

Univ.-Prof. MMag. Dr. MARTIN TRENKER
Dr. MARTIN LUTSCHOUNIG
UNIVERSITÄT INNSBRUCK
Institut für Zivilgerichtliches Verfahren

PROJEKT-Nr. 18686: „Präventiver
Restrukturierungs-rahmen“ durch
Umsetzung der Richtlinie (EU)
2019/1023 in Österreich

An die

Parlamentsdirektion

z. Hd. Herrn Mag. *Wolfgang Sobotka* als Präsident des Nationalrats

Dr.-Karl-Renner-Ring 3

1017 Wien

e-mail: begutachtungsverfahren@parlament.gv.at

sowie

an das

Bundesministerium für Justiz

z. Hd. Herrn SC Dr. *Georg Kathrein*

Museumstraße 7

1070 Wien

e-mail: team.z@bmj.gv.at

Betrifft: Ministerialentwurf betreffend Bundesgesetz, mit dem zur Umsetzung der Richtlinie über Restrukturierung und Insolvenz ein Bundesgesetz über die Restrukturierung von Unternehmen geschaffen sowie die Insolvenzordnung, das Gerichtsgebührengesetz, das Gerichtliche Einbringungsgesetz und das Rechtsanwaltstarifgesetz geändert werden (Restrukturierungs- und Insolvenz-Richtlinie-Umsetzungsgesetz – RIRL-UG); 96/ME XXVII. GP

Bezug: Schreiben des BMJ vom 22.2.2021, Gz 2020-0.847.852

Bezugnehmend auf den oben angeführten Ministerialentwurf erlauben wir uns, die folgende

Stellungnahme

binnen offener Begutachtungsfrist zu überreichen.

I. Vorbemerkung

Vorauszuschicken ist, dass die Möglichkeit einer **Begutachtung**, welche zuletzt auch bei Gesetzen mit insolvenzrechtlichem Bezug nicht immer gegeben war,¹ sehr begrüßt wird. Gerade bei einem Gesetzesentwurf mit dieser Tragweite und in dieser Größenordnung ist die vorgesehen Begutachtungsdauer von sechs Wochen allerdings leider so knapp bemessen, dass im Folgenden nur ein Auszug unserer wichtigsten – und noch dazu keineswegs in allen Details durchdachten – Überlegungen dargestellt werden konnte; zahlreiche andere „Auffälligkeiten“ konnten aus Zeitgründen nicht einmal angesprochen werden. Dass die Stellungnahme dennoch derart ausführlich ausgefallen ist, möge als Beleg dafür dienen, dass der gegenständliche Ministerialentwurf (ME) **uE erheblichen Änderungs-, Verbesserungs- und Reflexionsbedarf** aufweist, mag dies bei der erwähnten Größenordnung des Gesetzesentwurfes auch zu einem gewissen Grad in der Natur der Sache liegen. Dass diesem auch in vielen anderen Stellungnahmen aufgezeigten Verbesserungsbedarf bis zum Umsetzungstermin der Richtlinie (EU) 2019/1023 (im Folgenden: „RIRL“) am 17.7.2021 hinreichend Rechnung getragen werden kann, erscheint zumindest nicht einfach vorstellbar. Es könnte daher uE unter Umständen sinnvoll sein, die – aufgrund der COVID-Pandemie wohl erfüllte – Ausnahmeregelung des Art 34 Abs 2 RIRL in Anspruch zu nehmen.

Der gegenständliche ME dient im Wesentlichen der Umsetzung der RIRL. Zentraler Gegenstand dieser Richtlinie ist die Einrichtung eines „präventiven Restrukturierungsrahmens“. Dazu soll im gegenständlichen ME, was als **sinnvoll** begrüßt wird, mit der **Restrukturierungsordnung (ReO) ein eigenes Gesetz** geschaffen, die IO hingegen nur um flankierende Bestimmungen erweitert werden (siehe insbesondere §§ 36a-c, § 57a Abs 3 IO idF ME). Hinzu kommen Neuerungen zur **Entschuldung natürlicher Personen**, welche im Grundsatz ebenfalls der Umsetzung der RIRL dienen. Schließlich wurden offenbar aus Anlass der gegenständlichen Novelle noch einige **sonstige Änderungen** der IO vorgeschlagen. Die gegenständliche Stellungnahme folgt dieser „Dreiteilung“. Der deutliche Schwerpunkt liegt aber auf dem Vorschlag zur ReO.

¹ Es muss an dieser Stelle auf die undemokratische – noch dazu schlicht „unehrliche“ – Vorgehensweise des BMF bei der Einführung der Anfechtungsprivilegien für Abgabengläubiger in § 323e Abs 2 Z 5 BAO hingewiesen werden (dazu näher *Trenker in Resch, Das Corona-Handbuch*^{1.04} Kap 14 [Stand 29.1.2021, rdb.at] Rz 4/2 bei und in FN 10).

Univ.-Prof. MMag. Dr. MARTIN TRENKER
Dr. MARTIN LUTSCHOUNIG
UNIVERSITÄT INNSBRUCK
Institut für Zivilgerichtliches Verfahren

PROJEKT-Nr. 18686: „Präventiver
Restrukturierungs-rahmen“ durch
Umsetzung der Richtlinie (EU)
2019/1023 in Österreich

Es werden im Einzelnen auch konkrete **Formulierungsvorschläge** für fast alle angeregten Änderungen gemacht, weil ein Vorschlag, über den sein Urheber selbst nicht weiß, wie er umzusetzen wäre, *per se* fragwürdig erscheint. Bisweilen werden einzelne Vorschläge, weil mehrere Lösungsvarianten durchaus vertretbar erscheinen, der Wille des Gesetzgebers aber nicht klar ersichtlich ist, in eckige Klammer gesetzt.

Die gegenständliche Stellungnahme entstand im Rahmen des vom Jubiläumsfonds der OeNB geförderten Projekts „Präventiver Restrukturierungsrahmen“ durch Umsetzung der Richtlinie (EU) 2019/1023 in Österreich“.²

² Unser herzlicher Dank gilt Univ.-Ass. Mag. *Felix Loewit* und Stud-Ass. *Tristan Prem*.

II. Präventiver Rechtstrukturierungsrahmen

A. Rechtspolitische Würdigung zentraler Weichenstellungen

1. Allgemeines

Die RIRL belässt den Mitgliedstaaten bei der Einführung des präventiven Restrukturierungsrahmens bemerkenswert **weiten Spielraum**, weshalb für deren Umsetzung **zahlreiche rechtspolitische Entscheidungen** getroffen werden mussten. Dies erschwert eine sachgerechte Stellungnahme zum gegenständlichen ME zwangsläufig erheblich. Es steht zwar außer Zweifel, dass das Ziel des österreichischen Restrukturierungsrahmens sein muss, ein **effektives und effizientes Instrument zur Sanierung und Restrukturierung** „wirtschaftlich angezählter“ Schuldner zu schaffen.

2. Rechtspolitische und verfassungsrechtliche Zusammenhänge

Jedoch stehen die vielen zu treffenden politischen Entscheidungen in unmittelbarer Abhängigkeit voneinander, indem die Palette an Sanierungsinstrumenten und die damit verbundene **Intensität der Beeinträchtigung der Rechte** von Gläubigern, Vertragspartnern und Anteilsinhabern **umso weiter** reichen kann, **je höher die „Zutrittsschwelle“ materiell und verfahrensrechtlich ausgestaltet** wird. Anders formuliert: Je größer die Notwendigkeit für die Einleitung des Restrukturierungsverfahrens ist und je besser diese überprüft wird, desto stärker dürfen die Eingriffe in die Rechte der betroffenen „Stakeholder“ sein, *et vice versa*. Dieser Zusammenhang ist nicht nur rechtspolitisch naheliegend, sondern auch **verfassungsrechtlich** vorgegeben: Denn jeder Eingriff in vom Grundrecht auf Eigentum (Art 5 StGG) geschützte Rechtspositionen muss einem öffentlichen Interesse dienen, und insoweit **geeignet, erforderlich** und **verhältnismäßig** sein. Die ReO erlaubt – ähnlich wie ein Insolvenzverfahren – erhebliche Eingriffe in dieses Grundrecht: Insbesondere sind die Möglichkeiten von Forderungskürzungen und Stundungen gegen den Willen betroffener Gläubiger sowie die Anordnung einer Exekutions- (§§ 18 ff ReO), Rückschlag- (§ 18 Abs 1 ReO iVm § 12 Abs 1 IO) und einer Vertragsauflösungssperre (§ 22 ReO) zu nennen. Die Rechtfertigung für diese Instrumente ist im Insolvenzfall die Unzulänglichkeit des Haftungsfonds des Schuldners und die damit verbundene Bedrohung der Befriedigungsinteressen der Gläubiger. Sie steht damit im vorliegenden Kontext in direkter Abhängigkeit vom Grad der „wirtschaftlichen Bedrohung“ des jeweiligen Rechtsträgers.

Daraus folgt uE – diesmal aus dem Gleichheitsgebot (Art 2 StGG, Art 7 B-VG) –, dass ein **vorinsolvenzliches Restrukturierungsverfahren** mangels einer besonderen

Univ.-Prof. MMag. Dr. MARTIN TRENKER
Dr. MARTIN LUTSCHOUNIG
UNIVERSITÄT INNSBRUCK
Institut für Zivilgerichtliches Verfahren

PROJEKT-Nr. 18686: „Präventiver
Restrukturierungs-rahmen“ durch
Umsetzung der Richtlinie (EU)
2019/1023 in Österreich

Rechtfertigung, die nur oder speziell im „Vorstadium“ zur materiellen Insolvenz greift, grundsätzlich **keine weitergehenden Maßnahmen** erlauben kann, als sie das eigentliche Insolvenzverfahren als wirkliche *ultima ratio* erlaubt.³ Soweit unionsrechtliche Vorgaben über das aus dem Insolvenzverfahren bekannte Maß an Eingriffsintensität hinausgehen, was wegen der vielen Spielräume bei Umsetzung der RIRL freilich ohnehin kaum der Fall ist, müssten uE folglich auch die Möglichkeiten im Insolvenzverfahren entsprechend „hinaufgeschraubt“ werden.

Konkrete Vorschläge im Rahmen einer Stellungnahme sind vor diesem Hintergrund schwierig: Wer nämlich eine Ausweitung der verfügbaren Sanierungsmaßnahmen fordert, muss zwangsläufig schärfere Zugangskontrollen verlangen, was die Erarbeitung eines umfassenden Konzepts erfordern würde. Das ist im Begutachtungsstadium jedoch wohl **nur begrenzt zweckmäßig**, weil fundamentale Weichenstellungen bereits getroffen worden sein dürften und deren Änderung mitunter erheblichen Aufwand begründet.

3. Intensität der Eingriffe in Rechte Dritter durch den Restrukturierungsplan

a) *Beschränkung auf Forderungserlass und -stundung?*

Erlaubt sei daher als erster Kernpunkt der rechtspolitischen Würdigung lediglich die Einschätzung, dass die vorgesehenen **Möglichkeiten in der ReO am unteren Rande des durch die Richtlinie vorgegebenen Spektrums von Sanierungserleichterungen** anzusiedeln sind. Freilich ist sogleich vorzuschicken, dass gerade die Reichweite der möglichen Eingriffe in die Rechtsstellung unterschiedlicher „Stakeholder“ **große Rechtsunsicherheit** besteht (dazu unten II.B.6.), weshalb um Nachsicht gebeten wird, falls einzelne der folgenden Einschätzungen nicht mit den Vorstellungen der Verfasser des ME übereinstimmt.

Jedenfalls sind für **gesellschaftsrechtliche (Struktur)Maßnahmen** in § 32 ReO **keine wesentlichen Erleichterungen** ersichtlich (dazu unten § 32 [II.D.19.]). Auch Eingriffe in die **Rechte gesicherter Gläubiger** sind wohl allenfalls eingeschränkt möglich (dazu insbesondere unten II.B.5.). Ebenso wenig soll nach den Materialien die Gestaltung künftiger Leistungspflichten aus schon bestehenden Vertragsverhältnissen im Restrukturierungsplan erleichtert werden, weil hierfür ausschließlich allgemeines Vertragsrecht anzuwenden sei,⁴ sodass sich der Katalog der auch gegen den Willen einer Minderheit durchsetzbaren

³ *Madaus* (Die dogmatische Basis des StaRUG – Kritik und Alternative, stephanmadaus.de/2021/03/26/die-dogmatische-basis-des-starug-kritik-und-alternative/ [abgefragt am 5.4.2021]) spricht in diesem Kontext auch von der Doktrin der Parallelität zu insolvenzrechtlichen Hilfen.

⁴ Vgl sogar Erläuterungen 2.

Restrukturierungsmaßnahmen – möglicherweise – nur auf die vom Sanierungsplan bekannten Instrumente eines **Forderungserlasses und einer Forderungsstundung beschränken** (vgl § 24 Abs 1 ReO). Der **Anfechtungsschutz** für neue Finanzierungen und Zwischenfinanzierungen (§ 36a IO idF ME) ist ebenfalls verhältnismäßig schwach ausgeprägt, bleibt er inhaltlich doch sogar hinter jenem des § 20 Abs 2 URG zurück (näher dazu unten III.A.2.).

b) Kritik

All das dürfte **viele Erwartungen**, die im Vorfeld in die RIRL gesetzt wurden, wohl **enttäuschen**. Gerade der Umstand, dass den Gesellschaftern kein (nennenswerter) Sanierungsbeitrag in Form gewisser Zustimmungspflichten (zB zu einem *debt-equity-swap*) oÄ aufgebürdet wird, erscheint in der Tat fragwürdig, wenngleich ein Eingriff in deren Rechte eine diffizile Abwägung auf einer (auch von Gesellschaftsrechtsexperten) reflektierten Grundlage erfordert hätte. Auch die – nach unserem Verständnis wohl – beabsichtigte **Freistellung künftiger Leistungsbeziehungen aus schwebenden Verträgen** vom Restrukturierungsplanmechanismus dürfte der Attraktivität der ReO einen empfindlichen Abbruch tun.

Sollte der Gesetzgeber die Vorzüge des Restrukturierungsplans wirklich auf die **Mechanismen eines Sanierungsplans**, nämlich **Erlass und Stundung**, beschränken wollen, muss er sich die Frage gefallen lassen, ob der österreichischen Rechtsordnung mit einer Anpassung des Sanierungsverfahrens an die Anforderungen der RIRL nicht besser gedient gewesen wäre. Immerhin würden in einem Sanierungsverfahren typischen insolvenzrechtliche Mechanismen, wie zB die Vertragsauflösung §§ 21 ff IO oder die Insolvenzanfechtung §§ 27 ff IO, greifen, welche Sanierungsbemühungen erleichtern. Vor allem hätte man sich viele schwierige und komplexe Fragen bei der rechtspolitischen, aber auch rechtstechnischen Ausgestaltung der ReO erspart. Gerade bei der Struktur des verfahrensrechtlichen Rahmens weist die ReO uE nämlich noch schwerwiegende Defizite auf, die im Folgenden als zweiter Kernpunkt der rechtspolitischen Würdigung angesprochen werden sollen.

4. Verfahrensrechtlicher Rahmen

a) Kernproblem: Zu geringe „Eintrittshürden“

Mit der nur geringen Eingriffsintensität der ReO scheint es sich gut zu decken, dass die materielle Eingangshürde „wahrscheinlicher Insolvenz“ als nicht allzu hoch einzustufen ist. Dennoch sind selbst die **eher gelinden Restrukturierungsinstrumente**, wie Erlass und

Univ.-Prof. MMag. Dr. MARTIN TRENKER
 Dr. MARTIN LUTSCHOUNIG
 UNIVERSITÄT INNSBRUCK
 Institut für Zivilgerichtliches Verfahren

PROJEKT-Nr. 18686: „Präventiver
 Restrukturierungs-rahmen“ durch
 Umsetzung der Richtlinie (EU)
 2019/1023 in Österreich

Stundung gegen den Willen einzelner Gläubiger, Vollstreckungs- Vertragsauflösungssperre und ein Ruhen der Insolvenzantragspflicht bei Überschuldung, uE **sehr kritisch** zu sehen, wenn und weil die **verfahrensrechtlichen Voraussetzungen so gering sind**: Das Gericht hat bei der Antragstellung – außer bei Offenkundigkeit – **weder zu prüfen, ob wahrscheinliche Insolvenz** wirklich vorliegt, noch ist eine **Zahlungsunfähigkeit**, welche wohl als Eingangshindernis gelten soll, aufzugreifen (Erläuterungen 6). Zu beachten ist in diesem Zusammenhang auch, dass eine insolvenzrechtliche **Überschuldung kein Ausschlussgrund** für die Inanspruchnahme des ReO-Verfahrens ist (dazu noch unten II.B.3.). Das ist wiederum deshalb problematisch, weil die **geringen inhaltlichen Anforderungen an das Restrukturierungskonzept** keine gesicherte Prüfung zulassen, ob überhaupt taugliche Maßnahmen zur Wiederherstellung der Bestandfähigkeit des Unternehmens beabsichtigt und umsetzbar sind. Die Formulierung, wonach der Schuldner „darzulegen“ habe – es handelt sich bei diesem Begriff übrigens um keine etablierte Kategorie des zivilprozessualen Beweisrechts –, dass mit dem Restrukturierungskonzept die Bestandfähigkeit des Unternehmens erreicht werden kann (§ 7 Abs 2 ReO), belegt, welche vage Maßstäbe insoweit anzulegen sind. Dass der Schuldner somit sein Unternehmen selbst bei Überschuldung, aber ohne konkreten Restrukturierungsplan, in ein Verfahren führen kann, in dem regelmäßig eine Exekutionssperre (§ 18 ReO) zu erlassen ist und damit eine Insolvenzantragspflicht (wegen Überschuldung) ruht,⁵ lässt sich im Gläubigerinteresse schwer rechtfertigen. Zudem sind **Missbrauchsversuche** imminent. Individueller Rechtsschutz betroffener Gläubiger kann dagegen schon deshalb keine Abhilfe schaffen, weil diese nicht einmal wissen, ob sie betroffen sind, wenn es nur ein Restrukturierungskonzept, aber keinen Restrukturierungsplan gibt.

Jedenfalls **höhere Eingangshürden** in Form eines **zwingenden Restrukturierungsplans** (dazu näher II.A.4.b.) sowie einer **Bescheinigungspflicht** wesentlicher Voraussetzungen erscheinen daher uE zweckmäßig und im Gläubigerinteresse erforderlich (im Einzelnen unten § 7 ReO [II.D.7.a.]).

b) Vorteil höherer Eingangshürden: Klarer strukturierter und abgegrenzter „Verfahrensrahmen“

Der soeben geäußerte Vorschlag geht Hand in Hand mit einer Weichenstellung, die uE viel zur Verbesserung des ME beitragen würde: Das Restrukturierungsverfahren sollte als

⁵ Dass der Schuldner nach § 8 ReO binnen 60 Tagen einen Restrukturierungsplan vorlegen können muss, steht nur auf den ersten Blick im Einklang mit § 69 Abs 2 IO, wonach eine 60-Tages-Frist ausgeschöpft werden darf. Denn der Schuldner könnte die 60-Tages-Frist nach dem aktuellen Konzept wohl zweimal in Anspruch nehmen!

eigener **Verfahrenstyp klarer strukturiert und deutlicher konturiert** werden. Der bisherige ME stellt auf einen weitgehend formlosen – offenbar sogar ohne Eröffnungsbeschluss – und weitgehend voraussetzungslosen Verfahrensbeginn ab. Der eigentliche Verfahrensbeginn scheint der Erlass einer Vollstreckungssperre zu sein. Die Voraussetzungen hierfür bleiben aber, nicht zuletzt wegen zahlreicher „Kann-Bestimmungen“ ohne Determinanten zur Ausübung des damit verbundenen Ermessens, überaus unklar. Hinzu kommt, dass der Schuldner nicht einmal einen ausgearbeiteten Plan, also ein klar bestimmtes Verfahrensziel braucht, um diese Weichenstellungen in Anspruch zu nehmen (oder auch nicht).

Es ist zwar nicht zu bestreiten, dass die **RIRL** durch bloßes „Anbieten“ einzelner „Bausteine“ ebenfalls kein wirkliches Verfahren, sondern eben nur einen **wenig konturierten Rahmen** („modularer Rahmen“) vorgibt. Jedoch dürfte dies primär den vielen Kompromissen im Entstehungsprozess der RIRL sowie ihrem Charakter als Richtlinie geschuldet sein. Die RIRL steht einem viel **stärker und einheitlicher strukturierten Verfahren** jedenfalls nicht entgegen. Im österreichischen (Verfahrens-)Recht bildet ein derart „loser Rahmen“ einen völligen **Fremdkörper**, was nicht nur systematische Bedenken erweckt, sondern auch der Grund dafür sein dürfte, dass der ME so viele **offene Fragen, Unklarheiten, Friktionen** und mitunter sogar **Widersprüche** beinhaltet. Die Ausarbeitung eines derart neuen Verfahrenstyps birgt eben bislang nicht bekannte legistische Schwierigkeiten, die uE durch eine Orientierung an bewährten Verfahrenskonzepten vermieden werden könnten und sollten.

Ein erster Schritt dafür ist die **Notwendigkeit eines formellen Beschlusses** auf Verfahrenseröffnung, unter den bereits angesprochenen Voraussetzungen. Daran anknüpfend könnte bei Bedarf mit weit „besserem verfassungsrechtlichen Gewissen“ sogleich eine **Exekutions- und Vertragsauflösungssperre für die betroffenen Gläubiger** sowie eine **Insolvenzantragssperre** (wegen Überschuldung) erlassen werden. Zugleich könnte damit die inhaltlich und systematisch wenig überzeugende Anknüpfung der Vertragsauflösungs-, Insolvenzantragssperre sowie des Anfechtungsschutzes für Zwischenfinanzierungen (§ 36a Abs 4 IO idF ME) und bestimmte Transaktionen (§ 36b Abs 1 IO idF ME) an den Eintritt einer Exekutionssperre gelöst werden (dazu noch unten III.B. und C.). Zweitens könnten gebotene **„Verbesserungen“**, insbesondere bei der Auswahl betroffener Gläubiger und der Gruppenbildung, frühzeitig und möglichst effizient vorgenommen werden, ohne alle Probleme ins **Bestätigungsverfahren zu verlagern**. Drittens könnte auf Basis der bisherigen Vorschläge die verwirrende und uE wenig zielführende Unterscheidung zwischen

Univ.-Prof. MMag. Dr. MARTIN TRENKER
Dr. MARTIN LUTSCHOUNIG
UNIVERSITÄT INNSBRUCK
Institut für Zivilgerichtliches Verfahren

PROJEKT-Nr. 18686: „Präventiver
Restrukturierungs-rahmen“ durch
Umsetzung der Richtlinie (EU)
2019/1023 in Österreich

Restrukturierungskonzept und -plan⁶ aufgegeben werden. Viertens wären unter dieser Voraussetzung – wie schon gezeigt – die normierten Eingriffsmöglichkeiten in die Rechte der „Stakeholder“ weit einfacher zu rechtfertigen; es wäre sogar eine **Erweiterung der Sanierungsinstrumente**, zB ein etwas **verstärkter Anfechtungsschutz** oder eine gerade für KMU wohl besonders effektive⁷ **Erleichterung zur Kündigung gewisser Vertragsverhältnisse** (vgl §§ 21 ff IO), zu rechtfertigen, auch wenn letzteres eine überschießende Umsetzung der RIRL bedeuten würde.⁸

**c) „Vorbereitungsverfahren“ als Alternative zur „planlosen“
Verfahrenseröffnung**

Kernanliegen dieses Vorschlags ist somit die Forderung, dass ein Schuldner das **Restrukturierungsverfahren nur** in Anspruch nehmen darf, wenn er bereits einen **Restrukturierungsplan** vorlegen kann. Europarechtlich ist dies uE schon deshalb unproblematisch, weil die Planvorlage als Teil der gem Art 4 Abs 3 RIRL explizit erlaubten Bestandfähigkeitsprüfung angesehen werden kann. Sicherzustellen ist nur, was auch sinnvoll erscheint und schon nach dem jetzigen ME möglich sein muss, dass der Schuldner den Plan – insbesondere aufgrund von Anregungen des Restrukturierungsbeauftragten – noch im Rahmen des Verfahrens ändern kann, bevor er zur Abstimmung gebracht wird.⁹ Der ursprüngliche Restrukturierungsplan wäre also zumindest eine – freilich schon im Detail durchdachte – Grundlage für allfällige weitere Verhandlungen mit den betroffenen Gläubigern.

Da es offenbar als unbedingte Notwendigkeit erachtet wird, **Schuldnern** zu ermöglichen, sich bei der **Erstellung des Restrukturierungsplans unterstützen** zu lassen, sollte dies dadurch geschehen, dass man restrukturierungswilligen **Schuldnern außerhalb des verfahrensrechtlichen Rahmens** der ReO auf Antrag einen Experten, der zB als **„Restrukturierungsberater“** bezeichnet werden könnte, zur Seite stellt, der gerichtlich bestellt und nach einem festen Entlohnungskonzept vergütet würde. Damit wäre diesem Ziel

⁶ Mit der in § 40 Abs 2 Z 1 ReO genannten Restrukturierungsvereinbarung soll – hoffentlich – nur ein Synonym zum Restrukturierungsplan ausgedrückt und keine weitere Kategorie geschaffen werden (dazu noch unten § 40 ReO [II.D.22.]).

⁷ Zu denken ist in diesem Zusammenhang etwa an hohe Mietverbindlichkeiten von Einzelhandelsunternehmen oder Gastronomiebetrieben (dazu *Ringelspacher/Ruch*, Der Restrukturierungsplan – Das Herzstück des StaRUG-Entwurfs im Überblick, ZRI 2020, 636 [640]).

⁸ Auf einen konkreten Umsetzungsvorschlag muss mangels ausreichender Zeit leider verzichtet werden, auch weil bedauerlicherweise zu erwarten ist, dass der Gesetzgeber einer solchen – zweifellos komplexen – Möglichkeit wohl aktuell nicht näher treten dürfte.

⁹ Diesfalls wäre die Vollstreckungssperre für einzelne Gläubiger, die im geänderten Plan *nicht mehr* erfasst sind, uE selbstverständlich wieder aufzuheben (§ 20 Abs 4 Z 2 ReO).

hinreichend gedient, ohne Gefahr zu laufen, dass gar nicht restrukturierungsbedürftige bzw -würdige Schuldner unter dem Schirm des Restrukturierungsrahmens – polemisch gesprochen – „planlos herumirren“ und damit wertvolle Zeit vergeuden, was letztlich ihnen selbst,¹⁰ vor allem aber den Interessen der Gläubigergesamtheit schaden muss. Zudem würde die legistische Umsetzung des Restrukturierungsrahmens erheblich erleichtert, weil der Gang des Verfahrens klarer vorgegeben werden könnte und nicht stets dem Fall gedacht werden müsste, dass ein Schuldner bei Verfahrenseinleitung noch gar keinen Restrukturierungsplan vorlegen kann.

Freilich wäre damit auch die Idee des ME aufzugeben, wonach bei Verfahrenseinleitung ohne Restrukturierungsplan eine Vollstreckungssperre auch zulasten von Gläubigern möglich ist, von denen man noch gar nicht wissen kann, ob sie von diesem „erfasst“ sein werden (so Erläuterungen 10). Das mag zwar *prima vista* „restrukturierungsfeindlich“ anmuten. Jedoch wäre eine solche Regelung **unsachlich** und deshalb auch **verfassungsrechtlich schwerlich zu rechtfertigen**. Diesen Mangel vermeidet das hier propagierte Konzept zumindest grundsätzlich, auch wenn nie gänzlich ausgeschlossen werden kann, dass einzelne Gläubiger von einer Exekutionssperre betroffen sind, die – wegen nachträglicher Änderungen – vielleicht nicht „planbetroffen“ sind. Relevante **Schutzlücken** sind **nicht zu befürchten**: Wenn der Schuldner schon in dem Zeitpunkt, wo er eine Restrukturierung beabsichtigt, aber noch keinen Restrukturierungsplan erstellen konnte, unmittelbar andrängende Exekutionen fürchtet, schützt ihn nach dem ME ohnehin die Rückschlagsperre des § 12 Abs 1 IO iVm § 18 Abs 1 ReO. Selbst wenn man die Rückschlagsperre in § 18 Abs 1 ReO in dieser Form sinnvollerweise aufgeben würde (dazu unten zu §§ 18-20 ReO [II.D.12.c.]), so bleibt immer noch zu bedenken, dass eine Exekution in diesem Stadium regelmäßig nicht so rasch zum Erfolg führen wird, dass dadurch das Unternehmen des Schuldners typischerweise gefährdet sein dürfte. Die Nichtgeltung der an die Exekutionssperre gekoppelten „Insolvenzantragsbefreiung“ wegen Überschuldung ist wiederum deshalb unproblematisch, weil der Schuldner die 60-Tages-Frist des § 69 Abs 2 IO ausschöpfen kann, binnen welcher er – offenbar auch nach der Vorstellung des ME (vgl § 8 Abs 2 ReO idF ME) – in der Lage sein sollte, einen Restrukturierungsplan auszuarbeiten.

d) Konkrete Regelungsvorschläge

Vorschläge zur Umsetzung dieser Forderungen zum verfahrensrechtlichen Rahmen finden sich insbesondere bei §§ 6-8 ReO (unten II.D.6.-8.).

¹⁰ Es kann nicht genug betont werden, dass die Exekutionssperre in der ReO große Gefahren birgt, weil die Verzugszinsen anders als in einem Insolvenzverfahren (§ 58 Z 1, § 156 Abs 5 IO) weiterlaufen.

B. Bedarf an gesetzgeberischen Klarstellungen

1. Allgemeines

Die angesprochene Erleichterung bei der legislativen Umsetzung wäre auch insofern ein großer Vorteil, als eines der Hauptprobleme des gegenständlichen Entwurfs darin liegt, dass sich **wesentliche Weichenstellungen** und **Grundsatzentscheidungen des Gesetzes** für den Rechtsanwender nicht mit hinreichender Deutlichkeit erschließen. Manche Probleme bleiben unerwähnt, andere Fragen lassen sich bestenfalls implizit aus dem systematischen Gesamtgefüge der ReO und unter Zuhilfenahme der Gesetzesmaterialien lösen; gesichert sind diese Lösungen allerdings häufig wiederum nicht, weil bisweilen schwer vereinbare oder möglicherweise sogar widersprüchliche gesetzliche Wertungen anzutreffen sind. Selbst bei mehrmaliger Lektüre bleiben **grundsätzliche Strukturentscheidungen** damit **schwer fassbar**.

Viele dieser Unklarheiten sind bereits in der RIRL selbst angelegt, sodass die Verständnisschwierigkeiten häufig allenfalls „mittelbar“ dem nationalen Gesetzesentwurf anzulasten sind. Dennoch muss es der Anspruch des ME sein, diese Mängel der RIRL auszumerzen. Dies ist zugleich als **Plädoyer** dafür zu verstehen, sich **stärker** von der mitunter undeutlichen **Diktion der RIRL** zu lösen und eigene Wege zu beschreiten, nicht zuletzt im Interesse einer möglichst **friktionsfreien Einbettung** in die **nationale Systematik**. Die damit verbundene Erhöhung der Gefahr einer Richtlinienwidrigkeit ist aufgrund der zahlreichen Wahlmöglichkeiten als gering einzustufen.

Aufgrund der bestehenden Auslegungsschwierigkeiten sei jedenfalls um Nachsicht gebeten, falls manche der im Rahmen der rechtspolitischen Würdigung getätigten Einschätzungen sowie nachfolgende Schlussfolgerungen möglicherweise nicht zutreffen sollten; diesfalls mag die jeweilige Anmerkung aber immerhin dazu dienen, einen legislativen Klarstellungsbedarf aufzuzeigen. Sollten diese **Unsicherheiten** nicht behoben werden, wären sie zweifellos geeignet, die **Praktikabilität** und damit auch die **Attraktivität** dieses neuen Verfahrens maßgeblich zu beeinträchtigen.

2. Behandlung von Zahlungsunfähigkeit

Im Einzelnen beginnen die Unklarheiten bei den beschriebenen Eintrittsvoraussetzungen: Wenn **Zahlungsunfähigkeit**, was uE an mehreren Stellen des Gesetzes und auch der Materialien impliziert wird, ein Ausschlussgrund ist, so soll dies klar zum Ausdruck gebracht werden. Klarstellungsbedarf besteht diesfalls freilich, wie die Ausnahme von der Exekutionssperre bei Zahlungsunfähigkeit (§ 18 Abs 2 Z 3 ReO), die noch

dazu unverständlicher Weise als bloße „Kann-Bestimmung“ ausgestaltet ist, hiermit in Einklang zu bringen ist. Konkret: Erkennt das Restrukturierungsgericht, das ja zugleich Insolvenzgericht ist, aus Anlass des Restrukturierungsverfahrens eine Zahlungsunfähigkeit des Schuldners und ist diese ein Ausschlussgrund für dieses Verfahren, so ist uE nicht recht einsichtig, warum es dann nicht zum einen zur **Einstellung des ReO-Verfahrens** und zum anderen ausnahmsweise sogar zu einer **amtswegigen Überleitung ins Insolvenzverfahren** kommt. Mit der RIRL wäre dies ohne weiteres vereinbar (vgl ErwG 38).

Siehe noch näher sowie zu konkreten Formulierungsvorschlägen unten bei **§ 7 ReO** (II.D.7.).

3. **Behandlung von Überschuldung**

Auch die Behandlung einer vorliegenden **Überschuldung** ist – wie bereits angedeutet – problematisch. Erlaubt der ME, was mehrere Bestimmungen – mehr oder weniger deutlich – zum Ausdruck bringen (§ 23 Abs 2 Z 8; § 29 Abs 4, § 36 Abs 2 Z 7 ReO) und ausweislich der Materialien offenbar beabsichtigt ist (Erläuterungen 1), die Verfahrenseinleitung trotz Überschuldung, läuft dies auf ein **Wahlrecht** zwischen **Insolvenz-**, insbesondere **Sanierungs-** und **Restrukturierungsverfahren** hinaus.

Offenbar ist dies rechtspolitisch gewünscht. Es handelt sich dabei zwar wohl um eine überschießende Umsetzung der RIRL, die gerade davon ausgeht, dass der restrukturierungsbedürftige Rechtsträger noch nicht materiell insolvent ist (vgl etwa ErwG 24). Dennoch ist eine Rechtfertigung für diesen Zugang uE denkbar. Freilich sollte dies aber zum einen deutlicher ausgedrückt werden und die Zielsetzung – zumindest in den Gesetzesmaterialien – erklärt werden.

