

# Einleitung zur Restrukturierungsordnung (ReO)

## Übersicht

	Rz
I. Gesetzwerdung . . . . .	1
A. Entstehung der RIRL . . . . .	1
1. Empfehlung der Kommission . . . . .	1
2. Richtlinienvorschlag und finaler Entwurf . . . . .	7
B. Nationale Umsetzung . . . . .	9
1. Rechtspolitische Ausgangslage . . . . .	9
2. Entstehung des RIRUG . . . . .	16
II. Normatives Konzept der ReO . . . . .	20
A. Struktur . . . . .	20
1. Verfahrensaufbau . . . . .	20
2. Verfahrensarten . . . . .	29
B. Rechtsnatur . . . . .	33
1. Teilkollektives Verfahren . . . . .	33
2. Schuldnerzentriertes Verfahren . . . . .	38
C. Legitimation . . . . .	42
1. Probleme kollektiven Gläubigerhandelns . . . . .	42
2. Abschwächung der Vertragstreue . . . . .	44

## I. Gesetzwerdung

### A. Entstehung der RIRL

#### 1. Empfehlung der Kommission

Die **Restrukturierungsordnung (ReO)** dient zur Umsetzung der RIRL<sup>1</sup> (vgl § 50 ReO). Die 1 Richtlinie ist am 16. 7. 2019 in Kraft getreten. Die Mitgliedstaaten der EU mussten sie bis zum 17. 7. 2021 ins nationale Recht transformieren (Art 34 RIRL).<sup>2</sup> Die ReO ist zu exakt diesem Zeitpunkt in Kraft getreten und hat damit die unionsrechtlichen Vorgaben buchstäblich auf die Sekunde genau erfüllt.

Die Entstehungsgeschichte der RIRL reicht bereits länger zurück. Als Initialzündung für die 2 Gesetzwerdung auf europäischer Ebene gilt die **Empfehlung der Kommission vom 12. 3. 2014** „für einen neuen Ansatz im Umgang mit unternehmerischem Scheitern und Unternehmensinsolvenzen“.<sup>3</sup> Die Kommission äußerte darin ihre **Unzufriedenheit** über den **Rechts-**

1 Langtitel: Richtlinie (EU) 2019/1023 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 über präventive Restrukturierungsrahmen, über Entschuldung und über Tätigkeitsverbote sowie über Maßnahmen zur Steigerung der Effizienz von Restrukturierungs-, Insolvenz- und Entschuldungsverfahren und zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132; Kurztitel: Richtlinie über Restrukturierung und Insolvenz (RIRL).

2 Eine Ausnahme gilt für die Umsetzung von Art 28 lit a, b und c (Umsetzung bis zum 17. 7. 2024) und von Art 28 lit d (Umsetzung bis zum 17. 7. 2026). Diese Vorschriften betreffen den Einsatz von elektronischen Kommunikationsmitteln.

3 Empfehlung (EU) 2014/135 der Kommission vom 12. März 2014 für einen neuen Ansatz im Umgang mit unternehmerischem Scheitern und Unternehmensinsolvenzen, ABl 2014 L 74/65.

**zustand in den Mitgliedstaaten** (vgl ErwG 2 Komm-Empf): Die Kommission kritisierte, dass sich die Mitgliedstaaten bei der Bandbreite der Verfahren, die Schuldern in finanziellen Schwierigkeiten zur Restrukturierung ihres Unternehmens zur Verfügung stehen, deutlich unterscheiden würden. In einigen Mitgliedstaaten könnten Unternehmen erst relativ spät ein formales Insolvenzverfahren zur Restrukturierung in Anspruch nehmen; in anderen sei dies in einer früheren Phase möglich, doch wären diese Verfahren nicht effizient genug.

- 3 Große Unterschiede gab es laut der Kommission auch bei den nationalen Verfahren, die „Unternehmern eine zweite Chance bieten, insbesondere durch einen Erlass von geschäftlichen Schulden.“ In der Empfehlung genannt sind die Dauer der Entschuldungsfrist und die Bedingungen für den Schuldennachlass. Die Kommission kam daher zum Ergebnis, dass die Kohärenz zwischen den nationalen Insolvenzrahmen verbessert werden müsse, um Ineffizienzen abzubauen, die der frühzeitigen Restrukturierung wirtschaftlich bestandfähiger Unternehmen in finanziellen Schwierigkeiten und der Möglichkeit einer zweiten Chance für redliche Unternehmer im Weg stehen (ErwG 11 Komm-Empf). Ein Hauptaugenmerk der Empfehlung lag zudem auf **kleineren und mittleren Unternehmen (KMU)**. Sie würden von „einem ko-härenteren Ansatz auf Unionsebene profitieren, da sie nicht über die erforderlichen Ressourcen verfügen, um hohe Restrukturierungskosten zu schultern und um die in einigen Mitgliedstaaten effizienteren Restrukturierungsverfahren zu nutzen“ (ErwG 13 Komm-Empf).
- 4 Um all diese Diskrepanzen zu beseitigen, empfahl die Kommission Mindeststandards für „präventive Restrukturierungsrahmen“ und einen „Schuldenerlass“ für Unternehmer, die von einem Konkurs betroffen sind. Inhaltlich nahm die Kommission in ihrer Empfehlung bereits alle Kernelemente der späteren RIRL vorweg. Der Restrukturierungsrahmen sollte Schuldern bereits in seiner ursprünglichen Konzeption ermöglichen, finanzielle Schwierigkeiten in einer frühen Phase zu bewältigen, in der eine Insolvenz noch verhindert und die Fortführung ihres Unternehmens gesichert werden kann. Dadurch sollten die Kosten für die Bewertung von Investitionsrisiken gesenkt, die Rückzahlungsquoten für Gläubiger erhöht und die Restrukturierung von grenzüberschreitend tätigen Unternehmensgruppen erleichtert werden.
- 5 Die Mitgliedstaaten ließen sich von der Kommissionsempfehlung aber nicht beeindrucken. In Österreich hat soweit ersichtlich nur *Mohr* über den Inhalt der Empfehlung genauer berichtet.<sup>4</sup> Der Entwurf erinnerte ihn „an das frühere Ausgleichsverfahren oder ein abgespecktes Sanierungsverfahren mit Eigenverwaltung, wenngleich vom Ansatz her – Verhinderung einer Insolvenz – das Reorganisationsverfahren nach dem URG dem vorgeschlagenen Restrukturierungsrahmen nähersteht“.<sup>5</sup> *Mohr* hielt allerdings auch fest, dass „derzeit nicht beurteilt werden kann, ob es zu einer neuen Regelung über Vorinsolvenzen kommen wird“.<sup>6</sup>
- 6 Heute weiß man, dass die Empfehlung der Kommission in der Tat keine Reform des österreichischen Insolvenz- und Sanierungsrechts auslösen konnte. Europaweit befand man sich damit in guter Gesellschaft: Knapp ein Jahr nach Veröffentlichung wies die Kommission im „**Aktionsplan zur Schaffung einer Kapitalmarktunion** vom 30. 9. 2015“ ausdrücklich darauf hin, dass die Mitgliedstaaten die Empfehlung nur teilweise oder gar nicht umgesetzt hätten. Deshalb kündigte die Kommission im Aktionsplan erstmals einen „Legislativentwurf

4 *Mohr* in *Nunner-Krautgasser/Kapp/Clavora*, JB Insolvenzrecht 2014, 15 (19ff); aus dem internationalen Schrifttum s die ausführliche Kritik bei *Eidenmüller*, KTS 2014, 401 und *Eidenmüller/van Zwieten*, EBOR 2015, 625.

5 *Mohr* in *Nunner-Krautgasser/Kapp/Clavora*, JB Insolvenzrecht 2014, 15 (20).

6 *Mohr* in *Nunner-Krautgasser/Kapp/Clavora*, JB Insolvenzrecht 2014, 15 (31).

über Unternehmensinsolvenzen“ an, ging also von ihrer ursprünglichen Regulierungsstrategie – dem Erlass von unverbindlichen Empfehlungen (Art 288 Abs 5 AEUV) – ab.

Die Kritik der Kommission darf nicht falsch verstanden werden; sie bezog sich vorwiegend darauf, dass die Mitgliedstaaten dem Inhalt der Empfehlung nicht (vollständig) entsprochen hätten. Nicht gesagt ist damit aber, dass es zu gar keinen Reformen im „Recht der Unternehmensrestrukturierung“ gekommen wäre. In vielen Mitgliedstaaten gab es in den letzten Jahren sogar eine rege Reformtätigkeit, die durch einen zunehmenden Regulierungswettbewerb angestoßen worden war.<sup>7</sup> Für Deutschland ist etwa das „Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen“ (ESUG) hervorzuheben, das bereits im Jahr 2012 – also vor der Veröffentlichung der Kommissionsempfehlung – in Kraft getreten ist.

## 2. Richtlinievorschlag und finaler Entwurf

Der **Richtlinievorschlag der Kommission** wurde durch ein Konsultationsverfahren im Sommer 2016 vorbereitet;<sup>8</sup> der Entwurf sodann im November 2016 veröffentlicht.<sup>9</sup> Im Anschluss kam es zu den informellen **Trilog-Verhandlungen** zwischen der Kommission, dem Rat und dem Parlament, die den **finalen Entwurf** der Richtlinie hervorbrachten.<sup>10</sup> Der Unionsgesetzgeber konnte den Entwurf der RIRL mit 17. 12. 2018 finalisieren, also noch unter österreichischer Präsidentschaft im Rat.<sup>11</sup> Offiziell verabschiedet wurde die **RIRL am 20. 6. 2019**. Der Unionsgesetzgeber stützte sich beim Erlass auf die Binnenmarktkompetenz nach Art 114 AEUV.

Im Vergleich zum Kommissionsentwurf hat sich der Richtlinientext in der endgültigen Fassung **stark geändert**. Verantwortlich waren hierfür hauptsächlich Zugeständnisse an die Mitgliedstaaten; die Änderungen sollten ihnen größeren Spielraum bei der Umsetzung einräumen. Die RIRL enthält – je nach Zählweise – circa **70 Öffnungsklauseln und Wahlrechte**, mit denen die Zustimmung der Mitgliedstaaten im Rat erkauf werden musste.<sup>12</sup> Im Gegenzug wurde der Harmonisierungsgrad der RIRL noch deutlich abgeschwächt. Übriggeblieben sind im Grunde nur einige „materiell-rechtliche Mindeststandards für präventive Restrukturierungsverfahren sowie für Verfahren zur Entschuldung von Unternehmen“ (vgl ErwG 12 RIRL).

## B. Nationale Umsetzung

### 1. Rechtspolitische Ausgangslage

Die Sanierung notleidender Unternehmen begleitet die nationale Rechtspolitik seit den Anfängen der Insolvenzgesetzgebung.<sup>13</sup> Jede Insolvenzrechtsreform der letzten Jahrzehnte hat

7 Vgl *Eidenmüller*, KTS 2014, 401 (402).

8 Vgl dazu *Kayser*, ZIP 2017, 1393 (1394f).

9 Vorschlag vom 22. 11. 2016 für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über präventive Restrukturierungsrahmen, die zweite Chance und Maßnahmen zur Steigerung der Effizienz von Restrukturierungs-, Insolvenz- und Entschuldungsverfahren und zur Änderung der Richtlinie 2012/30/EU, COM (2016) 723 final.

10 Zum Inhalt der Gespräche s etwa *Graf-Schlicker* in *Flöther*, Sanierungsrecht 5f; *Pannen* in *Pannen/Riedemann/Smid*, StaRUG Einl Rz 37.

11 Council of the European Union, Confirmation of the final compromise text with a view to agreement (15556/18) vom 17. 12. 2018.

12 Vgl *Freitag*, ZIP 2019, 541 (542); *Skauradszun* in BeckOK StaRUG<sup>3</sup> Einl Rz 4.

13 Vgl bereits Denkschrift 6: „Denn durch die Erhaltung der wirtschaftlichen Existenz des Schuldners und der damit gegebenen wirtschaftlichen Kräfte eines bestehenden Unternehmens, die oft beträchtliche Vermögenswerte darstellen, ist die weitgehende Vermögensverwertung zu vermeiden, die die bloße Eröffnung des Konkurses hervorruft“.

diese Entwicklung ein Stück weit vorangetrieben.<sup>14</sup> Obwohl also der „politisch gut zu vermarktende Sanierungshype“<sup>15</sup> nichts Neues ist, überwirft sich die RIRL mit dem konventionellen rechtspolitischen Zugang zur Unternehmenssanierung, der auf die Sanierung **im Insolvenzverfahren** zielt. Die bisherigen Erfahrungen in Österreich mit außer- und vorinsolvenzlichen Verfahrenshilfen erzählen dagegen eine eigene Geschichte des Scheiterns:

- 10 Das „**Vorverfahren**“ (§§ 79 – 91 AO idF IRÄG 1982) war der erste erfolglose Ansatz in der jüngeren Gesetzgebungsgeschichte. Mit dem Vorverfahren schuf der Gesetzgeber eine gerichtliche Sanierungsvariante, die dem damaligen Ausgleichs- und Konkursverfahren zeitlich vorgelagert war.<sup>16</sup> Das Vorverfahren war aber nicht „vorinsolvenzlich“ ieS, weil für die Einleitung die Konkurseröffnungstatbestände erfüllt sein mussten (§§ 66, 67 KO). Formal handelte es sich daher um ein weiteres Insolvenzverfahren für lebende Unternehmen, das zum Ausgleichs- und zum Konkursverfahren hinzutrat.<sup>17</sup> Die Praxis nahm die Möglichkeit jedoch nicht an: Das Vorverfahren versank spätestens 1987 in der Bedeutungslosigkeit,<sup>18</sup> und wurde bereits mit dem IRÄG 1997 nach nur 15 Jahren wieder abgeschafft.
- 11 Im IRÄG 1997 hatte der Gesetzgeber das **Reorganisationsverfahren nach dem URG** zugleich als prospektiven Nachfolger des Vorverfahrens auserkoren. Das URG steht noch heute in Kraft. Anders als das Vorverfahren ist das Reorganisationsverfahren kein Insolvenzverfahren; vielmehr ist insolventen Unternehmen der Zugang zum Verfahren ausdrücklich versperrt (vgl § 1 Abs 1 URG). Das URG ist aber nicht für seinen Beitrag zur erfolgreichen Sanierung von reorganisationsbedürftigen Unternehmen bekannt, sondern für seine fehlende Praxistauglichkeit. Die Zahlen sprechen eine klare Sprache: Seit 1997 ist nur ein einziges (!) abgeschlossenes Verfahren – zumindest einer breiteren Öffentlichkeit<sup>19</sup> – bekannt geworden.<sup>20</sup>
- 12 Diese Fehlschläge haben den rechtspolitischen Zugang zur Unternehmenssanierung in Österreich nachhaltig geprägt. Die parallele Entwicklung der dualen insolvenzrechtlichen Verfahrensstruktur trug ihr Übriges dazu bei. In der Praxis verlagerte sich die Unternehmenssanierung durch Entschuldung bekanntlich immer mehr ins Konkursverfahren, während die Zahl der Ausgleichsverfahren stetig abnahm.<sup>21</sup> Die Bezeichnung des Zwangsausgleichs als „österreichische Erfolgsstory“<sup>22</sup> wurde zum geflügelten Wort und festigte endgültig das rechtspolitische Narrativ, wonach die Unternehmenssanierung im **gerichtlichen Insolvenzverfahren** am besten aufgehoben ist. Der vorläufige Endpunkt dieser Entwicklung ist das IRÄG 2010, das die duale Verfahrensstruktur von KO und AO beseitigt und ein übergeordnetes Insolvenzverfahren geschaffen hat. Der Zwangsausgleich wurde zum – positiver konnotierten – Sanierungsplan umbenannt und die Annahme durch die Gläubiger erleichtert.
- 13 Vor der europäischen Gesetzgebungsinitiative konnten finanziell angeschlagene Schuldner in Österreich daher praktisch zwischen zwei Modellen wählen: einerseits einer **außergerichtlichen Sanierung** („außergerichtlicher Ausgleich“), die zeitlich bis zur Insolvenzeröffnung offen stand und andererseits einer **Sanierung im Insolvenzverfahren**, die frühestens ab dro-

14 Zur Entwicklung s. etwa *Konecny*, DZWIR 1994, 227; *Oberhammer* in FS O. Oberhammer 119; *Mohr* in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2006, 116; *Konecny*, ZZP 125 (2012) 285; *Nunner-Krautgasser*, ZInsO 2018, 1941.

15 *Thole*, ZIP 2017, 101 (101).

16 Vgl dazu *Jelinek*, ZIP 1984, 495; *Konecny*, DZWIR 1994, 227 (229f).

17 *Jelinek*, ZIP 1984, 495 (495).

18 *Konecny*, DZWIR 1994, 227 (229 in FN 27).

19 Vgl *Reckenzaun/Hadl*, ZIK 2001, 90.

20 *Konecny* in *Konecny*, RIRUG 1 (3 in FN 12); vgl auch *Mohr*, ZIK 2019, 86 (90).

