

# Allgemeiner Teil

---

*Philipp Anzenberger/Sebastian Hütter/Nina Pichler*

## Literaturverzeichnis

*Abel*, Rabattrückverrechnung in der Insolvenz – Anmerkung zu OGH 8 Ob 93/08x, ZIK 2009, 42; *Aigner*, Der Eigentumsvorbehalt (2015); *Aigner/Gerstberger/Mooseder/Zeitler* (Hrsg), Praxishandbuch Restrukturierungsordnung (2022); *Anzenberger*, Die Insolvenzfestigkeit von Bestandverträgen (2014); *Anzenberger*, Vertragsauflösungssperre und Umgehungsmöglichkeiten, in *Nunner-Krautgasser/Kapp/Clavora* (Hrsg), Jahrbuch Insolvenz- und Sanierungsrecht 2013 (2013) 221; *Anzenberger*, Fußballverein rückt wegen Insolvenz an den Tabellenschluss – Anmerkung zu OGH 1 Ob 153/17g, ÖJZ 2018, 451; *Anzenberger*, Vertragsschutz und unwirksame Vereinbarungen nach der ReO, in *Konecny* (Hrsg), ZIK-Spezial – RIRUG (2021) 127; *Apathy/Iro/Koziol* (Hrsg), Österreichisches Bankvertragsrecht VII<sup>2</sup> (2014); *Bartsch/Pollak*, Konkurs-, Ausgleichs-, Anfechtungsordnung, Einführungsverordnung und Geschäftsaufsichtsgesetz I<sup>3</sup> (1937); *Bartsch/Pollak/Buchegger* (Hrsg), Österreichisches Insolvenzrecht – Kommentar I<sup>4</sup> (2000); *Böhm*, Der beiderseits unerfüllte Bauträgervertrag im Konkurs des Bauträgers, wobl 1999, 109; *Bollenberger*, Rechtsgeschäftliche Vorsorgeklauseln für den Insolvenzfall, ÖBA 2006, 879; *Bollenberger*, Ausgewählte Rechtsfragen der Vertragsauflösungssperre nach § 25a IO, in *Konecny* (Hrsg), Insolvenz-Forum 2010 (2011) 17; *Bollenberger/Kellner*, Erste Rsp des OGH zu § 25b IO! ÖBA 2014, 283; *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht<sup>5</sup> (2023); *Duursma-Kepplinger*, Eigentumsvorbehalt und Mobilienleasing in der Insolvenz – Eine Darstellung der österreichischen und deutschen Rechtslage (2002); *Ebmer*, Nochmals: Rücktrittsrecht des Auftraggebers in der Insolvenz des Auftragnehmers? bau aktuell 2010, 63; *Eckert*, Insolvenz von Gesellschaftern, in *Konecny* (Hrsg), Insolvenz-Forum 2010 (2011) 59; *Fellner*, Auswirkungen des Insolvenzrechtsänderungsgesetzes 2010 auf gesellschaftsvertraglich verankerte Aufgriffsrechte, RdW 2010, 259; *Fellner*, Auslegung des § 141 Abs 1 und 3 UGB idF BGBl I 2010/58 (IRÄG 2010), NZ 2013, 11; *Fichtinger/S. Foglar-Deinhardstein*, Die Zulässigkeit von Lösungsklauseln für den Insolvenzfall nach dem IRÄG 2010, insbesondere bei Kreditgeschäften, ÖBA 2010, 818; *Fidler/Konecny/Riel/Trenker* (Hrsg), ReO – Restrukturierungsordnung und die weiteren Bestimmungen des RIRUG (2022); *Fruhstorfer*, Leasingverträge und Insolvenz, in *Konecny* (Hrsg), Insolvenz-Forum 2017 (2018) 149; *Hock*, Zur Wirkung der Rücktrittserklärung des Masseverwalters gem § 21 KO, ÖJZ 1991, 297; *Hoenig*, Reichweite der Vertragsauflösungssperre der IO, RdW 2013, 515; *Höller*, Übertragungs-

beschränkungen für Geschäftsanteile im Konkurs des GmbH-Geschafters, ZIK 2004, 154; *Kepplinger*, Das Synallagma in der Insolvenz – Das Wahlrecht des Masseverwalters, Ausgleichsschuldners und Insolvenzverwalters (2000); *Kepplinger*, Insolvenzzrechtliche Behandlung des Fruchtgenussrechts an beweglichen Sachen, NZ 2001, 185; *Kernbichler*, Die Kündigung von Versicherungsverträgen in der Insolvenz des Versicherungsnehmers, wbl 2011, 1; *Kernbichler*, Unwirksamkeit eines auflösend bedingten Forderungsverzichts? ZIK 2014, 42; *Kernbichler*, Die Gefährdung der Unternehmensfortführung in § 25a IO, ÖJZ 2015, 493; *Kernbichler*, Insolvenzzrechtliche Einschnitte in das zivilrechtliche Leistungsstörungenrecht, JBl 2015, 409; *Klang/Gschnitzer* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch IV/2<sup>2</sup> (1978); *Kodek*, Insolvenzzrecht<sup>2</sup> (2022); *Koller/Lovrek/Spitzer* (Hrsg), IO – Insolvenzzordnung<sup>2</sup> (2023); *Konecny/Schubert/Trenker* (Hrsg), Kommentar zu den Insolvenzzgesetzen (Loseblatt ab 1997); *Konecny*, Das Insolvenzzrechtsänderungsgesetz 2010, ZIK 2010, 82; *Konecny/Nunner-Krautgasser*, Neuerungen bei Bestandverträgen durch das IRÄG 2010, in *Konecny* (Hrsg), ZIK-Spezial – IRÄG 2010 (2010) 39; *Konecny*, Vertragsauflösung nach der IO, in *Jaufer/Nunner-Krautgasser/Schummer* (Hrsg), Insolvenzz- und Sanierungsrecht – Jubiläumsband der Plattform für Wirtschafts-, Insolvenzz- und Sanierungsrecht (2021) 109; *König*, Treuhand und Liegenschaftskauf im Konkurs, JBl 1995, 38; *Koschell/Vidreis*, MAC-Klauseln: Risikoallokation in Zeiten der Covid-19-Pandemie, GES 2021, 334; *Lehmann*, Kommentar zur österreichischen Konkurs-, Ausgleichs- und Anfechtungsordnung I (1916); *Leupold*, Das IRÄ-BG – Überblick und ausgewählte Fragen, ZIK 2010, 167; *Leupold/Ramharter*, Das Kündigungsrecht des Versicherers in der Insolvenz des Versicherungsnehmers nach dem IRÄG 2010, insb in der Rechtsschutz- und D&O-Versicherung, GesRZ 2012, 229; *Mock/Zoppel* (Hrsg), ReO – Restrukturierungsordnung Kommentar (2022); *Mohr*, Sanierungsplan und Sanierungsverfahren (2010); *Mohr*, Neuerungen im Unternehmensinsolvenzzrecht – IRÄG 2010, ÖJZ 2010, 887; *Mohr*, Das Restrukturierungsverfahren nach der ReO, ZIK 2021, 82; *Nunner-Krautgasser*, IRÄG 2010: Insolvenzzverfahren und Vertragsauflösungssperre, in *Konecny* (Hrsg), Insolvenzz-Forum 2009 (2010) 81; *Nunner-Krautgasser/Pateter*, Die Neuregelungen über Verträge im österreichischen Insolvenzzrecht, ZInsO 2011, 2068; *Nunner-Krautgasser*, Zur Geltendmachung von Zug um Zug zu erfüllenden Anlegersprüchen im Insolvenzzverfahren – Eine Besprechung von 1 Ob 208/17w = Zak 2018/408, 219, Zak 2018, 208; *Nunner-Krautgasser/Reckenzaun*, Schadensversicherung und Schadensfälle in der Insolvenz, ÖJZ 2019, 197; *Petschek/Reimer/Schiemer*, Das österreichische Insolvenzzrecht – Eine systematische Darstellung (1973); *Pitkowitz*, Wirkt der Rücktritt des Masseverwalters gem § 21 KO ex tunc? ÖJZ 1990, 677; *Pranter/Prem*, Restrukturierungsrechtlicher Vertragsschutz, insbesondere für gesellschaftsvertragliche Aufgriffsrechte, ZIK 2023, 182; *R. Rastegar*, OGH: Langersehnte Klärung zu insolvenzzbezogenen Aufgriffsklauseln, ÖJZ 2021, 205; *Rattacher*, Zur Wirkung einer Kündigungserklärung während der Vertragsauflösungssperre des § 25a IO, ÖJZ 2017, 489; *Reckenzaun*, Aktuelles zur Zahlungsunfähigkeit nach Inkrafttreten von GREx und RIRUG, AnwBl 2021, 577; *Riedler*, Der Eigentumsvorbehalt in der Insolvenz des Käufers nach dem IRÄG 2010, ÖJZ 2011, 904; *Riel*, Die Eigenverwaltung gem §§ 169 ff IO, in *Konecny* (Hrsg), ZIK-Spezial – IRÄG 2010 (2010) 131; *Riss*, Sicherung von Gewährleistungsansprüchen in der Insolvenz des Werkunternehmers – Überlegungen zum Rücktrittsrecht des Masseverwalters nach § 21

KO und zu Wesen und Konkursfestigkeit des Haftrücklasses, ÖBA 2008, 18; *Riss*, Die Abschwächung der Vertragstreue in der Insolvenz, in *Perner/Rubin/Spitzer/Vonkilch* (Hrsg), Festschrift für Attila Fenyves (2013) 957; *Schartner*, Der Mieter in der Insolvenz, wobl 2001, 255; *Schmidsberger/Chalupsky/Duursma*, Unwirksamkeit von gesellschaftsvertraglichen Aufgriffsrechten im Falle der Insolvenz eines Gesellschafters? GES 2020, 3; *Spiegel/Benes*, Insolvenzordnung: Kreditvergabe und Insolvenzrisiken, RdW 2010, 751; *Spitzer*, Gesellschaft bürgerlichen Rechts: Vermögensordnung und Insolvenz – Ein vertikaler Rechtsvergleich vor und nach der GesBR-Reform 2015, in *Blocher/Gelter/Pucher* (Hrsg), Festschrift für Christian Nowotny (2015) 413; *Taufner*, Gesellschaftsvertragliche Ausschluss- und Aufgriffsrechte nach dem IRÄG 2010, GesRZ 2011, 157; *Thomale*, Lösungsklauseln als ausübungsabhängiger Rechtsmissbrauch, in *Konecny/Musger/Neumayr/Spitzer* (Hrsg), Festschrift für Elisabeth Lovrek (2024) 807; *Thomale*, Lösungsklauseln auf den Insolvenzfall – eine kritisch gesetzeshermeneutische Studie zu § 25b IO, ÖJA 2024, 317; *Trenker*, GmbH-Geschäftsanteile in Exekution und Insolvenz, JBl 2012, 281; *Trettnak/Höfer*, Vertragsauflösung reloaded – Gedanken zur Vertragsgestaltung im Lichte der neuen Insolvenzordnung, ZIK 2010, 204; *Umlauft*, Gesellschaftsvertragliche Aufgriffsrechte in der Insolvenz des Gesellschafters, NZ 2012, 289; *Wegscheider*, Vertragsgestaltung im Umfeld der Bestandnehmerinsolvenz (2014); *Wegscheider*, Bestandnehmerinsolvenz ist nicht gleich Bestandnehmerinsolvenz, immo-lex 2015, 206; *Wetter/Simsa*, Die neue Restrukturierungsordnung (ReO), RdW 2021, 826; *Widhalm*, Die Rechte des Urhebers, Masseverwalters und Dritten im Konkurs und Ausgleich des Werknutzungsberechtigten, ÖBl 2001, 205; *Widhalm-Budak*, Verhinderung der Vertragsauflösung und unwirksame Vereinbarungen, in *Konecny* (Hrsg), ZIK-Spezial – IRÄG 2010 (2010) 23; *Widhalm-Budak/Riel*, Schicksal eines Kaufs unter Eigentumsvorbehalt im Sanierungsverfahren mit Eigenverwaltung bei Fehlen eines ausdrücklich erklärten Vertragsrücktritts, ZIK 2014, 202.

