RIRUG, Neuerungen im Restrukturierungs- und Insolvenzrecht, Konecny

Was will und kann die ReO? – Anwendungsbereich, Zweck und Mittel von Restrukturierungsverfahren (Trenker)

Trenker · 1. Aufl November 2021

Gliederung		Seite
1. Einleitung		33
2. Ein Blick in die RIRL		34
3. Einleitungsvoraussetzungen der ReO		35
3.1. Restrukturierungsbedarf: Wahrscheinliche Insolvenz		35
3.2. Restrukturierungsfähigkeit: Bestandfähigkeit/Nichtvorliegen von Zahlungsunfähigkeit		37
3.3. Sonstige Einleitungshindernisse (§ 6 Abs 3, 4 ReO)		39
4. Instrumente des Restrukturierungsplans		40
4.1. Restrukturierungsplanmaßnahmen – Einführung und Überblick		40
4.2. Keine Vertragsänderung ohne Zustimmung des Betroffenen		42
4.3. Forderungskürzung und -stundung betroffener Gläubiger		43
5. Bestätigungsvoraussetzungen des Restrukturierungsplans		45
6. Zusammenschau		47
6.1. Restrukturierungsbedarf und -fähigkeit als Kernvoraussetzung		47
6.2. Mittelfristige Vermeidung von Restrukturierungsbedarf als Ziel		48
6.3. Kürzung/Stundung bestehender Forderungen als spezifisches Restrukturierungsinstrument		48

Martin Trenker

Die ReO bezweckt – *nomen est omen* – die Restrukturierung eines restrukturierungsbedürftigen und -fähigen Schuldners durch in einem Restrukturierungsplan enthaltene Restrukturierungsmaßnahmen. Was unter einer Restrukturierung konkret zu verstehen ist, wer überhaupt restrukturierungsbedürftig und -fähig ist und was denn mögliche Restrukturierungsmaßnahmen eines Restrukturierungsplans sind, also die Fragen nach *Zweck,*

Anwendungsbereich und *Mitteln des Restrukturierungsverfahrens*, bedürfen jedoch einer näheren Analyse.

1. Einleitung

Die Antwort auf die Frage nach dem Anwendungsbereich, dem Zweck und den dafür zur Verfügung gestellten Mitteln eines zivilgerichtlichen Verfahrens sollte dem Rechtsanwender – abgesehen von unvermeidbaren Streitfragen im Detail – gewöhnlich keine allzu großen Probleme bereiten. Es ist (leider) bezeichnend für die legistischen Schwächen der ReO, dass das Restrukturierungsverfahren nicht einmal zu diesen fundamentalen Determinanten klare Antworten enthält. Vielmehr bedarf es einer umfassenden Gesamtschau unterschiedlichster und prima vista nicht immer ganz homogener Regelungen, um sich ein Bild darüber zu machen, *in welcher Situation* ein ReO-Verfahren *eingeleitet* werden kann, welche *Ziele* verfolgt werden und mit welchen *Mitteln* diese erreicht werden sollen.

Seite 33

2. Ein Blick in die RIRL

Die Schwierigkeiten bei der *Identifikation „des" Restrukturierungsziels* gehen zumindest teilweise auf die RIRL selbst zurück. Die Erwägungsgründe nennen eine Vielzahl von mittelbaren Zielen, von der Wahrung von Arbeitsplätzen, über den Schutz von Lieferanten, die Erhaltung von Knowhow (ErwGr 2, 4, 16 RIRL), die Reduktion notleidender Kredite (ErwGr 3 RIRL) bis zur Verbesserung der Lage von KMU (ErwGr 17 RIRL). Unmittelbares Ziel des präventiven Restrukturierungsrahmens ist jedoch in erster Linie eine *Insolvenzprävention* für Unternehmer in finanziellen Schwierigkeiten (Art 1 Abs 1 lit a, Art 4 Abs 1; ErwGr 1 RIRL): Anstelle einer Zerschlagung bzw Liquidation soll – wenn nötig gegen den Willen einzelner Beteiligter[1] – die frühzeitige Sanierung des Unternehmers möglich sein (vgl ErwGr 2, 4 RIRL).[2]

Zentrale Anwendungsvoraussetzung ist nach der RIRL die *wahrscheinliche Insolvenz* des Schuldners (Art 1 Abs 1 lit a RIRL). Umstrukturierungen ohne entsprechende Insolvenzgefahr sollen hingegen nicht deren Anwendungsbereich unterliegen.[3] Art 2 Abs 2 lit b RIRL überlässt den Bedeutungsgehalt der wahrscheinlichen Insolvenz (Art 2 Abs 2 lit a RIRL) – ebenso wie jenen der Insolvenz[4] – jedoch ausdrücklich nationalem Recht. Das lässt den MS naturgemäß einen gewissen Spielraum.

Dieser Spielraum soll zwar nach Teilen der Lehre dadurch beschränkt sein, dass sich der Anwendungsbereich des Restrukturierungsrahmens deutlich von jenem eines Insolvenzverfahrens unterscheiden müsse („Abstandsgebot zum Insolvenzverfahren").[5] Eine solche Vorgabe besteht mE allerdings zumindest im Ergebnis nicht, weil keine hinreichenden Gründe ersichtlich sind, die den MS eine überschießende Umsetzung durch Ausweitung des Anwendungsbereichs des Restrukturierungsrahmens auf schon insolvente, aber noch bestandfähige (dazu sogleich) Schuldner verbieten (zur entsprechenden Umsetzung in Österreich unten Pkt 3.2.).[6]

Trotz wahrscheinlicher Insolvenz setzt die RIRL ein Mindestmaß an Bestandfähigkeit des Schuldners voraus: Es müsse sich als wahrscheinlich erweisen, dass durch die Restrukturierungsmaßnahmen eine Insolvenz des Schuldners abgewendet und seine *Bestandfähigkeit gesichert* werden kann (ErwGr 1, 24 RIRL).[7] Dementsprechend ist eine Bestandfähigkeitsprüfung,

Seite 34

die darauf gerichtet ist, Schuldner ohne Aussicht auf Bestandfähigkeit vom Restrukturierungsrahmen auszuschließen, als Option der MS vorgesehen (Art 4 Abs 3 RIRL). In eine ähnliche Kerbe schlägt die Klarstellung, dass die Zulässigkeit der Liquidation von Unternehmen ohne Überlebenschance unberührt bleiben soll (ErwGr 3, 22 RIRL).[8]

Aus der erwähnten Zielsetzung der Insolvenzprävention für Unternehmer folgt, dass der Restrukturierungsrahmen der RIRL nicht auf *natürliche Personen*, die *kein Unternehmen* betreiben, anzuwenden ist (Art 1 Abs 1 lit h RIRL).[9] Den MS wird sogar die Option eingeräumt (von der Österreich systemkonform keinen Gebrauch gemacht hat [vgl § 2 Abs 1 Z 10 ReO]), ihren Restrukturierungsrahmen auf juristische Personen zu beschränken (Art 1 Abs 4 UAbs 2 RIRL), wohl unabhängig davon, ob diese ein Unternehmen betreiben.[10] Ausgenommen sind aber bestimmte Finanzdienstleister, für die besondere Aufsichts- oder Abwicklungsbehörden bestehen (vgl ErwGr 19 RIRL; § 2 Abs 1 Z 1–8 ReO), sowie öffentliche Stellen (Art 1 Abs 2 RIRL; § 2 Abs 1 Z 9 ReO).

3. Einleitungsvoraussetzungen der ReO

3.1. Restrukturierungsbedarf: Wahrscheinliche Insolvenz

Die ReO übernimmt aus der RIRL – neben dem soeben (oben Pkt 2.) erwähnten Erfordernis der *Unternehmereigenschaft* für natürliche Personen – die zentrale Einleitungsvoraussetzung der *wahrscheinlichen Insolvenz* wortwörtlich. Eine *Definition* der wahrscheinlichen Insolvenz enthält die ReO allerdings *nicht*. § 6 Abs 2 ReO ist vielmehr eher als „Begriffsannäherung" anhand weiterer nicht abschließend definierter und kaum voneinander abgrenzbarer Gesetzesbegriffe zu verstehen.

