

Das Regime der IO und die außergerichtliche Sanierung¹

Hubertus Schumacher

1. Die Haltung der KO 1914 zu außergerichtlichen Lösungen

1.1 Allgemeines

Empirische Untersuchungen, die – wie die jüngst von *Stefan Mayr* erarbeitete² – nachweisen, dass außergerichtliche Sanierungen zu einem erheblich höheren Prozentsatz erfolgreich sind, als gerichtliche Sanierungen, werfen gleichzeitig die Frage nach der Haltung des österreichischen Insolvenzrechts zur außergerichtlichen Sanierung auf! Wie streng ist das Regime der IO der außergerichtlichen Sanierung gegenüber? Ist sie dieser gegenüber offen eingestellt oder muss man etwa von einer Ablehnung außergerichtlicher Sanierungsversuche sprechen? Diese Frage lässt sich nicht anhand einer Norm, sondern nur aufgrund einer Zusammenschau verschiedenster Einzelregelungen, die dann ein „*Gesamtbild*“ ergeben, beantworten.

Ich würde Ihnen gerne einen Überblick über einschlägige Regelungen, Materialienäußerungen und Anhaltspunkte aus der Judikatur zur Haltung des österreichischen Insolvenzrechtes der außergerichtlichen Sanierung gegenüber geben.

Geht man von § 1 IO aus, dann wird zunächst einmal nur ganz allgemein gesagt, dass bei Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung auf Antrag ein

1 Vortrag des *Verfassers* anlässlich der Veranstaltung des Vereins Return „Deutsch-österreichischer Rechts- und Praxisvergleich im Insolvenzrecht“, Innsbruck, am 20.01.2017. Der Vortragsstil wurde beibehalten.

2 *Stefan Mayr*, Die außergerichtliche Sanierung in der Unternehmenspraxis, Abschlussbericht einer empirischen Erhebung in Österreich (2015); vgl *denselben*, Die Bedeutung der außergerichtlichen Sanierung in der österreichischen Unternehmenspraxis SWK 30/2014, 1305.

„Insolvenzverfahren“ zu eröffnen ist.³ Die bis 2010 geltende Vorgängerregelung gab allerdings auch eine *Zielsetzung des Konkursverfahrens* an:

„Die Konkursmasse ist nach den Vorschriften der Konkursordnung in Verwahrung und Verwaltung zu nehmen und zur gemeinschaftlichen Befriedigung der Konkursgläubiger zu verwenden.“

Die außergerichtliche Sanierung fand hierin also keinen Niederschlag. Eine gesetzliche „Haltung“ zu außergerichtlichen Lösungen war daher daraus nicht ableitbar. Aus dem bloßen Schweigen des Gesetzes im ersten Paragraphen konnte eine grundsätzliche Ablehnung nicht gefolgert werden.

Die *Denkschrift*⁴ – die Materialien zu unseren alten Insolvenzgesetzen –, führte allerdings aus, dass *„zahlungsunfähige Schuldner derzeit noch lange Zeit fortwirtschaften und neue Gläubiger erwerben, denen ihre Verhältnisse unbekannt waren.“* Wir würden heute sagen: Der Gesetzgeber 1914 dachte bereits an Neugläubiger und den ihnen drohenden Vertrauensschaden, wenn sie mit insolventen Schuldnern kontrahieren!

Nicht zuletzt deshalb wurde zunächst sogar eine Konkursöffnung von Amts wegen erwogen, wenn sich die Exekutionen gegen einen Schuldner häufen, letztlich aber von diesem Vorschlag – zu Recht – Abstand genommen, weil die Konkursöffnung von Amts wegen nicht den herrschenden Rechts- und Geschäftsgewohnheiten entspreche und in einer krisenhaften Zeit die Krise verschärfen würde. Denn – und den folgenden Satz wird man heute noch unterschreiben können: *„Wenn niemand von den Beteiligten ein Interesse am Konkursverfahren hat, soll es ihnen auch der Staat nicht aufnötigen, selbst wenn der Bestand der Zahlungsunfähigkeit sehr wahrscheinlich ist.“*

