

Die Neuregelungen über Verträge im österreichischen Insolvenzrecht

von Univ.-Professorin Dr. Bettina Nunner-Krautgasser und Univ.-Ass. Mag. Klaus Pateter, Graz

Das Insolvenzrechtsänderungsgesetz (IRÄG) 2010 (öBGBI. I 2010/29) ist nun seit über einem Jahr in Kraft. Bewirkt hat es gravierende Strukturänderungen im österreichischen Insolvenzverfahren:¹ Die praktisch kaum mehr bedeutsame Ausgleichsordnung (öAO) wurde abgeschafft, die Konkursordnung (öKO) wurde in Insolvenzordnung (öIO) umbenannt und stellt nunmehr eine einheitliche und flexible Verfahrensordnung dar. Die Doppelgleisigkeit von Konkurs und Ausgleich wurde damit beseitigt. Von großer Bedeutung für die insolvenzrechtliche Praxis sind vor allem die massiven Einschnitte in die Rechtspositionen von Vertragspartnern des insolventen Schuldners. Eine erhebliche Beschränkung allgemeiner zivilrechtlicher Auflösungsbefugnisse soll die Sanierungschancen im Insolvenzverfahren erhöhen.

I. Einleitung

Hauptziel der großen Insolvenzrechtsreform des Jahres 2010 war (vor dem Hintergrund der Wirtschaftskrise) eine noch sanierungsfreundlichere Gestaltung des Unternehmerinsolvenzrechts. Eine entscheidende Rolle spielten dabei die Regeln über die beschränkte Auflösbarkeit von Verträgen mit dem Insolvenzschuldner, zumal für eine erfolgreiche Sanierung im Insolvenzverfahren gerade funktionierende Geschäftsverhältnisse entscheidend sind. Bisher hat aber der sofortige „Rückzug“ der Geschäftspartner aus Vertragsverhältnissen, die für den Weiterbetrieb des Schuldnerunternehmens von vitaler Bedeutung waren, eine Sanierung oft von vornherein verhindert.²

Daher führte man erstmals Regelungen ein, die – grds. losgelöst vom Vertragstyp – eine zeitlich beschränkte Unkündbarkeit bzw. Unauflösbarkeit von Verträgen vorsehen, die für die Unternehmensfortführung erforderlich sind. Eine vergleichbare Bestimmung findet sich in § 112 dInsO für Bestandverträge: Ist der Schuldner Mieter oder Pächter, kann der Vertragspartner den Bestandvertrag nach der Insolvenzeröffnung nicht unter Berufung auf Zahlungsverzug für die Zeit vor der Insolvenzeröffnung oder auf die Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Schuldners kündigen.

Die österreichischen Bestimmungen sind freilich auch für ausländische Vertragspartner von österreichischen Schuldner von Bedeutung: Art. 4 EulnsVO bzw. § 221 Abs. 1 öIO erklären das Recht des Staates der Verfahrenseröffnung (*lex fori concursus*) für das Insolvenzverfahren und dessen Wirkungen für maßgeblich. Abs. 2 lit. e/Abs. 2 Nr. 5 *leg cit* zählen (demonstrativ) auch die Auswirkungen des Insolvenzverfahrens auf laufende Verträge zum Regelungskreis der *lex fori concursus*.

Diese Neuerungen haben eine generelle Änderung des Verhältnisses zwischen materiellem Insolvenzrecht und allgemeinem Zivilrecht mit sich gebracht: Bis zum Inkrafttreten des IRÄG 2010 am 1.7.2010 war dieses Verhältnis vom Vorrang des allgemeinen Zivilrechts geprägt.³ Die auf den Bestimmungen des allgemeinen Zivilrechts fußenden Befugnisse, insbesondere zur Vertragsauflösung im Insolvenzfall, wurden durch die formelle Insolvenz – mit wenigen Ausnahmen⁴ – nicht beeinflusst, sondern lediglich ergänzt. Gleiches galt für vertraglich vereinbarte Auflösungs- und Rücktrittsrechte.⁵ Das hat sich durch die Insolvenzrechtsreform radikal geändert: Seit dem Inkrafttreten des IRÄG 2010 kommt dem

materiellen Insolvenzrecht zumindest für eine gewisse Zeitspanne der Vorrang gegenüber dem allgemeinen Zivilrecht zu;⁶ Vertragsauflösungsbefugnisse des allgemeinen Zivilrechts werden entsprechend zurückgedrängt.

II. Überblick

Die mit dem IRÄG 2010 eingeführten Regelungen über das Schicksal von Verträgen nach der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens stellen den viel zitierten „Schutzschild“ für die Sanierung des Unternehmers bzw. seines Unternehmens dar.⁷ Er soll bewirken, dass wichtige Vertragsbeziehungen zunächst aufrecht erhalten werden, bis (bestenfalls) rasche Sanierungsbemühungen abgeschlossen oder zumindest die weitere Entwicklung abgeklärt ist. Dahinter steht das Bestreben, die für die Unternehmensfortführung bzw. -sanierung essenziellen Befugnisse des Verwalters über die Aufrechterhaltung oder Auflösung von Verträgen (§§ 21 ff. öIO) durch eine Beschränkung der Befugnisse der Vertragspartner erheblich stärker als bisher abzuschirmen. Es wurde also eine *zeitlich begrenzte Ruhephase zur Prüfung von Unternehmensfortführung und -sanierung* geschaffen.⁸

Dabei wurden *zwei Ansätze* kombiniert: Zum einen wurden besonders *sanierungsfreundliche Regelungen der öAO in die neue öIO übernommen*; zum anderen schuf der Gesetzgeber aber auch *völlige Neuregelungen*. Das betrifft vor allem zwei Punkte, nämlich eine weitgehende Vertragsauflösungssperre für 6 Monate bei Unternehmensfortführung (§ 25a Abs. 1 Satz 1 öIO) und die Unwirksamklärung von Auflösungsvereinbarungen für den Insolvenzfall (§ 25b Abs. 2 öIO).⁹

1 S. dazu Nunner-Krautgasser, ZInsO 2011, 117.

2 Vgl. dazu die Erläuterungen zur Regierungsvorlage (im Folgenden ErläutRV) 612 BlgNr. 24. GP 5, abgdr. in Konecny (Hrsg.), IRÄG 2010, S. 223 ff.

3 Ausführlich Nunner-Krautgasser, in: Konecny, Insolvenz-Forum 2009, 2010, S. 82 ff.; Weiteres zum systematischen Standort des Insolvenzrechts in der österreichischen Rechtsordnung Nunner-Krautgasser, Schuld, Vermögenshaftung und Insolvenz, 2007, S. 234 ff.

4 S. z.B. zum Austrittsrecht des Arbeitnehmers in der Insolvenz des Arbeitgebers OGH v. 25.4.1996 – 8 ObS 4/96 SZ 69/106, RIS-Justiz RS0102119; ausführlich zur Problematik Nunner-Krautgasser (Fn. 3), S. 86 f.

5 Konecny/Nunner-Krautgasser, in: Konecny (Fn. 2), S. 39 f.; vgl. auch RIS-Justiz RS0018324, RS0016596, RS0109019.

6 Konecny, ZIK 2010/119, 82, 84.

7 Mohr, ÖJZ 2010/94, 887, 892.

8 Widhalm-Budak, in: Konecny (Fn. 2), S. 23, 25.

III. Vertragsauflösungssperre (§ 25a öIO)

Die zentrale Neuregelung des § 25a öIO sieht eine recht weitgehende Vertragsauflösungssperre vor. Die Bestimmung bildet (gemeinsam mit § 25b Abs. 2 öIO) den Kern des österreichischen „Schutzschild“-Modells.¹⁰ Da die Anwendungsbereiche von §§ 25a und 25b öIO nicht scharf voneinander trennbar sind, werden einige Aspekte von § 25b öIO sogleich, andere später¹¹ behandelt.

1. Anwendungsbereich

Der Grundgedanke des neuen § 25a öIO besteht darin, dass Vertragspartner des insolventen Schuldners Verträge, deren Wegfall die *Unternehmensfortführung gefährden* könnte, künftig grds. nur mehr aus wichtigem Grund auflösen können.

