhaltspunkt dafür, was vernünftige und redliche Parteien iSd § 914 ABGB typischerweise als billig und zweckmäßig empfinden. Daher sind die für EKEG-Gläubiger aufgestellten Regeln auch für vertragliche Nachranggläubiger so etwas wie *ius dispositivum* im weiteren Sinn.

Allerdings: Die Maßgeblichkeit dieses *ius dispositivum* ist nicht überzubewerten, sondern darf die soeben angestellte Vermutung eines entsprechenden Parteiwillens nur als *ultima ratio* herangezogen werden. Eine abweichende normative Erfassung ist demgemäß erstens jedenfalls bei ex- oder impliziten Anhaltspunkten für einen abweichenden Parteiwillen geboten. Zweitens können andere Rechtsfolgen auch daraus resultieren, dass eine Rechtsfolge generell nicht mit der typischen Zwecksetzung freiwilliger Rangrücktritte vereinbar ist.

Daraus ergibt sich eine Art **Prüfungsschema: Ausgangspunkt** für die Behandlung vertraglicher Nachranggläubiger ist stets die gesetzliche **Regelung für eigenkapitalersetzende Leistungen**. Wenn die angeordnete Rechtsfolge aber entweder mit dem **konkret erweislichen Parteiwillen** oder dem **typischerweise verfolgten Zweck** der Nachrangigkeitsabrede unvereinbar ist, bedarf es einer entsprechend **abweichenden Behandlung**.

C Beispiel: Anwendbarkeit von § 14 EKEG iVm § 156 Abs 1 IO

1 Außergerichtliche Sanierung

Ob Letzteres zutrifft, darüber lässt sich nun gerade bei § 14 EKEG trefflich streiten, wobei die in dieser Bestimmung vorzufindenden Anordnungen auseinanderzuhalten sind. Die allgemeine Regelung, dass ein Anspruch aus einer Eigenkapital ersetzenden Leistung vor Beendigung der Krise nicht rückgezahlt werden darf, danach aber grundsätzlich schon, ist auf vertragliche Nachrangforderungen übertragbar.⁶⁹ Gerade wenn

eine **außergerichtliche Sanierung** gelingt, also gar kein Insolvenzverfahren eröffnet wird, braucht es einen greifbaren Zeitpunkt, zu dem die **Nachrangigkeit endet**, sofern einschlägige Vertragsbestimmungen – wie häufig – fehlen. Die **Überwindung der Krise** ist als definierter Gesetzesbegriff ein rechtssicherer Anknüpfungspunkt und die „Entsperrung“ zu diesem Zeitpunkt ausgehend vom typischerweise verfolgten Sanierungsweck einer Nachrangigkeitsvereinbarung auch interessengerecht.

2 Rechtsfolgen der Bestätigung eines Sanierungsplans

a Problemaufriss und Meinungsstand

Schwieriger zu beurteilen ist indessen die Übertragbarkeit des Normgehalts von § 14 EKEG für den Fall des Abschlusses eines Sanierungsplans. In § 14 EKEG wird – wie schon ausgeführt (oben II C) – angeordnet, dass EKEG-Gläubiger den die Sanierungsplanquote übersteigenden Teil ihrer Forderung auch nach Überwinden der Krise nicht zurückfordern können. E contrario ergibt sich daraus, dass ihre Forderung immerhin in Höhe der Sanierungsplanquote fortbesteht. Sie ist also diesfalls „nur“ mehr insofern nachrangig, als sie erst nach Wegfall der Krise zurückbezahlt werden darf. **Fraglich** ist nun, ob grundsätzlich auch **vertragliche Nachranggläubiger nach Abschluss eines Sanierungsplans und nach Wegfall der Krise Anspruch auf ihre Quote** haben, wie dies das OLG Wien⁷⁰ meint. Die Gegenansicht von *Frizberg*⁷¹ geht hingegen davon aus, dass vertraglich nachrangige Forderungen als nicht im Sanierungsplan enthaltene Verbindlichkeiten kraft Restschuldbefreiung vollumfänglich untergehen. ME ist, wie im Folgenden zu zeigen sein wird, grundsätzlich dem OLG Wien zuzustimmen und – mangels anderer vertraglicher Anhaltspunkte – von einer Kürzung nachrangiger Forderungen auf die Sanierungsplanquote auszugehen.