## Inhaltsübersicht

I.	Einleitung .....	4
II.	Zum Schicksal zweiseitiger Verträge in der Insolvenz .....	5
	A. Allgemeines und Zweck.....	5
	B. Anwendungsbereich des § 21 IO .....	6
	1. Massebezogene Vertragsverhältnisse.....	6
	2. Synallagmatische Rechtsgeschäfte .....	7
	3. Beidseitig nicht vollständige Vertragserfüllung.....	8
	C. Das Wahlrecht des Insolvenzverwalters.....	9
	1. Allgemeines .....	9
	2. Rechtslage bis zur Ausübung des Wahlrechts .....	10
	3. Rechtsfolgen der Ausübung des Wahlrechts .....	12
III.	Vertragsauflösungssperre nach § 25a IO .....	14
	A. Allgemeines und Zweck.....	14
	B. Anwendungsvoraussetzungen.....	14
	1. Gefährdung der Unternehmensfortführung.....	14
	2. Erfasste Verträge .....	15

C. Rechtsfolge: Temporäre Unzulässigkeit grundloser Vertragsauflösungen	16
1. Vertragsauflösung nur bei wichtigem Grund .....	16
2. Ausnahme bei grober Nachteiligkeit für den Vertragspartner.....	17
IV. Vereinbarungsbeschränkungen nach § 25b Abs 2 IO und § 26 Abs 3 ReO....	18
A. Vereinbarungsbeschränkungen nach der IO.....	18
1. Allgemeines .....	18
2. Der sachliche Anwendungsbereich des § 25b Abs 2 IO .....	19
3. Rechtsfolgen.....	22
B. Vereinbarungsbeschränkungen nach der ReO.....	22
1. Allgemeines .....	22
2. Der sachliche Anwendungsbereich des § 26 Abs 3 ReO.....	23
3. Rechtsfolgen.....	26

## I. Einleitung

Die Erfolgsaussichten einer Unternehmenssanierung im Insolvenzverfahren hängen in erheblichem Ausmaß vom Schicksal der bei Verfahrenseröffnung vorgefundenen Vertragsbeziehungen des Schuldners ab:<sup>1</sup> In zahlreichen Fällen wird eine Fortführung des Schuldnerunternehmens nur bei Aufrechterhaltung der wesentlichen Vertragsverhältnisse denkbar sein; umgekehrt erfordern gerade Unternehmensrestrukturierungen aber in vielen Fällen auch eine Neubewertung und allenfalls Beendigung bestehender Vertragsbeziehungen. Die Insolvenzordnung bildet diese Interessenlage durch besondere, unabdingbare Lösungsmöglichkeiten des Insolvenzverwalters (§§ 21 ff IO in Verbindung mit § 25b Abs 1 IO) auf der einen Seite sowie eine durch die Vertragsauflösungssperre des § 25a IO und die Vereinbarungsbeschränkung des § 25b Abs 2 IO erhöhte Vertragstreuepflicht des nicht insolventen Vertragspartners auf der anderen Seite ab.<sup>2</sup> Dem stehen dessen Interessen an einer Weiterführung, vorzeitigen Beendigung oder allenfalls Modifikation der Vertragsbeziehung gegenüber, die naheliegenderweise nicht zwingend parallel zu jenen des Schuldners laufen müssen.

Angesichts dieser Ausgangslage überrascht es nicht, dass Verträge häufig vorsorgliche Bestimmungen für den Insolvenzfall eines der Vertragspartner enthalten.<sup>3</sup> Der vorliegende Beitrag stellt die Schriftfassung des Eröffnungsvortrags der Tagung „Insolvenzprophylaktische Vertragsgestaltung“ dar und soll – durch eine überblicksartige Darstellung der §§ 21 ff IO und des § 26 Abs 3 ReO – die Rampe für die Untersuchungen zu einzelnen Vertrags-

1 ErläutRV 612 BlgNR 24. GP 12; *Anzenberger*, Insolvenzfestigkeit 1; *Bollenberger/Kellner*, ÖBA 2014, 285; *Kernbichler*, ZIK 2014, 43; *Kernbichler*, ÖJZ 2015, 493.

2 *Anzenberger*, Insolvenzfestigkeit 225.

3 *Bollenberger*, ÖBA 2006, 879; vgl auch *Anzenberger*, Insolvenzfestigkeit 1 ff.

typen legen: Vorgestellt wird zunächst das generelle Schicksal zweiseitiger Verträge in der Insolvenz (Abschnitt II.), bevor in weiterer Folge jene Mechanismen genauer beleuchtet werden sollen, welche eine erhebliche Insolvenzfestigkeit der schuldnerischen Verträge bewirken, nämlich die Vertragsauflösungssperre nach § 25a IO (Abschnitt III.) sowie die Vereinbarungsbeschränkungen nach § 25b Abs 2 IO und § 26 Abs 3 ReO (Abschnitt IV.).

## II. Zum Schicksal zweiseitiger Verträge in der Insolvenz

### A. Allgemeines und Zweck

§ 21 IO normiert – gewissermaßen als Grundtatbestand des insolvenzspezifischen Vertragsrechts – das Schicksal zweiseitiger, beidseitig noch nicht oder nicht vollständig erfüllter Verträge des Schuldners. Diese treten mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens in einen Schwebezustand<sup>4</sup> und dem Insolvenzverwalter kommt ein Wahlrecht zu: Er kann einerseits vom Vertragspartner Erfüllung verlangen, muss dann aber seinerseits die vertragliche Schuld als Masseforderung (§ 46 Z 4 IO) begleichen (§ 21 Abs 1 IO). Andererseits kann er vom Vertrag zurücktreten; in diesem Fall kann der Vertragspartner allfällige Rückforderungs- und Schadenersatzansprüche als Insolvenzforderung geltend machen (§ 21 Abs 2 IO). Vereinbarungen, wodurch die Anwendung des § 21 IO im Verhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner im Vorhinein ausgeschlossen wird, sind gemäß § 25b Abs 1 IO unwirksam.<sup>5</sup>

Der Hauptzweck des § 21 IO wird im Schutz der Insolvenzmasse gesehen,<sup>6</sup> die nicht an masseschmälernde oder in sonstiger Weise für sie nachteilige Verträge gebunden sein soll.<sup>7</sup> Dahinter steht allerdings – wie *Perner* über-

4 OGH 5 Ob 312/84; RIS-Justiz RS0064477; *Bartsch/Pollak*, Konkursordnung I<sup>3</sup> 126; *Perner* in KLS<sup>2</sup> § 21 IO Rz 27; *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 278; *Widhalm-Budak* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 21 IO Rz 245.

5 *Bartsch/Pollak*, Konkursordnung I<sup>3</sup> 124; *Gamerith* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht I<sup>4</sup> § 21 KO Rz 15; *Lehmann*, Kommentar I 144; *Perner* in KLS<sup>2</sup> § 21 IO Rz 5; *Widhalm-Budak* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 21 IO Rz 277.

6 OGH 6 Ob 102/07d; *Gamerith* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht I<sup>4</sup> § 21 KO Rz 2; *Perner* in KLS<sup>2</sup> § 21 IO Rz 3; *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 278; *Pitkowitz*, ÖJZ 1990, 679; *Widhalm-Budak* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 21 IO Rz 9.

7 OGH 8 Ob 45/09i; *Anzenberger*, Insolvenzfestigkeit 42; *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht<sup>5</sup> Rz 296; *Gamerith* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht I<sup>4</sup> § 21 KO Rz 2; *Perner* in KLS<sup>2</sup> § 21 IO Rz 3 f; *Widhalm-Budak* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 21 IO Rz 12.

zeugend hervorhebt<sup>8</sup> – zudem das gesamtgesellschaftliche Bedürfnis, „*Ordnung in das durch Insolvenz gestörte Synallagma zu bringen*“<sup>9</sup>, zumal es eines Auswegs aus dem Spannungsverhältnis zwischen „Nichtleistendürfen“ des Insolvenzverwalters und dem (insolvenzfesten<sup>10</sup>) Zurückbehaltungsrecht des Vertragspartners nach § 1052 ABGB bedarf.

## B. Anwendungsbereich des § 21 IO

### 1. Massebezogene Vertragsverhältnisse

§ 21 IO ist nur auf **Vertragsverhältnisse** anwendbar,<sup>11</sup> nicht hingegen auf Hoheitsakte,<sup>12</sup> gesetzliche Schuldverhältnisse,<sup>13</sup> dingliche Berechtigungen,<sup>14</sup> Schadenersatzansprüche,<sup>15</sup> Urheberrechte<sup>16</sup> oder Naturalrestitutionsansprüche geschädigter Anleger.<sup>17</sup> Das Rechtsgeschäft muss zum Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens bereits abgeschlossen sein.<sup>18</sup> Ein Unternehmensbezug ist nicht erforderlich; § 21 IO ist daher auch in der Privatinsolvenz anwendbar.<sup>19</sup>

---

8 *Perner* in KLS<sup>2</sup> § 21 IO Rz 4.

9 *Perner* in KLS<sup>2</sup> § 21 IO Rz 4.

10 *Widhalm-Budak* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 21 IO Rz 9; andere Ansicht wohl *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht<sup>5</sup> Rz 295; *Gamerith* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht I<sup>4</sup> § 21 KO Rz 2.

11 *Widhalm-Budak* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 21 IO Rz 31; vgl auch *Anzenberger*, Insolvenzfestigkeit 46; *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht<sup>5</sup> Rz 294; *Gamerith* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht I<sup>4</sup> § 21 KO Rz 3.

12 *Widhalm-Budak* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 21 IO Rz 30; vgl *Gamerith* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht I<sup>4</sup> § 21 KO Rz 1; *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 278.

13 *Perner* in KLS<sup>2</sup> § 21 IO Rz 11; vgl *Gamerith* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht I<sup>4</sup> § 21 KO Rz 3.

14 *Widhalm-Budak* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 21 IO Rz 73, 162 f; vgl *Kepplinger*, NZ 2001, 187.

15 *Perner* in KLS<sup>2</sup> § 21 IO Rz 11; vgl *Gamerith* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht I<sup>4</sup> § 21 KO Rz 3; *Widhalm-Budak* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 21 IO Rz 160.

16 *Widhalm-Budak* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 21 IO Rz 64; vgl auch *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 222.

17 In diesem Sinn OGH 1 Ob 208/17w EvBl 2018/126 (*Planitzer*) = VbR 2018/62 (*Fichtinger*); in der Folge 9 Ob 81/17b und 4 Ob 57/18p; RIS-Justiz RS0132005; siehe dazu auch *Perner* in KLS<sup>2</sup> § 21 IO Rz 11; andere Ansicht *Nunner-Krautgasser*, Zak 2018, 209 ff.

18 *Widhalm-Budak* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 21 IO Rz 31.

19 *Perner* in KLS<sup>2</sup> § 21 IO Rz 3.

Die Anwendung des § 21 IO setzt nach herrschender Auffassung zudem die **Massebezogenheit** des jeweiligen Vertrags voraus.<sup>20</sup> Zu verneinen sei diese etwa bei Verträgen über Persönlichkeitsrechte des Schuldners<sup>21</sup> oder Verträgen über nicht der Exekution unterworfenen Gegenstände.<sup>22</sup> Gleiches soll für Verträge über Leistungen gelten, die nur vom Schuldner persönlich (etwa künstlerische Leistungen)<sup>23</sup> oder nur an den Schuldner persönlich erbracht werden können (etwa Lehrstunden<sup>24</sup> oder Pflegeleistungen<sup>25</sup>).<sup>26</sup>

## 2. Synallagmatische Rechtsgeschäfte

§ 21 IO ist nur auf **synallagmatische** – also vollkommen zweiseitig verbindliche – **Verträge** anzuwenden.<sup>27</sup> Einseitige<sup>28</sup> (etwa die Auslobung) oder mehrseitige<sup>29</sup> Rechtsgeschäfte (etwa der Gesellschaftsvertrag) sind hiervon insofern ebenso wenig umfasst wie unentgeltliche Rechtsgeschäfte.<sup>30</sup> Erfasst sind beispielsweise Kaufverträge,<sup>31</sup> Werkverträge,<sup>32</sup> Tauschverträge,<sup>33</sup> Dauerbe-

20 *Gamerith* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht I<sup>4</sup> § 21 KO Rz 5; *Perner* in *KLS<sup>2</sup> § 21 IO Rz 6*; *Widhalm-Budak* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 21 IO Rz 14.