Zum anderen sollte bei diesem Zugang schon eine **Harmonisierung mit der Insolvenzantragspflicht** vorgenommen werden. Denn nach § 69 Abs 2 iVm § 67 IO ist bei Überschuldung ein Insolvenzantrag zu stellen. Es ist nun iSd Einheit der Rechtsordnung wenig elegant, dass zwar der Schuldner bzw sein organschaftlicher Vertreter verpflichtet ist, einen Insolvenzantrag zu stellen, ihn die ReO aber *quasi* zu einem – bei isolierter Betrachtung von § 69 IO – rechtswidrigen Verhalten einlädt, weil sie ihn, sobald er die Vollstreckungssperre erlangt, wieder von der schon eingetretenen Insolvenzantragspflicht befreit. Auf dieser Grundlage wäre es nämlich sogar denkbar, dass sich der Schuldner im Zeitraum zwischen der Beantragung des ReO-Verfahrens und dem Erlass der Vollstreckungssperre – ab diesem

Zeitpunkt greift ja erst das Ruhen der Vollstreckungssperre –, wenn auch nur für einige Tage oder Wochen, einer Insolvenzverschleppung schuldig macht, obwohl ein derartiges Verhalten von der ReO gewünscht sein dürfte. Eine systematisch überzeugende Lösung bestünde wohl nur darin, die **Überschuldung** zu einem „**eingeschränkten Insolvenzgrund**“ herabzustufen und einem **bestandfähigen** (zu diesem Begriff sogleich II.B.4.) **Schuldner** bei ihrem Eintritt die Möglichkeit zu geben, binnen maximal 60 bzw 120 Tagen (§ 69 Abs 2, 2a IO; an dieser Frist sollte uE nicht gerüttelt werden) die Eröffnung eines Restrukturierungsverfahrens zu beantragen (dazu noch unten § 1 ReO [II.D.1.e.]). Es könnte dies als Entgegenkommen gegenüber jener in jüngerer Zeit erhobenen, wenngleich uE zu weit reichenden¹¹ Forderung verstanden werden, wonach die Überschuldung als Insolvenzeröffnungsgrund abgeschafft werden sollte.¹²

Zum **konkreten Regelungsvorschlag** siehe unten bei **§ 7 ReO** (II.D.7.).

Abschließend sei aber nicht verhehlt, dass uE **Bedenken** gegen die **Grundsatzentscheidung** bestehen, auch für **materiell insolvente Schuldner** ein vorinsolvenzliches Verfahren zu schaffen, das auf einzelne Gläubiger beschränkt werden kann und damit nachhaltig am Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung in der im österreichischen Insolvenzrecht etablierten Form zu „rütteln“. Vor allem stellt dies den Gesetzgeber vor zahlreiche legislative Herausforderungen, die – wie das Beispiel der Insolvenzantragspflicht zeigt – im aktuellen ME noch nicht ausreichend bewältigt wurden; dazu kommt, dass viele Probleme aus der daraus resultierenden Überschneidung des Anwendungsbereichs von Insolvenz- und Restrukturierungsverfahren aller Voraussicht nach erst bei der praktischen Rechtsanwendung entdeckt werden. **Antikritisch** ist allerdings anzumerken, dass der in Österreich sehr „schwammig“ definierte Überschuldungsbegriff wohl praktisch kaum zur scharfen Abgrenzung von Restrukturierungs- und Insolvenzverfahren geeignet erscheint.

4. **Bestandfähigkeit**

Versucht man das zentrale Ziel des Restrukturierungsverfahrens zu identifizieren, so ist dies offenbar die „Sicherstellung“ (§ 1 Abs 1 ReO) bzw das „Erreichen“ (§ 7 Abs 2 ReO) der **Bestandfähigkeit** des **schuldnerischen Unternehmens**. Obwohl es sich bei diesem Begriff somit sozusagen um den Dreh- und Angelpunkt der ReO handelt, fehlt eine Definition. Zur

¹¹ Vgl *Trenker* im Verlag-Österreich-Blog: Insolvenzen durch Coronakrise, verlagsoesterreich.at/blog/presseservice/im-interview-romana-weber-wilfert-und-martin-trenker (abgefragt am 6.6.2021).

¹² So insb *Schumacher* in *Koller/Lovrek/Spitzer*, Insolvenzordnung (2019) § 67 Rz 1.

Auslegung des Begriffs soll auf den Rechtssatz RIS-Justiz RS0064989 zurückgegriffen werden (Erläuterungen 3), weshalb „Bestandfähigkeit“ offenbar synonym zu „Lebensfähigkeit“ verstanden wird. Die angesprochene Rsp greift insofern wiederum auf eine positive Fortbestehensprognose zurück. Eine positive Fortbestehensprognose liegt nach stRsp vor, „wenn trotz bestehender rechnerischer Unterbilanz die Lebensfähigkeit des Unternehmens unter Bedachtnahme auf eingeleitete Sanierungsmaßnahmen hinreichend, das heißt mit zumindest überwiegender Wahrscheinlichkeit, gesichert ist.“

Wenn allerdings auch überschuldete Schuldner bestandfähig sein können, überschuldete Schuldner aber per definitionem keine positive Fortbestehensprognose aufweisen, trifft die Vorstellung der Materialien nur mit folgender Maßgabe zu: Auch ein **an sich überschuldeter Schuldner** kann bestandfähig sein, wenn unter Berücksichtigung **des avisierten Restrukturierungsplans keine Überschuldung** mehr gegeben wäre, also eine bedingt positive Fortbestehensprognose möglich ist (vgl § 23 Abs 2 Z 8 ReO).

Kurz gesagt heißt das: **Bestandfähigkeit** ist gegeben, wenn der **Schuldner nicht zahlungsunfähig ist** und auch **keine (solche) insolvenzrechtliche Überschuldung** vorliegt, die **durch den avisierten Restrukturierungsplan nicht beseitigt werden kann**. Dies sollte spätestens in § 6 ReO in dieser Deutlichkeit klargestellt werden. Zur Formulierung unten § 6 ReO (II.D.6.a.).

Als Zielvorgabe eignet sich die Sicherstellung dieser Art der Bestandfähigkeit freilich nicht. Denn es geht um mehr, als nur zu sichern, dass der Schuldner nicht so „unheilbar“ überschuldet ist, dass er nicht einmal mehr durch einen Restrukturierungsplan gerettet werden kann. Ziel muss vielmehr die **langfristige Sicherstellung des Nichteintritts von Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung** sein. Zur Bemessung der Langfristigkeit erscheint uE ein Prognosezeitraum von 1-3 Jahren sinnvoll,¹³ was in den Gesetzesmaterialien klargestellt werden könnte, aber ohnehin kaum unmittelbare normative Bedeutung haben dürfte. Es bietet sich legistisch uE außerdem an, letzteres durch die Formulierung „langfristig den Nichteintritt

¹³ Zumindest sollte es nicht zu einer Verkürzung des etablierten Prognosezeitraums (laufendes und nächstfolgendes Geschäftsjahr) kommen, wie in Deutschland geschehen (Verkürzung von 24 auf zwölf Monate [§ 19 Abs 2 InsO]). Die Prognose muss nämlich darauf abzielen, die „dauerhafte“ Zahlungsfähigkeit des Schuldners sicherzustellen, auch wenn sie sich aus Praktikabilitätsgründen auf einen betriebswirtschaftlich überschaubaren Zeitraum beschränkt (*Bitter*, Geschäftsleiterhaftung in der Insolvenz – Alles neu durch SanInsFoG und StaRUG? ZIP 2021, 321 [323]). Die gesetzliche Festlegung dieses Zeitraums kann freilich nicht mehr als eine „Faustregel“ sein, weshalb durchaus längere Zeiträume prognostiziert werden dürfen (zutr *Bitter*, ZIP 2021, 321 [322 f]).

von Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung sicherzustellen“ auszudrücken und hierauf insbesondere in § 1 ReO Bezug zu nehmen. Siehe dazu noch unten bei § 1 ReO (II.D.1.).

Ferner ist eine **Abgrenzung der wahrscheinlichen Insolvenz** von der **insolvenzrechtlichen Überschuldung** zu fordern: Selbst wenn eine bereits vorliegende Überschuldung durch den avisierten Restrukturierungsplan mit überwiegender Wahrscheinlichkeit beseitigt werden kann, also iSd § 23 Abs 2 Z 8 ReO eine „bedingte Fortbestehensprognose“ möglich ist, so ist der Rechtsträger nicht nur wahrscheinlich insolvent, sondern er bleibt zudem überschuldet. **Ein avisierter Restrukturierungsplan** ist vor seiner Annahme und Umsetzung **nicht geeignet**, eine eingetretene **insolvenzrechtliche Überschuldung auszuschließen**. Dieser Zusammenhang ist – wie soeben gezeigt – zwingend, weil es sonst undenkbar wäre, dass ein überschuldeter Rechtsträger das ReO-Verfahren in Anspruch nehmen darf. Es würde jedoch sehr viel Rechtssicherheit und Klarheit bringen, wenn diese grundlegende Weichenstellung – gleichsam als nunmehr notwendige Erläuterung zum Überschuldungsbegriff – in den Gesetzesmaterialien deutlich ausgesprochen würde.

5. Behandlung besicherter Gläubiger

Schwer nachvollziehbar ist uE die Rechtsstellung besicherter Gläubiger im ReO-Verfahren. Die Unklarheiten beginnen bei der **Vollstreckungssperre**: Aus dem Verweis von § 18 Abs 1 ReO auf § 11 Abs 1 IO scheint zu folgen, dass es für Absonderungsgläubiger keine Vollstreckungssperre gibt. Wenn in § 19 Abs 1 IO aber angeführt wird, dass die Vollstreckungssperre auch für besicherte Gläubiger gilt, bei denen es sich ja iaR um Absonderungsgläubiger handeln wird, so wirft dies ein großes Fragezeichen auf.

Sollte der Verweis auf § 11 Abs 1 IO aber eine generelle Grundregel für die Behandlung besicherter Gläubiger enthalten – wie dies im Insolvenzverfahren ja der Fall ist –, so sollte diese zentrale Aussage erstens nicht durch bloßen Verweis auf die IO und noch dazu an dieser systematisch unpassenden Stelle zum Ausdruck gebracht werden. Zweitens wäre diesfalls unklar, warum dann eine **eigene Gläubigerklasse für besicherte Gläubiger** (§ 24 Abs 1 Z 1 ReO) geschaffen werden muss, deren Zustimmung vorbehaltlich eines „Cram-downs“ (§ 31 Abs 1 ReO) Voraussetzung für die Annahme und Bestätigung ist. Die Unstimmigkeit der Einrichtung einer Gläubigergruppe für besicherte Gläubiger erhärtet zudem § 30 Abs 1 ReO: Greift der Restrukturierungsplan in die Rechte besicherter Gläubiger ein, werden diese regelmäßig schlechter gestellt sein als in einem Insolvenzverfahren, wo ihre Rechte

grundsätzlich nicht beeinträchtigt werden können. Damit hätten sie es aber „in der Hand“, den Restrukturierungsplan über Antrag nach § 30 Abs 2 ReO zu Fall zu bringen.

Möglicherweise denkt der Gesetzgeber bei der Bildung einer Gruppe besicherter Gläubiger auch an den Fall, dass etwa Hypothekargläubiger, die durch den Wert der Pfandsache nur **teilweise oder gar nicht gedeckt** sind, (teilweise) aus dem Grundbuch gelöscht werden können sollen. Das verträgt sich aber wohl wiederum nicht mit der Anordnung, dass besicherte Gläubiger mit dem nicht besicherten Teil ihrer Forderung ohnehin in der Klasse der unbesicherten Gläubiger abstimmen (§ 24 Abs 2 ReO). Vielleicht ist auch nur gemeint, dass man **die Modalitäten**, insbesondere oder sogar nur (?) die Fälligkeit besicherter Forderungen regeln kann, **nicht aber in deren Bestand bzw Höhe** eingreifen darf. Oder es schwebt dem ME vor, dass besicherte Gläubiger deshalb erfasst sein sollen, weil sie einer Forderungskürzung **freiwillig zustimmen**. Diesfalls wäre ihre Einbeziehung möglicherweise „einfacher“ zu handhaben, wenn sie gleich dem Restrukturierungsplan zustimmen. Freilich sollte insoweit bedacht werden, dass dies jedem besicherten Gläubiger die Möglichkeit gibt, buchstäblich „in letzter Sekunde“ den Plan zu blockieren, weil seine Zustimmung ja dann wegen § 29 Abs 2 iVm § 30 ReO unabdingbare Voraussetzung für die Bestätigung des Restrukturierungsplans wäre. UE ist daher überaus fraglich, ob es nicht sinnvoller ist, die **Zustimmung** des besicherten Gläubigers **außerhalb des Restrukturierungsplans** – wenngleich **unter der aufschiebenden Bedingung der Planbestätigung** – einzuholen (vgl noch bei § 32 [II.D.19.c.]). Jedenfalls bedürfen alle diese Fragen zumindest einer Erörterung in den Gesetzesmaterialien, welche in eine nachvollziehbare Umsetzung im Gesetz münden.

Durchaus nahe liegt freilich die Vermutung, dass der Gesetzgeber mit der Bildung einer Gläubigerklasse für besicherte Forderungen **Art 9 Abs 4 S 2 RIRL**, der die Bildung einer Klasse besicherter und unbesicherter Gläubiger vorschreibt, **umsetzen wollte** (Erläuterungen 14). Das ist zwar verständlich, jedoch kann die Übernahme dieser Vorgabe dann nicht überzeugen, wenn dem kein durchdachtes Konzept zur Einbettung in den nationalen Rahmen zugrunde liegt bzw ein solches zumindest nicht ersichtlich ist. Im Übrigen ist uE nicht anzunehmen, dass die RIRL dazu zwingt, besicherte Gläubiger, deren Rechte durch den Restrukturierungsplan in keiner Weise beeinträchtigt werden, als eigene Gläubigerklasse abstimmen zu lassen. Die RIRL verpflichtet hierzu wohl nur, wenn besicherte Gläubiger vom Plan betroffen sind. Denn Art 9 Abs 2 UAbs 2 RIRL ordnet sogar an, dass „Parteien, die vom Restrukturierungsplan nicht betroffen sind, [...] bei dessen Abstimmung kein Stimmrecht“

Univ.-Prof. MMag. Dr. MARTIN TRENKER
Dr. MARTIN LUTSCHOUNIG
UNIVERSITÄT INNSBRUCK
Institut für Zivilgerichtliches Verfahren

PROJEKT-Nr. 18686: „Präventiver
Restrukturierungs-rahmen“ durch
Umsetzung der Richtlinie (EU)
2019/1023 in Österreich

haben. Es ist daher uE durchaus denkbar, dass überhaupt keine Klasse für besicherte Gläubiger gebildet wird, weil diese mangels Betroffenheit gar nicht mitstimmen dürfen.

Wie dem aber auch sei: Es sollte deutlich geworden sein, dass gerade die Behandlung besicherter Gläubiger bislang **zahlreiche Unklarheiten** aufweist, die durch **Erarbeitung eines konsistenten Konzepts** unbedingt beseitigt werden müssen, zumal es sich dabei auch um eine praktisch immens wichtige Fragestellung handelt.

6. Reichweite der möglichen Eingriffe im Rahmen der ReO

Die Unklarheiten über die Möglichkeiten zum Eingriff in die Rechte besicherter Gläubiger machen in größerem Kontext ein noch viel weitreichenderes Problem sichtbar: Die ReO bringt nicht hinreichend klar zum Ausdruck, **welche Eingriffe im Restrukturierungsplan in die Rechte von Gläubigern unter welchen Voraussetzungen möglich sind.**

Ausgehend vom „Repertoire“ des Sanierungsplans ist zwar klar, dass **Forderungserlässe** und **-stundungen** möglich sind, und wird dies auch durch § 24 Abs 1 ReO bestätigt. Auch das wäre jedoch klarer zum Ausdruck zu bringen. Ablehnend scheint der ME indessen der Möglichkeit gegenüberstehen, dass – ohne eine Vertragsänderung mit Zustimmung des jeweiligen Gläubigers – in bestehende **Dauerschuldverhältnisse** eingegriffen werden kann (Erläuterungen 2). Künftige Leistungspflichten sollen offenbar insgesamt unveränderbar sein (vgl § 3 Abs 1 lit b ReO). Ungeachtet der bereits angesprochenen rechtspolitischen Bedenken gegen diese restriktive Herangehensweise (oben II.A.3.) sollten auch diese **wichtigen Grundsatzentscheidungen**, sollte der Gesetzgeber an diesen festhalten, deutlicher im Gesetz verankert werden. Die Übernahme der Definition von Restrukturierungsmaßnahmen von Art 2 Abs 1 Nr 1 RIRL in § 1 Abs 2 ReO schafft insoweit nämlich wenig Abhilfe, weil viele der darin angesprochenen Möglichkeiten schon begrifflich unklar sind und zudem nicht ersichtlich ist, ob die ReO diese wirklich fördert. Im Gegenteil: § 1 Abs 2 ReO führt sogar insoweit in die Irre, als er auf den ersten Blick den – wohl zweifellos unrichtigen – Schluss nahelegt, dass sämtliche der darin genannten Maßnahmen auch mit Mehrheitsbeschlüssen bzw sogar durch einen gerichtlichen „Cram-Down“ erzwungen werden können.

Letzteres gilt insbesondere, wenn es sich um Maßnahmen handelt, die in die **Sphäre der Gesellschafter** eingreifen. Obwohl die RIRL in den letzten Jahren gerade als Wegbereiter

für die Vereinfachung gewisser Kapitalmaßnahmen (zB *debt-equity-swap*) „herbeigesehnt“ wurde, ist unklar, ob der einschlägige § 32 ReO hierfür Erleichterungen bringt (dazu näher unten bei § 32 ReO [II.D.19.a.]). Auch das Mitspracherecht der Gesellschafter an der in § 1 Abs 2 ReO angesprochenen **Gesamtveräußerung des Unternehmens** bleibt unklar. Nach der uE auf alle Rechtsträger analog anzuwendenden Norm des **§ 237 AktG**¹⁴ bedürfte sie einer Zustimmung der Gesellschafter mit Drei-Viertel-Mehrheit. Darüber, ob das der Gesetzgeber auch so sieht und er diese Regel auch in einem Restrukturierungsverfahren bei wahrscheinlicher Insolvenz anwenden wollte, kann jedoch nur gemutmaßt werden. Die

Unklarheiten darüber, welche Eingriffe in die Rechte **besicherter Gläubiger** zulässig sind, wurden soeben dargestellt (oben II.B.5.). Weitere Schwierigkeiten bereitet die **Behandlung nachrangiger Gläubiger**, wenn man deren Rechtsstellung wegen § 30 ReO an jener im Insolvenzverfahren misst (dazu unten bei § 24 ReO [II.D.17.b.v.]).

Ausdrückliche Klarstellungen zu diesen Fragen – sei es auch nur in den Gesetzesmaterialien – wären somit dringend geboten. Auch wenn gerade die Formulierung allgemeiner Regeln für diesen Problemkomplex eine besonders schwierige Herausforderung sein dürfte, handelt es sich dabei um einen **Kernpunkt der konzeptuellen Struktur der ReO**, weshalb der Gesetzgeber hierüber zunächst selbst zu eindeutigen Ergebnissen gelangen¹⁵ und diese anschließend auch entsprechend kommunizieren muss.

C. Systematik des „Verfahrensgebäudes“

1. Drei Varianten des Restrukturierungsverfahrens

Die ReO kennt nunmehr **drei Typen von Restrukturierungsverfahren**. Sicherlich sinnvoll ist die Möglichkeit des vereinfachten Restrukturierungsverfahrens (§ 40 ReO). Auch das „Europäische Restrukturierungsverfahren“ erscheint zweckmäßig, wenngleich die Bezeichnung auf „Öffentliches Restrukturierungsverfahren“ geändert werden sollte. UE ist die öffentliche Bekanntmachung mit der Möglichkeit einer umfassenden Vollstreckungssperre nämlich als noch wichtigere Weichenstellung zu erachten als die Anerkennungsfähigkeit nach der EuInsVO. Auch indiziert die Bezeichnung als „europäisches“ Verfahren, dass es dabei zu grenzüberschreitender Zusammenarbeit mit ausländischen Gerichten kommt, Sekundärverfahren möglich wären o.Ä. Anzuregen ist darüber hinaus, die **ReO in Abschnitte**

¹⁴ Zur GmbH OGH 6 Ob 38/18h mwN.

¹⁵ Ein konkreter Regelungsvorschlag wäre mangels Klarheit über den Willen des Gesetzgebers in dieser Frage nicht sinnvoll möglich.

zu gliedern und für diese beiden Sondertypen des Verfahrens einen jeweils eigenen Gesetzesabschnitt vorzusehen. Dadurch könnte diese Dreiteilung besser zum Ausdruck gebracht werden.

2. Fortgeltung des URG als systematisch nicht nachvollziehbare Entscheidung

Äußerst überraschend ist jedoch die Entscheidung, neben diesen drei Typen des Restrukturierungsverfahrens auch noch das **URG aufrecht zu erhalten**. Da die ReO zum einen eine im Wesentlichen vergleichbare Zielsetzung wie das URG verfolgt, das URG zum anderen aber praktisch völlig bedeutungslos geblieben ist,¹⁶ ist diese Entscheidung **nicht nachvollziehbar**.

Die Fortgeltung des URG ist nicht nur ohne praktischen Mehrwert und deshalb schon aus systematischen Gründen abzulehnen, sondern es besteht auch die Gefahr, dass aus dem Nebeneinander beider Rechtsgrundlagen unbedachte und ungewollte Rechtsfolgen resultieren. Mit § 21a Abs 2 ReO wurde zwar einem möglichen Haftungsrisiko der Geschäftsleitung Rechnung getragen. Jedoch ist keineswegs absehbar, ob nicht andere „Externalitäten“ des URG übersehen wurden. Auch als Verweisquelle ist das URG entbehrlich, weil die wenigen Normen des URG, auf welche der ME oder bereits bestehende Gesetze Bezug nehmen,¹⁷ ohne großen legislatischen Mehraufwand angepasst werden könnten. Auch die Definition der Eigenmittelquote (§ 23 URG) und der fiktiven Schuldentilgungsdauer (§ 24 URG) könnte ohne weiteres direkt im Anschluss an die Definition wahrscheinlicher Insolvenz in § 6 Abs 2 ReO erfolgen. Im Übrigen würde mit Aufhebung des URG die Notwendigkeit entfallen, den Anwendungsbereich der ReO von jenem des URG abzugrenzen, was zu mehr Klarheit in der Rechtsanwendung beitragen dürfte.

Es wird deshalb **vorgeschlagen, das URG aufzuheben**.

¹⁶ Seit Inkrafttreten des URG wurden mit 6 Ob 269/05k und OLG Wien 3 R 49/03b gerade einmal zwei einschlägige E im RIS-Justiz veröffentlicht.

¹⁷ Eine Eingabe der Suchworte „URG“ und „Unternehmensreorganisationsgesetz“ in der Kategorie „Bundesrecht“ des RIS liefert gerade einmal 28 Treffer, die nicht unmittelbar mit dem URG bzw den dazugehörigen „Übergangsgesetzen“ zusammenhängen, darunter § 2 Abs 1 Z 3 EKEG und § 36 GmbHG, die beide jeweils auf §§ 23, 24 URG verweisen.

3. Anhängiges Insolvenzverfahren und anhängiger Insolvenzantrag als Einleitungshindernis

Es dürfte außer Frage stehen, dass kein Restrukturierungsverfahren mehr eingeleitet werden soll, wenn bereits ein **Insolvenzverfahren eröffnet** wurde. Dennoch ist dies nicht explizit als Ausschlussgrund genannt.

Zu klären ist darüber hinaus jedoch, wie sich ein beim Antrag auf Verfahrenseinleitung bereits anhängiger Gläubigerantrag (zum nachträglichen Gläubigerantrag siehe § 21 Abs 2 ReO) auf die Möglichkeit zur Einleitung eines ReO-Verfahrens auswirkt. Kann der Schuldner einen **anhängigen Gläubigerantrag** auf Eröffnung eines Konkursverfahrens durch einen rechtzeitigen und vollständigen Antrag auf Eröffnung eines Restrukturierungsverfahrens **abwenden**, wie dies durch einen Antrag auf Eröffnung eines Sanierungsverfahrens möglich ist?¹⁸ Ausgeschlossen muss dies nach den obenstehenden Erwägungen (II.B.2.) wohl sein, wenn der Antrag auf Zahlungsunfähigkeit gestützt wird. Bei einem auf Überschuldung gestützten Antrag wäre es zwar ausgehend von der Behandlung der Überschuldung in der ReO systematisch vertretbar, wenn der Schuldner den Gläubigerantrag „abwenden“ könnte. Jedoch gibt es *in praxi* dem Vernehmen nach ohnehin keine auf Überschuldung gestützten Gläubigeranträge,¹⁹ sodass sich eine Ausnahme insoweit erübrigt. Über einen Antrag auf Einleitung eines Restrukturierungsverfahrens sollte daher bei einem im Zeitpunkt der Antragstellung bereits anhängigen Insolvenzantrag erst entschieden werden, sobald über den Insolvenzantrag entschieden wurde (anders wohl § 58 StaRUG).

Zum **konkreten Formulierungsvorschlag** für diese Anregung siehe unten bei § 6 ReO (II.D.6.).

D. **Änderungsvorschläge im Einzelnen**

1. Zu § 1 ReO

a) *Pflichtenkatalog und Haftung der Geschäftsleitung*

§ 1 Abs 3 ReO müsste systematisch sinnvollerweise am **Anfang des Gesetzes** stehen, weil die Bestimmung noch losgelöst vom eigentlichen Restrukturierungsverfahren betrachtet werden muss.²⁰ Einziger Zusammenhang ist, dass der pflichtenauslösende Eintritt der wahrscheinlichen Insolvenz auch Voraussetzung für ein ReO-Verfahren ist und die

¹⁸ § 70 Abs 2 IO; *Rechberger/Seeber/Thurner*, Insolvenzrecht³ (2018) Rz 367.

¹⁹ *Schumacher* in *Koller/Lovrek/Spitzer*, IO § 67 Rz 1; vgl auch *Schneider*, COVID-19: Update: Antragspflicht und Eröffnungsverfahren, ZIK 2020/57.

²⁰ Auch der dt Gesetzgeber wählte in § 1 Abs 1 StaRUG diese (sinnvolle) Herangehensweise.

Univ.-Prof. MMag. Dr. MARTIN TRENKER
Dr. MARTIN LUTSCHOUNIG
UNIVERSITÄT INNSBRUCK
Institut für Zivilgerichtliches Verfahren

PROJEKT-Nr. 18686: „Präventiver
Restrukturierungs-rahmen“ durch
Umsetzung der Richtlinie (EU)
2019/1023 in Österreich

Geschäftsleitung bei dessen sorgfältiger Betreuung ihrer Pflicht uE wohl jedenfalls **hinreichend Rechnung trägt**. Letzteres sollte im Gesetzestext ausgedrückt werden, womit ein nachvollziehbarer Übergang zur Erläuterung des Anwendungsbereichs der ReO ermöglicht wird.

Im Übrigen bleibt der Normgehalt dieser Anordnung vage. Dieser Umstand ist sicherlich primär der Schwierigkeit geschuldet, gerade im Stadium wahrscheinlicher, aber noch nicht eingetretener Insolvenz einen hinreichend determinierten, aber dennoch auch im Einzelfall „passenden“ *Pflichtenmaßstab*, geschweige denn einen entsprechenden *Pflichtenkatalog* zu finden. Gerade weil keine bestimmten und nachvollziehbaren Handlungsvorgaben möglich sind, sollte jedoch klargestellt werden, dass die Geschäftsleitung bei der **Auswahl der richtigen Restrukturierungsmaßnahmen** – im Sinne und nach Vorbild der Business-Judgement-Rule (§ 25 Abs 1a GmbHG, § 84 Abs 1a AktG) ihren **unternehmerischen Ermessenspielraum** behält. Die Einleitung des ReO-Verfahrens könnte – wie vorgeschlagen – insoweit privilegiert werden, als seine Inanspruchnahme die Vermutung der Konformität mit dem Sorgfaltsmaßstab begründet.

Durch die Einbeziehung der Interessen der Gläubiger in den Pflichtenkatalog der Unternehmensleitung stellt sich bei organschaftlichen Vertretern von Kapitalgesellschaften unweigerlich die Frage nach dem **Schutzgesetzcharakter der Norm**, welche eine **Außenhaftung gegenüber den Gläubigern** zur Folge haben könnte. Da es sich jedenfalls bei den Schäden der Altgläubiger iaR um bloße **Reflexschäden**²¹ handeln dürfte, die effektiv und ohne erhebliche Probleme über eine exklusive Innenhaftung gegenüber der Gesellschaft abgewickelt werden können/sollten, eine Haftung gegenüber Neugläubigern auf den Vertrauensschaden aber wohl – anders als bei der Insolvenzantragspflicht – über den Schutzzweck dieser Norm hinausginge, erscheint uE eine **Außenhaftung** wohl **nicht zielführend**. Ein entsprechender Hinweis in den **Gesetzesmaterialien**, sei es auch für die gegenteilige Ansicht, ist jedenfalls im Interesse der Rechtssicherheit unbedingt zu fordern. Die Schwierigkeiten, welche mit der Berechnung des Gesellschaftsschadens wegen des in diesem Stadium möglicherweise erhobenen Vorwurfs der „Insolvenzverursachung“ verbunden sind, werfen schon genügend Probleme auf, sodass der Rechtsanwender jedenfalls von der Frage nach einer zusätzlichen Außenhaftung entlastet werden sollte. Wenn das URG – entgegen der hier erhobenen Forderung – in Kraft bleiben sollte, so wäre auch ein Hinweis hilfreich, dass das

²¹ Dazu *Trenker*, „Reflexvorteil“ und „Reflexschaden“ im Gesellschaftsrecht, *GesRZ* 2014, 10 (12 ff).

Haftungskonzept des § 22 URG bewusst abgelehnt wurde, um allfälligen Analogieschlüssen (zB zur Frage der Haftungsbegrenzung) von vornherein jede Grundlage zu entziehen.

b) Anwendungsbereich der ReO

Schon in § 1 ReO sollte einen Hinweis auf den **Anwendungsbereich dieses Gesetzes** enthalten sein, indem klargestellt wird, dass das Verfahren nur von wahrscheinlich insolventen, aber bestandfähigen Schuldern in Anspruch genommen werden darf. Durch entsprechende Verweise auf die Definition dieser Begriffe in § 6 ReO (dazu bereits oben II.B.4.) wird sogleich Klarheit für den Rechtsanwender geschaffen.

c) Definition von Restrukturierungsmaßnahmen

§ 1 Abs 2 ReO ist **Art 2 Abs 1 Nr 1 RIRL entnommen**. Einen Mehrwert liefert die Bestimmung freilich nicht, weil sie durch ihre bewusst weite Formulierung das Spektrum möglicher Restrukturierungsmaßnahmen nicht beschränkt, aber auch keine wirkliche Aussage enthält, ob und mit wessen Zustimmung gewisse Maßnahmen beschlossen werden können. Die ReO erleichtert viele angesprochene Restrukturierungsmaßnahmen wohl gerade nicht wesentlich (dazu oben II.B.6.). Abgesehen davon ist die Aufzählung mitunter völlig unklar und redundant. Sie ist daher uE **eher irreführend als hilfreich**, und sollte folglich **in dieser Form gestrichen** werden. Stattdessen wäre eine Klarstellung wünschenswert, **welche Maßnahmen unter welchen Voraussetzungen tatsächlich mit der ReO umgesetzt werden können** (dazu schon oben II.B.6.).

d) Antragslegitimation

Indessen sollte in **Abs 3**, was wiederum nahtlos an Abs 1 anknüpft, vorgesehen werden, wer zur **Antragstellung legitimiert** ist. Grundsätzlich muss dies bei natürlichen Personen nur der **Schuldner selbst** sein, nicht hingegen etwa sein Prokurist (Stellvertretungsfeindlichkeit!). Fehlt es ihm an Handlungsfähigkeit, ist dessen gesetzlicher Vertreter legitimiert, was bei Gesellschaften die **organschaftlichen Vertreter** sind.²² Anders als bei einem Insolvenzantrag sollte jedoch nicht *eo ipso* Einzelvertretungsbefugnis bestehen, weil über die Einleitung eines ReO-Verfahrens legitimerweise unterschiedliche Auffassungen vorherrschen können. Es ist daher uE nicht gerechtfertigt, eine sonst bestehende Gesamtvertretungsbefugnis

²² Vgl zum Sanierungsplanantrag *Nunner-Krautgasser/Anzenberger* in *Koller/Lovrek/Spitzer*, IO §140 Rz 17; *Riel* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 140 KO Rz 27 (Stand 1.11.2007, rdb.at).

Univ.-Prof. MMag. Dr. MARTIN TRENKER
Dr. MARTIN LUTSCHOUNIG
UNIVERSITÄT INNSBRUCK
Institut für Zivilgerichtliches Verfahren

PROJEKT-Nr. 18686: „Präventiver
Restrukturierungs-rahmen“ durch
Umsetzung der Richtlinie (EU)
2019/1023 in Österreich

„aufzuweichen“. Das dürfte auch der ME so sehen, wie sich aus den Erläuterungen zu § 32 ReO ergibt (Erläuterungen 17: „konkrete satzungsgemäße Vertretungsbefugnis“).

Im Gegenteil: Bei **Personengesellschaften** ergibt sich aus § 28 Abs 1 ReO iVm § 164 IO, dass ein Restrukturierungsplan nur mit Zustimmung aller – nicht nur der vertretungsbefugten²³ – unbeschränkt haftenden Gesellschafter geschlossen werden kann. Sofern man an diesem Erfordernis strikt festhalten möchte, was rechtspolitisch uE nicht zwingend erscheint, sollte bereits für den Einleitungsantrag die Zustimmung aller (unbeschränkt haftenden) Gesellschafter verlangt werden. Andernfalls drohen unnötige, weil mangels Zustimmungsbereitschaft einzelner Gesellschafter von vornherein aussichtslose Restrukturierungsverfahren.