Der (sachliche) *Anwendungsbereich* dieser neuen Bestimmung ist daher in zweierlei Hinsicht eingeschränkt: Einerseits gilt § 25a öIO (anders als § 25b öIO) nur *in Insolvenzverfahren von Unternehmen*, weil seine Anwendung die Fortführung des Schuldnerunternehmens voraussetzt. § 25a öIO ist aber nicht nur im Sanierungsverfahren, sondern auch im Konkursverfahren anwendbar.¹² Hier ist die Auflösungssperre auch im Zusammenhang mit Lebendverkäufen des Unternehmens hilfreich.¹³ Andererseits betrifft § 25a öIO – seinem Zweck entsprechend – nur solche *Verträge, deren Aufrechterhaltung für die Unternehmensfortführung erforderlich* ist.

Diskutiert wurde schon vor und auch nach dem Inkrafttreten des IRÄG 2010 vor allem darüber, welche *Arten von Verträgen* von § 25a (und § 25b) öIO überhaupt erfasst seien. Klar ist, dass es immer nur Verträge sein können, die die Insolvenzmasse überhaupt betreffen; insoweit sind aber Ziel- und Dauerschuldverhältnisse gleichermaßen erfasst. Verträge über höchstpersönliche Rechte wie insbesondere familienrechtliche Verträge (z.B. Ehe, Eingetragene Partnerschaft oder Adoption) sind hingegen nicht erfasst, weil sie die Masse nicht berühren.¹⁴

Bislang offen ist, ob die Vertragsauflösungssperre (und auch die Regelung des § 25b öIO über unwirksame Vertragsklauseln) darüber hinaus nur auf *bestimmte Vertragstypen* anwendbar ist. Zu denken ist insbesondere an eine *Einschränkung auf zweiseitig verpflichtende Verträge i.S.d. §§ 21 ff. öIO*.¹⁵ Eine solche Einschränkung ist dem Gesetzestext zwar nicht zu entnehmen, man könnte sie aber aus der systematischen Stellung der §§ 25a und 25b öIO im Normengefüge der §§ 21 ff. öIO ableiten wollen,¹⁶ das mit „Erfüllung von zweiseitigen Rechtsgeschäften“ übertitelt ist. Dagegen spricht allerdings, dass dieser Abschnitt auch Regelungen über andere als zweiseitige Rechtsverhältnisse enthält, so dass die Systematik hier ohnedies unscharf ist.

Nach überwiegender Ansicht soll die Auflösungssperre *auch unentgeltliche Verträge* (etwa Leihe oder Bittleihe, aber z.B. auch unentgeltlich erbrachte Leistungen innerhalb eines Konzerns) erfassen.¹⁷ Für § 25b öIO kann das bereits

aus dessen Abs. 2 abgeleitet werden: Dieser bestimmt, dass die Unzulässigkeit von Auflösungsklauseln für den Insolvenzfall nicht für Verträge i.S.d. § 20 Abs. 4 öIO gilt. Dort sind aber auch unentgeltliche Verträge angeführt, wie etwa das Wertpapierverleihgeschäft (§ 20 Abs. 4 Nr. 4 öIO).

Besonders strittig ist die Rechtslage bei *Gesellschaftsverträgen*: An sich legt der weite Wortlaut des § 25a öIO eine Auslegung nahe, die auch *mehrseitige Verträge* und damit auch Gesellschaftsverträge miterfasst; die Meinungen darüber gehen aber auseinander. Das gilt übrigens auch für die Anwendung des § 25b öIO; d.h. entweder sind beide Normen auf Gesellschaftsverträge anwendbar oder eben beide nicht.

Gegen die Anwendbarkeit der Auflösungssperre auf Gesellschaftsverträge wird insbesondere die *systematische Stellung¹⁸ der §§ 25a und 25b öIO* im Normengefüge der §§ 21 ff. öIO ins Treffen geführt.¹⁹ Die h.L. spricht sich allerdings mit unterschiedlichen Argumenten für die Anwendbarkeit der Auflösungssperre auch auf Gesellschaftsverträge aus.²⁰ Ein wesentliches Argument dafür ist der offene Wortlaut der §§ 25a und 25b öIO, der ohne Weiteres auch mehrseitige Verträge erfasst. Gestützt wird diese Auslegung durch einen Hinweis in den ErläutRV, wonach all jene Verträge nicht von § 25a öIO erfasst sein sollen, für die im Insolvenzfall spezielle Auflösungsbestimmungen vorgesehen sind, wie etwa § 1210 ABGB für die GbR.²¹ Der Gesetzgeber ging somit offenbar von der grundsätzlichen Anwendbarkeit der §§ 25a und 25b öIO auch auf Gesellschaftsverträge aus. Für eine Anwendung spricht auch die generelle Zielsetzung der Reform, also die Verbesserung der Sanierungsfreundlichkeit und des Unternehmensschutzes.

9 § 25b Abs. 2 öIO entspricht dem ehemaligen § 20e Abs. 2 öAO.

10 *Nunner-Krautgasser*, in: Konecny (Fn. 3), S. 94.

11 S. dazu IV.

12 *Konecny*, ZIK 2010/119, 85; s. zu den unterschiedlichen Verfahrensabläufen des Insolvenzverfahrens *Nunner-Krautgasser*, ZInsO 2011, 117 ff. sowie *Konecny* (Fn. 2), S. 1, 5 ff.

13 *Konecny*, ZIK 2010/119, 85.

14 *Widhalm-Budak*, in: Konecny (Fn. 2), S. 26.

15 Die von ihrem Regelungsgehalt her § 103 InsO entsprechende, zentrale Bestimmung des § 21 öIO über Verträge gewährt dem Insolvenzverwalter ein Wahlrecht bzgl. vollkommen zweiseitig verbindlicher (synallagmatischer) Verträge, die zum Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung von beiden Vertragspartnern noch nicht oder nicht vollständig erfüllt wurden. § 21 öIO steht an der Spitze des Kapitels der insolvenzrechtlichen Vorschriften über Verträge (§§ 21 – 26a öIO).

16 Vgl. dazu *Gamerith*, in: Bartsch/Pollak/Buchegger, Österreichisches Insolvenzrecht Kommentar, 4. Aufl. 2000, Bd. I, § 21 Rn. 3.

17 *Fichtinger/Foglar-Deinhardstein*, ÖBA 2010, 818, 821; *Konecny*, ZIK 2010/119, 85; *Mohr*, ÖJZ 2010/94, 893; *Widhalm-Budak*, in: Konecny (Fn. 2), S. 26; für eine Anwendbarkeit nur des § 25b Abs. 2 öIO, nicht aber des § 25a öIO auf unentgeltliche Verträge *Leupold*, ZIK 2010/244, 167, 170.

18 Dazu bereits oben bei Fn. 15 und 16.

19 *Jelinek*, wbl 2010, 377, 385; *Widhalm-Budak*, in: Konecny (Fn. 2), S. 26 f.; ausführlich auch *Fellner*, RdW 2010, 259, 261.

20 *Fichtinger/Foglar-Deinhardstein*, ÖBA 2010, 821; *Hoening/Viehböck*, Insolvenzureform gefährdet Standort, Die Presse v. 13.5.2010; *Konecny*, ZIK 2010/119, 86; *Leupold*, ZIK 2010/244, 170; *Mohr*, ÖJZ 2010/94, 893; *Nunner-Krautgasser*, in: Konecny (Fn. 3), S. 95.