21 *Widhalm-Budak* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 21 IO Rz 14.

22 *Gamerith* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht I<sup>4</sup> § 21 KO Rz 5; *Perner* in *KLS<sup>2</sup> § 21 IO Rz 7*; *Widhalm-Budak* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 21 IO Rz 15; vgl *Kepplinger*, Synallagma 50.

23 *Kepplinger*, Synallagma 50 f; *Widhalm-Budak* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 21 IO Rz 15.

24 *Kepplinger*, Synallagma 49 f; *Widhalm-Budak* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 21 IO Rz 15.

25 *Gamerith* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht I<sup>4</sup> § 21 KO Rz 5.

26 *Perner* in *KLS<sup>2</sup> § 21 IO Rz 7*; *Widhalm-Budak* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 21 IO Rz 15.

27 OGH 7 Ob 2097/96z; siehe auch 4 Ob 157/05z; *Perner* in *KLS<sup>2</sup> § 21 IO Rz 9*; *Widhalm-Budak* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 21 IO Rz 33.

28 *Gamerith* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht I<sup>4</sup> § 21 KO Rz 3; *Perner* in *KLS<sup>2</sup> § 21 IO Rz 10*.

29 OGH 7 Ob 2097/96z; *Gamerith* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht I<sup>4</sup> § 21 KO Rz 3; *Höller*, ZIK 2004, 154; *Perner* in *KLS<sup>2</sup> § 21 IO Rz 9*; *Widhalm-Budak* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 21 IO Rz 164 ff.

30 *Gamerith* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht I<sup>4</sup> § 21 KO Rz 3; *Perner* in *KLS<sup>2</sup> § 21 IO Rz 9*; *Widhalm-Budak* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 21 IO Rz 146.

31 Vgl etwa bezogen auf den Kauf unter Eigentumsvorbehalt OGH 9 Ob 40/16x.

32 Vgl etwa OGH 1 Ob 135/05t.

33 *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht<sup>5</sup> Rz 294; *Gamerith* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht I<sup>4</sup> § 21 KO Rz 3; *Kodek*, Insolvenzrecht<sup>2</sup> Rz 302; *Widhalm-Budak* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 21 IO Rz 38.

zugs- und Energielieferverträge,<sup>34</sup> Versicherungsverträge,<sup>35</sup> Kreditverträge,<sup>36</sup> Bestandverträge (sofern das Bestandsobjekt noch nicht übergeben wurde<sup>37</sup>) oder Lizenzverträge.<sup>38</sup> Ohne Bedeutung ist die Klassifikation als Ziel- oder Dauerschuldverhältnis,<sup>39</sup> wobei bei Bestand- und Arbeitsverträgen die Bestimmungen der §§ 23 ff IO dem § 21 IO in deren Anwendungsbereich vorgehen.<sup>40</sup>

### 3. Beidseitig nicht vollständige Vertragserfüllung

Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 21 IO ist schließlich, dass der Vertrag zum Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung<sup>41</sup> vom Schuldner und dessen Vertragspartner **nicht** oder **nicht vollständig erfüllt ist**.<sup>42</sup> Dies ist grundsätzlich anhand der allgemeinen zivilrechtlichen Bestimmungen zu beurteilen.<sup>43</sup> Hat der Vertragspartner mangelhaft erfüllt, sodass dem Schuldner ein Gewährleistungsanspruch zukommt, liegt nach herrschender Auffassung keine vollständige Erfüllung im Sinn des § 21 IO vor.<sup>44</sup>

---

34 OGH 2 Ob 136/14k; *Gamerith* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzzrecht I<sup>4</sup> § 21 KO Rz 36; *Widhalm-Budak* in *Konecny*, Insolvenzzgesetze § 21 IO Rz 38.

35 OGH 5 Ob 312/84; 7 Ob 7/89; 7 Ob 168/12z; RIS-Justiz RS0064477; *Gamerith* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzzrecht I<sup>4</sup> § 21 KO Rz 3; *Nunner-Krautgasser/Reckenzaun*, ÖJZ 2019, 199; *Widhalm-Budak* in *Konecny*, Insolvenzzgesetze § 21 IO Rz 39.

36 *Gamerith* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzzrecht I<sup>4</sup> § 21 KO Rz 40; *Widhalm-Budak* in *Konecny*, Insolvenzzgesetze § 21 IO Rz 41.

37 OGH 8 Ob 345/97m; 2 Ob 228/01w; *Widhalm-Budak* in *Konecny*, Insolvenzzgesetze § 21 IO Rz 53.

38 *Perner* in *KLS*<sup>2</sup> § 21 IO Rz 13; *Widhalm-Budak* in *Konecny*, Insolvenzzgesetze § 21 IO Rz 61.

39 Vgl dazu OGH 4 Ob 135/09w; *Gamerith* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzzrecht I<sup>4</sup> § 21 KO Rz 3; *Perner* in *KLS*<sup>2</sup> § 21 IO Rz 7; *Widhalm-Budak* in *Konecny*, Insolvenzzgesetze § 21 IO Rz 35.

40 *Widhalm-Budak* in *Konecny*, Insolvenzzgesetze § 21 IO Rz 35.

41 *Gamerith* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzzrecht I<sup>4</sup> § 21 KO Rz 10; *Perner* in *KLS*<sup>2</sup> § 21 IO Rz 14; *Widhalm-Budak* in *Konecny*, Insolvenzzgesetze § 21 IO Rz 182.

42 *Gamerith* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzzrecht I<sup>4</sup> § 21 KO Rz 6; *Perner* in *KLS*<sup>2</sup> § 21 IO Rz 14; *Widhalm-Budak* in *Konecny*, Insolvenzzgesetze § 21 IO Rz 171.

43 *Gamerith* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzzrecht I<sup>4</sup> § 21 KO Rz 6; *König*, JBl 1995, 38; *Lehmann*, Kommentar I 141; *Perner* in *KLS*<sup>2</sup> § 21 IO Rz 14; *Widhalm-Budak* in *Konecny*, Insolvenzzgesetze § 21 IO Rz 172.

44 OGH 8 Ob 45/09i; 9 Ob 63/11x; *Gamerith* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzzrecht I<sup>4</sup> § 21 KO Rz 6; *Kernbichler*, JBl 2015, 418 f; *Perner* in *KLS*<sup>2</sup> § 21 IO Rz 17; *Riss*, ÖBA 2008, 23 ff; *Widhalm-Budak* in *Konecny*, Insolvenzzgesetze § 21 IO Rz 172 ff.

## C. Das Wahlrecht des Insolvenzverwalters

### 1. Allgemeines

Das Wahlrecht nach § 21 IO ist ein **Gestaltungsrecht**,<sup>45</sup> das der Insolvenzverwalter durch einseitige, empfangsbedürftige<sup>46</sup> und nicht an eine bestimmte Form gebundene Willenserklärung ausüben kann.<sup>47</sup> Bei **Eigenverwaltung** des Schuldners bedarf es für den Rücktritt gemäß § 171 Abs 1 S 2 IO der Zustimmung des Sanierungsverwalters,<sup>48</sup> die Erfüllungswahl ist (soweit es sich um ein Geschäft des gewöhnlichen Unternehmensbetriebs handelt) hingegen auch ohne Zustimmung möglich.<sup>49</sup> Übersteigt der **Wert des Geschäfts EUR 100.000**, so trifft den Insolvenzverwalter bei Ausübung seines Wahlrechts die Pflicht, dies dem Insolvenzgericht mindestens acht Tage im Vorhinein zusammen mit der Äußerung des Gläubigerausschusses mitzuteilen (§ 116 Abs 2 IO).<sup>50</sup> **Die Ausübung des Wahlrechts** kann sowohl ausdrücklich als auch konkludent erfolgen (bei Erfüllungswahl etwa durch Einklagung des Entgelts,<sup>51</sup> beim Vertragsrücktritt beispielsweise durch Anerkennnis der Schadenersatzforderung<sup>52</sup>), wobei als Beurteilungsmaßstab der Empfängerhorizont des Vertragspartners heranzuziehen ist.<sup>53</sup> Die Er-

45 *Gamerith in Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht I<sup>4</sup> § 21 KO Rz 15; *Perner in KLS<sup>2</sup> § 21 IO Rz 23*; *Widhalm-Budak in Konecny*, Insolvenzgesetze § 21 IO Rz 237.

46 OGH 2 Ob 27/13d; 6 Ob 208/13a; RIS-Justiz RS0128887.

47 OGH 4 Ob 2119/96p; *Gamerith in Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht I<sup>4</sup> § 21 KO Rz 16; *Perner in KLS<sup>2</sup> § 21 IO Rz 23*; *Widhalm-Budak in Konecny*, Insolvenzgesetze § 21 IO Rz 230.

48 Siehe dazu OGH 6 Ob 208/13a; RIS-Justiz RS0129727; *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht<sup>5</sup> Rz 296; *Perner in KLS<sup>2</sup> § 21 IO Rz 25*; *Riel in Konecny*, IRÄG 2010, 150; *Widhalm-Budak in Konecny*, Insolvenzgesetze § 21 IO Rz 223, 226; *Widhalm-Budak/Riel*, ZIK 2014, 203.

49 Siehe dazu OGH 6 Ob 208/13a; RIS-Justiz RS0129727; *Perner in KLS<sup>2</sup> § 21 IO Rz 25*; *Widhalm-Budak in Konecny*, Insolvenzgesetze § 21 IO Rz 223, 226; *Widhalm-Budak/Riel*, ZIK 2014, 203.

50 *Perner in KLS<sup>2</sup> § 21 IO Rz 24*; *Widhalm-Budak in Konecny*, Insolvenzgesetze § 21 IO Rz 225.

51 OGH 7 Ob 227/00h (im Anlassfall wurde die schlüssige Erfüllungswahl im Ergebnis aber verneint); *Gamerith in Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht I<sup>4</sup> § 21 KO Rz 16; *Perner in KLS<sup>2</sup> § 21 IO Rz 23*; *Widhalm-Budak in Konecny*, Insolvenzgesetze § 21 IO Rz 235.

52 *Perner in KLS<sup>2</sup> § 21 IO Rz 23*; *Widhalm-Budak in Konecny*, Insolvenzgesetze § 21 IO Rz 234.

53 Siehe dazu etwa OGH 7 Ob 227/00h; RIS-Justiz RS0064510; *Widhalm-Budak in Konecny*, Insolvenzgesetze § 21 IO Rz 233.

klärung nach § 21 IO kann nach herrschender Auffassung weder bedingt abgegeben<sup>54</sup> noch einseitig zurückgenommen werden.<sup>55</sup>

Hinsichtlich des Umfangs des Wahlrechts ist § 21 Abs 4 IO zu beachten: Sind die **geschuldeten Leistungen teilbar** und hat der Vertragspartner des Schuldners bei Verfahrenseröffnung bereits eine Teilleistung erbracht, so beschränkt sich das Wahlrecht auf die zum Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens wechselseitig noch nicht erbrachten Leistungen.<sup>56</sup> Der auf die vom Vertragspartner bereits erbrachte Teilleistung entfallende Betrag stellt aufgrund ausdrücklicher Anordnung in § 21 Abs 4 IO eine Insolvenzforderung dar. Für die Beurteilung der Teilbarkeit ist nach herrschender Auffassung der allgemeine zivilrechtliche Teilbarkeitsbegriff (vgl § 843 ABGB) insolvenzrechtlich zu modifizieren:<sup>57</sup> Ausschlaggebend ist, ob sich der Teilleistung ein konkreter Teil der Gegenleistung zuordnen lässt;<sup>58</sup> auf die Unmöglichkeit oder wirtschaftliche Untunlichkeit kommt es dabei nicht an.<sup>59</sup>

## 2. Rechtslage bis zur Ausübung des Wahlrechts

Mit Verfahrenseröffnung tritt das § 21 IO unterfallende Vertragsverhältnis zunächst in einen **Schwebezustand**,<sup>60</sup> wodurch dem Insolvenzverwalter die notwendige Zeit zur fundierten Entscheidung über die Ausübung des Wahlrechts eingeräumt werden soll.<sup>61</sup> Während dieser Zeit kann der Vertragspart-

---

54 *Gamerith* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht I<sup>4</sup> § 21 KO Rz 16; *Perner* in *KLS*<sup>2</sup> § 21 IO Rz 23; *Widhalm-Budak* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 21 IO Rz 230.