Im Übrigen wird noch eine „Generalklausel“ angeregt, wonach eine **Einflussnahme der Willensbildung der Gesellschafter auf die Unternehmensleitung**, sei es im Wege einer Weisung oder der Verweigerung einer gesellschaftsvertraglichen Zustimmung, nur beachtlich ist, wenn diese Willensbildung mit den Gläubigerinteressen vereinbar ist. Näher erläutert wird dieser Vorschlag allerdings erst bei § 32 (unten II.D.19.b.).

e) Modifikation der Insolvenzantragspflicht in § 69 IO

Es wurde schon einleitend darauf hingewiesen, dass das Konzept des ME, wonach auch überschuldete Rechtsträger iSd § 67 Abs 1 IO das Restrukturierungsverfahren in Anspruch nehmen dürfen, eine **Anpassung der Insolvenzantragspflicht nach § 69 IO nahelegt** (oben II.B.3.). Ansonsten entsteht eine Inkonsistenz, weil ein Schuldner bzw organschaftlicher Vertreter zwar gem § 69 IO eigentlich zur Insolvenzantragstellung verpflichtet ist. Sobald jedoch im Restrukturierungsverfahren eine Vollstreckungssperre bewilligt wird, entfällt diese Antragspflicht wiederum (§ 21 ReO), obwohl es mittlerweile möglicherweise schon zu einer rechtswidrigen Verschleppung gekommen ist, wenn auch nur für einige Tagen und Wochen. Das ist insgesamt keine überzeugende Regelung. Es sollte daher – sofern man die bisherigen Weichenstellungen beibehalten will (Zweifel darüber oben II.B.3.) – bei Eintritt der Überschuldung ein **Wahlrecht** geben, ob ein **bestandfähiger Schuldner** binnen maximal 60 Tagen einen **Insolvenzantrag stellt oder ein Restrukturierungsverfahren samt Vollstreckungssperre beantragt**.

²³ Mohr in Koller/Lovrek/Spitzer, IO § 164 Rz 2; Mohr in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 164 KO Rz 2, 5 (Stand 1.7.2009, rdb.at).

Der Schuldner muss letzterenfalls freilich darüber hinaus verpflichtet werden, den Abschluss eines Restrukturierungsverfahrens **sorgsam zu betreiben**. Auf diese Weise würden viele wichtige Fragen beantwortet: Erstens wäre klar, dass der Schuldner bei Abweisung des Antrags auf Eröffnung eines ReO-Verfahrens grundsätzlich einen Insolvenzantrag stellen muss. Zweitens würde es ihm verboten, die Maximalfristen für die Vollstreckungssperre und das damit verbundene Ruhen der Antragspflicht (§ 20 iVm § 21 ReO) auszuschöpfen, wenn dies nicht nötig ist. Drittens würde daraus folgen, dass der Schuldner einen Insolvenzantrag einbringen muss, sobald das ReO-Verfahren scheitert oder mit hoher Wahrscheinlichkeit zu scheitern droht. Kurzum: Es wäre sichergestellt, dass das Gesetz keine Insolvenzverschleppung im Wege eines letztlich aussichtslosen Restrukturierungsverfahrens erlaubt. Das Ruhen der Antragspflicht während des ReO-Verfahrens in **§ 21 ReO** sollte ebenfalls von der Einhaltung dieser Obliegenheit abhängig gemacht werden.

Regelungsvorschlag:

Es wird daher vorgeschlagen, § 1 ReO samt Überschrift und § 69 Abs 2 IO wie folgt zu fassen:

1. „Pflichten der Unternehmensleitung und Anwendungsbereich des Restrukturierungsverfahrens

§ 1. (1) Bei Eintritt einer wahrscheinlichen Insolvenz hat die Unternehmensleitung Maßnahmen einzuleiten, um langfristig den Nichteintritt von Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung sicherzustellen. Dabei sind die Interessen der Gläubiger, der Anteilsinhaber und der sonstigen Interessenträger angemessen zu berücksichtigen. Die Unternehmensleitung handelt jedenfalls sorgfältig, wenn sie sich bei der Entscheidung für eine bestimmte Maßnahme nicht von sachfremden Interessen leiten lässt und sie auf der Grundlage angemessener Information annehmen darf, zum Wohle der genannten Interessenträger zu handeln. Dies ist bei einem sorgfältig betriebenen Restrukturierungsverfahren zu vermuten.

(2) Auf Antrag eines wahrscheinlich insolventen (§ 6 Abs. 2), aber bestandfähigen (§ 6 Abs. 3) Schuldners ist ein Restrukturierungsverfahren einzuleiten, das dem Schuldner ermöglicht, sich zu restrukturieren, um langfristig den Nichteintritt von Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung sicherzustellen.

(3) Zur Antragstellung ist nur der Schuldner selbst befugt. Ist der Schuldner handlungsunfähig, sind dessen gesetzliche oder organschaftliche Vertreter in vertretungsbefugter Zusammensetzung zur Antragstellung befugt. Bei eingetragenen Personengesellschaften ist der Antrag von allen unbeschränkt haftenden Gesellschaftern einzubringen. Im Übrigen ist die Willensbildung der Gesellschafter ab wahrscheinlicher Insolvenz für die Unternehmensleitung nur dann beachtlich, wenn sie, insbesondere wegen sorgfältig betriebener alternativer Restrukturierungsmaßnahmen, mit den Gläubigerinteressen vereinbar ist.

2. „ § 69. (1) [...]“

*(2) Liegen die Voraussetzungen für die Eröffnung des Insolvenzverfahrens (§§ 66 und 67) vor, so ist diese ohne schuldhaftes Zögern, spätestens aber sechzig Tage nach dem Eintritt der Zahlungsunfähigkeit zu beantragen. Schuldhaft verzögert ist der Antrag nicht, wenn die Eröffnung eines Sanierungsverfahrens mit Eigenverwaltung sorgfältig betrieben worden ist. **Im Falle der Überschuldung kann ein bestandfähiger Schuldner stattdessen die Einleitung eines Restrukturierungsverfahrens nach der ReO einschließlich einer Vollstreckungssperre nach § 18 ReO beantragen, sofern er den Abschluss eines Restrukturierungsplans sorgsam betreibt.**“*

f) Exkurs: Frühwarnsystem?

Art 3 Abs 1 RIRL verlangt von den Mitgliedstaaten, Schuldnern Zugang zu „**klaren und transparenten**“ Frühwarnsystemen zu gewähren, die signalisieren, wenn ihre Bestandfähigkeit gefährdet ist. Diesbezüglich wurde offenbar kein Handlungsbedarf gesehen, stattdessen verweisen die Materialien auf das Informationsangebot der Wirtschaftskammern sowie diverse Online-Ratgeber (Erläuterungen 3). Grundsätzlich steht die RIRL einer solchen „Privatisierung“ dieser Aufgaben offen gegenüber, solange das Informationsziel erreicht wird (RIRL ErwG 22). Sicherzustellen wäre somit einerseits, dass dasselbe Angebot auch Unternehmern bzw juristischen Personen und Personengesellschaften offensteht, die vom Anwendungsbereich der Richtlinie erfasst sind, ohne zugleich Kammermitglieder zu sein. Andererseits ist zu bedenken, dass es sich bei solchen Angeboten um Informationen handelt, die der Schuldner einholen kann, und weniger um einen Warnmechanismus iSv Art 3 Abs 2 lit

a RIRL, der keine Eigeninitiative voraussetzt (vgl auch RIRL ErwG 22). Die Materialien verweisen diesbezüglich zwar zutreffend auf die bestehende „Redepflicht“ des Abschlussprüfers nach § 273 Abs 2 und 3 UGB, auch diese besteht aber nicht gegenüber allen Schuldnern, die in den Anwendungsbereich der RIRL fallen.

Dem Vorschlag des Unionsgesetzgebers, eine „**Redepflicht**“ von **Abgabenbehörden** und **Sozialversicherungsträgern** (Art 3 Abs 2 lit c RIRL; ErwG 22) zu installieren, lässt sich deshalb einiges abgewinnen: Zum einen würden so Unternehmer, die dem Anwendungsbereich der Richtlinie unterliegen, zuverlässiger erreicht werden, zum anderen weist der Gesetzgeber ihnen im Restrukturierungsverfahren eine besondere Stellung zu, indem er an die Exekutionsführung von Abgabenbehörden und Sozialversicherungsträgern die gesetzliche Vermutung der Zahlungsunfähigkeit des Schuldner knüpft und ihnen eine diesbezügliche Auskunftspflicht auferlegt (§ 18 Abs 3 ReO). Die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners hat wiederum zur Folge, dass ihm ein Restrukturierungsverfahren (nicht länger) offensteht. Es erscheint uE daher zweckmäßig, diese Stellen bereits im Vorfeld, nämlich im (erstmaligen) Fall nicht fristgerechter Zahlung von Abgaben oder Beiträgen bzw bei ersten Anzeichen einer Krise, zu verpflichten, einen Schuldner über die Möglichkeit eines Restrukturierungsverfahren und die ihn nach § 1 Abs 3 ReO idF ME (bzw § 1 Abs 1 ReO idF dieses Vorschlags) treffenden Pflichten zu informieren.

Regelungsvorschlag:

Da die Entscheidung hierüber eindeutig noch vertiefter Reflexion bedarf, wird von **einem konkreten Regelungsvorschlag abgesehen.**

2. Zu § 2 ReO

Vom persönlichen Anwendungsbereich der ReO werden sinnvollerweise natürliche Personen ausgenommen, die kein Unternehmen betreiben. Was die **Definition des Unternehmers** in § 2 Abs 2 ReO betrifft, so ist diese **Art 2 Abs 1 Z 9 RIRL** entnommen (Erläuterungen 5). Diese europarechtliche Definition ist jedoch **verfehlt**, ja geradezu unsinnig.

Es liegt auf der Hand, dass nicht jede natürliche Person, die eine gewerbliche, geschäftliche, handwerkliche oder freiberufliche Tätigkeit ausübt, Unternehmer sein kann. Denn diese Definition trafe auch auf einen angestellten und vollumfänglich weisungsgebundenen Handwerker zu. Darüber hinaus ist die Bezugnahme auf natürliche

Univ.-Prof. MMag. Dr. MARTIN TRENKER
Dr. MARTIN LUTSCHOUNIG
UNIVERSITÄT INNSBRUCK
Institut für Zivilgerichtliches Verfahren

PROJEKT-Nr. 18686: „Präventiver
Restrukturierungs-rahmen“ durch
Umsetzung der Richtlinie (EU)
2019/1023 in Österreich

Personen redundant, weil gem Abs 1 lit h ohnehin nur natürliche Personen, die keine Unternehmer sind, angesprochen sind. Diese Einschränkung macht die Definition zudem „noch unrichtiger“, weil wohl nicht ernsthaft in Zweifel gezogen werden kann, dass auch juristische Personen Unternehmen betreiben können. Da der Unternehmerbegriff letztlich ohnehin richtlinienkonform auszulegen sein wird, in zahlreichen anderen europäischen und nationalen Rechtsakten bzw der dazu ergangenen Rsp zudem schon Definitionen der Unternehmereigenschaft anzutreffen sind, könnte § 2 Abs 2 ReO ohne Schaden entbehrt werden. Jeder sinnerfassend lesende Gesetzesanwender würde es dem österreichischen Gesetzgeber danken.

Regelungsvorschlag:

Es wird daher die **ersatzlose Streichung von § 2 Abs 2 ReO** vorgeschlagen.

3. **Zu § 3 ReO**

a) Klarstellungsbedarf

Die **Formulierung**, dass die in § 3 Abs 1 ReO genannten Forderungen „**nicht betroffen**“ sind, ist möglicherweise **irreführend**, weil dies auch auf grundsätzlich „verfahrenstaugliche“ Forderungen zutrifft, die der Schuldner nicht in seinem Plan berücksichtigt. Ausgedrückt werden soll nur, dass diese Forderungen, auch wenn es der Schuldner gerne wollte, nicht betroffen sein können. Das bringt der Terminus „ausgeschlossen“ jedoch gut und hinreichend zum Ausdruck, sodass der Zusatz „nicht betroffen“ uE besser zu streichen ist.

Ebenfalls irreführend ist der Verweis auf eine Anwendung von § 46 IO. Gemeint ist damit wohl, dass nach Einleitung des Restrukturierungsverfahrens entstehende Forderungen, die in einem Insolvenzverfahren als Forderungen iSd § 46 Z 1, 2, 4, 5 und 6 IO zu qualifizieren wären, ausgeschlossen sind. Das sollte auch so ausgedrückt werden.

Zudem wäre die Klarstellung angebracht, dass insbesondere bei Verfahrenseinleitung **betagte und bedingte Forderungen** restrukturierungsfähig sind. Schließlicht ist nicht klar, wie mit **Zinsen** für grundsätzlich vor Verfahrenseinleitung entstandenen Forderungen umzugehen ist. UE wäre es wohl im Interesse einer effizienten Restrukturierung sachgerecht, wenn auch diese Zinsen „restrukturiert“, also insbesondere von einem Forderungserlass, erfasst werden

könnten. Ob das jedoch so gewollt ist, erscheint unklar. § 23 Abs 2 Z 4 ReO deutet auf das Gegenteil hin.

b) Ausnahme für Geldstrafen nach dem Verbandsverantwortlichkeitsgesetz

Gerade in einem für Unternehmer bestimmten Restrukturierungsverfahren ist die neuerliche Schaffung einer Ausnahme für **Geldstrafen** problematisch (vgl § 58 Z 2 IO). Schon für das Insolvenzverfahren vermag deren Ausnahme von den Sanierungsplanwirkungen (§ 156 Abs 5 IO) schwerlich zu überzeugen: Der Ausschluss von Geldstrafen vom Insolvenzverfahren in § 58 Z 2 IO wird von der hA damit begründet, dass Geldstrafen aufgrund ihres „pönalen Charakters“ nicht die Gläubiger, sondern nur den Schuldner persönlich belasten sollen.²⁴ Daran ist jedoch bereits zu kritisieren, dass diese Erwägung im Falle eines Sanierungsplans nicht zutrifft, weil sich der Ausschluss der Forderung diesfalls zu einer Privilegierung umkehrt: Nach Verfahrensaufhebung konkurriert der Staat mit seiner ausgeschlossenen Forderung auf Zahlung der Geldstrafe plötzlich sehr wohl mit den sonstigen Gläubigern, und dies sogar ohne entsprechende Kürzung seines Anspruchs (§ 156 Abs 5 IO).²⁵

Fraglich ist natürlich, ob man es mit ihrem **spezial- und generalpräventiven Charakter** rechtfertigen kann, Geldstrafen im Falle eines Sanierungsplans einfach auf die Quote zu kürzen oder gar erlöschen zu lassen. Problematisch wäre insoweit auch die damit wohl zwangsläufig verbundene Kürzung der „dahinterstehenden“ Ersatzfreiheitsstrafe. Aus diesen Gründen ist es wohl doch zumindest nachvollziehbar, Geldstrafen vom Insolvenz- und Restrukturierungsverfahren auszunehmen. Anderes gilt aber uE bei **Verbandsgeldbußen** nach dem Verbandsverantwortlichkeitsgesetz (VbVG), weil gerade die damit bezweckte Spezial- und Generalprävention bei einem Verband, der vom verbenden Stadium in Richtung insolvenzbedingter Abwicklung tendiert, hintanzustellen ist, wenn – wie bei einem Sanierungs- oder Restrukturierungsplan – andernfalls die Interessen der Gläubiger beeinträchtigt sind.

Sachgerechter erschiene es daher, **Verbandsgeldbußen vom Anwendungsbereich der Ausnahme in § 3 Abs 1 lit c RIRL auszunehmen**. Aus diesem Anlass könnte und sollte uE

²⁴ *Katzmayr* in *Koller/Lovrek/Spitzer*, IO § 58 Rz 8, der insb auf die Exekution in das insolvenzfremde Vermögen hinweist.

²⁵ Krit dazu *Hinger*, Was ist eine Geldstrafe? RZ 2002, 232 (233); *Trenker*, Treuhänderüberwachung der Sanierungsplanerfüllung (2017) 186 f. Ursprünglich sollten Geldstrafen demgegenüber ausgeschlossen werden, weil auf sie in der fünften Klasse der Konkursforderungen, in der sie sich zuvor befanden, ohnehin in der Regel nichts entfiel (*Denkschrift* zur Einführung einer Konkursordnung, einer Ausgleichsordnung und einer Anfechtungsordnung [1914] 55).

auch gleich über eine entsprechende Änderung von § 156 Abs 5 IO im Insolvenzverfahren nachgedacht werden.

Regelungsvorschlag:

Es wird daher vorgeschlagen, § 3 ReO wie folgt zu fassen:

„§ 3. (1) *Vom Restrukturierungsverfahren ausgeschlossen sind:*

- a) [...]
- b) *nach Einleitung des Restrukturierungsverfahrens entstehende Forderungen, welche in einem Insolvenzverfahren § 46 Z 1, 2, 4, 5 und 6 IO unterfielen;*
- c) *Geldstrafen wegen strafbarer Handlungen jeder Art mit Ausnahme von Geldbußen nach dem Verbandsverantwortlichkeitsgesetz.*

(2) [...]

(3) Bei Verfahrenseinleitung betagte (§ 14 IO) und bedingte (§ 16 IO) Forderungen können in einen Restrukturierungsplan einbezogen werden. [Das gilt auch für die nach Verfahrenseinleitung angefallenen Zinsen erfasster Forderungen.]“

4. Zu § 4 ReO

Äußerst **sinnvoll** ist die Anordnung der **Zuständigkeit des Insolvenzgerichts**.

Nicht zu vernachlässigen ist dabei allerdings das – möglicherweise mit § 4 ReO unmittelbar zusammenhängende – Problem der **internationalen Zuständigkeit**. Fraglich ist insoweit, ob sich die internationale Zuständigkeit für Verfahren, die nicht unter § 39 ReO fallen (diesfalls soll ja die EuInsVO gelten [siehe unten § 39 ReO; II.D.21.]), nach der EuGVVO oder nach autonomem österreichischen Recht (§ 27a JN) richtet. UE ist richtigerweise letzteres der Fall. Es wurde vor dem Hintergrund der Anerkennung eines britischen *scheme of arrangement* zwar insbesondere in Deutschland diskutiert und auch verschiedentlich befürwortet, dass dieses Verfahren der EuGVVO unterstehe.²⁶ Auch für die deutschen Verfahrensvarianten zur

²⁶ Bejahend *Mankowski*, Anerkennung englischer Solvent Schemes of Arrangement in Deutschland, WM 2011, 1201 (1203); *Eidenmüller/Frobenius*, Die internationale Reichweite eines englischen Scheme of Arrangement,

Umsetzung der RIRL wird dies teilweise befürwortet.²⁷ UE trifft dies jedoch für die ReO, ein Mehrparteienverfahren ohne Kläger und Beklagte, das auch keine für die EuGVVO typische gerichtliche Entscheidung produziert, nicht zu, sondern gilt § 27a JN.²⁸ Dogmatisch folgt dies wohl daraus, dass das Restrukturierungsverfahren – möglicherweise anders als das *scheme of arrangement*²⁹ – unter die Bereichsausnahme für „Vergleiche und ähnliche Verfahren“ (Art 1 Abs 2 lit b EuGVVO) fällt. Die EuGVVO liefert schlicht keinen sinnvollen Anknüpfungspunkt zur Determination der internationalen Zuständigkeit,³⁰ was sich auch in ihrem Anwendungsbereich niederzuschlagen hat. Mit dem Postulat einer lückenlosen Abgrenzung des Anwendungsbereichs von EuInsVO und EuGVVO ist dies schon deshalb vereinbar, weil ErwG 7 EuInsVO „nur“ davon spricht, dass Rechtslücken zwischen EuGVVO und EuInsVO „so weit wie möglich vermieden werden“ sollen. Dass dies wegen der **mit der Anwendung autonomen Zuständigkeitsrechts verbundenen Anerkennungsprobleme** unglücklich ist, liegt auf der Hand. Es wäre dafür aber uE der europäische Gesetzgeber mit eigenen Regeln in der RIRL gefragt gewesen.

Unter dieser Annahme, deren Richtigkeit freilich letztlich nur der EuGH zu klären vermag, determiniert **§ 63 IO iVm § 4 ReO via § 27a JN auch die internationale Zuständigkeit**. Das führt zum sinnvollen Ergebnis, dass die Zuständigkeit primär von dem Ort abhängt, an dem der Schuldner sein Unternehmen betreibt. Es sollte dementsprechend klargestellt werden, dass der Gesetzgeber von der Maßgeblichkeit autonomen Zuständigkeitsrechts ausgeht. Allerdings – und dies ist die eigentliche Anregung an den Gesetzgeber – ist rechtspolitisch überaus fraglich, ob man auch **Unternehmer, deren Unternehmen im Ausland betrieben wird, mit gewöhnlichem Aufenthalt im Inland** oder gar nur einer **Zweigniederlassung im Inland** zum Restrukturierungsverfahren zulassen will. Sollte dies nicht gewünscht sein, wäre eine **entsprechende Anpassung sinnvoll**, weil sich dieses

WM 2011, 1210 (1213 ff); *Sax/Swierczok*, Das englische Scheme of Arrangement - ein taugliches Sanierungsinstrument für deutsche Unternehmen, ZIP 2016, 1945 (1946 f); aA *Lüke/Scherz*, Zu den Wirkungen eines Solvent Scheme of Arrangement in Deutschland, ZIP 2012, 1101 (1105 f); allg für Österreich *Schopper*, Die Sanierung österreichischer Gesellschaften mittels Scheme of Arrangement, in FS Torggler (2013) 1091 (1096 f).

²⁷ *Skauradzsun*, Die Restrukturierungsrichtlinie und das „verschwitzte“ internationale Zivilverfahrensrecht, ZIP 2019, 1501 (1506 f).

²⁸ Vgl *Madaus*, Stellungnahme zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung des Sanierungs- und Insolvenzrechts vom 12.11.2020, 9 f (bundestag.de/resource/blob/806302/5235168ddc676b9436c8540322e53865/madaus-data.pdf [abgerufen am 1.4.2021]).

²⁹ *Mankowski*, WM 2011, 1201 (1203); *Lüke/Scherz*, ZIP 2012, 1101 (1105); *Schopper*, in FS Torggler 1091 (1096).

³⁰ Dazu im Detail *Skauradzsun*, ZIP 2019, 1501 (1505 ff).

Univ.-Prof. MMag. Dr. MARTIN TRENKER
 Dr. MARTIN LUTSCHOUNIG
 UNIVERSITÄT INNSBRUCK
 Institut für Zivilgerichtliches Verfahren

PROJEKT-Nr. 18686: „Präventiver
 Restrukturierungs-rahmen“ durch
 Umsetzung der Richtlinie (EU)
 2019/1023 in Österreich

Ergebnis sonst aus § 4 ReO iVm § 63 Abs 2 IO iVm § 27a JN ergeben könnte (sollte die EuGVVO nicht anwendbar sein). Umzusetzen wäre diese Anpassung, sofern man sie für erforderlich hält, wohl einfach, indem § 63 Abs 2 IO vom Verweis des § 4 ReO ausgenommen würde, wofür eine Einschränkung von § 4 S 1 auf § 63 Abs 1 IO genügen sollte. Auch wenn der EuGH eine Anwendung der EuGVVO befürworten sollte, würde diese Streichung wohl letztlich kaum schaden.

Regelungsvorschlag:

Es wird daher vorgeschlagen, § 4 ReO wie folgt zu fassen:

„§ 4. Für das Restrukturierungsverfahren ist das Gericht nach § 63 [Abs 1] IO zuständig; § 63 Abs 2 IO gilt nicht. §§ 64 und 65 IO sind anzuwenden.“

5. Zu § 5 ReO

a) (Analoge) Anwendung „besonderer Verfahrensbestimmungen“

Soweit der § 17 URG entlehnte Verweis auf die allgemeinen Verfahrensbestimmungen der IO, wie die Materialien ausführen (Erläuterungen 5), nur die §§ 252-263 IO erfasst, ist er möglicherweise zu eng. Es ist äußerst naheliegend, dass ungeklärte Fragen häufig durch einen sinngemäßen Rückgriff auf andere „besondere Verfahrensbestimmungen“ aus einzelnen Abschnitten der IO gelöst werden können, soweit sich diese als wertungsmäßig übertragbar erweisen. Es wäre deshalb äußerst hilfreich, wenn zumindest in den **Materialien** klargestellt wird, dass die „Einschränkung“ auf §§ 252-263 IO einer **analogen Anwendung sonstiger Verfahrensbestimmungen der IO nicht entgegensteht**.

b) Gewährleistung der Geheimhaltung

Das Restrukturierungsverfahren ist grundsätzlich **kein öffentliches Verfahren** (Ausnahme: § 39 ReO). Diese Weichenstellung ist **uE grundsätzlich zwar gut geeignet**, seine **Attraktivität maßgeblich zu steigern**, sie wird für sich genommen jedoch kaum ausreichen. Davon zeugt bereits der Umstand, dass das Reorganisationsverfahren nach dem URG oft dafür kritisiert wurde, dass sich darin ein „Publikwerden der Krise“ nicht verhindern lässt.³¹ Wenn Informationen über die Vermögens(-schief-)lage des Schuldners oder seine geplanten (Restrukturierungs-)Maßnahmen frühzeitig nach außen dringen oder „in falsche Hände“

³¹ Dellinger/Oberhammer/Koller, Insolvenzrecht⁴ (2018) Rz 582.

geraten, kann dies den Erfolg der Restrukturierung zweifellos gefährden.³² Vor diesem Hintergrund erscheint es aber konsequent und nicht als Ausdruck von (unangebrachtem) Misstrauen,³³ wenn man Gläubigerschutzverbänden, denen im Restrukturierungsverfahren – anders als im Insolvenzverfahren – kein allgemeines Mitwirkungsrecht zukommt (vgl nur § 26 Abs 2 ReO), auch anders als dort (§ 253 Abs 3 S 5 IO) kein von rechtlichen Interessen im Einzelfall losgelöstes Akteneinsichtsrecht zukommen lässt. Im Übrigen ist diese Ausnahme auch nicht „neu“, sondern findet sich nahezu wortgleich bereits in § 17 URG.

Durch die gesteigerte Geheimhaltung sinkt im Interesse des Schuldners also die Gefahr, dass Informationen für Dritte oder andere sachfremde Zwecke beschafft werden, was seinen (frühzeitigen) Restrukturierungswillen und damit letztlich den Restrukturierungserfolg fördern dürfte. Dementsprechend sollte uE sogar erwogen werden, das **Akteneinsichtsrecht Dritter auf besondere Interessen zu beschränken**³⁴ und zudem eine gesetzliche Grundlage für die anerkannte insolvenzrechtliche Praxis³⁵ zu schaffen, bestimmte **Aktenteile**, deren Geheimhaltung im Interesse des Zwecks des Verfahrens erforderlich ist, selbst der **Einsicht von verfahrensbeteiligten Gläubigern zu entziehen**.

Außerdem bleiben Geheimhaltungsbemühungen solange unvollständig, als die Verfahrensbeteiligten keine explizite (und sanktionsbewehrte) **Geheimhaltungspflicht** trifft. Insbesondere eine Strafsanktion iSd § 301 Abs 1 StGB scheidet mangels eines ausdrücklichen Verbots hier (und im Insolvenzverfahren) jedenfalls aus. Auch einer gerichtlich auferlegten Geheimhaltungsverpflichtung würde aus diesem Grund die Sanktion fehlen, was in Insolvenzverfahren des Öfteren Probleme bereitet.³⁶ Es wird deshalb angeregt, zumindest hinsichtlich jener Inhalte, die in der Tagsatzung zur Abstimmung über den Restrukturierungsplan (§ 26 Abs 1 ReO) verhandelt werden, ein **Verlautbarungsverbot iSd § 172 Abs 3 ZPO** zu etablieren.

³² Vgl nur *Riel*, Kommunikation und Öffentlichkeit im Insolvenzverfahren, in *Konecny*, ZIK Spezial – Insolvenzrecht und Kreditschutz 2015 (2015) 189 (198).

³³ Dazu bestünde kein Anlass, selbst wenn sich vereinzelt Fälle finden lassen, in denen Informationen auf diesem oder ähnlichen Wegen aus dem Verfahren nach außen getragen wurden (vgl dazu *Riel* in *Konecny*, ZIK Spezial 189 [198 f]).

³⁴ Dazu *Rassi* in *Fasching/Konecny*³ § 219 ZPO Rz 61 (Stand 1.10.2015, rdb.at).

³⁵ Dazu *Riel* in *Konecny*, ZIK Spezial 189 (195) mwN.

³⁶ *Riel* in *Konecny*, ZIK Spezial 189 (195).

Regelungsvorschlag:

Von einem **konkreten Regelungsvorschlag wird abgesehen**, weil die Entscheidung hierüber nicht unerheblichen rechtspolitischen Gehalt aufweist und es insofern noch vertiefter Reflexion bedarf.

6. Zu § 6 ReO

a) *Definition der Bewilligungsvoraussetzungen*

Die wichtigsten Änderungsvorschläge zu § 6 ReO wurden bereits eingangs (oben II.A.4. und II.B.2.-4.) angesprochen und begründet. Jedenfalls erscheint es für das Verständnis des Gesetzes essenziell, auch die **Bestandfähigkeit** explizit als **Einleitungsvoraussetzung festzuschreiben** und zu **definieren**. Die Definition der Bestandfähigkeit im hier vorgeschlagenen Abs 3 folgt dabei dem offensichtlichen Konzept des ME (oben II.B.4.).

Die Definition der wahrscheinlichen Insolvenz sollte in zwei Punkten modifiziert werden: Erstens sollte zur Klarstellung beim **Drohen der Zahlungsunfähigkeit** ein Verweis auf **§ 167 Abs 2 IO** erfolgen. Damit ist für die Interpretation dieses – freilich immer noch höchst auslegungsbedürftigen – Begriffes zumindest eine Orientierung an der hierzu ergangenen Literatur (höchststrichterliche Judikatur ist bislang nicht ersichtlich) möglich.³⁷ Rechtsfolgenseitig ist es, wie dies im bisherigen Wortlaut wohl ausgedrückt werden soll, gerechtfertigt, bei drohender Zahlungsunfähigkeit unweigerlich auf wahrscheinliche Insolvenz zu schließen, weil beide Begriffe ja schon nach der „eigenthümlichen Bedeutung der Worte“ (§ 6 ABGB) fast als Synonyme anzusehen sind.

Demgegenüber ist es bei Vorliegen der aus dem URG und EKEG bekannten **Kennzahlen** uE sachgerecht, das Vorliegen wahrscheinlicher Insolvenz als Eröffnungsvoraussetzung „**nur**“ **zu vermuten** (vgl § 22 Abs 1 Z 1 URG, freilich nur zur Geschäftsleiterhaftung).³⁸ Dies hat insbesondere wichtige Implikationen für Pflichten bzw Haftung der Unternehmensleitung bei wahrscheinlicher Insolvenz gem § 1 ReO (dazu oben II.D.1.a.). Ob man die Legaldefinition der Eigenmittelquote und der fiktiven

³⁷ *Jaufer*, Das Unternehmen in der Krise³ (2014) 58 f; *Lentsch* in *Koller/Lovrek/Spitzer*, IO § 167 Rz 14, jeweils mwN.

³⁸ Es ist denkbar, dass dem ME ohnehin dieses Verständnis vorschwebt, wenn es in den Erläuterungen (5) – uE schwer verständlich – heißt: „Überdies soll eine Konkretisierung dadurch erfolgen, dass auf die Erfüllung der Bilanzkennzahlen über die Vermutung eines Reorganisationsbedarfs im URG abgestellt wird.“

Schuldentilgungsdauer an dieser Stelle aus dem URG übernimmt, hängt davon ab, ob man sich – sinnvollerweise – dazu entschließt, dieses aufzuheben (oben II.C.3.).

b) *Anhängiges Insolvenzverfahren oder anhängiger Insolvenzantrag*

Dass ein bereits **anhängiges Insolvenzverfahren** ein Einleitungshindernis sein muss, wurde bereits dargelegt (oben II.C.3.). Auch die folgerichtige „Innehaltung“ (vgl zum Begriff § 29 AußStrG, § 46 EO) bei einem **anhängigen Insolvenzantrag** wurde schon erläutert (oben II.C.3.). § 6 Abs 3 ReO idF ME (bzw § 6 Abs 4 ReO idF unseres Vorschlags) sollte dementsprechend ergänzt werden.

c) *Inanspruchnahme einer „Restrukturierung“ vor weniger als sieben Jahren*

Sachlich nicht zu rechtfertigen ist, dass § 6 Abs 3 ReO idF ME bislang *nur* bei Einleitung eines Sanierungsverfahrens in den letzten Jahren vor Verfahrenseinleitung einen Ausschlussgrund anerkennt. Diese Einschränkung wird dem Verfahrensgebäude der IO nicht gerecht, weil es ja auch bei einem Konkursverfahren zu einer funktional völlig gleichwertigen Sanierung durch einen Sanierungsplan kommen kann und umgekehrt die Eröffnung eines Sanierungsverfahrens nichts darüber aussagt, ob es nicht doch zu einer (konkursmäßigen) Liquidation des Unternehmens kommt (vgl § 167 Abs 3 IO). Warum insoweit ein Schuldner, der eine Sanierung in einem Sanierungsverfahren bloß eingeleitet hat (!), schlechter gestellt werden soll als ein Schuldner, der in einem Konkursverfahren sogar eine Restschuldbefreiung im Wege einer Sanierungsplanbestätigung erlangt hat, ist nicht einzusehen. Maßgeblich muss letztlich sein, dass ein Schuldner schon einmal in den letzten sieben Jahren von dem *beneficium* der Restschuldbefreiung profitiert hat. Andernfalls wird auch die bezweckte Attraktivität des Sanierungsverfahrens im Vergleich zum Konkursverfahren vermindert.

Der **Vorwurf** für diese **unsachliche Differenzierung** dürfte freilich einmal mehr nicht primär dem nationalen, sondern einer unklaren Formulierung des europäischen Gesetzgebers zu machen sein. **Art 4 Abs 4 RIRL** spricht (nur) davon, dass die Mitgliedstaaten die Zahl der Zugänge, die der Schuldner zu einem präventiven Restrukturierungsrahmen gemäß dieser Richtlinie haben kann, beschränken kann. Offenbar geht der Gesetzgeber davon aus, dass nur Sanierungsverfahren als präventive Restrukturierungsrahmen gemäß dieser Richtlinie anzusehen sind. Zunächst ist bereits fraglich, ob das zuvor bestehende Sanierungsverfahren dieses Kriterium wirklich erfüllt, zumindest dann, wenn es kein Sanierungsverfahren mit Eigenverwaltung war (vgl Art 5 RIRL sowie § 33 Abs 2 letzter S StaRUG). Vor allem aber darf

Univ.-Prof. MMag. Dr. MARTIN TRENKER
Dr. MARTIN LUTSCHOUNIG
UNIVERSITÄT INNSBRUCK
Institut für Zivilgerichtliches Verfahren

PROJEKT-Nr. 18686: „Präventiver
Restrukturierungs-rahmen“ durch
Umsetzung der Richtlinie (EU)
2019/1023 in Österreich

der **Richtlinie uE nicht unterstellt** werden, dass sie eine **funktional** und **sachlich gleichwertige Restrukturierung** in einem **nicht der RIRL unterfallenden „nationalen Rahmen“**, worum es sich bei einem Sanierungsplan in einem Konkursverfahren handelt, zwingend anders behandelt. Gerade wenn diese Restrukturierung nach eingetretener materieller Insolvenz erfolgt, muss ein Ausschluss der Anwendung des präventiven Restrukturierungsrahmens doch *erst recht* (Größenschluss!) zulässig sein. Ein gegenteiliges Verständnis wäre evident gleichheitswidrig und damit auch mit unionsrechtlichem Primärrecht unvereinbar (Art 20 ff GRC). Auch zwingt der Wortlaut der RIRL uE nicht zu diesem Verständnis, weil dafür erst der – im Wortlaut nicht enthaltene – Nachweis erbracht werden müsste, dass der Ausnahmekatalog in Art 4 Abs 4 RIRL abschließend gefasst wurde und auch nicht sinngemäß oder analog erweitert werden darf.