21 Vgl. ErläutRV 612 BlgNR 24. GP 13.

2. Dauer

Die Auflösungssperre gem. § 25a öIO ist zeitlich begrenzt: Sie dauert *längstens 6 Monate ab der Verfahrenseröffnung* (bzw. kann bei Unternehmensschließung früher enden). Dieser Zeitraum entspricht der Periode, die mit dem IRÄG 2010 auch für die „Zwangsstundung“ von Aus- und Absonderungsrechten (§ 11 Abs. 2 öIO) eingeführt wurde (die ehemals 90 Tage stellten sich in der Praxis als zu kurz heraus²²).²³ Dahinter steht wohl die Erwartung, dass innerhalb dieser Zeit ein Sanierungsverfahren bis zur Bestätigung des Sanierungsplans erfolgreich abgewickelt sein kann.²⁴ Kommt ein Sanierungsplan zustande, so werden die Rückstände (als Insolvenzforderungen) von der Schuldbefreiungswirkung (§ 156 öIO) erfasst und haftungsrechtlich auf die Quote gekürzt; eine auf Verzug gestützte Vertragsauflösung ist dann nicht mehr möglich. Die ordentliche Kündigung kann aber wieder ausgeübt werden.²⁵

Die Auflösungsstrafen gelten *nur für die Dauer einer Unternehmensfortführung*, sie fallen damit bei einer Unternehmensschließung weg. Vertragspartner sind nach § 25a öIO also keineswegs in jedem Fall für 6 Monate an insolvente Schuldner gebunden, sondern nur bei Unternehmensfortführung und damit einhergehender *Sanierungswahrscheinlichkeit*. In von vornherein aussichtslosen Fällen erfolgt die Unternehmensschließung oft bereits kurz nach der Verfahrenseröffnung; die Lösungsbefugnisse von Vertragspartnern werden hier durchwegs nur minimal beschränkt.²⁶ Kommt es nur zu einer Bereichsschließung, so muss geprüft werden, ob der konkrete Vertrag dem noch weitergeführten Rest des Unternehmens zuzuordnen und dafür auch erforderlich ist; dann gilt die Auflösungssperre. Entsprechendes muss wohl auch dann gelten, wenn sich der Vertrag nicht eindeutig zuordnen lässt, eine Auflösung aber die Fortführung des Restunternehmens gefährden würde.²⁷

3. Inhalt

Der Regelungsgehalt der Auflösungssperre des § 25a öIO besteht darin, dass Vertragspartner bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen Verträge *nicht mehr ordentlich beenden*, sondern *nur noch aus wichtigem Grund auflösen* können. Damit wird also die Ausübung eines ordentlichen Kündigungsrechts grds. für die Dauer von 6 Monaten ab der Insolvenzeröffnung unterbunden. Der Ablauf befristeter Vertragsverhältnisse bleibt von § 25a öIO jedoch unberührt.²⁸

Manche Aspekte im Zusammenhang mit dem neuen § 25a öIO sind noch etwas unklar: So wurde etwa im Vorfeld der Reform die Frage aufgeworfen, ob § 25a öIO z.B. auch eine Vertragsanfechtung wegen Irrtums unterbinde. U.E. läuft die ratio dieser Norm nur auf eine Beschränkung der ex nunc-Beendigung von Verträgen hinaus, sodass ex tunc-Vernichtungen von § 25a öIO unberührt bleiben.²⁹

Eine weitere, gesetzlich nicht ausdrücklich geregelte Frage lautet, ob sich die Auflösungssperre nur auf gesetzliche Auflösungsrechte bezieht oder ob von ihr auch vertragliche Ver-

einbarungen (soweit sie nicht ohnedies wegen § 25b Abs. 2 öIO unwirksam sind) erfasst sind. Hier gebietet der Zweck der Norm eine weite Auslegung, sodass die Auflösungssperre *auch für vertragliche Vereinbarungen* gilt.³⁰

Zwei Umstände sind als wichtige Gründe für eine Vertragsauflösung explizit ausgeschlossen, sodass eine solche nur auf andere Gründe gestützt werden kann: Zunächst können Verträge nicht mit der Begründung aufgelöst werden, dass sich die *wirtschaftliche Lage des Schuldners verschlechtert* habe (§ 25a Abs. 1 Nr. 1 öIO). Diese Regelung ist insbesondere bei wiederkehrenden Leistungen (z.B. beim Leasing einer Telefonanlage) von Bedeutung.³¹

Des Weiteren kann auch ein *Verzug des Schuldners mit der Erfüllung offener Forderungen, die vor der Insolvenzeröffnung fällig wurden, nicht als Vertragsauflösungsgrund* wahrgenommen werden (§ 25a Abs. 1 Nr. 2 öIO). Entsprechend dem weiten Forderungsbegriff des ABGB ist davon nicht nur ein Verzug mit der Erfüllung einer Geldleistungspflicht, sondern auch ein Verzug mit der Erfüllung einer Naturalleistungspflicht erfasst (dazu unten VI.). Wegen § 25a öIO ist also insbesondere ein Rücktritt gem. § 918 ABGB wegen Verzugs mit Insolvenzforderungen für die Dauer von 6 Monaten ab Insolvenzeröffnung nicht möglich. Entsprechendes gilt bei Bestandverhältnissen für einen Verzug mit rückständigen Bestandzinsen (§ 1118 ABGB). Insoweit ist der Gesetzestext, der auf die Fälligkeit vor Verfahrenseröffnung und nicht auf die *Qualifikation als Insolvenzforderung* abstellt, allerdings nicht ganz unproblematisch: Sofern nämlich – was in der Praxis insbesondere bei umsatzabhängigen Bestandzinsen vorkommt – Bestandzins im Nachhinein geschuldet wird, ist der Rückstand für die Zeit vor der Insolvenzeröffnung zwar Insolvenzforderung,³² wird aber u.U. erst nach der Insolvenzeröffnung fällig; das schliesse die Anwendung des § 25a Abs. 1 Nr. 2 öIO aus, und eine Vertragsauflösung wäre möglich. Dies widerspricht aber ganz offenbar den Intentionen des Gesetzgebers des IRÄG 2010, sodass insoweit wohl auf die Qualifikation als Insolvenzforderung abgestellt werden muss.³³

Kommt innerhalb von 6 Monaten ein *Sanierungsplan* zustande, so tritt die schuldbefreiende Wirkung mit dessen rechtskräftiger Bestätigung ein (§ 156 öIO). Ab diesem Zeitpunkt liegt kein Verzug mit Insolvenzforderungen mehr vor.

22 ErläutRV 612 BlgNR 24. GP 10.

23 ErläutRV 612 BlgNR 24. GP 13.

24 Konecny, Das Schicksal von Verträgen in der Insolvenz (unveröffentlicht).

25 Mohr, *ecolex* 2009, 848, 851.

26 Nunner-Krautgasser, in: Konecny (Fn. 3), S. 97.

27 Konecny, ZIK 2010/119, 86; Widhalm-Budak, in: Konecny (Fn. 2), S. 27.

28 Konecny, ZIK 2010/119, 86.

29 Vgl. Konecny, Das Schicksal von Verträgen in der Insolvenz (unveröffentlicht).

30 Konecny, ZIK 2010/119, 86 f.

31 Mohr, *ecolex* 2009, 851.

32 OGH v. 9.3.1976 – 5 Ob 301/76 SZ 49/36, JBl. 1977, 100 = EvBl 1977/57 = MietSlg 28.712; RIS-Justiz RS0064127.

33 Pariasek, wobl 2010, 237, 238 f.

Konsequenterweise ist dann – sofern der Sanierungsplan ordnungsgemäß erfüllt wird – auch nach dem Ablauf der Sechsmonatsfrist ein auf den ehemaligen Verzug gestützter Rücktritt nicht mehr möglich. Andere Vertragsverletzungen als der Verzug mit Insolvenzforderungen – insbesondere ein Verzug mit der Erfüllung von nach Insolvenzeröffnung fällig werdenden Forderungen (eigentlich Masseforderungen) – können hingegen nach wie vor geltend gemacht werden; diesbezüglich bestehen also keine Beschränkungen im Hinblick auf eine Vertragsauflösung aus wichtigem Grund.

4. Sicherheitsklausel

Zum Schutz des Vertragspartners sieht § 25a Abs. 2 Nr. 1 öIO vor, dass die *Auflösungssperre nicht gilt, wenn die Vertragsauflösung zur Abwendung schwerer persönlicher oder wirtschaftlicher Nachteile des Vertragspartners unerlässlich ist*. Bei dieser Sicherheitsklausel handelt es sich um eine rein materiell-rechtliche Regelung. Die Formulierung entspricht den Bestimmungen zur Zwangsstundung von Ab- und Aussonderungsrechten (§ 11 Abs. 2 öIO) und zur Aufschiebung der durch einen Absonderungsgläubiger betriebenen Exekution (§ 120a Abs. 1 öIO). Insoweit vertritt die h.M., dass allein die drohende Insolvenz einen derartigen schweren Nachteil darstellen kann.³⁴

Nicht klar ist, ob diese enge Auslegung des „schweren persönlichen oder wirtschaftlichen Nachteils“ auch für die Auflösungssperre gilt. Das Gesetz enthält hier keine Klarstellung. In der Literatur wird einerseits einem Gleichklang mit § 11 Abs. 2 öIO das Wort geredet:³⁵ Die Auflösungssperre würde bei dieser Interpretation nur dann nicht gelten, wenn damit eine regelrechte Insolvenzbedrohung für den Vertragspartner verbunden wäre bzw. wenn – was schwer denkbar ist – ein dem Eintritt der Zahlungsunfähigkeit gleichwertiger wirtschaftlicher Nachteil zu befürchten wäre. Eine bloße Gefährdung der Befriedigung des Gläubigers würde danach nicht ausreichen.³⁶ Dem steht die Ansicht gegenüber, dass der „schwere persönliche oder wirtschaftliche Nachteil“ i.S.d. § 25a öIO weiter auszulegen sei, als bei der Zwangsstundung und der Exekutionsaufschiebung:³⁷ Bei den beiden älteren Bestimmungen gehe es nämlich im Wesentlichen darum, dass ein dinglich gesicherter Gläubiger erst zu einem späteren Zeitpunkt Befriedigung erlangt. Im Zusammenhang mit § 25a öIO ist hingegen der Vertragspartner weiter zur aktiven Leistungserbringung verpflichtet. Hier werde also massiver in die Position des Vertragspartners eingegriffen. Diese Unterschiede sprechen für eine *Auslegung, bei der die Unzumutbarkeitsschwelle niedriger anzusetzen ist*, auch wenn dadurch das Sanierungsziel der Reform weniger strikt umgesetzt wird als nach der engen Auslegungsvariante.

