

sprechung zu den masseschmälernden Zahlungen gem. § 64 Satz 1 GmbHG und der Berücksichtigung von wertausgleichenden Gegenleistungen: jedenfalls schadensersatzähnlicher Charakter zukommt. Tätigt der Geschäftsführer Zahlungen nach Eintritt der Insolvenzreife, die nicht gem. § 64 Satz 2 GmbHG privilegiert sind, begeht er eine gesetzlich sanktionierte Pflichtverletzung gegenüber der Gesellschaft und hat die Zahlungen zu ersetzen.³⁵ Ein freiwilliges Vermögensopfer der Gesellschaft kann hierin nur schwerlich gesehen werden.³⁶

III. Fazit

Angesichts der erheblichen Relevanz für die Praxis und der fehlenden höchstrichterlichen Rechtsprechung ist es unverständlich, warum das OLG Düsseldorf die Revision zum BGH nicht zugelassen hat. Das Urteil steht – entgegen der Urteilsbegründung³⁷ – gerade nicht im Einklang mit der BGH-Rechtsprechung, da es bislang für die Auslegung des Schadensersatzbegriffs und die Ermittlung des Deckungsschutzes nach marktüblichen D&O-Versicherungsbedingungen keine BGH-Rechtsprechung gibt. Es bleibt zu hoffen, dass der BGH über eine Nichtzulassungsbeschwerde die Gelegenheit erhält und nutzt, die Frage des Deckungsumfanges der D&O-Versicherung im Hinblick auf den Ersatzanspruch gem. § 64 Satz 1 GmbHG einer höchstrichterlichen Klärung zuzuführen.

Ob Versicherer in den betroffenen Versicherungsverhältnissen bei Inanspruchnahmen versicherter Personen durch Insolvenzverwalter nunmehr unter Berufung auf das Urteil des OLG Düsseldorf versuchen werden, sich einer Deckungspflicht zu entziehen, bleibt abzuwarten. Es wäre jedenfalls ein bedenkliches Zeichen auch gegenüber ihren Kunden, welche in der berechtigten Erwartung D&O-Verträge für ihre Geschäftsleiter abgeschlossen haben bzw. abschließen wollen,

dass gerade auch die Risiken der strengen insolvenzspezifischen Haftung vom Versicherungsschutz umfasst sind. Versicherungsnehmer werden ihre bestehenden D&O-Versicherungen angesichts des Urteils des OLG Düsseldorf auf den Prüfstand stellen und mit dem Versicherer ggf. Nachträge vereinbaren müssen, um dieses Haftungsrisiko abzudecken. Auch bei dem Neuabschluss einer D&O-Versicherung werden die Organe als versicherte Personen und die Gesellschaften als Versicherungsnehmer künftig darauf achten müssen, dass die Versicherung explizit auch den Ersatzanspruch gem. § 64 Satz 1 GmbHG oder entsprechender Parallelnormen deckt.

Sollte die Rechtsauffassung des OLG Düsseldorf bestätigt werden, so werden Insolvenzverwalter in Fällen, in denen eine D&O-Versicherung eine Haftung wegen verbotenen Zahlungen nach § 64 Satz 1 GmbHG (entsprechend §§ 93, 92 AktG, § 130a Abs. 1 HGB) nicht deckt, wohl künftig auch die Geltendmachung einer Haftung wegen allgemeiner Pflichtverletzungen nach § 43 Abs. 2 GmbHG sowie des Quotenschadens der Altgläubiger wegen Insolvenzverschleppung nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 15a, 92 InsO verstärkt in Betracht ziehen müssen, wenn Deckungsansprüche vermeintlich pflichtwidrig handelnder Geschäftsleiter aus einer D&O-Versicherung zur Insolvenzmasse gezogen werden sollen. Zumindest an der Qualifikation als Schadensersatzanspruch dürfte eine Deckung hier jedenfalls nicht scheitern.

35 MünchKomm-GmbHG/H.F. Müller (Fn. 15), § 64 Rn. 137; Arnold, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2016, § 64 GmbHG Rn. 4; Nerlich, in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 64 Rn. 9.

36 So aber Lange, in: Veith/Gräfe/Gebert, Der Versicherungsprozess, 3. Aufl. 2016, § 21 Rn. 95.

37 OLG Düsseldorf, Urt. v. 20.7.2018 – 4 U 93/16, ZInsO 2018, 1809 Rn. 130.

Unternehmensfortführung und Unternehmenssanierung im österreichischen Recht

von Univ.-Professor Dr. Bettina Nunner-Krautgasser, Graz

I. Einführung¹

Das zu besprechende Thema „Unternehmensfortführung und Unternehmenssanierung im österreichischen Recht“ ist ein sehr weites. Im Folgenden sollen die großen Entwicklungslinien und die wesentlichen Eckpunkte dargestellt werden.

Vorauszuschicken ist, dass die österreichische Insolvenzordnung (IO) unter „Sanierung“ primär einen akkordierten Nachlass von Verbindlichkeiten durch Bezahlung einer Quote an die ungesicherten Gläubiger versteht;² es wird in Österreich also in erster Linie *Schuldenregelung* betrieben. Dementsprechend steht seit jeher strukturell die *Sanierung des Unternehmensträgers* im Mittelpunkt.