Wahrscheinliche Insolvenz wird erstens mit einer *Gefährdung des Bestands des schuldnerischen Unternehmens* gleichgesetzt. Ausweislich der Materialien ist diese Bestandgefährdung identisch zu jener nach § 273 Abs 2 UGB, die eine Berichtspflicht des Abschlussprüfers auslöst.[11] Dieser Tatbestand ist nach hL verwirklicht, wenn aufgrund bestimmter (Krisen-)Indikatoren ernsthaft damit zu rechnen ist, dass der Geschäftsbetrieb in absehbarer Zeit – zumeist wird auf einen Zeitraum von zwölf Monaten abgestellt – nicht mehr fortgeführt werden kann, also mit erheblicher Wahrscheinlichkeit Insolvenz oder Liquidation drohen.[12] Als bestandsgefährdende Tatsachen werden dementsprechend drohende Zahlungsunfähigkeit[13] oder Über

schuldung[14] genannt, ebenso anhaltende (Betriebs-)Verluste[15] oder der imminente Entzug von Fremdkapital ohne die Möglichkeit zur Aufnahme neuer Kredite.[16]

Zweitens wird die angesprochene *drohende Zahlungsunfähigkeit* von § 6 Abs 2 ReO explizit als – wohl unwiderlegbares („*insbesondere*") – Beispiel für wahrscheinliche Insolvenz genannt. ME sollte diese drohende Zahlungsunfähigkeit aus Gründen systematischer Kohärenz inhaltsgleich mit jener in § 167 Abs 2 IO – dort als Voraussetzung für die Einleitung eines Sanierungsverfahrens **–** interpretiert werden, auch wenn der mehr als naheliegende Verweis hierauf weder im Gesetz noch in den Materialien zu finden ist.[17] Nach der IO droht Zahlungsunfähigkeit jedenfalls, wenn aufgrund noch nicht fälliger, jedoch in absehbarer Zeit fällig werdender Verbindlichkeiten und unter Berücksichtigung der voraussichtlich paraten Zahlungsmittel die Zahlungsunfähigkeit eintreten wird.[18] Eine solche Prognose muss eine überschaubare Zeitspanne betreffen;[19] die Literatur zieht als Faustregel[20] – ebenfalls wie bei § 273 Abs 2 UGB – einen Zeitraum von zwölf Monaten heran.[21] Ob sich daran durch die Festlegung eines Prognosezeitraums von 24 Monaten in Deutschland (§ 18 Abs 2 InsO) im Rahmen des SanInsFoG etwas ändern wird, bleibt abzuwarten.

Drittens wird das Vorliegen wahrscheinlicher Insolvenz *gesetzlich vermutet* (§ 6 Abs 2 ReO), wenn der Unternehmer nur noch über eine Eigenmittelquote von unter 8 % verfügt und die fiktive Schuldentilgungsdauer über 15 Jahre beträgt. Es handelt sich dabei um die bereits aus dem *URG* bekannten und dort definierten *Warnkennzahlen* (§ 22 Abs 1 Z 1, §§ 23, 24 URG; vgl ferner § 2 Abs 1 Z 3 EKEG). Die Eigenmittelquote (§ 23 URG) gibt dabei Aufschluss über die Kapitalstruktur des Unternehmens,[22] während die fiktive Schuldentilgungsdauer – das ist jener Zeitraum, der benötigt würde, um alle eingegangenen Verbindlichkeiten wieder abzubauen – als Indikator für die „Finanzkraft" des Unternehmens dient.[23]

Diese Vermutung mag die praktische Handhabung des Kriteriums der wahrscheinlichen Insolvenz zwar zumindest bei rechnungslegungspflichtigen Schuldnern erheblich erleichtern, weil die Parameter einfach und ohne zusätzlichen Aufwand berechenbar sind.[24] Als *Rechtfertigung* für ein Verfahren, das mitunter *zwangsweise Eingriffe in die verfassungsrechtlich geschütz*

te Rechtsstellung der Gläubiger ermöglicht,[25] ist dieser vermutete Reorganisationsbedarf hingegen äußerst „mager". Man muss sich dafür nur vor Augen führen, dass ausweislich der in den Gesetzesmaterialien zum IRÄG 1997[26] angeführten Statistiken nur jedes fünfte buchmäßig reorganisationsbedürftige Unternehmen tatsächlich in die materielle Insolvenz schlittert.[27]

Dieser Makel fällt allerdings praktisch ohnehin kaum ins Gewicht, weil eine exakte inhaltliche Prüfung des Vorliegens wahrscheinlicher Insolvenz von vornherein nicht vorgesehen ist. Der Schuldner muss eine wahrscheinliche Insolvenz nur „darlegen" (§ 7 Abs 1 ReO), womit eine deutlich eingeschränkte Prüfpflicht des Restrukturierungsgerichts korrespondiert (§ 7 Abs 3 ReO): Der Antrag ist (nur) unzulässig, also vom Gericht ab- oder zurückzuweisen (?), wenn er missbräuchlich gestellt wird, weil *wahrscheinliche Insolvenz offenbar nicht vorliegt*. Da gegen die Einleitung des Verfahrens auch kein Rekurs oder sonstiger Rechtsbehelf für (voraussichtlich) betroffene Gläubiger vorgesehen ist (arg: § 7 Abs 5 ReO),[28] dürfte die Behauptung des Vorliegens wahrscheinlicher Insolvenz im Einleitungsverfahren (zur – unklaren – Prüfpflicht im Bestätigungsverfahren unten Pkt 5.) wohl nur einer Plausibilitätsprüfung unterliegen.

3.2. Restrukturierungsfähigkeit: Bestandfähigkeit/Nichtvorliegen von Zahlungsunfähigkeit

Anders als bei einem Insolvenzverfahren, unterhalb dessen Eintrittsschwelle nur noch die Antragsabweisung mangels Masse (§ 71b IO) existiert, muss ein vorinsolvenzlicher Restrukturierungsrahmen nicht nur das Mindestmaß der Krise festlegen, ab der er in Anspruch genommen werden darf („Restrukturierungsbedarf"). Zusätzlich ist am anderen Ende des Spektrums abzugrenzen, wann es für dieses Verfahren schon „zu spät" ist und nur mehr ein echtes Insolvenzverfahren Abhilfe schaffen kann/soll, der Schuldner also nicht mehr *restrukturierungsfähig* oder *-würdig* ist.

In Anlehnung an die RIRL (oben Pkt 2.) stellen die Materialien insofern zum einen klar, dass das Unternehmen grundsätzlich bestandfähig sein bzw werden muss.[29] Das Gesetz selbst äußert sich dazu dahingehend, dass ein Restrukturierungsplan begründen muss, warum seine Umsetzung die *Bestandfähigkeit des Unternehmens* gewährleisten wird; dies soll in Form einer *bedingten Fortbestehensprognose* erfolgen, die von der Annahme und Bestätigung des Plans ausgehen darf (§ 27 Abs 2 Z 8 ReO). Im Übrigen wird die Bestandfähigkeit zwar nicht explizit als Mindestvoraussetzung, ihre Sicherstellung dafür aber an prominenter Stelle (§ 1 Abs 1 ReO) als Ziel des ReO-Verfahrens bezeichnet (vgl ferner § 7 Abs 2, § 34 Abs 4, § 41 Abs 2 Z 8, § 45 Abs 8 ReO).

In einem Atemzug mit diesem Ziel wird in § 1 Abs 1 ReO auch das Abwenden einer *Zahlungsunfähigkeit* als erstrebenswertes Ergebnis eines Reorganisationsverfahrens genannt (s auch § 27 Abs 2 Z 8, § 34 Abs 4, § 41 Abs 2 Z 8, § 45 Abs 8 ReO). Damit geht einher, dass der Schuldner bei Antragstellung noch nicht zahlungsunfähig sein darf;[30] die Zahlungsfähigkeit ist insoweit unabhängig von den Möglichkeiten der ReO (Vollstreckungssperre, Forderungskürzung/-stundung) zu beurteilen.[31] Die Prüfpflicht des Restrukturierungsgerichts im Eröffnungsverfahren ist allerdings abermals (s schon oben Pkt 3.1.) darauf beschränkt, dass nur bei offenkundiger Zahlungsunfähigkeit eine missbräuchliche Antragstellung angenommen werden kann/muss (?), welche den Antrag unzulässig macht (§ 7 Abs 3 ReO).[32] Zudem schadet Zahlungsunfähigkeit[33] der Fortführung eines bereits eröffneten Restrukturierungsverfahrens gem § 24 Abs 3 ReO nicht

unbedingt: Vielmehr kann das Restrukturierungsgericht sogar trotz eines berechtigterweise auf Zahlungsunfähigkeit gestützten Insolvenzantrags das Verfahren fortsetzen, wenn die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens nicht im allgemeinen Interesse der Gläubiger ist (§ 24 Abs 3 S 1 ReO).[34] Es muss hierüber mit einem – mE anfechtbaren (arg: „rechtskräftigen") – Beschluss entscheiden, an dessen Rechtskraft das Insolvenzgericht gebunden ist (§ 24 Abs 3 S 3 ReO).[35] Diese zwar wenig systemkonforme, aber pragmatische Ausnahme geht auf Art 7 Abs 3 S 2 RIRL zurück.