21 Vgl nur ErläutRV 612 BlgNR 24. GP 2 und 4.

22 Erstmals wohl *Klikovits*, ZIK 2004, 12.

hender Zahlungsunfähigkeit in Betracht kam (§ 167 Abs 2 IO). Dieser Rechtszustand galt nicht als grundlegend reformbedürftig. Die jährlichen Insolvenz-Statistiken gaben keinen Anlass, um an der Leistungskraft des Sanierungsplans zweifeln zu müssen. Die außergerichtliche Unternehmenssanierung stand dem um nichts nach. Jüngere empirische Untersuchungen konnten bei dieser Alternative etwa auch eine hohe Erfolgsaussicht im Vergleich zur gerichtlichen Sanierung bestätigen. In einer Studie konnten rund 70% der Fälle (459 von 658), in denen Schuldner einen aktiven Sanierungsversuch unternommen hatten, mit dem Abschluss einer Sanierungsvereinbarung erfolgreich beendet werden.<sup>23</sup>

Der **nationale Umsetzungsprozess** nach Inkrafttreten der RIRL verlief dann auch nur entsprechend zögerlich.<sup>24</sup> Selbst die insolvenzrechtliche Krisengesetzgebung, die wegen der weltweiten COVID-19-Pandemie im ersten Halbjahr 2020 erforderlich geworden war, konnte den Prozess nicht beschleunigen.<sup>25</sup> In den Materialien zum 4. COVID-19-Gesetz findet man die beiläufige, aber vielsagende Bemerkung, dass „eine Überwindung der Krise trotz zahlreicher Unterstützungsmaßnahmen in einer nicht unbeträchtlichen Zahl von Fällen nur mithilfe einer – in Österreich sehr erfolgsversprechenden – Sanierung im Insolvenzverfahren möglich sein wird.“ Während der Gesetzgeber die Effektivität der Sanierung im Insolvenzverfahren eigens hervorhebt, erwähnt er die bevorstehende Umsetzung der RIRL mit keinem Wort. Auch in wirtschaftlich angespannten Zeiten konnte oder wollte man in Österreich also voll und ganz auf die existierende rechtliche Infrastruktur bei der Unternehmenssanierung vertrauen.

Bei dieser rechtspolitischen Ausgangslage überrascht es nicht, dass der Legislativvorschlag der Europäischen Kommission nicht für helle Begeisterung in Österreich gesorgt hat. Man bekam unweigerlich das Gefühl, die Kommission wolle mit ihrer Initiative ohne Not in eine gut funktionierende Sanierungskultur eingreifen. Nach den Erfahrungen mit dem Vorverfahren, dem URG und der AO glich die Idee eines vorinsolvenzlichen Restrukturierungsverfahrens dem Versuch, einen toten Patienten reanimieren zu wollen. Man wird sehen, ob mögliche Vorbehalte gegenüber einem vorinsolvenzlichen Verfahren der praktischen Akzeptanz des Restrukturierungsverfahrens schaden oder die ReO womöglich sogar dasselbe Schicksal trifft wie das URG. Sollte der Erfolg des Restrukturierungsverfahrens ausbleiben, ließe sich das aber nicht nur mit einer skeptischen Grundstimmung in der Praxis erklären, sondern würde auch die nationale Umsetzung der RIRL in Frage stellen. Können die typischen Probleme eines österreichischen Unternehmens in einem Restrukturierungsverfahren nach der ReO nicht ausreichend oder nur mit unverhältnismäßig hohen Kosten bewältigt werden, darf man sich über eine geringe Zahl von Verfahren nicht wundern. Das Restrukturierungsverfahren bietet zwar dem Schuldner auch die Möglichkeit, schon im Vorfeld der Insolvenz eine Gläubigerminderheit zu majorisieren, die mit der strategischen Blockade von Restrukturierungsverhandlungen droht („Akkordstörer“; s. noch unten Rz 42ff). Diese Eingriffsmöglichkeit des Schuldners fehlt dem URG wie dem außergerichtlichen Ausgleich. Allerdings müssen Schuldner für den Zugriff auf dieses Sanierungsinstrument bereit sein, die Mühen eines institutionellen Verfahrens auf sich zu nehmen.<sup>26</sup> Die Kosten können den Nutzen des Verfahrens womöglich in vielen Konstellationen schnell übersteigen.

## 2. Entstehung des RIRUG

Der **nationale Gesetzgebungsprozess** verlief zurückhaltend (soeben Rz 14f). Weder der Kommissionsentwurf noch die endgültige Fassung der RIRL stießen – bis auf einige Ausnah-

23 S. Mayr, Außergerichtliche Sanierung 227.

24 Fidler, ZFR 2020, 541.

25 Vgl. dazu Koller, JBL 2020, 539 (547ff).

26 Vgl. bereits Fidler, ZFR 2021, 313.

men<sup>27</sup> – auf kräftige Resonanz in der Fachliteratur. Das Justizministerium brief zur Unterstützung bei der Umsetzung eine Arbeitsgruppe ein. Wie Österreich den breiten Spielraum der RIRL ausnutzen und welche Form der „präventive Restrukturierungsrahmen“ annehmen würde, war daher vorerst nicht öffentlich bekannt. Erst die Fertigstellung und Veröffentlichung des **MEntw im Februar 2021** ließ die voraussichtliche Grundstruktur der neuen „Restrukturierungsordnung“ erkennen.<sup>28</sup>

- 17** Das **Begutachtungsverfahren** wurde im **April 2021** abgeschlossen; insgesamt gab es 50 Stellungnahmen, die in das weitere Gesetzgebungsverfahren eingeflossen sind. Die Stellungnahmen konnten den finalen Gesetzestext auch noch an einigen Stellen beeinflussen.
- 18** Nach Abschluss des Begutachtungsverfahrens ging alles schnell: Die **Regierungsvorlage** für das „Restrukturierungs- und Insolvenz-Richtlinie-Umsetzungsgesetz (RIRUG)“ wurde im Juni 2021 an das Parlament übermittelt und dem Justizausschuss zugewiesen und schon im Juli 2021 im Parlament beschlossen. Das RIRUG (BGBl I 2021/147) wurde am 26. 7. 2021 kundgemacht und ist (rückwirkend) mit **17. 7. 2021** in Kraft getreten. Im Kern besteht es aus:
- dem **Bundesgesetz über die Restrukturierung von Unternehmen** (Restrukturierungsordnung – ReO), zur Umsetzung von Titel I und II der RIRL;
  - **Änderungen der Insolvenzordnung** (vor allem bei der Privatinsolvenz: es gibt kürzere Frist für den Zahlungsplan und Neuerungen beim Abschöpfungsverfahren), zur Umsetzung von Titel III der RIRL;
  - diversen Anpassungen im **Gebührenrecht** und **Verweisen in Nebengesetzen**.
- 19** Nicht eigens umgesetzt wurde **Titel IV der RIRL**. Darin vorgesehen sind „Maßnahmen zur Steigerung der Effizienz von Restrukturierungs-, Insolvenz- und Entschuldungsverfahren“. Der Gesetzgeber ging davon aus, dass diese Vorgaben für Insolvenzverfahren bereits erfüllt sind. Geändert wurde nur § 254 Abs 4 IO, wonach das Gericht jede Entscheidung mit Blick auf eine zügige Bearbeitung der Angelegenheit auf effiziente Weise zu treffen hat.<sup>29</sup> Dasselbe gilt für **Titel V der RIRL**. Dieser abschließende Teil der Richtlinie verpflichtet die Mitgliedstaaten zum „Monitoring von Restrukturierungs-, Insolvenz- und Entschuldungsverfahren.“ Die Mitgliedstaaten werden darin auch zur Übermittlung von Insolvenzstatistiken an die Kommission verpflichtet.

## II. Normatives Konzept der ReO

### A. Struktur

#### 1. Verfahrensaufbau

- 20** Nach Art 4 RIRL müssen die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass Schuldner bei einer wahrscheinlichen Insolvenz Zugang zu einem **präventiven Restrukturierungsrahmen** haben, der

27 Zum Kommissionsvorschlag: *Klauser/Binder* in *Clavora/Kapp/Mohr*, JB Insolvenzrecht 2017, 41 (56ff); *Schumacher*, ZZPInt 22 (2017) 93; zur RIRL: *Mohr* in *Grininger/Jaufer/Schumacher*, Rechts- und Praxisvergleich 15; *Mohr* in *Jaufer/Nunner-Krautgasser/Schummer*, Unternehmenssanierung 15; *Leistentritt* in *Jaufer/Nunner-Krautgasser/Schummer*, Unternehmenssanierung 41; *Bilinska*, ZIK 2019, 102; *Jurgutyte-Ruez/Urthaler*, ZIK 2019, 91; *Kanduth-Kristen*, ZIK 2019, 216; *Mohr*, ZIK 2019, 86; *Reisch*, RdW 2019, 369; *Wabl*, ZIK 2019, 178; *Wabl/Gassner*, ecolex 2019, 333.

28 Ministerialentwurf betreffend Bundesgesetz, mit dem zur Umsetzung der Richtlinie über Restrukturierung und Insolvenz ein Bundesgesetz über die Restrukturierung von Unternehmen geschaffen sowie die Insolvenzordnung, das Gerichtsgebührengebot, das Gerichtliche Einbringungsgesetz und das Rechtsanwaltstarifgesetz geändert werden (Restrukturierungs- und Insolvenz-Richtlinie-Umsetzungsgesetz – RIRL-UG); 96/ME 27. GP.

29 Vgl *Mohr* in *Konecny*, RIRUG 251 (253).

es ihnen ermöglicht, sich zu restrukturieren, um eine Insolvenz abzuwenden und ihre Bestandsfähigkeit sicherzustellen.

Dieser präventive Restrukturierungsrahmen wird in der ReO durch ein **gerichtliches Restrukturierungsverfahren** umgesetzt. Die **Gesetzesystematik** der ReO folgt über weite Strecken dem Aufbau der RIRL. Das Verfahren steht grundsätzlich für juristische Personen und natürliche Personen als **Schuldner** offen, die ein Unternehmen betreiben (s § 1 ReO Rz 32 ff und § 2 ReO Rz 15 ff).<sup>30</sup> Der Schuldner soll sich mithilfe des Verfahrens „restrukturieren“, um die Zahlungsunfähigkeit abzuwenden und seine Bestandsfähigkeit sicherzustellen (§ 1 Abs 1 ReO). Das Restrukturierungsverfahren orientiert sich bei **Aufbau** und **Struktur** stark am Insolvenzverfahren der IO (vgl nur § 5 ReO).

Ein Hauptunterschied zum Insolvenzverfahren ist die niedrigere Zugangshürde: Die Verfahrenseinleitung nach der ReO setzt nur die **wahrscheinliche Insolvenz** des Schuldners voraus, die er im Einleitungsantrag darlegen muss (§§ 6, 7 ReO). Ein zahlungsunfähiger Schuldner hat keinen Zugang zum Restrukturierungsverfahren, sehr wohl aber ein überschuldeter Rechtsträger (§ 1 ReO Rz 13 ff und § 6 ReO Rz 4). Die materielle Insolvenz des Schuldners ist daher nicht unbedingt ein Einleitungshindernis (vgl dagegen § 1 URG). Der **Zugang zur ReO ist fakultativ**; der Schuldner ist nicht zur Einleitung des Verfahrens verpflichtet (s auch § 1 ReO Rz 62).

Herzstück des ReO-Verfahrens ist der **Restrukturierungsplan** (§§ 27 ff ReO). Das gesamte Verfahren zielt auf die erfolgreiche Annahme und Bestätigung des Restrukturierungsplans ab. Der Schuldner hat ein Planvorschlagsmonopol: Außer ihm kann niemand sonst einen Restrukturierungsplan vorlegen und dessen Abschluss beantragen (§ 27 Abs 1 S 1 ReO). Die Gläubiger haben daher kein Planvorlagerecht. Die formalen Anforderungen an den Inhalt des Restrukturierungsplans sind hoch (vgl § 27 ReO). Gläubiger, deren Forderungen im Restrukturierungsplan mit verbindlicher Wirkung gestaltet und die damit von den Restrukturierungsmaßnahmen erfasst werden, nennt die ReO „**betroffene Gläubiger**“ (§ 29 ReO). Der Schuldner muss aber nicht alle Gläubiger in den Restrukturierungsplan einbeziehen, sondern kann eine (sachgerechte) Auswahl zwischen jenen Gläubigern treffen, die einen Beitrag zur Sanierung leisten sollen. Die ReO ist daher ein **teilkollektives Verfahren** (s Rz 33 ff).

Das Restrukturierungsverfahren ermöglicht wie der Sanierungsplan der IO auch **Mehrheitsentscheidungen** der betroffenen Gläubiger (§§ 31–33 ReO). Das wirft sofort die Frage nach dem Schutz der überstimmtenden Minderheit auf. Die **Schutzgarantien der Minderheit** setzen sich vor allem zusammen aus:

- der gerichtlichen (Vor-)Prüfung des Restrukturierungsplans, bei der auch die **sachgemäße Bildung von Gläubigerklassen** (§ 29 ReO) und die **sachgemäße Auswahl der betroffenen Gläubiger** geprüft wird (vgl § 30 Abs 1 Z 3 und 4 ReO);
- dem (gruppeninternen) **Gleichbehandlungsgebot** (§ 34 Abs 1 Z 2 ReO);
- dem **Kriterium des Gläubigerinteresses** (§ 35 ReO);
- den Voraussetzungen für einen **klassenübergreifenden Cram-down** (§ 36 ReO).

Der fertig verhandelte Restrukturierungsplan unterliegt einer **gerichtlichen Kontrolle**. Nach Vorlage des Restrukturierungsplans gibt es ein **Vorverfahren** (§ 30 ReO), das der Abstimmung der Gläubiger über die Planannahme vorgeschaltet ist. Darauf folgt das eigentliche **Bestätigungsverfahren**, in dem das Gericht zahlreiche Kriterien prüft, die für die Bestätigung des Restrukturierungsplans erfüllt sein müssen (§ 34 ReO). Eine gerichtliche **Unternehmensbewertung** ist im Verfahren nicht zwingend erforderlich, sondern nur, wenn Gläubiger vor-

30 ErläutRV 1.

bringen, es sei gegen bestimmte Schutzgarantien verstoßen worden (vgl § 38 Abs 1 Z 1 und 2 ReO). Ein **gerichtlich bestätigter Restrukturierungsplan** ist für alle dort genannten betroffenen Gläubiger und den Schuldner verbindlich (§ 39 ReO). Das Restrukturierungsverfahren wird mit **Eintritt der Rechtskraft** der Bestätigung aufgehoben (§ 41 Abs 1 ReO).

- 26** Der Schuldner hat im Restrukturierungsverfahren nicht dieselben **Eingriffsbefugnisse** wie im Insolvenzverfahren. Er kann nur **Forderungen von Gläubigern** gestalten (§ 28 ReO). Diese Möglichkeit gibt es – anderes als in der IO – auch für **besicherte Gläubiger**, aber nur in den Grenzen ihrer Schutzgarantien, die wegen ihrer starken kreditsicherungsrechtlichen Position eng gezogen sind (s auch § 35 ReO Rz 25f). **Vertragsauflösungsrechte** gibt es in der ReO nicht (vgl dagegen §§ 21ff IO; s auch § 1 ReO Rz 7). Das Prinzip der Vertragstreue wird daher weniger stark als im Insolvenzverfahren abgeschwächt (s dazu noch Rz 44ff). Auch die **Mitgliedschaftsrechte der Gesellschafter** („Anteilsinhaber“) fallen nicht unter den Restrukturierungsplan. Der Schuldner, das heißt die Gesellschaft als Rechtsträger, kann in Mitgliedschaftsrechte nur mit Zustimmung der Gesellschafter und nach den Regeln des Gesellschaftsrechts eingreifen. Als Ausgleich normiert die ReO ein spezielles Obstruktionsverbot für Anteilsinhaber, das sie daran hindern soll, einen aussichtsreichen Restrukturierungsplan zu blockieren (vgl § 37 ReO).
- 27** Am Restrukturierungsverfahren **beteiligt** sind jedenfalls der **Schuldner**, die **betroffenen Gläubiger** und das **Gericht**. Ein Verwalter, der in der ReO als **Restrukturierungsbeauftragter** bezeichnet wird, muss nicht stets vom Gericht bestellt werden (vgl § 9 ReO). Das Restrukturierungsverfahren läuft daher grundsätzlich in **Eigenverwaltung** ab; der Schuldner behält im Restrukturierungsverfahren die Kontrolle über seine Vermögenswerte und den Betrieb seines Unternehmens (§ 16 ReO). Für Bewertungsfragen kann das Gericht zudem einen **Sachverständigen** bestellen (vgl § 38 Abs 2 ReO). Die **Gläubigerschutzverbände** sind im Restrukturierungsverfahren nur auf Antrag des Schuldners beizuziehen (§ 31 Abs 2 ReO).
- 28** Schließlich gibt es auch **Restruktierungshilfen**, die die ReO dem Schuldner zur Verfügung stellt und die er bei Bedarf in Anspruch nehmen kann, um die Verhandlungen über den Restrukturierungsplan während des Verfahrens zu fördern. Dazu gehören:
- **Anfechtungsschutz für neue Finanzierungen** (§ 18 ReO iVm §§ 36a, 36b IO; vgl auch § 57a Abs 3 IO);
  - und eine **Vollstreckungssperre für Gläubiger** („automatic stay“; §§ 19ff ReO), die auch mit weiteren Rechtsfolgen verbunden ist, darunter das Ruhen der Insolvenzantragspflicht des Schuldners (§ 24 ReO); und eine Vertragsauflösungssperre für Gläubiger, für die die Vollstreckungssperre gilt (§ 26 ReO).

## 2. Verfahrensarten

- 29** Dieser Verfahrensaufbau beschreibt in seinen wesentlichen Zügen die Grundform des Restrukturierungsverfahrens, das als **ordentliches Restrukturierungsverfahren** bezeichnet werden kann (§§ 1 – 43 ReO).<sup>31</sup>
- 30** Im 7. Abschnitt der ReO hat der Gesetzgeber ergänzend noch zwei **besondere Verfahrensarten** geschaffen:
- das „europäische Restrukturierungsverfahren“ (§ 44 ReO);
  - das „vereinfachte Restrukturierungsverfahren“ (§ 45 ReO).