1.2 Die Einführung der Insolvenzantragspflicht

Ein Prüfstein für die Offenheit eines Insolvenzgesetzes gegenüber außergerichtlichen Lösungen ist freilich allemal die Regelung über die *Insolvenzantragspflicht*, in Österreich § 69 Abs 2 IO. Unsere KO 1914⁵ hatte zunächst

3 Die Änderung des Wortlauts des § 1 durch das Insolvenzrechtsänderungsgesetz (IRÄG) 2010 sollte nur ganz allgemein – gegenüber der alten Begriffsbildung – „Konkurs“ und „Ausgleich“ den Begriff „Insolvenzverfahren“ als Oberbegriff einführen: Erläuternden Bemerkungen zur RV IRÄG 2010, 612 BlgNR 24. GP, 10, abgedruckt in *Konecny* (Hrsg), IRÄG 2010 (2010) 234.

4 Denkschrift zur Einführung einer Konkursordnung, einer Ausgleichsordnung und einer Anfechtungsordnung (1914) 67.

5 Die Insolvenzgesetze wurden mit Kaiserlicher Notverordnung vom 10.12.1914, RGBl 1914/337, ausgegeben und versendet am 11.12.1914, in Kraft gesetzt: *Riel*, Robert Bartsch über die Entstehung der Insolvenzgesetze, ZIK 2015/7, 12 (15).

noch keine explizite Konkursantragspflicht verfügt, allerdings machte sich der Schuldner, der nicht rechtzeitig Konkurs anmeldete und im zahlungsunfähigen Zustand weiterwirtschaftete, wegen „fahrlässiger Krida“ strafbar.⁶

Eine Insolvenzantragspflicht wurde denn auch erst durch das Insolvenzrechtsänderungsgesetz 1982 (IRÄG 1982)⁷ mit § 69 Abs 2 KO eingefügt, in anderen Gesetzen, etwa dem AktG, gab es sie schon. Schon zu diesem Zeitpunkt war allerdings aus Kreisen der Wirtschaft der Wunsch nach einer Bevorzugung außergerichtlicher Sanierungsverfahren vor den gerichtlichen laut geworden.⁸ Dieses Verlangen wurde seitens eines der Gläubigerschutzverbände unter anderem wie folgt abgelehnt:⁹ „Die in letzter Zeit entstandene Mode, die Zahlungsunfähigkeit von Firmen außergerichtlich zu bereinigen“ kommt lediglich einzelnen Gläubigergruppen und „sonstigen Geschäftemachern“ zugute und widerspreche dem Gleichheitsgrundsatz aller Gläubiger.

2. Erlaubte Sanierungsversuche

2.1 60-Tage-Sanierungsfrist

§ 69 Abs 2 IO normiert, dass bei Vorliegen der Voraussetzungen für die Eröffnung des Insolvenzverfahrens (§§ 66 und 67) diese „*ohne schuldhaftes Zögern, spätestens aber sechzig Tage nach dem Eintritt der Zahlungsunfähigkeit zu beantragen ist.*“

Ergibt sich daraus bereits eine Haltung der IO zu außergerichtlichen Sanierungsmaßnahmen nach Eintritt der materiellen Insolvenz? Nicht ohne weiters, da solche im Gesetz gar nicht genannt werden. Andererseits wäre eine Frist, die in dieser Phase – nach Eintritt der Insolvenz – wohl nur durch Sanierungsmaßnahmen ausgenützt werden soll, ohne diese Zielsetzung wohl nicht normiert worden, zumal die sechzig Tage sicher nicht zur bloßen „Überlegung“, ob ein Antrag gestellt wird, dienen könnte. Der zweite Satz des § 69 Abs 2 IO hilft diesbezüglich nicht weiter, weil er den Rettungsanker gegen den Vorwurf einer schuldhaften Verzögerung wiederum nur in der Beantragung eines gerichtlichen Verfahrens erblickt: Schuldhaft verzögert ist der Antrag dann nicht, wenn ein *Sanierungsverfahren mit Eigenverwaltung* sorgfältig betrieben worden ist.

6 § 486 StG; Denkschrift 6.