Der Schuldner bzw. der Unternehmensträger kann in Österreich nicht gezwungen werden, sich zu „sanieren“; er hat ge-

wissermaßen das „Sanierungsplanantragsmonopol“.³ Während der deutsche Insolvenzplan aus einem darstellenden und gestaltenden Teil samt Anlagen (§ 219 InsO) zu bestehen hat, ist der österreichische *Sanierungsplan* weniger umfassend gestaltet. Der Sanierungsplan entspricht im Wesentlichen dem alten Zwangsausgleich (bis 2010), der – mit rd. 1.000 Plänen pro Jahr – schon vor Jahren als *österreichische Erfolgsstory*⁴ gepriesen wurde und es nach wie vor ist. Gem. § 141 Abs. 1 IO

1 Dieser Beitrag basiert auf einem Vortrag für das Zweite Bodensee-Forum 2018: „Konstanzer Dialog: Unternehmensfortführung und -sanierung in Österreich, der Schweiz und in Deutschland – Probleme und Perspektiven“.

2 Lentsch, Unternehmensveräußerung und übertragende Sanierung, in: Nunner-Krautgasser/Kapp/Clavara (Hrsg.), Insolvenz- und Sanierungsrecht – Jahrbuch 2013, S. 316.

3 S. auch Lentsch (Fn. 2), S. 321.

4 *Klikovits*, ZIK 2004/5, 12.

muss ein zulässiger Sanierungsplan den Gläubigern eine Quote von mindestens 20 % zahlbar innerhalb längstens zwei Jahren ab Annahme des Sanierungsplans anbieten. Oft beinhalten Sanierungspläne Barquoten, die als Bedingung für die Bestätigung des Sanierungsplans (§ 152a Abs. 1 Nr. 3 IO) vorgesehen sind. Wird der Sanierungsplan von der Mehrheit der bei der zur Abstimmung anberaumten Sanierungsplantagsatzung anwesenden Insolvenzgläubigern angenommen (Kopf- und Summenmehrheit), so bedarf er noch der Bestätigung des Insolvenzgerichts, um rechtswirksam zu werden (§ 152 IO). Sofern die Voraussetzungen für die Bestätigung (§ 152a IO) gegeben sind und keine Bestätigungsversagungsgründe (§§ 153, 154 IO) vorliegen, fasst das Insolvenzgericht einen Bestätigungsbeschluss; mit dessen Rechtskraft ist das Insolvenzverfahren aufgehoben (§ 152b IO).

Für das Verständnis vorauszuschicken ist außerdem, dass es in Österreich vom Inkrafttreten der Insolvenzgesetze (KO, Ausgleichsordnung und Anfechtungsordnung) im Jahr 1914 an bis zur großen Reform durch das Insolvenzrechtsänderungsgesetz (IRÄG) 2010⁵ – vergleichbar mit dem alten Rechtslage in Deutschland vor dem Inkrafttreten der InsO – ein *dualistisches System* mit einem *Konkursverfahren* (geregelt in der KO) und einem reinen Sanierungsverfahren, dem *Ausgleichsverfahren* (geregelt in der AO), gab. Das österreichische Ausgleichsverfahren hatte bis zum Jahr 1934 eine recht kurze Blütezeit, danach fristete der Ausgleich aber (vor allem wegen der hohen Mindestquote von zuletzt 40 % für eine Sanierung) zunehmend ein Schattendasein. Sanierungen spielten sich in Österreich daher durchwegs im Konkursverfahren ab, wobei zu betonen ist, dass auch das österreichische Konkursverfahren von Anfang an ein Sanierungsinstrument in der Form des Zwangsausgleichs zur Verfügung stellte. Es war also – zumindest von den Instrumenten her – nicht als reines Liquidationsverfahren, sondern auch als potenzielles Sanierungsverfahren angelegt, wenn auch die Rahmenbedingungen zunächst recht streng waren. Erst seit der Reform 2010 gibt es in Österreich ein *einheitliches Insolvenzverfahren nach den Bestimmungen der IO*, das als *Konkursverfahren* oder als *Sanierungsverfahren mit oder ohne Eigenverwaltung* ablaufen kann.

II. 1914 bis 1982 – Formalschließungen

Vor diesem Hintergrund lässt sich die Entwicklung in Österreich, was die Unternehmenssanierung im Insolvenzverfahren angeht, grob in *drei Epochen* (oder sehr lose anknüpfend an *Ovid*: in drei Zeitalter) einteilen. Anders als in den Metamorphosen wird bzw. wurden die Rahmenbedingungen dabei allerdings nicht immer schlechter, sondern immer besser. Die erste Epoche – also das „eiserne Zeitalter“ – dauerte vom *Inkrafttreten der Insolvenzgesetze 1914* – RGBl. 1914/337 bis zum *IRÄG 1982* – BGBl. 1982/370. In dieser Epoche war eine Unternehmensfortführung auch im Konkursverfahren zwar grds. zulässig.⁶ Dennoch war es insolvenzgerichtliche Praxis, ein (materiell und formell) insolventes Unternehmen mit der Konkurseröffnung sogleich zu schließen.⁷ Man spricht insoweit rückblickend von den berüchtigten „*Formalschließungen*“, zumal es bei den Gerichten einschlägige Formblätter gab. Zwar benötigte man auch schon nach der