Allen voran: Der Inhalt von § 14 EKEG gibt in der Beschränkung der EKEG-Forderungen auf die Sanierungsplanquote nur wieder, was § 156 Abs 1 IO allgemein zu entnehmen wäre. § 156 Abs 1 IO erfasst, wie bereits zu § 67 Abs 3 IO ausgeführt (oben II D), grundsätzlich sämtliche Forderungen gegen den Insolvenzschuldner (arg: „seinen Gläubigern [...], gleichviel ob sie am Insolvenzverfahren [...] teilgenommen haben“), soweit keine speziellen Regeln für bestimmte Forderungsgruppen gelten (wie zB §§ 149, 150, 156 Abs 4, 5 IO). Zentrale Rechtsfolge ist die Umänderung des jeweiligen Forderungsinhalts entsprechend dem Inhalt des Sanierungsplans. § 14 EKEG enthält neben der Klarstellung dieser Rechtsfolge lediglich die zusätzliche Bestimmung, dass Forderungen

66 Vgl schon *Trenker*, ÖBA 2018, 612 (621).

67 Zutreffend OLG Wien 1 R 31/18p ZIK 2018/241, 190.

68 Die Auffassung des OLG Wien 1 R 31/18p ZIK 2018/241, 190 dürfte daher entgegen *Frizberg*, ZIK 2018/214, 166 (168, 170) gar nicht auf eine analoge Anwendung von § 14 EKEG hinauslaufen.

69 *Trenker*, ÖBA 2018, 612 (621); aA *Frizberg*, ZIK 2018/214, 166 (168),

deren Verweis auf OGH 1 Ob 34/13a und 6 Ob 204/16t jedoch mE nicht überzeugt, weil in den diesen Entscheidungen zugrundeliegenden Sachverhalten gerade keine Nachrangabrede getroffen wurde.

70 1 R 31/18p ZIK 2018/241, 190.

71 ZIK 2018/214, 166 (168 ff); *Frizberg*, Nachrangige Gläubiger 200 ff; s ferner noch *Frizberg* in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2019 III B.

von EKEG-Gläubigern frühestens nach Überwinden der Krise fällig werden. Darüber hinaus muss mE freilich – und insoweit zeigt sich, dass **§ 156 Abs 1 IO in Zusammenschau mit § 14 EKEG zu lesen ist** – der im Sanierungsplan vereinbarte Fälligkeitszeitpunkt eingetreten sein. Andernfalls wären ja Forderungen aus Eigenkapital ersetzenden Leistungen paradoxerweise mitunter vor „gewöhnlichen“ Sanierungsplangläubigern zu befriedigen.

Die entscheidende Frage ist nun: Warum sollen diese Rechtsfolgen nicht auch für vertragliche Nachranggläubiger gelten? Nach dem oben Gesagten wäre eine abweichende normative Behandlung nur zu rechtfertigen, wenn sich im Einzelfall Anhaltspunkte für einen gegenteiligen Parteiwillen ergäben (ob dies zutrifft, kann in den gegenständlichen abstrakten Überlegungen naturgemäß nicht beurteilt werden) oder die skizzierten Rechtsfolgen nicht mit dem typischerweise verfolgten Zweck einer Nachrangabrede vereinbar sind.

b Kürzung auf Sanierungsplanquote als zweckentsprechende Rechtsfolge

Für Letzteres könnte auf den ersten Blick sprechen, dass die befürwortete Anwendung von § 156 Abs 1 IO und § 14 EKEG im Ergebnis zu einer **Besserstellung der nachrangigen Gläubiger bei Annahme eines Sanierungsplans gegenüber ihrer Position bei einem Liquidationskonkurs** führt. Der vertragliche Nachranggläubiger erhält letztlich relativ gleichviel wie ein Sanierungsplangläubiger, es besteht lediglich mit dem Wegfall der Krise eine zusätzliche Fälligkeitsvoraussetzung; im Liquidationskonkurs ginge er hingegen regelmäßig leer aus. Gegen dieses Ergebnis ließe sich folglich einwenden, nachrangige Befriedigung müsse nach dem Zweck einer Nachrangabrede stets bedeuten, dass ein nachrangiger Gläubiger erst nach einer 100 %-Befriedigung der übrigen Gläubiger zu befriedigen sei.⁷²

Dieses Vorverständnis von Nachrangigkeit ist jedoch alles andere als zwingend. Im Gegenteil: Nach Bestätigung des Sanierungsplans reduzieren sich die Ansprüche der Gläubiger auf die Sanierungsplanquote. Die Befriedigung dieser Quote ist somit mit der vollständigen Befriedigung der nicht nachrangigen Gläubiger gleichzusetzen.⁷³ Dass der erlassene Teil der Forderung der „gewöhnlichen“ Insolvenzgläubiger nach hA⁷⁴ in Form einer Naturalobligation fortbesteht, ändert daran bei prag-

72 So *Frizberg*, ZIK 2018/214, 166 (169). Die von ihr hierfür herangezogenen Literaturmeinungen (aaO FN 34) belegen dieses Verständnis mE jedoch nicht und beziehen sich im Übrigen auf die Nachrangigkeit kraft Gesetzes.