Unmittelbar im Anschluss an die Thematisierung von § 24 Abs 3 ReO meinen die Materialien, dass das Insolvenzgericht den Insolvenzantrag nicht abzuweisen habe, sondern das Insolvenzeröffnungsverfahren in einen „ruhensähnlichen Zustand" trete.[36] Im Kontext des § 24 Abs 3 ReO vermag dies allerdings nicht zu überzeugen, weil diesfalls unklar wäre, wie sich dieser Zustand mit der Bindungswirkung des Beschlusses des Reorganisationsgerichts vertragen würde. Die entsprechende Passage der Materialien ist daher wohl nur auf einen Gläubigerantrag wegen Überschuldung zu beziehen. Steht einem auf Zahlungsunfähigkeit gestützten Insolvenzantrag hingegen ein *Beschluss nach* § 24 Abs 3 ReO *entgegen*, ist der *Antrag* mE *abzuweisen*.[37]

Ganz anders als Zahlungsunfähigkeit behandelt die ReO eine bereits eingetretene *Überschuldung* des Schuldners. Überschuldung hindert selbst bei jenen Rechtsträgern, für die sie grundsätzlich einen Insolvenzgrund darstellt (§ 67 Abs 1 IO), weder die Einleitung, die Fort

führung noch den (erfolgreichen) Abschluss eines Restrukturierungsverfahrens.[38] Damit korrespondiert zum einen die zwar nicht in § 1 Abs 1 ReO erwähnte, aber aus zahlreichen anderen Passagen hervorgehende Zielvorgabe der Beseitigung einer allenfalls bereits eingetretenen Überschuldung (§ 27 Abs 2 Z 8, § 34 Abs 4, § 41 Abs 2 Z 8, § 45 Abs 8 ReO). Zum anderen entfällt mit Wirksamwerden der Vollstreckungssperre – sei es auch nur gegenüber einem Gläubiger (!)[39] – die Insolvenzantragspflicht des Schuldners wegen Überschuldung. Zudem ist über einen (der Praxis freilich ohnedies weitgehend fremden)[40] Gläubigerantrag wegen Überschuldung ab diesem Zeitpunkt nicht mehr zu entscheiden; das Verfahren soll in einen *„ruhensähnlichen Zustand"* treten.[41]

Das Aussetzen der Insolvenzantragspflicht hat praktisch den Sinn, die antragspflichtigen organschaftlichen Vertreter iSd § 69 Abs 3 IO vor einer Insolvenzverschleppungshaftung zu bewahren. Da das *Zahlungsverbot* gem § 84 Abs 3 Z 6 AktG und – bei richtiger Auslegung[42] – auch jenes gem § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG nicht erst bei Eintritt der Insolvenzantragspflicht, sondern bereits ab materieller Insolvenz greift, bedurfte es einer zusätzlichen Ausnahme, die sich in § 25 ReO findet. Danach kommt es bei Zahlungen nach Eintritt der Überschuldung grundsätzlich zu keiner Haftung, wobei hiervon eine weitreichende Gegenausnahme für alle Zahlungen an Gläubiger angeordnet wird, die vom Restrukturierungsplan oder der Exekutionssperre erfasst werden.[43]

3.3. Sonstige Einleitungshindernisse (§ 6 Abs 3, 4 ReO)

Weitere Einleitungshindernisse finden sich in § 6 Abs 3 und 4 ReO. Erstens ist ein Restrukturierungsverfahren während eines *anhängigen Insolvenzverfahrens* nicht einzuleiten (§ 6 Abs 3 Z 1 ReO). Demgegenüber schweigt das Gesetz zur Frage, wie zu verfahren ist, wenn erst ein Insolvenz*antrag* anhängig ist. Richtigerweise gibt bei einem auf Zahlungsunfähigkeit[44] gestützten Gläubigerantrag wohl einfach die zeitliche Abfolge der jeweiligen Verfahrensschritte den Ausschlag, ob der „ReO-Antrag" gem § 6 Abs 3 Z 1 ReO wegen schon erfolgter Insolvenzeröffnung ab initio zurückzuweisen, ein eröffnetes Restrukturierungsverfahren gem § 41 Abs 2 Z 7

ReO einzustellen oder – nach Bewilligung einer Vollstreckungssperre – gem § 24 Abs 3 ReO (dazu oben Pkt 3.2.) vorzugehen ist.[45]

Ein impliziter Vorrang des ReO-Antrags, wie er sich aus § 70 Abs 2 S 2, § 167 Abs 1 Z 2, § 180 Abs 1 IO für den Antrag auf Eröffnung eines Sanierungsverfahrens ergibt,[46] ist dagegen nicht vorgesehen. Eine analoge Anwendung dieses Regelungskonzepts scheidet schon deshalb aus, weil das ReO-Verfahren bei Zahlungsunfähigkeit nur unter den strengen Voraussetzungen des § 24 Abs 3 ReO als Alternative zu einem „echten" Insolvenzverfahren fungieren darf.

Zweitens darf in den letzten *7 Jahren kein Restrukturierungs-* oder *Sanierungsplan* bestätigt worden sein (§ 6 Abs 3 Z 2 ReO). Der Gesetzgeber folgt damit der Anregung im Begutachtungsverfahren,[47] anders als noch in § 6 Abs 3 ME[48] nicht darauf abzustellen, ob in den letzten sieben Jahren ein Restrukturierungs- oder Sanierungsverfahren eröffnet wurde, sondern zu verhindern, dass der Schuldner in diesem Zeitraum mehrmals eine – eben auch im Konkursverfahren mögliche – Restschuldbefreiung *qua* Planbestätigung erhält. Nicht *per se* verboten ist damit eine sofortige, neuerliche Verfahrenseinleitung nach Scheitern (§ 41 ReO) eines ReO-Verfahrens; es gilt aber das Missbrauchsverbot gem § 7 Abs 3 ReO.

Darin, dass § 6 Abs 3 Z 2 ReO über Art 4 Abs 4 RIRL hinausgeht, zumal dieser nur von einer Beschränkung der Zugänge zu einem präventiven Restrukturierungsrahmen spricht, ist mE *keine Richtlinienwidrigkeit* zu erblicken. Art 4 Abs 4 RIRL sollte nämlich insoweit nicht ohne weiteres ein abschließender Charakter unterstellt werden, zumal dies zur Folge hätte, dass wertungsmäßig gleich zu behandelnde Ausschlussgründe anders behandelt werden müssten.

Schließlich begründet eine Verurteilung des Schuldners oder eines seiner organschaftlichen Vertreter wegen des *Bilanzdelikts gem* § 163a StGB ein *bedingtes Einleitungshindernis*: Eine Verfahrenseinleitung ist nur zulässig, wenn der Schuldner bescheinigt, geeignete Maßnahmen zur Behebung der (mit)ursächlichen Probleme für diese Tat ergriffen zu haben.

4. Instrumente des Restrukturierungsplans

4.1. Restrukturierungsplanmaßnahmen – Einführung und Überblick

Die Mittel, welche das Restrukturierungsverfahren bereithält, sind aus dem Gesetz noch weniger klar ersichtlich. Gemeint sind damit allerdings nicht die *flankierenden Instrumente*, welche das Zustandekommen und die Realisierung eines Restrukturierungsplans vor „voreiligen Schritten" bewahren sollen, also die Vollstreckungssperre (§§ 19 ff ReO) einschließlich eines Erlöschens von in den letzten 60 Tagen zuvor[49] begründeten exekutiven Pfandrechten (§ 20 Abs 1 ReO

iVm § 12 IO),[50] die Insolvenz(antragspflicht)sperre bei Überschuldung (§§ 24 f ReO)[51] sowie die Vertragsauflösungssperre (§ 26 Abs 1, 3 ReO).[52] Schwer zu fassen ist vielmehr, welche Möglichkeiten das *Herzstück* des Restrukturierungsverfahrens, der Restrukturierungsplan,[53] überhaupt bietet (zu seinen Inhaltserfordernissen s § 27 ReO).[54]

§ 1 Abs 2 ReO enthält zunächst eine äußerst weitreichende *Definition*, was unter den Begriff der Restrukturierung – wohlgemerkt ist dabei nicht vom Inhalt eines Restrukturierungsplans die Rede – falle. Der normative Wert der Regelung ist zweifelhaft. Der Sinn dürfte darin bestehen, den Kreis der in § 27 Abs 2 Z 7 lit a ReO anzugebenden Restrukturierungsmaßnahmen abzustecken. Dies ergibt sich daraus, dass die diesbezügliche „Vorbildbestimmung" des Art 8 Abs 1 lit g RIRL explizit auf Art 2 Abs 1 Nr 1 RIRL verweist. Freilich ist die Definition in § 1 Abs 2 ReO so weit gefasst, dass sich daraus wohl keine nennenswerte Einschränkung ergibt; sie bringt damit keinen Mehrwert gegenüber einer allgemeingültigen Definition à la § 6 URG, wonach alle Maßnahmen erfasst sind, die zur Verbesserung der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage beitragen. Im Übrigen ist die Definition aber sogar irreführend.[55] Denn entgegen erster Intuition gibt § 1 Abs 2 ReO keinen Aufschluss darüber, ob die genannten Maßnahmen nach dem Konzept der §§ 27 ff ReO gegen den Willen betroffener Personen umgesetzt werden können. Vielmehr ergibt sich aus den Materialien[56] und wohl auch aus § 39 Abs 3 ReO eindeutig, dass unter den

potenziellen Restrukturierungsmaßnahmen in einem Restrukturierungsplan zwischen *zwei Kategorien* unterschieden werden muss:

- einerseits Maßnahmen, die sich *gegen betroffene Gläubiger* richten und durch die *Bestätigung des Plans unmittelbar wirksam* werden (vgl § 29 Abs 1, § 39 Abs 1 ReO),
- andererseits Maßnahmen, die im Plan nur *vorgesehen* sind, aber in Wahrheit durch *eigenständige Rechtsgeschäfte* vollzogen werden müssen, ohne dass deren Zustandekommen durch den Mechanismus der §§ 27 ff ReO erleichtert würde.[57]

Maßnahmen ersterer Kategorie können zweckmäßigerweise als *„unmittelbar verbindliche Maßnahmen"* bezeichnet werden, darunter fallen insb Stundung und Verzicht, während es sich bei zweiterer Kategorie entweder um *„zustimmungsbedürftige Maßnahmen*" (zB neue Kredite, Umschuldung, Kapitalerhöhung) oder *„einseitige Maßnahmen*", insb Kündigung von Dauer

schuldverhältnissen, wie Arbeitsverträgen, handeln kann. Unabhängig davon wird eine Restrukturierung regelmäßig auch *rein betriebswirtschaftliche Maßnahmen* ohne Eingriffe in die Rechtsposition Dritter erfordern.