Stammfassung der KO 1914 für Unternehmensschließungen einen Beschluss des Gläubigerausschusses (in Ermangelung eines solchen des damaligen Konkurskommissärs), dieser war aber nur im Innenverhältnis bindend (§ 115 Abs. 1 a.F. KO),⁸ sodass der Verwalter im Außenverhältnis freie Hand hatte. *In praxi* wurden in dieser Zeit fast ausnahmslos Schließungsbeschlüsse gefasst. Extrem begünstigt wurde dieses Phänomen durch *ungünstige arbeitsrechtliche Rahmenbedingungen*, die fortführungswillige Verwalter dem Risiko aussetzten, dass Arbeitnehmer auch im Fall einer Fortführung begünstigt eine vorzeitige Auflösung des Arbeitsverhältnisses herbeiführen konnten, sodass eine Fortführung schon faktisch durchwegs unmöglich war.⁹

III. IRÄG 1982 – Schwerpunkt materielles Fortführungsrecht

Die heftige Kritik an diesen Missständen mündete in das *IRÄG 1982* – BGBl. 1982/370; dieses markierte bereits den Beginn des „silbernen Zeitalters“: Das Hauptziel dieser Novelle war die Erhaltung der wirtschaftlichen Werte, damit verbunden die Sicherung von Arbeitsplätzen sowie der Abbau von Hindernissen für eine Unternehmenssanierung und -fortführung.¹⁰ Das *IRÄG 1982* konzentrierte sich dabei allerdings auf das sog. „*materielle Fortführungsrecht*“,¹¹ also im Weiteren auf eine Verbesserung der Bestimmungen über das Schicksal von Verträgen sowie die Schaffung einer Möglichkeit zur Zwangsstundung von Aus- und Absonderungsrechten. Dazu kam, dass der Verwalter aufgrund der Neufassung des § 115 Abs. 1 KO i.d.F. *IRÄG 1982* nunmehr verpflichtet war, das Unternehmen fortzuführen, es sei denn, dass anders als durch die Schließung des Unternehmens ein Nachteil für die Gläubiger nicht ausgeschlossen werden konnte. Die vorher gegebene Fortführungsmöglichkeit wurde also zu einer *Fortführungspflicht*, wobei nun nicht mehr der Gläubigerausschuss, sondern das Konkursgericht eine Schließung zu genehmigen hatte.¹² Dahinter stand die Überlegung, dass „die im Gläubigerausschuss vertretenen Konkurrenten nicht diejenige Lösung genehmigen werden, welche einer Fortführung dienlich ist“.¹³ Bemerkenswerterweise war man allerdings 1982 noch der Überzeugung, dass ein Konkursverfahren aufwendig und unbeweglich werden muss, wenn es durch Fristen, Anhörungsrechte und Rechtsmittel formalisiert wird.¹⁴ Daher wurde damals auch *noch kein* „*formelles Fortführungsrecht*“ geschaffen; das sollte sich später grundlegend ändern. Auch waren nach dem *IRÄG 1982* *noch keine Verwertungsverbote* vorgesehen; vielmehr lag es mehr oder weniger im Ermessen

5 Vgl. dazu *Nummer-Krautgasser*, ZInsO 2011, 117.

6 Vgl. statt vieler *Petschek/Reimer/Schiemer*, Das österreichische Insolvenzrecht, 1973, S. 555.

7 *Lentsch*, Unternehmensfortführung durch den Masseverwalter, 1998, S. 4 f.

8 *Lentsch* (Fn. 7), S. 5.

9 *Kosch*, Die Betriebsfortführung im Konkurs, 1982, S. 19.

10 ErläutRV 3, BlgNR 15. GP 27.

11 ErläutRV 3, BlgNR 15. GP 27.

12 *Lentsch* (Fn. 7), S. 10 f.

13 ErläutRV 3, BlgNR 15. GP 56.

14 ErläutRV 3, BlgNR 15. GP 53; *Lentsch* (Fn. 7), S. 11.

des Verwalters, ob er eine Verwertung des Unternehmens in Angriff nahm oder nicht.¹⁵

Das Konzept zeigte damals bereits eine klare *Abstufung der gewünschten Abläufe*:¹⁶ Zuerst war eine Unternehmensfortführung mit anschließender Sanierung zu versuchen. War dies nicht möglich, so war eine Veräußerung des Unternehmens bei aufrechter Fortbetrieb anzustreben. Schied auch das aus, so konnte das Unternehmen geschlossen werden, wenn die Fortführung einen Ausfall für die Konkursgläubiger ergeben hätte. Danach hatte der Verwalter wiederum primär eine Gesamtveräußerung des geschlossenen Unternehmens zu versuchen. Erst als ultima ratio war eine Zerschlagung und Veräußerung sämtlicher Aktiven vorgesehen.

Trotz dieses an sich durchdachten Konzepts zeigte das IRÄG 1982 in der Praxis leider nicht den erhofften Effekt: Weiterhin wurden viele Unternehmen trotz eigentlich gegebener Fortführungsmöglichkeit von wenig routinierten oder über vorsichtigen Verwaltern geschlossen; auch die arbeitsrechtlichen Rahmenbedingungen waren noch suboptimal.¹⁷ Zu ergänzen ist, dass der Gesetzgeber mit dem IRÄG 1982 bereits versuchte, eine dem eigentlichen Insolvenzverfahren vorgelegte Möglichkeit zur Verfügung zu stellen, ein Unternehmen zu sanieren; dazu wurde ein eigenes Verfahren – das „Vorverfahren“ – geschaffen. Dieses konnte jedoch keinerlei praktische Bedeutung erlangen.¹⁸