7 Zum Werdegang des IRÄG 1982 eingehend *Jelinek*, Der Werdegang des Insolvenzrechtsänderungsgesetzes 1982, in *Jelinek* (Hrsg), Insolvenz- und Wirtschaftsstrafrecht (1987) 137.

8 *Jelinek* in *Jelinek*, Insolvenz- und Wirtschaftsstrafrecht 147.

9 *Koren*, Dunkle Wolken, Profil 29.9.1980; vgl *Jelinek* in *Jelinek*, Insolvenz- und Wirtschaftsstrafrecht 147f.

Die hM¹⁰ steht aber völlig zu Recht auf dem Standpunkt, dass Sanierungsversuche innerhalb der 60-Tage-Frist möglich sind. Sie müssen aber ex ante aussichtsreich und realisierbar erscheinen¹¹ und noch innerhalb dieser Frist abgeschlossen werden können. Eine Überschreitung der Frist wird als unzulässig angesehen.

2.2 Keine ausreichende Sanierungsfrist

Ist die 60-Tage-Frist eine – zumindest im Durchschnittsfall – ausreichende Frist für Sanierungsversuche? Diese Frage muss ich im Kreis von Insolvenzpraktikern nicht weiter vertiefen. Die 60-Tage-Frist reicht nicht einmal aus, um die Gläubiger eines Kleinunternehmens für einen außergerichtlichen Ausgleich „auf einen Nenner“, sprich auf eine Quote, zu bringen. Die restriktive Ausmessung der Frist zeigt eine auffallende Zurückhaltung des Gesetzes zu außergerichtlichen Sanierungsversuchen nach Eintritt des Insolvenzgrundes deutlich an!

Es kommt hinzu: Die *Haftung der Organe* bei Verletzung der Insolvenzantragspflicht ist nach österreichischem Recht streng: Die Bestimmung wird als Schutzgesetz zugunsten der Alt- und der Neugläubiger (§ 1311 ABGB) angesehen,¹² die Schadenersatzpflichten reichen daher von typischen Verschleppungsschäden in Form von Quotenschäden einerseits bis hin zu Vertrauensschäden dem einzelnen Neugläubiger gegenüber für das Entgelt seine Lieferung.¹³ Gehaftet wird ebenso für Verletzungen von Aus- und Absonderungsrechten während der Zeit der Insolvenzverschleppung.¹⁴

2.3 Der OGH zur außergerichtlichen Sanierung

2006 führte der OGH in einer zur Anfechtung wegen nachteiliger Rechtsgeschäfte nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit (§ 31 IO) ergangenen Entscheidung aus:¹⁵

„Diese Rechtsprechung hat die im wirtschaftlichen Alltag immer wieder vorkommenden Insolvenzfälle im Auge, dass *schon zahlungsunfähige Unternehmen durch die kreditgebenden Banken in der Hoffnung auf eine Sanierung*

10 OGH ÖBA 1990, 942; RIS-Justiz RS0065134; Schumacher in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ I/2 § 69 Rz 86 mwN in FN 254; krit Koren, Diskussionsbeitrag in Rechtliche Grenzen der Kreditgewährung, Sondertagung des Österreichischen Juristentages am 16.06.1983 (1984) 88 (94).

11 Schumacher in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ I/2 § 69 Rz 83 ff mwN; EvBl 1991/81 = JBl 1991, 807.

12 RIS-Justiz RS0122035.

13 RIS-Justiz RS01223116.

14 Näher Schumacher in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ I/2 § 69 Rz 125 mwN.

15 OGH 6 Ob 72/06s, ZIK 2007, 25 = RdW 2007, 413 = ÖBA 2007, 654.

über so lange Zeit am Leben erhalten würden, dass Ausfallsschäden in ‚astronomischer‘ Höhe entstehen, wie die Großinsolvenzen der letzten Jahre deutlich machten. Eine Bank, die sehenden Auges (Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit und die Vorausssehbarkeit der Unmöglichkeit einer Sanierung vorausgesetzt) die Kündigung eines Kontokorrentkredits unterlässt, verursacht jedenfalls dann den Schaden anderer Gläubiger, wenn der Schuldner immer wieder den Kredit (auch den kurzfristig bis zum Einlangen avisierter Eingänge) abrufen kann, um die zu einem Konkursantrag entschlossenen, drängenden Gläubiger befriedigen zu können (Weiterwursteln¹⁶ des Gemeinschuldners).“