31 Terminologie nach Konecny in *Konecny, RIRUG 1* (4).

Unionsrechtliche Vorgaben gab es für diese zwei besonderen Verfahrensarten nicht. Der Gesetzgeber hat damit seinen autonomen Umsetzungsspielraum ausgenutzt und die Palette möglicher Verfahren erweitert. Das **europäische Restrukturierungsverfahren** unterscheidet sich von der Grundvariante vor allem durch seine Publizität. Das Gericht hat die Verfahrenseinleitung mit Edikt öffentlich bekannt zu machen (vgl § 44 Abs 1 ReO). Als öffentliches Verfahren konnte das europäische Restrukturierungsverfahren durch die VO (EU) 2021/2260 in den Anh A EuInsVO 2015 aufgenommen werden (s § 44 ReO Rz 15ff).

Das **vereinfachte Restrukturierungsverfahren** ist die zweite besondere Verfahrensart der ReO. Es besteht aus einer vorprozessualen und einer prozessualen Phase (s § 45 ReO Rz 5ff). In der vorprozessualen Phase schließt der Schuldner mit den Gläubigern eine Restrukturierungsvereinbarung ab, die das Gericht in einem – zeitlich abgekürzten – Verfahren bestätigt. Dahinter steckt die Idee, eine von einem breiten Konsens getragene Restrukturierung des Schuldners nicht am Widerstand einzelner Akkordstörer scheitern zu lassen, und dabei die gerichtliche Einbindung auf ein Minimum zu begrenzen (s § 45 ReO Rz 3f).

## B. Rechtsnatur

### 1. Teilkollektives Verfahren

Die RIRL sagt nichts zur **Rechtsnatur des „präventiven Restrukturierungsrahmens“**. Die ErwG beschreiben zwar an vielen Stellen die Ziele der RIRL, gehen dabei aber nicht über allgemeine rechtspolitische Programmsätze hinaus – die Richtlinie soll etwa „zum Funktionieren des Binnenmarkts beitragen, Hindernisse für die Ausübung der Grundfreiheiten beseitigen (ErwG 1 RIRL), den Verlust von Arbeitsplätzen verhindern (ErwG 2 RIRL), dem Aufbau notleidender Kredite vorbeugen (ErwG 3 RIRL) oder eine kostengünstigere Restrukturierung von KMU ermöglichen (ErwG 17 RIRL).<sup>32</sup> Diese pluralistische Zielkonzeption lässt aber keine Aussagen über die Rechtsnatur des präventiven Restrukturierungsrahmens zu. Vor allem hat der Unionsgesetzgeber den Mitgliedstaaten auch nicht vorgegeben, ob sie das Restrukturierungsverfahren systematisch einer bestimmten Rechtsmaterie – etwa dem Insolvenzrecht – zuordnen müssen (s auch unten Rz 44). Die Rechtsnatur des präventiven Restrukturierungsrahmens hängt in einer Rechtsordnung von der nationalen Umsetzung ab und kann sich zwischen den Mitgliedstaaten auch unterscheiden.

Im Grundsatz ist der Restrukturierungsplan der ReO wie der Sanierungsplan der IO ein Instrument zur **kollektiv-privatautonomen Bewältigung der schuldnerischen Krise**.<sup>33</sup> Das wirkt sich auf die Rechtsnatur des Restrukturierungsverfahrens aus: Es ist – angelehnt an die Diktion des deutschen Gesetzgebers – ein **teilkollektives gerichtliches Verfahren**, das im Unterschied zum Sanierungsverfahren nach der IO nicht zwingend alle Gläubiger des Schuldners betrifft.<sup>34</sup> Der Schuldner hat im Restrukturierungsverfahren ein Auswahlermessen, weil er innerhalb gewisser Grenzen selbst festlegen kann, von welchen Gläubigern er Beiträge einfordert, um das Restrukturierungsziel zu erreichen, nämlich seine Zahlungsunfähigkeit abwenden und die Bestandfähigkeit sicherstellen (vgl § 1 Abs 1 ReO). Die beschränkte Reichweite der Verfahrenswirkungen ist auch Ausdruck eines schuldnerzentrierten Verfahrens (unten Rz 38ff): Der Schuldner soll zielgerecht die Verhandlung mit (ausgewählten) Gläubigern unterstützen können. Obwohl dieser Ansatz mit insolvenzrechtlichem Denken nicht vereinbar ist, bedient das Restrukturierungsverfahren mit anderen Eigenschaften auch die „Intuition des

32 Vgl Skauradszun, KTS 2021, 1 (7).

33 Vgl BT-Drs 19/24181, 89, 109.

34 Vgl BT-Drs 19/24181, 89, 117.

insolvenzrechtlich geprägten Rechtsanwenders.<sup>35</sup> Denn das Restrukturierungsverfahren ist genauso wie das Sanierungsverfahren der IO ein **integriertes Gerichtsverfahren** und **kein „modularer Verfahrensrahmen“**.<sup>36</sup> Der Schuldner kann daher in der ReO nicht zwischen unterschiedlichen Instrumenten wählen, die nach seiner Einschätzung und jener der verhandlungsbereiten Gläubiger am besten für seine individuelle Situation geeignet sind (vgl dagegen § 29 StaRUG). Die ReO bietet dem Schuldner im Kern vier Instrumente, um die Restrukturierung zu unterstützen: die Vollstreckungssperre, die Bestellung eines Restrukturierungsbeauftragten (vgl § 8 Abs 2 ReO), die Möglichkeit von Mehrheitsentscheidungen (inklusive eines „klassenübergreifenden Cram-down“) und anfechtungsgeschützte Finanzierungshilfen. Möchte der Schuldner auch nur eines dieser Instrumente in Anspruch nehmen, muss er dennoch zunächst einen verfahrenseinleitenden Antrag stellen und das gesamte Restrukturierungsverfahren durchlaufen. Abkürzen kann er diesen Weg nur im vereinfachten Verfahren nach § 45 ReO, das allerdings auch nur ein – wenngleich zentrales – Restrukturierungsinstrument bietet, nämlich das Ausüben von Mehrheitsmacht.

- 35** Dieses stark verfahrensrechtlich geprägte Umsetzungsmodell der ReO ist richtlinienkonform, verfehlt aber die Intention und das Anliegen der **Europäischen Kommission**. Die Kommission hatte mit dem neuen „restructuring framework“ für Europa gerade kein weiteres Gerichtsverfahren im Sinn.<sup>37</sup> Deutsche Literaturstimmen bezeichnen das österreichische Modell dann auch als „schlichte Umsetzung des Richtlinientextes ohne Ambitionen im europäischen Wettbewerb der Restrukturierungsordnungen“.<sup>38</sup>

In diesem Wettbewerb stehen derzeit die Rechtsordnungen der europa- und weltweit wirtschaftsstärksten Länder und ihre diversen Restrukturierungsverfahren,<sup>39</sup> darunter das Reorganisationsverfahren nach Chapter 11 des U.S. Bankruptcy Code, das englische Scheme of Arrangement sowie der Restructuring Plan nach dem UK Companies Act, das französische mandat ad hoc und die procédure de conciliation, der italienische concordato preventivo, der deutsche Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen und das Insolvenzplanverfahren, schließlich der niederländische WHOA („Wet homologatie onderhands akkoord“; oder „Dutch Scheme“<sup>40</sup>).

- 36** Die Kritik ist berechtigt: Der Gesetzgeber kann und soll zwar in erster Linie den heimischen Restrukturierungsmarkt bedienen, weil Österreich aufgrund seiner Größe nur eine kleine Rolle im Wettbewerb der Rechtsordnungen spielen wird. Dennoch ist das Restrukturierungsverfahren in der ReO eine auffallend konservative Lösung geworden, das – wie schon im Begutachtungsverfahren angemerkt wurde – die Reichweite der Sanierungshilfen für den Schuldner am unteren Rand der europäischen Umsetzungsoptionen angesetzt hat.<sup>41</sup> Das Restrukturierungsverfahren ist nicht viel mehr als ein „**Sanierungsverfahren light**“,<sup>42</sup> und beschränkt die mit Zwangswirkung umsetzbaren Restrukturierungsmaßnahmen im Kern auf einen **Schuldenschnitt**. Die Restrukturierung der bilanziellen Passivseite ist damit nur zur Hälfte abge-

35 *Madaus*, DB 2019, 592 (594), in Bezug auf das von ihm genannte „Vergleichsverfahrensmodell“.

36 BT-Drs 19/24181, 89; relativierend aber *Bork*, ZRI 2021, 345 (346), wonach „letztlich doch ein Verfahren stattfindet“.

37 *Madaus*, DB 2019, 592 (594).

38 So *Madaus*, Österreichs Entwurf einer Restrukturierungsordnung – das Planverfahren der InsO 1999, Blögeintrag vom 24. 2. 2021, [stephanmadaus.de/2021/02/24/oesterreichs-entwurf-einer-restrukturierungsordnung-das-planverfahren-der-inso-1999/](http://stephanmadaus.de/2021/02/24/oesterreichs-entwurf-einer-restrukturierungsordnung-das-planverfahren-der-inso-1999/) (abgefragt am 9. 12. 2021); ähnlich *Kluge/Wilke*, NZI 2022, 10 (14): „sehr schlichte Eins-zu-eins-Umsetzung der Restrukturierungsrichtlinie.“

39 Vgl dazu etwa *Bork*, ZIP 2010, 397 (398f); *Paulus*, RIW 2013, 577.

40 Dazu auch *Wabl/Boon*, ZIK 2020, 151; *van Galen*, KTS 2021, 225.

41 *Trenker/Lutschounig*, 42/SN-96/ME 27. GP 5.

42 So schon *Fidler*, ZFR 2021, 313; vgl auch *Konecny* in *Konecny*, RIRUG 1 (4): Ähnlichkeit mit dem früheren Ausgleichsverfahren oder dem Sanierungsverfahren mit Eigenverwaltung.

deckt, weil die Gesellschafter als Eigenkapitalgeber nicht berücksichtigt werden und gegen ihren Willen nicht an der Restrukturierung teilnehmen müssen. Die ReO verbleibt daher wie die IO **gesellschaftsrechtlich neutral** (s § 37 ReO Rz 9). Ein modernes vorinsolvenzliches Verfahren sollte aber eine strukturierte Verhandlungsplattform bieten, die alle betroffenen Parteien an einen Tisch bringt, an dem sie ihre Sanierungsbeiträge in einem gemeinsamen Plandokument bündeln und – nach gerichtlicher Bestätigung – mit verbindlicher Wirkung gestalten können.

Nicht ideal ist das Umsetzungsmodell auch für **KMU**, deren Bedürfnisse der europäische Gesetzgeber besonders im Auge hatte (s oben Rz 3). Voraussichtlich dürfte der Kosten- und Beratungsaufwand für ein Restrukturierungsverfahren nach der ReO für viele kleinere Unternehmen zu hoch sein. Der Schuldner kann ein Restrukturierungsverfahren idR nämlich nicht ohne professionelle Beratung und Begleitung abwickeln. Hinzu kommt ein großer Vorbereitungsaufwand für die nötigen Dokumente und Unterlagen bei der Einleitung und Durchführung des Verfahrens. Das vereinfachte Restrukturierungsverfahren nach § 45 ReO ist zwar grundsätzlich auf die Bedürfnisse von KMU zugeschnitten, der geringere Verfahrensaufwand wird aber teils durch die Einbindung eines Sachverständigen aufgewogen (s im Detail § 45 ReO Rz 58 ff). Selbst wenn man davon ausgeht, dass das Restrukturierungsverfahren nicht mit dem „Stigma der Insolvenz“ belastet ist, besteht Ungewissheit, ob es für KMU eine praxistaugliche Alternative zum Sanierungsverfahren bietet. 37

## 2. Schuldnerzentriertes Verfahren

Aufschluss über die Rechtsnatur des Verfahrens bietet ferner die Interessenausrichtung. Das Restrukturierungsverfahren nach der ReO ist ein **schuldnerzentriertes Verfahren**, weil es auf die Interessen des Schuldners ausgerichtet ist.<sup>43</sup> Die Zielrichtung geht auch aus der Präambel der ReO hervor, die klarstellt, dass dem Schuldner die Restrukturierung ermöglicht werden soll, um die Zahlungsunfähigkeit abzuwenden und die Bestandfähigkeit sicherzustellen (§ 1 Abs 1 ReO). Folgerichtig hängt die Einleitung des Verfahrens von einem fakultativen Antrag des Schuldners ab. Die Gläubiger können den Schuldner nicht gegen seinen Willen in ein Verfahren hineindrängen und haben keine besonderen Initiativ- und Vorlagerechte. Der Schuldner hat im gesamten Verlauf die Oberhand über das Verfahren,<sup>44</sup> wenn auch nicht ausnahmslos. Die Grundregel lautet, dass der Schuldner die **Kontrolle über seine Vermögenswerte und den Betrieb seines Unternehmens** behält (§ 16 Abs 1 ReO). Die Eigenverwaltung des Schuldners soll nur ausnahmsweise beschränkt; ein Restrukturierungsbeauftragter nur ausnahmsweise bestellt werden, falls es erforderlich ist (vgl Art 5 Abs 3 RIRL; s auch § 9 ReO Rz 1 f).

Im **Restrukturierungsverfahren** geht es daher auch **nicht notwendig** um die aus dem Insolvenzrecht<sup>45</sup> bekannte Zielsetzung der **bestmöglichen Gläubigerbefriedigung**.<sup>46</sup> Zwar werden auch die Gläubiger im Zweifel eine erfolgreiche Restrukturierung gegenüber einem möglichen Alternativszenario präferieren, wenn und weil sich dadurch ihre Befriedigungsquoten erhöhen (vgl ErwG 16 RIRL). Die wirtschaftspolitische Funktion der Restrukturierung steht daher mit den Interessen der Gläubiger zwar in keinem theoretischen, aber in einem praktischen Span-

<sup>43</sup> Vgl *Paulus*, NZI-Beilage 2021, 9; *Bork*, ZRI 2021, 245 (354); *Skauradszun* in BeckOK StaRUG<sup>3</sup> Einl Rz 15 (alle bezogen auf das StaRUG).

<sup>44</sup> Vgl *Kayser*, ZIP 2017, 1393 (1397), noch zum Kommissionsentwurf.

<sup>45</sup> Statt vieler *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht<sup>4</sup> Rz 16; *Kodek* in KLS § 1 IO Rz 4; *Nunner-Krautgasser*, Vermögenshaftung 243 ff.

<sup>46</sup> So auch *Skauradszun*, KTS 2021, 1 (20).

nungsverhältnis.<sup>47</sup> Denn der Blick auf die erfolgreiche Restrukturierung nimmt bereits das Ergebnis vorweg, das zu Verhandlungsbeginn noch nicht feststeht. Die Suche nach Sanierungschancen wird zunächst auf dem Rücken der Gläubiger ausgetragen. Scheitert das Vorhaben, weil die Kapitalgeber letztlich erfolglos versucht haben, ein liquidationsreifes Unternehmen zu restrukturieren, gibt es für die Gläubiger meist nur mehr eine geringere Haftungsmasse als zuvor.

- 40** Die ReO stärkt in dieser vorinsolvenzlichen Phase der Unsicherheit die **Verhandlungsmacht des Schuldners**.<sup>48</sup> Der Schuldner kann widerwilligen Gläubigern die Rute ins Fenster stellen: Er kann jederzeit die Einleitung eines Restrukturierungsverfahrens androhen, in dem sie der Mehrheitsmacht der anderen Gläubiger unterworfen sind und ihre individuelle Zustimmung zu einem konkret in Aussicht genommenen Restrukturierungsplan entbehrlich ist. Die niedrige Zugangsschwelle nach § 6 ReO trägt dazu bei, dass der Schuldner in Verhandlungen glaubhaft mit der Verfahrenseinleitung drohen kann. Ob damit volkswirtschaftliche Effizienzgewinne verbunden sind, hängt davon ab, ob die Mehrheitsentscheidung richtig ist, das heißt ob tatsächlich einem bestandfähigen Schuldner die weitere Teilnahme am Marktgeschehen ermöglicht wird.
- 41** An dieser schuldnerzentrierten Ausrichtung ändert nichts, dass die ReO die Gläubiger mit diversen verfahrensrechtlichen Schutzgarantien ausstattet (oben Rz 24).<sup>49</sup> Der Schuldner soll die Positionen der Gläubiger nicht ausbeuten oder das Restrukturierungsverfahren zur bewussten Umverteilung von Vermögenswerten nutzen können. Der **Schutz der Gläubiger** vor solch strategischen Motiven ist daher stets ein erforderlicher Bestandteil des Restrukturierungsverfahrens. Entscheidend ist aber, dass die ReO der potentiellen Restrukturierung des Schuldners durchwegs den Vorrang vor einer möglichen Gläubigergefährdung einräumt.

Ein eindrucksvolles Beispiel ist das Ruhen der Insolvenzantragspflicht nach § 69 IO, wenn das Gericht eine Vollstreckungssperre für den Schuldner bewilligt hat (vgl § 24 ReO). In Folge entfällt auch die Haftung der Leitungsgremien bei Insolvenzverschleppung (§ 25 ReO). Der Gesetzgeber nimmt damit ordnungspolitisch einen schweren Eingriff in Gläubigerrechte in Kauf, der nur im Vertrauen auf einen erfolgreichen Abschluss des Restrukturierungsverfahrens begründet ist (s § 24 ReO Rz 3f). Scheitert das Verfahren und stellt sich damit nachträglich heraus, dass diese Hoffnung unberechtigt war, zahlt die Rechts- und Wirtschaftsordnung einen teuren Preis für ihr Vertrauen in die Restrukturierung des Schuldners.