4.2. Keine Vertragsänderung ohne Zustimmung des Betroffenen

Zustimmungsbedürftige Maßnahmen, die im Plan nur verankert, aber nicht durch diesen abgeschlossen werden können, sind vor allem *Vertragsänderungen* und *-auflösungen*, wie § 39 Abs 3 S 1 ReO klarstellt. Die Zustimmungsbedürftigkeit dieser Maßnahmen darf auch nicht dadurch umgangen werden, dass Gläubiger im Plan zur Abgabe von Willenserklärungen gezwungen werden (§ 39 Abs 3 ReO).

Gesellschaftsrechtliche Gestaltungen (zB Kapitalschnitt,[58] *Debt-Equity-Swap*)[59] bedürfen dementsprechend ebenso der allgemein dafür vorgesehenen (zB § 119 UGB; §§ 49 ff GmbHG; §§ 145 ff AktG) Voraussetzungen (§ 37 Abs 1 S 2 ReO).Von der Wahlmöglichkeit, auch Sanierungsbeiträge gegen den Willen einzelner Anteilsinhaber durch deren unmittelbare Einbeziehung in den Restrukturierungsplan zu verlangen (vgl Art 12 RIRL), hat der österr Gesetzgeber damit bewusst keinen Gebrauch gemacht.[60]

Abhilfe gegen obstruierende Gesellschafter mit entsprechender Sperrminorität kann damit allenfalls eine – schon unabhängig von der ReO – diskutierte Zustimmungspflicht *qua* Treuepflicht schaffen.[61] § 37 Abs 1 S 3 ReO dürfte hingegen wegen der hohen Anforderungen auf Tatbestandsebene, vor allem aber wegen des engen Anwendungsbereichs, den ihm die Gesetzesmaterialien attestieren,[62] keine praxisrelevante Erleichterung für gesellschaftsrechtliche Maßnahmen bringen. Als weit bedeutsamer könnte sich – neben oder zur Kontinuierung der allgemeinen Treuepflicht – allerdings noch § 1184 Abs 2 ABGB erweisen: Danach kann bei Sanierungsbedürftigkeit, -würdigkeit und -fähigkeit eine Kapitalerhöhung bei gleichzeitigem Ausschluss der „obstruierenden" Gesellschafter mit einfacher Mehrheit be

schlossen werden.[63] Freilich ist gerade die subsidiäre Anwendbarkeit dieser Norm auf die im Kontext der ReO besonders interessierenden Rechtsformen der GmbH und AG umstritten und noch nicht höchstrichterlich geklärt.[64]

4.3. Forderungskürzung und -stundung betroffener Gläubiger

Unmittelbar durch Bestätigung des Restrukturierungsplans und damit auch gegen den Willen einzelner betroffener Gläubiger können demgegenüber primär *Forderungen gekürzt* und/oder *gestundet* werden (§ 29 Abs 1 ReO). § 28 S 2 ReO erlaubt insofern generell die Änderung der *„die Zahlung betreffenden Vertragsbedingungen*". Darüber hinaus erwähnen die Materialien die

Zulässigkeit der Einräumung von Informations- und Einsichtsrechten sowie von Verwertungs- und Verteilungsregelungen.[65]

Die Möglichkeit einer derartigen Modifikation von Forderungen gilt grundsätzlich sogar für *besicherte Forderungen* (§ 29 Abs 1 Z 1 ReO). Rechtskonstruktiv wird nach dem unmissverständlichen Wortlaut zwar nur die Forderung, nicht hingegen das Sicherungsrecht gekürzt; indirekt hat dies aber im zweipersonalen Sicherungsverhältnis (Akzessorietätsprinzip!) im Ergebnis zur Folge, dass die Sicherheit grundsätzlich in demselben Umfang wie die besicherte Forderung untergeht.[66] Jedoch ist dabei Folgendes zu bedenken: Die Forderungskürzung einer effektiv gesicherten Forderung bedeutet wegen § 11 Abs 1, § 149 Abs 1 S 1 IO wohl zwangsläufig eine Schlechterstellung im Vergleich zu einem Insolvenzverfahren. Das ist deshalb wesentlich, weil jeder besicherte Gläubiger, der einer Kürzung seiner Forderung nicht zustimmt, folglich den Restrukturierungsplan durch einen Antrag auf Überprüfung des Kriteriums des Gläubigerinteresses (§ 35 ReO) zu Fall bringen kann.[67] Der Schuldner müsste in solchen Konstellationen also darauf „pokern", dass der Gläubiger das mit diesem Antrag verbundene Kostenrisiko (§ 38 Abs 3 ReO) nicht in Kauf nehmen wird, was wegen des hohen Einsatzes (Misslingen der Restrukturierung!) aber kaum ratsam erscheint.

Zulässig, gewissermaßen durch § 29 Abs 2 ReO sogar implizit vorausgesetzt, ist indessen eine Forderungsgestaltung, bei der nur *teilweise gesicherte Gläubiger* mit dem gesicherten Teil ihrer Forderung auf den Schätzwert ihrer Sicherheit beschränkt werden und ihnen hinsichtlich des ungesicherten Teils ihrer Forderung nur die Restrukturierungsplanquote zugestanden wird. Die Forderungen besicherter Gläubiger können dementsprechend dauerhaft in den – zum maßgeblichen Zeitpunkt[68] – gesicherten und den ungesicherten Teil „aufgesplittet" werden,

wenn dies im Plan ausdrücklich angeordnet wird. Da dies trotz gewisser Unterschiede im Detail[69] dem Konzept des § 149 Abs 1 S 2 IO entspricht, wäre einem Antrag auf Überprüfung des Kriteriums des Gläubigerinteresses gem § 35 ReO in dieser Konstellation wohl kein Erfolg beschieden.

Der Rechtsbehelf gem § 35 ReO birgt übrigens zudem ein erhebliches Risiko bei der Forderungskürzung von *nachrangigen Gläubigern* (§ 29 Abs 1 Z 5 ReO): Wäre das *„voraussichtlich verwirklichbare Alternativszenario"* iSd § 35 ReO nämlich ein Sanierungsplan, ist zu bedenken, dass nachrangige Gläubiger nach Bestätigung eines Sanierungsplans – wenn auch erst nach Überwinden der Krise – Anspruch auf dieselbe Quote wie die nicht nachrangigen Insolvenzgläubiger haben (§ 14 EKEG).[70] Ihnen müsste daher im Restrukturierungsplan dieselbe Quote wie sonstigen unbesicherten Forderungen,[71] jedenfalls aber die gesetzliche Mindestquote für einen Sanierungsplan von 20 % (§ 141 Abs 1 IO) geboten werden. Andernfalls droht abermals ein – erfolgreicher – Antrag eines überstimmten nachrangigen Gläubigers wegen Verletzung des Kriteriums des Gläubigerinteresses gem § 35 ReO.[72]

Von einer Gestaltung durch den Restrukturierungsplan überhaupt ausgenommen sind indes nur die in § 3 Abs 1 ReO aufgezählten Forderungen. Neben den Forderungen von Arbeitnehmern (§ 3 Abs 1 Z 1, 2 ReO) ist für das systematische Verständnis vor allem wichtig, dass *nach Verfahrenseinleitung entstehende Forderungen* (§ 3 Abs 1 Z 3 ReO iVm § 46 Z 1, 2, 4, 5, 6 IO), sozusagen das Pendant zu Masseforderungen, durch den Plan nicht unmittelbar gestaltet werden dürfen. E contrario können nur Forderungen nach dem Mechanismus der §§ 27 ff ReO modifiziert werden, die im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung *bereits entstanden*. Zu diesem Entstehungszeitpunkt nur so viel: Einerseits schadet die erst nachträglich eintretende Fälligkeit einer Forderung ihrer Erfassung durch den Plan nicht, weil deren Fälligkeit für die Zwecke der Plangestaltung[73] gem § 28 S 3 ReO iVm § 14 Abs 2, § 15 IO bereits im Zeitpunkt der Verfahrenseinleitung fingiert wird.[74] Auch diese Fälligkeitsfiktion ändert freilich nichts daran, dass eine Forderung aus einem gegenseitigen Vertrag nicht ohne weiteres gekürzt oder gestundet

werden kann, mag sie auch im Zeitpunkt der Verfahrenseinleitung schon dem Grunde nach entstanden sein. Solange der Vertragspartner *nicht vorgeleistet* und dementsprechend noch ein aufrechtes Zurückbehaltungsrecht gem § 1052 S 1 ABGB hat, ist die Gestaltung seiner Forderung mE vielmehr unzulässig; dafür spricht nicht zuletzt der Verweis von § 28 S 3 ReO auf § 21 Abs 4 IO, der nur unter dieser Prämisse Sinn macht. Eine ausdrückliche Klarstellung dieser so wichtigen systematischen Weichenstellung, wie sie etwa § 3 Abs 2 StaRUG trifft, fehlt aber bedauerlicherweise.