55 OGH 7 Ob 227/00h; RIS-Justiz RS0064566; *Gamerith* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht I<sup>4</sup> § 21 KO Rz 16; *Perner* in *KLS*<sup>2</sup> § 21 IO Rz 23; *Widhalm-Budak* in *Konecny*, IRÄG 2010, 36 f; *Widhalm-Budak* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 21 IO Rz 231.

56 *Gamerith* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht I<sup>4</sup> § 21 KO Rz 34; *Perner* in *KLS*<sup>2</sup> § 21 IO Rz 30; *Widhalm-Budak* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 21 IO Rz 391.

57 OGH 9 Ob 40/16x; RIS-Justiz RS0044162; *Gamerith* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht I<sup>4</sup> § 21 KO Rz 35; *Widhalm-Budak* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 21 IO Rz 385; in diesem Sinn auch *Perner* in *KLS*<sup>2</sup> § 21 IO Rz 31.

58 *Perner* in *KLS*<sup>2</sup> § 21 IO Rz 31; *Widhalm-Budak* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 21 IO Rz 381.

59 OGH 8 Ob 22/94; 9 Ob 40/16x; RIS-Justiz RS0044162 (T 3).

60 OGH 5 Ob 312/84; RIS-Justiz RS0064477; *Perner* in *KLS*<sup>2</sup> § 21 IO Rz 27; *Widhalm-Budak* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 21 IO Rz 245.

61 *Perner* in *KLS*<sup>2</sup> § 21 IO Rz 27.

ner seine Erfüllungsansprüche nicht durchsetzen<sup>62</sup> und nach zutreffender Ansicht auch nicht von einem allfälligen Rücktrittsrecht nach § 918 ABGB Gebrauch machen.<sup>63</sup> Unberührt bleiben hingegen die vertraglichen Rücktritts- und Kündigungsrechte des Vertragspartners,<sup>64</sup> wobei hier §§ 25a und 25b Abs 2 IO zu beachten sind.<sup>65</sup>

Zum Schutz der Interessen des Vertragspartners kommt diesem während des Schwebezustands gemäß § 21 Abs 2 S 1 IO das Recht zu, die Setzung einer **Frist zur Wahlrechtsausübung** zu begehren.<sup>66</sup> Diese (prozessuale<sup>67</sup>) Frist ist vom Insolvenzgericht zu bestimmen und darf frühestens drei Tage nach der Berichtstagsatzung enden (§ 21 Abs 2 S 2 IO).<sup>68</sup> Unterlässt der Insolvenzverwalter eine fristgerechte Äußerung, so gilt dies als Vertragsrücktritt (§ 21 Abs 2 S 5 IO).<sup>69</sup> Ist der Insolvenzschuldner **Schuldner einer Naturalleistung** und befindet er sich mit deren Erfüllung in Verzug, so kann der Vertragspartner den Insolvenzverwalter (ohne Zwischenschaltung des Insolvenzgerichts) formfrei zur Ausübung seines Wahlrechts auffordern.<sup>70</sup> Dieser hat sich dann unverzüglich nach Einlangen, spätestens aber innerhalb von fünf Arbeitstagen zu erklären (§ 21 Abs 2 S 4 IO), widrigenfalls wiederum ein Vertragsrücktritt angenommen wird.

62 *Perner* in KLS<sup>2</sup> § 21 IO Rz 27; *Widhalm-Budak* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 21 IO Rz 245.

63 So bereits die ältere Rechtsprechung OGH 1 Ob 295/53 JBl 1953, 630; 7 Ob 523/56 EvBl 1957/23 = JBl 1957, 218; *Duursma-Kepplinger*, Eigentumsvorbehalt 61 f; andere Ansicht etwa *F. Bydlinski* in *Klang/Gschnitzer*, Kommentar IV/2<sup>2</sup> 513; *Gamerith* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht I<sup>4</sup> § 21 KO Rz 28.

64 *Gamerith* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht I<sup>4</sup> § 21 KO Rz 28; *Widhalm-Budak* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 21 IO Rz 246.

65 Ausführlich zu diesen Bestimmungen in den Abschnitten III. und IV.

66 *Perner* in KLS<sup>2</sup> § 21 IO Rz 28; *Widhalm-Budak* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 21 IO Rz 247.

67 *Fruhstorfer* in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2017, 155; *Gamerith* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht I<sup>4</sup> § 21 KO Rz 29; *Nunmer-Krautgasser/Pateter*, ZInsO 2011, 2075; *Perner* in KLS<sup>2</sup> § 21 IO Rz 28; *Widhalm-Budak* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 21 IO Rz 251.

68 *Gamerith* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht I<sup>4</sup> § 21 KO Rz 29; *Perner* in KLS<sup>2</sup> § 21 IO Rz 28; *Widhalm-Budak* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 21 IO Rz 249.

69 *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht<sup>5</sup> Rz 299; *Gamerith* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht I<sup>4</sup> § 21 KO Rz 30; *Kodek*, Insolvenzrecht<sup>2</sup> Rz 307; *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 279; *Perner* in KLS<sup>2</sup> § 21 IO Rz 28; *Widhalm-Budak* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 21 IO Rz 252.

70 *Perner* in KLS<sup>2</sup> § 21 IO Rz 29; *Widhalm-Budak* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 21 IO Rz 261 f.

### 3. Rechtsfolgen der Ausübung des Wahlrechts

#### a) Erfüllungswahl

Wählt der Insolvenzverwalter die Erfüllung, so setzt sich das Vertragsverhältnis in materieller und formeller Hinsicht fort:<sup>71</sup> Das betrifft nicht nur die Haupt- und Nebenleistungspflichten,<sup>72</sup> sondern auch sämtliche Nebenvereinbarungen (etwa Gerichtsstands- oder Schiedsvereinbarungen)<sup>73</sup> sowie allenfalls bestehende Einwendungen<sup>74</sup> und Gestaltungsrechte.<sup>75</sup> Der Erfüllungsanspruch des Vertragspartners stellt dann gemäß § 46 Abs 1 Z 4 IO eine Masseforderung dar.<sup>76</sup>

Dem Vertragspartner kommt nach § 21 Abs 3 IO allerdings ein besonderes Zurückbehaltungsrecht zu: Wenn ihm die schlechten Vermögensverhältnisse des Schuldners weder bekannt waren noch bekannt sein mussten,<sup>77</sup> kann er seine Leistung bis zur Bewirkung oder Sicherstellung der Gegenleistung verweigern.<sup>78</sup> Anders als beim Zurückbehaltungsrecht nach § 1052 S 2 ABGB ist die „Gefährdung der Gegenleistung“ hier keine gesonderte Voraussetzung, weil die Insolvenz des Vertragspartners diese Gefährdung nach Auffassung des Gesetzgebers bereits hinreichend indiziert.<sup>79</sup>

---

71 OGH 6 Ob 208/13a; *Gamerith* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht I<sup>4</sup> § 21 KO Rz 20; *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 279; *Widhalm-Budak* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 21 IO Rz 347; vgl auch *Lehmann*, Kommentar I 148.

72 *Gamerith* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht I<sup>4</sup> § 21 KO Rz 20; *Perner* in *KLS*<sup>2</sup> § 21 IO Rz 33.

73 *Gamerith* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht I<sup>4</sup> § 21 KO Rz 20; *Perner* in *KLS*<sup>2</sup> § 21 IO Rz 33; *Widhalm-Budak* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 21 IO Rz 356.

74 *Gamerith* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht I<sup>4</sup> § 21 KO Rz 20; *Widhalm-Budak* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 21 IO Rz 355.

75 *Widhalm-Budak* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 21 IO Rz 354.

76 OGH 6 Ob 208/13a; 17 Ob 12/23y EvBl 2024, 165 (*Nunner-Krautgasser*) = JBl 2024, 262 (*Fidler*); *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht<sup>5</sup> Rz 301; *Gamerith* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht I<sup>4</sup> § 21 KO Rz 20; *Kodek*, Insolvenzrecht<sup>2</sup> Rz 310; *Perner* in *KLS*<sup>2</sup> § 21 IO Rz 34; *Widhalm-Budak* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 21 IO Rz 348.

77 *Gamerith* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht I<sup>4</sup> § 21 KO Rz 32; *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 278; *Widhalm-Budak* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 21 IO Rz 360.

78 *Perner* in *KLS*<sup>2</sup> § 21 IO Rz 39.

79 Siehe dazu Denkschrift 26, wonach die „Hervorhebung des Gefährdungsmoments [...] durch die Tatsache der Konkurseröffnung gegeben ist“.

## b) Rücktritt

Tritt der Insolvenzverwalter vom Vertrag zurück, so ist das **Vertragsverhältnis aufgelöst** und eine weitere Erfüllung unterbleibt.<sup>80</sup> Die ständige Rechtsprechung nimmt eine *Ex-nunc*-Wirkung<sup>81</sup> der Rücktrittserklärung an; im Schrifttum ist das umstritten.<sup>82</sup> Nachdem allerdings auch die Vertreter einer *Ex-nunc*-Wirkung in Bezug auf die bereits erbrachten Leistungen von der Existenz eines „bereicherungsrechtlichen Ausgleichsanspruchs“ ausgehen,<sup>83</sup> sind die praktischen Unterschiede zwischen diesen Sichtweisen gering.<sup>84</sup>

Der Vertragspartner des insolventen Schuldners kann den **Ersatz des ihm verursachten Schadens** als Insolvenzgläubiger verlangen (§ 21 Abs 2 S 3 IO); hierbei handelt es sich um eine (verschuldensunabhängige) Eingriffshaftung.<sup>85</sup> Der Schadenersatzanspruch umfasst das Erfüllungsinteresse,<sup>86</sup> Folgeschäden<sup>87</sup> sowie nach Rechtsprechung<sup>88</sup> und einem Teil der Lehre<sup>89</sup> auch den entgangenen Gewinn.

80 *Gamerith* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht I<sup>4</sup> § 21 KO Rz 152.

81 OGH 4 Ob 583/80; 8 Ob 45/09i; 6 Ob 208/13a; 9 Ob 40/16x; 8 Ob 26/21p; 9 Ob 44/22v; siehe auch RIS-Justiz RS0064493.

82 Für eine schuldrechtliche *Ex-nunc*-Wirkung *Bartsch/Pollak*, Konkursordnung I<sup>3</sup> 126; *Hock*, ÖJZ 1991, 298 ff; *Lehmann*, Kommentar I 151; *Nunner-Krautgasser/Reckenzaun*, ÖJZ 2019, 200; *Riss* in FS Fenyves 972; *Schartner*, wobl 2011, 266; *Widhalm*, ÖBl 2001, 209; *Widhalm-Budak* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 21 IO Rz 298; für eine schuldrechtliche *Ex-tunc*-Wirkung hingegen *F. Bydlinski* in *Klang/Gschnitzer*, Kommentar IV/2<sup>2</sup> 541 (FN 517); siehe auch *Böhm*, wobl 1999, 112; *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht<sup>5</sup> Rz 302; *Gamerith* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht I<sup>4</sup> § 21 KO Rz 24 mwN; vermittelnd *Perner* in KLS<sup>2</sup> § 21 IO Rz 45 f.