Was das Prozedere angeht, so wird der Vertragspartner die Situation zweckmäßigerweise zunächst mit dem Insolvenzverwalter abklären; im Streitfall müsste (ex post) im Gerichtsweg geklärt werden, ob eine Vertragsauflösung wirksam ist oder nicht.³⁸ Behauptungs- und beweispflichtig für das Vorliegen eines schweren persönlichen oder wirtschaftlichen Nachteils ist nach allgemeinen Regeln der (nicht insolvente) Vertragspartner.³⁹

5. Keine Rückwirkung

Der Ministerialentwurf (ME) eines IRÄG 2009⁴⁰ enthielt in § 25a Abs. 3 öIO noch eine – heftig umstrittene⁴¹ – Bestimmung, die eine Rückwirkung der Auflösungssperre für den Fall vorsah, dass das Schuldnerunternehmen nach der Insolvenzeröffnung fortgeführt wird; sie wurde allerdings in die Regierungsvorlage (RV) nicht übernommen. Gem. § 25a Abs. 3 öIO i.d.F. ME IRÄG 2009 sollten innerhalb der letzten 3 Wochen vor der Verfahrenseröffnung abgegebene Auflösungserklärungen von Vertragspartnern im Fall der Unternehmensfortführung unwirksam sein, sofern die Auflösung nicht auf einen wichtigen Grund gestützt war. Mit „unwirksam“ war in diesem Zusammenhang gemeint, dass die Erklärung als nicht abgegeben gelte, was die rückwirkende Wiederherstellung aufgelöster Verträge bedeuten würde.

Grds. ist die Idee der Vorwirkung der Auflösungssperre zur Verhinderung ihrer Umgehung sinnvoll, denn sie unterbindet, dass Verträge noch rasch vor einem bereits absehbaren Insolvenzverfahren aufgelöst werden. Im Begutachtungsverfahren wurde sogar eine Ausdehnung der Dreiwochenfrist auf 60 Tage angeregt.⁴² Auch in rechtsvergleichender Hinsicht sind solche Vorverlagerungen von Insolvenzwirkungen nichts Ungewöhnliches oder gar Verwerfliches (vgl. den bereits durch die Insolvenzantragstellung ausgelösten „automatic stay“ gem. 11 U.S.C. § 362 sowie Recommendation 70 des UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law, die eine Vertragssicherung schon zu früheren Zeitpunkten als der formellen Verfahrenseröffnung – insbesondere ab Antragstellung – empfiehlt).

Die rechtstechnische Lösung in Form einer Rückwirkung im Ministerialentwurf war zugegebenermaßen unglücklich, weil eine solche Konstruktion mit erheblicher Rechtsunsicherheit einhergeht und zahlreiche zivilrechtliche Probleme vorprogrammiert sind. Mit der gänzlichen Streichung jeglicher Vorwirkung wurde die Auflösungssperre freilich um einiges „zahnloser“ gestaltet, was die Durchschlagskraft der Bestimmung (vor allem im Zusammenhang mit der weitgehenden Zulassung von Vertragsänderungen) massiv beeinträchtigt und das Gesamtziel der Reform nicht unwesentlich untergräbt. Zur Vermeidung von Umgehungsversuchen wäre es zielführend gewesen, die Rückwirkungslösung durch eine Vorverlagerung der Vertragssicherung auf die Zeit ab der Insolvenzantragstellung zu ersetzen. Lösungs-

34 Riel, in: Konecny/Schubert, Kommentar zu den Insolvenzgesetzen, 21. Lfg. 2006, § 120a KO Rn. 17.

35 Widhalm-Budak, in: Konecny (Fn. 2), S. 28; vgl. auch Konecny, ZIK 2010/119, 86.

36 Riel (Fn. 34), § 120a Rn. 17.

37 Reisenhofer, Zak 2010/500, 287 f.

38 Konecny, Das Schicksal von Verträgen in der Insolvenz (unveröffentlicht).

39 Widhalm-Budak, in: Konecny (Fn. 2), S. 28.

40 83/ME 24. GP.

41 Vgl. nur 12/SN-83/ME 24. GP 10 (Wirtschaftskammer Österreich); 17/SN-83/ME 24. GP 3 (Industriellenvereinigung).

42 1/SN-83/ME 24. GP 2 f. (König).

ansätze für insoweit geortete Probleme im Hinblick auf die Rechtssicherheit – insbesondere betreffend das Fehlen einer öffentlichen Bekanntmachung der Antragstellung – hätten mithilfe rechtsvergleichender Untersuchungen gefunden werden können.

6. Ausnahmen von § 25a öIO

Bestimmte Arten von Verträgen sind vom Anwendungsbereich des § 25a öIO ausdrücklich ausgenommen, nämlich die (in § 25 öIO eigens geregelten) *Arbeitsverträge* sowie gewisse *Kreditverträge* (§ 25a Abs. 2 Nr. 2 und 3 öIO).

Hinter der Ausnahme für Kreditverträge steht das – durchaus nachvollziehbare – Anliegen der Banken, offene Kreditrahmen mögen im Insolvenzfall nicht mehr ausnützbar sein.⁴³ Die *Ausnahme für Kreditverträge* ist allerdings relativ eng formuliert, nämlich mit dem Wortlaut „*bei Ansprüchen auf Auszahlung von Krediten*“. Davon umfasst sind zunächst Geldkredite und dabei auch Sonderformen wie z.B. Kontokorrentkredite (vgl. § 988 ABGB).⁴⁴ Erfasst sollen aber auch andere Kreditformen sein, wie insbesondere Haftungs- und Avalkredite sowie anderweitige entsprechende Vereinbarungen über Geld, z.B. Bausparverträge.⁴⁵ Entscheidend ist, dass dem Kreditnehmer durch die Kreditgewährung Kaufkraft verschafft wird.

Auch Factoringverträge können unter den Ausnahmetatbestand des § 25a Abs. 2 Nr. 2 öIO fallen, wenn das Kernelement des Vertrags die Kredit- und Sicherungsfunktion ist. Wegen der vielfältigen Gestaltungsmöglichkeiten des Factorings kann hierüber aber keine pauschale Aussage getroffen werden.⁴⁶

Von der Geltung der Auflösungssperre jedenfalls betroffen bleiben *Sachdarlehen* wie z.B. das *Finanzierungsleasing* und dergleichen, weil keine Auszahlung vorgenommen wird.⁴⁷ Hier gilt die Ausnahmeregelung des § 25a Abs. 2 Nr. 2 öIO also unzweifelhaft nicht. Entsprechendes gilt nach dem Wortlaut der Norm auch für *Abzahlungsgeschäfte* i.S.d. bisherigen § 16 Abs. 2 KSchG (nunmehr: „sonstige Finanzierungshilfen“ i.S.d. § 25 Abs. 1 VKrG), für *entgeltliche Ratenvereinbarungen* und für *Stundungen*.

IV. Unwirksame Vereinbarungen (§ 25b öIO)

1. Regelungsgehalt

Die Auflösungssperre des § 25a öIO wird durch die Norm des § 25b öIO über die Unwirksamkeit bestimmter Vereinbarungen ergänzt. § 25b öIO regelt von seinem Gehalt her zwei Aspekte:

Erstens übernimmt § 25b Abs. 1 öIO die bisherige Regelung des § 25a KO a.F., wonach *Vereinbarungen unwirksam sind, die die Rechte des Verwalters nach §§ 21 ff. öIO beeinträchtigen*; hier ist auch die Auflösungssperre des § 25a öIO inkludiert: Sie darf daher nicht vertraglich beeinträchtigt oder ausgeschlossen werden.