Sehr wohl möglich ist es indessen, wie die Materialien ausdrücklich betonen,[75] *Zinsansprüche* neu zu gestalten. Der Gesetzgeber dürfte gerade eine Modifikation der Zinsen mit den *„die Zahlung betreffenden Vertragsbedingungen*" in § 28 S 2 ReO gemeint haben. Das gilt auch für Zinsen, die erst nach Verfahrenseinleitung oder der Einbringung des Restrukturierungsantrags entstehen, wenngleich sich das Stimmrecht solcher Gläubiger nach der Zinshöhe am Tag der Vorlage des Restrukturierungsplans richtet (§ 32 Abs 1 S 2 ReO). Wesentlich ist nur, dass die Forderung vor Verfahrenseröffnung entstanden ist. Im Ergebnis bedeutet das, dass auch künftige Zinsen aus bereits ausbezahlten *Kredit-* oder *Finanzierungsverträgen* gekürzt und gestundet werden können. Bei einer (teilweise) offenen Kreditlinie kann der Zinssatz hingegen – mangels Vorleistung des Kreditgebers – nicht einfach pro futuro für den Fall zukünftiger Ausnutzungen des Kreditrahmens herabgesetzt werden.[76]

5. Bestätigungsvoraussetzungen des Restrukturierungsplans

Aus den Bestätigungsvoraussetzungen seien an dieser Stelle lediglich jene Tatbestände herausgegriffen, die für das Verständnis der Funktionsweise und Ziele der ReO besonders aufschlussreich erscheinen.

Mit den im Rahmen der Einleitungsvoraussetzungen erwähnten Zielvorgaben (oben Pkt 3.2.) harmoniert zunächst der Versagungsgrund, *„wenn offensichtlich ist, dass der Restrukturierungsplan die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners oder den Eintritt der Überschuldung nicht verhindert, eine bereits eingetretene Überschuldung nicht beseitigt oder die Bestandfähigkeit des Unternehmens nicht gewährleistet*" (§ 34 Abs 4 ReO). Es handelt sich dabei übrigens auch um einen Einstellungsgrund (§ 41 Abs 2 Z 8 ReO).

Bemerkenswert ist ferner, dass die Bestätigung gem § 34 Abs 3 Z 1 ReO zu versagen ist, wenn *„ein Grund vorliegt, aus dem der Antrag auf Einleitung des Restrukturierungsverfahrens unzulässig ist (§ 7 Abs. 3)*". Aus dem Verweis auf § 7 Abs 3 ReO ergibt sich, dass jedenfalls das offensichtliche Nichtvorliegen von wahrscheinlicher Insolvenz oder das offensichtliche Vorliegen von Zahlungsunfähigkeit einen Versagungsgrund darstellt, während die Wahrnehmung der offenbaren Untauglichkeit des Restrukturierungsplans ohnehin bereits durch § 34 Abs 4 ReO sichergestellt ist. Im Übrigen wirft der Versagungsgrund des § 34 Abs 3 Z 1 ReO aber mehrere Fragen und Ungereimtheiten auf:

Unklar ist zunächst, ob wirklich nur ein *offensichtliches Einleitungshindernis* einen *Versagungsgrund* darstellt oder in diesem Stadium im Detail überprüft werden muss, ob der Schuldner überhaupt schon wahrscheinlich insolvent, aber noch nicht zahlungsunfähig ist. *Mohr*[77] tritt ohne Begründung für erstere Auslegung ein, mE ist hingegen der Prüfungsmaßstab nicht bloß auf Offenkundigkeit beschränkt. Abgesehen von verfassungsrechtlichen Bedenken gegen eine Auslegung, bei der wahrscheinliche Insolvenz als zentrale Legitimationsbasis für eine Forderungskürzung durch Mehrheitsentscheidung und/oder gerichtlichen *Cram-Down* in keinem Zeitpunkt wirklich überprüft werden muss/kann,[78] sprechen auch die Materialien davon, dass die gesetzlichen Einleitungsvoraussetzungen nach der Verfahrenseinleitung irgendwann einer vertieften materiellen Überprüfung zu unterziehen sind;[79] damit kann sinnvollerweise nur die gerichtliche Bestätigung gemeint sein.

In einem anderen Punkt ist der Verweis auf § 7 Abs 3 ReO aber zu weit geraten: Denn das Vorliegen von Zahlungsunfähigkeit, mag diese sogar offenkundig sein, kann bei konsequenter systematischer Interpretation dann keinen Versagungsgrund darstellen, wenn die Versagung nach den Maßstäben des § 24 Abs 3 ReO (vgl oben Pkt 3.2. bei und in FN 34) *„nicht im allgemeinen Interesse der Gläubiger ist*". Im Stadium der Bestätigung gilt dies anders als im unmittelbaren Anwendungsbereich von § 24 Abs 3 ReO mE sogar, wenn keine Vollstreckungssperre bewilligt wurde.

Ferner ist kein hinreichender Sachgrund ersichtlich, warum die Einleitungshindernisse nach § 6 Abs 3, 4 ReO, wie die ausschließliche Bezugnahme auf § 7 Abs 3 ReO suggeriert, keine Versagungsgründe sein sollen, wenn das Gericht von ihnen erst im Laufe des Verfahrens erfährt. Die besseren Gründe sprechen deshalb dafür, den Verweis auf § 7 Abs 3 ReO nicht als exklusiv, sondern sämtliche Einleitungshindernisse auch als Versagungsgründe zu verstehen.

Inhaltlich wird der Spielraum des Schuldners bei der Plangestaltung durch begrüßenswerte Bestätigungserfordernisse zur Wahrung der *Gläubigergleichbehandlung* beschränkt. Innerhalb der jeweiligen Gläubigerklassen müssen alle Gläubiger gleichbehandelt werden (§ 34 Abs 1 Z 2 ReO) und darf diese Vorgabe nicht durch Einräumung von *Sondervorteilen* (§ 150a IO) umgangen werden (§ 34 Abs 3 Z 2 Fall 1, § 39 Abs 4 ReO). Auch (freiwillige) Zahlungen an Gläubiger, deren Forderungen durch den Plan eigentlich gekürzt werden sollten, fallen mE wohl unter dieses Verbot von Sondervorteilen. Ferner wird das Gleichbehandlungsprinzip dadurch abgesichert, dass der Schuldner die betroffenen und nicht betroffenen Gläubiger im Plan anzugeben hat (§ 27 Abs 1 Z 4, 6 ReO) und die Sachgemäßheit dieser Auswahl vor und bei entsprechender Einwendung nochmals in der Restrukturierungsplantagsatzung gerichtlich überprüft wird (§ 30 Abs 1 Z 4, § 34 Abs 3 Z 4 ReO). Dasselbe gilt für die Sachgemäßheit der Einteilung der Gläubigerklassen (§ 30 Abs 1 Z 3, § 34 Abs 3 Z 4 ReO). Flankiert werden diese Anordnungen schließlich dadurch, dass das *wissentliche Verschweigen von Gläubigern* einen eigenen Versagungsgrund darstellt (§ 34 Abs 3 Z 3 ReO), der im Ergebnis sogar bis zu drei Jahre nach rechtskräftiger Bestätigung zum Wegfall einer im Plan angeordneten Restschuldbefreiung führen kann (§ 42 ReO).

Hingegen kann der Versagungsgrund für den Fall, dass der Schuldner nicht alle *nicht unter den Plan fallenden fälligen* und *feststehenden Forderungen* bezahlt hat (§ 34 Abs 3 Z 3 ReO), nicht mit dem Gleichbehandlungsgebot oder sonstigen Interessen der vom Plan betroffenen Gläubiger begründet werden. Es handelt sich dabei eher um eine Art „Wohlverhaltensobliegenheit", deren rechtspolitische Rechtfertigung allerdings überprüfungsbedürftig erscheint. Ein identischer Schutz sämtlicher nicht planbetroffener Gläubiger, wie er im Insolvenzverfahren Massegläubigern wegen ihrer spezifischen Funktion in einem Insolvenzverfahren zu Teil wird (§ 152a Abs 1 Z 2 IO), erscheint mE fragwürdig.

6. Zusammenschau

6.1. Restrukturierungsbedarf und -fähigkeit als Kernvoraussetzung

Ein Verfahren nach der ReO setzt – auch wenn dies offenbar nicht ernsthaft geprüft werden soll – eine *Krise* des Schuldners voraus, die zumindest das Stadium *wahrscheinlicher Insolvenz* erreicht haben muss, aber *noch nicht* so weit fortgeschritten sein darf, dass der Schuldner bereits *zahlungsunfähig* geworden oder gar schon ein *Insolvenzverfahren eröffnet* worden ist. Das Spektrum der ein Restrukturierungsverfahren rechtfertigenden Krise reicht damit von einer *Bestandgefährdung*, bei der ein Eintritt der Zahlungsunfähigkeit binnen zwölf Monaten ohne „Restrukturierungsmaßnahmen" überwiegend wahrscheinlich erscheint (vgl § 1 Abs 2 URG),[80] was bei Unterschreiten der Eigenmittelquote von 8 % und einer fiktiven Schuldentilgungsdauer von mehr als 15 Jahren vermutet wird, bis hin zu einer *insolvenzrechtlichen Überschuldung* oder einer *unmittelbar bevorstehenden Zahlungsunfähigkeit*. Der Unternehmer muss aber in jedem Fall noch insoweit *bestandfähig* sein, als durch die avisierten Restrukturierungsmaßnahmen eine bereits eingetretene Überschuldung beseitigt und eine drohende Zahlungsunfähigkeit oder

Überschuldung für einen mittelfristigen Prognosezeitraum (dazu sogleich Pkt 6.2.) mit überwiegender Wahrscheinlichkeit abgewendet werden kann (bedingte Fortbestehensprognose).