83 OGH 8 Ob 45/09i; 9 Ob 40/16x; vgl auch 4 Ob 583/80; 1 Ob 51/05i; *Widhalm-Budak* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 21 IO Rz 291 ff.

84 *Widhalm-Budak* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 21 IO Rz 298; vgl auch den Beitrag von *Told/Widhalm-Budak* in diesem Band.

85 *F. Bydlinski* in *Klang/Gschnitzer*, Kommentar IV/2<sup>2</sup> 542; *Gamerith* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht I<sup>4</sup> § 21 KO Rz 25; *Perner* in KLS<sup>2</sup> § 21 IO Rz 47; *Widhalm-Budak* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 21 IO Rz 323 mwN.

86 *Gamerith* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht I<sup>4</sup> § 21 KO Rz 25; *Perner* in KLS<sup>2</sup> § 21 IO Rz 49 f; *Widhalm-Budak* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 21 IO Rz 325.

87 *Perner* in KLS<sup>2</sup> § 21 IO Rz 52.

88 Siehe OGH 5 Ob 311/81; 4 Ob 541/88.

89 *Gamerith* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht I<sup>4</sup> § 21 KO Rz 25; *Riedler*, ÖJZ 2011, 911; andere Ansicht etwa *Riss* in FS Fenyves 978 f.

### III. Vertragsauflösungssperre nach § 25a IO

#### A. Allgemeines und Zweck

Der Zusammenhang zwischen Erfolgsaussichten einer Unternehmenssanierung und der Möglichkeit der Fortsetzung unternehmenswichtiger Vertragsverhältnisse<sup>90</sup> wurde bereits eingangs erwähnt. Aus diesem Grund schuf der Gesetzgeber des IRÄG 2010 mit § 25a IO eine **Vertragsauflösungssperre**, welche die bei Verfahrenseröffnung vorhandenen Vertragsbeziehungen während einer sechsmonatigen „Ruhephase“<sup>91</sup> vor grundlosen Auflösungen durch den Vertragspartner schützt. Stattdessen können Vertragspartner die Vertragsverhältnisse während dieses Zeitraums grundsätzlich nur mehr aus wichtigem Grund auflösen, wobei ein Verzug mit vor Verfahrenseröffnung fälligen Zahlungen gerade keinen wichtigen Grund darstellt. Dieser nicht unerhebliche Eingriff in die Rechtsposition des Vertragspartners ist aus Sicht des Gesetzgebers insofern gerechtfertigt, als die ab Eröffnung des Insolvenzverfahrens anfallenden Forderungen als Masseforderungen ohnehin zur Gänze zu befriedigen sind.<sup>92</sup>

#### B. Anwendungsvoraussetzungen

##### 1. Gefährdung der Unternehmensfortführung

Voraussetzung für die Anwendung des § 25a IO ist zunächst, dass die in Aussicht genommene Vertragsauflösung (zu diesem Begriff noch in Abschnitt III.C.1.) die **Fortführung des Unternehmens gefährden könnte**. Daraus ergibt sich bereits, dass § 25a IO nur bei Unternehmensfortführung,<sup>93</sup> also jedenfalls nicht im Schuldenregulierungsverfahren anwendbar ist.<sup>94</sup>

Das Tatbestandsmerkmal der Gefährdung der Unternehmensfortführung ist nach herrschender Auffassung großzügig auszulegen,<sup>95</sup> was schon mit

---

90 *Perner* in KLS<sup>2</sup> § 25a IO Rz 1.

91 Zum Begriff siehe OGH 1 Ob 157/13i; aus dem Schrifttum *Anzenberger*, Insolvenzfestigkeit 75; *Nunner-Krautgasser* in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2009, 94; *Wegscheider*, Vertragsgestaltung 33 f; *Widhalm-Budak* in *Konecny*, IRÄG 2010, 25.

92 ErläutRV 612 BlgNR 24. GP 13.

93 Ausdrücklich auch der Gesetzgeber in ErläutRV 612 BlgNR 24. GP 13; aus dem Schrifttum siehe etwa *Anzenberger*, Insolvenzfestigkeit 82 f; *Bollenberger* in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2010, 20; *Nunner-Krautgasser* in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2009, 94; *Perner* in KLS<sup>2</sup> § 25a IO Rz 11; *Widhalm-Budak* in *Konecny*, IRÄG 2010, 27.

94 *Bollenberger* in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2010, 20; *Perner* in KLS<sup>2</sup> § 25a IO Rz 11.

95 Vgl *Fichtinger/S. Foglar-Deinhardstein*, ÖBA 2010, 821; *Kernbichler*, ÖJZ 2015, 497 ff; *Perner* in KLS<sup>2</sup> § 25a IO Rz 12; *Riedler*, ÖJZ 2011, 910.

Blick auf die Notwendigkeit einer *Ex-ante*-Beurteilung dieser Anwendungsvoraussetzung notwendig ist: Unseres Erachtens ist für das Schuldnerunternehmen ein **notwendiger Kernvertragsbereich** zu definieren, der alle Vertragsverhältnisse erfasst, die unmittelbar mit dem Geschäftskonzept des Unternehmens zusammenhängen und bei denen der rasche Abschluss eines Deckungsgeschäfts unmöglich oder untunlich ist.<sup>96</sup> Fällt der fragliche Vertrag in diesen notwendigen Kernvertragsbereich, so ist davon auszugehen, dass seine Auflösung die Unternehmensfortführung gefährden könnte.

## 2. Erfasste Verträge

§ 25a IO trifft kaum Aussagen zu den erfassten Vertragstypen; lediglich auf Ansprüche auf Auszahlung von Krediten (§ 25a Abs 2 Z 2 IO) und Arbeitsverträge (§ 25a Abs 2 Z 3 IO) findet die Bestimmung *expressis verbis* keine Anwendung. Nach herrschender Auffassung gilt § 25a IO daher grundsätzlich für alle **zweiseitigen Verträge**, unabhängig davon, ob es sich um Ziel- oder Dauerschuldverhältnisse<sup>97</sup> oder um entgeltliche oder unentgeltliche Verträge handelt.<sup>98</sup> In der Entscheidung 6 Ob 64/20k sprach sich der sechste Senat gegen eine Anwendbarkeit des § 25a IO auf **mehrseitige Verträge** aus und beendete damit die zuvor im Schrifttum geführte Debatte über diese Frage.<sup>99</sup> Das Ergebnis mag auf den konkreten Anlassfall bezogen (es ging um die Frage der Anwendbarkeit auf Aufgriffsrechte in Gesellschaftsverträgen) überzeugen; die pauschale Annahme der Unanwendbarkeit auf mehrseitige Verträge im Allgemeinen scheint unseres Erachtens dennoch überzogen (siehe auch noch Abschnitt IV.A.2.a).<sup>100</sup>

96 Anzenberger, Insolvenzfestigkeit 85 f.

97 Bollenberger in Konecny, Insolvenz-Forum 2010, 18; Hoenig, RdW 2013, 515 f; Kernbichler, JBl 2015, 411; Mohr, ÖJZ 2010, 893; Nunner-Krautgasser/Pateter, ZInsO 2011, 2069; Perner in KLS<sup>2</sup> § 25a IO Rz 5.

98 Mohr, ÖJZ 2010, 893; Mohr, ZIK 2010, 86; Perner in KLS<sup>2</sup> § 25a IO Rz 5; Widhalm-Budak in Konecny, IRÄG 2010, 26; andere Ansicht Leupold, ZIK 2010, 170 (FN 29); Taufner, GesRZ 2011, 158 f.

99 Für die Anwendung der Vertragsauflösungssperre auf mehrseitige Verträge siehe mwN Fichtinger/S. Foglar-Deinhardstein, ÖBA 2010, 821; Konecny, ZIK 2010, 86; Leupold, ZIK 2010, 170; Mohr, ÖJZ 2010, 893; Nunner-Krautgasser in Konecny, Insolvenz-Forum 2009, 95; Umlauft, NZ 2012, 289 ff (mit Ausnahmen bei Aufgriffsrechten); dagegen Eckert in Konecny, Insolvenz-Forum 2010, 63 ff; Fellner, RdW 2010, 261 f; Fellner, NZ 2013, 11 ff; Trenker, JBl 2012, 288; Widhalm-Budak in Konecny, IRÄG 2010, 26 f.

100 Vgl dazu etwa auch R. Rastegar, ÖJZ 2021, 206, der den generellen Anwendungsausschluss für zu weit hält.

## C. Rechtsfolge: Temporäre Unzulässigkeit grundloser Vertragsauflösungen

### 1. Vertragsauflösung nur bei wichtigem Grund

Fällt das fragliche Vertragsverhältnis unter § 25a IO und würde seine Auflösung die Fortführung des Schuldnerunternehmens gefährden, dann können Vertragspartner die mit dem Schuldner geschlossenen Verträge **für sechs Monate nur aus wichtigem Grund auflösen**. Unter „Vertragsauflösung“ ist die Ausübung eines (gesetzlich oder vertraglich eingeräumten<sup>101</sup>) **einseitigen Gestaltungsrechts** zu verstehen, das zur Vertragsbeendigung führt.<sup>102</sup> Weiterhin zulässig und möglich sind hingegen die einvernehmliche Vertragsauflösung<sup>103</sup> sowie die Beendigung durch Zeitablauf<sup>104</sup> oder durch Eintritt einer auflösenden Bedingung.<sup>105</sup> Auch Willensmängel können während aufrechter Vertragsauflösungssperre weiterhin geltend gemacht werden.<sup>106</sup>

§ 25a IO sistiert die Ausübbarkeit grundloser („ordentlicher“) Lösungsrechte,<sup>107</sup> eine **Vertragsauflösung aus wichtigem Grund** ist hingegen nach wie vor zulässig:<sup>108</sup> Dies erfasst grundsätzlich alle nach allgemeinem Zivilrecht zur außerordentlichen Vertragsauflösung berechtigenden Gründe,<sup>109</sup>

---

101 Anstatt vieler siehe *Anzenberger*, Insolvenzfestigkeit 78; *Nunner-Krautgasser* in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2009, 98; *Perner* in KLS<sup>2</sup> § 25a IO Rz 3.

102 *Anzenberger*, Insolvenzfestigkeit 75; *Anzenberger* in *Nunner-Krautgasser/Kapp/Clavora*, JB Insolvenz- und Sanierungsrecht 2013, 224.

103 *Anzenberger*, Insolvenzfestigkeit 75; *Anzenberger* in *Nunner-Krautgasser/Kapp/Clavora*, JB Insolvenz- und Sanierungsrecht 2013, 224; *Mohr*, Sanierungsplan Rz 714; *Perner* in KLS<sup>2</sup> § 25a IO Rz 13.

104 *Anzenberger*, Insolvenzfestigkeit 76; *Bollenberger* in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2010, 26 f; *Mohr*, Sanierungsplan Rz 714; *Mohr*, ÖJZ 2010, 892; *Nunner-Krautgasser* in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2009, 97; *Perner* in KLS<sup>2</sup> § 25a IO Rz 13; *Schartner*, wobl 2011, 263; *Widhalm-Budak* in *Konecny*, IRÄG 2010, 28 mwN.

105 *Anzenberger*, Insolvenzfestigkeit 76; *Anzenberger* in *Nunner-Krautgasser/Kapp/Clavora*, JB Insolvenz- und Sanierungsrecht 2013, 224; *Perner* in KLS<sup>2</sup> § 25a IO Rz 13; andere Ansicht *Mohr*, Sanierungsplan Rz 715.

106 *Anzenberger*, Insolvenzfestigkeit 78 ff; *Rattacher*, ÖJZ 2017, 489; *Leupold/Ramharter*, GesRZ 2012, 241, die sich allerdings bei einem Irrtum über die Zahlungsfähigkeit des Schuldners eine abweichende Lösung vorstellen können; siehe auch *Perner* in KLS<sup>2</sup> § 25a IO Rz 20, der eine Anfechtung wegen Irrtums über die Zahlungsfähigkeit des Schuldners ausschließt.