IV. IRÄG 1994 – Schwerpunkt Arbeitsrecht

Im Rahmen einer kleineren Novelle (*IRÄG 1994, BGBl. 1994/153*) wurde dann versucht, die Unternehmensfortführung durch die *Umgestaltung der Beendigungsmöglichkeiten für Arbeitsverhältnisse* zu erleichtern. Auch dadurch konnte aber die Zahl der Unternehmensfortführungen und der Sanierungen in den Konkursen nicht vermehrt werden.¹⁹

V. IRÄG 1997 – Schwerpunkt formelles Fortführungsrecht

Den nächsten wirklichen Meilenstein – und den Beginn des „goldenen Zeitalters“ – markiert dann das *IRÄG 1997 – BGBl. I 1997/114*: Mit dieser Novelle wurde das Konkursverfahren insofern umstrukturiert, als erstmals ein „formelles Fortführungsrecht“ geschaffen wurde, das – wegen des Erfolgs – jedenfalls in seinem Grundgerüst nach wie vor Bestand hat. Ziel war, den *Fortbetrieb des Unternehmens zum Regelfall* zu machen.²⁰ Schließungen aus Angst vor allfälliger Haftung sollten unterbunden werden; daher sollte die *Gefahr der Haftung* für den Verwalter jedenfalls in der ersten Phase einer Unternehmensfortführung *reduziert* werden.²¹ Im Rahmen der großen Reform im Jahr 2010 wurde dieses Verfahrensgerüst dann geringfügig adaptiert, aber nicht mehr grds. verändert.

Das Verfahrensgerüst der österreichischen IO – dessen Vorbild §§ 156 ff. der deutschen InsO waren²² – kann in *drei große Abschnitte* untergliedert werden: Unmittelbar mit der Verfahrenseröffnung beginnt die sog. *Prüfphase*: In dieser

hat der Insolvenzverwalter gem. § 81a Abs. 3 IO unverzüglich zu prüfen, ob das Unternehmen fortgeführt (oder allenfalls wieder eröffnet) werden kann. Außerdem hat er zu prüfen, ob ein Sanierungsplan dem gemeinsamen Interesse der Insolvenzgläubiger entspricht und ob dessen Erfüllung voraussichtlich möglich sein wird.

Ist die Unternehmensfortführung allerdings *faktisch bzw. rechtlich unmöglich*, so besteht keine Fortführungsverpflichtung; allerdings bedeutet das auch nicht zwangsläufig die gebotene Schließung des Unternehmens. Eine Schließung nach § 115 IO ist vielmehr nur geboten, wenn darin das einzige Mittel zur Vermeidung der Ausfallserhöhung liegt.²³ *Faktisch unmöglich* ist die Fortführung etwa dann, wenn sich der Schuldner nicht kooperativ zeigt und sich weigert, dem Insolvenzverwalter Einsicht in die Unterlagen zu gewähren, weshalb der Insolvenzverwalter nicht in der Lage ist, zu ermitteln, ob die Fortführung zu einer Ausfallserhöhung führen würde. Ein weiteres Beispiel für faktische Unmöglichkeit ist der Fall, dass sich der Schuldner zwar kooperativ zeigt, aber seine Unterlagen aus Buchhaltung und Rechnungswesen nur spärlich oder überhaupt nicht vorhanden sind.²⁴ Die Fortführung kann auch *rechtlich unmöglich* sein; so verliert etwa ein Rechtsanwalt seine Berechtigung zur Berufsausübung, wenn über sein Vermögen ein Insolvenzverfahren eröffnet bzw. mangels kostendeckendem Vermögen nicht eröffnet wurde (§ 34 Abs. 1 Nr. 4 RAO). Bei anderen Berufen führt die rechtskräftige Insolvenzeröffnung bloß zu einem vorläufigen Berufsausübungsverbot, das mit vollständiger Erfüllung eines Sanierungsplans aufgehoben ist; in solchen Fällen liegt keine rechtliche Unmöglichkeit vor.²⁵

Eine Schließung in der Prüfphase ist vor allem ausnahmsweise dann zulässig, wenn durch die Fortführung der *Ausfall der Insolvenzgläubiger offenkundig erhöht* wird (§ 114a Abs. 1 IO). Eine Ausfallserhöhung liegt vor, wenn sich bei einer Gegenüberstellung der Liquidationsquote mit dem Ergebnis der Fortführungsrechnung ein erhöhter Ausfall ergibt und das ermittelte negative Fortführungsergebnis nicht durch bessere Verwertungsmöglichkeiten kompensiert werden kann.²⁶ Allein der negative (kapitalflussmäßige) Fortführungserfolg bedeutet noch keine Erhöhung des Ausfalls, denn es ist möglich, dass das Unternehmen zu einem späteren Zeitpunkt als Ganzes verkauft werden oder dass durch die Fortführung der Wert einzelner Vermögensgegenstände erhalten bleiben soll. Der Insolvenzverwalter hat daher im

15 Lentsch (Fn. 7), S. 13.

16 Dazu Lentsch (Fn. 7), S. 13.

17 Ebenso Lentsch (Fn. 7), S. 14.

18 Konecny, DZWIR 1994, 227.

19 Näheres bei Lentsch (Fn. 7), S. 18.

20 Lentsch (Fn. 7), S. 19.

21 Vgl. Mohr, ZIK 1996, 194 ff.; Rothner, ZIK 1997, 193 ff.

22 Vgl. Riel, AnwBl 1997, 891, 892.

23 Zeitler, ZIK 2017, 57, 60.

24 Vgl. dazu mit noch weiteren Beispielen Zeitler, ZIK 2017, 58.

25 Vgl. dazu Zeitler, ZIK 2017, 58.

26 OLG Linz – 2 R 13/07f, zit. nach Zeitler, ZIK 2017, 59.

Rahmen einer Gesamtbetrachtung zu beurteilen, ob die Fortführung zu einer Quotenverschlechterung führen wird oder nicht.²⁷ Die Fortführung muss überdies Ursache für die Ausfallserhöhung sein; Verbindlichkeiten, die der Schuldner ohnedies, also unabhängig von der Fortführung, zu begleichen gehabt hätte, dürfen dabei nicht berücksichtigt werden.²⁸