## C. Legitimation

### 1. Probleme kollektiven Gläubigerhandelns

- 42** Das Restrukturierungsverfahren ermöglicht **nicht-konsensuale Eingriffe in Gläubigerrechte** nach insolvenzrechtlichem Vorbild. Was im Insolvenzverfahren wegen der materiellen Insolvenz des Schuldners meist ohne weiteres akzeptiert wird,<sup>50</sup> wirft in der ReO ein schwieriges **Legitimationsproblem** auf: Warum darf der Schuldner in die Forderungsrechte seiner Gläubiger eingreifen, obwohl er bloß „wahrscheinlich insolvent“ iSd § 6 ReO ist? Die Frage hat auch verfassungsrechtliche Implikationen, weil Forderungsrechte grundrechtlichen Schutz genießen (Art 5 StGG; Art 1 1. ZPEMRK; Art 17 EU-Grundrechtecharta).<sup>51</sup> Die Zugangshürde nach § 6 ReO ist per se nicht ausreichend, um den Eingriff zu rechtfertigen, sondern mehr eine ordnungspolitische Mindestvoraussetzung.

47 Vgl Heese, JZ 2018, 179 (181).

48 Paulus, NZI-Beilage 2021, 9 (10).

49 AA Skauradzun, KTS 2021, 1 (21ff), mit seiner „Diener vieler Herren“-Konzeption des StaRUG.

50 Da ein Insolvenzverfahren ein „Haftungsverwirklichungsverfahren“ ist (Nunner-Krautgasser, Vermögenshaftung 294 [zum Konkurs]), ist der Eingriff in Forderungsrechte verfahrensimmmanent. Die Frage nach der Legitimation des Eingriffs stellt sich dann nicht mehr.

51 Vgl auch Kodek in KLS § 1 IO Rz 29.

Es lässt sich bei der Restrukturierung aber ein Marktversagen nachweisen, das eine privat-autonome Lösung unwahrscheinlich macht und daher Eingriffsrechte eines materiell (noch) solventen Schuldners legitimieren kann. In einem Restrukturierungsszenario, also bereits im Vorfeld der materiellen Insolvenz, entstehen typischerweise **Probleme des kollektiven Handelns**, die unter dem Schlagwort „**Akkordstörer**“<sup>52</sup> bekannt sind. Außergerichtliche Sanierungen können scheitern, wenn einzelne Gläubiger ihre Forderungsrechte in Verhandlungen als strategisches Mittel zur Durchsetzung von Partikularinteressen einsetzen. Eine instruktive Beschreibung des Problems findet man in den Materialien zum StaRUG: „Aussichtsreiche Sanierungsvorhaben könnten am Widerstand einzelner Beteiligter scheitern, wenn sie darauf beharren, ihre Rechte uneingeschränkt und ohne Rücksicht auf die verfolgte Sanierungslösung geltend zu machen. Wird dem Sanierungsvorhaben durch solch eigensinniges Verhalten die Grundlage entzogen oder führt dieses dazu, dass andere Beteiligte ihre Bereitschaft zur Unterstützung des Vorhabens zurücknehmen, können auch Vorhaben scheitern, die allen Beteiligten Vorteile gebracht hätten.“<sup>53</sup> Für dieses Verhalten ist auch die Bezeichnung „**Holdout-Strategie**“ verbreitet.<sup>54</sup> Mehrheitsentscheidungen mit verbindlicher Wirkung für die Minderheit, wie sie auch der Restrukturierungsplan ermöglicht, sind das klassische Beispiel zur Überwindung von solch strategischem Verhalten, aber auch die Vollstreckungssperre dient demselben Ziel.<sup>55</sup> Das Restrukturierungsverfahren ist damit die **Antwort auf ein Marktversagen**: Die Probleme des kollektiven Gläubigerhandelns können eine Restrukturierung des Schuldners verhindern, die nicht nur in seinem individuellen Interesse liegt, sondern auch im gesamtwirtschaftlichen Interesse erwünscht ist.

Das Holdout-Problem gilt in der mikroökonomischen Theorie als Spezialfall der „Tragik der Anti-Allmende“ („tragedy of the anti-commons“).<sup>56</sup> Die Grundthese lautet, dass bei Kollektivgütern eine „Unternutzung“ entstehen kann, wenn zu viele Zugriffsberechtigte existieren, die andere von der Nutzung des Kollektivguts ausschließen können. Übertragen auf die Restrukturierung ist das Kollektivgut das Unternehmensvermögen. Jeder individuelle Gläubiger kann nun durch seine vertraglichen Zustimmungsrechte die anderen vom Zugriff darauf ausschließen. Dieses Dilemma beschreibt spiegelbildlich die Situation der „Tragik der Allmende“ („tragedy of the commons“), in der es durch zu viele Zugriffsberechtigte zu einer „Übernutzung“ des Kollektivguts kommt.

## 2. Abschwächung der Vertragstreue

Mit der Zulässigkeit von Mehrheitsentscheidungen wird in der ReO aber zugleich vom **vertragsrechtlichen Grundprinzip der Vertragstreue** abgängen.<sup>57</sup> Das ist wiederum nur unter der Prämisse gerechtfertigt, dass die Restrukturierung insgesamt ein für alle Beteiligten vorteilhaftes Ergebnis bringt und die majorisierte Minderheit ohnehin nicht schlechter steht als im nächstbesten Alternativszenario, das bei Scheitern der Restrukturierung eintreten würde. Ob diese Prämisse erfüllt ist, steht freilich zu Verhandlungsbeginn noch nicht fest (s bereits Rz 39). Eine mehrheitliche Unterstützung des Sanierungsvorhabens ist daher keine Garantie für eine volkswirtschaftlich sinnvolle Restrukturierung des Schuldners. Das heißt aber auch, dass Gläubiger, die eine Restrukturierung des Schuldners ablehnen, die Verhandlungen nicht automatisch aus strategischen Gründen blockieren oder obstruieren. Sie können auch einfach seine wirtschaftliche Situation anders, also pessimistischer einschätzen. Lässt der Gesetzgeber Mehr-

52 Vgl auch ErläutRV 24.

53 BT-Drs 19/24181, 84.

54 Vgl etwa Klupsch/Schulz, EuZW 2017, 85 (85); Brinkmann, NZI-Beilage 2019, 27 (29); Krohn, IIR 2021, 75 (77); Skauradzun, KTS 2021, 1 (7f).

55 Skauradzun, KTS 2021, 1 (9f).

56 Vgl dazu Tollenhaar, Pre-Insolvency Proceedings Rz 2.16ff.

57 Zur parallelen Frage im Insolvenzverfahren s grundlegend Riss in FS Fenyves 957 (963ff).

heitsentscheidungen zu, vertraut er einzig und allein auf die **höhere Richtigkeitschance** einer mehrheitlich für akzeptabel befindenen Restrukturierung des Schuldners. Die Gruppenentscheidung kann aber genauso falsch wie jene der Minderheit sein. Wann immer die Beteiligten die Bestandfähigkeit des Schuldners falsch einschätzen, entstehen soziale Kosten, weil ein liquidationsreifes Unternehmen noch am Markt bleibt. In der allgegenwärtigen rechtspolitischen Sanierungseuphorie wird der Zusammenhang nicht immer beachtet. Die Sanierung des Schuldners im Insolvenzverfahren, genau wie die Restrukturierung im Restrukturierungsverfahren, beruht auf einer faktensensiblen und unsicheren Prämisse, die zutreffen kann, aber nicht muss. In unserem Wirtschaftssystem sind Restrukturierung und Sanierung kein Selbstzweck. Ihre Legitimation beruht auf volkswirtschaftlichen Effizienzvorteilen, die keine automatische Folge der Restrukturierung oder Sanierung eines Schuldners in finanzieller Schieflage sind.

Offenbleiben muss an dieser Stelle, ob das „Restrukturierungsrecht“ anderen normativen Strukturprinzipien als das Insolvenzrecht unterliegt.<sup>58</sup> Eine jüngere deutsche Literaturströmung tritt in der Tat für eine konzeptionelle Trennung von Restrukturierungs- und Insolvenzrecht ein.<sup>59</sup> Die Rolle des Insolvenzrechts ist nach dieser Ansicht darauf beschränkt, ein „Common-Pool-Problem“ zu lösen. Das Problem wird mit der insolvenztypischen Knappheitssituation gleichgesetzt, also einer ungenügenden (Haftungs-)Masse für die Gläubiger.<sup>60</sup> Die Gläubiger stehen vor dem Problem, dass individuelle Verwertungsstrategien zwar subjektiv rational, für das Gläubigerkollektiv aber schädlich sind. Ein Insolvenzverfahren soll nach dieser Ansicht für eine koordinierte und wertmaximierende Verwertung des Unternehmensvermögens zu Gunsten aller Gläubiger sorgen. Das Restrukturierungsrecht adressiere dagegen ein anderes Problem, nämlich das schon erwähnte „Anticommons“-Problem. Die (vorinsolvenzliche) Restrukturierung sei dabei nicht auf die Verwertung des „Common-Pool“ beschränkt, sondern führe zu einer Neuaufteilung der künftigen Zahlungsströme aus dem Unternehmensbetrieb, die durch eine (Restrukturierungs-)Vereinbarung zugeteilt würden. Das Restrukturierungsrecht folge daher auch anderen, nämlich vertragsrechtlichen Prinzipien, und sei keine Unterform des Insolvenzrechts. Mehrheitsentscheidungen im Restrukturierungsrecht werden mit dem Institut des Kontrahierungszwangs erklärt. Diese Ansicht ist mE überprüfungsbedürftig. Sie greift auf klassische rechtsökonomische Theorien des US-amerikanischen Insolvenzrechts zurück (Stichwort: „Creditor’s Bargain Theory“<sup>61</sup>), interpretiert das Common-Pool-Problem aber restriktiver,<sup>62</sup> und macht diese Unterschiede nicht transparent. Weder in seiner ursprünglichen – sozialwissenschaftlichen – Bedeutung noch übertragen auf den juristischen Sanierungskontext setzt ein Common-Pool-Problem eine akute Knappheitssituation beim Schuldner voraus.<sup>63</sup> Ferner ist es nicht in der Struktur des Common-Pool-Problems angelegt, dass es nur durch eine Verwertung (Liquidation) aufgelöst werden könnte; dieser Gedanke löst sich vielmehr vollständig von den US-amerikanischen Ursprüngen der Creditor’s Bargain Theory, die eine Reorganisation als gleichwertige Lösungsalternative akzeptiert. Blickt man nur auf die ökonomische Struktur der kollektiven Handlungsprobleme der Gläubiger, stellen sich inner- und außerhalb der Insolvenz dieselben Fragen. Das spricht vorderhand für einen anderen Ansatz zur Begründung eines theoretischen Konzepts des „Restrukturierungsrechts“.

58 Dagegen wohl *Paulus*, RIW 2013, 577 (577), der „Restrukturierungsrecht“ als „Insolvenzrecht im weiteren Sinn“ bezeichnet; ohne klare Auflösung *Bork*, ZIP 2010, 397; *Bork*, ZRI 2021, 345.

59 Vgl *Madaus*, ZGR 2011, 749; *Madaus* in FS *Wimmer* 446; *Madaus*, EBOR 2018, 645; *Madaus*, WP 2021–1 vom 25. 3. 2021, [stephanmadaus.de/wp-content/uploads/2021/03/Ein-passendes-Paradigma-fuer-das-StaRUG-%E2%80%93-Madaus-WP-2021-1.pdf](http://stephanmadaus.de/wp-content/uploads/2021/03/Ein-passendes-Paradigma-fuer-das-StaRUG-%E2%80%93-Madaus-WP-2021-1.pdf) (abgefragt am 9. 12. 2021); *Skauradzun*, KTS 2021, 1 (3ff, 9f und passim); *Skauradzun* in BeckOK StaRUG<sup>3</sup> Einl Rz 11ff.

60 So etwa *Skauradzun*, KTS 2021, 1 (9); *Skauradzun* in BeckOK StaRUG<sup>3</sup> Einl Rz 12, mit unzutreffendem Verweis auf *Eidenmüller*, ZIP 2016, 145, vgl aaO 150: „Entscheidend ist [Anm: für das Common-Pool-Problem] damit nicht die materielle Insolvenz des Schuldners.“

61 Grundlegend *Jackson*, Logic and Limits, passim.

62 *Dammann* in *Paulus/Dammann*, Restructuring Art 1 Rz 15.

63 Vgl *Eidenmüller*, ZIP 2016, 145 (150); *Tollenaar*, Pre-Insolvency Proceedings Rz 2.11.

# Bundesgesetz über die Restrukturierung von Unternehmen

## (Restrukturierungsordnung – ReO)

BGBI I 2021/147

### 1. Abschnitt

#### Anwendungsbereich

##### Restrukturierungsmaßnahmen

**§ 1.** (1) Auf Antrag eines Schuldners ist ein Restrukturierungsverfahren einzuleiten, das dem Schuldner ermöglicht, sich zu restrukturieren, um die Zahlungsunfähigkeit abzuwenden und die Bestandsfähigkeit sicherzustellen.

(2) Unter den Begriff der Restrukturierung fallen Maßnahmen, die auf die Restrukturierung des Unternehmens des Schuldners abzielen und zu denen die Änderung der Zusammensetzung, der Bedingungen oder der Struktur der Vermögenswerte und Verbindlichkeiten oder jedes anderen Teils der Kapitalstruktur des Unternehmens des Schuldners gehört, etwa der Verkauf von Vermögenswerten oder Geschäftsbereichen und die Gesamtveräußerung des Unternehmens sowie alle erforderlichen operativen Maßnahmen oder eine Kombination dieser Elemente.

(3) Bei Eintritt einer wahrscheinlichen Insolvenz hat die Unternehmensleitung Schritte einzuleiten, um die Insolvenz abzuwenden und die Bestandsfähigkeit sicherzustellen; dabei sind die Interessen der Gläubiger, der Anteilsinhaber und der sonstigen Interessenträger angemessen zu berücksichtigen.

*IdF BGBI I 2021/147.*

##### Übersicht

	Rz
I. Übersicht .....	1
II. Ziel des Restrukturierungsverfahrens (Abs 1) .....	4
A. Präambel .....	4
B. Abwenden der Zahlungsunfähigkeit .....	6
C. Beseitigen der Überschuldung .....	13
D. Sicherstellen der Bestandsfähigkeit .....	19
1. Bestandsfähigkeitsprüfung .....	19
2. Nachweis der Bestandsfähigkeit („bedingte Fortbestehensprognose“) .....	21
3. Verhältnis zur Bestandsgefährdung (§ 6 Abs 2 ReO) .....	30
III. Persönlicher Anwendungsbereich .....	32
A. Restrukturierungsfähige Schuldner .....	32
B. Antragslegitimation .....	37
IV. Restrukturierungsmaßnahmen (Abs 2) .....	41
A. Legaldefinition .....	41
B. Normzweck .....	42
V. Pflichten der Unternehmensleitung (Abs 3) .....	47

A. Pflichten bei wahrscheinlicher Insolvenz . . . . .	47
1. Unionsrechtliche Vorgaben . . . . .	47
2. Anwendungsbereich . . . . .	52
3. Pflichtenkatalog . . . . .	59
a) Pflicht zur Insolvenzvermeidung . . . . .	59
b) Pflicht zur Sicherstellung der Bestandfähigkeit . . . . .	63
c) Pluralistische Interessenwahrung . . . . .	68
4. Rechtsfolgen . . . . .	71
B. Pflichten im Restrukturierungsverfahren . . . . .	73
1. Übersicht . . . . .	73
2. Prozessuale Pflichten . . . . .	74
3. Materielle Pflichten . . . . .	76
a) Grundregel . . . . .	76
b) Insolvenzantragspflicht . . . . .	77
c) Zahlungen an Gläubiger . . . . .	79
aa) Gläubigerkategorien . . . . .	79
bb) Zahlungen an nicht betroffene und ausgeschlossene Gläubiger . . . . .	81
cc) Zahlungen an betroffene Gläubiger . . . . .	82
dd) Zahlungen an vollstreckungsgesperrte Gläubiger . . . . .	85
d) Verhandlungsorganisation und -leitung . . . . .	86
VI. Frühwarnsysteme . . . . .	88
A. Unionsrechtliche Grundlagen . . . . .	88
B. Umsetzung? . . . . .	91

## I. Übersicht

- 1 § 1 ReO fasst mehrere Themenbereiche zusammen: Abs 1 eröffnet den 1. Abschnitt der ReO mit einer **programmatischen Zielbestimmung**, die das Ziel des Restrukturierungsverfahrens bezeichnet. Zugleich definiert § 1 Abs 1 iVm § 2 ReO den **persönlichen Anwendungsbereich** des Restrukturierungsverfahrens.
- 2 Abs 2 enthält eine – weitgezogene – **Legaldefinition** für den Begriff „Restrukturierung“, der das ganze Spektrum betriebswirtschaftlicher Restrukturierungsmaßnahmen abdeckt.
- 3 Abs 3 normiert schließlich die **Pflichten der Unternehmensleitung** bei **Eintritt einer wahrscheinlichen Insolvenz**. Dieser Teil der Vorschrift betrifft nicht alle restrukturierungsfähigen Schuldner und hat weder etwas mit dem (persönlichen) Anwendungsbereich der ReO noch mit der Definition von Restrukturierungsmaßnahmen zu tun. Die amtliche Überschrift zu § 1 ReO ist damit unvollständig.