UE ist dem Gesetzgeber daher zu **empfehlen**, trotz eines **gewissen Restrisikos einer richtlinienwidrigen Umsetzung, nicht kategorisch zwischen einem Konkurs- und Sanierungsverfahren** zu unterscheiden. Sollte der Gesetzgeber hingegen auf „Nummer sicher gehen“ wollen, so müsste die Ausnahme wohl sogar noch weiter eingeschränkt werden, indem sie nur für in den letzten sieben Jahren eingeleitete Sanierungsverfahren mit Eigenverwaltung gilt.

Was schließlich die bereits erfolgte Inanspruchnahme eines Restrukturierungsverfahrens in den letzten sieben Jahren betrifft, ist dies als Ausschlussgrund uE sehr gut zu rechtfertigen. Erwägenswert ist allenfalls, ob eine Ausnahme geschaffen werden soll, wenn der Schuldner nur deshalb ein zweites Mal ein ReO-Verfahren in Anspruch nimmt, weil er sich zunächst für den **„falschen“ Verfahrenstyp entschieden** hat. Die ReO kennt ja mit § 39, § 40 letztlich drei Verfahrenstypen: Ein unmittelbarer Wechsel zwischen diesen Typen ist – während eines anhängigen Verfahrens – grundsätzlich nicht vorgesehen, was sinnvoll ist, weil dies jedenfalls bei einem Wechsel auf ein Verfahren nach § 39 ReO zahlreiche Folgeprobleme auslösen würde. UE dürfte es aber deshalb sinnvoll sein, dem Schuldner zumindest die Möglichkeit zu geben, dass er seinen Antrag zurückzieht und nach **Einstellung gem § 36 Abs 2 Z 5 ReO einen neuen Antrag** im seines Erachtens **„richtigen“ Verfahren** einbringt.

Regelungsvorschlag:

Es wird daher vorgeschlagen, § 6 ReO wie folgt zu fassen:

„§ 6. (1) Die Einleitung eines Restrukturierungsverfahrens setzt die wahrscheinliche Insolvenz und die Bestandfähigkeit des Schuldners voraus.

(2) Wahrscheinliche Insolvenz liegt vor, wenn der Bestand des Unternehmens des Schuldners ohne Restrukturierung gefährdet wäre, insbesondere bei drohender Zahlungsunfähigkeit (§ 167 Abs. 2 IO). Ferner ist wahrscheinliche Insolvenz zu vermuten, wenn die Eigenmittelquote 8% unterschreitet und die fiktive Schuldentilgungsdauer 15 Jahre übersteigt.

(2a) Eigenmittelquote ist der Prozentsatz, der sich aus dem Verhältnis zwischen dem Eigenkapital (§ 224 Abs. 3 A UGB) einerseits sowie den Posten des Gesamtkapitals (§ 224 Abs. 3 UGB), vermindert um die nach § 225 Abs. 6 UGB von den Vorräten absetzbaren Anzahlungen andererseits, ergibt.

(2b) Zur Errechnung der fiktiven Schuldentilgungsdauer sind die in der Bilanz ausgewiesenen Rückstellungen (§ 224 Abs. 3 B UGB) und Verbindlichkeiten (§ 224 Abs. 3 C UGB), vermindert um die im Unternehmen verfügbaren Aktiva nach § 224 Abs. 2 B III Z 2 und B IV UGB und die nach § 225 Abs. 6 UGB von den Vorräten absetzbaren Anzahlungen, durch den Mittelüberschuss zu dividieren.

Zur Ermittlung des Mittelüberschusses sind

1. vom Jahresüberschuss/-fehlbetrag die Abschreibungen auf das Anlagevermögen und Verluste aus dem Abgang von Anlagevermögen hinzuzuzählen und die Zuschreibungen zum Anlagevermögen und Gewinne aus dem Abgang von Anlagevermögen abzuziehen und

2. die Veränderung der langfristigen Rückstellungen zu berücksichtigen.

(3) Ein Schuldner ist bestandfähig, solange er nicht zahlungsunfähig (§ 66 IO) ist. Ein überschuldeter Rechtsträger iSd § 67 Abs. 1 IO ist nur bestandfähig, wenn bedingt durch die Annahme und Bestätigung eines Restrukturierungsplans eine positive Fortbestehensprognose gegeben ist („bedingte Fortbestehensprognose“).

(4) Ein Restrukturierungsverfahren ist nicht einzuleiten, wenn über das Vermögen des Schuldners bereits ein Insolvenzverfahren eröffnet wurde oder wenn vor weniger als sieben Jahren ein Restrukturierungsverfahren eingeleitet oder ein Sanierungsplan rechtskräftig bestätigt wurde. Die zweimalige Inanspruchnahme eines Restrukturierungsverfahrens ist dann unschädlich, wenn unmittelbar nach Einstellung wegen § 36 Abs. 2 Z 5 die Einleitung

eines anderen Verfahrenstyps (§§ 39, 40) beantragt wird. Ist zum Zeitpunkt der Antragstellung nach § 7 bereits ein Insolvenzantrag anhängig, ist mit der Entscheidung über den Antrag nach § 7 bis zur Entscheidung über den Insolvenzantrag innezuhalten.

(5) [...]“

7. Zu § 7 ReO

a) *Restrukturierungsplan als Einleitungsvoraussetzung*

Die zentralen Änderungsvorschläge für § 7 ReO wurden bereits eingangs thematisiert (oben II.A.4. und II.B.2.-4.). Auf den vorgeschlagenen Abs 7 wird – aufgrund des thematischen Zusammenhangs – noch im Rahmen der Vorschläge zum Anfechtungsschutz zurückzukommen sein (unten III.D.). Kernpunkt der Änderung ist einerseits, dass der Schuldner bereits zur Verfahrenseinleitung einen **Restrukturierungsplan vorlegen muss**. Der Begriff des Restrukturierungskonzepts wird dadurch entbehrlich und sollte aus der ReO gestrichen werden. In unmittelbarem Zusammenhang damit steht eine **Konkretisierung** und **geringfügige Erhöhung** der Anforderungen an die **Prüfpflicht des Gerichts** (siehe unseren nachstehenden Vorschlag zu § 7 Abs 3, 4 ReO).

Konkret soll der Schuldner die Eröffnungsvoraussetzungen bescheinigen müssen (§ 274 ZPO). Die **Bescheinigungslast** des Schuldners und die damit verbundene **Prüfpflicht des Gerichts** soll jedoch aus Gründen der Raschheit und Praktikabilität wie folgt „entschärft“ werden: Auch wenn das Gericht nicht mit dem „Bescheinigungsmaß“ überwiegender Wahrscheinlichkeit³⁹ vom Vorliegen der Voraussetzungen des § 6 ReO überzeugt ist, so hat es das ReO-Verfahren dennoch zu eröffnen. Es hat diesfalls jedoch zugleich einen Restrukturierungsbeauftragten zu bestellen und mit der Prüfung dieser Voraussetzungen zu beauftragen; bei einem negativen Ergebnis ist das Verfahren anschließend einzustellen (siehe dazu unseren Vorschlag zu § 36 Abs 2 Z 1 ReO; unten II.D.20.).

Sollte das Gericht hingegen bereits auf Basis der „Selbstprüfung“ des Restrukturierungsplans mit **erforderlicher überwiegender Wahrscheinlichkeit** vom Vorliegen der Eröffnungsvoraussetzungen überzeugt sein, eröffnet es das Verfahren ohne weiteres. In beiden Fällen der Verfahrenseinleitung sollte im Interesse der Rechtssicherheit mit

³⁹ Rechberger in Fasching/Konecny³ § 274 ZPO Rz 1 (Stand 1.8.2017, rdb.at).

Beschluss vorgegangen werden, auch wenn es wohl im Sinne des ME sein dürfte, dass dieser nicht angefochten werden kann (siehe Abs 7 des nachstehenden Vorschlags).

b) Zahlungsunfähigkeit

Am unteren Ende des Spektrums möglicher Überzeugung stehen jene Konstellationen, in denen das Fehlen dieser Voraussetzungen offenkundig ist; diesfalls ist der Antrag sogleich abzuweisen. Zuvor ist der Schuldner allerdings einzuvernehmen. Insbesondere ist die „Prüfung“ der **Zahlungsunfähigkeit** anhand der Exekutionsakten, wie sie aktuell in § 18 Abs 3 ReO geplant ist, auf diesen Verfahrenszeitpunkt „vorzuverlagern“ (siehe bereits oben II.B.2.).⁴⁰ Erkennt das Gericht den Schuldner nach diesem Prüfungsmaßstab für zahlungsunfähig, sprechen alle sachlichen Erwägungen dafür, **von Amts wegen** das **Insolvenzverfahren einzuleiten**.

Die **RIRL** steht dem uE **nicht entgegen** (vgl ErwG 38). **Art 7 Abs 7 RIRL** spricht nur davon, dass das Auslaufen der Einzelvollstreckungsmaßnahmen ohne angenommenen Restrukturierungsplan als solches nicht zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens führt. Abgesehen von der Einschränkung „als solches“, welche die Anordnung wohl eher als Aussage einer Selbstverständlichkeit „brandmarkt“, wird hiervon eine Ausnahme für den Fall angeordnet, dass die nach nationalem Recht festgelegten Eröffnungsvoraussetzungen erfüllt sind. Genau das ist bei „gerichtsnotorischer“ Zahlungsunfähigkeit eben der Fall. Auch aus **Art 7 Abs 3 S 2 RIRL** ergibt sich wohl nichts Gegenteiliges. Diese Bestimmung gedenkt offensichtlich (arg: Art 7 Abs 1 RIRL: „Entsteht während einer Aussetzung von Einzelvollstreckungsmaßnahmen nach nationalem Recht eine Verpflichtung eines Schuldners, einen Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens zu stellen [...]“) nur der Konstellation, dass während aufrechter Exekutionssperre (nachträglich) eine Zahlungsunfähigkeit eintritt, und will diesfalls eine unbedingte Insolvenzantragspflicht selbst bei Zahlungsunfähigkeit verhindern. Dem wurde im Rahmen von § 21 Abs 3 ReO bereits Rechnung getragen (dazu unten § 21 ReO [II.D.13.]). Die Norm ändert aber nichts daran, dass bei ursprünglicher (!) offenkundiger Zahlungsunfähigkeit bei Verfahrenseinleitung ein Insolvenzverfahren eröffnet werden muss und dies sogar von Amts wegen möglich sein sollte. Sollte der Gesetzgeber die

⁴⁰ Darüber hinaus sollte zumindest in den Materialien klargestellt werden, ob bei Vorliegen entsprechender Anzeichen zur Zahlungsunfähigkeit auch eine materielle Prüfung zulässig ist (vgl zu § 244 ZPO *G. Kodek* in *Fasching/Konecny*³ § 244 ZPO Rz 29 ff [Stand 1.8.2017, rdb.at]).

RIRL anders verstehen oder auf Nummer sicher gehen wollen, könnte dem einfach durch einen Verweis auf die sinngemäße Geltung von § 21 Abs 3 ReO Rechnung getragen werden.

Regelungsvorschlag:

Es wird daher vorgeschlagen, § 7 ReO samt Überschrift wie folgt zu fassen:

„Antrag auf Einleitung und Prüfung des Gerichts

§ 7. (1) Der Schuldner hat dem Antrag auf Einleitung des Restrukturierungsverfahrens Folgendes anzuschließen:

1. *einen Restrukturierungsplan;*
2. *[...]*
3. *[...]*
4. *[...]*

(2) Der Schuldner hat glaubhaft zu machen, dass er wahrscheinlich insolvent, aber dennoch bestandfähig ist und mit dem Restrukturierungsplan langfristig der Nichteintritt von Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung sichergestellt wird.

(3) Das Gericht hat die für die Bestandfähigkeit erforderliche Zahlungsfähigkeit insbesondere durch Einsicht in die Exekutionsdaten zu prüfen. Zahlungsunfähigkeit wird vermutet, wenn zur Hereinbringung von Abgaben und Sozialversicherungsbeiträgen Exekutionsverfahren gegen den Schuldner geführt werden. Die Abgabenbehörden und die Sozialversicherungsträger sind zur Auskunft darüber verpflichtet.

(4) Bei gelungener Glaubhaftmachung gemäß Abs. 2 hat das Gericht die Einleitung des Restrukturierungsverfahren zu beschließen. Ist der Antrag offenbar unbegründet, weil der Schuldner nicht wahrscheinlich insolvent, er bestandsunfähig ist oder der Restrukturierungsplan offenbar untauglich ist, so ist der Antrag nach Einvernahme des Schuldners und vorbehaltlich Abs. 5 abzuweisen. Im Übrigen hat das Gericht das Verfahren auch dann einzuleiten, wenn es die Umstände nach Abs. 2 nicht für überwiegend wahrscheinlich erachtet. In diesem Fall ist zugleich mit der Verfahrenseinleitung ein Restrukturierungsbeauftragter zu bestellen (§ 9 Abs. 1 Z 1) und mit der Prüfung der Einleitungsvoraussetzungen (Abs. 2) zu beauftragen. Auf Basis dieser Prüfung hat das Gericht zu prüfen, ob der Einstellungsgrund des § 36 Abs. 2 Z 1 vorliegt.

(5) Bei offenkundiger Zahlungsunfähigkeit hat das Gericht bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen das Konkursverfahren von Amts wegen zu eröffnen. [§ 21 Abs. 3 gilt sinngemäß.]

(6) Fehlt im Antrag das gesetzlich vorgeschriebene Vorbringen oder sind ihm nicht alle vorgeschriebenen Urkunden angeschlossen, so ist – vorbehaltlich § 8 Abs. 2 – der Schriftsatz zur Verbesserung binnen einer vom Gericht festzulegenden Frist von höchstens 14 Tagen zurückzustellen. Wird der Antrag nicht fristgerecht verbessert, so ist er zurückzuweisen.

(7) Der Schuldner kann zugleich mit dem Antrag auf Verfahrenseinleitung die Genehmigung einer Zwischenfinanzierung (§ 31a Abs. 4 IO) beantragen.

(8) Die Einleitung des Restrukturierungsverfahrens sowie eine Genehmigung nach Abs. 7 sind nicht anfechtbar.“

8. Zu § 8 ReO

Wie bereits ausführlich dargelegt (oben II.A.4.c.), sollte als „Ersatz“ dafür, dass uE ein ReO-Verfahren nicht ohne Restrukturierungsplan eingeleitet werden kann, eine Art **Vorbereitungsverfahren** geschaffen werden, in welchem dem Schuldner auf Antrag ein „Restrukturierungsberater“ zur Seite gestellt wird, um einen tauglichen Restrukturierungsplan auszuarbeiten. Abs 2 soll dabei der Konstellation Rechnung tragen, dass ein Antrag ohne entsprechenden Restrukturierungsplan eingebracht wird.

Regelungsvorschlag:

Es wird daher vorgeschlagen, § 8 ReO samt Überschrift wie folgt zu fassen:

***„Gerichtliche Unterstützung bei Einleitung des Restrukturierungsverfahrens
 (,Vorbereitungsverfahren‘)***

§ 8. (1) Beabsichtigt ein nicht offenkundig zahlungsunfähiger Schuldner die Einleitung eines Restrukturierungsverfahrens, so kann er beim Gericht die Bestellung eines Restrukturierungsberaters beantragen. Der Antrag hat zumindest die in Aussicht genommenen Restrukturierungsmaßnahmen und eine aktuelle Auflistung der Vermögenswerte und Verbindlichkeiten des Schuldners zu enthalten. Der

Univ.-Prof. MMag. Dr. MARTIN TRENKER
 Dr. MARTIN LUTSCHOUNIG
 UNIVERSITÄT INNSBRUCK
 Institut für Zivilgerichtliches Verfahren

PROJEKT-Nr. 18686: „Präventiver
 Restrukturierungs-rahmen“ durch
 Umsetzung der Richtlinie (EU)
 2019/1023 in Österreich

Restrukturierungsberater hat den Schuldner bei der Ausarbeitung eines Restrukturierungsplans zu unterstützen; die §§ 10, 11, 12, 13 und § 15 gelten sinngemäß.

(2) In derselben Weise ist zu verfahren, wenn der Antrag auf Einleitung des Restrukturierungsverfahrens keinen Restrukturierungsplan enthält. Das Gericht hat diesfalls 60 Tage mit der Entscheidung über den Restrukturierungsantrag innezuhalten.“

9. Zu § 9 ReO

Die Änderungsvorschläge zu § 9 ReO dienen primär der **konsequenten Umsetzung** der uE gebotenen Änderungen von §§ 1, 6-8 ReO.

Schwer nachvollziehbar ist, warum **§ 9 Abs 1 Z 1 ReO** nur dann die Bestellung eines Restrukturierungsbeauftragten verlangt, wenn sowohl eine Vollstreckungssperre erlassen wurde als auch seine Bestellung zur Wahrung der Rechte der betroffenen Parteien erforderlich ist. Letzterer Voraussetzung muss als derart weit formulierter Generalklausel „stand-alone-Charakter“ zukommen. Dass eine Vollstreckungssperre angeordnet wurde, was uE ohnehin den Regelfall darstellen sollte, mag dafür bedeutsam sein, ob die Bestellung zur Wahrung der Rechte dieser Gläubiger erforderlich ist. Als kumulatives Erfordernis überzeugt diese Voraussetzung indes nicht. Daran ändert es nichts, dass sie Art 5 Abs 3 lit c RIRL entnommen ist (Erläuterungen 6). Denn der gegenständliche Vorschlag stellt insoweit eine überschießende Umsetzung dar, als die Bestellung eines Restrukturierungsbeauftragten bei Vorliegen dieser Voraussetzung sogar ohne Anordnung einer Vollstreckungssperre vorgenommen werden muss.

§ 9 Abs 2 Z 5 ReO ist zudem zu ergänzen: Der Erfüllung von betroffenen Verbindlichkeiten muss deren Sicherstellung gleichgestellt werden; die Diktion sollte sich an §§ 30, 31 IO orientieren („sicherstellen oder befriedigen“).

Regelungsvorschlag:

Es wird daher vorgeschlagen, § 9 ReO wie folgt zu fassen:

„§ 9. (1) Das Gericht hat – außer den sonst in diesem Gesetz aufgezählten Fällen (§ 7 Abs. 4 vierter Satz) – einen Restrukturierungsbeauftragten zur Unterstützung des Schuldners und der Gläubiger bei der Aushandlung des Plans zu bestellen, wenn ein solcher Beauftragter zur Wahrung der Interessen der Parteien erforderlich ist; [...]

(2) *Das Gericht hat weiters einen Restrukturierungsbeauftragten zu bestellen, wenn Umstände bekannt sind, die erwarten lassen, dass die Eigenverwaltung zu Nachteilen für die Gläubiger führen wird, insbesondere wenn*

1. [...]
2. [...]
3. [...]
4. [...]
5. *der Schuldner nach Einleitung des Verfahrens entstehende Forderungen nicht erfüllt oder Forderungen betroffener Gläubiger **sicherstellt oder befriedigt.***

(3) *Liegen die Voraussetzungen nach Abs. 1 und 2 nicht vor, so kann das Gericht einen Restrukturierungsbeauftragten bestellen, insbesondere*

1. [...]
2. *zur Prüfung, ob der Restrukturierungsplan **langfristig den Nichteintritt von Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung sicherstellt, [...]***

10. Zu § 15 ReO

Der Verweis auf § 125 IO erscheint im Grundsatz sinnvoll. Allerdings ist noch klärungsbedürftig, bis zu **welchem Zeitpunkt** der Restrukturierungsbeauftragte seine Ansprüche geltend zu machen hat, weil es im ReO-Verfahren keine Schlussrechnungstagsatzung gibt, eine verfahrensrechtliche Präklusion bei verspäteter Anmeldung wegen der gerichtlichen Festsetzung aber wohl der Intention des ME entsprechen dürfte. Abgesehen davon sollte das Gesetz schon deshalb den spätestmöglichen Zeitpunkt für die Geltendmachung der Entlohnung festlegen, weil es sonst zu Verfahrensverzögerungen kommen kann. Denn § 29 Abs 1 Z 5 ReO nennt als Voraussetzung für die Bestätigung des Restrukturierungsplans die gerichtliche Bestimmung und Auszahlung (!) der Entlohnung an den Restrukturierungsbeauftragten, welche gem § 15 Abs 2 ReO binnen einer (Leistungs-)Frist von 14 Tagen nach Antrag des Restrukturierungsbeauftragten zu geschehen hat. *Prima vista* mag es nun naheliegen, den Beauftragten zur Rechnungslegung einfach bis zum Ende der

Univ.-Prof. MMag. Dr. MARTIN TRENKER
Dr. MARTIN LUTSCHOUNIG
UNIVERSITÄT INNSBRUCK
Institut für Zivilgerichtliches Verfahren

PROJEKT-Nr. 18686: „Präventiver
Restrukturierungs-rahmen“ durch
Umsetzung der Richtlinie (EU)
2019/1023 in Österreich

Tagsatzung zur Abstimmung über den Restrukturierungsplan (§ 26 Abs 1 ReO) zu verpflichten. Das ist jedoch schon deshalb verfehlt, weil seine Tätigkeit im geplanten Verfahren nicht mit der Planannahme endet, sondern sogar wesentliche Leistungen oftmals erst danach erbracht werden (siehe nur § 25 Abs 1 ReO).

Vor dem Hintergrund dieser Regelungen besteht also die Gefahr nicht unerheblicher **Verfahrensverzögerungen**; dies gilt auch und gerade für den Fall, dass (ausreichende) Kostenvorschüsse bei Gericht erliegen, weil deren (tatsächliche) Auszahlung mitunter einige Zeit in Anspruch nehmen kann. Derartige Verzögerungen sind offensichtlich problematisch, nicht zuletzt, weil die Richtlinie vorschreibt, dass Vergütungsvorschriften mit dem Ziel eines effizienten Verfahrensabschlusses im Einklang stehen müssen (Art 27 Abs 4 RIRL).

Es ist daher unbedingt ein klareres und stimmiges Konzept zu erarbeiten. Sollte sich der Gesetzgeber aufgrund der aufgezeigten Unwägbarkeiten entschließen, die Auszahlung (!) der Entlohnung an den Restrukturierungsbeauftragten nicht als Bestätigungsvoraussetzung anzuordnen, wäre es uE sinnvoll, festzulegen, dass der Restrukturierungsbeauftragte seinen Kostenersatz binnen **14 Tagen nach rechtskräftiger Bestätigung** (= Aufhebung [§ 39 ReO]) oder **Einstellung des Verfahrens** fordern muss. Die „Festlegung“ (Erläuterungen 8), dass der Beschluss einen **Exekutionstitel** darstellt, wirft die Frage auf, ob auch jene Beschlüsse, mit denen dem Schuldner gem § 10 ReO ein Kostenvorschuss aufgetragen wird, vollstreckbar sind. Sollte dies nicht gewollt sein, ist die Regelung sinnvoll. Ansonsten birgt sie die Gefahr, ungewollte Umkehrschlüsse zu indizieren, und sollte deshalb – auch im Hinblick auf § 5 ReO iVm § 254 Abs 6 IO – besser gestrichen werden.

Regelungsvorschlag:

Da die Entscheidung hierüber zahlreiche Folgeprobleme aufwirft und daher noch vertiefter Reflexion bedarf, wird von einem konkreten Regelungsvorschlag **abgesehen**.

11. **Zu § 16 ReO**

a) Formulierung der Grundregel abweichend von Art 5 Abs 1 RIRL

Anstatt der in ihrer rechtlichen Bedeutung unklaren Formulierung von Art 5 Abs 1 RIRL, wonach der Schuldner die „Kontrolle“ über seine Vermögenswerte behält, sollte uE besser von der „**rechtlichen und tatsächlichen Verfügungs- und Entscheidungsmacht**“ die Rede sein. Die – ebenfalls Art 5 Abs 1 RIRL entnommene – Einschränkung auf den „täglichen“

Betrieb ist nicht nur umgangssprachlich, sondern auch unklar und irreführend, weil der Schuldner vorbehaltlich einer Anordnung nach Abs 2 weiterhin auch außergewöhnliche und somit nicht (all-)tägliche Rechtsgeschäfte abschließen kann. Das Wort „täglich“ sollte daher gestrichen werden. Beide Änderungen sind im Hinblick auf die Richtlinienkonformität völlig unproblematisch; im *worst-case*-Szenario könnte jedenfalls eine richtlinienkonforme Interpretation Abhilfe schaffen.

b) Kein undeterminiertes Ermessen zu Verfügungsbeschränkungen

Richtlinienwidrig ist jedoch eventuell der geplante § 16 Abs 2 ReO. Die Bestimmung sieht die Möglichkeit von Verfügungsbeschränkungen ohne näher determinierte Voraussetzungen hierfür vor und überlässt es vielmehr offensichtlich dem Ermessen des Gerichts, solche zu beschließen. Dies dürfte mit der Vorgabe der Richtlinie in Art 5 Abs 1 RIRL schwer vereinbar sein, dass der Schuldner grundsätzlich ganz oder teilweise seine Verfügungsmacht behält. Dass die Verfügungsbeschränkungen nicht wie in einem Konkursverfahren (§ 2 Abs 2, § 3 IO) vollumfänglich ausfallen dürfen, ist offensichtlich und mutet insoweit eher als Feigenblatt an, um das Spannungsverhältnis zu den Vorgaben der RIRL zu kaschieren.

Ganz unabhängig davon ist eine solche Regelung, die dem Gericht einen **völlig unklaren Ermessensspielraum** überlässt, uE als letztlich **unsachlich abzulehnen**. Selbst eine pauschale Beschränkung des „nicht gewöhnlichen Unternehmensbetriebs“ wie im Sanierungsverfahren (§ 171 IO) ist in diesem vorinsolvenzlichen Stadium nicht ohne weiteres zu rechtfertigen. Die Zulässigkeit einer Verfügungsbeschränkung könnte bei der vorgeschlagenen Rechtslage zudem nicht einmal sinnvoll durch einen Rekurs überprüft werden.

Diese Probleme lassen sich jedoch uE möglicherweise mit relativ geringem legislatischen Aufwand beheben, wenn Verfügungsbeschränkungen von der Voraussetzung abhängen würden, dass sie zur **Wahrung der Interessen der betroffenen Gläubiger notwendig** sind, was freilich bei einem (noch) nicht überschuldeten Rechtsträger die Ausnahme sein dürfte. Die Einschränkung, wonach das Gericht dem Schuldner nicht diejenigen Beschränkungen auferlegen darf, die ihn kraft Gesetzes im Konkursverfahren trafen, sollte demgegenüber aufgegeben werden, weil sie wegen der Einschränkung auf bestimmte Rechtshandlungen überflüssig ist und – falls es zu einer Überprüfung der Richtlinienkonformität durch den EuGH kommen sollte – uU sogar „verdächtig“ wirkt.

c) Rechtsfolge unzulässiger Verfügungen

Die Anordnung von Abs 3, wonach „verbotswidrige Verfügungen“ des Schuldners **den Gläubigern gegenüber** unwirksam sind, ist offensichtlich § 171 Abs 3 IO entlehnt, der wiederum § 3 Abs 1 IO nachgeahmt sein dürfte.

Im gegenständlichen Zusammenhang ergibt sich daraus jedoch nicht einmal eindeutig, gegenüber welchen (den betroffenen?) Gläubigern die Unwirksamkeit eintreten soll. Abgesehen davon bereitet die Anordnung einer **relativen Unwirksamkeit** zumindest außerhalb eines Insolvenzverfahrens mit einer „haftungsrechtlich abgeschotteten“ Sondermasse generell **erhebliche Probleme**. Insbesondere ist bei einer bloß relativen Unwirksamkeit unklar, wie ihr eigentliches Ziel, nämlich die sonstigen Gläubiger vor einer Konkurrenz mit diesen „Neugläubigern“ zu schützen, verfahrensrechtlich gewährleistet werden kann. Der *Erstverfasser*⁴¹ hat versucht, dies zur Treuhänderüberwachung ohne Vermögensübergabe (§ 157b iVm § 171 IO) ausführlich herauszuarbeiten. Das Ergebnis dieser Untersuchung ist, dass nur eine absolute Unwirksamkeit mit der Möglichkeit einer anschließenden Heilung dem *telos* der (beschränkten) Verfügungssperre gerecht werden kann.⁴² Als Zeitpunkt der Heilung sollte idealerweise jener Zeitpunkt vorgesehen werden, in dem die übrigen Gläubiger keines Schutzes mehr vor der Konkurrenz mit dem Neugläubiger bedürfen.⁴³ Dafür könnte uE auf den **Zeitpunkt der vollständigen Erfüllung des Restrukturierungsplans** abgestellt werden.

Zu beachten ist freilich, dass der – offensichtlich § 171 Abs 3 IO entlehnte – **Gutglaubenschutz Dritter** geradezu **regelmäßig** greifen wird, weil Dritte, wenn sie nicht zugleich betroffene Gläubiger sind, von einer in einem grundsätzlich geheimen Verfahren erlassenen Verfügungsbeschränkung für gewöhnlich nichts wissen müssen.

Regelungsvorschlag:

Es wird daher vorgeschlagen, § 16 ReO wie folgt zu fassen:

*„§ 16. (1) Der Schuldner behält im Restrukturierungsverfahren ganz oder zumindest teilweise die **rechtliche und tatsächliche Verfügung- und Entscheidungsmacht** über seine Vermögenswerte und den Betrieb seines Unternehmens.*

⁴¹ *Trenker*, Treuhänderüberwachung 46 ff.

⁴² *Trenker*, Treuhänderüberwachung 52 ff.

⁴³ *Trenker*, Treuhänderüberwachung 59 f.

(2) Soweit dies zur Wahrung der Interessen der Interessen betroffener Gläubiger erforderlich ist, kann das Gericht dem Schuldner für die Dauer des Restrukturierungsverfahrens bestimmte Rechtshandlungen überhaupt oder doch ohne Zustimmung des Gerichts oder des Restrukturierungsbeauftragten verbieten.

*(3) Rechtshandlungen, die der Schuldner entgegen Abs. 2 ohne Zustimmung vorgenommen hat, sind **schwebend** unwirksam, wenn der Dritte wusste oder wissen musste, dass eine Zustimmung nicht erteilt worden ist. **Solche Rechtshandlungen erlangen erst mit vollständiger Erfüllung des Restrukturierungsplans ihre Wirksamkeit.***

12. Zu §§ 18-20 ReO

a) Beschränkung auf im Antrag bezeichnete, betroffene Gläubiger

Es wurde schon mehrfach dargelegt, dass eine Exekutionssperre für Gläubiger eines „bloß“ wahrscheinlich insolventen Schuldners, für die nicht einmal gewiss ist, dass sie vom Restrukturierungsplan betroffen sein sollen, unverhältnismäßig und unsachlich wäre. Der Anwendungsbereich der Exekutionssperre ist daher auf **betroffene Gläubiger einzuschränken**. Mit betroffenen Gläubigern sind jene Gläubiger gemeint, die nach dem aktuellen Restrukturierungsplan – Änderungen sollen ja sinnvollerweise möglich bleiben – betroffen sind. Ändert sich der Kreis der betroffenen Gläubiger, ist die Vollstreckungssperre für nicht *mehr* Betroffene gem § 20 Abs 4 Z 2 ReO aufzuheben.

Zudem ist nach dem bisherigen Gesetzeswortlaut völlig unklar, auf welcher Grundlage das Gericht die Gläubiger(gruppen) festlegen soll (§ 19 Abs 2 ReO), für die die Sperre dann gilt. UE kann hierfür iSd **Dispositionsprinzips** nur maßgeblich sein, was der Schuldner beantragt. Das Gericht darf **nicht über jenen Kreis an Gläubigern hinausgehen, für welche eine Exekutionssperre beantragt wird**; sehr wohl zulässig ist insoweit aber ein „Minus“, also eine Sperre für weniger Gläubiger, als beantragt wurde. Der Antrag auf Verfügung einer Vollstreckungssperre kann und sollte im Idealfall mit dem Antrag auf Verfahrenseinleitung und dem Restrukturierungsplan verbunden bzw in letzteren integriert werden.

b) Versagung der Exekutionssperre

Die Gründe für die Versagung einer Exekutionssperre (§ 18 Abs 2 ReO) sollten mit den **Aufhebungsgründen nach § 20 Abs 4 ReO harmonisiert werden**. Es ist nicht vernünftig, eine Exekutionssperre zu erlassen, die sofort wieder aufzuheben wäre. Das bedeutet freilich

Univ.-Prof. MMag. Dr. MARTIN TRENKER
Dr. MARTIN LUTSCHOUNIG
UNIVERSITÄT INNSBRUCK
Institut für Zivilgerichtliches Verfahren

PROJEKT-Nr. 18686: „Präventiver
Restrukturierungs-rahmen“ durch
Umsetzung der Richtlinie (EU)
2019/1023 in Österreich

nicht, dass das Gericht das Vorliegen von Aufhebungsgründen erforschen müsste; sind sie ihm aber bekannt, darf die Sperre uE nicht erlassen werden, **soweit** ein Aufhebungsgrund vorliegt. Sie kann dementsprechend auch nur für einzelne Gläubiger versagt werden.