Ist die Ausfallserhöhung *offenkundig*, so besteht ein *Fortführungsverbot*.²⁹ Was allerdings „*offenkundig*“ bedeutet, ist in der Lehre umstritten. So meint etwa *Riel*, dass daraus eine Haftungserleichterung für den Insolvenzverwalter abzuleiten sei. Dessen Haftungsmaßstab habe sich in der Prüfphase auf grobe Fahrlässigkeit reduziert.³⁰ Die wohl überwiegende Ansicht verneint hingegen eine Haftungserleichterung. Vielmehr habe der Insolvenzverwalter auch in der Prüfphase für leichte Fahrlässigkeit einzustehen; herabgesetzt sei lediglich die geforderte Prüfgenauigkeit hinsichtlich des drohenden Ausfalls.³¹ § 114a Abs. 1 Satz 1 IO verlangt das Erstellen einer Prognose, ob die Fortführung zur Erhöhung des Ausfalls führen wird. Diese kann sich allerdings ex post als richtig oder falsch erweisen – und zwar unabhängig von ihrer Qualität. Ein Insolvenzverwalter wird daher die Schließung beantragen, wenn die Prognose eine Ausfallserhöhung ergibt (unabhängig davon, ob diese offenkundig ist oder nicht) und die Schließungsvoraussetzungen vorliegen. Die Haftungsfrage stellt sich erst, wenn die Fortführung zu einer Ausfallserhöhung geführt hat und der Insolvenzverwalter dies nicht rechtzeitig erkannt hat. Er haftet aber nur, wenn er seiner Verpflichtung, nicht fortzuführen und die Schließung zu beantragen, nicht entsprochen hat. Diese Verpflichtung trifft ihn ab Offenkundigkeit der Kausalität für die Ausfallserhöhung.³²

Eine Schließung ist überdies dann geboten, wenn die Prognose zwar einen positiven Fortführungserfolg (also keine Erhöhung des Ausfalls der Gläubiger) verspricht, jedoch die Mittel zur Finanzierung des Fortbetriebs fehlen.³³

Wichtig ist, dass die Schließung eines Unternehmens (oder einzelner Unternehmensbereiche) stets eine *Bewilligung durch das Insolvenzgericht* erfordert (§ 114a Abs. 2 IO i.V.m. § 115 Abs. 1 IO). Davor sind der Gläubigerausschuss und, wenn es rechtzeitig möglich ist, auch der Schuldner zu vernehmen.

Können ein Unternehmen oder einzelne Unternehmensbereiche nicht fortgeführt werden, so hat der Gläubigerausschuss auf Vorschlag des Insolvenzverwalters und mit Genehmigung des Gerichts die für die Beteiligten *günstigste Art der Verwertung des Unternehmens oder einzelner Unternehmensbereiche* zu bestimmen; hierbei ist stets zu prüfen, ob statt der Abwicklung des Vermögens eine andere Art der Verwertung, insbesondere die Gesamtveräußerung des Unternehmens oder einzelner Unternehmensbereiche, vorteilhafter ist (§ 114a Abs. 4 IO).

Sofern das Unternehmen in der Prüfphase noch nicht geschlossen wird, erfolgt die „Weichenstellung“ für das Unternehmensschicksal in der *Berichtstagsatzung*, die spätestens 90 Tage nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens stattzufinden

hat (§ 91a Satz 3 IO). Gem. § 114b IO hat der Verwalter in der Berichtstagsatzung zu berichten, ob die Voraussetzungen für eine sofortige Schließung des gesamten Unternehmens oder einzelner Unternehmensbereiche bzw. für eine Fortführung gegeben sind sowie ob ein Sanierungsplan dem gemeinsamen Interesse der Insolvenzgläubiger entspricht und ob dessen Erfüllung voraussichtlich möglich sein wird. In der Begründung seines Berichts hat der Insolvenzverwalter in einer der Größe und Bedeutung des Falls angemessenen Weise auf die Markt-, Unternehmens- und Finanzlage einzugehen. Wichtig ist, dass die *Entscheidungsbefugnis über das Unternehmensschicksal* in Österreich nicht in den Händen der Gläubiger liegt; vielmehr hat das *Insolvenzgericht* auf der Basis des Berichts des Verwalters über das Unternehmensschicksal zu entscheiden (§ 114b IO).