107 *Anzenberger*, Insolvenzfestigkeit 100; *Fichtinger/S. Foglar-Deinhardstein*, ÖBA 2010, 821; *Mohr*, ÖJZ 2010, 892; *Nunner-Krautgasser* in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2009, 97; *Perner* in KLS<sup>2</sup> § 25a IO Rz 3; *Widhalm-Budak* in *Konecny*, IRÄG 2010, 28.

108 *Perner* in KLS<sup>2</sup> § 25a IO Rz 19.

109 *Anzenberger*, Insolvenzfestigkeit 100 f; *Perner* in KLS<sup>2</sup> § 25a IO Rz 19.

auch wenn diese vertraglich ausbedungen wurden<sup>110</sup> (wobei hier die Vereinbarungsbeschränkung des § 25b Abs 2 IO zu beachten ist<sup>111</sup>). Ausdrücklich **keinen wichtigen Grund** stellen gemäß § 25a Abs 1 Z 1 IO die Verschlechterung der wirtschaftlichen Situation des Schuldners – das betrifft die besonders praxisrelevanten *MAC-Klauseln*<sup>112</sup> – sowie gemäß § 25a Abs 1 Z 2 IO ein allfälliger Verzug des Schuldners mit vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens fällig gewordenen Forderungen dar.

Die Vertragsauflösungssperre gilt für einen Zeitraum von **sechs Monaten ab Eröffnung des Insolvenzverfahrens**. Maßgeblich ist hierbei der Zugang der Auflösungserklärung;<sup>113</sup> eine vor Verfahrenseröffnung zugegangene Kündigung bleibt daher auch dann wirksam, wenn der Kündigungstermin in die Sechsmonatsfrist fällt.<sup>114</sup> Ob während aufrechter Vertragsauflösungssperre vorgenommene Lösungserklärungen gänzlich unwirksam sind<sup>115</sup> oder aber mit Wegfall der Sperre wirksam werden,<sup>116</sup> ist umstritten; unseres Erachtens ist vor dem Hintergrund des Normzwecks aber die Annahme einer gänzlichen Unwirksamkeit vorzugswürdig.

## 2. Ausnahme bei grober Nachteiligkeit für den Vertragspartner

Neben den „Bereichsausnahmen“ bei Kredit- und Arbeitsverträgen (§ 25a Abs 2 Z 2 und 3 IO) gilt die Vertragsauflösungssperre gemäß § 25a Abs 2 Z 1 IO auch dann nicht, wenn die Auflösung des Vertragsverhältnisses zur Abwendung **schwerer persönlicher oder wirtschaftlicher Nachteile des Vertragspartners** unerlässlich ist. Im Schrifttum wird darüber diskutiert, ob diese Ausnahme eng („drohende Existenzvernichtung“)<sup>117</sup> oder großzügig

110 *Perner* in KLS<sup>2</sup> § 25a IO Rz 23.

111 Ausführlich dazu unter IV.A.

112 *Wetter/Simsa*, RdW 2010, 831; vgl *Pranter/Prem*, ZIK 2023, 183; vgl auch *Koschell/Vidreis*, GES 2021, 334.

113 *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht<sup>5</sup> Rz 330; *Fichtinger/S. Foglar-Deinhardstein*, ÖBA 2010, 821; *Kodek*, Insolvenzrecht<sup>2</sup> Rz 330; *Mohr*, Sanierungsplan Rz 712.

114 *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht<sup>5</sup> Rz 330; *Kodek*, Insolvenzrecht<sup>2</sup> Rz 330; *Mohr*, Sanierungsplan Rz 712; *Widhalm-Budak* in *Konecny*, IRÄG 2010, 28 mwN.

115 *Anzenberger*, Insolvenzfestigkeit 74; *Kernbichler*, wobl 2011, 7; *Konecny*, ZIK 2010, 86.

116 *Aigner*, Eigentumsvorbehalt 187; *Rattacher*, ÖJZ 2017, 490 ff; *Riedler*, ÖJZ 2011, 910.

117 *Ebmer*, bau aktuell 2010, 63 f; *Hoening*, RdW 2013, 516; *Spiegel/Benes*, RdW 2010, 756; *Widhalm-Budak* in *Konecny*, IRÄG 2010, 28 f mwN.

auszulegen ist;<sup>118</sup> letztere, unseres Erachtens überzeugendere Sichtweise bewirkt nicht zuletzt, dass diese Ausnahme als Korrektiv zum ebenfalls weit auszulegenden Begriff der „Gefährdung der Unternehmensfortführung“ herangezogen werden kann.<sup>119</sup> Letztlich ist hier jedenfalls eine Interessenabwägung vorzunehmen:<sup>120</sup> Je höher die Schutzbedürftigkeit des Vertragspartners ist und je schneller der Vertrag außerhalb des Insolvenzverfahrens beendet hätte werden können, umso eher ist von einer Unzumutbarkeit der Nichtausübbarkeit des Kündigungsrechts für den Vertragspartner auszugehen.<sup>121</sup>

## IV. Vereinbarungsbeschränkungen nach § 25b Abs 2 IO und § 26 Abs 3 ReO

### A. Vereinbarungsbeschränkungen nach der IO

#### 1. Allgemeines

§ 25b Abs 2 IO erklärt die **Vereinbarung eines Rücktrittsrechts oder der Vertragsauflösung** für den Fall der Eröffnung des Insolvenzverfahrens für unzulässig. Das „*bloße Faktum der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens*“ stellt nach Auffassung des Gesetzgebers<sup>122</sup> für sich alleine genommen nämlich keinen hinreichenden Grund für eine Vertragsauflösung dar. Dadurch sollen Sanierungsbemühungen des Schuldners insofern abgesichert werden, als die Vertragsauflösungssperre des § 25a IO die schuldnerischen Vertragsverhältnisse nicht vor – in der Praxis vor Inkrafttreten des IRÄG 2010 durchaus gängigen – *Ipso-facto*-Klauseln schützt.<sup>123</sup>

§ 25b Abs 2 IO wirkt **nicht erst ab Eröffnung des Insolvenzverfahrens**, sondern hat allgemein-zivilrechtliche Geltung.<sup>124</sup> Ein solches Verständnis ist

---

118 Anzenberger, Insolvenzfestigkeit 117; Fichtinger/S. Foglar-Deinhardstein, ÖBA 2010, 821 f; Perner in KLS<sup>2</sup> § 25a IO Rz 25 f.

119 Anzenberger, Insolvenzfestigkeit 117.

120 So bereits Mohr, Sanierungsplan Rz 727; Konecny in Jaufer/Nunner-Krautgasser/Schummer, Insolvenz- und Sanierungsrecht 125.

121 Anzenberger, Insolvenzfestigkeit 116.

122 ErläutRV 612 BlgNR 24. GP 13.

123 Anzenberger, Insolvenzfestigkeit 138 f; Dellinger/Oberhammer/Koller, Insolvenzrecht<sup>9</sup> Rz 335; Konecny, ZIK 2010, 86 f; Perner in KLS<sup>2</sup> § 25a IO Rz 3 sowie § 25b IO Rz 1.

124 Ausführlich Anzenberger, Insolvenzfestigkeit 133 ff; Anzenberger in Nunner-Krautgasser/Kapp/Clavora, JB Insolvenz- und Sanierungsrecht 2013, 226; Schopper/Skarics in Apathy/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht VII<sup>2</sup> Rz 1/403.

schon angesichts der *ratio* der Bestimmung erforderlich, um Umgehungsstrukturen hintanzuhalten, mit denen eine Vertragsauflösung (unzulässig) an Zeitpunkte vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens geknüpft werden soll.<sup>125</sup>

## 2. Der sachliche Anwendungsbereich des § 25b Abs 2 IO

### a) Erfasste Vertragstypen

Die Vereinbarungsbeschränkung nach § 25b Abs 2 IO ist ausschließlich auf **vertragliche**, nicht hingegen auf gesetzliche **Lösungsrechte** anwendbar.<sup>126</sup> Der offene Wortlaut – explizit ausgenommen sind nur gewisse Verträge des Finanzsektors gemäß § 20 Abs 4 IO – sowie die *ratio* der Bestimmung legen dabei eine **grundsätzliche Anwendbarkeit auf alle Vertragstypen** nahe:<sup>127</sup> Ob es sich um ein Ziel- oder Dauerschuldverhältnis handelt, ist dabei ebenso unerheblich<sup>128</sup> wie die Qualifikation als entgeltliches oder unentgeltliches Rechtsgeschäft.<sup>129</sup> Auch ein *prima vista* durchaus naheliegender Gleichlauf zu § 25a IO<sup>130</sup> ist aufgrund der unterschiedlichen Konstruktion der Bestimmungen nicht anzunehmen: Fragen des Unternehmens- oder des Massebezugs (vgl Abschnitte III.B.1. und II.B.1.) können bei Vertragsabschluss nämlich noch nicht (oder nicht hinreichend sicher) beurteilt werden, weshalb hier einer breiteren Auslegung das Wort zu reden ist.<sup>131</sup>

Lange umstritten war die Frage, ob § 25b Abs 2 IO auch mehrseitige Verträge – und dabei insbesondere Gesellschaftsverträge – betrifft.<sup>132</sup> Der OGH

125 Anzenberger, Insolvenzfestigkeit 134 f; Anzenberger in Nunner-Krautgasser/Kapp/Clavora, JB Insolvenz- und Sanierungsrecht 2013, 226 f; andere Ansicht Dellinger/Oberhammer/Koller, Insolvenzfestigkeit<sup>5</sup> Rz 336.

126 Anzenberger, Insolvenzfestigkeit 140.

127 Zu Sonderfragen bei Versicherungsverträgen siehe den Beitrag von Kapetanovic-Haim/Perner in diesem Band.

128 Vgl Hoenig, RdW 2013, 515 f; Nunner-Krautgasser/Pateter, ZInsO 2011, 2069; vgl ferner Perner in KLS<sup>2</sup> § 25b IO Rz 4.

129 Anzenberger, Insolvenzfestigkeit 73; Fichtinger/S. Foglar-Deinhardstein, ÖBA 2010, 821; Mohr, Sanierungsplan Rz 718; Perner in KLS<sup>2</sup> § 25b IO Rz 4; Widhalm-Budak in Konecny, IRÄG 2010, 26 mwN.

130 So etwa Wegscheider, Vertragsgestaltung 55; in diesem Sinn für Gesellschaftsverträge Weichselbaumer, Aufgriffsrechte 128.

131 Anzenberger, Insolvenzfestigkeit 140 f.

132 Für eine Anwendung auf mehrseitige Verträge Fichtinger/S. Foglar-Deinhardstein, ÖBA 2010, 821; Konecny, ZIK 2010, 86; Spitzer in FS Nowotny 417 f; dagegen Eckert in Konecny, Insolvenz-Forum 2010, 63 ff; Fellner, RdW 2010, 261 f; Leupold, ZIK 2010, 170 f; Taufner, GesRZ 2011, 158 f; Widhalm-Budak in Konecny, IRÄG 2010, 26 f.

hat mittlerweile allerdings klargestellt, dass das in § 25b Abs 2 IO angeordnete Verbot von Lösungsklauseln **nicht auf mehrseitige Verträge anwendbar** ist.<sup>133</sup> Dieses Ergebnis mag für Aufgriffsrechte in Gesellschaftsverträgen sachgerecht sein,<sup>134</sup> eine pauschale Ausnahme für alle mehrseitigen Verträge ist angesichts der *ratio* der Bestimmung aber wohl zu weit gegriffen.<sup>135</sup> Plausibler ist unseres Erachtens die Annahme einer grundsätzlichen Anwendbarkeit des § 25b Abs 2 IO (auch) auf mehrseitige Vertragsverhältnisse, die allerdings an manchen Stellen (etwa bei gesellschaftsvertraglichen Aufgriffsrechten) durch teleologische Reduktion zu korrigieren ist.<sup>136</sup>

### **b) Vereinbarung eines Rücktrittsrechts oder der Vertragsauflösung**

§ 25b Abs 2 IO untersagt die an die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens gekoppelte **Vereinbarung eines Rücktrittsrechts oder der Vertragsauflösung**. Mit ersterem sind zur Vertragsauflösung führende **Gestaltungsrechte**, mit zweiterem die Vertragsbeendigung bewirkende (Resolutiv-)Bedingungen gemeint.<sup>137</sup> Weiterhin zulässig sind hingegen an die Verfahrenseröffnung knüpfende **Vertragsänderungen**, wobei zu differenzieren ist: Jedenfalls unzulässig ist die Vereinbarung einer Vertragsänderung, die einer Vertragsauflösung gleichzuhalten ist<sup>138</sup> (etwa durch Übertragung der vertraglich eingeräumten Rechte<sup>139</sup>). Unseres Erachtens müssen Vertragsänderungen aber auch dann unwirksam sein, wenn sie eine **unsachliche** – also nicht durch die Sondersituation der Insolvenz gerechtfertigte – **Benachteiligung der Masse** bewirken würden. Während eine Umstellung der Zahlungskonditionen auf Zug-um-Zug-Leistung<sup>140</sup> daher etwa grundsätzlich wirksam

---

133 OGH 6 Ob 64/20k; vgl schon 1 Ob 153/17g.

134 Siehe dazu bereits unter III.B.2., wonach dasselbe Ergebnis methodisch auch auf anderem Weg erzielbar wäre.

135 Vgl dazu *R. Rastegar* (ÖJZ 2021, 206), wonach sich die „spezifischen Argumente zu den gesellschaftsvertraglichen Verträgen [...] jedenfalls nicht ohne weiteres auf andere übertragen“ lassen.