73 Dafür spricht nicht zuletzt, dass teilweise Forderungen gem § 156a Abs 3 HS 2 IO bei qualifiziertem Verzug eben nur quotenmäßig wiederaufleben.

74 ErläutRV 370 BlgNR 15. GP 41; *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht⁴ Rz 409; *G. Kodek*, Insolvenzrecht² Rz 519; *Lovrek in Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze (31. Lfg; 2008) § 156 KO Rz 51 ff; *Nunner-Krautgasser/Anzenberger* in KLS, IO § 156 Rz 14 je mwN; OGH 6 Ob 179/14p; 7 Ob 42/09s; 3 Ob 62/90; aA *Buchegger*, Die Ausgleichserfüllung (1988) 48 ff; *Holzhammer*, Österreichisches Insolvenzrecht⁵ (1996) 174.

matischer Sicht der Dinge nichts; Naturalobligationen sind in der Rechtspraxis verlorene Ansprüche. Für die **nicht nachrangigen Gläubiger** macht es deshalb auch prinzipiell **keinen Unterschied, ob nachrangige Gläubiger nach Überwinden der Krise zum Zug kommen** oder nicht, solange sie nur ihre Sanierungsplanquote erhalten (haben).⁷⁵

Aus Sicht eines vertraglichen Nachranggläubigers käme die Ansicht, wonach eine Befriedigung im Falle eines Sanierungsplans erst nach 100 %iger (gemeint: 100 % der ursprünglichen Forderung) Tilgung aller Sanierungsplangläubiger in Betracht komme, hingegen einem gänzlichen Verzicht auf seine Forderungen für den Fall des Insolvenzverfahrens gleich. Ein solcher Parteiwille ist denkbar, insb wenn der Gläubiger im Einzelfall – sei es auch nur in den Verhandlungen – zu erkennen gibt, dass er seine Forderung für den Fall des Insolvenzverfahrens und unabhängig von einer dort möglichen Sanierung „abschreibt“. Ganz generell erscheint es aber wenig interessengerecht, einem Gläubiger zu unterstellen, er hätte mit der Nachrangigkeitsabrede für den Insolvenzfall **unbedingt** auf seine Forderung verzichten wollen. Denn dann hätte er wohl gerade nicht das „gelindere Mittel“ des Rangrücktritts gewählt, sondern einen echten Verzicht abgegeben. Der **Sinn und Zweck einer Nachrangigkeitsvereinbarung besteht im Gegensatz zu einem Verzicht** typischerweise ja gerade darin, dass der zurücktretende Gläubiger den übrigen Gläubigern **nur bis zur Sanierung des Schuldners nachstehen soll**. Die Sanierung ist aber schon mit Überwinden der Krise gelungen, womit sich zeigt, warum § 14 EKEG iVm § 156a IO eine dem typischen Zweck der Nachrangigkeitsabrede angemessene Rechtsfolge statuiert.

Genau diese Zwecksetzung liefert ferner die **sachliche Rechtfertigung** für das auf den ersten Blick systemwidrige Ergebnis, dass die **Nachranggläubiger bei Abschluss eines Sanierungsplans letztlich besser stehen als bei einem Liquidationskonkurs**: Denn diesfalls ist die Sanierung der Gesellschaft gelungen (soweit auch die Krise überwunden ist) und damit das Ziel der Nachrangigkeitsabrede als temporärem Verzicht auf die Durchsetzbarkeit eines Anspruchs erreicht.

Ergänzend ist zu diesen Gedanken noch das Argument des OLG Wien⁷⁶ hinzuzufügen, wonach in der Tat **kein hinreichender Grund**

75 Richtig ist, dass Sanierungsplangläubiger dem Sanierungsplan mitunter auch deshalb zustimmen, weil sie von einer wirtschaftlichen Erholung des Schuldners als dessen künftige Geschäftspartner profitieren (idS schon Denkschrift 117) und daher ein manifestes Interesse nicht nachrangiger Gläubiger daran besteht, dass die Gesellschaft nicht wegen der Befriedigung nachrangiger Gläubiger erneut insolvent wird (insoweit durchaus zutreffend *Frizberg*, ZIK 2018/214, 166 [169]). Jedoch ist durch die Notwendigkeit des Wegfalls der Krise bzw des Verbots von Zahlungen, die einen Krisentatbestand auslösen würden (§ 14 Abs 1 HS 2 Fall 2 EKEG), nach – rechtspolitisch sicherlich diskutabler – Meinung des Gesetzgebers offenbar hinreichend sichergestellt, dass die Tilgung nachrangiger Forderungen die Überlebensfähigkeit des Schuldners nicht gefährdet.