Die **Zahlungsunfähigkeit** ist als Grund für die Versagung der Exekutionssperre entbehrlich, wenn und weil diese uE ohnehin als **Verfahrenseinleitungsvoraussetzung** zu prüfen ist (oben § 7 [II.D.7.b.]).

c) Rückschlagsperre

Nicht hinreichend durchdacht und rechtspolitisch auch abzulehnen ist der Verweis auf § 12 Abs 1 IO. Offenbar will das Gesetz damit die Rückschlagsperre für in den letzten 60 Tagen vor Verfahrenseinleitung exekutiv begründete Pfandrechte in die ReO übernehmen. Das ist in einem vorinsolvenzlichen Verfahren bei bloß wahrscheinlicher Insolvenz schwerlich zu rechtfertigen. Anerkennt man, dass **§ 12 Abs 1 IO funktional den Charakter eines „automatisierten Anfechtungstatbestands“** aufweist,⁴⁴ die ReO im Übrigen aber – selbstverständlich – keine Anfechtung kennt, so erscheint ein *ex-lege*-Erlöschen von Sicherungsrechten **systematisch-teleologisch verfehlt**. Ferner ist zu kritisieren, dass der Verweis auf § 12 Abs 1 IO nicht klarstellen kann, ob und wann es zu einem Wiederaufleben des erloschenen Pfandrechts kommt, zumal § 123a IO im Restrukturierungsverfahren offensichtlich nicht gilt; ohne Wiederaufleben des exekutiven Sicherungsrechts erscheint ein Erlöschen in einem Restrukturierungsverfahren uE sogar gänzlich unvertretbar.

Hinzu kommt, dass **§ 19 Abs 2 S 2 ReO** offenbar davon ausgeht, dass die Exekutionssperre erst mit dem Tag der Zustellung ihrer Bewilligung gilt. Im Ergebnis würde durch den Verweis auf § 12 IO jedoch eine Vorverlagerung ihrer Wirkungen um 60 Tage erreicht, wobei außerdem unklar wäre, ob die Frist vom Tag der Verfahrenseinleitung, der Bewilligung der Exekutionssperre oder ihrer Zustellung zu berechnen wäre.

Der Verweis auf **§ 12 Abs 1 IO** ist daher **uE ersatzlos zu streichen**.

Dafür zeigt die „funktionale Verwandtschaft“ von § 12 Abs 1 IO mit den Anfechtungstatbeständen, dass die ReO wohl eine entsprechende Änderung in § 12 Abs 1 IO erfordert: Analog zu § 36c IO idF ME muss auch die **60-Tages-Frist entsprechend verlängert werden** (dazu unten § 36c IO [III.E.]).

⁴⁴ König/Trenker, Die Anfechtung nach der IO⁶ (2020) Rz 10.50/1 mwN, ferner Rz 13.20, 13.23.

d) Privilegierung von Aus- und Absonderungsgläubigern

Der Verweis auf § 11 Abs 1 IO wurde bereits eingangs aus mehreren Gründen **kritisiert** (oben II.B.5.). Dieser Kritik sollte am besten dadurch Rechnung getragen werden, dass eine eigenständige Anordnung getroffen wird, wonach die Vollstreckungssperre für jene Gläubiger, die im Insolvenzverfahren als Aus- oder Absonderungsgläubiger anzusehen wären, nicht gilt (wenn dies so beabsichtigt wird). Freilich ist unklar, wie sich diese Anordnung mit § 19 Abs 1 ReO verträgt, wonach die Exekutionssperre auch besicherte Gläubiger erfassen kann. Beides steht sogar in unmittelbarem Widerspruch. Rechtspolitisch überzeugend ist wohl einzig jene Lösung, bei der Aus- oder Absonderungsgläubiger nicht erfasst werden. Andernfalls würde die Exekutionssperre im Restrukturierungsverfahren ja sogar weiterreichen als jene im Insolvenzverfahren, was sachlich nicht zu rechtfertigen wäre (vgl oben II.A.2.). Andererseits ist zu bedenken, dass Art 6 Abs 2 RIRL vorsieht, dass die Exekutionssperre auch gesicherte Forderungen erfassen kann.

Ein Kompromiss, von dem wohl auch der ME ausgeht, könnte darin erblickt werden, **dass Forderungen, die als Aus- oder Absonderungsrechte einzustufen wären, nur unter den Voraussetzungen des § 11 Abs 2, 3 IO von der Vollstreckungssperre erfasst werden dürfen**. Da der Verweis auf § 12 IO ohnehin verfehlt ist (oben II.D.12.c.), empfiehlt es sich, die unpassenden Verweise in § 18 ReO aufzuheben und die soeben postulierte Anordnung in § 19 Abs 1 ReO vorzunehmen.

Wie besicherte Gläubiger im Übrigen zu behandeln sind, sollte – wie schon ausführlich thematisiert wurde (oben II.B.5.) – noch an anderer Stelle klargestellt werden (dazu unten § 24 ReO [II.D.17.b.ii.]). Es sei an dieser Stelle lediglich nochmals betont, dass der Verweis auf § 11 Abs 1 IO auch deshalb gestrichen werden soll, um Rückschlüsse aus dieser allgemein formulierten Norm auf die generelle Behandlung von Absonderungsgläubigern bzw besicherten Gläubigern zu vermeiden.

e) Beginn, Wirkung und Dauer der Vollstreckungssperre

Die Wirkungen der Vollstreckungssperre hängen nach § 19 Abs 2 ReO idF ME davon ab, dass der betroffene Gläubiger davon Kenntnis erlangt. UE ist jedoch an eine – jedenfalls gebotene – Zustellung der **Bewilligung der Vollstreckungssperre** anzuknüpfen. Andernfalls kann auch das Exekutionsgericht, das ja letztlich eine bereits anhängige Exekution bis zum Zeitpunkt der Begründung eines richterlichen Pfandrechts einzustellen hat (§ 18 Abs 1 ReO), nicht mit hinreichender Sicherheit beurteilen, wann die Sperre eingetreten ist.

Zur **Wirkung der Vollstreckungssperre** stellt § 18 Abs 1 ReO zu Recht klar, dass weder eine Exekution bewilligt noch ein richterliches Pfandrecht begründet werden darf. Umgekehrt ist wohl – wie schon ausgeführt – davon auszugehen, dass eine Exekution fortgeführt werden darf, falls bereits vor Beginn der Vollstreckungssperre ein Pfandrecht erworben wurde. Damit ist allerdings noch fraglich, was mit einer Exekution zu geschehen hat, die bei Eintritt der Vollstreckungssperre bereits bewilligt wurde, ohne dass ein Pfandrecht begründet wurde. Richtigerweise ist uE diese Exekution nicht mehr zu vollziehen.⁴⁵

Klargestellt werden muss, dass die **Aufhebung der Vollstreckungssperre „ganz oder teilweise“** erfolgen kann, weil sogar die meisten der Aufhebungsgründe nach § 20 Abs 4 ReO nur eine Aufhebung hinsichtlich einzelner Gläubiger rechtfertigen. Dementsprechend ist auch § 18 Abs 3 ReO idF dieses Vorschlags anzupassen.

Die eigentümliche Regelung zur verkürzten Höchstdauer der Exekutionssperre von vier Monaten, wenn der Schuldner den Mittelpunkt seiner hauptsächlichen Interessen innerhalb eines Zeitraums von drei Monaten vor Einbringen des Einleitungsantrags aus einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union nach Österreich verlegt hat, geht zwar auf Art 6 Abs 8 UAbs 2 RIRL zurück. Sie hindert die Mitgliedstaaten aber wohl nicht daran, diese Regelung auch bei **Wohnsitzverlegung aus einem Drittstaat** anzuwenden, was uE einzig grundrechtskonform (Art 7 B-VG, Art 2 StGG) erscheint.

Regelungsvorschlag:

Es wird daher vorgeschlagen, §§ 18, 19 Abs 1, 2 und § 20 Abs 3, 4 ReO wie folgt zu fassen:

1. „§ 18. (1) Das Gericht hat auf Antrag des Schuldners zur Unterstützung der Verhandlungen über einen Restrukturierungsplan anzuordnen, dass Anträge *betreffener Gläubiger* auf Bewilligung eines Exekutionsverfahrens auf das Vermögen des Schuldners nicht bewilligt werden dürfen, kein richterliches Pfand- oder Befriedigungsrecht *mehr erworben und eine bewilligte Exekution auch nicht ohne ein solches vollzogen werden darf (Vollstreckungssperre). Der Antrag hat einen oder mehrere betroffene Gläubiger zu nennen oder betroffene Gläubigerklassen festzulegen, deren Forderungen unter die*

⁴⁵ IdS zum Insolvenzverfahren *P. Csoklich* in *Koller/Lovrek/Spitzer*, IO § 10 Rz 10; vgl auch *Deixler-Hübner* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 10 IO Rz 25 (Stand 1.11.2012, rdb.at).

Vollstreckungssperre fallen. Er kann mit dem Antrag auf Verfahrenseinleitung verbunden werden und im Restrukturierungsplan enthalten sein.

*„(2) Das Gericht kann von der Anordnung einer Vollstreckungssperre absehen, **soweit eine Voraussetzung für dessen Aufhebung gemäß § 20 Abs. 4 erfüllt ist.**“*

(3) Vor der Entscheidung sind die Gläubiger nicht einzuvernehmen. Die Bewilligung der Vollstreckungssperre ist nicht anfechtbar.“

2. „§ 19. (1) Die Vollstreckungssperre kann alle Arten von Forderungen erfassen. Die Vollstreckung von Forderungen, welche in einem Insolvenzverfahren als Aussonderungsforderungen (§ 44 IO) oder Absonderungsforderungen (§ 48 IO) einzustufen wären, kann nur unter den Voraussetzungen von § 11 Abs. 2, 3 IO aufgeschoben werden.

*(2) Das Gericht hat **im bewilligenden Beschluss** einen oder mehrere Gläubiger zu nennen oder Gläubigerklassen festzulegen, deren Forderungen unter die Vollstreckungssperre fallen. Die Sperre gilt **ab Zustellung ihrer Bewilligung an den jeweiligen Gläubiger.** [...]“*

3. „§ 20. [...]

*(3) Die Gesamtdauer der Vollstreckungssperre darf einschließlich Verlängerungen und Erneuerungen sechs Monate nicht überschreiten. Die Gesamtdauer ist mit höchstens vier Monaten begrenzt, wenn der Schuldner den Mittelpunkt seiner hauptsächlichsten Interessen innerhalb eines Zeitraums von drei Monaten vor Einbringen des Antrags auf Einleitung eines Restrukturierungsverfahrens aus einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union **oder einem Drittstaat** verlegt hat.*

*(4) Das Gericht kann die Vollstreckungssperre auf Antrag eines Gläubigers oder von Amts wegen nach Einvernahme des Schuldners und des Restrukturierungsbeauftragten **ganz oder teilweise** aufheben, wenn oder soweit sie [...]“*

13. Zu § 21 ReO

§ 21 ReO erscheint grundsätzlich konsequent. Es wurde allerdings schon beim Änderungsvorschlag zu § 69 IO darauf hingewiesen (II.D.1.e.), dass das Ruhen an die

Univ.-Prof. MMag. Dr. MARTIN TRENKER
Dr. MARTIN LUTSCHOUNIG
UNIVERSITÄT INNSBRUCK
Institut für Zivilgerichtliches Verfahren

PROJEKT-Nr. 18686: „Präventiver
Restrukturierungs-rahmen“ durch
Umsetzung der Richtlinie (EU)
2019/1023 in Österreich

sorgfältige Betreuung des Abschlusses eines Restrukturierungsplans anknüpfen sollte. Dies ist uE mit Art 7 RIRL vereinbar. Andernfalls würde der RIRL der sachwidrige Inhalt unterstellt, dass sie Schuldner, welche sich nicht sorgfältig um eine Restrukturierung ihres Unternehmens kümmern, Schutz bietet. Das kann zweifellos nicht die Intention der RIRL sein.

Dass die **Koppelung der Aussetzung der Antragspflicht bei Überschuldung** – wie so vieler andere Mechanismen (zB § 22 ReO, §§ 36a, 36b IO) – an den **Bestand der Vollstreckungssperre** anknüpft ist freilich **sachlich schwer zu rechtfertigen**. Zwangsläufig ergeben sich daraus Friktionen, weil etwa Gründe für die Aufhebung der Vollstreckungssperre nicht unbedingt einen Wiedereintritt der Insolvenzantragspflicht rechtfertigen und umgekehrt. So ist etwa schwer ersichtlich, warum eine Vollstreckungssperre, die nur für ganz vereinzelte Gläubiger erlassen wurde, wirklich ein sachgerechtes Unterscheidungsmerkmal dafür ist, ob bei Überschuldung ein Insolvenzverfahren eröffnet werden soll. Zuzugestehen ist dem Gesetzgeber, dass dies das Konzept der RIRL ist und gewisse legislative Erleichterungen bringt. Die Weichenstellung wird daher bei den einzelnen Vorschlägen im Rahmen dieser Stellungnahme nicht mehr in Frage gestellt. Ausdrücklich angeregt wird aber die Erarbeitung eines Konzepts, bei dem zumindest die Insolvenzantragspflicht und das damit verbundene Zahlungsverbot (§§ 21, 21a ReO) bereits mit Verfahrenseröffnung eintreten. Sicherzustellen wäre diesfalls nur eine Maximaldauer dieser „Privilegien“.

Die Aussetzung der Antragspflicht bei Überschuldung sollte nämlich nicht vom Eintritt der Vollstreckungssperre abhängig gemacht werden. Wenn man sich zur **Möglichkeit eines Restrukturierungsverfahrens für überschuldete Rechtsträger** und damit zu einem diesbezüglichen Wahlrecht zwischen ReO- und IO-Antrag **bekannt**, so sollte bereits die **Verfahrenseinleitung** ein „Ruhe der Insolvenzantragspflicht wegen Überschuldung“ **bewirken**. Andernfalls kommt es zu einer schlicht unsachlichen Verquickung gewisser Restrukturierungselemente, die inhaltlich nicht unbedingt miteinander einhergehen müssen. So „passen“ die Aufhebungsgründe der Vollstreckungssperre nach § 20 Abs 4 ReO keineswegs unbedingt als Gründe, ein Ruhe der Insolvenzantragspflicht wegen Überschuldung zu beenden. Mit Art 7 RIRL ist dies wiederum deshalb vereinbar, weil nach diesem Vorschlag das Ruhe der Insolvenzantragspflicht die Aussetzung von Einzelvollstreckungsmaßnahmen sogar überdauern kann.

Abs 3 ist offensichtlich dazu gedacht, der Ausnahme in Art 7 Abs 3 S 2 RIRL Rechnung zu tragen. Das ist grundsätzlich gelungen. Allerdings bezieht sich diese Bestimmung wohl auf

die Insolvenzantragspflicht des Schuldners bei Zahlungsunfähigkeit, wie sich aus dem Verweis in Art 7 Abs 3 S 1 RIRL auf die Absätze 1 und 2 ergibt. Das dürfte bedeuten, dass auch die **Insolvenzantragspflicht des Schuldners bei Zahlungsunfähigkeit** unter dem **Vorbehalt stehen muss**, dass eine Insolvenz nicht zu einer Liquidation führt, die wiederum **den Gläubigerinteressen** widerspricht, und eine Gelegenheit bestehen muss, dass letztere Voraussetzung von einer **Justiz- oder Verwaltungsbehörde geprüft wird**. Diese Vorgabe ließe sich auf effiziente und dem Schuldner zumutbare Weise wohl dadurch umsetzen, dass der Schuldner einen Insolvenzantrag einbringt, der unter der Bedingung steht, dass das Gericht nicht zum Schluss kommt, die Insolvenzeröffnung widerspreche den Gläubigerinteressen.

Regelungsvorschlag:

Es wird daher vorgeschlagen, § 21 ReO wie folgt zu fassen:

*„§ 21. (1) Die Verpflichtung des Schuldners, die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens wegen Überschuldung zu beantragen, ruht während der Vollstreckungssperre, **solange er den Abschluss eines Restrukturierungsplans sorgfältig betreibt.***

(2) [...]

*(3) Während der Vollstreckungssperre ist ein Insolvenzverfahren wegen Zahlungsunfähigkeit auf Antrag eines Gläubigers dann nicht zu eröffnen, wenn die Eröffnung unter Berücksichtigung der Umstände des Falles nicht im allgemeinen Interesse der Gläubiger ist. Über das Vorliegen des allgemeinen Interesses hat das Gericht im Restrukturierungsverfahren zu entscheiden. **Der Schuldner selbst kann einen auf Zahlungsunfähigkeit gestützten Antrag unter der Bedingung stellen, dass das Gericht nicht zum Schluss kommt, die Eröffnung sei unter Berücksichtigung der Umstände des Falles nicht im allgemeinen Interesse der Gläubiger.**“*

14. Zu § 21a ReO

Es erscheint auf den ersten Blick konsequent, die **Haftung der Geschäftsleiter** nach § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG und § 84 Abs 3 Z 6 AktG für nach Eintritt der Überschuldung geleistete Zahlungen ebenso wie die Insolvenzantragspflicht, somit während der Vollstreckungssperre, zu beschränken. Allerdings ändert die Aussetzung der Antragspflicht gerade nichts daran, dass der Schuldner durch **Zahlungen an vom Restrukturierungsplan betroffene Gläubiger** genau

jene **Verletzung der Gläubigergleichbehandlung** verursacht, die § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG primär verhindern will.⁴⁶ Das scheint auch der ME zu erkennen, wenn er die Befriedigung einzelner Gläubiger in **§ 9 Abs 2 Z 5 ReO** als Grund für die Bestellung eines Restrukturierungsbeauftragten nennt. Daher geht es uE zu weit, einen Geschäftsleiter nach Eintritt von Überschuldung von der Haftung für sämtliche Zahlungen zu befreien.

Allerdings: Die Haftung muss wohl noch weiter auf **Zahlungen an solche Gläubiger** beschränkt werden, für die eine **Vollstreckungssperre beantragt wurde**. Es wäre nämlich inkonsistent, wenn ein Geschäftsleiter auch Zahlungen an solche Gläubiger verweigern müsste, die ihre Ansprüche zwangsweise durchsetzen können. Das würde der Schuldnerin nur einen zusätzlichen Schaden in Höhe der angelaufenen Prozess- und Exekutionskosten verursachen. Soweit eine Exekutionssperre gilt, darf sie aber auch durch freiwillige Zahlungen nicht „ausgehebelt“ werden, weshalb es inkonsequent wäre, den Geschäftsleiter auch insoweit von einer Haftung freizustellen.

Regelungsvorschlag:

Es wird daher vorgeschlagen, § 21a ReO wie folgt zu fassen:

*§ 21a. Während die Insolvenzantragspflicht ruht (§ 21 Abs. 1), entfällt die an die Überschuldung anknüpfende Haftung gemäß § 84 Abs. 3 Z 6 AktG und § 25 Abs. 3 Z 2 GmbHG. **Unbenommen bleibt die Haftung für Zahlungen solcher Forderungen, für die eine Vollstreckungssperre bewilligt wurde.***

15. Zu § 22 ReO

§ 22 ReO normiert Einschränkungen für Gläubiger, die der Vollstreckungssperre unterliegen. Sie dürfen „in Bezug auf vor der Vollstreckungssperre entstandene Forderungen“ keine „Leistungen aus wesentlichen, noch zu erfüllenden Verträgen verweigern, diese Verträge vorzeitig fällig stellen, kündigen oder in sonstiger Weise zum Nachteil des Schuldners ändern“.

Diese Formulierung ist uE wohl in zweifacher Hinsicht unpräzise: Denn zum einen ist Bezugsprunkt dieser Vertragsauflösungssperre nicht die vor Eintritt der Vollstreckungssperre entstandene Forderung, sondern das gesamte Vertragsverhältnis. Zum anderen wird nicht der

⁴⁶ Vgl nur *Trenker*, Schaden der Insolvenzmasse bei Insolvenzverschleppung des Geschäftsleiters – zugleich eine Anmerkung zu OGH 6 OB 164/16k (1. Teil), JBl 2018 354 (357 f).

Vertrag als solcher fällig gestellt (wenngleich diese Formulierung umgangssprachlich üblich geworden sein dürfte), sondern die hieraus resultierenden Verbindlichkeiten des Schuldners. Es sollte daher besser heißen, dass **noch zu erfüllende Leistungen aus vor der Wirkung der Vollstreckungssperre (§ 19 Abs 2 S 2 ReO) entstanden, wesentlichen noch zu erfüllenden Verträgen allein aufgrund der Tatsache, dass Verbindlichkeiten des Schuldners hieraus bis zum Eintritt der Vollstreckungssperre nicht erfüllt wurden, nicht verweigert, die Verpflichtungen des Schuldners hieraus nicht vorzeitig fällig gestellt, die Verträge nicht gekündigt oder in sonstiger Weise zum Nachteil des Schuldners geändert werden dürfen.** Diese Formulierung mutet zwar noch sperriger an, sie ist aber zivilrechtlich zutreffender. Im Übrigen bringt sie klarer zum Ausdruck, wann der Beginn der Vollstreckungssperre eintritt.

In der Sache ist wichtig, dass die Vertragsauflösungssperre den Erläuterungen zufolge nur gelten soll, wenn „der Schuldner seinen Verpflichtungen aus diesen Verträgen, die während der Sperre fällig werden, weiterhin nachkommt“.⁴⁷ Zur Anwendung der genannten Einschränkungen ist es sohin erforderlich, dass der Schuldner alle **nach Eintritt der Vollstreckungssperre fällig werdenden Forderungen rechtzeitig bedient.** Geschieht dies nicht, gelten wohl die allgemeinen Verzugsregeln des ABGB, was in den **Materialien** noch ausdrücklich angesprochen werden könnte. Im Vergleich mit der Vertragsauflösungssperre nach § 25a IO fällt auf, dass § 22 ReO keine Aussage darüber enthält, ob der Vertragspartner aus einem **anderen wichtigen Grund** als dem Verzug vor Eintritt der Exekutionssperre kündigen oder allenfalls nach allgemeinen rechtsgeschäftlichen Grundsätzen anpassen kann. Dieses Recht soll – ausgehend vom Wortlaut und uE durchaus interessengerecht – durch § 22 ReO wohl nicht beschränkt werden, soweit der wichtige Grund nicht eine Vereinbarung nach § 22 Abs 3 ReO ist. Auch das könnte in den **Materialien** klargestellt werden.

Im Übrigen fällt auf, dass **§ 22 Abs 3 ReO** nicht nur für *wesentliche* noch zu erfüllende Verträge, sondern **alle Verträge** zu gelten scheint. Das erscheint durchaus gut nachvollziehbar, soll an dieser Stelle aber dennoch angesprochen werden, um sicherzustellen, dass es sich dabei um kein Versehen handelt. Schließlich ist fraglich, ob die Aufzählung in § 22 Abs 3 lit a-e ReO zweckmäßig ist. Die taxativ anmutende Aufzählung könnte phantasievollen Vertragsgestaltern Umgehungen ermöglichen, deren Wirksamkeit fraglich wäre und damit für zusätzliche Rechtsunsicherheit sorgen könnte. Es bietet sich deshalb uE an, allgemein zu formulieren, dass

⁴⁷ Erläuterungen 12, mit Verweis auf den beinahe wortgleichen ErwG 41 RIRL.

Univ.-Prof. MMag. Dr. MARTIN TRENKER
Dr. MARTIN LUTSCHOUNIG
UNIVERSITÄT INNSBRUCK
Institut für Zivilgerichtliches Verfahren

PROJEKT-Nr. 18686: „Präventiver
Restrukturierungs-rahmen“ durch
Umsetzung der Richtlinie (EU)
2019/1023 in Österreich

das Recht nicht „**allein wegen der Beantragung oder Einleitung eines Restrukturierungsverfahrens und der davon umfassten Maßnahmen**“ gekündigt oÄ werden darf.⁴⁸ Zusätzlich wäre das Verbot sehr wohl um den **Inhalt von Abs 3 lit e** zu ergänzen. Abs 3 lit e idF ME bedarf übrigens jedenfalls einer Umformulierung: Indem die Bestimmung nochmals auf eine Vereinbarung abstellt, macht sie im Zusammenspiel mit dem Einleitungssatz wohl keinen Sinn.

Abs 5 sieht – in Anlehnung an § 25a Abs 2 Z 2 IO – vor, dass die Beschränkungen nach Abs 1 und Abs 3 lit e bei **Ansprüchen auf Auszahlung von Krediten** nicht gelten. Begrüßenswert wäre es idZ, zumindest in den Materialien festzuhalten, dass neben Krediten auch „kreditähnliche Rechtsverhältnisse“, wie etwa Genussrechte oder stille Gesellschaften, unter diese Ausnahme fallen.⁴⁹ Inhaltlich ist uE nicht nachvollziehbar, warum die **Ausnahme von § 22 Abs 5 ReO nur auf Abs 3 lit e** anstatt auf den gesamten **Abs 3** begrenzt wird. Offenbar soll Kreditgebern die – uE durchaus interessengerechte – Möglichkeit eröffnet werden, bei einer wirtschaftlichen Verschlechterung der Situation des Schuldners eine zugesagte Kreditauszahlung zu verweigern.⁵⁰ Warum dies jedoch zB bei einem Antrag auf Einleitung eines Restrukturierungsverfahrens oder einer Verfahrenseröffnung anders sein soll, leuchtet nicht ein. Denn es muss ja (hoffentlich) davon ausgegangen werden, dass ein Restrukturierungsverfahren nur eingeleitet wird, wenn wahrscheinliche Insolvenz, also eine ohnehin mit § 22 Abs 3 lit e ReO zumindest vergleichbare Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage des Schuldners, tatsächlich vorliegt. Die jetzige Regelung legt indes nahe, dass sich der Schuldner trotz Verschlechterung seiner wirtschaftlichen Lage von der Gefahr einer Kündigung seitens des Kreditgebers befreien kann, wenn er nur „schnell genug“ einen Tatbestand der § 22 Abs 3 lit a-d ReO verwirklicht. Das vermag sachlich nicht zu überzeugen.

Schließlich bleibt uE unklar, weshalb sich in **Abs 5** – trotz Anlehnung an § 25a IO – keine dem § 25a Abs 2 Z 1 IO entsprechende Ausnahme für Fälle findet, in denen die Auflösung des Vertrags zur **Abwendung schwerer persönlicher oder wirtschaftlicher**

⁴⁸ Damit wäre etwa eine Anknüpfung an die Einstellung, die Restrukturierungsplantagsatzung, die Annahme des Restrukturierungsplans etc unzulässig. Vgl hierzu im Kontext von § 25b IO *Anzenberger*, Vertragsauflösungssperre und Umgehungsmöglichkeiten, Jahrbuch Insolvenzrecht und Sanierungsrecht 2013 (2014), 221 (230 f).

⁴⁹ Vgl zur analogen Anwendung von § 25a Abs 2 Z 2 IO auf stille Gesellschaften *Trenker* in *U. Torggler*, UGB³ (2019) § 187 Rz 8.

⁵⁰ Erläuterungen 12.

Nachteile des Vertragspartners unerlässlich ist. Eine solche Regelung erschiene im Ergebnis durchaus sinnvoll und interessengerecht, jedenfalls für den Fall des Abs 1, wenn der Schuldner also bereits in Verzug ist; ein wertungsmäßiger Unterschied zwischen Insolvenz- und Restrukturierungsverfahren ist insoweit schwer auszumachen. Für die Aufnahme dieser zusätzlichen Ausnahme spricht wohl auch die in Art 6 Abs 9 lit c RIRL genannte Möglichkeit, eine Ausnahme zu schaffen, wenn einzelne Gläubiger andernfalls „in unangemessener Weise beeinträchtigt“ würden.⁵¹ Möglicherweise geht der Gesetzgeber aber ohnehin davon aus, dass diese Ausnahme in der generellen Möglichkeit einer Auflösung von Dauerschuldverhältnissen aus wichtigem Grund aufgeht. Diesfalls wäre dies klarzustellen.

Regelungsvorschlag:

Es wird daher vorgeschlagen, § 22 ReO wie folgt zu fassen:

*„§ 22. (1) Gläubiger, für die die Vollstreckungssperre gilt, dürfen **noch zu erfüllende Leistungen aus vor der Wirkung der Vollstreckungssperre (§ 19 Abs. 2 zweiter Satz) entstandenen, wesentlichen noch zu erfüllenden Verträgen allein aufgrund der Tatsache, dass Verbindlichkeiten des Schuldners hieraus bis zum Eintritt der Vollstreckungssperre nicht erfüllt wurden, nicht verweigern, die Verpflichtungen des Schuldners hieraus nicht vorzeitig fällig gestellt, die Verträge nicht kündigen oder in sonstiger Weise zum Nachteil des Schuldners ändern. [Dies gilt nicht, wenn die dort genannten Handlungen zur Abwendung schwerer persönlicher oder wirtschaftlicher Nachteile des Vertragspartners unerlässlich sind.]***

(2) [...]

*(3) Vertragliche Vereinbarungen über die Verweigerung von Leistungen aus noch zu erfüllenden Verträgen, **über die Kündigung oder Abänderung in sonstiger Weise zum Nachteil des Schuldners oder über die vorzeitige Fälligestellung von Verbindlichkeiten des Schuldners sind unzulässig, wenn sie allein wegen der Beantragung oder Einleitung eines Restrukturierungsverfahrens und der davon umfassten Maßnahmen oder einer Verschlechterung der wirtschaftlichen Situation, die die Einleitung eines Restrukturierungsverfahrens ermöglicht, zur Anwendung gelangen.***

⁵¹ So bereits *Jurgutyte/Urthaler*, Der präventive Restrukturierungsrahmen in der Restrukturierungs-RL, ZIK 2019, 91 (96).

(4) [...]

(5) *Die Beschränkungen nach Abs. 1 sowie nach Abs. 3 gelten nicht bei Ansprüchen auf Auszahlung von Krediten*

16. **Zu § 23 ReO**

In § 23 ReO wäre – sofern man den Vorschlägen dieser Stellungnahme folgen sollte (oben § 7 ReO [II.D.7.a.]) – **anzupassen**, dass der Restrukturierungsplan sofort mit dem Einleitungsantrag verbunden werden muss. Ferner ist in § 23 Abs 2 Z 8 ReO eine **sprachliche Vereinfachung** möglich, wenn man der uE zweckmäßigen Begrifflichkeit zum Ziel des Verfahrens folgen sollte (oben II.B.4.).

Im Übrigen verbirgt sich hinter § 23 Abs 2 Z 4 ReO eine Anordnung von nicht zu unterschätzender praktischer Bedeutung: Offenbar verlangt die Bestimmung, wie ein Vergleich mit § 23 Abs 2 Z 6 ReO nahelegt, dass die **betroffenen Gläubiger namentlich zu benennen sind**. Das ist grundsätzlich verständlich, stößt aber praktisch auf gravierende Probleme. Es ist nach Bürgerlichem Recht gar nicht unbedingt möglich, alle seine Gläubiger beim Namen zu kennen, weil Forderungen ja ohne Zutun und Wissen eines Schuldners abgetreten werden können. Insbesondere bei der Ausgabe von Wertpapieren, man denke besonders an die in § 24 Abs 1 Z 2 ReO genannten Anleihen, sind einem Schuldner seine Gläubiger naturgemäß nicht mehr bekannt. Dennoch sollte deren Einbeziehung nicht ausgeschlossen sein, wenn und weil der Schuldner auf den aktuellen Inhaber einer bestimmten Anleihe oder eines bestimmten Wertpapiers sowie generell auf den „Erstgläubiger“ einer Forderung abstellt. Es wäre sinnvoll, dies zumindest in den Materialien klarzustellen.

In § 23 Abs 2 ReO sollte zum besseren Verständnis der nur ausnahmsweise gegebenen Möglichkeit, keine Klassen zu bilden, ein Hinweis auf § 24 Abs 3 ReO (zumindest als Klammerausdruck) aufgenommen werden.

Regelungsvorschlag:

Es wird daher vorgeschlagen, § 23 ReO wie folgt zu fassen

„§ 23. (1) *Der Schuldner hat mit dem Antrag auf Einleitung eines Restrukturierungsverfahrens einen Restrukturierungsplan vorzulegen und dessen Abschluss zu*

beantragen. Dieser Antrag umfasst, sofern der Schuldner nichts anderes beantragt, den Antrag auf Bestätigung des Restrukturierungsplans nach §§ 29 und 31.

(2) Der Restrukturierungsplan hat folgende Informationen zu enthalten:

1. [...]
2. [...]
3. [...]
4. [...]
5. *die Gläubigerklassen und die jeweilige Höhe der Forderungen in jeder Klasse sowie die Zuordnung der betroffenen Gläubiger zu den Klassen oder die Angabe, dass keine Klassen gebildet werden (§ 24 Abs. 3);*
6. [...]
7. [...]
8. *eine Darlegung der Gründe, aus denen der Restrukturierungsplan langfristig den Nichteintritt von Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung sicherstellt in Form einer Fortbestehensprognose, die von der Annahme und Bestätigung des Restrukturierungsplans abhängig sein kann (bedingte Fortbestehensprognose), und der notwendigen Voraussetzungen für den Erfolg des Plans;*
9. [...]

(3) [...]“

17. Zu § 24 ReO

a) Gesetzlich starr vorgegebene Klassenbildung als problematische Beschränkung

Die Gläubigerklassenbildung in § 24 ReO ist wohl als „Kerninnovation“ des Restrukturierungsverfahrens im Vergleich zu einem klassischen Sanierungsplan anzusehen. Umso problematischer ist es, dass dieses Institut wesentliche Probleme aufwirft, für die weder der Gesetzestext noch die Gesetzesmaterialien ersichtliche Lösungen aufzeigen.

Die Unklarheiten beginnen bereits beim Einleitungssatz, wonach der Schuldner folgende Gläubigerklassen zu bilden „hat“. Das klingt so, als ob stets diese fünf Gläubigerklassen gebildet werden müssten, was aber wohl jedenfalls dann nicht zutreffen kann, wenn keine Gläubiger einer Klasse durch den Plan betroffen werden sollen. **Gemeint** ist wohl, dass – vorbehaltlich Abs 2 – **generell Klassen gebildet werden müssen**, wobei maximal diese fünf Klassen erlaubt sind, wenn es Gläubiger in den jeweiligen Gruppen gibt. Darauf, dass nur diese fünf Gruppen zulässig sind, deuten uE jedenfalls die Materialien hin (Erläuterungen 2, 14).