Ursprünglich war die *Fortführungsmöglichkeit* nach dem IRÄG 1997 an den Zwangsausgleich (nunmehr *Sanierungsplan*) geknüpft: Es durfte also nur dann unbefristet fortgeführt werden, wenn auch ein Plan möglich war und dieser den Gläubigerinteressen entsprach. Diese Verknüpfung zwischen Unternehmensfortführung und Sanierung mit Plan wurde mit dem IRÄG 2010 gerade im Hinblick auf die Variante der übertragenden Sanierung gelöst.³⁴ Sind nunmehr die Voraussetzungen für eine *Fortführung* gegeben, so hat das Insolvenzgericht nach Anhörung der Insolvenzgläubiger mit Beschluss die Fortführung auszusprechen (§ 114b Abs. 2 Satz 1 IO); das ist also auch dann möglich, wenn ein Sanierungsplan gar nicht angestrebt ist. Seit dem IRÄG 2010 ist es daher auch zulässig, dass ein Unternehmen nur vorerst fortgeführt wird und dann im Rahmen einer übertragenden Sanierung verwertet werden soll. Entspricht allerdings überdies ein *Sanierungsplan*, dessen Erfüllung voraussichtlich möglich ist, dem gemeinsamen Interesse der Insolvenzgläubiger, so hat das Gericht auch dem Schuldner auf dessen Antrag eine *maximal 14-tägige Frist zum Sanierungsplanantrag* einzuräumen (§ 114b Abs. 2 IO).

Um die Fortführung von Unternehmen zu fördern, sieht die IO ferner *Verwertungsverbote* (im Konkurs § 114b Abs. 1 IO und § 114c Abs. 1 IO)³⁵ bzw. ein *Innehalten mit der Verwertung* (§ 140 Abs. 2 IO) vor. Eine *absolute Verwertungssperre* besteht im Konkursverfahren allerdings nur in der Phase nach der Berichtstagsatzung, wenn der Schuldner – wie ausgeführt – gem. § 114b Abs. 2 IO eine Frist zur Vorlage eines Sanierungsplans eingeräumt erhält. Das Verwertungsverbot ver-

27 Zeidler, ZIK 2017, 59.

28 Zeidler, ZIK 2017, 59.

29 Zeidler, ZIK 2017, 59.

30 Riel, AnwBl 1997, 891; ders., in: *Konecny/Schubert*, Insolvenzzesetze, § 114a KO Rn. 34 m.w.N.

31 Vgl. dazu *Chalupsky/Duursma-Kepplinger*, in: *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht, 4. Aufl. 2002, Bd. 3, § 81a KO Rn. 32; *Lentsch* (Fn. 7), S. 63; *Rothner*, ZIK 1997, 193.

32 Zeidler, ZIK 2017, 59 f.

33 So etwa OLG Wien – 28 R 263/14y, *Riel*, ZIK 2015/198, 145.

34 Vgl. *Reckenzaun*, IRÄG 2010, S. 123 f.

35 Vgl. dazu auch *Lentsch* (Fn. 3), S. 324 ff.

längert sich als *relative Verwertungssperre*, wenn der Schuldner in weiterer Folge tatsächlich fristgerecht einen zulässigen Sanierungsplan vorlegt; eine Verwertung ist in diesem Fall nur dann zulässig, wenn der Sanierungsplan nicht binnen 90 Tagen angenommen wird, er nicht mehr im Interesse der Insolvenzgläubiger liegt oder wenn die Voraussetzungen für eine Fortführung nicht mehr gegeben sind (§ 114c Abs. 1 IO). Da der Gesetzgeber jahrelange Unternehmensfortführungen, die den Gläubigern keinen wesentlichen Vorteil bringen, unterbinden wollte (§ 115 Abs. 4 IO), ist ein Unternehmen aber spätestens nach 3 Jahren jedenfalls zu schließen (sog. *Zwangsschließung*).

In Lehre und Praxis umstritten ist die Frage, inwieweit schon während Phasen absoluter Verwertungs- und Schließungsverbote *Vorbereitungshandlungen* für eine allfällige Verwertung vorgenommen werden dürfen. In der Praxis zeichnet sich nämlich oft innerhalb der Fortführungsphase ab, dass ein zukünftiger Sanierungsplan nur schwer zu finanzieren und erfüllen sein wird bzw. dass die Fortführung aufgrund saisonaler Gründe bereits zeitnah problematisch werden könnte.³⁶ In der Praxis wird daher oft in der Insolvenzdatei bekanntgemacht, dass, für den Fall, dass der Sanierungsplan scheitert, die freihändige Veräußerung angestrebt wird und sich etwaige Interessenten bereits beim Insolvenzverwalter melden mögen.³⁷ Fraglich ist, ob solche Vorbereitungshandlungen innerhalb der absoluten Verwertungssperre erlaubt sind. M.E. sind derartige „Vorbereitungshandlungen“ zulässig, sofern sie reversibel sind und nicht (z.B. durch Offenlegung von Betriebsgeheimnissen an Interessenten, die i.d.R. Konkurrenten des Schuldners sind) zur Schädigung des Schuldnerunternehmens führen.³⁸

Dieses Konzept hat sich bislang gut bewährt. Untermauert wird es von sachgerechten *arbeitsrechtlichen Rahmenbedingungen* (insbesondere § 25 IO), die unmittelbar an das Unternehmensschicksal anknüpfen und einerseits sicherstellen, dass dem Verwalter die für eine Fortführung und Sanierung nötigen Arbeitskräfte weiterhin zur Verfügung stehen, andererseits aber auch die Möglichkeit zur massenschonenden Auflösung von Arbeitsverträgen bieten.

Zu ergänzen ist, dass im Rahmen des IRÄG 1997 auch ein Nachfolger des Vorverfahrens geschaffen wurde, nämlich das *Reorganisationsverfahren* nach dem Unternehmensreorganisationsgesetzes (URG) – BGBl. I 1997/114. Leider blieb dieses jedoch (mit Ausnahme der Haftungsbestimmung des § 22 URG) fast ebenso bedeutungslos wie sein Vorgänger.