Es zeigt sich damit deutlich, dass die ReO *kein reines vorinsolvenzliches Verfahren* etabliert, sondern im Falle der *Überschuldung* als prinzipiell *gleichwertige Alternative zu Konkurs- und Sanierungsverfahren* fungiert.[81] Vom Anwendungsbereich des Konkursverfahrens unterscheidet sich jener der ReO lediglich dadurch, dass er schon bei wahrscheinlicher Insolvenz, aber nicht mehr bei Zahlungsunfähigkeit gegeben ist. Wesentlicher Unterschied zum Anwendungsbereich des Sanierungsverfahrens ist im Großen und Ganzen überhaupt nur der Ausschlussgrund der (offenkundigen) Zahlungsunfähigkeit im ReO-Verfahren, während sich die Eintrittsschwelle der drohenden Insolvenz (§ 167 Abs 2 IO) weitgehend mit jener der wahrscheinlichen Insolvenz iSd § 6 Abs 2 ReO überschneiden dürfte (oben Pkt 3.1).

Freilich bleibt die Einrichtung des Restrukturierungsverfahrens als Alternative bei Überschuldung systematisch halbherzig: Denn der Gesetzgeber lässt die Insolvenzantragspflicht in

§ 69 Abs 2 IO unverändert.[82] Ein organschaftlicher Vertreter, der nicht binnen längstens 60 Tagen eine Vollstreckungssperre iSd § 19 ReO und damit eine Aussetzung der Insolvenzantragspflicht gem § 24 ReO erwirkt, handelt folglich rechtswidrig, selbst wenn bereits innerhalb des Zeitraums des § 69 Abs 2 IO die Einleitung eines Restrukturierungsverfahrens beantragt wurde. Insoweit besteht genau genommen kein echtes Wahlrecht zwischen Insolvenz- und Restrukturierungsverfahren.[83]

6.2. Mittelfristige Vermeidung von Restrukturierungsbedarf als Ziel

Bemerkenswerterweise markieren die skizzierten Anwendungsvoraussetzungen der ReO indirekt zugleich deren Ziel: Der *Restrukturierungsbedarf* des Schuldners[84] soll in einer Weise *behoben* werden, dass eine materielle Insolvenz über einen mittelfristigen Prognosezeitraum nicht einmal mehr wahrscheinlich ist. Konkret muss das *„Mindestergebnis"* des bestätigten und umgesetzten Restrukturierungsplans dementsprechend wohl sein, dass *Bestand* und *Zahlungsfähigkeit des Schuldners* für zumindest rund *zwölf Monate*[85] mit *überwiegender Wahrscheinlichkeit sichergestellt* sind.

6.3. Kürzung/Stundung bestehender Forderungen als spezifisches Restrukturierungsinstrument

Um diese Restrukturierungsziele zu erreichen, kann im Restrukturierungsplan grundsätzlich jede geeignete Maßnahme *vorgesehen* werden. Die *rechtsgeschäftlichen Voraussetzungen* für deren Zustandekommen werden aber durch das Restrukturierungsverfahren nur insoweit modifiziert, als ein *Erlass*, eine *Stundung* oder eine sonstige Änderung der *Zahlungsbedingungen* für eine *Forderung*, die dem Grunde nach vor Verfahrenseinleitung entstanden ist, angeordnet wird. Solche Maßnahmen können bei Zustimmung aller Gläubigerklassen mit entsprechender Mehrheit (§ 33 ReO) auch *gegen den Willen betroffener Gläubiger* effektuiert werden, wobei selbst die fehlende Zustimmung einzelner Klassen gem § 36 ReO ersetzt werden kann.[86] Stets erforderlich ist dabei die Wahrung der *Gleichbehandlung der Gläubiger*, wobei dies nicht nur durch ein Diskriminierungsverbot innerhalb der Gläubigerklassen und ein Verbot der Gewährung von Sondervorteilen sowie der Verheimlichung von Gläubigern, sondern auch durch ein

Sachlichkeitsgebot bei der Auswahl der betroffenen Gläubiger und Einteilung der Gläubigerklassen sichergestellt wird.

Andere Eingriffe in die Rechte Beteiligter können dementsprechend zwar in den Plan aufgenommen werden (vgl zu gesellschaftsrechtlichen Maßnahmen § 37 Abs 3 ReO). Eine *Erleichterung* gegenüber einem parallelen „außerplanmäßigen" Zustandekommen der Maßnahme

bringt dies jedoch *nicht*. Dafür gilt wegen des Zustimmungserfordernisses der Betroffenen grundsätzlich kein Gleichbehandlungsgebot.

---

[1] Die Bewältigung des Akkordstörer-Problems ist insoweit wesentliches „Mittel zum Zweck" (*Mohr*, Die Richtlinie über Restrukturierung und Insolvenz – ein kurzer Gesamtüberblick, ZIK 2019/115, 86; in Deutschland dazu ausf *Skauradszun*, Grundfragen des StaRUG – Ziele, Rechtsnatur, Rechtfertigung, Schutzinstrumente, KTS 2021, 1 [7 f]).

[2] *Mohr*, ZIK 2019/115, 86.

[3] *Freitag*, Grundfragen der Richtlinie über präventive Restrukturierungsrahmen und ihre Umsetzung in das deutsche Recht, ZIP 2019, 541 (546); so auch *Mohr,* Der präventive Restrukturierungsrahmen – Titel II der Richtlinie über Restrukturierung und Insolvenz, in *Jaufer/Nunner-Krautgasser/Schummer*, Unternehmenssanierung mit Auslandsbezug (2019) 15 (20); vgl ferner ErwGr 24 RIRL; *Jurgutyte-Ruez/Urthaler,* Der präventive Restrukturierungsrahmen in der Restrukturierungs-RL, ZIK 2019/116, 91 (91 f mwN).

[4] Das harmoniert damit, dass auch die EuInsVO 2015 den Begriff der Insolvenz nicht definiert, sondern gem Art 7 Abs 2 S 1 *leg cit* der *lex fori concursus* überlässt (statt vieler Trenker in Koller/Lovrek/Spitzer, IO [2019] Art 7 EuInsVO Rz 30).

[5] So in Deutschland insb *Freitag*, ZIP 2019, 541 (546, 550).

[6] Im Ergebnis ebenso *Mohr* in *Jaufer/Nunner-Krautgasser/Schummer*, Unternehmenssanierung 15 (26 ff); vgl ferner *Mohr*, ZIK 2019/115, 86.

[7] ErwGr 3 RIRL (*„Anhäufung von Verlusten*" durch von vornherein aussichtslose Restrukturierungsmaßnahmen verhindern).

[8] Vgl *Gassner/Wabl*, Die neue EU-Restrukturierungsrichtlinie, ecolex 2019, 333 (334); *Freitag*, ZIP 2019, 541 (543 f).

[9] Art 2 Abs 1 Z 9 RIRL definiert Unternehmer als *„natürliche Personen, die eine gewerbliche, geschäftliche, handwerkliche oder freiberufliche Tätigkeit ausüben*". § 2 Abs 2 ReO übernimmt diese unzulängliche Definition bedauerlicherweise wortwörtlich (krit dazu *Trenker/Lutschounig*, Stellungnahme zum ME 42/SN-96/ME 27. GP 26 f).

[10] Letztere Schlussfolgerung ergibt sich mE daraus, dass sich die Unternehmerdefinition in Art 2 Abs 1 Nr 9 RIRL nur auf natürliche Personen bezieht.

[11] ErläutRV 950 BlgNR 27. GP 6.

[12] *Pucher* in *Mandl*/*Bertl*, Handbuch zum Rechnungslegungsgesetz (23. Lfg; 2020) § 273 UGB Rz 75 mwN; vgl auch *Müller* in *Straube*/*Ratka*/*Rauter*, Wiener Kommentar zum Unternehmensgesetzbuch II/RLG^3 § 273 Rz 32 (Stand 1. 3. 2019, rdb.at); Steckel in U. Torggler, UGB3 (2019) § 273 Rz 26.

[13] Casey in Hirschler, Bilanzrecht I2 (2019) § 273 UGB Rz 32; *Müller* in *Straube*/*Ratka*/*Rauter*, UGB II/RLG^3 § 273 Rz 33; Steckel in U. Torggler, UGB3 § 273 Rz 26.

[14] *Pucher* in *Mandl*/*Bertl*, Rechnungslegungsgesetz § 273 UGB Rz 77.

[15] Casey in Hirschler, Bilanzrecht I2 § 273 UGB Rz 32; Steckel in U. Torggler, UGB3 § 273 Rz 26 mwN.

[16] Casey in Hirschler, Bilanzrecht I2 § 273 UGB Rz 32; *Müller* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB II/RLG[3] § 273 Rz 33.

[17] *Mohr,* Das Restrukturierungsverfahren nach der ReO*,* ZIK 2021/93, 82.

[18] *Lentsch* in KLS, IO § 167 Rz 14; *Schumacher* in KLS, IO § 66 Rz 33; vgl ferner *Mohr*, Sanierungsplan und Sanierungsverfahren (2010) Rz 413; *Jaufer*, Das Unternehmen in der Krise[3] (2014) 58 f.