Allerdings: Die Beschränkung auf maximal diese fünf Gläubigergruppen dürfte die **Flexibilität im Einzelfall zu sehr beschränken**. Umgekehrt wird es Fälle geben, in denen es sachgerecht ist, zB Anleihegläubiger nicht in eine eigene Gruppe zu „stecken“. UE erscheint es rechtspolitisch vorzugswürdig, lediglich anzuordnen, dass **vorbehaltlich besonderer Umstände des Einzelfalls insbesondere die folgenden Gläubigergruppen zu bilden sind**; es können im Einzelfall aber auch mehr, weniger oder andere Gruppen sein. Die Gruppenbildung muss allerdings stets **sachlich gerechtfertigt werden**. Dass das Gericht die Angemessenheit der Gruppenbildung prüfen muss und dies einen Mehraufwand birgt, ist zutreffend. Jedoch kann diese **zentrale Gerechtigkeitsgarantie im Gläubigerinteresse** schlicht nicht einfach dadurch ersetzt werden, dass das Gesetz fünf Gruppen vorgibt, die vielleicht in einem Großteil der Fälle „passen“.

b) Gläubigergruppen

i. Überblick

Was die Einteilung der Gläubigerklassen betrifft, so ist es ausgehend von der bekannten insolvenzrechtlichen Systematik grundsätzlich einsichtig, dass es eine Gruppe der besicherten Gläubiger, eine Gruppe der „gewöhnlichen“ (Insolvenz-)Gläubiger und eine Gruppe der nachrangigen Gläubiger gibt. Freilich bereitet die Behandlung der – gewissermaßen vorrangigen – besicherten Gläubiger und der nachrangigen Gläubiger große Probleme, gerade im Hinblick auf § 30 ReO. Bemerkenswert ist zudem, dass die Gruppe der unbesicherten Gläubiger grundsätzlich wiederum in **drei Gruppen** aufgeteilt wird, nämlich Anleihegläubiger, besonders schutzwürdige Gläubiger, worunter insbesondere Gläubiger mit Forderungen unter € 10.000,- fallen sollen, und Gläubiger mit sonstigen (unbesicherten) Forderungen. Auch diese Abstufung ist in einzelnen Aspekten mit guten Gründen zu hinterfragen.

ii. Besicherte Gläubiger

Die Probleme mit der **Behandlung besicherter Gläubiger** wurden bereits eingehend und mehrfach erörtert (siehe oben II.B.5. sowie bei §§ 18-20 ReO [II.D.12.d.]). Solange dem Gesetz keine klare Entscheidung zu entnehmen ist, inwieweit – nicht zuletzt im Hinblick auf die aus § 30 ReO resultierende Notwendigkeit, eine Schlechterstellung gegenüber dem Insolvenzverfahren zu vermeiden –, im Restrukturierungsplan in die Rechte besicherter Gläubiger eingegriffen werden darf, kann die Sinnhaftigkeit dieser Gruppe nicht beurteilt werden. Zudem wird die Praxis vor massive Probleme gestellt. Es ist daher **dringend eine Regelung hierzu aufzunehmen**.⁵² Systematisch bietet sich **§ 23 Abs 2 ReO** als geeigneter Ort hierfür an.

iii. Anleihegläubiger

Die Gruppe der **Anleihegläubiger** ist dem Vernehmen nach einem praktischen Bedürfnis geschuldet, gewisse besonders komplexe Wertpapiere erfassen zu können. Unter Berufung auf *Keinert* wollen die Materialien freilich alle „Formen von schuld(forderungs)rechtlichen Papieren“ in dieser Gruppe vereinigen (Erläuterungen 14). Daran ist bereits problematisch, dass letztere Definition weiter ist als jene der Anleihegläubiger. Der gesetzgeberische Wille bleibt damit im Dunkeln. In der Sache ist überaus fraglich, warum die **wertpapiermäßige Verbriefung** ein **sachliches Abgrenzungskriterium** sein soll, weil dieser Umstand wenig über die jeweilige Interessenlage aussagt. Sollen dementsprechend wirklich schuldrechtliche Unternehmenswertbeteiligungen (zB Genussrechte oder [atypisch] stille Gesellschaften) mit festverzinslichen Anleihen gleichgestellt werden, wenn und weil beide wertpapiermäßig verbrieft sind? Die Gruppe der Anleihegläubiger erscheint in der aktuellen Form somit nicht hinreichend durchdacht. Soll auf schuldrechtliche Papiere abgestellt werden, so muss der Gesetzeswortlaut geändert werden, andernfalls bedürfen die Erläuterungen in den Gesetzesmaterialien einer Adaption. Im Übrigen stellt sich die Frage, ob nicht für die angesprochenen schuldrechtlichen Unternehmenswertbeteiligungen auch/stattdessen eine eigene Gruppe gebildet werden müsste, zumal deren Interessenlage gerade in der Krise durchaus besonders gelagert ist (vgl nur § 10 EKEG).⁵³

⁵² Ein konkreter Formulierungsvorschlag zu dieser rechtspolitisch höchst diskussionsbedürftigen Weichenstellung erscheint an dieser Stelle nicht sinnvoll. Zu denkbaren Möglichkeiten, etwa einer Differenzierung zwischen Eingriffen in die Modalitäten, nicht jedoch Bestand und Höhe der Grundforderung, siehe bereits oben II.B.5.

⁵³ Vgl hierzu nur *Trenker*, Kein (materieller) Eigenkapitalcharakter einer atypisch stillen Beteiligung nach 6 Ob 204/16k – Gläubigerschutz bei schuldrechtlichen Unternehmenswertbeteiligungen, ÖBA 2018, 612 ff.

iv. Besonders schutzbedürftige Gläubiger

Die Notwendigkeit, eine Gruppe für besonders schutzbedürftige Gläubiger zu bilden, ergibt sich aus Art 9 Abs 4 RIRL. Die Entscheidung kann und soll daher im Grundsatz nicht hinterfragt werden. Die pauschale Kategorisierung von Forderungen unter € 10.000,- als besonders schutzbedürftig, ist jedoch selbst bei gebotener typisierender Betrachtungsweise fraglich. Erstens wird ein derartiger Schwellenwert den völlig unterschiedlichen Kategorien von Schuldnern kaum gerecht. Zweitens ist die geringe Höhe der Forderung uE schwerlich ein taugliches Unterscheidungskriterium; in bestimmten Branchen (zB Baubranche) sind gerade Großgläubiger besonders schutzbedürftig, weil ihre eigene Solvenz vom Schicksal einer „Großforderung“ abhängen kann. Auch die RIRL spricht nicht pauschal davon, dass geringe Forderungen besonders schutzbedürftig wären, sondern führt sie lediglich das Beispiel kleiner Lieferanten an. Kurzum: Es erscheint uE sinnvoller **keine Spezifikation der besonders schutzbedürftigen Gläubiger** im Gesetz zu verankern, um der Praxis die notwendige Flexibilität bestmöglich zu erhalten. Jedenfalls wäre jene Formulierung in den Materialien⁵⁴ zu streichen, die isoliert betrachtet sogar indiziert, nur Gläubiger mit Forderungen unter € 10.000,- wären Kleingläubiger.

v. Nachrangige Gläubiger

Auf den ersten Blick sinnvoll und unproblematisch erscheint die Bildung einer Gruppe nachrangiger Gläubiger. Es liegt wohl nach allgemeinem „Gerechtigkeitsgefühl“ nahe, dass diese Gläubiger stärker in ihren Rechten beschnitten werden dürfen als nicht nachrangige (unbesicherte) Gläubiger. Allerdings wird diese Prämisse durch § 30 ReO in Frage gestellt, weil nach dieser Norm auch nachrangige Gläubiger einen Plan mit der Behauptung bekämpfen können, sie würden schlechter gestellt als in einem Insolvenzscenario. Nachrangige Gläubiger würden in einem Verwertungsszenario nach der IO zwar regelmäßig gar nichts erhalten (§ 57a IO). Im Falle der Annahme und Bestätigung eines Sanierungsplans ergibt sich aus § 14 EKEG jedoch zweifellos, dass zumindest **gesetzlich (EKEG) nachrangige Gläubiger** nach Überwinden der Krise **Anspruch auf die Sanierungsplanquote** hätten.⁵⁵ Soweit daher als „nächstbestes Alternativscenario“ iSd § 30 ReO der Abschluss eines Sanierungsplans in Frage kommt, müsste nachrangigen Gläubigern wohl zumindest eine (hypothetische)

⁵⁴ In den Erläuterungen (14) heißt es lediglich: „[...] eine für schutzbedürftige Gläubiger mit Forderungen unter 10.000 Euro (Abs. 1 Z 4) [...]“.

⁵⁵ Statt vieler *Nunner-Krautgasser//Anzenberger in Koller/Lovrek/Spitzer*, IO § 156 Rz 9; *Frizberg*, Nachrangige Forderungen im Insolvenzverfahren (2020) 188 ff.

Sanierungsplanquote, sohin zumindest 20 %, angeboten werden. Ob dies auch für vertraglich nachrangige Gläubiger gilt, ist umstritten,⁵⁶ uE aber zu bejahen.⁵⁷

Zumindest für EKEG-Gläubiger ist überaus fraglich, ob dieses Ergebnis wirklich den Intentionen des Gesetzgebers entspricht oder nicht stärkere Eingriffe in die Rechte nachrangiger Gläubiger möglich sein sollen. Es sollte daher entweder eine spezielle Regel zu den Eingriffsbefugnissen in die Rechtsstellung nachrangiger Gläubiger geschaffen werden oder es ist generell die – *de lege ferenda* durchaus diskussionsbedürftige⁵⁸ – Anordnung von § 14 EKEG zu hinterfragen.⁵⁹

vi. Ansprüche aus unentgeltlichen Verfügungen

Selbst wenn Gläubiger aus unentgeltlichen Verfügungen, wie Schenkungen, in der Praxis nicht allzu häufig Probleme bei einer Unternehmensrestrukturierung machen dürften, muss für diese dennoch eine eigenständige Regelung vorgesehen werden. In einem Insolvenzverfahren wären solche Ansprüche von der Teilnahme ausgeschlossen (§ 58 Z 3 IO), nach Abschluss eines Sanierungsplans bleiben diese Ansprüche indes sogar unberührt von der Restschuldbefreiung (§ 156 Abs 5 S 2 IO). Schon das offenbart die **geringere Schutzwürdigkeit dieser Gläubigergruppe** (vgl ferner § 29 IO, § 367 ABGB), was die Bildung einer **eigenen Klasse** für diese Gläubiger nahelegt. In der Sache sollte dies zugleich zum Anlass genommen werden, die sachwidrige Privilegierung von Forderungen aus Schenkungen nach Abschluss eines Sanierungsplans im Vergleich zu sonstigen Forderungen in **§ 156 Abs 5 S 2 IO zu beseitigen**.⁶⁰ Damit wäre im Hinblick auf § 30 ReO auch klargestellt, dass in einem Restrukturierungsverfahren weitreichende Eingriffe in deren Rechte bis hin zu einem gänzlichen Forderungserlass möglich sind, was uE durchaus sachgerecht erscheint.

Regelungsvorschlag:

Es wird daher vorgeschlagen, § 24 Abs 1 ReO wie folgt zu fassen:

„§ 24. (1) Der Schuldner hat nach sachlichen Kriterien Klassen der Gläubiger, deren Forderungen gekürzt oder gestundet werden (betroffene Gläubiger), zu bilden. Vorbehaltlich

⁵⁶ Dafür OLG Wien 1 R 31/18p ZIK 2018/241, 190; aA *Frizberg*, Anspruch vertraglich nachrangiger Gläubiger auf die Sanierungsplanquote, ZIK 2018/214, 166; *dieselbe*, Nachrangige Forderungen 200 ff.

⁵⁷ Ausf zum Ganzen *Trenker*, Rechtsgrundlagen und Begriff nachrangiger Forderungen, in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2019 (im Erscheinen) V.C.

⁵⁸ Vgl die ablehnende Haltung von *Frizberg*, Nachrangige Forderungen 190 f, 199 f.

⁵⁹ Ein konkreter Formulierungsvorschlag zu dieser rechtspolitisch höchst diskussionsbedürftigen Weichenstellung erscheint an dieser Stelle nicht sinnvoll.

⁶⁰ Krit dazu bereits *Trenker*, Treuhänderüberwachung 186 ff.

besonderer Umstände des Einzelfalls sind dabei – soweit vorhanden – folgende Gruppen vorzusehen:

1. [...]
2. [...]
3. [...]
4. ***Gläubiger mit schuldrechtlichen Unternehmenswertbeteiligungen,***
5. *schutzbedürftige Gläubiger,*
6. *Gläubiger nachrangiger Forderungen und*
7. ***Gläubiger aus unentgeltlichen Verfügungen. [...]***“

18. Zu § 29 ReO

§ 29 ReO bedarf uE allen voran einer wichtigen Ergänzung: Die nach § 25 Abs 1 ReO zu überprüfenden Voraussetzungen sind nicht nochmals als Erfordernisse für die Planbestätigung genannt. Das ist insbesondere im Hinblick auf die Prüfung der **Begründungen nach § 23 Abs 2 Z 6 ReO** als gravierender Mangel anzusehen: Die darin angesprochene Begründung dafür, dass gewisse Gläubiger nicht betroffen sein sollen, ist das einzige **Korrektiv gegenüber einer Gläubigerungleichbehandlung** aufgrund einer nicht sachgerechten Auswahl der betroffenen Gläubiger durch den Schuldner. Wird die sachliche Rechtfertigung dieser Begründung aber nicht zum Bestätigungserfordernis erhoben, haben betroffene Gläubiger keine Möglichkeit, ihre damit potenziell einhergehende Ungleichbehandlung geltend zu machen, geschweige denn mit einem Rechtsmittel zu bekämpfen. Das wäre uE ein nicht überzeugend vertretbarer, struktureller Eingriff in die *par condicio creditorum*.

Sollte man die in dieser Stellungnahme geäußerten Vorschläge zur (eingeschränkten) Prüfung der Einleitungsvoraussetzungen in § 7 ReO (oben II.D.7.) übernehmen, wäre § 29 Abs 3 Z 1 ReO entsprechend anzupassen. In § 29 Abs 4 ReO ist zudem eine **sprachliche Vereinfachung** möglich, wenn man der uE zweckmäßigen Begrifflichkeit zum Ziel des Verfahrens folgen sollte (oben II.B.4.). Eine wichtige **inhaltliche Änderung** betrifft indes den Prüfungsmaßstab nach § 29 Abs 3 Z 1 ReO. Das Gericht sollte sich nicht auf die Prüfung beschränken dürfen, dass der Nichteintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung

offensichtlich nicht sichergestellt wird, sondern es sollte uE bereits genügen, wenn nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen ist, dass dieses Ziel erreicht wird.

§ 29 Abs 5 ReO sollte **ersatzlos gestrichen werden**, weil es sich dabei hoffentlich um eine Selbstverständlichkeit handeln muss – wie ja auch die Materialien zugestehen (Erläuterungen 16) – bzw die Norm möglicherweise sogar dazu verleiten könnte, die Effizienz einer Entscheidungsfindung über deren Richtigkeit zu stellen, was wohl schwerlich beabsichtigt sein dürfte.

Regelungsvorschlag:

Es wird daher vorgeschlagen, § 29 Abs 5 ReO **ersatzlos zu streichen** und § 29 Abs 1 Z 6 sowie Abs 4 ReO wie folgt zu fassen:

„§ 29. (1) [...]“

6. die Begründung nach § 23 Abs 2 Z 6 ReO unsachlich ist.

(4) Das Gericht hat die Bestätigung weiters zu versagen, wenn der Restrukturierungsplan den Nichteintritt von Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit langfristig sicherstellt.“

19. Zu § 32 ReO

a) Unklare Reichweite des Obstruktionsverbots (§ 32 Abs 1 ReO)

Die Formulierung von § 32 ReO ist als überaus problematisch einzustufen: Erstens ist die unreflektierte **Wiedergabe des Wortlauts** von Art 12 (Abs 1 bzw Abs 2) RIRL in § 32 Abs 1 S 1 ReO **nicht zweckmäßig**. Wenn die RIRL verlangt, „auf andere Weise sicherzustellen“, dass Anteilsinhaber die Annahme und Bestätigung eines Restrukturierungsplans nicht grundlos verhindern oder erschweren dürfen, sollte dies nicht einfach dadurch „umgesetzt“ werden, dass ihnen genau dies – freilich ohne Spezifikationen – verboten wird, ohne irgendwelche Sanktionen anzuordnen. Das gilt umso mehr, als dieser Normgehalt schwer mit dem darauffolgenden Satz (§ 32 Abs 1 S 2 ReO) vereinbar erscheint, wonach grundsätzlich „Alles beim Alten“ zu bleiben habe und die gesellschaftsrechtliche Kompetenzverteilung doch maßgeblich sei. Wenn in S 3 dann allerdings wiederum eine Zustimmungsfiktion angeordnet wird, für den Fall, dass der Plan nicht in die rechtliche oder wirtschaftliche Stellung der

Univ.-Prof. MMag. Dr. MARTIN TRENKER
Dr. MARTIN LUTSCHOUNIG
UNIVERSITÄT INNSBRUCK
Institut für Zivilgerichtliches Verfahren

PROJEKT-Nr. 18686: „Präventiver
Restrukturierungs-rahmen“ durch
Umsetzung der Richtlinie (EU)
2019/1023 in Österreich

Anteilsinhaber eingreift, stellt sich unweigerlich die Frage nach dem Verhältnis dieser Anordnung zu jener von S 1 und zu S 2.

Erst durch Lektüre der Materialien wird klar, dass **S 3** offenbar einen deutlich engeren Inhalt haben soll, als der Wortlaut nahelegt (Erläuterungen 17). Ausweislich der Materialien will die Bestimmung offenbar nur dafür sorgen, dass eine – gesellschaftsvertraglich – gebotene **Zustimmung der Gesellschafter zur Verfahrenseinleitung (!) vom Gericht ersetzt werden** kann (Erläuterungen 17). Der Wortlaut von S 3 spricht hingegen in Kombination mit jenem von S 2 dafür, dass das Gericht sämtliche gesellschaftsrechtlichen Zustimmungen ersetzen kann, wenn die Maßnahme nicht in die wirtschaftliche oder rechtliche Stellung der Anteilsinhaber eingreift. Sollte der Gesetzgeber wirklich letzteres anstreben, wäre dies durch entsprechende „Erweiterung“ des beschriebenen Anwendungsbereichs in den Materialien zum Ausdruck zu bringen. Es sei allerdings angemerkt, dass eine derart fundamentale Weichenstellung an der Schnittstelle von Insolvenz- und Gesellschaftsrecht nicht *en passant*, sondern nur nach eingehender Reflexion über die mögliche Tragweite einer solche Anordnung vorgenommen werden sollte.

Sollte die geplante Regelung in der Tat nur ein „**gesellschaftsvertragliches Veto**“ gegen die Verfahrenseinleitung aushebeln wollen, wäre dieses Anliegen uE besser auf andere Weise sicherzustellen. Aufgrund der **Pflichten der Geschäftsleitung nach § 1 Abs 3 ReO** idF ME (bzw nach § 1 Abs 1 dieses Vorschlags), bei Eintritt wahrscheinlicher Insolvenz „Restrukturierungsschritte“ zu setzen und dabei auch die Interessen der Gläubiger angemessen zu berücksichtigen, kann eine **Zustimmungspflicht** – ebenso wie eine funktional vergleichbare Weisung, kein ReO-Verfahren einzuleiten – nur dann beachtlich sein, wenn dies mit den Gläubigerinteressen vereinbar ist. Das ist uE wohl nur in zwei Konstellationen denkbar: Entweder wenn die Gesellschafter die Gesellschaft sofort liquidieren und damit keine weiteren Risiken für Alt- und Neugläubiger erzeugen oder wenn eine taugliche Alternative zur außergerichtlichen Sanierung in Angriff genommen wird. Es wäre **uE zielführender**, diesen **Zusammenhang** einfach **klarzustellen**, anstatt mit der gerichtlichen Ersetzungsbefugnis völliges Neuland zu betreten, deren Anwendungsbereich wegen der unbestimmten Voraussetzung mangelnder rechtlicher oder wirtschaftlicher Betroffenheit für große Rechtsunsicherheit sorgt. Systematisch bietet es sich an, diesen Zusammenhang bereits in § 1 ReO klarzustellen. Inhaltlich kann dies namentlich durch die Anordnung „umgesetzt“ werden, dass die Willensbildung der Gesellschafter ab wahrscheinlicher Insolvenz für die

Unternehmensleitung nur dann beachtlich ist, wenn sie mit den Gläubigerinteressen vereinbar ist.

b) Sanierungsbeitrag der Gesellschafter - Rechtspolitische Anregungen

Rechtspolitisch bemerkenswert ist freilich, dass der Gesetzgeber – jedenfalls bei dem in den Materialien indizierten Verständnis von § 32 ReO – offenbar **keinen zwingenden „Sanierungsbeitrag“ der Gesellschafter** fordert. Weder ist eine eigene Gläubigerklasse für die Anteilsinhaber vorgesehen, noch sind Erleichterungen der Mehrheitserfordernisse für bestimmte gesellschaftsrechtliche Maßnahmen (zB *debt-equity-swap*, Nachschusspflichten, Unternehmensveräußerung) vorgesehen. Zuzugestehen ist zwar, dass derartige Eingriffe in die Schnittstelle zum Gesellschaftsrecht wohlüberlegt sein müssen und auch eine entsprechende Anpassung des Insolvenzverfahrens erfordern, weil es schwerlich zu rechtfertigen wäre, wenn bei wahrscheinlicher Insolvenz stärker in die Rechte der Gesellschafter eingegriffen würde als bei bereits eingetretener Insolvenz (oben II.A.2.). Dennoch hinterlässt es zumindest eine **schiefe Optik** und gefährdet es möglicherweise auch den **Erfolg so mancher Restrukturierung**, dass in die Rechte von Gläubigern mit Mehrheits- oder gar nur mit Gerichtsbeschluss eingegriffen werden kann, während für Umstrukturierungen auf Gesellschafterebene dieselben Zustimmungserfordernisse gelten wie bei wirtschaftlich „gesunden“ Schuldnern.

Zumindest ein Schritt in die richtige Richtung, der sich noch dazu auf die bereits erarbeiteten Formulierungen bzw Art 12 RIRL stützen kann, wäre es, wenn im Anschluss an die bisherige Grundregel des bisherigen Abs 1 S 2, wonach für einzelne Maßnahmen, die einer Zustimmung der Anteilsinhaber bedürfen, allgemeines Gesellschaftsrecht gelte, festgelegt wird, dass die **Anteilsinhaber ihre Zustimmung (dennoch) nicht grundlos verweigern dürfen**. Damit würde die Vorgabe von Art 12 RIRL umgesetzt, ohne gleichzeitig eine revolutionäre Änderung gesellschaftsrechtlicher Grundprinzipien zu bewirken. Denn die **Treuepflicht** kann gerade in Sanierungsszenarien ohnehin zu einem gewissen Stimmverhalten von Gesellschaftern verpflichten.⁶¹ Ob dies eine wirkliche Neuerung gegenüber dem bisherigen Recht darstellt ist zwar fraglich. Neu wäre allenfalls, dass diese Zustimmungspflicht auch im Gläubigerinteresse greifen kann, der Schutzbereich der Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft also auch den Schutz der Gläubiger miterfasst. Da die Zustimmungspflicht inhaltlich allerdings voraussetzt, dass eine Maßnahme nicht „grundlos“ torpediert werden darf, könnte dieselbe

⁶¹ Vgl nur BGH II ZR 205/94 BGHZ 129, 136 (*Girmes*); BGH II ZR 240/08 BGHZ 183, 1 (*Sanieren oder Ausscheiden*); ausf zu diesem Problem für Österreich U. Torggler, *Sanieren oder Ausscheiden*, in *Artmann/Rüffler/U. Torggler, Gesellschafterpflichten in der Krise* (2015) 1 ff.

Univ.-Prof. MMag. Dr. MARTIN TRENKER
Dr. MARTIN LUTSCHOUNIG
UNIVERSITÄT INNSBRUCK
Institut für Zivilgerichtliches Verfahren

PROJEKT-Nr. 18686: „Präventiver
Restrukturierungs-rahmen“ durch
Umsetzung der Richtlinie (EU)
2019/1023 in Österreich

Rechtsfolge möglicherweise schon *de lege lata* über das **Verbot des Rechtsmissbrauchs** oder die **Sittenwidrigkeit wegen der Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen** begründet werden.

Erwägenswert ist, ob man noch einen **Schritt weitergehen** will. Das könnte wohl durch eine – ebenfalls an den bisherigen Wortlaut des § 32 Abs 1 S 3 ReO angelehnte – Klarstellung geschehen, wonach nicht eine „grundlose“ Verweigerung, sondern eine „**ohne hinreichenden Grund**“ verweigerte Zustimmung verboten ist und als Maßstab hierfür festgelegt wird, dass die **wirtschaftliche Stellung der Anteilseigner durch eine Maßnahme nicht verschlechtert wird**. Indem diesfalls nur die wirtschaftliche Stellung, nicht aber die rechtliche Stellung, welche wohl durch fast jede gesellschaftsrechtliche Maßnahme berührt wird, „gewahrt“ werden muss, und es auch nicht darauf ankommt, ob diese berührt, sondern verschlechtert wird, könnte dies so verstanden werden, dass bei einem aktuell wegen Überschuldung stark entwerteten Anteil zB einem **Kapitalschnitt** zugestimmt werden müsste.⁶² Weiterhin ausgeschlossen wären jedoch Zustimmungspflichten zu **Nachschüssen**, deren Anordnung mangels gesellschaftsvertraglicher „Vorausermächtigung“ weiterhin eines einstimmigen Beschlusses bedarf.⁶³ Abhilfe kann möglicherweise eine diskutierte⁶⁴ **analoge Anwendung von § 1184 Abs 2 ABGB** (vgl auch § 109 Abs 4 UGB) auf **Kapitalgesellschaften** leisten, wobei eine Regelung dieser Frage aus Anlass der ReO überaus wünschenswert und praktisch immens wichtig wäre.

Erwägenswert wäre schließlich in formeller Hinsicht – wiederum ausgehend von einer Formulierung des ME –, ob man im Interesse der Raschheit und Effizienz des ReO-Verfahrens die Möglichkeit schafft, eine unberechtigt verweigerte Zustimmung durch **gerichtlichen Beschluss zu ersetzen**. Andernfalls könnte der Verstoß des einzelnen Gesellschafters wohl nur nach einem Beschlussanfechtungsprozess „sanktioniert“ werden, wenn und weil man die obstruktive Stimmabgabe wie eine treuwidrige Stimme „nur“ für anfechtbar erachtet und sie diesfalls vom Versammlungsleiter mitzuzählen wäre.⁶⁵

Freilich sollten insbesondere letztere Vorschläge noch eingehend – und unter Einbeziehung gesellschaftsrechtlicher Experten – erörtert werden. Die (zweifelloso einfachere)

⁶² Nach der Rsp des BGH kann eine solche Zustimmungspflicht sogar schon kraft Treuepflicht bestehen, BGH II ZR 205/94, NJW 1995, 1739 (*Girmes*).

⁶³ *Trenker* in *U. Torggler*, GmbHG § 72 Rz 5 mwN; vgl auch *denselben*, GesRZ 2014, 1 (16).

⁶⁴ Eingehend zB *U. Torggler* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Gesellschafterpflichten in der Krise 1 (35 ff).

⁶⁵ Vgl RIS-Justiz RS0120599. Gerade bei der Beeinträchtigung Dritter sogar für Nichtigkeit freilich *Baumgartner/Mollnhuber/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG (2012) § 41 Rz 10 mwN.

Alternative bestünde uE darin, auf eine **legislatorische Umsetzung** der Wortfolge „Annahme und Bestätigung eines Restrukturierungsplans nicht grundlos verhindern“ in Art 12 RIRL zu **verzichten** und deren „Umsetzung“ Rsp und Lehre zu überantworten. Der Rahmen, den die schon angesprochenen Generalklauseln (Treuepflicht, Rechtsmissbrauch, Sittenwidrigkeit wegen Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen) stecken, beinhaltet wohl genügend Spielraum, um den Vorgaben der RIRL gerecht zu werden.

*c) **Auflösende Bedingtheit gesellschaftsrechtlicher Maßnahmen (§ 32 Abs 3 ReO)***

Dass über den Restrukturierungsplan erst zu entscheiden ist, wenn die notwendigen Gesellschafterbeschlüsse wirksam sind, ist zwar grundsätzlich sinnvoll. Es ist jedoch fraglich, ob dies dem berechtigten Interesse der Gesellschafter ausreichend Rechnung trägt, zumal diese ihre Beschlüsse iaR auch nur unter der Bedingung der Bestätigung des Restrukturierungsplans fassen werden („**wechselseitige Bedingtheit**“). Es sollte daher ausgedrückt werden, dass eine **derartige Bedingung der Bestätigung nicht schadet**. Richtigerweise muss es sich aber wohl um eine **auflösende Bedingung** handeln, weil andernfalls die – uU von einer Firmenbucheintragung abhängige – Wirksamkeit der Beschlüsse nicht eintreten kann.

*d) **Obstruktion der Planumsetzung (Vorschlag zu einem § 32 Abs 4 ReO)***

Klarer als die bisherigen Probleme ist jene Facette von Art 12 (Abs 2) RIRL, wonach die Anteilseigner die **Umsetzung eines bestätigten Plans nicht „torpedieren“ dürfen**. Dies kann uE in der Tat ohne weiteres aus der RIRL übernommen werden, sollte aber – chronologisch systematisiert – nach der Anordnung zur Bestätigung in Abs 3 als eigener Absatz aufgenommen werden.

Regelungsvorschlag:

Es wird daher vorgeschlagen, § 32 ReO wie folgt zu fassen:

*„§ 32. (1) Umfasst der Plan Maßnahmen, die einer Zustimmung der Anteilsinhaber bedürfen, so sind die Bestimmungen des Gesellschaftsrechts zu beachten. **Die Anteilsinhaber dürfen ihre Zustimmung aber nicht grundlos [ohne hinreichenden Grund] verweigern [, etwa weil eine Maßnahme ihre wirtschaftliche Stellung nicht verschlechtert]. [Bei grundloser Verweigerung kann die Zustimmung einzelner Anteilsinhaber durch Beschluss des Gerichts ersetzt werden.]***

(2) [...]

Univ.-Prof. MMag. Dr. MARTIN TRENKER
Dr. MARTIN LUTSCHOUNIG
UNIVERSITÄT INNSBRUCK
Institut für Zivilgerichtliches Verfahren

PROJEKT-Nr. 18686: „Präventiver
Restrukturierungs-rahmen“ durch
Umsetzung der Richtlinie (EU)
2019/1023 in Österreich

*(3) Über die Bestätigung des Plans ist erst zu entscheiden, sobald die dazu gebotenen Beschlüsse der Gesellschafterversammlung wirksam sind. **Unschädlich ist die Beisetzung einer Bedingung, wonach die Wirksamkeit für den Fall auflösend bedingt ist, dass der Restrukturierungsplan nicht bestätigt wird.***

(4) Die Umsetzung eines beschlossenen Restrukturierungsplans darf von den Anteilshabern nicht grundlos verhindert oder erschwert werden.“

20. Zu § 36 ReO

Die Änderungsvorschläge für § 36 ReO sind großteils lediglich logische **Folge von bereits erläuterten Änderungsvorschlägen dieser Stellungnahme**. Insbesondere ist der vorgeschlagenen Möglichkeit Rechnung zu tragen, dass sich auf Basis der Prüfung des Restrukturierungsbeauftragten ergibt, dass die Einleitungsvoraussetzungen nicht als bescheinigt anzusehen sind (§ 36 Abs 2 Z 1 ReO idF dieses Vorschlags). Andererseits ergibt sich Änderungsbedarf, weil uE schon bei Verfahrenseinleitung ein Restrukturierungsplan anzufügen ist (Streichung von § 36 Abs 2 Z 1 ReO idF ME). Zudem ist der **nachträgliche Eintritt der Zahlungsunfähigkeit** – vorbehaltlich § 21 Abs 3 ReO – als Einstellungsgrund vorzusehen.

Überraschend mutet es im Interesse einer zügigen Verfahrensabwicklung § 36 Abs 2 Z 9 ReO an, dass das ReO-Verfahren erst einzustellen ist, wenn ein schon gefällter Beschluss der Gesellschafterversammlung nicht binnen einer Frist von sechs Monaten wirksam wird. Es wurde schon darauf hingewiesen, dass eine **Beschlussfassung der Anteilshaber im Vorhinein** auflösend bedingt vorgenommen werden kann und sollte (oben bei § 32 ReO [II.D.19.c.]). Allenfalls bedarf der Beschluss daraufhin nur noch der Anmeldung zum Firmenbuch. Dafür ist aber wohl keine derart lange Frist nötig, wie sie § 36 Abs 2 ReO vorsieht. Dem ME ist jedoch zuzugestehen, dass es anders gelagerte Einzelfälle geben mag. *Quasi* als „Kompromiss“ könnte man deshalb festlegen, dass das Verfahren einzustellen ist, **sobald absehbar ist**, dass der Beschluss – etwa, weil er rechtswidrig ist und das Firmenbuchgericht seine Eintragung verweigert – **nicht spätestens binnen sechs Monaten Wirksamkeit erlangt**.

Regelungsvorschlag:

Es wird daher vorgeschlagen, § 36 ReO wie folgt zu fassen:

„§ 36. (1) [...]“

(2) *Das Restrukturierungsverfahren ist einzustellen, wenn*

1. *das Gericht die Einleitungsvoraussetzungen (§ 6 Abs. 2) auf Basis der Prüfung des Restrukturierungsbeauftragten für nicht gegeben erachtet,*
2. *der Schuldner einem Verbesserungsauftrag nach § 25 nicht rechtzeitig nachgekommen oder die Verbesserung erfolglos geblieben ist,*
3. [...]
4. [...]
5. [...]
6. *– vorbehaltlich § 21 Abs. 3 – der Schuldner zahlungsunfähig wird oder ein Insolvenzverfahren über das Vermögen des Schuldners eröffnet wurde,*
7. *offensichtlich ist, dass der Restrukturierungsplan den Nichteintritt von Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung nicht langfristig sicherstellt,*
8. [...]
9. *sobald absehbar ist, dass ein gebotener Beschluss der Gesellschafterversammlung (§ 32) nicht spätestens binnen sechs Monaten ab Beschlussfassung wirksam wird,*
10. [...]

21. Zu § 39 ReO

Dass die Bezeichnung des Verfahrenstyps nach § 39 ReO uE als „**Öffentliches Restrukturierungsverfahren**“ der Bezeichnung als „**Europäisches Restrukturierungsverfahren**“ vorzugswürdig ist, wurde bereits ausgeführt (oben II.C.1.).

Inhaltlich wird lediglich eine Ergänzung über die **internationale Zuständigkeit** angeregt: Es sollte zumindest in den Materialien ausdrücklich klargestellt werden, dass sich diese nach **Art 3 ff EuInsVO** richtet.