VI. IRÄG 2010 – Schwerpunkt Sanierungsverfahren und Sanierungsplan

Mit dem *IRÄG 2010* – BGBl. I 2010/29 versuchte der Gesetzgeber, den Sanierungsgedanken im österreichischen Insolvenzrecht weiter zu forcieren. Dabei wurde die Sanierung der Unternehmensträger noch stärker als zuvor in den Vordergrund gerückt.³⁹

Das im Rahmen dieser großen Reform neu vorgesehene *einheitliche Insolvenzverfahren* ermöglicht es dem Schuldner,

durch rechtzeitige Vorlage eines Sanierungsplans (dieser entspricht im Wesentlichen dem alten Zwangsausgleich) die Eröffnung eines *Sanierungsverfahrens* i.S.d. §§ 166 ff. IO zu erwirken; dies kann er bereits bei drohender Zahlungsunfähigkeit tun (§ 167 Abs. 2 IO).

Damit ein Sanierungsverfahren eröffnet werden kann, muss *bereits vor der Verfahrenseröffnung* ein *zulässiger Sanierungsplanvorschlag* vorliegen (§ 167 Abs. 1 IO). Beantragen darf das Sanierungsverfahren nur der Schuldner selbst; er kann insbesondere auf den Konkursantrag eines Gläubigers reagieren, indem er als Reaktion darauf selbst einen Antrag auf Eröffnung eines Sanierungsverfahrens stellt und dazu einen zulässigen Plan vorlegt.⁴⁰

Das *Sanierungsverfahren* gibt es in den Varianten *mit und ohne Eigenverwaltung*. Im *Sanierungsverfahren ohne Eigenverwaltung* muss der Schuldner einen Sanierungsplan mit einer Quote von mindestens 20 % vorlegen (§ 141 Abs. 1 IO i.V.m. § 167 Abs. 1 Nr. 2 IO). Strebt der Schuldner die Eröffnung eines *Sanierungsverfahrens mit Eigenverwaltung* an, so beträgt die Mindestquote 30 %; zudem muss er eine Reihe zusätzlicher Urkunden (insbesondere einen Finanzplan, also eine Gegenüberstellung der voraussichtlichen Einnahmen und Ausgaben für die folgenden 90 Tage) vorlegen (§ 169 IO). Das Sanierungsverfahren mit Eigenverwaltung muss also besonders gut vorbereitet sein, zumal es rasch gehen soll: Die Eigenverwaltung ist nämlich zwingend zu entziehen, wenn der Sanierungsplan nicht innerhalb von 90 Tagen nach Verfahrenseröffnung angenommen wurde (§ 170 Abs. 1 Nr. 3 IO). „Eigenverwaltung“ bedeutet übrigens auch in Österreich nicht verwalterlose Insolvenz: Der Schuldner bekommt zwar keinen (umfassenden) Masseverwalter, aber doch einen (primär überwachenden) Sanierungsverwalter (§§ 177 ff. IO) an die Seite gestellt. Anders als in Deutschland, wo sich die Eigenverwaltung gerade bei den größten Unternehmerinsolvenzen zum Standardverfahren entwickelt hat,⁴¹ ist die Tendenz in Österreich regressiv. Zudem betrifft die Eigenverwaltung typischerweise Kleinverfahren: Schon in den ersten Jahren nach dem Inkrafttreten des IRÄG 2010 war der Trend zur Eigenverwaltung rückläufig.⁴² Nach der letzten Statistik 2017 wurden von insgesamt 479 Sanierungsverfahren nur 73 mit Eigenverwaltung eröffnet.

Das Sanierungsverfahren folgt grds. den Regeln des Insolvenzverfahrens,⁴³ es enthält aber wesentliche Anreize für den insolventen Unternehmer, sich dieses Verfahrens zu bedienen. Ein besonderer Anreiz besteht zweifellos darin, dass § 168

36 Dazu *Lentsch* (Fn. 3), S. 325 f. m.w.N.

37 *Lentsch* (Fn. 3), S. 326.

38 So auch *Lentsch* (Fn. 3), S. 326 f.

39 Vgl. ErläutRV, 612 BlgNR 24. GP 1.

40 *Konecny*, Das Verfahrensgebäude der Insolvenzordnung, in: *Konecny* (Hrsg.), IRÄG 2010.

41 Vgl. *Moldenhauer/Wolf*, Sechs Jahre ESUG – Durchbruch erreicht, 2018, S. 4.

42 *Zotter*, ZIK 2012/246, 180 ff.

43 Vgl. ErläutRV, 612 BlgNR 24. GP 1.

Abs. 2 IO sofort mit Verfahrenseröffnung eine *absolute Verwertungssperre* eintreten lässt: Demnach ist das Unternehmen erst zu verwerten, wenn der Sanierungsplanvorschlag nicht innerhalb von 90 Tagen nach der Verfahrenseröffnung angenommen wird.⁴⁴

Dazu kommen *besondere Begünstigungen im Hinblick auf die Auflösung von Arbeitsverträgen* (§ 25 Abs. 1c IO): Der eigenverwaltende Schuldner kann Arbeitnehmer, die in einzuschränkenden Bereichen beschäftigt sind, bereits innerhalb eines Monats nach der öffentlichen Bekanntmachung des Eröffnungsbeschlusses mit Zustimmung des Sanierungsverwalters kündigen, wenn die Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses das Zustandekommen oder die Erfüllbarkeit des Sanierungsplans oder die Fortführung des Unternehmens gefährden könnte.