§ 1 Abs 3 ReO ist zudem eine lex fugitiva, weil die Unternehmensleitung den Pflichtenstandard unabhängig davon zu beachten hat, ob der Schuldner ein Restrukturierungsverfahren einleitet. Die Vorschrift wäre daher genauso gut in den gesellschaftsrechtlichen Materiengesetzen aufgehoben.

## II. Ziel des Restrukturierungsverfahrens (Abs 1)

### A. Präambel

- 4 § 1 Abs 1 ReO ist die „**Präambel**“<sup>1</sup> der ReO; sie nennt als Ziel des Verfahrens die **Restrukturierung** des Schuldners, um die **Zahlungsunfähigkeit abzuwenden** und die **Bestandfähigkeit sicherzustellen**. Das Restrukturierungsverfahren ist daher final determiniert. Es zielt darauf ab, dass der Schuldner dem Rechts- und Wirtschaftsverkehr erhalten bleibt. Sinngemäß gibt ErwG 1 RIRL als oberstes Ziel der Richtlinie aus, dass bestandfähige Unternehmer, die in finanziellen Schwierigkeiten sind, Zugang zu wirksamen präventiven Restrukturierungsrah-

1 Begriff nach K. Schmidt in K. Schmidt, InsO<sup>19</sup> § 1 Rz 3 (allerdings mit kritischem Unterton).

men haben sollen, die ihnen die Fortsetzung ihres Betriebs ermöglichen (s auch Einl Rz 20). Dieses Ziel gilt für alle **drei Verfahrensarten der ReO**: das ordentliche, das europäische (§ 44 ReO) und das vereinfachte (§ 45 ReO) Restrukturierungsverfahren (zu den Verfahrensarten s im Überblick auch Einl Rz 29 ff).<sup>2</sup>

Der Verfahrenszweck nach § 1 Abs 1 ReO hat nicht bloß reinen Programmcharakter. Er ist **5** auch als **generelle Leitlinie** zu verstehen, an der sich der Rechtsanwender bei der **Auslegung der Einzelvorschriften der ReO** orientieren muss (für ein Beispiel s unten Rz 84). Die Zielsetzung ist in allen Phasen des Restrukturierungsverfahrens verbindlich.

## B. Abwenden der Zahlungsunfähigkeit

Die Restrukturierung ist nicht Selbstzweck; vielmehr soll der Schuldner mithilfe des Restrukturierungsverfahrens seine **Zahlungsunfähigkeit abwenden**. Obwohl ein ausdrücklicher Verweis auf die IO fehlt, ist Zahlungsunfähigkeit **im insolvenzrechtlichen Sinn** zu verstehen (§ 66 IO).

Dieses Ziel gibt Aufschluss über die Verfahrensstruktur der ReO. Aus § 1 Abs 1 ReO folgt **7** auch, dass ein Restrukturierungsverfahren für zahlungsunfähige Schuldner nicht offensteht.<sup>3</sup> Ist der Schuldner im **Zeitpunkt des Einleitungsantrags bereits zahlungsunfähig**, hat er daher **keinen Zugang** zum Restrukturierungsverfahren (s auch § 7 Abs 1 ReO und dort Rz 7; § 6 ReO Rz 17). Zahlungsunfähige Schuldner sind nicht bloß „wahrscheinlich“ insolvent und können ihre Insolvenz auch nicht mehr abwenden, sondern befinden sich schon in einer akuten Knappheitssituation. Ihre finanziellen Schwierigkeiten sollen und dürfen daher nur mehr im (gesamt-)kollektiven Insolvenzverfahren bewältigt werden, das dem Schuldner auch – vor allem in Bezug auf Verträge (vgl §§ 21 ff IO) – intensivere Eingriffsbefugnisse in seine Rechtsverhältnisse bietet.

Dagegen gibt es im Restrukturierungsverfahren keine Instrumente, durch die der Schuldner wirtschaftlich ungünstige Dauerschuldverhältnisse beenden kann (zB Arbeits- oder Mietverträge). In Deutschland wurde intensiv diskutiert, ob das StarUG zu Gunsten des Schuldners auch die Möglichkeit zur Vertragsauflösung inkludieren sollte.<sup>4</sup> Die RIRL ist mit derartigen Eingriffen – wie die Definition des Restrukturierungsbegriffs zeigt (unten Rz 41) – durchaus vereinbar. Rechtspolitisch ist die damit verbundene Abkehr vom Grundsatz der Vertragstreue im vorinsolvenzlichen Stadium aber augenscheinlich heikel (s auch Einl Rz 26 und 44 ff). Der deutsche Gesetzgeber hat sich auf Empfehlung des Rechtsausschusses letztlich entschlossen, die Vorschriften des Regierungsentwurfs über die Vertragsbeendigung zu streichen (§§ 51 – 54 StaRUG-Entwurf).

Die Zahlungsfähigkeit des Schuldners ist somit **materielle Eingangsvoraussetzung**. Die Materialien formulieren missverständlich, wenn sie ausführen, dass die Zahlungsfähigkeit im Einleitungsverfahren nicht geprüft wird (s auch § 7 ReO Rz 26).<sup>5</sup> Von der Prüfpflicht ist ohne Zweifel auch die Zahlungsfähigkeit erfasst, herabgesetzt ist nur der **gerichtliche Prüfmaßstab** (vgl § 7 Abs 3 ReO und dort Rz 27). Das Gericht prüft lediglich, ob die wahrscheinliche Insolvenz „offenkundig“ nicht vorliegt oder sich Zahlungsunfähigkeit aus den Exekutionsdaten „offenkundig“ ergibt. Die Abgrenzung zwischen bloßer **Zahlungsstockung** und **Zahlungsunfähigkeit** hat daher im Einleitungsverfahren keine große Bedeutung.<sup>6</sup> Das Gericht wird auch nicht jeden zahlungsunfähigen Schuldner im Einleitungsverfahren herausfiltern. Es ist bei der Prüfung aber nicht nur auf die Exekutionsdaten beschränkt. So könnte auch der vom Schuld-

2 Einteilung nach Konecny in Konecny, RIRUG 1 (4).

3 So ErläutRV 1 (allerdings eingeschränkt; arg „grundsätzlich“).

4 Vgl BT-Drs 19/24181, 149f.

5 ErläutRV 1.

6 Isola/Weleder/Seidl in Konecny, RIRUG 19 (22).

ner vorgelegte Finanzplan auf eine Zahlungsunfähigkeit im Antragszeitpunkt schließen lassen (s § 7 ReO Rz 27). Das Gericht müsste den Einleitungsantrag dann zurückweisen; es würde das „Restrukturierungsinteresse“ des Schuldners fehlen.

Der Zahlungsplan nach § 7 Abs 1 Z 2 ReO ist dagegen kein Beleg, dass der Schuldner in den folgenden 90 Tagen nach Verfahrenseinleitung voraussichtlich auch zahlungsfähig iSD § 66 IO bleibt, weil darin nur die für die Fortführung des Unternehmens notwendigen Mittel und die laufenden Aufwendungen ange-setzt werden (s § 7 ReO Rz 15). Nicht inkludiert sind daher Forderungen, die der Schuldner in den Restrukturierungsplan einbezieht („betroffene Gläubiger“; vgl § 29 Abs 1 ReO). Werden diese Forderungen während des Verfahrens fällig und durchgesetzt, ist Zahlungsunfähigkeit des Schuldners nicht ausgeschlossen, vor allem wenn der Schuldner auch im Finanzplan falsch kalkuliert, also die Verbindlichkeiten der „Neugläubiger“ zu niedrig bemessen hat.

- 9** Die Zahlungsfähigkeit bleibt somit ungeachtet der gerichtlichen Prüfdichte eine **zwingende Voraussetzung** für die Verfahrenseinleitung. Praktisch ist aber nicht ausgeschlossen, dass ein zahlungsunfähiger Schuldner in ein Verfahren hineinrutscht, wenn der Mangel an Zahlungsmitteln im Antragszeitpunkt noch nicht manifest oder ausreichend dokumentiert ist.

Eine vertiefte Prüfpflicht folgt aus § 19 Abs 2 Z 3 und Abs 4 ReO, falls der Schuldner zugleich mit der Verfahrenseinleitung auch eine Vollstreckungssperre beantragt und sich Anzeichen einer Zahlungsunfähigkeit aus anderen Informationsquellen ergeben (s § 19 ReO Rz 30f). Steht die Zahlungsunfähigkeit der Bewilligung der Vollstreckungssperre entgegen, schlägt das auf den Einleitungsantrag durch. Das Gericht darf kein Restrukturierungsverfahren mehr einleiten.

- 10** Das Verfahrensziel der ReO muss nach Einleitung auch im weiteren Verlauf erhalten bleiben, weil das Verfahren sonst in aller Regel noch scheitern wird. Das Gericht kann einen Restrukturierungsplan nämlich **nicht bestätigen**, wenn „offensichtlich“ ist, dass der Plan die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners nicht verhindert (§ 34 Abs 4 ReO), und genauso muss das Verfahren unter dieser Voraussetzung zu jedem Zeitpunkt **eingestellt** werden (§ 41 Abs 2 Z 8 ReO).

- 11** Vergleichbar ist die Rechtslage, wenn der Schuldner während des Restrukturierungsverfahrens zahlungsunfähig wird und Gläubiger oder Schuldner die **Eröffnung des Insolvenzverfahrens** beantragen. Das Gericht kann den Restrukturierungsplan wiederum nicht bestätigen, wenn der Schuldner im **Bestätigungszeitpunkt** bereits **zahlungsunfähig** ist (s § 34 Abs 3 Z 1 ReO und dort Rz 28ff). Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens führt auch zur **Einstellung des Restrukturierungsverfahrens** (§ 41 Abs 2 Z 7 ReO und dort Rz 24ff).

Hat das Gericht aber bereits eine Vollstreckungssperre bewilligt, greift der Insolvenzschutz nach § 24 ReO. Das gilt uU sogar bei Zahlungsunfähigkeit des Schuldners (vgl § 24 Abs 3 ReO): Während einer Vollstreckungssperre ist ein Insolvenzverfahren wegen Zahlungsunfähigkeit nicht zu eröffnen, wenn die Eröffnung nicht im allgemeinen Interesse der Gläubiger liegt (s dazu § 24 ReO Rz 22 ff). Die Insolvenzeröffnung ist allerdings nur für die Dauer der Vollstreckungssperre suspendiert. Der Schuldner muss das Restrukturierungsverfahren daher in diesem Zeitraum abschließen und die Zahlungsunfähigkeit dadurch beseitigen.

- 12** Zusammengefasst ist daher die **Zahlungsfähigkeit des Schuldners im Restrukturierungsverfahren** grundsätzlich **Eingangs-, Durchführungs- und Bestätigungs voraussetzung**.

### C. Beseitigen der Überschuldung

- 13** Der Gesetzgeber hat sich entschlossen, das Restrukturierungsverfahren auch für **insolvenzrechtlich überschuldete Rechtsträger zu öffnen** (§ 67 IO).<sup>7</sup> Überschuldete Rechtsträger sind zwar genauso wie zahlungsunfähige Schuldner nicht mehr bloß „wahrscheinlich insolvent“, können aber dennoch einen Antrag auf Einleitung eines Restrukturierungsverfahrens stellen.

7 So ausdrücklich ErläutRV 1; vgl auch Mohr, ZIK 2021, 82 (83).

Die Entscheidung bedeutet einen rechtspolitischen Richtungswechsel beim Zugang zu vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahren. So ist etwa der Zugang zum Reorganisationsverfahren für insolvente „Unternehmer“ gesperrt (vgl § 1 Abs 1 URG), und das inkludiert auch überschuldete Unternehmer.<sup>8</sup> Die Öffnung des Restrukturierungsverfahrens für überschuldete Rechtsträger ist überraschend und wird in den Materialien an keiner Stelle begründet, obwohl es auch der Grundidee eines „präventiven“ Restrukturierungsrahmens widerspricht. Unionsrechtlich spricht zwar nichts dagegen, das Restrukturierungsverfahren als Alternative für einen bereits materiell insolventen Schuldner bereitzustellen. Das Verfahrensziel der ReO geht damit aber über die bloße Insolvenzvermeidung hinaus. Einzige Erklärung ist die Hoffnung auf gesamtwirtschaftliche Effizienzgewinne im Fall einer erfolgreichen Restrukturierung eines bereits überschuldeten Rechtsträgers. Das Experiment wird auf dem Rücken der (Insolvenz-)Gläubiger ausgetragen: Der Überschuldungstatbestand bildet einen ökonomischen Zustand ab, der es erforderlich macht, die Kontrolle über die Vermögenswerte des Schuldners an einen „Treuhänder“ der Gläubiger zu übertragen, um die weitere Fortführung des Unternehmens in der Hand der bisherigen Eigentümer oder (Gesellschafts-) Organe zu verhindern. Dies kann allenfalls über Umwege im Verfahren nach der ReO gewährleistet werden (vgl § 9 ReO). Der Zeitpunkt des Kontrollverlusts wird aber jedenfalls verzögert, und die Handlungsmöglichkeiten des Schuldners sind im Restrukturierungsverfahren idR größer als im Insolvenzverfahren.

Der Zugang für überschuldete Rechtsträger folgt zwar nicht direkt aus § 1 Abs 1 ReO, aber aus dem restlichen Verfahrensgebäude der ReO. Die insolvenzrechtliche Überschuldung ist **kein Einleitungshindernis** (§ 7 Abs 3 ReO e contrario) und verhindert die weitere Durchführung des Verfahrens nur, wenn offensichtlich ist, dass der Restrukturierungsplan eine „bereits eingetretene Überschuldung nicht beseitigt“ (§ 41 Abs 2 Z 8 ReO). Diese Angabe ist auch im Restrukturierungsplan erforderlich (§ 27 Abs 2 Z 8 ReO). Schließlich kann das Gericht den Restrukturierungsplan nicht bestätigen, wenn der Plan die schon eingetretene Überschuldung „offensichtlich nicht beseitigt“ (§ 34 Abs 4 ReO; vgl auch § 45 Abs 8 Z 3 lit d ReO).

Mit Hilfe einer **Gesamtanalogie** lässt sich daher § 1 Abs 1 ReO durch die Zielvorgabe erweitern, dass ein Restrukturierungsverfahren dem Schuldner auch ermöglichen soll, eine **bereits eingetretene Überschuldung** zu beseitigen. 15

Der Gesetzgeber hat das Restrukturierungsverfahren aber nur rudimentär mit der **Insolvenz-antragspflicht des Schuldners** nach § 69 Abs 2 IO iVm § 67 IO abgestimmt.<sup>9</sup> Eine Ausnahme von der Antragspflicht ist im Restrukturierungsverfahren nicht generell vorgesehen, sondern bloß bei Bewilligung und für die Dauer einer Vollstreckungssperre (§ 24 Abs 1 ReO). Praktisch müssen die organ-schaftlichen Vertreter des Schuldners daher bei allen Verfahrensschritten die Sanierungsfrist von (höchstens) 60/120 Tagen im Auge behalten (§ 69 Abs 2/2a IO). Die Sanierungsfrist läuft trotz der Einleitung des Restrukturierungsverfahrens weiter, solange das Gericht keine Vollstreckungssperre bewilligt hat. Läuft die Frist ab, bevor die Vollstreckungssperre der ReO greift oder kann das Verfahren während der aufrechten Vollstreckungssperre nicht abgeschlossen werden, droht den Organen des Schuldners für diese zeitlichen (Rest-)Phasen eine Haftung wegen Insolvenzverschleppung (s § 24 ReO Rz 11).

Der **Überschuldungstatbestand** hat sich durch das Inkrafttreten der ReO nicht verändert. Eine insolvenzrechtlich relevante Überschuldung iSd § 67 IO setzt demnach voraus, dass eine Fortbestehensprognose negativ ausfällt und das Vermögen nach Maßgabe von Liquidationswerten nicht zur Befriedigung der Gläubiger im Liquidationsfall ausreicht (rechnerische Überschuldung).<sup>10</sup> Hängt die Fortbestehensprognose von der **Annahme** und **Bestätigung** eines **Restrukturierungsplans** ab, ist sie laut den Materialien nicht geeignet, um die insolvenzrechtliche Überschuldung zu beseitigen („bedingte Fortbestehensprognose“).<sup>11</sup> 17

<sup>8</sup> Vgl ErläutRV 734 BlgNR 20. GP 77.

<sup>9</sup> Dazu bereits Trenker/Lutschounig, 42/SN-96/ME 27. GP 12f.

<sup>10</sup> RIS-Justiz RS0064962; Dellinger in Konecny/Schubert § 67 KO Rz 35; Schumacher in KLS § 67 IO Rz 5.

<sup>11</sup> Vgl ErläutRV 1.

Woher die Bezeichnung „bedingte Fortbestehensprognose“ stammt, ist nicht gesichert. Zwar kennt die Praxis schon bisher „bedingte Fortbestehensprognosen“, die den positiven Fortbestand des Schuldners von gewissen Faktoren abhängig machen (zB „positive Fortbestehensprognose liegt vor, wenn ein Sanierungskredit in Höhe von € 100.000 gewährt wird“).<sup>12</sup> Ob diese Praxis auch hinter der Terminologie der ReO steht, lässt sich aber nicht sagen. Bei der Annahme des Restrukturierungsplans würde man eher an eine Sanierungsmaßnahme denken, die der Schuldner der Fortbestehensprognose zugrunde legen kann, wenn sie aussichtsreich und „mit überwiegender Wahrscheinlichkeit“ erfolgreich ist.<sup>13</sup> Ein Forderungsverzicht verlangt nach hA jedoch eine rechtsverbindliche Zusage des Gläubigers, die längstens binnen drei Monaten vorliegen muss.<sup>14</sup> Nach diesem Maßstab wäre der Schuldner idR überschuldet iSd § 67 IO, wenn er nur mehr eine „bedingte Fortbestehensprognose“ iSd ReO erstellen kann.