136 Vgl dazu *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzzrecht<sup>5</sup> Rz 333; *Weichselbaumer*, Aufgriffsrechte 127 f; ähnlich auch *R. Rastegar*, ÖJZ 2021, 205 f; siehe auch *Schmidsberger/Chalupsky/Duursma*, GES 2020, 11.

137 *Anzenberger*, Insolvenzfestigkeit 144 f; *Fichtinger/S. Foglar-Deinhardstein*, ÖBA 2010, 818, 822; *Leupold*, ZIK 2010, 169; *Nunner-Krautgasser/Konecny* in *Konecny*, IRÄG 2010, 42; *Perner* in *KLS*<sup>2</sup> § 25b IO Rz 2.

138 *Anzenberger*, Insolvenzfestigkeit 169 ff; *Perner* in *KLS*<sup>2</sup> § 25b IO Rz 10; *Widhalm-Budak* in *Konecny*, IRÄG 2010, 31.

139 *Anzenberger*, Insolvenzfestigkeit 150; *Fichtinger/S. Foglar-Deinhardstein*, ÖBA 2010, 823; *Mohr*, Sanierungsplan 709; *Schartner*, wobl 2011, 264.

140 Anstatt vieler siehe dazu *Anzenberger* in *Nunner-Krautgasser/Kapp/Clavora*, JB Insolvenz- und Sanierungsrecht 2013, 234; *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insol-

vereinbart werden kann, würde die Vereinbarung der Vervielfachung des marktüblichen Preises,<sup>141</sup> eines übermäßigen Kautionserlags<sup>142</sup> oder einer Pönale für den Fall der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens<sup>143</sup> einen Verstoß gegen § 25b Abs 2 IO darstellen.

### c) Vereinbarung für den Fall der Eröffnung des Insolvenzverfahrens

Seinem Wortlaut nach untersagt § 25b Abs 2 IO Lösungsklauseln, die auf die **Eröffnung eines Insolvenzverfahrens** abstellen. Ein allzu engherziges Verständnis dieser Wortfolge würde allerdings dazu führen, dass diese Bestimmung durch eine Anknüpfung an andere, zeitlich naheliegende Ereignisse umgangen werden könnte. Im Rahmen einer teleologischen Interpretation ist daher davon auszugehen, dass generell **kein Anknüpfungspunkt des formellen Insolvenzverfahrens bzw des Insolvenzeröffnungsverfahrens** (etwa die Insolvenzantragstellung, die Rechtskraft des Eröffnungsbeschlusses, die Bestellung eines Insolvenzverwalters *et cetera*) herangezogen werden kann.<sup>144</sup> Auch das **Vorliegen eines Insolvenzgrunds** stellt – zumal ein solcher eine zwingende Voraussetzung für die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens darstellt – keinen zulässigen Anknüpfungspunkt dar.<sup>145</sup> Anderes gilt im Licht des § 25b Abs 2 IO (zu § 26 Abs 3 ReO siehe in Abschnitt IV.B.) für eine „bloße“ Verschlechterung der wirtschaftlichen Situation, die für sich genommen noch nicht die Intensität eines Insolvenzgrunds erreicht hat.<sup>146</sup>

---

venzrecht<sup>5</sup> Rz 334; kritisch *Perner* (in KLS<sup>2</sup> § 25b IO Rz 15), der sämtliche Konditionsänderungen als problematisch erachtet, weil sie dem klar erkennbaren Ziel des Gesetzgebers zuwiderlaufen würden.

141 OGH 8 Ob 93/08x; *Abel*, ZIK 2009, 42 ff.

142 *Anzenberger*, Insolvenzfestigkeit 150; *Widhalm-Budak* in *Konecny*, IRÄG 2010, 32.

143 *Widhalm-Budak* in *Konecny*, IRÄG 2010, 30.

144 *Anzenberger*, Insolvenzfestigkeit 154 ff; in diesem Sinn auch *Perner* in KLS<sup>2</sup> § 25b IO Rz 9 f; vgl auch *Pranter/Prem* (ZIK 2023, 184), wonach jene Anknüpfungskriterien unzulässig sind, die im Zusammenhang zur Verfahrenseröffnung stehen; andere Ansicht *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht<sup>5</sup> Rz 336, die lediglich „*Formalklauseln*“, die an die Eröffnung des Insolvenzverfahrens anknüpfen, als unzulässig erachten; so auch *Fichtinger/S. Foglar-Deinhardstein*, ÖBA 2010, 823; *Weichselbaumer*, Aufgriffsrechte 128 f.

145 *Anzenberger*, Insolvenzfestigkeit 156; *Fichtinger/S. Foglar-Deinhardstein*, ÖBA 2010, 822.

146 *Anzenberger*, Insolvenzfestigkeit 157; *Fichtinger/S. Foglar-Deinhardstein*, ÖBA 2010, 824; *Wegscheider*, immolex 2015, 209; *Widhalm-Budak* in *Konecny*, IRÄG 2010, 31.

### 3. Rechtsfolgen

Die Vereinbarungsbeschränkung nach § 25b Abs 2 IO stellt eine Verbotsnorm im Sinn des § 879 Abs 1 ABGB dar;<sup>147</sup> ihr zuwiderlaufende vertragliche Vereinbarungen sind daher als **nichtig** zu qualifizieren.<sup>148</sup> Konkret handelt es sich um **eine absolute Teilnichtigkeit** der fraglichen Klausel.<sup>149</sup> Auch eine Auflösungserklärung, die aufgrund einer § 25b Abs 2 IO zuwiderlaufenden Vereinbarung abgegeben wurde, ist insoweit von vornherein rechtsunwirksam.<sup>150</sup>

## B. Vereinbarungsbeschränkungen nach der ReO

### 1. Allgemeines

Parallel zu § 25b Abs 2 IO enthält auch die ReO in ihrem § 26 Abs 3 eine **Vereinbarungsbeschränkung**: Unzulässig sind demnach vertragliche Vereinbarungen über die Verweigerung von Leistungen aus noch zu erfüllenden Verträgen oder deren vorzeitige Fälligestellung, Kündigung oder Abänderung in sonstiger Weise zum Nachteil des Schuldners allein wegen

- eines Antrags auf Einleitung eines Restrukturierungsverfahrens,
- eines Antrags auf Bewilligung einer Vollstreckungssperre,
- der Einleitung eines Restrukturierungsverfahrens,

---

147 Anzenberger, Insolvenzfestigkeit 160; Anzenberger in Nunner-Krautgasser/Kapp/Clavora, JB Insolvenz- und Sanierungsrecht 2013, 227.

148 Anzenberger, Insolvenzfestigkeit 160; Anzenberger in Nunner-Krautgasser/Kapp/Clavora, JB Insolvenz- und Sanierungsrecht 2013, 227; siehe auch Trettnak/Höfer, ZIK 2010, 205; vgl weiters Schopper/Skarics in Apathy/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht VII<sup>2</sup> Rz 1/403; andere Ansicht Fichtinger/S. Foglar-Deinhardstein, ÖBA 2010, 823, die eine Umdeutung der für den Fall der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens vereinbarten Kündigungsrechte in solche für den Eintritt der Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage vertreten, für automatische Vertragsauflösungsklauseln gelte das aber nicht; andere Ansicht jüngst auch Thomale (ÖJA 2024, 368 ff), wonach das Unwirksamkeitsverdikt generell einer gesetzeshermeneutischen Grundlage entbehre und die Rechtsfolge des § 25b Abs 2 IO in einer Ausübungs- und Berufungskontrolle der jeweiligen Vereinbarung bestehe, vgl dazu auch Thomale in FS Lovrek 814 ff.

149 Anzenberger, Insolvenzfestigkeit 162 f; Anzenberger in Nunner-Krautgasser/Kapp/Clavora, JB Insolvenz- und Sanierungsrecht 2013, 228 f; Pernert in KLS<sup>2</sup> § 25b IO Rz 2.

150 Anzenberger, Insolvenzfestigkeit 162 f; Anzenberger in Nunner-Krautgasser/Kapp/Clavora, JB Insolvenz- und Sanierungsrecht 2013, 228 f; Pernert in KLS<sup>2</sup> § 25b IO Rz 2; siehe dazu auch Konecny (in Jaufer/Nunner-Krautgasser/Schummer, Insolvenz- und Sanierungsrecht 134), wonach gegen § 25b IO verstößende Vereinbarungen von Beginn an nichtig sind.

- der Bewilligung einer Vollstreckungssperre als solcher oder
- einer solchen Verschlechterung der wirtschaftlichen Situation, die die Einleitung eines Restrukturierungsverfahrens ermöglicht.

Zwar haben Restrukturierungsverfahren in Österreich nach wie vor nahezu keine praktische Bedeutung,<sup>151</sup> § 26 Abs 3 ReO wird aber herrschend als **allgemein-zivilrechtliche Bestimmung** verstanden (und gilt somit unabhängig davon, ob ein Restrukturierungsverfahren eröffnet oder eine Vollstreckungssperre bewilligt wurde).<sup>152</sup> Denn auch hier (vgl zu § 25b Abs 2 IO Abschnitt IV.A.1.) wäre es ein Leichtes, die Vertragsschutzbestimmung durch die Anknüpfung an vor der Eröffnung des Restrukturierungsverfahrens liegende Momente zu umgehen. Damit ist § 26 Abs 3 ReO (und dabei insbesondere Z 5) aber für die Frage der insolvenzvorsorglichen Vertragsgestaltung ebenfalls beachtlich.

## 2. Der sachliche Anwendungsbereich des § 26 Abs 3 ReO

### a) Erfasste Vertragstypen

Der Wortlaut des § 26 Abs 3 ReO ist offen formuliert,<sup>153</sup> was (wiederum; vgl schon Abschnitt IV.A.2.a) einen weiten Anwendungsbereich indiziert.<sup>154</sup> Die systematische Verschränkung mit Abs 1 und 2 *leg cit* legt aber die Lesart nahe, dass nur jene Vertragstypen von der Vereinbarungsbeschränkung erfasst werden sollen, welche zumindest abstrakt von den Vertragsschutzbestimmungen nach § 26 Abs 1 und 2 ReO erfasst sein können.<sup>155</sup>

151 Vgl zum aktuell einzigen Restrukturierungsverfahren etwa *Liegl*, Ein Spezialverfahren für Pierer Industrie, <https://www.derstandard.at/story/3000000249249/worum-geht-es-bei-dem-spezialverfahren-das-die-ktm-mutter-retten-soll> (zuletzt abgerufen am 4.2.2025); *Die Presse*, Sanieren oder restrukturieren? <https://rdb.manz.at/document/rdb.tso.LIdiepresse20244807> (zuletzt abgerufen am 4.2.2025).