Neu ins Gesetz aufgenommen wurde zweitens die Bestimmung des § 25b Abs. 2 öIO, die die bisher auf das Ausgleichsverfahren beschränkte Regelung des § 20e Abs. 2 öAO a.F. für das einheitliche Insolvenzverfahren übernimmt. Danach ist die *Vereinbarung eines Rücktrittsrechts oder der Vertragsauflösung für den Fall der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens grds. unzulässig* (und damit unwirksam); eine Ausnahme gilt nur für bestimmte Finanzgeschäfte i.S.d. § 20 Abs. 4 öIO. Solche Vereinbarungen waren bisher gemäß den Bestimmungen der öKO nach Maßgabe einer Sittenwidrigkeitskontrolle zulässig. Im Anwendungsbereich des § 25b Abs. 2 öIO sind nunmehr auch Vertragsstrafen, die an eine Vertragsauflösung mit Insolvenzeröffnung anknüpfen, nicht mehr denkbar.⁴⁸

2. Anwendungsbereich

Der *Anwendungsbereich des § 25b Abs. 2 öIO* deckt sich wegen der systematischen Stellung im Gefüge der §§ 21 ff. öIO grds. mit demjenigen des § 25a öIO. Einige wesentliche *Unterschiede* gibt es aber: Zunächst enthält § 25b Abs. 2 öIO *keine zeitliche Schranke*. Des Weiteren nimmt er – anders als § 25a öIO – *keinerlei Bezug zur Unternehmensfortführung*. An die Insolvenzeröffnung anknüpfende Auflösungsklauseln sind danach *in allen Insolvenzverfahren* unzulässig, egal ob es sich um eine Unternehmerinsolvenz oder um eine Verbraucherinsolvenz handelt. Auf ein derart weites Verständnis des § 25b Abs. 2 öIO deuten auch die Materialien hin, wonach das bloße Faktum einer Insolvenzeröffnung nicht für eine Vertragsauflösung ausreichen soll.⁴⁹ Zuletzt enthält § 25b Abs. 2 öIO *keine generelle Ausnahmeregelung für Kreditverträge* (für Arbeitsverträge gilt ohnehin § 25 öIO). Für Banken bedeutet die Geltung des § 25b Abs. 2 öIO, nicht aber des § 25a Abs. 1 öIO, dass sie weiterhin Rücktritts-, Kündigungs- und Auflösungsklauseln vereinbaren und wahrnehmen können; diese dürfen nur nicht an das formelle Kriterium der Insolvenzeröffnung anknüpfen.⁵⁰

3. Rechtsstellung Dritter

§ 25b Abs. 1 öIO stellt nur auf *Vereinbarungen im Verhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner* ab. Damit ist gleichzeitig klargestellt, dass die Auflösungs-schranken nicht *gegenüber Dritten wie etwa Bürgen* gelten.⁵¹ Hier sind vertragliche Regelungen durchaus möglich. Ein Bürge soll also auch dann in Anspruch genommen werden können, wenn der Vertrag mit dem Schuldner aufgrund der Auflösungssperre nicht beendet werden kann und von diesem keine (vollständige) Erfüllung zu erwarten ist.

43 Vgl. 12/SN-83/ME 24. GP 8 (Wirtschaftskammer Österreich).

44 ErläutRV 612 BlgNR 24. GP 13.

45 Vgl. Griss, in: Koziol/Bydlinski/Bollenberger, Kurzkomentar zum ABGB, 3. Aufl. 2010, § 988 Rn. 1.

46 Gamerith (Fn. 16), Bd. I, § 21 Rn. 41; Fischer-Czermak, eolex 1995, 89 f.

47 Konecny, ZIK 2010/119, 86; Widhalm-Budak, in: Konecny (Fn. 2), S. 27.

48 Widhalm-Budak, in: Konecny (Fn. 2), S. 30.

49 ErläutRV 612 BlgNR 24. GP 13.

50 S. dazu auch oben III.6. und unten IV.3.

51 Widhalm-Budak, in: Konecny (Fn. 2), S. 29.

Das ist auch für Kreditverträge wichtig: Hier wurde im Begutachtungsverfahren die Befürchtung geäußert, die auf noch ausnutzbare Kreditverträge abstellende Formulierung sei im Hinblick auf die Fälligkeitstellung von Abzahlungskrediten problematisch.⁵² Insbesondere sei (wegen des Zusammenwirkens von §§ 25a und 25b öIO) zu befürchten, dass Drittsicherheiten nach dem Inkrafttreten des IRÄG 2010 für die Dauer von 6 Monaten ab Insolvenzeröffnung nicht in Anspruch genommen werden können. Insoweit ist zu differenzieren: Keine Schwierigkeiten ergeben sich im Verhältnis des Kreditgebers zum insolventen Kreditnehmer selbst, weil offene Kreditverbindlichkeiten des Schuldners gem. § 14 Abs. 2 öIO mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens als fällig gelten. Da diese Norm aber nur insolvenzintern gilt und keine Wirkung gegenüber Dritten entfaltet, stellt sich die Frage nach der Tragweite für die Geltendmachung von Bürgschaften sowie von dinglichen Haftungen Dritter und dergleichen.⁵³

Diesbezüglich gilt: Die Praxis, insbesondere in Bürgschaftsverträgen die Insolvenz des Hauptschuldners als Auslöser für die Fälligkeit zu vereinbaren, wird auch durch die Neuregelungen des IRÄG 2010 nicht unterbunden. Die Inanspruchnahme des Bürgen setzt ja weniger die Auflösung des Vertrags sondern vielmehr die Fälligkeit der Forderung des Gläubigers voraus. Diese wird aber durch § 25a öIO nicht berührt; sie tritt allerdings im Verhältnis zwischen Gläubiger und Bürge – wie bisher – auch nicht mit der Insolvenzeröffnung automatisch i.S.d. § 14 Abs. 2 öIO ein.⁵⁴ Dafür bedarf es einer ausdrücklichen Vereinbarung; diese bleibt gegenüber dem Bürgen für den Insolvenzfall zulässig. Denn § 25b Abs. 1 öIO, der Vereinbarungen untersagt, mit denen die Auflösungs- bzw. Rücktrittsrechte des Verwalters beseitigt oder eingeschränkt werden, gilt (wie erwähnt) nach dem Gesetzeswortlaut *nur im Verhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner*. Insgesamt dürfte die Problematik in Zukunft daher durch einschlägige vertragliche Regelungen (bzw. nötigenfalls auch durch ergänzende Vertragsauslegung, die bei Insolvenz des Hauptschuldners wohl regelmäßig auf die Befugnis der Inanspruchnahme von Sicherheiten hinauslaufen wird) durchaus in den Griff zu bekommen sein; solche sind gegenüber Bürgen für den Insolvenzfall nach wie vor zulässig.

4. Unwirksamkeit nur von Formalklauseln?

Angesichts der Orientierung des § 25b Abs. 2 öIO an der Vorbildbestimmung des § 20e Abs. 2 öAO a.F. ist fraglich, ob die neue Regelung gleich wie die bisherige auszulegen sein wird: § 20e öAO a.F. erklärte nämlich Auflösungsklauseln *nur bei unmittelbarer Anknüpfung an die formelle Insolvenzeröffnung* für unwirksam. Eine idente Auslegung mit § 20e öAO würde daher bedeuten, dass auch nach dem Regime des § 25b Abs. 2 öIO nur *echte* „Formalklauseln“ unwirksam sind. Eine Anknüpfung an andere Umstände wäre hingegen weiterhin möglich. Sachlich begründete Auflösungsrechte bleiben (wie schon nach § 20e Abs. 2 öAO) jedenfalls auch nach dem IRÄG 2010 grds. insolvenzfest.