Diese Haltung des OGH entspricht der gesetzlich höchst eingeschränkten Möglichkeit für Sanierungsversuche nach Eintritt der materiellen Insolvenz! Im höchstgerichtlichen *obiter dictum* waren es freilich mehr die Banken, die für die Insolvenzverschleppung verantwortlich gesehen wurden, was aber an der Ablehnung außergerichtlicher Sanierungen nichts ändert. Ein Teil der Lehre des Anfechtungsrechts ging Anfang der 1980iger Jahre sogar von einer generellen „Kontrahierungssperre“ gegen den Schuldner aus, zumal er ja bereits insolvent sei.¹⁷

2.4 Zwischenergebnis

Wir können zunächst festhalten: Außergerichtlichen Sanierungen nach Eintritt der materiellen Insolvenz gegenüber ist das Regime der IO höchst restriktiv eingestellt. Die gesetzlich eingeräumte 60-Tage-Frist ist für die Praxis unbrauchbar. Außergerichtliche Sanierungen sind abgesehen davon nach wie vor aufgrund strenger Haftungsbestimmungen ein gefährliches Unterfangen. Dieser Befund lässt die gegenwärtige Rechtslage im Hinblick auf die empirisch festgestellten Vorteile für die Gläubiger durch außergerichtliche Sanierungen als unhaltbar erscheinen.

2.5 Sanierung vor Insolvenzeintritt

Damit ist der Blick auf die außergerichtliche *Sanierung des Unternehmens vor Eintritt der materiellen Insolvenz* zu lenken. Grundsätzlich statuiert die IO für Sanierungen in dieser Phase kein Hindernis, sieht man von den Anfechtungsmöglichkeiten wegen Benachteiligungsabsicht des Schuldners und der Schenkungsanfechtung (§§ 28, 29 IO), die den Eintritt der materiellen Insolvenz tatbestandlich nicht voraussetzen, einmal ab.

¹⁶ Synonyme für Weiterwursteln: schludern, weitermachen, weiterspinnen.

¹⁷ König, Diskussionsbeitrag in Rechtliche Grenzen der Kreditgewährung, Sondertagung des Österreichischen Juristentages am 16.06.1983 (1984) 43 (44).

Da taucht nun aber die Frage auf, ob es dennoch Hürden gibt, die zwar nicht explizit aufgrund ihrer ausdrücklichen Normierung, aber in ihrer faktischen Auswirkung sinnvolle außergerichtliche Sanierungsversuche behindern. Dies ist im Folgenden nachzuweisen. Schicken wir aber voraus: Ein Insolvenzregime, das außergerichtlichen Restrukturierungen gegenüber aufgeschlossen ist, muss den an der Sanierung Beteiligten eine entsprechend sichere Einschätzung ermöglichen, ob man sich schon in der Gefahrenzone der gebotenen Insolvenzeröffnung oder noch davor befindet. Ist eine Insolvenzordnung – und freilich auch ihre Auslegung – dazu nicht in der Lage, dann trägt sie bedauerlicherweise dazu bei, dass den Gläubigern die optimale Befriedigung ihrer Forderungen vorenthalten wird, oder noch schlechter, dass lebensfähige Unternehmen zum Nachteil ihrer Arbeitnehmer und ihrer Gläubiger liquidiert werden müssen. Angesichts der oben erwähnten empirischen Untersuchung über die Vorteile der außergerichtlichen Sanierung können diese nicht mehr ernsthaft ausgeblendet werden.

