

zahl, da – wie erwähnt – jedem einzelnen Insolvenzgläubiger ein Rekursrecht zuzubilligen ist.

Das hat zunächst für die *Rekursfrist des Masseverwalters* Bedeutung. Diese hängt dann von den Gläubigern ab. Da aber unterschiedliche Rekursfristen noch offen sind, kommt es mE auf die *längste noch offene Frist* an.<sup>14)</sup> Wenn bereits für sämtliche Gläubiger die Rekursfrist ungenutzt verstrichen ist, kommt auch dem Masseverwalter ein nachträgliches Rekursrecht nicht zu. Andernfalls würde es zu einer Rückwirkung der Masseverwalterbestellung kommen.

Wurde bereits seitens eines Gläubigers ein Rechtsmittel erhoben, so wird dieses aufgrund des Wegfalls der Rechtsmittellegitimation nachträglich unzulässig. Aufgrund des Eintritts des Masseverwalters kann dieser das Rechtsmittelverfahren anstelle des Gläubigers weiterführen. Der Masseverwalter hat den Eintritt gegenüber dem Rechtsmittelgericht zu erklären, andernfalls wird der Rekurs des Gläubigers zurückgewiesen. Steht daneben noch eine Rechtsmittelfrist eines anderen Gläubigers offen, kann der Masseverwalter mE wählen, ob er das bereits eingeleitete Verfahren weiterführt oder die noch offene Frist nützt und seinerseits einen eigenen Rekurs erhebt. Keinesfalls kann der Masseverwalter aber zweifach Rekurs erheben.

14) Diese Regelung findet sich etwa auch in § 46 Abs 2 AußStrG bei der übergangenen Partei.

Durch die Annahme eines Parteiwechsels kann auch der Situation begegnet werden, wenn die Rechtsmittelfrist bereits für alle Gläubiger abgelaufen ist, aber zumindest einer von ihnen Rekurs erhoben hat. In diesem Fall kann der Masseverwalter in das *Rechtsmittelverfahren eintreten*. Wenn mehrere Gläubiger Rekurs erhoben haben, kann der Masseverwalter mE nur ein Verfahren weiterführen. Die anderen Rechtsmittel sind nachträglich mangels Rechtsmittellegitimation zurückzuweisen.

#### 4. Auswirkungen für die-Praxis

Mit dieser richtungsweisenden Entscheidung hat der OGH den Grundstein für die Möglichkeit der Mitwirkung einzelner Gläubiger im Schuldenregulierungsverfahren bei Eigenverwaltung gelegt. Diese Möglichkeit ist grundsätzlich zu begrüßen, da sie die derzeitige Lage beendet, wonach Beschlüsse im Schuldenregulierungsverfahren mitunter unanfechtbar sind. Durch die Anerkennung des subsidiären Rekursrechts der Gläubiger gegen einen Ausscheidungsbeschluss kann eine Freigabe von wertvollen Vermögensgegenständen verhindert werden. In der Ausgestaltung des subsidiären Rekursrechts herrscht aber noch in vielen Punkten Unklarheit.

Mit dieser Abkehr von der bisherigen Rsp bleibt zu hoffen, dass der OGH diesen Weg fortsetzt, um weitere Rechtsschutzlücken im Schuldenregulierungsverfahren zu schließen.



#### Die Autorin:

Dr. Birgit Schneider ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Zivilprozessrecht an der Universität Trier.

#### Publikationen:

Die Auslegung von Parteiprozesshandlungen (2004); Kündigung von Bestandverhältnissen durch den Gemeinschuldner, ZIK 2003/106, 83; Exekution und Abfertigung neu, ZIK 2004/237, 190; Außerstreitverfahren und Konkurs – zum neuen § 8a KO, ZIK 2006/41, 38; Privatsolvenz (2010).

RA Dr. Thomas Trettnak, LL.M./CM / RA Dr. Franz A. Höfer, LL.M.  
Wien

■ ZIK 2010/310, 204

## Vertragsauflösung reloaded – Gedanken zur Vertragsgestaltung im Lichte der neuen Insolvenzordnung

Die Neuregelung wesentlicher Bestimmungen der IO (insb §§ 21 bis 25b IO) führt zu zahlreichen praxisrelevanten Fragen im Zusammenhang mit der Auslegung bestehender und der Gestaltung künftiger Vertragsbeziehungen, sofern bei einem der Vertragspartner ein Insolvenzverfahren eröffnet wird. Der folgende Beitrag untersucht vertragliche Gestaltungsmöglichkeiten für Vertragsauflösungen und behandelt vor allem die Rolle und Anwendbarkeit von „Verschlechterungsklauseln“ (sog MAC-Klauseln) in der Kautelarpraxis.