Geht man von einer identen Auslegung aus, so folgt daraus zweierlei: Zum einen kann die Anwendung von § 25b Abs. 2 öIO vermieden werden, indem bei der Vertragsgestaltung an Ereignisse oder Umstände angeknüpft wird, die *vor der Insolvenzeröffnung* liegen. Diese Klauseln können mit Informations- und Mitteilungspflichten, z.B. über bevorstehende Insolvenzanträge, verbunden werden. Ein Verstoß gegen solche Pflichten könnte Konventionalstrafen nach sich ziehen.⁵⁵

Zum anderen werden vertragliche Rücktrittsrechte und Auflösungsklauseln, die *nicht an die formelle Insolvenzeröffnung, sondern z.B. an eine (wesentliche) wirtschaftliche Verschlechterung* anknüpfen, durch § 25b Abs. 2 öIO offenbar nicht berührt. Solche „Verschlechterungsklauseln“ (sog. „Material Adverse Change-Klauseln“ – kurz „MAC-Klauseln“)⁵⁶ werden in praxi als Resolutivbedingung, als Suspensivbedingung oder als zugesicherte Eigenschaft ausgestaltet.⁵⁷ Derartige Auflösungsvereinbarungen für andere Fälle unterliegen nur den Beschränkungen des § 25a öIO. Sofern daher eine Vertragsauflösungsklausel etwa an eine wirtschaftliche Verschlechterung anknüpft (und damit nicht gegen § 25b Abs. 2 öIO verstößt), sind auch Klauseln, die in diesem Fall den Verfall von Ansprüchen oder Konventionalstrafen vorsehen, nicht gem. § 25b Abs. 2 öIO schlechthin unzulässig; sie unterliegen aber weiterhin der Sittenwidrigkeitskontrolle (§ 879 ABGB).⁵⁸

Die Möglichkeit von Verschlechterungsklauseln bringt freilich ein erhebliches Umgehungspotenzial mit sich. Trotzdem wird der insoweit eindeutige Wortlaut des § 25b Abs. 2 öIO kaum auf vor der Insolvenzeröffnung liegende Anknüpfungspunkte teleologisch erweiterbar sein. Untermuert wird diese Auslegung insbesondere auch durch die Streichung der Rückwirkungsbestimmung aus dem Ministerialentwurf.⁵⁹ Allenfalls könnten in offenkundiger Umgehungsabsicht vereinbarte Klauseln als sittenwidrig qualifiziert werden. Zu denken ist hier z.B. an eine Vereinbarung, die einen Vertrag bei Vorliegen materieller Insolvenz gepaart mit einem darauffolgenden Insolvenzantrag – also im letzten Moment vor Insolvenzeröffnung – zum Erlöschen bringt. Bis zur höchstgerichtlichen Klärung dieser Unschärfen sollte in der Praxis jedenfalls darauf geachtet werden, Verschlechterungsklauseln an objektivierbare, sachgerechte Kriterien anzuknüpfen, die auf einen Zeitpunkt spätestens unmittelbar vor der Insolvenzeröffnung abstellen.

52 Vgl. 12/SN-83/ME 24. GP 10 f. (Wirtschaftskammer Österreich).

53 Vgl. dazu auch *Apathy*, in: Bartsch/Pollak/Buchegger (Fn. 16), Bd. I, § 14 Rn. 13 f.

54 *Apathy*, in: Bartsch/Pollak/Buchegger (Fn. 16), Bd. I, § 14 Rn. 2 m.w.N.; OGH v. 5.7.1966 – 8 Ob 135/66 SZ 39/122; RIS-Justiz RS0064139.

55 *Tretmak/Höfer*, ZIK 2010/310, 204 f.

56 Näher dazu *Hanslik/Grossmayer*, *ecolex* 2007, 829.

57 Beispiele s. *Draxler*, *Private Equity Exit – Strategie und Vertragsgestaltung*, 2010, S. 153 f. m.w.N.

58 *Widhalm-Budak*, in: Konecny (Fn. 2), S. 30; vgl. auch OGH v. 14.9.1976 – 5 Ob 304/76 SZ 49/109 sowie OGH v. 19.12.2000 – 1 Ob 170/00g, RdW 2001, 277.

59 S.o. III.5.

Sonstige speziellere Vereinbarungen – etwa die Vereinbarung einer Vertragsauflösung für den Fall der Unternehmensschließung – sind von § 25b Abs. 2 öIO wohl nicht erfasst.

Unzulässig i.S.d. § 25b Abs. 2 öIO sind hingegen Vereinbarungen, wonach der *Vertragspartner im Insolvenzfall das Recht hat*, den Vertrag zwar nicht aufzulösen, aber *an einen beliebigen Dritten zu übertragen*.⁶⁰ Das ist etwa im Wohnrecht denkbar (vgl. § 44 WEG). Ein solches Recht kommt in seiner Tragweite einer Auflösung gleich und verstößt damit – sofern es nur bei formeller Insolvenzeröffnung entsteht – gegen § 25b Abs. 2 öIO. Sonstige vertragliche Übertragungsrechte werden hingegen innerhalb der Schranken des § 25a öIO wirksam sein.

Von § 25b Abs. 2 öIO erfasst sind weiterhin Vereinbarungen, wonach der *Vertragspartner im Insolvenzfall leistungsfrei* wird.⁶¹ So besteht etwa nach Art. 2 lit. e Punkt V der Allgemeinen Bedingungen für die Rechtsschutzversicherung (ARB 1965) kein Versicherungsschutz für die Wahrnehmung rechtlicher Interessen im Zusammenhang mit einem Insolvenzverfahren des Versicherungsnehmers. Unter Hinweis auf diese Bestimmung und die insolvenzbedingte Risikohöherung wird z.T. die Rechtsschutzdeckung für vom Insolvenzverwalter zu führende Prozesse abgelehnt. Auch solche Klauseln sind nunmehr wohl von § 25b Abs. 2 öIO betroffen.

V. Vertragsänderungen

Fraglich ist, inwieweit §§ 25a und 25b öIO Vertragsänderungen entgegenstehen. Insoweit gilt Folgendes: § 25b Abs. 2 öIO verbietet nicht, dass an den *Formalakt der Insolvenzeröffnung* bloße Vertragsänderungen geknüpft werden. Sie sind vielmehr auch nach dem Inkrafttreten des IRÄG 2010 zulässig.⁶² Das gilt z.B. für eine für den Fall der Insolvenzeröffnung vereinbarte *Umstellung von Vorauslieferung auf Zug-um-Zug-Lieferung* oder auf *Vorleistung* des Schuldners oder auch eine Verpflichtung zur Einzahlung einer *Kautions*; all dies ist grds. zulässig und geschieht in der Praxis auch schon (etwa bei der Maut). Das ist aber nur insoweit möglich, als die Vertragsänderung nicht auf eine Umgehung der Norm hinausläuft. Die Vertragsänderung muss sich im Rahmen des *Zumutbaren* bewegen. Von einer Umgehung kann insbesondere dann gesprochen werden, wenn die Aufrechterhaltung des Vertrags für die Masse wirtschaftlich unmöglich gemacht und der Insolvenzverwalter zur Ausübung seines Rücktrittsrechts gezwungen wird. Eine solche Vereinbarung wäre gem. § 25b Abs. 2 öIO unwirksam.⁶³ Zudem würde die Klausel gegen § 25b Abs. 1 öIO verstoßen, da es zu einer zwar nicht rechtlichen, aber faktischen Einschränkung des Wahlrechts des Insolvenzverwalters nach § 21 öIO käme.

Für Vertragsänderungen, die *nicht an die Insolvenzeröffnung* als solche anknüpfen, gelten nur die Schranken des § 25a öIO. Hier stellen die Materialien sogar ausdrücklich klar, dass § 25a öIO einer für den Insolvenzfall vereinbarten Änderung der Zahlungskonditionen nicht schon grds. entgegensteht;⁶⁴ das wurde schon im Begutachtungsverfahren

benämelt.⁶⁵ Solche Vereinbarungen dürfen allerdings die *Anwendung des § 25a öIO auch nicht mittelbar unterlaufen*, in diesem Fall wären sie gem. § 25b Abs. 1 öIO unzulässig.⁶⁶

Für die Praxis bietet auch die weiterhin bestehende Möglichkeit von Vertragsänderungen ein willkommenes Schlupfloch. Dass die Zielsetzungen des IRÄG 2010 damit gerade im Hinblick auf die wichtigen Vertragsverhältnisse in gewisser Weise konterkariert werden, liegt auf der Hand.