[19] *Mohr*, Sanierungsplan Rz 413.

[20] Vgl *Bitter*, Geschäftsleiterhaftung in der Insolvenz – Alles neu durch SanInsFoG und StaRUG? ZIP 2021, 321 (322 f).

[21] *Lentsch* in KLS, IO § 167 Rz 15 mwN.

[22] ErläutRV 734 BlgNR 20. GP 84; Mohr, Unternehmensreorganisationsgesetz (1997) § 22 Rz 11; Jenatschek in Buchegger, Österreichisches Insolvenzrecht Zusatzband I (2009) § 23 URG Rz 7; *Lichtkoppler/Reisch*, Handbuch Unternehmenssanierung[2] (2018) Rz 1.38.

[23] ErläutRV 734 BlgNR 20. GP 84; Mohr, URG § 22 Rz 12; vgl Jenatschek in Buchegger, Insolvenzrecht ZBd § 24 URG Rz 9.

[24] *Riegler/Wesener*, Frühwarnparameter und Haftungen nach dem 4. Abschnitt des URG, ecolex 1997, 758 (761); vgl ferner Mohr, URG § 22 Rz 11.

[25] Zum Zusammenhang zwischen dem Ausmaß der Krise und der verfassungsrechtlich zulässigen Eingriffsintensität in die Rechtsstellung der Gläubiger durch Mehrheitsbeschluss und gerichtlichen Cram-down *Trenker/Lutschounig*, Stellungnahme zum ME 42/SN-96/ME 27. GP 4 f; vgl dazu instruktiv zum dt Insolvenzplan *Madaus*, Der Insolvenzplan (2011) 280 ff, 300 f, 362 f.

[26] ErläutRV 734 BlgNR 20. GP 84.

[27] Vgl *U. Torggler,* Sanieren oder Ausscheiden, in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Gesellschafterpflichten in der Krise (2015) 1 (20): *„Das ist von einer Fortsetzungsunmöglichkeit iS einer zumindest überwiegenden Wahrscheinlichkeit einer drohenden rechnerischen Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit weit entfernt*". Ebenfalls krit Jenatschek in Buchegger, Insolvenzrecht ZBd § 23 URG Rz 11 f, § 24 URG Rz 13 f.

[28] ErläutRV 950 BlgNR 27. GP 7.

[29] ErläutRV 950 BlgNR 27. GP 6.

[30] Vgl ErläutRV 950 BlgNR 27. GP 7.

[31] Andernfalls wäre nicht zu erklären, warum Zahlungsunfähigkeit gerade der Bewilligung einer Vollstreckungssperre gem § 19 Abs 2 Z 3 ReO entgegensteht.

[32] Die Materialien sprechen sogar davon, dass das Vorliegen von Zahlungsunfähigkeit bei Einleitung überhaupt nicht geprüft werde (ErläutRV 950 BlgNR 27. GP 1).

[33] Irrelevant ist – lege non distinguente –, ob die Zahlungsunfähigkeit vor oder nach Eröffnung des ReO-Verfahrens eingetreten ist.

[34] Die Materialien (ErläutRV 950 BlgNR 27. GP 14) führen dazu aus: *„Dies könnte etwa der Fall sein, wenn ein Restrukturierungsplan bereits angenommen, aber noch nicht bestätigt wurde. Ein allgemeines Interesse wird auch dann nicht vorliegen, wenn die bei sofortiger Eröffnung des Insolvenzverfahrens erzielbare Quote eindeutig niedriger als die Restrukturierungsplanquote wäre*."

[35] Hingegen noch für eine Prüfkompetenz des Insolvenzgerichts *Mohr* in *Jaufer/Nunner-Krautgasser/Schummer*, Unternehmenssanierung 15 (29).

[36] ErläutRV 950 BlgNR 27. GP 14.

[37] IdS wohl auch *Mohr,* ZIK 2021/93, 82 (90).

[38] ErläutRV 950 BlgNR 27. GP 1; vgl bereits *Mohr*, ZIK 2019/115, 86. Die Behauptung, das Kriterium der Bestandfähigkeit würde zur Abgrenzung zur Insolvenz verlangt (so *Mohr,* ZIK 2021/93, 82), ist deshalb unzutreffend.

[39] Vgl ErläutRV 950 BlgNR 27. GP 14; *Mohr*, ZIK 2021/93, 82 (89).

[40] *Schumacher* in KLS, IO § 67 Rz 1; vgl ferner *Schneider*, COVID-19: Update: Antragspflicht und Eröffnungsverfahren, ZIK 2020/57, 1; *Trenker* in *Resch*, Corona-HB[1.06] Kap 14 Rz 22 (Stand 1. 7. 2021, rdb.at).

[41] ErläutRV 950 BlgNR 27. GP 14.

[42] OGH 6 Ob 164/16k; *U. Torggler/Trenker,* Zur Organhaftung für Gläubigerbevorzugung gemäß § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG, § 84 Abs 3 Z 6 AktG, JBl 2013, 613 (624 mwN).

[43] Diese Gegenausnahme geht im Grundsatz auf eine Anregung aus der Stellungnahme *Trenker/Lutschounig*, Stellungnahme zum ME 42/SN-96/ME 27. GP 52 f zurück, reicht aber weiter als vorgeschlagen. Wenn in den Materialien allerdings doch die Rede davon ist, dass „Zahlungen an solche Gläubiger, die ihre Ansprüche zwangsweise durchsetzen könnten" zulässig seien (ErläutRV 950 BlgNR 27. GP 14 f), dürfte der Gesetzgeber entgegen dem Wortlaut nur Zahlungen an Gläubiger, für die eine Vollstreckungssperre verhängt wurde, für schadenersatzbewährt halten (so auch der Vorschlag von *Trenker/Lutschounig* aaO).

[44] Theoretisch bedenklich ist die Rechtslage bei einem auf Überschuldung gestützten Insolvenzantrag, wenn und weil hierüber ebenfalls ohne Aufschub zu entscheiden wäre, was – bei dessen Eröffnung – die Einstellung des ReO-Verfahrens zur Folge hätte (§ 41 Abs 2 Z 7 ReO). Mit den Wertungen von § 24 Abs 1, 2 ReO erscheint dieses Ergebnis nämlich schwerlich vereinbar. Praktisch wird sich das Problem freilich – wie erwähnt (oben Pkt 3.2. bei und in FN 40) – nicht stellen.

[45] Vgl auch *Mohr*, ZIK 2021/93, 82 (85).

[46] Vgl dazu zB *Mohr*, Sanierungsplan Rz 435; *Winter*, Zum Verhältnis von Insolvenzeröffnungs- und Entschuldungsanträgen zueinander, ZIK 2014/300, 210 (211 f).

[47] *Trenker/Lutschounig*, Stellungnahme zum ME 42/SN-96/ME 27. GP 34 f.

[48] 96/ME 27. GP .

[49] Entscheidend ist dafür, dass das Pfandrecht nicht mehr (insoweit falsch ErläutRV 950 BlgNR 27. GP 12) als 60 Tage vor Bewilligung der Vollstreckungssperre begründet wurde, wobei es auf den Zeitpunkt des Wirkungseintritts der Sperre gegenüber dem jeweiligen Gläubiger (§ 21 Abs 2 S 2 ReO) ankommt.

[50] Dazu *Reckenzaun,* Vollstreckungssperre und Entfall der Insolvenzantragspflicht, in *Konecny*, RIRUG (2021).

[51] Dazu *Reckenzaun* in *Konecny*, RIRUG.

[52] Dazu unten *Anzenberger*, Vertragsschutz und unwirksame Vereinbarungen nach der ReO, in *Konecny*, RIRUG.

[53] ErläutRV 950 BlgNR 27. GP 1.

[54] Dazu eingehend *Reisch*, Restrukturierungsverfahren – Planinhalte, Planwirkungen, in *Konecny*, RIRUG.

[55] *Trenker/Lutschounig*, Stellungnahme zum ME 42/SN-96/ME 27. GP 22; so bereits *Ringelspacher/Nitsche*, Das StaRUG im Vergleich mit der Umsetzung der EU-Direktive in Österreich, ZRI 2021, 477 (482).

[56] ErläutRV 950 BlgNR 27. GP 4, 22.

[57] Missachtet der Plan die Notwendigkeit bestimmter Zustimmungserfordernisse, kann darin eine Gesetzwidrigkeit liegen, die wohl im Rahmen der Prüfung nach § 30 Abs 1 Z 1 ReO aufzugreifen wäre. Selbst eine gerichtliche Bestätigung könnte einer unzulässigen Maßnahme gegen den Willen des betroffenen Vertragspartners freilich nicht zur Wirksamkeit verhelfen (vgl zum vergleichbaren Problem eines Eingriffs des Sanierungsplans in die Rechtsstellung eines Aus- oder Absonderungsgläubigers Riel in Konecny/Schubert, Kommentar zu den Insolvenzgesetzen [30. Lfg; 2008] § 149 KO Rz 2, 5 f; *Nunner-Krautgasser/Anzenberger* in KLS, IO § 149 Rz 2, je mwN).