- 18** Eine bedingte Fortbestehensprognose kann zwar nicht die insolvenzrechtliche Überschuldung beseitigen, sie ist aber ausreichend, um im Restrukturierungsverfahren die **Bestandfähigkeit des Schuldners** nachzuweisen (s unten Rz 21 ff).

## D. Sicherstellen der Bestandfähigkeit

### 1. Bestandfähigkeitsprüfung

- 19** Der Erfolg des Restrukturierungsverfahrens bliebe unvollständig, wenn es nur die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners abwenden oder seine Überschuldung beseitigen, nicht aber zugleich seine **Bestandfähigkeit sicherstellen** würde. Nicht bestandfähige Schuldner sind nach Vorstellung der RIRL ohne wirtschaftliche Überlebenschance am Markt und sollen daher – besser früher als später – **abgewickelt** und **liquidiert** werden. Die Restrukturierung eines nicht bestandfähigen Schuldners würde den Marktaustritt nur zum Nachteil der Gläubiger, der Arbeitnehmer und sonstiger Interessenträger verzögern und weitere Ressourcen verschwenden (vgl ErwG 3 RIRL).
- 20** Nach Art 4 Abs 3 RIRL können die Mitgliedstaaten daher eine **Bestandfähigkeitsprüfung** einführen („**viability test**“). Die Prüfung soll Schuldner ohne Aussicht auf einen dauerhaften Verbleib am Markt vom Restrukturierungsverfahren ausschließen und „ohne nachteilige Auswirkungen auf die Vermögenswerte des Schuldners“ durchgeführt werden. Der österreichische Gesetzgeber hat dieses Wahlrecht ausgeübt und das Sicherstellen der Bestandfähigkeit in § 1 Abs 1 ReO konsequenterweise als Ziel des Restrukturierungsverfahrens verankert. Der Schuldner muss in allen **Verfahrenslagen** nachweisen können, dass die **Restrukturierung die Bestandfähigkeit gewährleistet** oder der Schuldner sie dadurch **erreichen** kann (vgl § 7 Abs 2 ReO; § 27 Abs 2 Z 8 ReO; § 34 Abs 4 ReO; § 41 Abs 2 Z 8 ReO; § 45 Abs 8 Z 3 lit d ReO).

Der österreichische Gesetzgeber betritt mit einer Bestandfähigkeitsprüfung kein unbekanntes Terrain. Im Insolvenzverfahren hat der Insolvenzverwalter unverzüglich zu prüfen, ob das Unternehmen des Schuldners fortgeführt oder wieder eröffnet werden kann (§ 81a Abs 3 IO). Der Insolvenzverwalter prüft daher im Ausgangspunkt genauso die Bestandfähigkeit des Schuldners im ökonomisch-funktionalen Sinn. Die ReO wählt nur ein anderes Modell, indem der Schuldner selbst verpflichtet wird, seine Bestandfähigkeit durch geeignete Unterlagen vor Gericht darzulegen. Die ultimative Entscheidung über die Bestandfähigkeit liegt aber in beiden Verfahren nicht beim Verwalter oder dem Gericht, sondern bei den Gläubigern. Es gibt also zusätzlich noch einen Markttest, der über die Sinnhaftigkeit und den Erfolg der Restrukturierung entscheidet. Mit der (mehrheitlichen) Zustimmung der Gläubiger zum Sanierungs- oder Restrukturierungsplan anerkennen sie implizit auch die Bestandfähigkeit des Schuldners. Der Verzug mit der Planerfüllung oder ein neuerliches Insolvenzverfahren (§ 163 IO) indizieren einen sogenannten „Filter“.

12 Vgl Haselberger, Externe Finanzierungsmaßnahmen 27ff.

13 1 Ob 655/86; RIS-Justiz RS0064962.

14 Schumacher in Bartsch/Pollak/Buchegger<sup>4</sup> § 69 KO Rz 54; Widhalm-Budak in Konecny, Insolvenzrecht und Kreditschutz 2015, 247 (252); differenzierend Haselberger, Externe Finanzierungsmaßnahmen 67.

rungsfehler“, das heißt ein nicht bestandfähiger Schuldner konnte – ohne ökonomische Rechtfertigung – Restrukturierungsmaßnahmen durchsetzen.

## 2. Nachweis der Bestandfähigkeit („bedingte Fortbestehensprognose“)

Die RIRL enthält **keine Vorgaben**, wie Schuldner ihre Bestandfähigkeit nachweisen können.<sup>15</sup> 21 Aus ErwG 26 lässt sich nur ableiten, dass die Bestandfähigkeitsprüfung auf Kosten des Schuldners gehen kann, ihn aber nicht übermäßig belasten darf und nicht zu viel Zeit in Anspruch nehmen soll.

Auch § 14 Abs 1 StaRUG verlangt zwar als Beilage zum Restrukturierungsplan eine „begründete Erklärung“ zu den Aussichten darauf, dass die Bestandfähigkeit des Schuldners sicher- oder wiederhergestellt wird. Eine Definition fehlt aber im StaRUG. Von einer „erweiterten Prüfung“ der Bestandfähigkeit hat der deutsche Gesetzgeber abgesehen.<sup>16</sup>

Die ReO ermöglicht den Nachweis der Bestandfähigkeit durch eine **Fortbestehensprognose**, 22 die im Restrukturierungsplan enthalten sein muss (§ 27 Abs 2 Z 8 ReO; s dort Rz 33ff). Ein Schuldner ist demnach **bestandfähig**, wenn er eine **positive Fortbestehensprognose** vorlegen kann.

Nach nationalem Verständnis war die Fortbestehensprognose bislang vor allem Teil der **insolvenzrechtlichen Überschuldungsprüfung** (s oben Rz 17); sie lässt sich aber **unionsrechtskonform auch als Bestandfähigkeitsprüfung nach Art 4 Abs 3 RIRL konstruieren**.<sup>17</sup> Das ist wohl mit dem – nicht sehr hilfreichen<sup>18</sup> – Satz in den Materialien gemeint, die zur Auslegung des Begriffs „Bestandfähigkeit“ auf einen OGH-Rechtssatz zur „Lebensfähigkeit“ verweisen, der sich auf die insolvenzrechtliche Überschuldungsprüfung bezieht.<sup>19</sup> Davon abgesehen erläutern die Materialien nicht, ob die Grundsätze zur insolvenzrechtlichen Fortbestehensprognose unverändert in die ReO übertragen werden können oder gerade die „Lebensfähigkeit“ als Teil davon hervorgehobene(?) Bedeutung hat. Kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung steht nur fest, dass die Fortbestehensprognose im Restrukturierungsverfahren auch **bedingt** sein kann, also von der **Annahme** und **Bestätigung** des Restrukturierungsplans abhängen darf (§ 27 Abs 2 Z 8 ReO). Im Vergleich zur insolvenzrechtlichen Fortbestehensprognose wird damit der Kreis der **Sanierungsmaßnahmen** erweitert, die der Schuldner in die Erfolgs- und Finanzplanung einbeziehen darf (s oben Rz 17).<sup>20</sup> Damit die Bestandfähigkeitsprüfung positiv ausfällt, wird man aber zumindest verlangen müssen, dass der Restrukturierungsplan mit überwiegender Wahrscheinlichkeit von den Gläubigern angenommen wird (aA § 27 ReO Rz 35).

Im insolvenzrechtlichen Kontext gibt es für eine positive Fortbestehensprognose nach der Rsp<sup>21</sup> zwei wesentliche Voraussetzungen: Es muss auf Grundlage „einer realistischen Zukunftserwartung die **Zahlungsfähigkeit** und **Lebensfähigkeit** des Unternehmens mit zumindest überwiegender Wahrscheinlichkeit anzunehmen sein.“ Das sind unterschiedliche, aber jeweils gleichrangige Prognosebestandteile.<sup>22</sup> Die von den Materialien zur ReO herausgestellte „Lebensfähigkeit“ reicht damit für eine positive Fortbestehensprognose nicht aus, wenn der

15 Siepmann in *Morgen*, Restrukturierung Art 4 Rz 37.

16 Fridgen in BeckOK StaRUG<sup>3</sup> § 14 Rz 6.

17 Vgl auch BT-Drs 19/24181, 91.

18 Vgl Riel, AnwBl 2021, 379 (383).

19 ErläutRV 3 unter Verweis auf RIS-Justiz RS0064989.

20 Vgl dazu 1 Ob 655/86; RIS-Justiz RS0064962; Dellinger in Konecny/Schubert § 67 KO Rz 95ff; Widhalm-Budak in Konecny, Insolvenzrecht und Kreditschutz 2015, 247 (254ff).

21 1 Ob 144/01k; 6 Ob 19/15k; RIS-Justiz RS0064962 (T8).

22 Vgl Leitfaden Fortbestehensprognose 14f, 21; Haselberger, Externe Finanzierungsmaßnahmen 19.

Schuldner im Prognosezeitraum voraussichtlich zahlungsunfähig wird. Ein solcher Schuldner ist auch nicht bestandsfähig iSd ReO, weil die Zahlungsfähigkeit unter Berücksichtigung künftiger Sanierungsmaßnahmen zu prüfen ist. Könnte ein Schuldner nicht einmal durch die Annahme eines Restrukturierungsplans seine Zahlungsunfähigkeit abwenden, muss ihm schon vorderhand der Zugang zum Restrukturierungsverfahren versperrt sein.

- 25 Der strittigere Punkt der insolvenzrechtlichen Fortbestehensprognose ist allerdings, welche inhaltlichen Anforderungen an die zweite Voraussetzung zu stellen sind, nämlich an die **künftige Lebensfähigkeit des Schuldners**.<sup>23</sup> Die Judikatur bietet dazu keine näheren Anhaltspunkte. Nach dem Leitfaden Fortbestehensprognose fällt die Beurteilung in den Zeitraum der **Sekundärprognose**; der Schuldner „muss glaubhaft darlegen können, dass durch die geplanten Maßnahmen in der weiteren Zukunft ein ‚Turnaround‘ bzw. eine **längerfristige positive Entwicklung** erwartet werden kann“; es geht also um eine „nachhaltige Trendwende der Ertragslage in spätestens zwei bis drei Geschäftsjahren“.<sup>24</sup> Dieser „Turnaround“ soll idR voraussetzen, dass der Schuldner in der Prognoserechnung eine Rückkehr zu positiven Ergebnissen der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit<sup>25</sup> plausibel darlegt.<sup>26</sup> Andere Autoren verlangen einen derartigen „operativen Turnaround“ aber nicht in jedem Fall und betonen vielmehr, dass es selbst bei fehlender Ertragskraft nur auf die künftige Zahlungsfähigkeit des Schuldners ankommen würde, die etwa durch ausreichende Gesellschafterzuschüsse gewährleistet sein könnte.<sup>27</sup>
- 26 Diese im Kontext der insolvenzrechtlichen Überschuldungsprüfung stehende Diskussion lässt sich nicht ohne weiteres auf das Restrukturierungsverfahren übertragen, weil sich der **Zweck der Fortbestehensprognose** in der ReO und IO unterscheidet. Die Fortbestehensprognose im Insolvenzrecht muss nachweisen, dass die Gläubiger eines rechnerisch überschuldeten Rechtssträgers dennoch voraussichtlich vertragskonform bedient werden können; es geht demnach allein um den Schutz der Gläubiger. Hierfür mag die Zahlungsfähigkeit im Prognosezeitraum uU ausreichen. Die Bestandsfähigkeitsprüfung der ReO soll dagegen die **Restrukturierung eines marktfähigen Schuldners legitimieren**. Dass die Zahlungsfähigkeit im Prognosezeitraum erhalten bleibt, ist für dieses Kriterium per se nicht ausreichend, weil ein Schuldner auch dann nicht marktfähig ist, wenn er die Zahlungsfähigkeit etwa nur durch wiederholte Gesellschafterzuschüsse aufrechterhalten kann.
- 27 „Bestandsfähigkeit“ iSd ReO setzt daher ein **Minimum an Ertragsfähigkeit** voraus, die der Schuldner in einer integrierten Planungsrechnung nachweisen muss. Er muss daher zumindest beträchtlich leicht positive Plan-GuV-Rechnungen im Prognosezeitraum vorlegen können. Diese Anforderung ist nicht übertrieben, vor allem weil in der Plan-GuV berücksichtigt werden kann, dass sich der Zins- und Kapitaldienst durch die Sanierungsbeiträge der Gläubiger nach Annahme des Restrukturierungsplans verringern wird. Kann der Schuldner positive Betriebsergebnisse nicht einmal unter Berücksichtigung der Restrukturierungsmaßnahmen darstellen, ist aller Voraussicht eine Abwicklung des Unternehmens erforderlich. Da sich der

23 Instruktiv zum Meinungsstand *Haselberger*, Externe Finanzierungsmaßnahmen 18 ff.

24 Leitfaden Fortbestehensprognose 21f, 25f; großzügiger wohl *Dellinger* in *Konecny/Schubert* § 67 KO Rz 79f (Kostendeckung ausreichend, außer bei buchmäßig negativem Eigenkapital).

25 Mit dem RÄG 2014 ist die Zwischensumme „Ergebnis der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit“ in der GuV entfallen und wurde durch das „Ergebnis vor Steuern“ ersetzt (vgl § 231 Abs 2 Z 17 und Abs 3 Z 16 UGB).

26 Leitfaden Fortbestehensprognose 25.

27 *Schumacher* in KLS § 67 IO Rz 12f; ähnlich *Widhalm-Budak* in *Konecny*, Insolvenzrecht und Kreditschutz 2015, 247 (250f); *Lentsch/Widhalm-Budak* in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2016, 61 (72f); dagegen *Haselberger*, Externe Finanzierungsmaßnahmen 21ff, der eine Rückkehr in die Gewinnzone erfordert, was durch (zumindest geringe) Plangewinne darzustellen sei.

finanzielle Zustand von Schuldern im Restrukturierungsverfahren wegen der niedrigen Eintrittsvoraussetzung (s § 6 ReO Rz 33) stark unterscheiden kann, ist es wohl auch nicht zweckmäßig, die Bestandfähigkeit vom Überschreiten gewisser Kennzahlen abhängig zu machen (zB URG-Kennzahlen<sup>28</sup>). Deshalb muss der Schuldner auch nicht nachweisen, dass er ein – uU bilanziell bereits ausgewiesenes – **negatives Eigenkapital** im Prognosezeitraum beseitigen kann.<sup>29</sup> Der Fortbetrieb muss nur, aber immerhin zu einer positiven Entwicklung des Eigenkapitals beitragen.

Schließlich ist auch eine „**angemessene Mindestrentabilität des Eigenkapitals**“ nicht erforderlich. Der europäische Ausschuss für Wirtschaft und Währung schlug im Gesetzgebungsverfahren zur RIRL zwar vor, mithilfe dieses Kriteriums den Begriff „Überlebensfähigkeit“ zu konkretisieren,<sup>30</sup> der Vorschlag wurde aber abgelehnt. 28

Hat der Schuldner bei Verfahrenseinleitung noch **keinen Restrukturierungsplan** vorgelegt, muss er im **Restrukturierungskonzept** dennoch darlegen, wie er die Bestandfähigkeit erreicht (§ 7 Abs 2 ReO). Eine vollständige Fortbestehensprognose wird in diesem Stadium bis zur Vorlage des Restrukturierungsplans noch nicht erforderlich sein. Das Restrukturierungskonzept muss aber zumindest den Istzustand des Schuldners analysieren und dem Restrukturierungsziel gegenüberstellen (s § 8 ReO Rz 5). 29

### 3. Verhältnis zur Bestandsgefährdung (§ 6 Abs 2 ReO)

Die **Eingangsvoraussetzung** für die Einleitung des Restrukturierungsverfahrens ist die **wahrscheinliche Insolvenz des Schuldners** (§ 6 ReO). „Wahrscheinliche Insolvenz“ liegt nach § 6 Abs 2 ReO vor, wenn der Bestand des Unternehmens des Schuldners ohne Restrukturierung gefährdet wäre (zur Definition s im Detail § 6 ReO Rz 13ff). 30

Bestandsgefährdung iS von § 6 Abs 2 ReO und Bestandfähigkeit iS von § 1 Abs 1 ReO schließen sich damit nicht aus, sondern sind Teil eines **restrukturierungsrechtlichen Gesamtkonzepts**.<sup>31</sup> Die Bestandsgefährdung kennzeichnet einen wirtschaftlichen Zustand, der eine finanzielle Restrukturierung notwendig macht; der Schuldner ist sonst aber bestandfähig (vgl ErwG 47 RIRL), hat also nach Abschluss der Restrukturierung die Aussicht auf einen dauerhaften Fortbestand. 31

Im Begriffspaar „Bestandsgefährdung“ („financial difficulties“) und „Bestandfähigkeit“ („economic viability“) der RIRL kommt letztlich die im Restrukturierungsrecht ökonomisch grundlegende Unterscheidung zwischen „financial distress“ und „economic distress“ zum Ausdruck. Wettbewerbsfähige Schuldner, die nur wegen einer falsch eingestellten Kapitalstruktur in finanzielle Schwierigkeiten geraten, sollen sich restrukturieren können, andere Schuldner ohne ein marktfähiges Geschäftsmodell dagegen nicht. Ihre finanziellen Schwierigkeiten sind nur das Symptom eines Geschäftsmodells, das im marktwirtschaftlichen Ausleseverfahren als nicht ausreichend „gut“ oder „innovativ“ empfunden wird; das unternehmensbezogene Kapital wird daher aktuell nicht effizient eingesetzt und sollte durch eine Abwicklung des Rechts-

28 Bei Vorliegen der URG-Kennzahlen wird wahrscheinliche Insolvenz vermutet (§ 6 Abs 2 ReO und dort Rz 26ff), es lässt sich aber mE nicht sagen, dass nur jene Schuldner bestandfähig iSd § 1 Abs 1 ReO sind, die diese Kennzahlen in Zukunft überschreiten (oder schon überschritten haben).