VI. Auflösungssperre sowie unwirksame Vereinbarungen und Verträge gem. § 21 öIO

Besonders heikel ist das *Verhältnis der §§ 25a und 25b öIO zur zentralen Norm des § 21 öIO*. Hier enthielt der Ministerialentwurf noch keinen ausreichenden Konnex zwischen den Normen, was im Begutachtungsverfahren gerügt und vom Gesetzgeber dann – allerdings mit einer ziemlich problematischen Bestimmung – nachgeholt wurde.⁶⁷

§ 21 öIO räumt dem Insolvenzverwalter (nicht auch dem Vertragspartner!) hinsichtlich synallagmatischer Verträge, die bei Insolvenzeröffnung von beiden Vertragspartnern noch nicht vollständig erfüllt sind, ein Wahlrecht ein: Wählt er den Rücktritt vom Vertrag, so ist der Vertragspartner mit seinem allfälligen Schadensersatzanspruch insolvenzgläubiger. Wählt er hingegen die Erfüllung, so ist der Vertragspartner betreffend seiner Gegenleistung Massegläubiger. Der Vertragspartner des Insolvenzschuldners kann dem Insolvenzverwalter durch das Gericht eine Frist zur Abgabe seiner Erklärung setzen lassen; diese darf gem. § 21 Abs. 2 öIO frühestens 3 Tage nach der Berichtstagsatzung i.S.d. § 91a öIO (in der über das weitere Unternehmensschicksal entschieden wird) enden. Schweigen gilt als Rücktritt.

Die Rechtsposition des Vertragspartners steht hier also erst nach der Ausübung des Wahlrechts fest. In der Zwischenzeit besteht ein für den Vertragspartner nachteiliger *Schwebezustand*,⁶⁸ der wegen §§ 25a und 25b Abs. 2 öIO vom Vertragspartner des Insolvenzschuldners nicht – wie vor dem IRÄG 2010 – durch Rücktritt wegen eines etwaigen Leistungsverzugs oder durch vertraglich vereinbarte Kündigungs- und Rücktrittsrechte beendet werden kann. Der Vertragspartner ist also bis zur Entscheidung des Insolvenzverwalters praktisch im Schwebezustand „gefangen“. In diesem Zeitraum ist er auch in Ungewissheit darüber, ob er seine Leistung

60 Widhalm-Budak, in: Konecny (Fn. 2), S. 31.

61 Widhalm-Budak, in: Konecny (Fn. 2), S. 31.

62 Mohr, ÖJZ 2010/94, 893; Widhalm-Budak, in: Konecny (Fn. 2), S. 32.

63 Fichtinger/Foglar-Deinhardstein, ÖBA 2010, 824; Konecny, ZIK 2010/119, 86; Widhalm-Budak, in: Konecny (Fn. 2), S. 32; Mohr, eolex 2010, 563, 564.

64 ErläutRV 612 BlgNR 24. GP 13.

65 1/SN-83/ME 24. GP 3 (König).

66 Fichtinger/Foglar-Deinhardstein, ÖBA 2010, 824; Konecny, ZIK 2010/119, 86.

67 Konecny, ZIK 2010/119, 84.

68 Widhalm-Budak, in: Konecny/Schubert (Fn. 35), § 21 KO Rn. 159 m.w.N.

gen noch erbringen muss und die Gegenleistung erhält oder nicht.⁶⁹ Bis zur Erklärung des Insolvenzverwalters bzw. bis zum ungenützten Verstreichen der diesem gesetzten Erklärungsfrist hat der Vertragspartner keinen Erfüllungsanspruch gegenüber der Masse; der Vertrag ist auch nicht beendet.

Während des Schwebezustands laufen nach h.A. alle *Fristen* weiter; das gilt sowohl für die Masse als auch für den Vertragspartner.⁷⁰ Für den Vertragspartner hat das die unangenehme Konsequenz, dass während des Schwebezustands auch seine Fristen für die Erfüllung der von ihm zu erbringenden Leistungen weder gehemmt noch unterbrochen werden. Seine Situation ist von Ungewissheit geprägt: Wird seine Leistung während des Schwebezustands fällig und leistet er fristgerecht, so kann er im Fall eines Rücktritts durch den Insolvenzverwalter seine insoweit zu Unrecht erbrachten Leistungen bereicherungsrechtlich zurückfordern,⁷¹ er trägt dabei aber das Risiko der Uneinbringlichkeit bei zwischenzeitig eingetretener Masseunzulänglichkeit. Leistet er hingegen nicht fristgerecht, so riskiert er Verzugsfolgen für den Fall, dass der Insolvenzverwalter die Erfüllung wählt.⁷²

Einen Ausweg aus diesem Dilemma gibt es dann, wenn der Vertragspartner des Insolvenzschuldners eine *Sach-, Dienst- oder Werkleistung schuldet, die noch zurückbehalten werden kann* (wie z.B. Telekommunikationsanbieter). Sie können sich bis zur Erklärung des Insolvenzverwalters auf ihr Zurückbehaltungsrecht gem. § 1052 Abs. 2 ABGB berufen („Unsicherheitseinrede“). Gem. § 1052 Satz 2 ABGB kann der vorleistungspflichtige Vertragspartner seine Leistung bis zur Bewirkung oder Sicherstellung der Gegenleistung zurückbehalten, sofern die Gegenleistung aufgrund der Verschlechterung der Vermögensverhältnisse gefährdet ist.⁷³ Die Gefährdung der Gegenleistung ist durch die Insolvenzeröffnung und den dadurch ausgelösten Schwebezustand i.S.d. § 21 öIO wohl gegeben.⁷⁴

Telekommunikationsanbieter können also die Telefone bis zur Erklärung des Insolvenzverwalters abdrehen; sie dürfen aber nicht (wie es in praxi mitunter geschehen ist) eine persönliche Haftung des Insolvenzverwalters oder die Vollzahlung von Insolvenzforderungen verlangen. Keine Abhilfe schafft das Zurückbehaltungsrecht freilich bei Verträgen, bei denen die Leistung nicht mehr zurückbehalten werden kann, wie z.B. bei Lizenzverträgen.⁷⁵

Besonders problematisch ist der Schwebezustand dann, wenn der Insolvenzschuldner dem Vertragspartner eine *Naturalleistung* (also eine Sach-, Dienst- oder Werkleistung) schuldet.⁷⁶ Das spielt praktisch vor allem in der Baubranche eine Rolle.⁷⁷ Auch hier gilt, dass der Verzug des Insolvenzschuldners mit der Leistung den Vertragspartner im Anwendungsbereich des § 25a öIO nicht zur Vertragsauflösung berechtigt. Die sich daraus ergebenden Schwierigkeiten sind offenkundig: Man stelle sich etwa vor, dass der Insolvenzschuldner Subunternehmer ist; sein Vertragspartner ist dann selbst einem Dritten gegenüber zur Leistung verpflich-

tet. Seine Situation wäre prekär: Er kann die Masse (also den Insolvenzverwalter) während des Schwebezustands mangels Erfüllungsanspruchs nicht zur Leistung zwingen, er kann aber den Vertrag wegen der Auflösungsperre des § 25a öIO auch nicht beenden und sich gefahrlos um Ersatzvornahme durch Dritte bemühen.

Nach dem Konzept des Ministerialentwurfs eines IRÄG 2009 konnte der Vertragspartner dem Insolvenzverwalter nur durch das Gericht eine Erklärungsfrist setzen lassen, die – wie erwähnt – frühestens 3 Tage nach der Berichtstagsatzung enden darf. Das wurde in dieser besonderen Fallkonstellation als zu lang erachtet. Daher hat der Gesetzgeber § 21 Abs. 2 öIO zur Verbesserung der Rechtsstellung des Vertragspartners um die Regelung ergänzt, dass der Vertragspartner *bei Verzug des Insolvenzschuldners mit einer Naturalleistung* den Insolvenzverwalter direkt – also ohne „Umweg“ über das Gericht – zu einer *Erklärung auffordern* kann und dieser sich *längstens innerhalb von 5 Arbeitstagen nach dem Einlangen des Ersuchens erklären* muss.⁷⁸ Schweigen gilt auch hier als Rücktritt. Diese Frist ist (anders als die vom Insolvenzgericht festzusetzende Erklärungsfrist gem. § 21 Abs. 2 Satz 1 öIO) eine *materiell-rechtliche Frist*.⁷⁹ Die Erklärung der Insolvenz ist daher nur rechtzeitig, wenn sie dem Vertragspartner innerhalb der Frist zugeht. Das Gesetz sieht für die Aufforderung keine bestimmte Zustellart vor; daher reicht an sich auch eine mündliche Aufforderung aus. Besser ist aber – wegen der Beweisbarkeit – eine schriftliche Aufforderung, weil der Vertragspartner im Streitfall den Zugang beweisen muss. Daher ist jedenfalls eine *leicht beweisbare Erklärungsform* vorzuziehen.⁸⁰ Zur Vermeidung von Streitigkeiten ist es auch wichtig, dass der Formulierung eindeutig der Fristsetzungswille des Vertragspartners zu entnehmen ist.