### 1. Einleitung

Die vermutlich wesentlichste materiellrechtliche Änderung durch das IRÄG 2010, das unter dem Motto „Sanieren statt ruinieren“ steht, wurde in den §§ 21-25b IO (Vertragsrecht)

vollzogen.<sup>1)</sup> Generell soll die Fortführung jener Vertragsverhältnisse sichergestellt werden, die für die Fortführung des

1) Für einen gelungenen Überblick zum IRÄG 2010 vgl etwa *Konecny*, Das Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2010, ZIK 2010/119, 82 mwH; zu spezifisch gesellschaftsrechtlichen Fragen vgl *Fellner*, Auswirkungen des Insol-

Unternehmens des Schuldners bedeutend sind. Die Eingriffe in die Rechtsposition des Vertragspartners (Gläubigers) sind nicht unerheblich. Besondere Brisanz entfalten die Neuregelungen schon deshalb, weil auch *vor* dem 1. 7. 2010 abgeschlossene Verträge von den Neuerungen umfasst sind.<sup>2)</sup>

Die Insolvenzordnung (IO) bietet nach Ansicht der Autoren allerdings genügend Raum für vertragliche Gestaltungsmöglichkeiten, um die eigene Vertragsposition im Fall der Insolvenz des jeweiligen Vertragspartners abzusichern.

## 2. Beendigung von Verträgen bei Insolvenzeröffnung

Bisher war es in der Vertragspraxis sehr üblich, die automatische Auflösung von Verträgen oder – weitaus häufiger – die Möglichkeit zur Auflösung des Vertragsverhältnisses an die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens des Vertragspartners zu knüpfen. So beinhalten zahlreiche bestehende Verträge und Allgemeine Geschäftsbedingungen eine Formulierung, wonach das Vertragsverhältnis für den Fall der Eröffnung eines Konkurs- oder Ausgleichsverfahrens sowie im Fall der Abweisung des Konkurses mangels Masse aus wichtigem Grund aufgelöst werden kann. Solche Klauseln waren nach hL und hRsp zulässig und rechtmäßig.<sup>3)</sup>

### 2.1. Die neuen §§ 25a und 25b IO

Nunmehr regelt § 25b Abs 2 IO, dass die Vereinbarung eines Rücktrittsrechtes oder der Vertragsauflösung für den Fall der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens<sup>4)</sup> unzulässig ist.<sup>5)</sup> Das bedeutet, dass die bisher verwendeten Standardformulierungen, die gerade ein solches Rücktrittsrecht oder die Vertragsauflösung für den Fall der Eröffnung eines Konkurs- oder Ausgleichsverfahrens (nunmehr: Insolvenzverfahrens) beinhalten, *nichtig* sind. Zudem normiert § 25a IO eine Auflösungssperre von sechs Monaten ab Eröffnung des Insolvenzverfahrens für jene Verträge, deren Auflösung die Fortführung des Unternehmens des Schuldners gefährden könnte.

Es stellt sich daher die Frage, wie Vertragspartner künftiger Schuldner ihre Interessen im Einklang mit der österr Rechtsordnung, insb §§ 25a und 25b IO, weiterhin gültig absichern können.

### 2.2. Vertragliche Gestaltungsmöglichkeiten

Viele Vertragspartner sind trotz neuer IO weiterhin daran interessiert, Regelungen zu treffen, um ein Vertragsverhältnis automatisch zu beenden oder zumindest die Möglichkeit zu haben, aus ihren Verträgen im Fall der Insolvenz des anderen Vertragspartners „aussteigen“ zu können. Sie möchten gerade nicht an ein aufrechtes Vertragsverhältnis mit dem Schuldner als insolventem Unternehmen gebunden sein.