Diese Rahmenbedingungen machen das Sanierungsverfahren mit Eigenverwaltung grds. sicherlich attraktiv, jedoch scheitern viele an der gesetzlichen Mindestquote von 30 %.

VII. Resümee

Das eben vorgestellte System wurde auch durch die Reform des letzten Jahres, das IRÄG 2017 – BGBI. I 2017/122 – die primär auf die Verkürzung der Wohlverhaltensperiode (des österreichischen Abschöpfungsverfahrens) und den Entfall der Mindestquote für die Schuldbefreiung in diesem Verfahren abzielte – in ihrem Wesen nicht verändert.

Insgesamt betrachtet verfügt Österreich insbesondere seit 1997 über ein grds. gut funktionierendes System für eine Unternehmensfortführung und -sanierung im Insolvenzverfahren. In der Praxis haben sich insbesondere das Sanierungsverfahren ohne Eigenverwaltung und der Sanierungsplan im Konkursverfahren gut bewährt.

44 Zur Frage, inwieweit schon während des absoluten Verwertungsverbots Vorbereitungshandlungen für eine allfällige Verwertung vorgenommen werden dürfen, *Lentsch* (Fn. 3), S. 325 f. m.w.N.; *ders.* (Fn. 3), S. 326; *ders.* (Fn. 3), S. 326 f.

Aufrechnung mit Steuerschulden, die als Masseverbindlichkeiten entstanden sind nach Erteilung der Restschuldbefreiung oder das Fiskusprivileg zulasten des redlichen Schuldners

Anmerkung zur Entscheidung des BFH v. 28.11.2017 – VII R 1/16¹

von Rechtsanwalt/Insolvenzverwalter Henning Sämisch, Hamburg*

Das Urteil des BFH v. 28.11.2017 fügt sich nahtlos in eine Reihe von Entscheidungen der Finanzgerichtsbarkeit ein, die die Privilegierung des Fiskus ausweiten und die übrigen Gläubiger in erheblichem Maße benachteiligen. Anhaltende Bestrebungen innerhalb der Finanzministerien und der Gesetzgebung führen im Ergebnis zu einer bevorzugten Sonderstellung des Staats unter den Gläubigern. Diese Entwicklungen sind im Lichte der Grundkonzeption der InsO und besonders der im Koalitionsvertrag zwischen CDU/CSU und SPD festgehaltenen Bestrebungen zur Wahrung des Grundsatzes der Gleichbehandlung aller Insolvenzgläubiger kritisch zu hinterfragen. Insbesondere verletzt die neuere Rechtsprechung das ausdrückliche Ziel der Restschuldbefreiung in der InsO.

I. (Fehlende) Restschuldbefreiung und Fiskusprivileg in der KO

In der bis zum 31.12.1998 geltenden Fassung enthielt die KO grds. nicht die Möglichkeit der Restschuldbefreiung. Im Gegenteil normierte die KO die unbeschränkte Nachhaftung des Schuldners in § 164 KO sowie das freie Nachforderungsrecht der Gläubiger nach Beendigung des Verfahrens in § 201 Abs. 1 KO. Bereits in den 80er Jahren gab es vermehrt Bedenken an dieser uneingeschränkten Haftung des Konkursschuldners.² Zu Recht wurde darauf hingewiesen, dass eine unbeschränkte Nachhaftung des Schuldners zu einem „modernen Schuldturm“³ des Schuldners führt. Die ökonomische ausweglose Situation des Schuldners führte regelmäßig zu einem Abgleiten in die Schattenwirtschaft⁴ und einer faktischen Unwirksamkeit des Nachforderungsrechts. Verstärkt wurde diese Brisanz durch die Wiedervereinigung der BRD mit der ehemaligen DDR. In den neuen Bundesländern war durch den § 18 GesO – jedenfalls praktisch – die Möglichkeit der Restschuldbefreiung vorhanden.⁵ Überdies be-

stand in der KO weiterhin die Ungleichbehandlung zwischen natürlichen und juristischen Personen. Letztere wurden nach Abschluss bzw. Einstellung des Verfahrens mangels Masse aus dem Handelsregister gelöscht. Damit trat eine faktische Restschuldbefreiung ein.⁶ In der bis zum 31.12.1998 gelten-

1 BFH, Ur. v. 28.11.2017 – VII R 1/16, ZIP 2018, 593 = BB 2018, 741 = DB 2018, 612. Die Entscheidung des BFH wird mit einer Anmerkung von *Philipp-Boie Harder* in einer der nächsten Ausgaben der ZInsO veröffentlicht.

* Der Autor ist Fachanwalt für Insolvenzrecht und Insolvenzverwalter in der Kanzlei SHNF in Hamburg. Dank gilt für Recherche und Mitarbeit cand. jur. *Frederik Quitzau*.

2 Dazu etwa *Balz*, ZRP 1986, 12 ff.; *Klopp*, KTS 1992, 346 ff.

3 Vgl. *Schmidt-Räntsch*, in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, 3. Aufl. 2006, § 76 Rn. 3.

4 *Prütting*, in: Kübler/Prütting/Borck, InsO, § 1 Rn. 48.

5 Dazu *Wenzel*, Die „Restschuldbefreiung“ in den neuen Bundesländern, 1994; *Kilger/K. Schmidt*, Kommentar zur InsO, 19. Auflage § 18 GesO Anm. 3b.

6 *Pape*, ZRP 1993, 285.