3. Die Überschuldung (§ 67 IO)

3.1 Nichterfüllung ihrer angestammten Funktion

Der Überschuldungstatbestand hatte bei seiner Einführung eine klare Aufgabenstellung: Er sollte bei beschränkten Haftungsmassen, da bei ihnen die Kräfte und der Kredit der natürlichen Person, die eine Überschuldung wieder ausgleichen können, fehlen, möglichst frühzeitig zur Insolvenzeröffnung führen.¹⁸

Tatsächlich ist der Überschuldungstatbestand dieser Aufgabenstellung als Insolvenzeröffnungsgrund nie nachgekommen. Die Überschuldung hat in der Praxis der Insolvenzeröffnungen nach wie vor keine Bedeutung! Insolvenzeröffnungen nur wegen Überschuldung gibt es praktisch nicht. Es ist nach wie vor die Zahlungsunfähigkeit für die Eröffnung von Insolvenzverfahren ausschlaggebend. Auch in Deutschland hat die Überschuldung bei den Insolvenzeröffnungen geringe Bedeutung:¹⁹ In den Jahren 2003–2009 stützten sich nur 3,4 % der Insolvenzeröffnungen auf diesen Insolvenzgrund. *Karsten Schmidt* berichtet, dass Insolvenzgerichte typischerweise mit Liquiditätsfällen befasst werden und die Überschuldungsprüfung dagegen zuallererst eine Affäre der Vorstände und Geschäftsführer und der nachträglich über sie urteilenden Straf- und Zivilgerichte sei.

18 Näher *Schumacher* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, *Insolvenzrecht*⁴ I/2 § 67 Rz 1.

19 *Möhlmann-Mahlau/Schmitt*, Der „vorübergehende“ Begriff der Überschuldung, *NZI* 1/2009, 19 (23 f); *Greil/Herden*, Die Überschuldung als Grund für die Eröffnung des Insolvenzverfahrens, *ZInsO* 20/2010, 833 (840); *Pape* in *Köbler/Prütting/Bork* (Hrsg.), *Kommentar zur InsO I* (2011) § 19 Rz 14 a; *Wazlawik*, Die Überschuldung als Eröffnungsgrund, *NZI* 2012, 988 (989).

Man kann also zusammenfassend sagen, dass der Überschuldungstatbestand seine „Appellfunktion“ gegenüber den antragspflichtigen Organen nicht erfüllt!²⁰ Der wesentlichen Aufgabe, die der Gesetzgeber dem Überschuldungstatbestand übertragen hat, wird er nicht gerecht! Solange ein gesetzlicher Tatbestand seine Funktion nicht erfüllt, könnte man dies getrost hinnehmen und ihn eben als „totes Recht“ betrachten. Genau dies kann man aber von der Überschuldung nicht sagen: Sie ist vielmehr für die Rettung von Unternehmen schädlich, sie behindert sinnvolle Sanierungsaktionen. Warum ist dies so?

3.2 Behinderung sinnvoller Unternehmenssanierung

Während die Zahlungsunfähigkeit ein gut fassbarer und seinen Konturen nach relativ bestimmter Begriff ist, mit dem in der Praxis der Insolvenzeröffnungen und auch des Anfechtungsrechts gut gearbeitet werden kann, bringt die Überschuldung, die im Wesentlichen ein Prognosetatbestand ist, erhebliche Unschärfen und damit große Unsicherheiten mit sich.

Der Gesetzgeber 1914 lehnte Begriffsbestimmungen für die Eröffnungstatbestände Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung mit der Begründung ab,

„weil diese Begriffsbestimmungen im Gesetze zum Teil überflüssig, zum Teil gefährlich sind. Überflüssig sind sie, weil die Wissenschaft über diese Begriffe zu ziemlich feststehenden Ergebnissen gekommen ist ..., gefährlich aber deshalb, weil gesetzliche Begriffsbestimmungen besonderen Einzelfällen gegenüber sich als nicht elastisch genug erweisen, sondern zu Unrichtigkeiten und Härten führen können.“²¹

Die „ziemlich feststehenden Ergebnisse“ hatte es zur Überschuldung freilich schon damals nicht gegeben und deshalb orientierte sich der OGH 1987 an der Rechtsprechung des BGH und vertritt seit damals den *modifizierten 2-stufigen Überschuldungsbegriff*, wonach eine insolvenzrechtlich relevante Überschuldung einer Kapitalgesellschaft nicht schon beim Überwiegen der Passiven über die Aktiven anzunehmen ist, sondern die rein rechnerische Überschuldungsprüfung durch eine *Fortbestehensprognose* zu ergänzen ist.²² Damit wurde dem bislang bloß statisch verstandenen Überschuldungstatbestand Dynamik eingehaucht, allein, das führte nicht zu seiner

20 Schumacher, Insolvenzugrund und rechtzeitige Eröffnung des Insolvenzverfahrens, in Artmann/Rüffler (Hrsg), Die Organhaftung zwischen Ermessensentscheidung und Haftungsfalle (2013) 63 (68).