Regelungsvorschlag:

Es wird daher vorgeschlagen, § 39 Abs 1 ReO samt Überschrift wie folgt zu fassen:

„Öffentliches Restrukturierungsverfahren

§ 39. (1) Das Gericht hat auf einen vor Einleitung des Restrukturierungsverfahrens zu stellenden Antrag des Schuldners, der den Mittelpunkt seiner hauptsächlichen Interessen iSd Art 3 Abs 1 EuInsVO im Inland hat, die Einleitung des Restrukturierungsverfahrens mit Edikt öffentlich bekannt zu machen (Europäisches Restrukturierungsverfahren). Das Edikt hat zu enthalten: [...]“

22. Zu § 40 ReO

Der erstmals in § 40 Abs 2 Z 1 ReO aufscheinende Begriff der „**Restrukturierungsvereinbarung**“ ist wohl als Synonym zum „**Restrukturierungsplan**“ zu verstehen. Es sollte daher auch dieser Begriff verwendet werden, um Unklarheiten zu vermeiden. Sollte der Gesetzgeber mit dem Begriff hingegen etwas anderes als den Restrukturierungsplan meinen, was nach den Materialien zumindest nicht undenkbar scheint,⁶⁶ so wäre dies klarzustellen und beide Begriffe voneinander abzugrenzen. UE ist allerdings schwer ersichtlich, welchen Mehrwert eine solche Differenzierung hätte. Umgekehrt wäre sie allemal geeignet, zu zusätzlicher Verwirrung beizutragen.

In § 40 Abs 1 ReO ist eine **sprachliche Vereinfachung** möglich, wenn man der uE zweckmäßigen Begrifflichkeit zum Ziel des Verfahrens folgen sollte (oben II.B.4.).

Regelungsvorschlag:

Es wird daher vorgeschlagen § 40 Abs 2 ReO wie folgt zu fassen:

„§ 40. [...]“

(2) Der Schuldner hat dem Antrag eine Bestätigung eines allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen für das Gebiet Unternehmensführung,

⁶⁶ Erläuterungen 20, wo von einem außergerichtlichen Abschluss einer Restrukturierungsvereinbarung zwischen dem Schuldner und den Finanzgläubigern die Rede ist.

Univ.-Prof. MMag. Dr. MARTIN TRENKER
Dr. MARTIN LUTSCHOUNIG
UNIVERSITÄT INNSBRUCK
Institut für Zivilgerichtliches Verfahren

PROJEKT-Nr. 18686: „Präventiver
Restrukturierungs-rahmen“ durch
Umsetzung der Richtlinie (EU)
2019/1023 in Österreich

*Unternehmensreorganisation, Unternehmenssanierung, Unternehmensliquidation
anzuschließen, in der darzulegen ist, dass*

1. ***vom Restrukturierungsplan nur Finanzgläubiger betroffen sind, die im Verhältnis zu ihren Forderungen berücksichtigt werden,***
2. *[...]*
3. *[...]*
4. *[...]*
5. *anzunehmen ist, dass der Restrukturierungsplan **langfristig den Nichteintritt von Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung sicherstellt. [...]**“*

III. Flankierende Bestimmungen der Insolvenzordnung

A. Anfechtungsschutz

1. Systematische Stellung der §§ 36a ff IO idF ME

Als Grund für die Umsetzung der Bestimmungen des Kap 4 Titel 2 RIRL im Rahmen der IO (statt der geplanten ReO) nennen die Materialien ihren inhaltlichen Zusammenhang mit dem Recht der Insolvenzanfechtung (Erläuterungen 20). Die vorgeschlagenen §§ 36a und 36b IO sehen **Anfechtungsprivilegien** für neue Finanzierungen, Zwischenfinanzierungen und „sonstige Transaktionen“ aber nur insoweit vor, als sie eine Anfechtung solcher Rechtsgeschäfte **wegen Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit iSd § 31 Abs 1 Z 3 IO** ausschließen. Schon deshalb ist es aus **systematischer Sicht** nicht nachvollziehbar, dass beide Regelungen, deren inhaltlicher Bezug zu § 31 (Abs 1 Z 3) IO überdies durch den Verweis in § 36a Abs 1 IO idF ME eindeutig ist, nicht im Anschluss an § 31 IO (als §§ 31a und 31b IO) eingefügt werden sollen, sondern im Bereich der Regelung zur „Anfechtung von Unterlassungen“ nach **§ 36 IO**. Ein inhaltliches Naheverhältnis zu letzterer Norm besteht jedenfalls nicht.

Vergleichbare Bedenken bestehen gegen die vorgeschlagene Verortung von § 36c IO idF ME, der die **Verlängerung der Anfechtungsfristen** zum Gegenstand hat. Wiederum ist kein (inhaltlicher oder systematischer) Zusammenhang zu § 36 IO erkennbar; eine entsprechende (allgemeine) Fristenregelung enthält vielmehr **§ 43 Abs 2 IO**. Die Einfügung der geplanten Fristerstreckung an dieser Stelle – in Form eines *§ 43a IO* – erscheint daher eindeutig vorzugswürdig.

2. Rechtspolitische Würdigung der Reichweite des Anfechtungsschutzes

Die „Rettung“ von Unternehmen in finanziellen Schwierigkeiten im Rahmen eines Restrukturierungsverfahrens benötigt häufig **Finanzierungen** (Erläuterungen 20).⁶⁷ Um neue Finanzierungen, Zwischenfinanzierungen und sonstige Transaktionen im Zusammenhang mit der Restrukturierung zu „erleichtern“ – gemeint ist wohl die Attraktivierung solcher Hilfen⁶⁸ – soll **die Anfechtung** durch Einfügung der **§§ 36a f IO** in der geplanten Form bei späterer Eröffnung eines Insolvenzverfahrens **zurückgedrängt werden** (Erläuterungen 20).

⁶⁷ So schon *Mohr*, Unternehmensreorganisationsgesetz (1997) § 20 Rz 1.

⁶⁸ Vgl. *Koziol*, Bemerkungen zu den anfechtungsrechtlichen Bestimmungen des Entwurfs eines Unternehmensreorganisationsgesetzes, ZIK 1997, 6; *Schumacher*, Das Unternehmensreorganisationsgesetz, ÖBA 1997, 855 (867).

Unmittelbarer Handlungsbedarf für den Gesetzgeber bestand durch die Richtlinie freilich nicht. Aus Art 17 f RIRL ergibt sich für das österreichische Insolvenzanfechtungsrecht **kein Umsetzungsbedarf** (missverständlich Erläuterungen 20), weil nach keinem Insolvenzanfechtungstatbestand, auch nicht nach § 31 Abs 1 Z 3 IO, eine Rechtshandlung nach Eintritt materieller Insolvenz schon *allein* „deshalb“ anfechtbar ist, weil sie die Gläubiger (objektiv) benachteiligt (arg Art 17 Abs 1 lit a RIRL). Vielmehr bedarf es, wie im Fall des § 31 Abs 1 Z 3 IO, zusätzlich der Kenntnis oder fahrlässigen Unkenntnis des „anderen Teils“ über das Vorliegen eines Insolvenzgrunds. Damit entspricht selbst § 31 Abs 1 Z 3 IO idgF – bei wortlautgetreuem Verständnis – aber bereits den Vorgaben der Richtlinie.

Die gesetzgeberische Absicht ist dennoch sinnvoll, weil die (möglichst frühzeitige) Restrukturierung des schuldnerischen Unternehmens im Interesse aller Gläubiger sein muss.⁶⁹ Zwar reicht der geplante Anfechtungsschutz nach §§ 36a und 36b IO nicht mehr so weit wie jener des § 20 URG,⁷⁰ der eine Modifikation der subjektiven Tatseite aller denkbaren Anfechtungstatbestände samt privilegierter Beweislastregel vorsieht.⁷¹ Dafür soll eine **Anfechtung** neuer Finanzierungen, Zwischenfinanzierungen und sonstiger Transaktionen **nach dem Tatbestand des § 31 Abs 1 Z 3 IO bei Überschuldung** überhaupt **ausgeschlossen** sein. Sachgerecht ist jedenfalls die Zielsetzung, dass der Sanierer (Finanzierer) für eine im Rahmen des Restrukturierungsverfahrens unter gerichtlicher Kontrolle stattfindende Sanierungsbemühung trotz zweifelhafter Vermögenslage des Schuldners nicht das (doppelte) Risiko tragen soll, welches eine Anfechtung als mittelbar nachteiliges Rechtsgeschäft mit sich bringen kann. Ebenso begrüßenswert erscheint es, dass der Gesetzgeber – anders als bei unlängst durchgepeitschten Anfechtungsprivilegien für Abgabengläubiger (§ 733 Abs 11 ASVG; § 323e Abs 2 Z 5 BAO)⁷² – von überschießenden Eingriffen in das Anfechtungsrecht Abstand genommen hat. Dennoch besteht noch inhaltlicher Anpassungsbedarf. Die folgenden Vorschläge versuchen einerseits, dem geplanten Anfechtungsschutz schärfere Konturen zu verliehen und Wertungswidersprüche aufzulösen, andererseits sollen einzelne Vorgaben auf ihre Effektivität geprüft werden.

⁶⁹ Ebenso zum URG: *Schumacher*, ÖBA 1997, 855 (866).

⁷⁰ Siehe dazu *Koziol*, ZIK 1997, 6; *Widhalm*, Die Anfechtungsbeschränkungen nach § 20 URG, ZIK 1997, 127; *Schumacher*, ÖBA 1997, 855; *König*, Anfechtungsschutz durch Reorganisationsverfahren (§§ 18, 20 URG), RdW 1998, 1.

⁷¹ *König*, RdW 1998, 1 (3 f); *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 13.43 ff.

⁷² Dazu krit *Trenker* in *Resch*, Corona-HB^{1.04} Kap 14 Rz 4/1, 28/1 f (Stand 29.1.2021, rdb.at).

B. Zu § 36a IO idF ME

1. „Beschreibung“ neuer Finanzierungen / (missglückte) Definition der Zwischenfinanzierung (§ 36a Abs 4 IO idF ME)

a) *Neue Finanzierung (§ 36a Abs 3 IO idF ME)*

Der Entwurf sieht in § 36a IO vor, Anfechtungsschutz nur für neue Finanzierungen zu gewähren, die **in einem** bestätigten **Restrukturierungsplan enthalten** sind und übernimmt zugleich die Definition der RIRL (Art 2 Abs 1 Z 7) in Abs 3. Ähnlich verlangt § 20 Abs 1 URG für (anfechtungsfeste) Reorganisationsmaßnahmen, dass diese im Reorganisationsplan zu „beschreiben“ sind. In der Lehre wurde diese Vorgabe restriktiv interpretiert und eine detaillierte und umfassende Darstellung solcher „Sanierungsmaßnahmen“ als Voraussetzung für die Gewährung von Anfechtungsbegünstigungen gefordert.⁷³ ISd Rechtssicherheit wäre zumindest in den Materialien zu § 36a IO idF ME die **Klarstellung hinsichtlich des Detailgrades** wünschenswert, insbesondere weil sich eine vergleichbare Obliegenheit aus der Wendung „enthalten sind“ nicht ohne Weiteres ableiten lässt.

b) *Zwischenfinanzierung (§ 36a Abs 4 IO idF ME)*

Der Begriff der Zwischenfinanzierung wird in Art 2 Abs 1 Z 8 RIRL definiert, und zwar wenig glücklich. Bedauerlicherweise wird diese **Definition** nahezu wortgleich in § 36a Abs 4 IO idF ME übernommen, was zwar im Grundsatz sinnvoll erscheint, dem Leser aufgrund der **komplizierten, möglicherweise redundanten Sprachfassung** aber kaum Klarheit bringt. Zudem ist eine Orientierung an der RIRL schon deshalb nicht erforderlich, weil – wie gezeigt (oben III.A.2.) – kein Umsetzungsbedarf besteht. Art 2 Abs 1 Z 8 RIRL drückt uE lediglich aus, dass – als **Mindestvorgabe** – (mindestens) eine (angemessene und unverzüglich notwendige) neue **finanzielle Unterstützung während aufrechter Exekutionssperre** als Zwischenfinanzierung gelten muss; die Definition verlangt aber wohl nicht, dass *zumindest* eine Zahlung während der Exekutionssperre erfolgen muss. Nachdem davon auszugehen ist, dass es im Restrukturierungsverfahren regelmäßig zu einer Exekutionssperre kommen wird (oben II.A.4.a.) und der ME in § 36a Abs 2 IO ohnehin von dem in der Richtlinie vorgesehenen Wahlrecht Gebrauch macht, eine *Ex-ante*-Prüfung der Finanzierung in Form gerichtlicher Genehmigung vorzusehen (dazu sogleich III.B.2.), könnte der Wortlaut der Definition uE ohne weiteres „entschlackt“ werden (siehe dazu den untenstehenden Vorschlag III.F.). Als maßgebliche **Kriterien der Zwischenfinanzierung** würden so die finanzielle Unterstützung

⁷³ Widhalm, ZIK 1997, 129; zust Schumacher, ÖBA 1997, 855 (868).

während eines *anhängigen* Restrukturierungsverfahrens und ihre gerichtliche Genehmigung verbleiben, was uE völlig ausreicht.

2. Anfechtungsschutz trotz (übergangener) Zahlungsunfähigkeit

§ 36a Abs 1 IO idF ME beschränkt den Anfechtungsschutz für neue Finanzierungen, Zwischenfinanzierungen und Transaktionen zum einen auf den Tatbestand des § 31 Abs 1 Z 3 IO und zum anderen auf den Insolvenzgrund der **Überschuldung**. Gemeint ist damit ein Anfechtungsschutz, wenn der andere Teil „nur“ Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis von einer Überschuldung, nicht aber von einer Zahlungsunfähigkeit des Schuldners hat. Zwar bezieht sich § 31 Abs 1 IO nur auf die Zahlungsunfähigkeit, es entspricht jedoch völlig herrschender Ansicht, dass die Überschuldung gem § 67 Abs 2 IO auch für diesen Tatbestand der Zahlungsunfähigkeit gleichzusetzen ist.⁷⁴

Die Anfechtbarkeit von Rechtshandlungen nach Eintritt der Überschuldung im Kontext eines gerichtlichen Restrukturierungsverfahrens zu beschränken, ist schon deshalb sachgerecht, weil der Eintritt der Überschuldung für Außenstehende **kaum erkennbar**⁷⁵ und unweigerlich mit **Rechtsunsicherheit** behaftet ist.⁷⁶ UE sollte der Schutz jedoch auch auf Rechtsgeschäfte ausgedehnt werden, die trotz erkennbarer **Zahlungsunfähigkeit** abgeschlossen werden (siehe dazu den Vorschlag III.F.).

Offenbar soll der Ausschluss des Anfechtungsschutzes für zahlungsunfähige Schuldner Art 17 Abs 3 RIRL Rechnung tragen, wonach kein Schutz für Zwischenfinanzierungen erforderlich ist, die nach dem Zeitpunkt gewährt wurden, in dem der Schuldner „zur Begleichung seiner fällig werdenden Schulden“ nicht mehr in der Lage war. Dennoch überzeugt diese Differenzierung zwischen zahlungsunfähigen und überschuldeten Schuldnern im österreichischen Recht, auch vor dem Hintergrund der geplanten ReO, nicht. Abgesehen davon, dass die aktuellen Regelungen für Finanzierungen an **natürliche Personen** (und gesetzestypische Personengesellschaften) gar keinen Anfechtungsschutz bieten, weil Überschuldung bei diesen Rechtsträgern kein Insolvenzgrund ist, ist die Einschränkung auf Überschuldung aus systematisch-teleologischer Sicht nicht erforderlich: Zum einen ist nämlich zu bedenken, dass die Gewährung von Anfechtungsschutz ohnehin von einer **gerichtlichen (Vor-)Prüfung** hinsichtlich der Finanzierung abhängig sein soll, nämlich der

⁷⁴ Dellinger in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 67 KO Rz 126 (Stand 1.9.1999, rdb.at); König/Trenker, Anfechtung⁶ Rz 11.5 mwN.

⁷⁵ Dellinger in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 67 KO Rz 126.

⁷⁶ Schumacher in Koller/Lovrek/Spitzer, IO § 67 Rz 1.

Univ.-Prof. MMag. Dr. MARTIN TRENKER
Dr. MARTIN LUTSCHOUNIG
UNIVERSITÄT INNSBRUCK
Institut für Zivilgerichtliches Verfahren

PROJEKT-Nr. 18686: „Präventiver
Restrukturierungs-rahmen“ durch
Umsetzung der Richtlinie (EU)
2019/1023 in Österreich

Restrukturierungsplanbestätigung bzw gerichtlichen Genehmigung (dazu noch unten III.D.). Zum anderen soll eine Inanspruchnahme des ReO-Verfahrens für **zahlungsunfähige Schuldner** ja ohnehin **ausgeschlossen sein** und wird diese Vorgabe jedenfalls im Rahmen der Verhängung einer Exekutionssperre (§ 18 Abs 3 ReO idF ME) – uE sogar bei der Verfahrenseinleitung – überprüft, wenn auch nicht im Wege eines echten Beweisverfahrens. Strengere Prüfpflichten hinsichtlich der Zahlungsunfähigkeit für einen Finanzier des Schuldners zu verlangen, erscheint nicht wirklich fair.

Dieses Ergebnis bestätigt eine Normzweckanalyse: Das *telos* von § 31 Abs 1 Z 3 IO besteht primär darin, eine möglichst frühzeitige Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu gewährleisten.⁷⁷ Der Zweck verfängt jedoch nicht mehr, wenn sich der Schuldner ohnehin bereits – zulässigerweise – in einem gerichtlichen (Restrukturierungs-)Verfahren befindet, das zumindest gewisse Vorsorge vor der Einbeziehung zahlungsunfähiger Schuldner trifft. Wird nun eine **Finanzierung** entweder als Teil eines **gerichtlich bestätigten Restrukturierungsplans** oder **separat gerichtlich genehmigt**, kann es **nicht angehen**, dass sich der **Finanzier nicht darauf verlassen darf**, vor der in ihrem Ausmaß besonders gefürchteten Anfechtung wegen mittelbarer Nachteiligkeit des Rechtsgeschäfts geschützt zu sein.

Kurzum: Eine **einseitige Risikobelastung des Finanziers** im Nachhinein ist vor allem deshalb **unbillig**, weil das ReO-Verfahren im Vorfeld einer privilegierten Finanzierung sogar eine **Prüfung der Zahlungsunfähigkeit kennt** und der Anfechtungsschutz ohnehin nur für neue Finanzierungen, die in einem **bestätigten Restrukturierungsplan enthalten sind**, oder für Zwischenfinanzierungen gilt, die **gerichtlich genehmigt wurden**. Hierauf sollte sich ein Finanzierer wohl zumindest insoweit verlassen dürfen, als ihm nicht neben dem eigentlichen Insolvenzrisiko noch das Risiko einer Haftung im Ausmaß der mittelbaren Nachteiligkeit seines Rechtsgeschäfts aufgebürdet werden darf. Freilich ist abschließend zu bemerken, dass nach einer gerichtlichen Vorprüfung die **Erkennbarkeit der mittelbaren Nachteiligkeit** eines Rechtsgeschäfts ohnehin schwer vorstellbar erscheint, sodass sich die Risiken eines Finanziers auch ohne eine Ausnahme bei Zahlungsunfähigkeit in Grenzen halten sollten.

⁷⁷ König/Trenker, Anfechtung⁶ Rz 11.2.

3. Beschränkung des Anfechtungsschutzes auf „andere Personen“ iSd § 31 Abs 1 Z 3 IO

§ 36a Abs 1 IO idF ME schließt eine **Anfechtung neuer Finanzierungen, von Zwischenfinanzierungen und sonstigen Transaktionen** nur für den Tatbestand des **§ 31 Abs 1 Z 3 IO** aus. Verhindert wird dadurch die Anfechtung von mittelbar nachteiligen Rechtsgeschäften mit *anderen Personen* bei Kenntnis oder zumindest schuldhafter Unkenntnis des anderen Teils von der Überschuldung (vgl § 67 Abs 2 IO).

Bemerkenswerterweise nicht erwähnt wird **§ 31 Abs 1 Z 1 Fall 2 Unterfall 2 IO**, der die entsprechende Regel für den Fall enthält, dass der Anfechtungsgegner ein **naher Angehöriger** des Insolvenzschuldners ist. Nach dem ME ist die finanzielle Unterstützung durch nahe Angehörige somit **nicht „anfechtungsfest“**. *Prima vista* mag dahinter eine bewusste Wertungsentscheidung des Gesetzgebers vermutet werden; schließlich besteht im Anfechtungsrecht gegenüber nahen Angehörigen des späteren Insolvenzschuldners grundsätzliches Misstrauen. Auch ErwG 67 RIRL adressiert mögliche „Interessenkonflikte“ bei „Transaktionen zwischen nahestehenden Parteien oder zwischen Anteilshabern und dem Unternehmen“, überlässt diese Frage freilich nationalen Regelungen. Mit Blick auf den Zweck des Anfechtungsschutzes und die sonstige Systematik des ME vermag eine **Ausnahme für nahe Angehörige uE jedoch nicht zu überzeugen**.

Zunächst ist schlicht nicht einsichtig, inwieweit die – durch die gerichtliche Beteiligung massiv entschärfte – „Verdächtigkeit“ naher Angehörigkeit deren Schlechterstellung beim Anfechtungsschutz teleologisch rechtfertigen kann. Vor allem aber gilt es, folgende systematische Überlegung zu berücksichtigen. Der Anwendungsbereich der ReO ist nicht auf natürliche Personen beschränkt, sondern erfasst – wohl sogar primär – Gesellschaften. Deren „*Insider-Regelungen*“ sind aber relativ umfassend: Wenn über das Vermögen einer juristischen Person, einer Personengesellschaft oder eines sonstigen parteifähigen Gebildes ein Insolvenzverfahren eröffnet worden ist, gelten nach **§ 32 Abs 2 IO** die Mitglieder des Leitungs- und Aufsichtsorgans (Z 1), die unbeschränkt haftenden Gesellschafter (Z 2) und – derzeit noch (siehe aber Art 2 Z 2 RIRL-UG idF ME) – die Gesellschafter iSd § 5 EKEG sowie deren nahe Angehörige iSd § 31 Abs 1 IO⁷⁸ als **nahe Angehörige der juristischen Person**, der Personengesellschaft bzw des sonstigen parteifähigen Gebildes. Mit der gem Art 2 Z 2 RIRL-UG idF ME bevorstehenden Streichung der Wendung „§ 5“ in § 31 Abs 2 Z 3 IO erkennt der

⁷⁸ König/Trenker, Anfechtung⁶ Rz 4.59.

Univ.-Prof. MMag. Dr. MARTIN TRENKER
 Dr. MARTIN LUTSCHOUNIG
 UNIVERSITÄT INNSBRUCK
 Institut für Zivilgerichtliches Verfahren

PROJEKT-Nr. 18686: „Präventiver
 Restrukturierungs-rahmen“ durch
 Umsetzung der Richtlinie (EU)
 2019/1023 in Österreich

Gesetzgeber – erfreulicherweise – die von Teilen der Lehre⁷⁹ befürwortete **Notwendigkeit einer ausdehnenden Interpretation.**

In Anbetracht dieses äußerst weiten Kreises an nahen Angehörigen ist ein Ausschluss der genannten Personengruppen vom vorgeschlagenen Anfechtungsschutz des § 36a Abs 1 IO aber *per se* fragwürdig. Noch schwerer wiegt, dass durch unmittelbare Anknüpfung ans EKEG gerade die **Rettung** von notleidenden Gesellschaften **mittels Gesellschafterkrediten** erschwert und nicht privilegiert wird. Das ist wiederum systematisch widersprüchlich: Im Gegensatz zur geltenden Rechtslage (§ 57a Abs 1 IO) sollen (Gesellschafter-)Forderungen aufgrund von neuen Finanzierungen, Zwischenfinanzierungen und sonstigen Transaktionen „im Zusammenhang mit der Restrukturierung“ nach § 57a Abs 3 IO idF ME nur noch dann nach den Insolvenzforderungen zu befriedigen sein, wenn die **Nachrangigkeit** vereinbart wurde. Der ME privilegiert damit an anderer Stelle ganz bewusst Gesellschafterkredite in der Krise, um dadurch die Restrukturierung der Gesellschaft zu unterstützen. Der Grund für eine derart sanierungsfreundliche Gesetzesänderung kann aber nur in dem Versuch liegen, Gesellschafterdarlehen als (unterstützende) Restrukturierungsmaßnahme zu attraktiveren.⁸⁰

Wenn nun der Anfechtungsschutz durch § 36a Abs 1 IO idF ME auf „andere Personen“ beschränkt und damit bei juristischen Personen gerade sämtliche vom EKEG erfassten Gesellschafter dem vollen Anfechtungsrisiko unterworfen werden, ist dies als inkonsequent abzulehnen. **§ 31 Abs 1 Z 1 Fall 2 Unterfall 2 IO** sollte daher in den Anfechtungsschutz miteinbezogen werden (siehe dazu den untenstehenden Vorschlag III.F.).

C. Zu § 36b IO idF ME

Ein näherer Blick auf die Fälle des § 36b Abs 1 und 2 IO idF ME offenbart, dass es sich bei „Transaktionen“ in Wahrheit um den **Schutz von Zahlungen des Schuldners** handeln soll. Insofern ist es erstaunlich, dass die zentrale Rechtsfolgenanordnung in § 36a Abs 1 IO idF ME darin besteht, dass solche Zahlungen nicht „nach § 31 Abs. 1 Z 3“, also als nachteilige Rechtshäfte anfechtbar sind. Ob bloße Zahlungen überhaupt als Rechtsgeschäfte angefochten werden können, ist seit langem umstritten,⁸¹ jedenfalls aber ohne große praktische Bedeutung,

⁷⁹ König/Trenker, Anfechtung⁶ Rz 4.59/1; Rebernik in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 32 KO Rz 27 (Stand 1.11.2006, rdb.at); Riel, Das Insolvenzverfahren über das Vermögen der ALPINE Bau GmbH – Ein Zwischenbericht, in Konecny, Insolvenz-Forum 2013 (2014) 85 (95); aA hingegen Schopper in Haberer/Krejci, Konzernrecht (2016) Rz 16.99.

⁸⁰ Vgl schon Mohr, URG § 21 Anm 3.

⁸¹ König/Trenker, Anfechtung⁶ Rz 11.54 ff mwN.

weil der Mehrwert gegenüber einer Deckungsanfechtung nach § 31 Abs 1 Z 1 und 2 jeweils 1. Fall IO regelmäßig gering ist. Für die für die Anfechtung von Zahlungen weit wichtigeren **Deckungstatbestände § 31 Abs 1 Z 1 und 2 IO** soll die geplante **Anfechtungsprivilegierung** aber **gerade nicht gelten**. Als sehr begrenzter Anwendungsbereich der Neuerung verbliebe lediglich der Schutz davor, dass das diesen Zahlungen zugrundeliegende Rechtsgeschäft als mittelbar nachteiliges Zug-um-Zug-Geschäft nach § 31 Abs 1 Z 3 IO angefochten wird – eine Gefahr, die bei den erfassten „Transaktionen“ aber von vornherein äußerst begrenzt erscheint.

Solange sich der Gesetzgeber nicht dazu durchringt, die genannten Zahlungen mit **umfassendem Schutz vor einer Deckungsanfechtung**, zumindest nach § 31 IO, auszustatten – was uE nicht leichtfertig befürwortet werden sollte und weshalb auch von einem entsprechenden Formulierungsvorschlag abgesehen wird –, ist von dieser enorm komplizierten Regelung ohne wirklichen Effekt rechtspolitisch abzuraten. Es sei insofern nochmals darauf hingewiesen, dass kein unmittelbarer unionsrechtlicher Handlungsbedarf besteht (siehe oben III.A.2.).

D. **Fehlen eines „Genehmigungsverfahrens“ für Zwischenfinanzierungen**

Ausschlaggebend für die Gewährung von Anfechtungsprivilegien ist nach dem ME die **gerichtliche Bestätigung** des Restrukturierungsplans oder die **gerichtliche Genehmigung** der Finanzierung (§ 36a Abs 2, § 36b Abs 3 IO idF ME). Die Einführung solcher Ex-ante-Kontrollmechanismen ist nach der Richtlinie zweifellos zulässig (ErwG 68) und erscheint auch in der Sache vertretbar. Schwer vertretbar ist jedoch, dass das Verfahren zur gerichtlichen Genehmigung einer Zwischenfinanzierung (§ 36a Abs 2 IO) bzw einer Transaktion (§ 36b Abs 3 IO) im bisherigen ME völlig unregelt bleibt. Die ReO erwähnt nur an einer Stelle implizit die Existenz eines solchen Verfahrens, indem bezüglich der Prüfung von Zwischenfinanzierungen die Bestellung eines Restrukturierungsbeauftragten zugelassen wird (§ 9 Abs 3 Z 1 ReO); die gerichtliche Genehmigung von Transaktionen wird indes nicht einmal angesprochen.

Will man an diesem Vorhaben festhalten, sollte es möglich sein, dass die als notwendig erachteten Zwischenfinanzierungen und Transaktionen dem Gericht zur Genehmigung vorgelegt werden, dh bereits bei Verfahrenseröffnung im Restrukturierungsplan.⁸² Aus

⁸² IdS zum URG: *Reckenzaun/Hadl*, Erste (positive) Erfahrungen mit dem Unternehmensreorganisationsverfahren, ZIK 2001, 90 (91).

systematischen Gründen sollte eine solche Regelung daher im Zusammenhang mit der Verfahrenseinleitung getroffen werden, weshalb an dieser Stelle auf den Vorschlag zu § 7 ReO verwiesen wird (siehe oben II.D.7.).

E. Zu § 36c IO idF ME

§ 36c IO idF ME regelt den Einfluss des Restrukturierungsverfahrens auf die „kritischen“ Fristen des Insolvenzanfechtungsrechts. Lässt man den Verlängerungszeitraum zunächst außer Acht, entspricht § 36c IO idF ME nahezu wortgleich der Regelung des § 18 URG.⁸³ Wenngleich der Normgehalt – wiederum ausweislich der Materialien – nicht so weit reichen soll wie jener von § 18 URG,⁸⁴ liegt es nahe, die Materialien zu § 18 URG in gewisser Weise als Interpretationshilfe heranzuziehen: Danach soll zunächst Voraussetzung der Verlängerung sein, dass das Reorganisationsverfahren während der Anfechtungsfrist eingestellt wurde. Eine Fristverlängerung um die gesamte Dauer des Reorganisationsverfahrens soll sich außerdem nur für diejenigen Anfechtungssachverhalte ergeben, die vor Einleitung des Reorganisationsverfahrens gesetzt wurden. Andernfalls kommt nur eine Verlängerung um die restliche Dauer des Verfahrens (gemeint: ab Vornahme der anfechtbaren Handlung) in Frage.⁸⁵ Mit „Anfechtungsfristen“ sind offensichtlich wohl die in §§ 28, 29, 30 Abs 2, § 31 Abs 2 IO und § 188 Abs 1 UGB genannten Fristen gemeint, also jene Fristen, die vom Tag der Insolvenzeröffnung zurückzurechnen sind.⁸⁶ Zumindest letzteres sollte in den **Materialien zum RIRL-UG** deutlich ausgedrückt werden. Darüber hinaus wäre – wegen eines Meinungsstreits zum URG⁸⁷ – eine Klarstellung wünschenswert, wonach es bei der Rückrechnung allein darauf ankommt, ob die Verfahrenseinstellung – und nicht die anfechtbare Handlung – in der kritischen Frist liegt.

Das eigentliche Problem der neuerlichen Regelung ist jedoch, dass **nicht die Dauer des Restrukturierungsverfahrens**, sondern der Zeitraum, in dem während eines Restrukturierungsverfahrens **Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung** vorlagen, als **Verlängerungszeitraum** festgelegt wird. Diese Regelung ist völlig unpraktikabel, weil die nachträgliche Ermittlung dieses Zeitraums ohne Sachverständigengutachten selten möglich sein wird, was einen Anfechtungsprozess mit unvermeidbaren Unwägbarkeiten belasten würde.

⁸³ Siehe auch Erläuterungen 22 („in Anlehnung an § 18 [...]“).

⁸⁴ Erläuterungen 22.

⁸⁵ Vgl ErläutRV 734 BlgNR 20. GP 83.

⁸⁶ *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 13.36.

⁸⁷ Dazu *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 13.36. Vgl hingegen noch *Schumacher*, ÖBA 1997, 855 (871).

Ohnehin meist risikoträchtige Anfechtungsprozesse würden durch die vorgeschlagene Regel um eine weitere Unbekannte angereichert.

Das zeigt, dass die avisierte Fristverlängerung – wie dies generell bei Verjährungsvorschriften oÄ der Fall ist – einer rechtssicheren und typisierenden Betrachtungsweise bedarf, mag dies auch im Einzelfall auf Kosten der Einzelfallgerechtigkeit gehen. Diese **typisierende Betrachtung** hat von der naheliegenden Annahme auszugehen, dass ein **Restrukturierungsverfahren eine Insolvenzeröffnung in der ganz überwiegenden Zahl der Fälle um dessen Dauer verzögern wird**. Beim ReO-Verfahren gilt das sogar umso mehr als beim URG-Verfahren, weil ersteres nach dem ME auch überschuldeten Rechtsträgern offenstehen soll. Die Regelung des § 36c IO idF ME sollte daher richtigerweise ohne die Einschränkung auf den Zeitraum von Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung erlassen werden (siehe nachstehenden Vorschlag III.F.). Der aus den Materialien ersichtlichen Intention, keine gleich strenge Verlängerung wie in § 18 URG anzuordnen, könnte durch einen **Kompromiss** Rechnung getragen werden, wonach es auf die **Dauer der Geltung einer Vollstreckungssperre** ankommt. Das wäre auch insofern schlüssig, als die Vollstreckungssperre ein direktes Hindernis für eine Insolvenzeröffnung (wegen Überschuldung) begründet, ihre Dauer aber anders als der Zeitraum einer eingetretenen Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit *ex post* problemlos feststellbar ist.

Schließlich wäre wegen des funktionalen Zusammenhangs zwischen Anfechtung und **Rückschlagsperre gem § 12 Abs 1 IO** auch eine entsprechende Verlängerung der 60-Tages-Frist sach- und systemkonform.

F. **Regelungsvorschlag**

Aus Gründen der Übersicht empfiehlt es sich, erst an dieser Stelle einen **zusammengefassten Regelungsvorschlag zum Anfechtungsschutz** im Restrukturierungsverfahren zu erstatten:

Es wird daher vorgeschlagen, Art 2 Z 3 und Z 4 RIRL-UG idF ME wie folgt zu fassen:

1. „3. Nach § 31 wird folgende **Bestimmung samt Überschrift** eingefügt:

„Schutz für neue Finanzierungen und Zwischenfinanzierungen im Zusammenhang mit der Restrukturierung

§ 31a. (1) Neue Finanzierungen und Zwischenfinanzierungen sind nicht nach § 31 Abs. 1 Z 1 Fall 2 Unterfall 2 und Z 3 IO anfechtbar.

(2) [...]

(3) [...]