Die Einfügung einer dermaßen *kurzen Erklärungsfrist* hat aufseiten der Insolvenzverwalter für heftige Empörung gesorgt.⁸¹ In der Regierungsvorlage zum IRÄG 2010 war insoweit noch eine Fünftagesfrist vorgesehen; diese wurde aufgrund massiver Kritik in eine (nur unwesentlich längere) Frist von 5 Arbeitstagen umgeändert. Dabei werden Sonn- und Feiertage nicht, wohl aber Samstage mitgezählt.

69 Widhalm-Budak, in: Konecny (Fn. 2), S. 33.

70 Widhalm-Budak, in: Konecny/Schubert (Fn. 34), § 21 KO Rn. 243 m.w.N.

71 Widhalm-Budack, in: Konecny/Schubert (Fn. 34), S. 34; zum strittigen Verhältnis zwischen Schadensersatz- und Bereicherungsanspruch vgl. *Gamerith* (Fn. 16), Bd. I, § 21 Rn. 24 m.w.N.; *Widhalm-Budak*, in: Konecny/Schubert (Fn. 34), § 21 KO Rn. 183 ff. m.w.N.

72 Widhalm-Budak, in: Konecny (Fn. 2), S. 33.

73 S. dazu im Detail *Widhalm-Budak*, in: Konecny/Schubert (Fn. 34), § 21 KO Rn. 10.

74 Widhalm-Budak, in: Konecny (Fn. 2), S. 33.

75 Widhalm-Budak, in: Konecny (Fn. 2), S. 33 f.

76 Widhalm-Budak, in: Konecny (Fn. 2), S. 34.

77 *Ebmer*, bauaktuell 2010, 161.

78 *Jelinek*, wbl 2010, 386.

79 *Reisenhofer*, ZAK 2010/500, 287.

80 *Widhalm-Budak*, in: Konecny (Fn. 2), S. 35.

81 S. nur *Wagner*, RdW 2010/207, 191; *ders.*, RdW 2010/422, 383.

Grds. ist diese Frist für eine sinnvolle inhaltliche Überprüfung bestehender Vertragsverhältnisse *überaus knapp bemessen*. Mitunter wird der Insolvenzverwalter gar nicht rechtzeitig Zugriff auf alle entscheidungserheblichen Unterlagen erhalten. Er ist bei solchen Konstellationen dann in der schwächeren Position. Äußert er sich nicht rechtzeitig, so tritt er damit vom Vertrag zurück. Erkennt er aber später die Notwendigkeit der Aufrechterhaltung des Geschäftsverhältnisses, so kann der erstarkte Vertragspartner bei neuerlichen Vertragsverhandlungen die ursprünglichen Vertragskonditionen zu seinen Gunsten abändern.⁸²

Ein schwacher Trost besteht darin, dass die Frist von 5 Arbeitstagen nach zutreffender Ansicht *nicht zwingend* ist. Der Vertragspartner kann die Frist daher erstrecken oder gleich zu Anfang eine längere Erklärungsfrist einräumen.⁸³

Die Problematik ist auch im *Zusammenhang mit § 116 öIO* zu sehen:⁸⁴ Danach ist die beabsichtigte Erfüllung oder Aufhebung von zweiseitigen Verträgen i.S.d. § 21 öIO dem Gericht 8 Tage im Vorhinein gemeinsam mit einer Äußerung des Gläubigerausschusses und des Insolvenzschuldners mitzuteilen, wenn der Wert des betroffenen Vertrags 100.000 € übersteigt. Dieser Mitteilungspflicht kann bei einer Frist von 5 Arbeitstagen klarerweise nicht entsprochen werden. Auch eine bedingte Erklärung des Insolvenzverwalters ist nicht möglich, weil die Erklärung gem. § 21 öIO bedingungsfeindlich ist.⁸⁵ Dieser Widerspruch kann eigentlich nur durch eine Verlängerung der Erklärungsfrist des Insolvenzverwalters aufgelöst werden. Man könnte insoweit sogar vertreten, dass § 116 öIO die speziellere Norm ist, und so zu einer Verlängerung der Frist kommen.

VII. Bisherige Erfahrungen mit der Auflösungssperre und Bewertung

Die Regelungen des IRÄG 2010 brachten entscheidende Einschränkungen der Rechte der Vertragspartner mit sich. Gewiss greifen die Neuerungen – ungeachtet der erwähnten (z.T. ohnedies recht weitgehenden) „Umgehungsmöglichkeiten“ – erheblich in die Gestaltungsmöglichkeiten der Vertragspartner ein und bedeuten für sie durchaus eine beträchtliche Schlechterstellung. Zu bedenken ist aber, dass Vertragspartner bereits nach der alten Rechtslage oft aus Eigeninteresse an Unternehmensfortführungen bzw. Sanierungen mitwirkten und an den bestehenden Verträgen festhielten.

Die Neuregelungen treffen daher primär Vertragspartner, die Verträge mit einem Insolvenzschuldner ohne zwingenden Grund auflösen wollen; ihnen kommt aber keine besondere Schutzwürdigkeit zu. Daher sind die Beschränkungen der Befugnisse der Vertragspartner diesen grds. zumutbar. Insoweit sei auch auf die Schutzmechanismen zugunsten der Vertragspartner hingewiesen: Erstens müssen alle nach der Insolvenzeröffnung begründeten Ansprüche als Masseforderungen bei Fälligkeit voll bezahlt werden, widrigenfalls der Vertragspartner die üblichen Auflösungsbefugnisse ausüben kann. Ergänzend wird in den Materialien zutreffend darauf hingewiesen, dass Vertragspartner schon gem. § 21 Abs. 3 öIO von allfälligen Vorleistungspflichten befreit sind, wenn ihnen zzt. des Vertragsabschlusses die schlechten Vermögensverhältnisse des Schuldners nicht bekannt sein mussten. Sie können ihre Leistung dann bis zur Bewirkung oder Sicherstellung der Gegenleistung verweigern. Zweitens gilt die Auflösungssperre dann nicht, wenn die Vertragsfortsetzung zu schweren Nachteilen für den Vertragspartner führen würde. Und drittens fallen die Auflösungssperren bei Unternehmensschließung ohnedies weg. Die Regelungen greifen u.E. daher nicht unverhältnismäßig in die Rechte der Vertragspartner ein.⁸⁶

Gerade im Zusammenhang mit der Insolvenzrechtsreform gilt, dass die Gesamtinteressen gegenüber den Interessen Einzelner vorrangig sind: Eine Unternehmensfortführung bzw. eine Sanierung durch Sanierungsplan ist für alle Beteiligten prinzipiell sinnvoller als eine Unternehmenserschlagung, die oft unmittelbar mit der Auflösung wichtiger Vertragsverhältnisse zusammenhängt. Insoweit ist zu wünschen, dass gerade der drohende Verlust wichtiger Vertragsbeziehungen, der nur durch die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens unterbunden werden kann, den nötigen Druck für eine zeitgerechte Insolvenzantragstellung erzeugt.

Insgesamt betrachtet bringt das IRÄG 2010 – ungeachtet kleinerer Unebenheiten wie etwa der mangelnden Vorwirkung der Vertragsauflösungssperre, der nach wie vor etwas problematischen Harmonisierung der §§ 21 und 25a öIO sowie der Gefahr einer Umgehung von §§ 25a und 25b öIO – etliche sinnvolle, im Großen und Ganzen stimmige und auch notwendige Maßnahmen zur Förderung von Sanierungen mit sich. Die Reform ist daher durchaus positiv zu bewerten.

82 Ebmer, bauaktuell 2010, 162.

83 Widhalm-Budak, in: Konecny (Fn. 2), S. 36.

84 Reckenzaun, IRÄG 2010 – Insolvenzordnung, 2010, S. 49 f.

85 Widhalm-Budak, in: Konecny/Schubert (Fn. 34), § 21 Rn. 148 m.w.N.

86 So auch Widhalm-Budak, in: Konecny (Fn. 2), S. 38.