29 So im Insolvenzkontext auch *Dellinger in Konecny/Schubert* § 67 KO Rz 84f; *Haselberger, Externe Finanzierungsmaßnahmen* 24f.

30 Europäisches Parlament, Bericht des Rechtsausschusses vom 21. 8. 2018 („Niebler-Bericht“), Änderungsantrag 37 (Vorschlag für einen neuen Art 2 Abs 1 Z 15b RIRL) des Ausschusses für Wirtschaft und Währung vom 7. 12. 2017: „lebensfähig“: die Fähigkeit, nach Deckung sämtlicher Kosten, einschließlich Abschreibung und Finanzierungskosten, eine prognostizierte Eigenkapitalrendite in angemessener Höhe zu erzielen.

31 In diese Richtung bereits *Riel, AnwBl 2021, 379 (383)*: „Bestandfähigkeit [ist] etwas anderes als die Abwendung der Insolvenz“.

trägers abgezogen werden, damit es seinen Nutzen anderweitig besser erfüllen kann (Allokationseffizienz).

### III. Persönlicher Anwendungsbereich

#### A. Restrukturierungsfähige Schuldner

32 § 1 Abs 1 ReO definiert gemeinsam mit § 2 ReO den **persönlichen Anwendungsbereich des Restrukturierungsverfahrens**, legt also fest, wer abstrakt als **restrukturierungsfähiger Schuldner** in Betracht kommt. Unionsrechtliche Grundlage ist Art 1 Abs 2–4 RIRL. Nach dem Vorbild der Richtlinie wird der Anwendungsbereich gesetzestechisch über ein Regel-Ausnahme-Verhältnis bestimmt: Gem § 1 Abs 1 ReO kann jeder rechtsfähige Schuldner die Einleitung des Restrukturierungsverfahrens beantragen, soweit er keinen Ausnahmeteststand nach § 2 ReO erfüllt (s genauer bei § 2 ReO).

33 Der persönliche Anwendungsbereich erstreckt sich daher auf alle **rechtsfähigen natürlichen und juristischen Personen oder Personenverbindungen** („Schuldner“), unabhängig von der Rechtsform und grundsätzlich auch von einer unternehmerischen Tätigkeit. Der **Betrieb eines Unternehmens** wird nur bei natürlichen Personen vorausgesetzt (§ 2 Abs 1 Z 10 ReO und dort Rz 15 ff). Das folgt aus der wörtlichen Übernahme und dem Aufbau der RIRL. Der präventive Restrukturierungsrahmen erfasst nämlich zB auch nicht-unternehmerisch tätige Personengesellschaften oder (rechtsfähige) Non-Profit-Organisationen.<sup>32</sup> Der persönliche Anwendungsbereich der ReO deckt sich daher im Ergebnis weitgehend mit jenem von Sanierungsverfahren (vgl § 166 IO). Die Mitgliedstaaten hätten zwar den präventiven Restrukturierungsrahmen auf juristische Personen beschränken können (vgl Art 1 Abs 4 UAbs 2 RIRL), der Gesetzgeber hat davon aber abgesehen.

Laut ErwG 20 RIRL können finanzielle Schwierigkeiten von Unternehmern auch durch Entschuldungsverfahren oder informelle Restrukturierungen auf vertraglicher Grundlage effizient geregelt werden. Würde nach dem Recht eines Mitgliedstaats zwischen Unternehmen mit unterschiedlichem „Rechtsstatus“ differenziert, sollen sie eine einheitliche Regelung für diese Unternehmen vorsehen können. Der Unionsgesetzgeber wollte die Mitgliedstaaten somit nicht dazu zwingen, eine einheitliche Rechtssystematik zu zerstören. Das Problem stellt sich in Österreich nicht, da auch im Sanierungsverfahren natürliche und juristische Personen gleichgestellt werden.

34 Obwohl der Unternehmensbetrieb nicht konstitutiv für den persönlichen Anwendungsbereich nach § 1 Abs 1 IVm § 2 ReO ist, setzt die ReO dennoch an vielen Stellen ausdrücklich voraus, dass der Schuldner ein Unternehmen betreibt. Das systematisch unmittelbar folgende Beispiel ist die Legaldefinition nach § 1 Abs 2 ReO, wonach zur „Restrukturierung“ alle Maßnahmen gehören, die auf die Restrukturierung „des Unternehmens des Schuldners abzielen“ (s unten Rz 41). Auch eine „wahrscheinliche Insolvenz“ liegt nach § 6 Abs 2 ReO vor, „wenn der Bestand des Unternehmens des Schuldners ohne Restrukturierung gefährdet wäre.“

Weitere Beispiele sind § 7 Abs 1 Z 2 ReO; § 16 Abs 1 ReO; § 18 Abs 1 ReO; § 23 Abs 1 Z 4 ReO; § 26 Abs 2 und Abs 4 ReO; § 27 Abs 2 Z 3 lit. a, Z 7 lit. c und Z 8 ReO; § 29 Abs 3 ReO; § 34 Abs 4 ReO; § 36 Abs 2 ReO; § 38 Abs 1; § 41 Abs 2 Z 8 ReO; § 43 Z 2 lit. a ReO. Sogar der offizielle Langtitel der ReO lautet „Bundesgesetz über die Restrukturierung von Unternehmen“.

35 Diese Vorschriften sind offenkundig nicht mit den Regeln zum persönlichen Anwendungsbereich des Restrukturierungsverfahren nach § 1 Abs 1 ReO und § 2 ReO abgestimmt. In der Begriffswelt der RIRL existieren keine juristischen Personen oder „Gesamthandschaften“ (vgl § 105 UGB), die nicht zugleich Rechtsträger eines Unternehmens sind. Der Gesetzgeber dürfte bei der wörtlichen Übernahme von Art 1 Abs 1 und Abs 2 RIRL auch nur an den Standardfall

32 Müller, ZGR 2018, 56 (59); Morgen in Morgen, Restrukturierung Art 1 Rz 3.

gedacht haben, dass Schuldner mit Unternehmensbetrieb den Zugang zum Restrukturierungsverfahren anstreben.

Es gibt aber wohl keine ausreichende Grundlage, um eine Personengesellschaft oder eine juristische Person vom Verfahren auszuschließen, wenn sie ausnahmsweise kein Unternehmen betreibt.<sup>33</sup> Dasselbe gilt zB für ideelle Vereine nach dem VerG oder Verlassenschaften. Vor allem bei Verlassenschaften lässt sich auch nicht ausschließen, dass es praktischen Bedarf für ein Restrukturierungsverfahren gibt. Im Nachlass kann sich etwa ein (Einzel-)Unternehmen befinden, das erst wieder nach Einantwortung durch die Erben fortgeführt werden soll. Die entsprechenden Vorschriften der ReO, die einen Unternehmensbetrieb des Schuldners voraussetzen, müssen in solchen Fällen mE **sinngemäß angewendet** werden.

## B. Antragslegitimation

Aus § 1 Abs 1 ReO folgt ein **Initiativmonopol des Schuldners**.<sup>34</sup> Zur Einleitung des Restrukturierungsverfahrens ist ausschließlich der Schuldner antragslegitimiert (vgl auch § 7 Abs 1 S 1 ReO und dort Rz 21).<sup>35</sup> Der Schuldner hat darüber hinaus ein **Planmonopol**, weil nur der Schuldner einen Antrag auf Abschluss eines Restrukturierungsplans stellen kann (§ 27 Abs 1 ReO). Ein Antragsrecht der Gläubiger ist in beiden Fällen nicht vorgesehen.

Die Antragslegitimation beeinflusst die **Verhandlungsdynamik** zwischen dem Schuldner und den betroffenen Gläubigern. Der Schuldner kann nicht gegen seinen Willen in ein Restrukturierungsverfahren gedrängt werden, und die Gläubiger können keine alternativen Restrukturierungspläne zur Abstimmung vorlegen. Der Schuldner kann daher den Verhandlungsprozess weitgehend alleine steuern, während die Gläubiger auf seine Mitwirkung angewiesen sind. Die exklusive Antragslegitimation entspricht der Ausrichtung des Restrukturierungsverfahrens auf die Interessen des Schuldners („schuldnerzentriertes Verfahren“; s Einl Rz 38ff).

Die Materialien betonen zwar zu Recht, dass die Annahme eines Restrukturierungsplans nur wenig sinnvoll ist, wenn der Schuldner damit nicht einverstanden wäre.<sup>36</sup> Man setzt damit aber voraus, dass sich durch das Restrukturierungsverfahren nichts an der Eigentümerstruktur des Schuldners ändert. Die Sinnhaftigkeit eines Planvorlagerechts der Gläubiger wäre demgemäß anders zu beurteilen, wenn zB die Anteilsinhaber gegen ihren Willen aus der Gesellschaft hinausgedrängt und durch neue Investoren ersetzt werden könnten. Das ist in der ReO jedoch de leg lata nicht möglich; die Anteilsinhaber sind vom Restrukturierungsverfahren ausgeschlossen (s § 37 ReO Rz 6ff).

Bei **juristischen Personen** wird das Antragsrecht von den vertretungsbefugten Organen ausübt, wofür die konkrete satzungsmäßige Vertretungsbefugnis ausschlaggebend ist. Eine Beschlussfassung, die im Innengerücht für die Antragsstellung womöglich nötig ist, ist nach den Materialien – im Einklang mit allgemeinen Regeln – unbeachtlich (s auch § 37 ReO Rz 19f).<sup>37</sup> Es gibt daher kein individuelles Antragsrecht der Leitungsorgane kraft gesetzlicher Ermächtigung (vgl dagegen § 69 Abs 3 und 4 IO). Bei **anderen rechtsfähigen Gesellschaften iW** ist der Antrag genauso vom jeweils vertretungsbefugten Organ zu stellen.

Zur Zulässigkeit einer **gewillkürten Vertretung** s § 7 ReO Rz 21 und § 27 ReO Rz 6.

39

40

33 AA Konecny in *Konecny*, RIRUG 1 (8f).

34 ErläutRV 2.

35 ErläutRV 3.

36 ErläutRV 18; vgl auch BT-Drs 19/24181, 133.

37 ErläutRV 21 unter Verweis auf 8 Ob 327/99t.

## IV. Restrukturierungsmaßnahmen (Abs 2)

### A. Legaldefinition

- 41** § 1 Abs 2 ReO definiert den Begriff „**Restrukturierung**“. Die wortreiche Legaldefinition ist unverändert aus Art 2 Abs 1 Z 1 RIRL übernommen. Sie beginnt mit einer – zirkelhaften – Zielbestimmung („Restrukturierung zielt auf die Restrukturierung des Unternehmens des Schuldners“); und beschreibt danach Maßnahmen, die alleine oder in Kombination das ganze Spektrum **betriebswirtschaftlicher Gegenstrategien** in einer (Unternehmens-)Krise abdecken. Die Definition beschränkt sich daher nicht auf die **finanzielle Restrukturierung** durch Anpassung der Kapitalstruktur des Unternehmensträgers, sondern erfasst auch **leistungswirtschaftliche Maßnahmen**, also die operative Restrukturierung des Unternehmensbetriebs (arg „Änderung der Vermögenswerte“). Das Gesetz nennt beispielhaft den „Verkauf von Vermögenswerten oder Geschäftsbereichen und die Gesamtveräußerung des Unternehmens“.

### B. Normzweck

- 42** Welche Aufgabe der Gesetzgeber dieser Legaldefinition zugeschrieben hat, ist unklar. Naheliegend wäre gewesen, dass die gesetzliche Definition jene Restrukturierungsmaßnahmen beschreibt, die von den **verbindlichen Wirkungen** des Restrukturierungsplans erfasst werden können. Die Definition würde damit die Eingriffsbefugnisse des Schuldners abstecken.
- 43** Wäre der Gedanke zutreffend, müssten sich die **Eingriffsbefugnisse des Schuldners** auf alle in § 1 Abs 2 ReO genannten Restrukturierungsmaßnahmen erstrecken. Der Gesetzgeber hätte dazu alle restrukturierungsfreundlichen Wahlrechte der RIRL ausnutzen müssen. Das ist nicht der Fall, vielmehr bleibt die ReO bei den Eingriffsmöglichkeiten des Schuldners weit hinter diesem Höchstmaß zurück. Die vom Restrukturierungsplan betroffenen Gläubiger müssen im Wesentlichen nur eine **Stundung**, den **Verzicht** und die **Änderung sonstiger (Rück-)Zahlungsmodalitäten** hinnehmen (s § 28 ReO 4ff). Diese Maßnahmen sind nur ein kleiner Ausschnitt von Möglichkeiten zur bilanziellen Restrukturierung des Fremdkapitals. Anders als die Definition nach § 1 Abs 2 ReO nahelegt, wird mit diesen Maßnahmen auch nicht das „Unternehmen“, sondern der Rechtsträger selbst restrukturiert, weil Zahlungspflichten des Schuldners reduziert oder erleichtert werden.
- 44** Die Eingriffsbefugnisse eines restrukturierungswilligen Schuldners kann man daher nur eingeschränkt aus dem Wortlaut von § 1 Abs 2 ReO direkt ablesen. Der Rechtsanwender muss zuvor abgleichen, ob nach den Vorschriften über den Restrukturierungsplan der Eingriff mit verbindlicher Wirkung möglich ist (§§ 27ff ReO). Von der Aufzählung in den Materialien fallen darunter nur der Forderungserlass und die Forderungskürzung, Laufzeitanpassungen, die Einräumung von Informations- und Einsichtsrechten und Verwertungsregeln für Kreditsicherheiten (zB Stundung der Verwertung).
- 45** Die Materialien betonen daher auch zu Recht, dass ein debt-equity-swap keine „erfasste Maßnahme“ ist.<sup>38</sup> Im Restrukturierungsplan vorgesehene Kapitalmaßnahmen könnten nur durch gesellschaftsrechtliche Maßnahmen umgesetzt werden, da die Anteilsinhaber nicht in den Restrukturierungsplan einbezogen werden können (s § 37 ReO Rz 6ff). Wohlgemerkt gibt § 1 Abs 2 ReO aber genau das Gegenteil zu verstehen, weil der Wortlaut der Definition den debt-equity-swap ohne weiteres erfasst. Die Forderungsumwandlung durch Sacheinlage ist sogar der Paradefall einer passivseitigen Restrukturierung der Kapitalstruktur (vgl § 1 Abs 2 ReO: „Änderung der Verbindlichkeiten oder jedes anderen Teils der Kapitalstruktur“).

---

38 ErläutRV 4.

Rätselhaft ist der weitere Hinweis in den Materialien, dass die Gesamtveräußerung des Unternehmens als „Restrukturierungsmaßnahme erfasst“ und damit ein „Wahlrecht der Richtlinie“ ausgenützt werde. Die ReO bietet dem Schuldner an keiner Stelle eine Hilfe für die Unternehmensveräußerung (vgl dagegen § 38 Abs 5 UGB; § 1409a ABGB). Der Schuldner kann die Gesamtveräußerung zwar – wie Kapitalmaßnahmen – in den Restrukturierungsplan aufnehmen (vgl § 27 Abs 2 Z 7 ReO), was aber nicht über Darstellungs- und Informationszwecke hinausgeht. Die Unternehmensveräußerung ist nicht von den Bestätigungs- und Informationszwecken der ReO erfasst; auf den Vorgang sind allgemeine unternehmens- und gesellschaftsrechtliche Regeln anwendbar. Wozu der Gesetzgeber dieses „Wahlrecht“ ausgeübt hat, ist daher unklar.

Im Ergebnis ist die Aussagekraft der Legaldefinition nach § 1 Abs 2 ReO für das Restrukturierungsverfahren **begrenzt**.<sup>39</sup> **46**

## **V. Pflichten der Unternehmensleitung (Abs 3)**

## A. Pflichten bei wahrscheinlicher Insolvenz

## 1. Unionsrechtliche Vorgaben

§ 1 Abs 3 ReO dient zur Umsetzung von **Art 19 RIRL**. Art 19 RIRL fällt – als einzige Vorschrift von Kapitel 5 – zwar systematisch noch in Titel II der RIRL („Präventive Restrukturierungsrahmen“), die Vorschrift hat aber keinen **zwingenden Bezug zum Restrukturierungsverfahren**. Art 19 RIRL hat unterstützenden Charakter, damit die Mitgliedstaaten Anreize für die Unternehmensleitung schaffen, um eine präventive Restrukturierung des Schuldners zu fördern (vgl ErwG 70 RIRL). Das Pflichtenprogramm soll daher gewährleisten, dass die Unternehmensleitung den Restrukturierungsrahmen in der Praxis auch tatsächlich verwendet.