21 Denkschrift 64.

22 OGH 1 Ob 655/86, SZ 59/216 = ÖBA 1987, 332; RIS-Justiz RS0064962; jüngst OGH 6 Ob 19/15k, RdW 2015, 372.

Funktionalisierung als Eröffnungsgrund. Dass die Fortbestehensprognose der Sanierungspraxis so viel Probleme machen würde, wie sie es heute leider tut, hatte man damals nicht vorhergesehen.

3.3 Unsicherheit und unnötige Kosten durch „Fortbestehensprognose“

Vor allem die Zielsetzung der Fortbestehensprognose ist ungeklärt: Muss sie aussagen, dass die Liquidität in Zukunft (für wie lange?) aufrechterhalten werden kann oder muss auch prognostiziert werden können, dass das negative Eigenkapital oder sogar die rechnerische Überschuldung (negative Überschuldungsstatus) beseitigt werden können.²³ Wann ist die Überschuldungsprüfung überhaupt einzuleiten: Der „Leitfaden Fortbestehensprognose 2016“²⁴ der Kammer der Wirtschaftstreuhandler meint dazu: *„Die Besonderheiten jedes einzelnen Unternehmens und die Anlässe, in denen ein Fortbestehen der Unternehmen zweifelhaft erscheinen kann, lassen keine erschöpfende Aufzählung von Situationen zu, in denen eine Fortbestehensprognose zu erstellen ist.“* Was bedeutet „überwiegende Wahrscheinlichkeit“, die der OGH ja explizit für eine positive Fortbestehensprognose fordert?²⁵ Und wie sieht es mit der Wahrscheinlichkeit bei der Sekundärprognose aus?²⁶

Die Liste der Unklarheiten und Unsicherheiten könnte noch fortgesetzt werden. „Leitfäden“ zur Auslegung eines Begriffs, der keine gesetzlichen Anhaltspunkte für eine solche Prognose gibt, sind allerdings mit Vorsicht zu genießen. Es bleibt bei einem alten Satz von *Mark Twain*: Prognosen sind schwierig, vor allem wenn sie die Zukunft betreffen!

Hält man sich diese Unschärfen des *Überschuldungstatbestands* vor Augen, wird auch schnell klar, dass er *höchst sanierungsfeindlich* ist: Denn diese Unsicherheit ist eine Barriere gegen außergerichtliche Sanierungsbemühungen, die objektiv vor Eintritt eines Insolvenzgrundes Platz greifen sollen, aber eben der Zeitpunkt des Eintritts der Überschuldung (allenfalls auch der 60-Tage-Frist, die ohnehin zu kurz ist) schlicht und einfach nicht feststellbar ist, oder nur durch kostspielige Gutachten, die überdies wertvolle Zeit in Anspruch nehmen, ermittelt werden kann.

23 Vgl. Schumacher in Artmann/Rüffler/Torggler, Organhaftung 70; siehe auch Haas/Hoffmann in FS Beck 223 (234).

24 Leitfaden Fortbestehensprognose 2016 Pkt 4.

25 Siehe den Versuch der Einbeziehung von Elementen der Wahrscheinlichkeitstheorie bei Oberguggenberger/Schumacher, Überschuldungsprüfung: Die „überwiegende Wahrscheinlichkeit“ in der Fortbestehensprognose, RdW 2008/148, 187.

26 Vgl. Haas/Hoffmann in FS Beck 223 (235), die die „überwiegende Wahrscheinlichkeit“ in OGH 1 Ob 144/01k auf die Sekundärprognose beziehen.