(4) *Eine Zwischenfinanzierung ist eine neue finanzielle Unterstützung, die von einem bestehenden oder einem neuen Gläubiger während eines anhängigen Restrukturierungsverfahrens bereitgestellt und vom Gericht nach Abs. 2 genehmigt wurde. Die finanzielle Unterstützung muss angemessen und unverzüglich notwendig ist, damit das Unternehmen des Schuldners seinen Betrieb fortsetzen kann oder der Wert dieses Unternehmens erhalten oder gesteigert wird.*“

2. „4. Nach § 43 wird folgende Bestimmung samt Überschrift eingefügt:

,Verlängerung der Anfechtungsfristen

§ 43a. *Die für die Anfechtung vom Tag der Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu berechnenden Fristen sowie die Frist des § 12 Abs. 1 werden um die Dauer der Vollstreckungssperre eines Restrukturierungsverfahrens verlängert, wenn dieses Verfahren während der Anfechtungsfrist eingestellt worden ist.*“

G. Zu § 57a Abs 3 IO idF ME

1. Formulierung und kein Schutz für Transaktionen

Nach § 57a Abs 3 IO idF ME sollen „Forderungen aufgrund von Finanzierungen, Zwischenfinanzierungen und sonstigen Transaktionen im Zusammenhang mit der Restrukturierung nach §§ 36a und 36b“ nicht nachrangig gem § 57a IO sein, es sei denn, dass dies vertraglich vereinbart wird. Der Wortlaut dieser Norm ist insofern ungenau, als Finanzierungen, Zwischenfinanzierungen und sonstige Transaktionen nicht iZm der Restrukturierung nach §§ 36a und 36b IO, sondern iZm der Restrukturierung nach der geplanten ReO stattfinden. Hier wäre ein einfacher Verweis auf die §§ 36a, 36b IO – sollte man den soeben geäußerten Vorschlägen zur Verortung des Anfechtungsschutzes folgen: auf § 31a IO idF dieses Vorschlags – ausreichend und inhaltlich richtig, weil diese ihrerseits wiederum auf das Restrukturierungsverfahren verweisen.

Transaktionen iSd § 36b IO idF ME sind freilich von vornherein **nicht vom EKEG** bzw einer daraus resultierenden **Nachrangigkeit bedroht**. Ebenso wie bei der Anfechtung (oben zu § 36b IO idF ME [III.C.]) ist deren Erwähnung daher entbehrlich.

2. Generelle Ausnahme vom EKEG

Die Ausnahme in § 57a Abs 3 IO idF ME wird damit begründet, dass ein **inhaltlicher Zusammenhang** zwischen den „geschützten Anfechtungshandlungen“ und dem **EKEG** bestehe (Erläuterungen 22). Das ist deshalb richtig, weil neue Finanzierungen und Zwischenfinanzierungen (nicht hingegen: Transaktionen) unter den Voraussetzungen des EKEG **eigenkapitalersetzenden Charakter** haben können. Der Anwendungsbereich des EKEG kann nämlich grundsätzlich auch im Restrukturierungsverfahren eröffnet sein (vgl schon oben zu § 36a IO idF ME [III.B.3.]).⁸⁸ In diesem Kontext findet sich auch ein Verweis auf § 21 **URG** (Erläuterungen 22). Dieser bestimmt, dass Reorganisationsmaßnahmen iSd § 20 URG nicht den Bestimmungen des Eigenkapitalersatzrechts unterliegen.

Dagegen ordnet § 57a Abs 3 IO idF ME „nur“ an, dass die „geschützten Anfechtungshandlungen“ nicht nachrangig iSd § 57a IO sein sollen. Entgegen erstem Anschein macht es jedoch einen nicht unerheblichen **Unterschied**, ob „nur“ **eine Ausnahme von der Nachrangigkeit** oder vom **gesamten Eigenkapitalersatzrecht** – eben wie in § 21 URG – normiert wird: Zwar wäre die Forderung aus der eigenkapitalersetzenden Finanzierung nach dem ME bei Scheitern der Restrukturierung und dem nachfolgenden Insolvenzfall nicht nachrangig. Jedoch stünde der Begleichung der Forderung vor der nachhaltigen Sanierung der Gesellschaft die Rückzahlungssperre des § 14 EKEG entgegen. Eine nachhaltige Sanierung iSd § 14 EKEG (dh, dass weder Zahlungsunfähigkeit noch Überschuldung oder Reorganisationsbedarf besteht⁸⁹) muss bei Bestätigung des Restrukturierungsplans aber wohl nicht unbedingt vorliegen, sodass der Finanzierer eine Forderung aus der Finanzierung nicht bei vereinbarter, früherer Fälligkeit geltend machen könnte. Die daraus möglicherweise resultierende „Schutzlücke“ könnte dem intendierten Zweck entgegenlaufen, insbesondere Gesellschafterfinanzierungen zu fördern (dazu schon oben zu §36a IO idF ME [III.B.3.]). Auch im Übrigen wäre eine Ausnahme vom EKEG, etwa von § 15 EKEG, wohl folgerichtig. Mit dem notwendigen Gläubigerschutz erscheint dies durchaus vereinbar, weil dieser ohnehin bereits durch das geordnete und objektive Verfahren, insbesondere die richterliche Kontrolle

⁸⁸ Zu § 21 URG vgl *Dellinger*, Kritik am Eigenkapitalersatzrecht, Drittkredit und Gesellschaftersicherheit, ÖBA 1998, 601 (603).

⁸⁹ Vgl bloß *Schopper/Vogt* in *Koller/Lovrek/Spitzer*, IO § 14 EKEG Rz 1.

Univ.-Prof. MMag. Dr. MARTIN TRENKER
Dr. MARTIN LUTSCHOUNIG
UNIVERSITÄT INNSBRUCK
Institut für Zivilgerichtliches Verfahren

PROJEKT-Nr. 18686: „Präventiver
Restrukturierungs-rahmen“ durch
Umsetzung der Richtlinie (EU)
2019/1023 in Österreich

(ex-ante-Genehmigung oder Restrukturierungsplanbestätigung), gewährleistet ist (dazu bereits oben § 36a IO idF ME [III.B.2.]).⁹⁰

Es ist damit eine **generelle Ausnahme vom EKEG**, nach dem Vorbild des § 21 URG, zu **befürworten**.

Regelungsvorschlag:

Es wird daher vorgeschlagen, § 57a Abs 3 IO wie folgt zu fassen:

„5. § 57a wird folgender Abs. 3 angefügt:

„(3) Forderungen aus Finanzierungen und Zwischenfinanzierungen (§ 36a) sind keine Forderungen aus Eigenkapital ersetzenden Leistungen. Nachrangigkeit kann jedoch vertraglich vereinbart werden.““

H. Zu § 167 IO idF ME

Die beabsichtigte Änderung von **§ 167 Abs 3 Z 1 IO** basiert **offensichtlich auf einem Missverständnis**. Es handelt sich bei § 167 IO um eine allgemeine Bestimmung des Sanierungsverfahrens, die auch beim Sanierungsverfahren mit Eigenverwaltung gilt. Konkret hat ja auch der Sanierungsverwalter gem § 178 Abs 2 Z 3 IO Gründe für die Entziehung der Eigenverwaltung anzuzeigen und als ein solcher Grund ist es gem 170 Abs 1 Z 2 IO anzusehen, wenn § 167 Abs 3 IO erfüllt ist.

Regelungsvorschlag:

Es wird daher vorgeschlagen, Art 2 Z 6 RIRL-UG idF ME **ersatzlos zu streichen**.

I. Zu § 254 IO idF ME

Die Norm sollte uE **ersatzlos gestrichen werden**. Zur Begründung siehe oben bei § 29 ReO (II.D.18.).

⁹⁰ Vgl zu § 21 URG *Ostheim*, Unternehmensreorganisation und Eigenkapitalersatzrecht, wbl 1998, 233.

IV. Neuregelung zur Entschuldung natürlicher Personen

A. Zeitliche Befristung der Einbeziehung von Verbrauchern

Die im ME vorgesehenen Änderungen zum Abschöpfungsverfahren gründen auf Titel III RIRL. Danach ist sicherzustellen, dass insolventen **Unternehmern** (gemeint: natürliche Personen) zumindest ein Verfahren offensteht, das ihre volle Entschuldung ermöglicht (Art 20 RIRL) und, dass die dafür vorgesehene Entschuldungsfrist höchstens drei Jahre beträgt (Art 21 RIRL). ErwG 21 empfiehlt zudem ausdrücklich, diese Vorgaben auf Verbraucher zu erstrecken.

Der ME behält erfreulicherweise *zunächst* diesen Grundkonsens bei und differenziert folglich nicht danach, ob Schulden, die zur Insolvenz einer natürlichen Person geführt haben, aus **unternehmerischer Tätigkeit** herrühren oder nicht. Weiterhin ist vor Einleitung des Abschöpfungsverfahrens ein Zahlungsplan anzubieten (§ 200 Abs 1 IO) und das Vermögen des Schuldners zu verwerten, unabhängig davon, ob es sich dabei um das Unternehmen(szubehör) des Schuldners⁹¹ oder sein Privatvermögen handelt.

Jedoch treten die Bestimmungen über den **Tilgungsplan**, soweit **sie Verbraucher** erfassen, mit Ablauf des 16. Juli 2026 außer Kraft (§ 283 Abs 10 IO idF ME). Ab diesem Zeitpunkt ist offenbar eine Schlechterstellung von Verbrauchern beabsichtigt. Die „Übergangsfrist“ von fünf Jahren wird damit gerechtfertigt, dass dies aufgrund der wirtschaftlichen Folgen der COVID-Pandemie notwendig sei (Erläuterungen 3, 28). Dies erscheint zwar durchaus nachvollziehbar. Der Umstand, dass die politisch vielleicht brisanteste Entscheidung zur Entschuldung natürlicher Personen allerdings nur aus einer Übergangsvorschrift ersichtlich ist, erweckt doch gewisse Zweifel, ob es nicht vorrangig darum ging, eine vielleicht unpopuläre Entscheidung der aktuellen Bundesregierung der Bevölkerung möglichst „unauffällig“, zumal erst in der nächsten Legislaturperiode spürbar, zu verkaufen. Inhaltlich ist dieser Begründung entgegenzuhalten, dass eine Differenzierung zwischen Unternehmern und Verbrauchern hinsichtlich der Anforderungen an eine Restschuldbefreiung dem österreichischen Recht schon bislang – also ganz unabhängig von wirtschaftlichen Pandemiefolgen – fremd war. Gelegentliche „marktschreierische“ Rufe nach unterschiedlichen Zugangshürden für Unternehmer und Verbraucher verhallen ungehört, weil eine Ungleichbehandlung aus **verfassungsrechtlichen Gründen** unhaltbar erscheine, zumal die Vorwerfbarkeit wirtschaftlichen Scheiterns keiner generalisierenden Sichtweise zugänglich

⁹¹ *Kodek*, Handbuch Privatkonkurs² (2015) Rz 510. Der Schuldner kann zwar während der Abtretungsfrist neuerlich eine unternehmerische Tätigkeit beginnen, die Regel stellt das jedoch nicht dar.

Univ.-Prof. MMag. Dr. MARTIN TRENKER
 Dr. MARTIN LUTSCHOUNIG
 UNIVERSITÄT INNSBRUCK
 Institut für Zivilgerichtliches Verfahren

PROJEKT-Nr. 18686: „Präventiver
 Restrukturierungs-rahmen“ durch
 Umsetzung der Richtlinie (EU)
 2019/1023 in Österreich

sei.⁹² Dazu kommt, dass sich – worauf auch ErwG 21 hinweist – eine Trennung zwischen unternehmerischen Schulden und „Privatschulden“ **praktisch kaum bewerkstelligen** lässt. Letzteres Argument wiegt umso schwerer, als diese Differenzierung, soweit sie im Einzelfall nicht richtig angewendet wird, die Gefahr einer Verletzung von Unionsrecht birgt.

All das spricht uE dafür, dass die Vorgabe der RIRL, eine **Entschuldung für unternehmerisch tätige natürliche Personen in drei Jahren** vorzusehen, mag man diese auf europäischer Ebene getroffene Entscheidung nun für sinnvoll erachten oder nicht, **auch für Private gelten sollte**. Zugleich entfielen damit die Notwendigkeit, die durch die Gesamtreform zum Exekutionsrecht avisierte Erweiterung der Verfahrenstypen bei der Insolvenz natürlicher Personen noch um eine weitere Differenzierung anzureichern, womit dieser Rechtsbereich für die breite Masse (auch von Juristen) endgültig völlig unverständlich würde. Wird indes tatsächlich an der beabsichtigten Differenzierung festgehalten, so bedarf es **trennscharfer Kriterien zur Abgrenzung von unternehmerisch tätigen und privaten Schuldner und Schulden** (die derzeit nicht ersichtlich sind).

B. Zu § 199 IO idF ME

Es ist vor diesem Hintergrund bedauerlich, dass die Umsetzung der unionsrechtlichen Vorgabe nicht zum Anlass genommen wurde, die Dauer der Abtretungserklärung **allgemein auf drei Jahre zu reduzieren**, zumal das schon in der RV zum IRÄG 2017⁹³ aus vergleichbaren Gründen⁹⁴ vorgeschlagen worden war. Stattdessen sieht der ME eine Zweiteilung des Abschöpfungsverfahrens in einen kürzeren „Tilgungsplan“ und einen längeren „Abschöpfungsplan“ vor (§ 199 Abs 1 IO idF ME). Die Verfahren unterscheiden sich – von ihrer unterschiedlichen Dauer abgesehen – vor allem dadurch, dass für den „Tilgungsplan“ ein höherer Redlichkeitsmaßstab gelten soll. Zudem soll eben ersterer Plan für Nichtunternehmer ab 2026 nicht mehr zur Verfügung stehen.

Ganz abgesehen von den grundlegenden Bedenken gegen die Ungleichbehandlung von Unternehmern und Privaten, überzeugt die **Trennung von „Tilgungs-“ und „Abschöpfungsplan“ uE auch für Unternehmer nicht**. Schon *de lege lata* stellt das Abschöpfungsverfahren durch ein differenziertes, „nach Verfahrensabschnitten abgestuftes“

⁹² *Kodek*, Privatkonkurs² Rz 41 mwN; ebenso *Rechberger/Seeber/Thurner*, Insolvenzrecht³ Rz 471 unter Verweis auf den Gleichheitsgrundsatz.

⁹³ Siehe Art 1 Z 31 IRÄG 2017 idF 1588 BlgNR 25. GP.

⁹⁴ Vgl ErläutRV 1588 BlgNR 25. GP 12.

System sicher,⁹⁵ dass nur redliche Schuldner in den Genuss einer **Restschuldbefreiung** kommen. Erst diese, durch das IRÄG 2017 noch einmal verschärfte Redlichkeitsanforderung⁹⁶ vermag das Fehlen einer Mindestquote und die damit verbundene Belastung der Gläubiger zu rechtfertigen.⁹⁷ Ernste Zweifel an der (Verfassungs-)Konformität dieser Ausrichtung des Abschöpfungsverfahrens werden mit Blick auf Titel III RIRL kaum noch aufkommen; ebenso wenig nötig ist aber eine neuerliche Reform aus unionsrechtlichen Gesichtspunkten. Gerade weil kein zusätzlicher Umsetzungsbedarf ersichtlich ist,⁹⁸ würde es ausreichen, **die in § 199 Abs 2 IO genannte Frist auf drei Jahre herabzusetzen.**

Durch die vorgeschlagene – in der Sache eher halbherzige (dazu sogleich unten bei § 201 Abs 2 IO idF ME [IV.C.2.]) – **Aufspaltung** redlicher Schuldner in einen besonders „artigen“ und einen nicht ganz so „lauteren“ Teil wird die schon jetzt unübersichtliche Rechtslage nochmals erheblich verkompliziert. Wie schon erwähnt, ist der **„Dschungel“ des insolvenzrechtlichen Verfahrensgebäudes** aufgrund der Vielzahl an Verfahrenstypen und ständiger Reformen aber selbst für Experten im Detail kaum noch zu überblicken.⁹⁹ Das ist alles umso problematischer, als sich jedenfalls die – vielleicht durch vergangene Ereignisse allzu misstrauisch gewordenen – Verfasser dieser Stellungnahme nicht des Eindrucks verwehren können, diese „Aufspaltung“ diene primär dazu, die ab 2026 geltende **Differenzierung zwischen Unternehmern und Nichtunternehmern** in einer Weise „vorzubereiten“, dass sie durch eine bloße **Übergangsbestimmung** in § 283 Abs 10 IO idF ME an völlig **versteckter und unauffälliger Stelle „eingeschleust“** werden kann.

Dass ein Abschöpfungsverfahren schließlich rein **sprachlich** wohl nicht *als* Tilgungs- oder Abschöpfungsplan durchgeführt wird, wie der Wortlaut von § 199 IO idF ME nunmehr suggeriert, sei nur am Rande angemerkt. Ferner: Dem Abschöpfungsverfahren liegt kein „Plan“ (vergleichbar dem Zahlungsplan), sondern eine Abtretungserklärung – allerdings nunmehr unterschiedlich langer Dauer – zugrunde. Eine Zustimmung der Gläubiger ist weiterhin nicht erforderlich und immer noch handelt es sich dabei um ein selbständiges Nachverfahren zum Insolvenzverfahren.¹⁰⁰ Wenn schon eine solche Änderung vorgenommen wird – was uE

⁹⁵ Posani, Die Würdigkeit im Abschöpfungsverfahren (2019) 5.

⁹⁶ Dazu Schneider, Privatinsolvenz³ (2018) 174.

⁹⁷ Siehe dazu krit Schoditsch in Koller/Loverk/Spitzer, IO § 199 Rz 5 ff.

⁹⁸ IdS Bilinska, Richtlinie über Restrukturierung und Insolvenz - die Erleichterung der Entschuldung, ZIK 2019/117, 102.

⁹⁹ Siehe zuletzt Art 3 GREx idF 770 BlgNR 27. GP.

¹⁰⁰ Statt aller Mohr in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 199 KO Rz 3 (Stand 1.2.1998, rdb.at).

Univ.-Prof. MMag. Dr. MARTIN TRENKER
 Dr. MARTIN LUTSCHOUNIG
 UNIVERSITÄT INNSBRUCK
 Institut für Zivilgerichtliches Verfahren

PROJEKT-Nr. 18686: „Präventiver
 Restrukturierungs-rahmen“ durch
 Umsetzung der Richtlinie (EU)
 2019/1023 in Österreich

aufgrund der noch folgenden Ausführungen weder notwendig noch zielführend erscheint – wäre die Bezeichnung als „*Tilgungsplan-Verfahren*“ und „*Abschöpfungsplan-Verfahren*“ oder besser noch als „*Tilgungs*“- bzw „*Abschöpfungsverfahren*“ zutreffender und weniger irreführend. Dass der **Begriff des Tilgungsplans offensichtlich der RIRL** (vgl Art 2 Abs 1 Z 11) entnommen wurde, ändert nichts daran, dass dieser Terminus irreführend ist und daher nicht ins österreichische Recht hineingetragen werden sollte, zumal die RIRL – wie jede RL – nicht zur Übernahme irgendeiner Terminologie zwingt.

Regelungsvorschlag:

Es wird daher vorgeschlagen, Art 2 Z 13 RIRL-UG idF ME wie folgt zu fassen:

„13. § 199, dessen Überschrift unverändert bleibt, lautet:

„§ 199. (1) Der Schuldner kann im Lauf des Insolvenzverfahrens, spätestens mit dem Antrag auf Annahme eines Zahlungsplans, die Durchführung des Abschöpfungsverfahrens mit Restschuldbefreiung beantragen.

*(2) Der Schuldner hat dem Antrag die Erklärung beizufügen, dass er den pfändbaren Teil seiner Forderungen auf Einkünfte aus einem Arbeitsverhältnis oder auf sonstige wiederkehrende Leistungen mit Einkommensersatzfunktion für die Zeit von **drei** Jahren nach Eintritt der Rechtskraft des Beschlusses, mit dem das Abschöpfungsverfahren eingeleitet wird, an einen vom Gericht zu bestellenden Treuhänder abtritt. Hat der Schuldner diese Forderungen bereits vorher an einen Dritten abgetreten oder verpfändet, so ist in der Erklärung darauf hinzuweisen.“*

C. Zu § 201 Abs 2 IO idF ME

1. Unklarheit über Zeitpunkt der Unternehmereigenschaft

Abgesehen von der soeben kritisierten Terminologie lässt der geplante § 201 Abs 2 Z 1 2. Halbsatz IO idF ME offen, **zu welchem Zeitpunkt die Unternehmereigenschaft des Schuldners vorliegen muss**. Als Anknüpfungspunkte in Frage kämen der Zeitpunkt der Feststellung der offenkundigen Zahlungsunfähigkeit im Exekutionsverfahren, die Insolvenzeröffnung oder der Antrag auf Einleitung des Abschöpfungsverfahrens, weil nicht einmal auszuschließen ist, dass ein Schuldner auch während des Abschöpfungsverfahrens selbstständig tätig ist. Sollte man diese Differenzierung daher beibehalten, ist aus

Rechtssicherheitsgründen zumindest klarzustellen, auf welchen Zeitpunkt die Regelung abstellt.

2. Systematisch-teleologische Kritik

Die in § 201 Abs 2 Z 3 IO idF ME vorgesehene Regelung, wonach die **Sperrfrist** für die Einleitung eines (weiteren) Tilgungsplan-Verfahrens **von 20 auf zehn Jahre verkürzt wird**, während jene im Abschöpfungsplan-Verfahren offenbar unverändert bleiben soll, ist zudem **systemwidrig**. Das hinsichtlich der Restschuldbefreiung attraktivere und folgerichtig eigentlich an strengere Hürden zu knüpfende Verfahren des Tilgungsplans wäre damit insoweit leichter zugänglich als das Abschöpfungsplan-Verfahren. Inwiefern dies mit dem offenbar verfolgten Zweck vereinbar sein soll, den Redlichkeitsmaßstab von Schuldnern im Tilgungsplan-Verfahren gegenüber dem Abschöpfungsverfahren zu erhöhen (Erläuterungen 24), bleibt unerfindlich.

Dasselbe gilt nunmehr möglicherweise für die mittels Verweises in § 201 Abs 2 Z 2 IO idF ME eingefügte **Befristung der Fälle des § 201 Abs 1 Z 4 IO auf fünf Jahre**. Bisher interpretierte die hL den Umstand, dass § 201 Abs 1 Z 4 IO idF im Gegensatz zu allen anderen Tatbeständen des § 201 Abs 1 IO ein unbefristetes Einstellungshindernis enthält, als Gesetzeslücke und befürwortete eine analoge Anwendung der Befristungsregelung des § 201 Abs 1 Z 3 IO (drei Jahre).¹⁰¹ **Art 3 Z 10 GREx** idF 77/ME 27. GP teilte diese Bedenken offenbar und verfügte eine dreijährige Befristung, die die RV zur GREx allerdings nicht mehr vorsieht (s Art 3 Z 14 GREx idF 770 BlgNR 27. GP). Somit liegt der Schluss nunmehr nahe, dass ein Vergehen nach § 201 Abs 1 Z 4 IO tatsächlich ein unbefristetes Einleitungshindernis bildet, weil der bisherige Analogieschluss vor diesem Hintergrund schwer aufrechtzuhalten sein dürfte.¹⁰² Dies führt zum eigenartigen Ergebnis, dass die „Zugangshürde“ des § 201 Abs 2 Z 2 IO idF ME demgegenüber für das Tilgungsverfahren eine weitere Privilegierung bewirkt, die systematisch nicht zu überzeugen vermag.

Die geplante Zersplitterung des Abschöpfungsverfahrens überzeugt daher aus **systematisch-teleologischer Sicht nicht**. Von den vorgeschlagenen Hürden, die das Privileg der (schnelleren) Restschuldbefreiung im Tilgungsplan-Verfahren vom Abschöpfungsplan-Verfahren abgrenzen und die kürzere Dreijahresfrist rechtfertigen sollen, ist in Wahrheit

¹⁰¹ Ausf Posani, Würdigkeit 72 mwN.

¹⁰² Freilich ist nicht auszuschließen, dass es sich bei der Streichung um ein Versehen handelt, zumal § 201 Abs 1 Z 4 IO in der Übergangsbestimmung des § 282 Abs 1 IO (s Art 3 Z 17 GREx idF 770 BlgNR 27. GP) nach wie vor angesprochen wird.

Univ.-Prof. MMag. Dr. MARTIN TRENKER
 Dr. MARTIN LUTSCHOUNIG
 UNIVERSITÄT INNSBRUCK
 Institut für Zivilgerichtliches Verfahren

PROJEKT-Nr. 18686: „Präventiver
 Restrukturierungs-rahmen“ durch
 Umsetzung der Richtlinie (EU)
 2019/1023 in Österreich

zumindest eine (explizite) systemwidrige Erleichterung, die den Redlichkeitsmaßstab nicht erhöht, sondern reduziert. Dasselbe könnte wie gezeigt nunmehr für die Befristung der Fälle des § 201 Abs 1 Z 4 IO auf fünf Jahre gelten (§ 201 Abs 2 Z 2 IO idF ME). Abgesehen von der Anhebung der Frist des § 201 Abs 1 Z 3 IO von drei auf fünf Jahre (§ 201 Abs 2 Z 2 IO idF ME) für die – praktisch wohl nicht allzu relevanten (vgl § 28 Z 4 IO) – Fälle der Vermögensverschleuderung und des Eingehens unverhältnismäßiger Verbindlichkeiten, die zudem nicht als Einleitungshindernis für Organe von Gesellschaften gelten,¹⁰³ verbleibt für Tilgungsplanschuldner im Vergleich zu Abschöpfungsplanschuldnern damit nur die zusätzliche Obliegenheit, bei „offenkundiger Zahlungsunfähigkeit“ binnen 30 Tagen die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens zu beantragen (§ 201 Abs 2 Z 1 IO idF ME).

Die damit verbundene Vorgabe, **für bestimmte (schwere) Fälle der Insolvenzverschleppung das Privileg der Restschuldbefreiung zu versagen**, ist prinzipiell legitim. Jedoch ist zum einen klarzustellen, dass die **30-Tages-Frist** erst mit **Rechtskraft der Feststellung der offenkundigen Zahlungsunfähigkeit** zu laufen beginnt, weil einem Schuldner, der diese Feststellung bekämpft, nicht zugemutet werden kann, während der Dauer des Rechtsmittelverfahrens vorsorglich einen Insolvenzantrag zu stellen. Zudem kann die Verletzung dieser Obliegenheit uE ohne weiteres als generelles Einleitungshindernis gelten: Aufgrund des eindeutigen Beschlussinhalts nach § 49a Abs 2 EO ist kein besonderes Schutzbedürfnis erkennbar, sodass dem Schuldner mangels verpflichtender Eigenleistung diese (überschaubare) Pflichtenvermehrung durchaus allgemein zugemutet werden kann.¹⁰⁴ Auch dieses Einleitungshindernis **rechtfertigt** somit eine **Zersplitterung des Abschöpfungsverfahrens uE nicht**, sondern kann ohne die Installation eines Tilgungsplan-Verfahrens zwangslos in die bisherigen Einleitungshindernisse des § 201 IO integriert werden. Zur geplanten Differenzierung in § 216 IO idF ME siehe sogleich IV.D.

Es wird daher angeregt, von einer Unterscheidung zwischen Tilgungs- und Abschöpfungsplanverfahren abzusehen, die geplanten Änderungen zu § 201 IO **nicht zu übernehmen**, sondern lediglich ein zusätzliches für alle Schuldner geltendes Einleitungshindernis einzuführen, wenn ein Schuldner nicht binnen 30 Tagen nach Feststellung der offenkundigen Zahlungsunfähigkeit einen Insolvenzantrag stellt. In jedem Fall wäre zudem anzudenken, die Ausschlussfrist in § 201 Abs 1 Z 6 IO von 20 auf **zehn Jahre** zu reduzieren.

¹⁰³ Siehe dazu *Posani*, Würdigkeit 58 f.

¹⁰⁴ Vgl dazu *Schoditsch* in *Koller/Lovrek/Spitzer*, IO § 199 Rz 9.

Regelungsvorschlag:

Es wird daher vorgeschlagen, Art 2 Z 14 RIRL-UG idF ME wie folgt zu fassen:

„14. In § 201 Abs. 1 Z 5 entfällt die Wendung ‚oder‘ und in § 201 Abs 1 Z 6 wird der Punkt nach der der Wortfolge ‚eingeleitet wurde‘ durch das Wort ‚oder‘ ersetzt. In § 201 Abs 1 wird folgende Z 7 eingefügt:

*„7. der Schuldner nicht längstens binnen 30 Tagen nach **rechtskräftiger** Feststellung der offenkundigen Zahlungsunfähigkeit im Exekutionsverfahren die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens beantragt; betreibt der Schuldner **im Zeitpunkt der rechtskräftigen Feststellung der offenkundigen Zahlungsunfähigkeit** kein Unternehmen, so reicht es aus, dass er keine neuen Schulden eingeht, die er bei Fälligkeit nicht bezahlen kann, und Maßnahmen zur Beseitigung der Zahlungsunfähigkeit ergreift.“*

D. Zu § 216 Abs 1 IO idF ME

Die Ergänzung der **Widerrufsgründe des § 216 IO** um den Einstellungsgrund des § 211 Abs 1 Z 1 Fall 1 IO ist systemkonform und sachgerecht und daher grundsätzlich zu begrüßen. Der ME behebt damit einen in der Literatur zu Recht kritisierten Wertungswiderspruch.¹⁰⁵ Allerdings überzeugt nicht, warum der geplante Widerrufsgrund nur auf Tilgungspläne Anwendung finden soll, weil damit neue Widersprüche geschaffen werden.

Folgt man der Auffassung, dass die Einstellungsgründe nach § 211 Abs 1 IO zumindest dem Grunde nach im Widerruf des § 216 IO „aufgehen“,¹⁰⁶ wobei für Letzteren „strengere“ Voraussetzungen gelten,¹⁰⁷ ist es folgerichtig, § 211 Abs 1 Z 1 Fall 1 IO, der die Verurteilung des Schuldners wegen einer „**Insolvenzstraftat**“ regelt und folglich den schwerwiegendsten Einstellungsgrund bildet,¹⁰⁸ auch als Widerrufsgrund iSd § 216 IO anzuerkennen. Systemwidrig wird diese Ergänzung aber dann, wenn dies nur für eine aufgrund des Tilgungsplan-Verfahrens erfolgte Restschuldbefreiung gelten soll. Im Abschöpfungsplan-Verfahren befindliche Schuldner würden dadurch zum einen zu Unrecht privilegiert, weil auch

¹⁰⁵ Posani, Würdigkeit 150.

¹⁰⁶ Posani, Würdigkeit 150.

¹⁰⁷ Mohr in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 216 KO Rz 1 (Stand 1.2.1998, rdb.at).

¹⁰⁸ Posani, Würdigkeit 150.

Univ.-Prof. MMag. Dr. MARTIN TRENKER
Dr. MARTIN LUTSCHOUNIG
UNIVERSITÄT INNSBRUCK
Institut für Zivilgerichtliches Verfahren

PROJEKT-Nr. 18686: „Präventiver
Restrukturierungs-rahmen“ durch
Umsetzung der Richtlinie (EU)
2019/1023 in Österreich

sie sich grundsätzlich redlich zu verhalten haben. Zum anderen erscheint es wertungsmäßig nicht überzeugend, ihnen nicht wegen dieses, aber wegen anderer, inhaltlich uE weniger schwerwiegender Verstöße gegen die Wohlverhaltenspflicht den Widerruf die Restschuldbefreiung anzudrohen. Die geplante Einführung zweier Redlichkeitsmaßstäbe würde damit auch in dieser Hinsicht zu wenig überzeugenden Ergebnissen führen.

Es wird daher vorgeschlagen, den Einstellungsgrund des **§ 211 Abs 1 Z 1 Fall 1 IO** als **allgemeinen Widerrufsgrund** einzuführen, indem die geplante Einschränkung auf Tilgungsplan-Verfahren gestrichen wird.

Regelungsvorschlag:

Es wird daher vorgeschlagen, Art 2 Z 24 RIRL-UG idF ME wie folgt zu fassen:

„24. In § 216 Abs. 1 wird am Ende vor dem Punkt die Wendung ‚oder der Schuldner wegen einer Straftat nach den §§ 156, 158, 162 oder 292a StGB rechtskräftig verurteilt wurde und diese Verurteilung weder getilgt ist noch der beschränkten Auskunft aus dem Strafregister unterliegt‘ eingefügt.“

E. Zu § 283 IO idF ME

Es wurde schon ausgeführt, dass die **Differenzierung zwischen natürlichen Personen**, die ein Unternehmen betreiben, und solchen, die dies nicht tun, aus Gründen der **Gleichbehandlung** überaus problematisch ist. Sie sollte daher aus Gerechtigkeitsgründen aufgegeben werden, auch wenn man der auf Unternehmer beschränkten Vorgabe der RIRL, eine Entschuldung innerhalb von drei Jahren vorzusehen, – mit durchaus nachvollziehbaren Gründen – nichts abgewinnen kann.

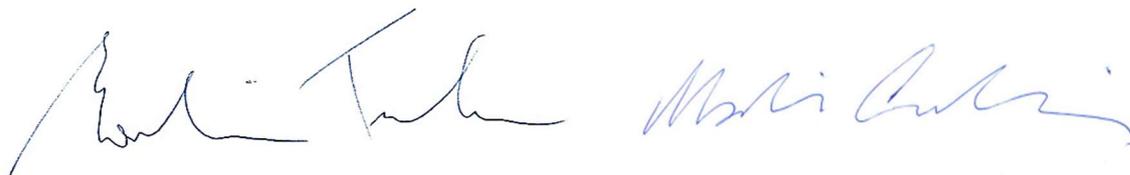
§ 283 Abs 10 idF ME sollte daher **ersatzlos gestrichen** werden.

Univ.-Prof. MMag. Dr. MARTIN TRENKER
Dr. MARTIN LUTSCHOUNIG
UNIVERSITÄT INNSBRUCK
Institut für Zivilgerichtliches Verfahren

PROJEKT-Nr. 18686: „Präventiver
Restrukturierungs-rahmen“ durch
Umsetzung der Richtlinie (EU)
2019/1023 in Österreich

In der Hoffnung, dass die ein oder andere Anregung als hilfreich empfunden wird und im Gesetzgebungsprozess verwertet werden kann, verbleiben wir mit besten Grüßen.

Innsbruck, 6.4.2021

The image shows two handwritten signatures in blue ink. The signature on the left is 'Martin Trenker' and the signature on the right is 'Martin Lutschounig'. Both are written in a cursive, flowing style.

Univ.-Prof. MMag. Dr. Martin Trenker

Dr. Martin Lutschounig