76 1 R 31/18p ZIK 2018/241, 190.

dafür ersichtlich ist, dass sich Gläubiger durch ihren vertraglichen Rangrücktritt in eine **schlechtere Position** bringen wollen **als gesetzliche Nachranggläubiger** (cui bono?). Ferner ist für gewöhnlich auch schwer nachvollziehbar, warum Nachranggläubiger bei einer gerichtlichen Sanierung schlechter stehen als bei einer außergerichtlichen Sanierung: Eine solche führt ja – mE unzweifelhaft – zu einer Entsperrung vertraglich nachrangiger Ansprüche. Das gilt selbst dann, wenn einzelne Gläubiger nicht zu 100 % befriedigt wurden, weil sie als Teil des Sanierungskonzepts auf Teile ihrer Forderungen verzichtet haben.

Schließlich ist zu bedenken, dass von der befürworteten Nichtberücksichtigung der nachrangigen Gläubiger letztlich vor allem die **Gesellschafter profitieren** würden. Denn der „Untergang“ der nachrangigen Forderung steigert unmittelbar ihren Beteiligungswert. Dieses Ergebnis ist aber deshalb abzulehnen, weil die Gesellschafter mit ihren Vermögensrechten **den Nachranggläubigern** eigentlich **nachgehen** und die Nachrangabrede typischerweise sicher nicht als „Geschenk“ an die Gesellschafter gedacht war.

c Fälligkeit

Sofern die Parteien nichts Gegenteiliges vereinbart haben, ist daher davon auszugehen, dass vertraglich nachrangige Forderungen nach Abschluss eines Sanierungsplans grundsätzlich in Höhe der Sanierungsplanquote fortbestehen. Diskutabel ist allerdings noch die Frage, ob die Fälligkeit der nachrangigen Forderung bereits mit **Überwinden der Krise oder erst mit quotenmäßiger Befriedigung sämtlicher Sanierungsplangläubiger** eintritt.⁷⁷

Für **EKEG-Gläubiger** beantwortet § 14 EKEG die Frage deutlich in ersterem Sinn. Eine Gegenansicht glaubt zwar einen Wertungswiderspruch zu erkennen, wenn EKEG-Gläubiger unabhängig von der Zahlung der Quote an die nicht nachrangigen Gläubiger befriedigt würden, und meint deshalb, die Fälligkeit setze erst nach Befriedigung sämtlicher nicht nachrangiger Sanierungsplangläubiger ein.⁷⁸ Mangels gesetzlicher Wertungen, die diesen rechtspolitisch sicherlich diskutablen „Vorschlag“ bestätigen, ist der klare Gesetzeswortlaut insofern jedoch nicht einfach „umzuinterpretieren“.

Aber auch bei **vertraglichen Nachranggläubigern** ist zu bedenken, dass das Überwinden der Krise, also die damit verbundene nachhaltige

Sanierung, jene zeitliche Zäsur begründet, ab welcher der typischerweise verfolgte Sanierungszweck wegfällt. Es erscheint daher auch die „Entsperrung“ nachrangiger Forderungen zu diesem Zeitpunkt als interessengerechte dispositive Rechtsfolge. Die im- oder explizite Vereinbarung einer Entsperrung erst mit quotenmäßiger Befriedigung aller Sanierungsplangläubiger bleibt jedoch zulässig (oben V A). Eine solche Vereinbarung ist zumindest bei Beschränkung auf die im Sanierungsplan ausdrücklich miteinbezogenen und daher leicht ersichtlichen Verbindlichkeiten mE auch durchaus sinnvoll.

⁷⁷ Zu pauschal ist mE die Einschätzung von *Achatz*, Der Erstattungsanspruch gegenüber Gesellschaftern als Masseaktivum, in *Konecny*, Insolvenzfórum 2009 (2010) 15 (26), dass die Krise frühestens nach Befriedigung sämtlicher Sanierungsplangläubiger überwunden sein kann.

⁷⁸ So *Frizberg*, ZIK 2018/214, 166 (170 f); *Frizberg*, Nachrangige Forderungen 190. Ebenso, allerdings ohne Begründung *C. Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht² (2017) Rz 4/480. Der E OLG Wien 1 R 31/18p ZIK 2018/241, 190 ist die Befürwortung dieser Auffassung – entgegen *Frizberg* (ZIK 2018/214, 166 [170 f]) – nicht zu entnehmen.