152 *Anzenberger* in *Mock/Zoppel*, ReO § 26 ReO Rz 22; *Anzenberger* in *Konecny*, RIRUG 139; vgl auch *Lind/Richter* in KLS<sup>2</sup> § 26 ReO Rz 27; *Reckenzaun*, AnwBl 2021, 579; *Trenker* in *Fidler/Konecny/Riel/Trenker*, ReO § 26 ReO Rz 33; ähnlich *Mohr* (ZIK 2021, 90), wonach die Anwendung von § 26 Abs 3 ReO „[...] von einer Vollstreckungssperre unabhängig ist“; vgl auch *Mooseder/Gerstberger* in *Aigner/Gerstberger/Mooseder/Zeitler*, Praxishandbuch 175.

153 *Anzenberger* in *Mock/Zoppel*, ReO § 26 ReO Rz 23; *Anzenberger* in *Konecny*, RIRUG 139; *Lind/Richter* in KLS<sup>2</sup> § 26 ReO Rz 22; *Trenker* in *Fidler/Konecny/Riel/Trenker*, ReO § 26 ReO Rz 25.

154 *Lind/Richter* in KLS<sup>2</sup> § 26 ReO Rz 22; für die Anwendung auf sämtliche Verträge *Trenker* in *Fidler/Konecny/Riel/Trenker*, ReO § 26 ReO Rz 25.

155 *Anzenberger* in *Mock/Zoppel*, ReO § 26 ReO Rz 23; *Anzenberger* in *Konecny*, RIRUG 139.

Ausdrücklich vom Anwendungsbereich des § 26 Abs 3 ReO ausgenommen sind gemäß Abs 4 *leg cit* *Netting*-Mechanismen der in § 20 Abs 4 IO genannten Geschäfte auf Finanz-, Energie- und Rohstoffmärkten.<sup>156</sup> Davon sieht S 2 *leg cit* allerdings eine Gegenausnahme vor: § 26 Abs 3 ReO ist dennoch auf Verträge anzuwenden, welche die für den Unternehmensbetrieb des Schuldners erforderliche Lieferung von Waren, Erbringung von Dienstleistungen oder Energieversorgung betreffen, es sei denn, diese Verträge nehmen die Gestalt einer am Markt oder der Börse notierten Position an, sodass sie jederzeit zum aktuellen Marktwert ersetzt werden können.<sup>157</sup> Bei Ansprüchen auf Auszahlung von Krediten und bei anderen Kreditzusagen ist gemäß § 26 Abs 5 ReO zudem der Kreis der untersagten Anknüpfungspunkte eingeschränkt: Weiterhin zulässig ist bei diesen Verträgen eine Anknüpfung an eine Verschlechterung der wirtschaftlichen Situation des Vertragspartners, die die Einleitung eines Restrukturierungsverfahrens erlauben würde.

## b) Erfasste Vereinbarungen

Mit § 26 Abs 3 ReO werden Vereinbarungen untersagt, die eine **Verweigerung von Leistungen** aus noch zu erfüllenden Verträgen oder ihre **vorzeitige Fälligestellung, Kündigung** oder **Abänderung zum Nachteil des Schuldners** erlauben, sofern diese eine Anknüpfung an bestimmte verpönte Umstände (siehe Abschnitt IV.B.2.c) vorsehen.<sup>158</sup> Ob diese Rechtsfolgen *eo ipso* oder durch Ausübung eines Gestaltungsrechts eintreten sollen, ist unerheblich.<sup>159</sup> Entsprechende gesetzliche Befugnisse (in Bezug auf Zurückbehaltungsrechte etwa § 1052 S 2 ABGB) werden zwar nicht von § 26 Abs 3 ReO berührt, können aber unter Umständen aufgrund von § 26 Abs 1 ReO während des laufenden Restrukturierungsverfahrens nicht ausgeübt werden.

Die unzulässigen Vertragsklauseln decken sich inhaltlich mit den Elementen der Vertragsschutzbestimmung nach § 26 Abs 1 ReO. Hier ist eine parallele

---

<sup>156</sup> Anzenberger in *Mock/Zoppel*, ReO § 26 ReO Rz 23; Anzenberger in *Konecny*, RIRUG 139; Lind/Richter in *KL S* § 26 ReO Rz 30; Trenker in *Fidler/Konecny/Riel/Trenker*, ReO § 26 ReO Rz 34; Wetter/Simsa, RdW 2021, 831.

<sup>157</sup> Anzenberger in *Mock/Zoppel*, ReO § 26 ReO Rz 23; Anzenberger in *Konecny*, RIRUG 139; Trenker in *Fidler/Konecny/Riel/Trenker*, ReO § 26 ReO Rz 34.

<sup>158</sup> Anzenberger in *Mock/Zoppel*, ReO § 26 ReO Rz 25; Anzenberger in *Konecny*, RIRUG 140; Trenker in *Fidler/Konecny/Riel/Trenker*, ReO § 26 ReO Rz 31.

<sup>159</sup> Vgl. Trenker in *Fidler/Konecny/Riel/Trenker*, ReO § 26 ReO Rz 31, der zwar von einem dem Schuldner eingeräumten Gestaltungsrecht spricht, aber wohl die Einräumung an den Vertragspartner meint.

Auslegung angezeigt,<sup>160</sup> zumal § 26 Abs 3 ReO gerade die Vertragsschutzbestimmungen vor Umgehungen absichern soll.<sup>161</sup> In Bezug auf **Vertragsänderungen** ist § 26 Abs 3 ReO insoweit deutlich restriktiver als § 25b Abs 2 IO, welcher nur unsachliche (siehe Abschnitt IV.A.2.b), nicht aber jegliche nachteilige Vertragsänderungen untersagt. Unzulässig ist daher etwa die Übertragung des Vertrags oder der Rechte daraus, die Anhebung der Leistungsverpflichtung (etwa die Anhebung eines Bestandzinses), die Verpflichtung zur Leistung einer Sicherheit oder eine für den Schuldner nachteilige Veränderung der Zahlungsmodalitäten (etwa eine Umstellung auf Vorleistung durch den Schuldner oder die Vereinbarung kürzerer Zahlungsintervalle).<sup>162</sup>

### c) Verpönte Anknüpfungspunkte

Die zuvor beschriebenen Formen der Vertragsgestaltung sind nicht *per se* unzulässig, sie dürfen allerdings nicht an die in § 26 Abs 3 Z 1–5 ReO **gelisteten Tatbestände geknüpft** werden. Während Z 1–4 formelle Eckpunkte des Restrukturierungsverfahrens auflistet (Antrag auf Einleitung [Z 1] oder die tatsächliche Einleitung [Z 3] des Restrukturierungsverfahrens; Antrag auf Bewilligung [Z 2] oder die tatsächliche Bewilligung [Z 4] einer Vollstreckungssperre), untersagt Z 5 die Anknüpfung an eine zur Eröffnung eines Restrukturierungsverfahrens führende Verschlechterung der wirtschaftlichen Situation des Schuldners.<sup>163</sup>

Wenngleich der Gesetzestext des § 26 Abs 3 ReO eine umfassendere Auflistung untersagter Anknüpfungspunkte als seine „Schwesterbestimmung“ (§ 25b Abs 2 IO) enthält, besteht hier das gleiche Problem: Ein zu enges Verständnis der verpönten Anknüpfungspunkte würde eine Umgehung problemlos ermöglichen und damit eine komplette Aushöhlung der Vereinbarungsbeschränkung nach § 26 Abs 3 ReO erlauben.<sup>164</sup> § 26 Abs 3 Z 1–4 ReO sind daher so zu verstehen, dass **keine formalen Eckpunkte der**

160 Anzenberger in *Mock/Zoppel*, ReO § 26 ReO Rz 25; Anzenberger in *Konecny*, RIRUG 140; *Trenker* in *Fidler/Konecny/Riel/Trenker*, ReO § 26 ReO Rz 31 und insbesondere FN 44.

161 Anzenberger in *Mock/Zoppel*, ReO § 26 ReO Rz 25; Anzenberger in *Konecny*, RIRUG 140; *Trenker* in *Fidler/Konecny/Riel/Trenker*, ReO § 26 ReO Rz 14.

162 Anzenberger in *Konecny*, RIRUG 137.

163 Anzenberger in *Mock/Zoppel*, ReO § 26 ReO Rz 26; Anzenberger in *Konecny*, RIRUG 140; *Lind/Richter* in *CLS<sup>2</sup>* § 26 ReO Rz 23; *Trenker* in *Fidler/Konecny/Riel/Trenker*, ReO § 26 ReO Rz 27; *Wetter/Simsa*, RdW 2010, 830.

164 Anzenberger in *Mock/Zoppel*, ReO § 26 ReO Rz 26; Anzenberger in *Konecny*, RIRUG 141; *Trenker* in *Fidler/Konecny/Riel/Trenker*, ReO § 26 ReO Rz 27.

**Eröffnung oder der Durchführung des Restrukturierungsverfahrens** wirksam als Anknüpfungspunkte vereinbart werden können.<sup>165</sup> Z 5 stellt demgegenüber auf eine zur Eröffnung eines Restrukturierungsverfahrens führende Verschlechterung der wirtschaftlichen Situation des Schuldners, also die **wahrscheinliche Insolvenz** im Sinn des § 6 ReO, ab. Dadurch wurde im Hinblick auf vereinbarte Vertragsauflösungen der bereits nach § 25b Abs 2 IO unzulässige Zeitpunkt der materiellen Insolvenz<sup>166</sup> sogar ein Stück nach vor verlagert.

### 3. Rechtsfolgen

Bei § 26 Abs 3 ReO handelt es sich (wie schon bei § 25b Abs 2 IO) um eine Verbotsnorm im Sinn des § 879 Abs 1 ABGB.<sup>167</sup> Aus dem Verbotszweck der Vereinbarungsbeschränkungen ergibt sich, dass dagegen verstoßende Vereinbarungen als **nichtig** zu erachten sind.<sup>168</sup> Ob es sich hierbei um eine absolute oder eine relative Nichtigkeit handelt, ist im Schrifttum umstritten.<sup>169</sup>

---

165 Anzenberger in *Mock/Zoppel*, ReO § 26 ReO Rz 26; Anzenberger in *Konecny*, RIRUG 141; *Lind/Richter* in *KLS*<sup>2</sup> § 26 ReO Rz 25a; *Trenker* in *Fidler/Konecny/Riel/Trenker*, ReO § 26 ReO Rz 29.

166 Anzenberger, *Insolvenzfestigkeit* 156; andere Ansicht wohl *Fichtinger/S. Foglar-Deinhardstein*, ÖBA 2010, 825; *Weichselbaumer*, *Aufgriffsrechte* 129.

167 Anzenberger in *Mock/Zoppel*, ReO § 26 ReO Rz 27; Anzenberger in *Konecny*, RIRUG 141; *Pranter/Prem*, *ZIK* 2023, 186; *Trenker* in *Fidler/Konecny/Riel/Trenker*, ReO § 26 ReO Rz 32.

168 Anzenberger in *Mock/Zoppel*, ReO § 26 ReO Rz 27; Anzenberger in *Konecny*, RIRUG 141; *Trenker* in *Fidler/Konecny/Riel/Trenker*, ReO § 26 ReO Rz 32; siehe dazu § 26 Abs 3 ReO (arg: „unzulässig“).

169 Für relative Nichtigkeit: Anzenberger in *Mock/Zoppel*, ReO § 26 ReO Rz 27; Anzenberger in *Konecny*, RIRUG 141; *Wetter/Simsa*, RdW 2021, 830; für absolute Nichtigkeit: *Lind/Richter* in *KLS*<sup>2</sup> § 26 ReO Rz 29; *Pranter/Prem*, *ZIK* 2023, 186; *Trenker* in *Fidler/Konecny/Riel/Trenker*, ReO § 26 ReO Rz 32 f.