Zugleich zeigen die Begleitmaterialien zur RIRL, dass die Mitgliedstaaten während des Gesetzgebungsverfahrens wiederholt die Sorge äußerten, das Pflichtenprogramm könne in die **nationalen Unternehmens- und Gesellschaftsrechtssysteme** eingreifen.<sup>40</sup> Die Entwicklung der Textstufen von Art 19 RIRL bestätigt, dass die Bedenken der Mitgliedstaaten berücksichtigt wurden. Der finale Text von Art 19 RIRL hat sich gegenüber Vorentwürfen – Kommissionsentwurf und Trilog-Fassung der RIRL – noch mehrfach geändert.<sup>41</sup> Die Formulierung des Pflichtenprogramms wurde mit fortschreitendem Stadium des Gesetzgebungsverfahrens immer weiter verwässert, damit weniger konkret und letztlich auch weitgehend unverbindlich für die Mitgliedstaaten.

Ob es angesichts der Pflichtenlage für die Unternehmensleitung nach der lex lata überhaupt einen **Umsetzungsbedarf** gegeben oder die Rechtslage nicht ohnehin den verbliebenen Minimalvorgaben von Art 19 RIRL entsprochen hat, wurde im Gesetzgebungsverfahren nicht weiter diskutiert. Der Gesetzgeber hat sich ohne viel Aufhebens entschlossen, Art 19 RIRL in die heimische Rechtsordnung zu übertragen. § 1 Abs 3 ReO ist eine fast wortidentische, sprachlich gestraffte Version des Richtlinienwortlauts. Inhaltlich ist der Gesetzgeber nur von Art 19 lit c RIRL abgewichen: Nach § 1 Abs 3 ReO muss die Unternehmensleitung Schritte einleiten, um „die Bestandsfähigkeit sicherzustellen“. Anders als nach Art 19 lit c RIRL gibt es damit keine Einschränkung auf grobes Verschulden; und der Wortlaut „Bestandsfähigkeit sicherstellen“

39 Trenker in Konecny, RIRUG 33 (41); krit auch Ringelspacher/Nitsche, ZRI 2021, 477 (482).

40 SWD (2016) 357 final, 22. 11. 2016, Commission Staff Working Document – Impact Assessment, 25 und 141 („[...] most of [the Member States] were reluctant to mandatory detailed provisions on directors' duties, due to the implications on company law“).

41 Ausführlich *Demisch in Morgen*, Restrukturierung Art 19 Rz 5ff; *Corno in Paulus/Dammann*, Restrukturierung Art 19 Rz 11ff; zur Synopse von Kommissionsentwurf und Trilog-Fassung s *Flöther*, Sanierungsrecht 410.

vermeidet das sprachliche Ungetüm des Richtlinientextes („Notwendigkeit, [...] Verhalten zu vermeiden, das die Bestandsfähigkeit des Unternehmens gefährdet“).

- 50 Aus den Materialien geht jedenfalls nicht hervor, dass der Gesetzgeber in das schon existierende **Pflichtenprogramm der Unternehmensleitung eingreifen** wollte. Vielmehr konkretisiert § 1 Abs 3 ReO laut den Materialien bloß bereits bestehende gesellschaftsrechtliche Sorgfaltspflichten, ohne ein neues Haftungsregime einzuführen.<sup>42</sup> Auch die „Entscheidungsprozesse im Unternehmen“ sollen laut den Materialien nicht durch § 1 Abs 3 ReO geändert werden. Damit ist die **Organisationsverfassung der Gesellschaft** gemeint (s § 37 ReO Rz 74).<sup>43</sup>
- 51 Nach Einschätzung der Materialien hat § 1 Abs 3 ReO somit lediglich **deklarative Bedeutung**. Die Umsetzung von Art 19 RIRL kann unionsrechtlich dann aber nur den Sinn haben, für größere **Rechtssicherheit** und **Transparenz** der nationalen Rechtslage zu sorgen.

## 2. Anwendungsbereich

- 52 Die Pflichten treffen die „**Unternehmensleitung**“ (englisch „directors“; in dieser Kommentierung in Folge auch „Geschäftsleiter“). In der RIRL und der ReO fehlt jeweils eine Legaldefinition. Der Begriff ist **rechtsformneutral** formuliert.<sup>44</sup> Die Materialien nennen demonstrativ („insbesondere“) den Vorstand einer AG und den Geschäftsführer einer GmbH.<sup>45</sup> Zu den Unternehmensleitern gehören daher die geschäftsführungs- und vertretungsbefugten Organe der Gesellschaft. Der Anwendungsbereich ist aber **typisiert**, es kommt somit nicht darauf an, ob ein Organ im konkreten Fall auch geschäftsführungs- und/oder vertretungsbefugt ist.
- 53 Weitere unstrittige Beispiele sind die Gesellschafter einer OG; Komplementäre einer KG; der Stiftungs- und Genossenschaftsvorstand; Verwaltungsratsmitglieder und geschäftsführende Direktoren einer SE.
- 54 Ein **organ-schaftlicher Bestellungsakt** ist mE nicht zwingend erforderlich. Erfasst ist daher etwa auch ein faktischer Geschäftsführer.<sup>46</sup>
- 55 **Aufsichtsratsmitglieder** oder **(Mehrheits-)Gesellschafter**, vor allem auch in der GmbH, fallen dagegen aus dem Anwendungsbereich heraus.<sup>47</sup>
- 56 Der Anwendungsbereich für das Pflichtenprogramm ist eröffnet bei **wahrscheinlicher Insolvenz** (vgl § 6 Abs 2 ReO und dort Rz 13ff). Die Pflichten bestehen ab dem Zeitpunkt, zu dem die wahrscheinliche Insolvenz für einen sorgfältigen Unternehmensleiter **zumindest erkennbar** war; der objektive Eintritt ist nicht ausreichend.<sup>48</sup>
- 57 Weitere Voraussetzungen gibt es nicht. Vor allem stellt der Wortlaut nicht darauf ab, dass der wahrscheinlich insolvente Rechtsträger auch „Schuldner“ iSd ReO ist. § 1 Abs 3 ReO gilt demnach **unabhängig davon**, ob der Schuldner die Einleitung eines Restrukturierungsverfahrens beantragt hat. Wenn man meint, dass § 1 Abs 3 ReO ohnehin bloß deklarative Bedeutung hat, kann es darauf auch in der Tat nicht ankommen. Zur Pflichtenlage während des Restrukturierungsverfahrens s unten Rz 73ff.

In Deutschland gibt es mit § 43 StaRUG eine spezielle Vorschrift, die erst ab „Rechtsabhängigkeit der Restrukturierungssache“ anwendbar ist und die „Pflichten und Haftung der Organe“ regelt.

42 ErläutRV 4.

43 ErläutRV 4 aE.

44 Mock, NZI 2016, 977 (981); Thole, ZIP 2017, 101 (111); Schimka, GesRZ 2021, 374 (375).

45 ErläutRV 4.

46 So auch Corno in Paulus/Dammann, Restructuring Art 19 Rz 4.

47 Vgl auch Schimka, GesRZ 2021, 374 (375).

48 Wabl/Gassner in Konecny, RIRUG 201 (203).

Erfüllt der Schuldner die URG-Kennzahlen, wird die wahrscheinliche Insolvenz nach § 6 Abs 2 ReO aber nur **vermutet** (s dazu § 6 ReO Rz 26ff). Die Unternehmensleitung kann daher – mit allen prozessualen Mitteln – den Entlastungsbeweis führen, dass im Zeitpunkt des Pflichtenverstoßes die Krise des Schuldners noch nicht das Stadium einer wahrscheinlichen Insolvenz erreicht hatte. Das in Anspruch genommene Organ muss also nachweisen, dass der Bestand des Unternehmens des Schuldners noch nicht gefährdet war. 58

Stützt der Insolvenzverwalter (oder die Gesellschaft) die wahrscheinliche Insolvenz auf andere Indikatoren, trifft ihn (sie) die Behauptungs- und Beweislast für das Vorliegen einer wahrscheinlichen Insolvenz.

### 3. Pflichtenkatalog

#### a) Pflicht zur Insolvenzvermeidung

Bei Eintritt einer wahrscheinlichen Insolvenz hat die Unternehmensleitung „Schritte einzuleiten, um die Insolvenz abzuwenden.“ Das entspricht wörtlich Art 19 lit b RIRL. Die Pflicht zur Insolvenzabwehr basiert auf der **zeitlich vorgelagerten Pflicht zur Krisenerkennung** („**Solvenzüberwachungspflicht**“<sup>49</sup>), die voraussetzt, dass die Geschäftsleiter ausreichende organisatorische Maßnahmen getroffen haben, um die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft im Blick behalten zu können (vgl § 22 Abs 1 GmbHG; § 82 AktG).<sup>50</sup> Übersehen die Leitungsgänge die Anzeichen einer beginnenden Krise, haften sie schon nach allgemeinen Grundsätzen gegenüber der Gesellschaft (§ 25 Abs 1 GmbHG und § 84 Abs 1 AktG). 59

Ist die Krise einmal erkannt, müssen die Geschäftsleiter auch geeignete Gegenmaßnahmen einleiten. Erneut kann bereits aus den allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Sorgfaltsanforderungen nach § 25 Abs 1 GmbHG und § 84 Abs 1 AktG eine „**Sanierungs-/Restrukturierungspflicht**“ oder „**Pflicht zur Krisenbewältigung**“ abgeleitet werden.<sup>51</sup> Die Kurzbezeichnung ist nicht wörtlich zu verstehen, weil Geschäftsleiter nicht zur erfolgreichen Insolvenzabwehr „verpflichtet“ sein können. Ob die Insolvenz durch eine Sanierung/Restrukturierung vermieden wird, hängt in den meisten Fällen von der Mitwirkung und Bereitschaft der Eigen- und Fremdkapitalgeber ab. Ohne Sanierungsbeiträge der Kapitalgeber wird sich die Insolvenz nur in Ausnahmefällen abwenden lassen. Die Geschäftsleiter müssen aber aktiv tätig werden und eine Gegenstrategie zum Abwenden der Krise entwerfen, die sie den Kapitalgebern bei Bedarf vorlegen können. Es ist im Einklang mit den Materialien davon auszugehen, dass § 1 Abs 3 ReO in diesem Punkt tatsächlich nur klarstellende Bedeutung hat. Auf das praktische Verhalten von Geschäftsleitern kann sich die Vorschrift dennoch auswirken, weil mit der „wahrscheinlichen Insolvenz“ nun explizit ein zeitlicher Anknüpfungspunkt für eine potentielle Haftung genannt wird. Der Zeitpunkt markiert auch den spätesten Beginn einer Krise, der aktive Handlungspflichten der Geschäftsleiter auslöst. Die Pflicht zur Insolvenzvermeidung kann aber schon früher einsetzen, wenn es die Lage der Gesellschaft erfordert.<sup>52</sup> 60

Eine nähere **Handlungsanleitung** folgt daraus für die Geschäftsleiter aber zunächst nicht, weil es auch keine allgemeingültigen Regeln geben kann, wie die Insolvenz einer Gesellschaft im Einzelfall sorgfaltsgemäß abzuwenden ist.<sup>53</sup> Die Materialien kompilieren zwar ausführlich ErwG 70 und 71 RIRL, die aber auch nur ein buntes Sammelsurium von Beispielen „ord-

49 Brinkmann, KTS 2021, 303 (309f), der als Kern dieser Pflicht identifiziert, dass Geschäftsleiter eine grobe Liquiditätsplanung für die nächsten 24 Monate aufstellen müssen.

50 Vgl 3 Ob 521/84; RIS-Justiz RS0059485.

51 Karollus in Feldbauer-Durstmüller/Schlager, Handbuch Krisenmanagement 1145 (1154ff); Linder in Kalss/Frotz/Schörghofer, Vorstand Rz 25/5; J. Reich-Rohrwig, GmbH-Recht<sup>2</sup> Rz 2/370; Reisch in Lichtenkappeler/Reisch, Unternehmenssanierung<sup>2</sup> Rz 4.5f; Wabl, ZIK 2019, 178 (185).

52 Schimka, GesRZ 2021, 374 (376).

53 Linder in Kalss/Frotz/Schörghofer, Vorstand Rz 25/5; Wabl, ZIK 2019, 178 (185).

nungsgemäßer Unternehmensführung in der Krise“ bieten. Zur Ableitung konkreter Verhaltensgebote, die man an die Geschäftsleiter adressieren könnte, eignet sich diese Liste nur beschränkt. Eine Haftung kommt demnach vor allem in Betracht, wenn sich die Geschäftsleiter schlicht **passiv verhalten** und bei „wahrscheinlicher Insolvenz“ keine geeigneten Gegenmaßnahmen einleiten oder nicht einmal prüfen.<sup>54</sup>

Bei fortschreitender Krise gibt es jedoch zusehends gesetzliche Verhaltensgebote, die auch konkrete Anforderungen an die Geschäftsleiter stellen (vgl etwa § 36 Abs 2 GmbHG, § 83 AktG).<sup>55</sup> Diesen Vorschriften wird durch § 1 Abs 3 ReO nicht derrogiert. Praktisch wird die wahrscheinliche Insolvenz auch häufig ein Anlass für die Erstellung einer Fortbestehensprognose sein, etwa wenn der Abschlussprüfer feststellt, dass die URG-Kennzahlen (§ 22 URG) erfüllt sind (§ 273 Abs 3 UGB). Ohne positive Fortbestehensprognose könnte sich der Abschlussprüfer weigern, die bilanzielle Fortführungsannahme iSd § 201 Abs 2 Z 2 UGB zu testieren.<sup>56</sup>

- 62** § 1 Abs 3 ReO schreibt somit keinen allgemeingültigen Pflichtenstandard vor, und vor allem verlangt die Vorschrift nicht, dass Geschäftsleiter vorrangig versuchen müssten, die Insolvenz durch die Einleitung eines Restrukturierungsverfahrens abzuwehren: Auch nach Inkrafttreten der ReO gibt es keine „**Restrukturierungsantragspflicht**“ (vgl auch Art 4 Abs 1 RIRL: „Zugang zu präventiven Restrukturierungsrahmen unbeschadet anderer Lösungen zur Abwendung einer Insolvenz“).<sup>57</sup> Das **Restrukturierungsverfahren** ist **de lege lata fakultativ** (s auch Einl Rz 22). Welches das „richtige Mittel zur Erhaltung der Solvenz“ ist,<sup>58</sup> liegt im **unternehmerischen Ermessen der Geschäftsleiter**, das – bei entsprechender Informationsbasis der Entscheidung – durch die Business Judgment Rule abgesichert wird (§ 25 Abs 1 a GmbHG; § 84 Abs 1 a AktG).<sup>59</sup> Im Baukasten der Restrukturierungsinstrumente befindet sich etwa auch das Reorganisationsverfahren nach dem URG; das Sanierungsverfahren der IO oder ein außergerichtlicher Ausgleich, der ohne institutionalisiertes Gerichtsverfahren abgewickelt werden kann.

Je nach Organisationsverfassung der konkreten Gesellschaft sind auch die Gesellschafter in die Entscheidung eingebunden, welche Maßnahme zur Restrukturierung der Gesellschaft ergriffen werden soll (Einleitung eines institutionellen Verfahrens, Investorensuche, Gesellschafterdarlehen, Umstellung der operativen Unternehmensstrategie etc). Bei der GmbH ist etwa bei wahrscheinlicher Insolvenz die Generalversammlung einzuberufen (§ 36 Abs 2 GmbHG). Demgemäß erfordert die Einleitung des Restrukturierungsverfahren einen Beschluss der Gesellschafter (s § 37 ReO Rz 19). Auf die Business Judgment Rule können sich die Geschäftsführer nicht berufen, weil die Einberufungspflicht keine unternehmerische Entscheidung ist.<sup>60</sup> Über die Wahl der richtigen Sanierungsstrategie müssen daher bei der GmbH ohnehin die Gesellschafter beschließen. Ein Alleingang der Geschäftsführer, ohne einen entsprechenden Beschluss der Gesellschafter eingeholt zu haben, wäre im Innenverhältnis pflichtwidrig und hätte schadenersatzrechtliche Konsequenzen. Der Antrag auf Verfahrenseinleitung bliebe im Außenverhältnis allerdings wirksam (oben Rz 39). Zudem könnte auch der Anwendungsbereich des Obstruktionsverbots eröffnet sein (s § 37 ReO Rz 48 ff).

### b) Pflicht zur Sicherstellung der Bestandsfähigkeit

- 63** Ferner normiert § 1 Abs 3 ReO die Pflicht der Unternehmensleitung zur Einleitung von Schritten, um „die Bestandsfähigkeit sicherzustellen“. Unionsrechtliche Grundlage ist Art 19 lit c RIRL (s oben Rz 47 ff).

54 Vgl Brinkmann, KTS 2021, 303 (313).

55 Ausführlich J. Reich-Rohrwig in WK-GmbHG § 25 Rz 71 ff.

56 Isola/Weiledner/Seidl in Konecny, RIRUG 19 (21).

57 Wabl/Gassner in Konecny, RIRUG 201 (206).

58 6 Ob 269/05k (iZm der Haftung nach § 22 URG); Wabl/Gassner in Konecny, RIRUG 201 (204).

59 AA Brinkmann, KTS 2021, 303 (312f), der aber meint, die Geschäftsführer hätten bei der Auswahl der Sanierungsmaßnahmen einen Beurteilungs- und Ermessensspielraum, der durch den „Zweck der Insolvenzvermeidung“ determiniert sei. Ein praktischer Unterschied zur Anwendbarkeit der Business Judgment Rule ist mE nicht zu erkennen.

60 Vgl U. Torggler in Kalss/U. Torggler, Compliance 97 (119).