[58] Dazu zB *Reich-Rohrwig*, Sanierung durch vereinfachte Kapitalherabsetzung und -erhöhung, GesRZ 2001, 69 (insb 71, 73 f); *Kittel/Pleyer*, Erleichterung „schwerer" Aktien – Kapitalerhöhung bei (börsenotierten) AGs, deren Nominale über dem Börsekurs liegt? GesRZ 2009, 334 (335); *Spiegelfeld/H. Foglar-Deinhardstein,* Sanierungsinstrumente in der Krise der Kapitalgesellschaft und Treuepflichten der Anteilseigner, in FS Hellwig Torggler (2013) 1139 (1155 ff); Völkl in Straube/Ratka/Rauter, Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz § 54 Rz 30 ff (Stand 1. 11. 2015, rdb.at); *Prinz* in *H. Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer,* GmbHG (2017) § 54 Rz 15 ff, § 59 Rz 13 f.

[59] So ausdrücklich ErläutRV 950 BlgNR 27. GP 4; näher zum *Debt-Equity-Swap* zB *Eckert*, Kapitalerhöhung gegen Verrechnung von Gesellschafterforderungen, GesRZ 2011, 218 (218 ff); *Spiegelfeld/H. Foglar-Deinhardstein* in FS Hellwig Torggler 1139 (1158 ff); *H. Foglar-Deinhardstein* in *H. Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer*, GmbHG § 81 Rz 68; *Zollner/Schummer,* Aktuelle Fragen der Kapitalaufbringung, in *Jaufer/Nunner-Krautgasser/Schummer*, Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung (2016) 1 (27 ff); *Hayden/Thorbauer/Gröhs*, Sanierungsinstrumente für Gesellschaften in der „Krise", PSR 2020/3, 8 (16 ff).

[60] Vgl *Ringelspacher/Nitsche*, ZRI 2021, 477 (483); *Riel,* Der Restrukturierungsplan, ecolex 2021, 786 (787). Zur Stellung der Anteilsinhaber näher unten *Wabl/Gassner,* Geschäftsleitung und Anteilsinhaber, in *Konecny*, RIRUG.

[61] Richtungsweisend BGH II ZR 205/94 (*„Girmes"*); II ZR 240/08 (*„Sanieren oder Ausscheiden I"); II* ZR 122/09 (*„Sanieren oder Ausscheiden II"*); dazu für Österreich zB *Spiegelfeld/H. Foglar-Deinhardstein* in FS Hellwig Torggler 1139 (1156 ff, 1160); *U. Torggler* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Gesellschafterpflichten 1 (1 ff); *Zollner/Schummer* in *Jaufer/Nunner-Krautgasser/Schummer*, Kapitalaufbringung 1 (23 ff).

[62] ErläutRV 950 BlgNR 27. GP 21.

[63] Ausf zu den Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Norm *U. Torggler* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Gesellschafterpflichten 1 (17 ff, 35 ff).

[64] Dafür *U. Torggler* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Gesellschafterpflichten 1 (35 ff); ebenso für eine GmbH, nicht aber für eine AG *Koppensteiner,* Die GesbR neuer Prägung und der allgemeine Teil des Gesellschaftsrechts, wbl 2015, 301 (310 f); zwischen Nachschüssen und Einlagenerhöhung differenziernd *Walch,* Subsidiäre Anwendbarkeit der GesbR-Bestimmungen im GmbH-Recht nach der GesbR-Reform, RdW 2015, 78 (81 f); generell gegen eine subsidiäre Anwendung *Brugger/Schopper,* Keine Anwendung von § 1184 Abs 2 ABGB auf die GmbH und AG, NZ 2015, 405; skeptisch auch *Zollner/Schummer* in *Jaufer/Nunner-Krautgasser/Schummer*, Kapitalaufbringung 1 (27).

[65] ErläutRV 950 BlgNR 27. GP 4.

[66] Ebenso *Riel,* ecolex 2021, 786 (787).

[67] *Trenker/Lutschounig*, Stellungnahme zum ME 42/SN-96/ME 27. GP 15 f. Ebenso *Mohr,* ZIK 2021/93, 82 (84); *Riel,* ecolex 2021, 786 (787).

[68] Dies ist mangels anderer Anordnung im Restrukturierungsplan der Zeitpunkt der Planbestätigung.

[69] Zur Funktionsweise von § 149 Abs 1 S 2 IO jüngst instruktiv OGH 17 Ob 12/20v; hinsichtlich der bloß auflösend bedingten Befreiung allerdings zu Recht krit *Anzenberger*, NZ 2021, 315 (323 ff) (Entscheidungsanmerkung); *Harnoncourt/Riel*, ÖBA 2021, 567 (571 f) (Entscheidungsanmerkung).

[70] Dies gilt mE auch für nachrangige Gläubiger kraft Vereinbarung, ausf zum Ganzen *Trenker,* Rechtsgrundlagen und Begriff nachrangiger Forderungen, in *Konecny,* Insolvenz-Forum 2019 (2021) 161 (178 ff); ebenso OLG Wien 1 R 31/18p ZIK 2018, 190; aA *Frizberg,* Nachrangige Forderungen (2020) 200 ff.

[71] Eine derartige Gleichbehandlung würde andererseits bei mangelnder Zustimmung der Klasse der unbesicherten Gläubiger ihrerseits die Möglichkeit eines klassenübergreifenden *Cram-Downs* ausschließen. Denn diese Gleichstellung würde die *relative priority rule* des § 36 Abs 1 Z 2 ReO verletzen, weil es für diese auf die *„Liquidationsreihenfolge des Insolvenzrechts (§§ 50 und 57a IO)*" ankommt (ErläutRV 950 BlgNR 27. GP 20).

[72] Dazu bereits *Trenker/Lutschounig*, Stellungnahme zum ME 42/SN-96/ME 27. GP 61 f. Der Gesetzgeber hätte das Problem entweder durch eine – mE rechtspolitisch sehr gut vertretbare (vgl § 225 Abs 1 InsO) – Verschlechterung der Rechtsstellung nachrangiger Gläubiger im Sanierungsplanszenario, also eine Änderung von in § 14 EKEG, oder einfach dadurch lösen können, dass er nachrangige Gläubiger im Einklang mit Art 9 Abs 3 lit b RIRL von vornherein vom Stimmrecht ausschließt, weil ihnen damit folgerichtig auch die Antragsbefugnis gem § 35 ReO entzogen worden wäre.

[73] Auch im unmittelbaren Anwendungsbereich von § 14 Abs 2 IO gelten Forderungen nur für das Insolvenzverfahren als fällig, wohingegen die materiellrechtliche Fälligkeit unberührt bleibt, s dazu zB *Petschek/Reimer/Schiemer*, Das Österreichische Insolvenzrecht (1983) 115.

[74] Vgl *Mohr*, ZIK 2021/93, 82 (84).

[75] ErläutRV 950 BlgNR 27. GP 16, 17.

[76] Vgl ErläutRV 950 BlgNR 27. GP 17.

[77] ZIK 2021/93, 82 (93).

[78] Vgl *Trenker/Lutschounig*, Stellungnahme zum ME 42/SN-96/ME 27. GP 4 f.

[79] ErläutRV 950 BlgNR 27. GP 7. Vgl auch noch *Mohr* in *Jaufer/Nunner-Krautgasser/Schummer*, Unternehmenssanierung 15 (27 f).

[80] Zu dieser Lesart der Norm *Dellinger* in *Konecny/Schubert,* Insolvenzgesetze (7. Lfg; 1999) § 67 KO Rz 22; *U. Torggler* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Gesellschafterpflichten 1 (20).

[81] Vgl *Mohr,* ZIK 2021/93, 82 (83).

[82] Kritisch dazu *Trenker/Lutschounig*, Stellungnahme zum ME 42/SN-96/ME 27. GP 12 f.

[83] So aber *Mohr,* ZIK 2021/93, 82 (83).

[84] § 1 Abs 1 ReO spricht davon, dem *Schuldner* zu ermöglichen, sich zu restrukturieren, während § 1 Abs 2 ReO von der Restrukturierung des *Unternehmens* spricht. Dem österr Recht entspricht mE ein Abstellen auf die Person des Schuldners weit besser. Bei natürlichen Personen ist damit weder eine Sphärentrennung zwischen privaten und unternehmerischen Vermögenswerten bzw Verbindlichkeiten vorzunehmen noch ist ein vergleichbares „Aufsplitten" erforderlich, wenn ein Schuldner mehrere Unternehmen betreibt.

[85] Dies wird überwiegend sowohl als Prognosezeitraum für eine Bestandgefährdung iSd § 273 Abs 2 UGB als auch für drohende Zahlungsunfähigkeit angegeben (s oben Pkt 3.1.).

[86] Der für deutschsprachige Rechtsanwender völlig nichtssagende Begriff des *„klassenübergreifenden Cram-Down"* (zu Recht krit dazu *OLG Graz*, Stellungnahme zum ME 17/SN-96/ME 27. GP 3 sowie jene von *Trenker/Lutschounig*, Stellungnahme zum ME 42/SN-96/ME 27. GP 11) hätte zB einfach mit *„gerichtlicher Ersetzung der Zustimmung"* ins Gesetz aufgenommen werden können. In Deutschland wird das Instrument immerhin, wenn auch mE weniger exakt, als *„gruppenübergreifende Mehrheitsentscheidung"* bezeichnet (§ 26 StaRUG).

LexisNexis®

NutzerIn NutzerIn 20.3.2024