Sowohl die Materialien<sup>6)</sup> als auch der Wortlaut des § 25b Abs 2 IO selbst sind insofern eindeutig, als sie nur auf die „*Eröffnung eines Insolvenzverfahrens*“ abstellen. Daher ist es nach Ansicht der Autoren möglich und zulässig, die Vertragsauflösung oder das bislang übliche Rücktrittsrecht an einen Zeitpunkt (unmittelbar) *vor* Eröffnung eines Insolvenzverfahrens zu knüpfen.<sup>7)</sup>

So wäre zB eine automatische Vertragsauflösung zum Zeitpunkt des Einlangens eines *Insolvenzantrages* (sowohl eines Eigenantrages als auch eines Gläubigerantrages) bei Gericht möglich und auch faktisch leicht überprüfbar. Auch § 25a IO (Auflösungssperre) steht einer solchen Vereinbarung nicht im Wege, zumal auch diese Bestimmung auf die „*Eröffnung des Insolvenzverfahrens*“ abstellt. Eine vertraglich vorgesehene Vertragsauflösung *vor* Eröffnung des Insolvenzverfahrens, auch wenn diese nur eine juristische Sekunde vor einer solchen Eröffnung des Insolvenzverfahrens stattfindet, scheint somit schon nach dem Gesetzeswortlaut der §§ 25a und 25b IO eindeutig zulässig zu sein. Diese Ansicht wird schließlich auch dadurch bestärkt, dass die im Ministerialentwurf der IO noch vorgesehene *rückwirkende* Vertragsauflösungssperre von drei Wochen<sup>8)</sup> fallen gelassen wurde und sich gerade nicht in der IO wiederfindet.

Die Einräumung eines Rücktrittsrechtes könnte etwa durch eine unmittelbare Informations- und Verständigungspflicht bezüglich eines *geplanten* Insolvenzantrages seitens des insolventen Vertragspartners und/oder eines etwaigen Gläubigerantrages sichergestellt werden. Damit würde dem nicht insolventen Vertragspartner die Möglichkeit eingeräumt werden, noch *vor* Eröffnung des Insolvenzverfahrens – wenngleich kurzfristig<sup>9)</sup> – das Vertragsverhältnis wegen Vorliegens eines wichtigen Grundes aufzulösen.

Sowohl beim Schuldnerantrag als auch bei einem Gläubigerantrag, der dem Schuldner gem § 70 Abs 2 IO vom Insolvenzgericht zugestellt wird, liegt die positive Kenntnis eines bevorstehenden (potenziellen) Insolvenzverfahrens, welche die vertraglich vereinbarte Informations- und Mitteilungspflicht unmittelbar auslöst, unstrittig vor.

Auch die Vereinbarung einer Konventionalstrafe für den Fall des Verstoßes gegen diese Informationspflicht ist – im Rahmen der üblichen Sittenwidrigkeitskontrolle – zulässig und könnte gegebenenfalls mit einer persönlichen Haftung der handelnden Personen oder einer anderen Sicherheit (zB einer Bankgarantie) insolvenzfest abgesichert werden.

Stellt man auf den Zeitpunkt des Antrages zur Eröffnung eines Insolvenzverfahrens als Kündigungs- oder Vertragsauflösungsmöglichkeit ab, wird dies im Falle eines Eigenantrages durch den Schuldner auch zu einem inhaltlich richtigen Ergebnis führen: Nämlich der vertraglich ausbedungenen und „*fairen*“ Chance des nicht insolventen Vertragspartners,

6) Vgl etwa die Erläut zu Art 1 Z 15 IRÄG 2010 (§ 25b IO).

7) Auch die vergleichbare Rechtslage und Diskussion in Deutschland zur dt Insolvenzordnung scheint zum selben Ergebnis zu gelangen; vgl Berger, Lösungsklauseln für den Insolvenzfall, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung<sup>2</sup> (2000) 509 f.

8) Vgl dazu 83/ME 24. GP – Ministerialentwurf; § 25a Abs 3 IO lautete: „*Hat ein Vertragspartner des Schuldners in den letzten 3 Wochen vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens den Vertrag mit dem Schuldner aufgelöst, so gilt die Erklärung als nicht abgegeben, wenn sie nicht auf einen wichtigen Grund im Sinne des Abs 1 gestützt ist und das Unternehmen fortgeführt wird.*“

9) Vgl § 70 Abs 2 IO; ErläutRV zum IRÄG 2010, 612 BlgNR 24. GP 16 zu Art 1 Z 28 (§ 70 IO): In der bisherigen Gerichtspraxis dauerten Konkursöffnungsverfahren nach Gläubigerantrag zT lange, weil manche Konkursgerichte dem Schuldner in der Tagsatzung die Möglichkeit des Abschlusses von Ratenvereinbarungen mit Gläubigern einräumten; künftig ist dies nicht mehr möglich und generell mit einer Beschleunigung der Insolvenzeröffnung zu rechnen.

venzrechtsänderungsgesetzes 2010 auf gesellschaftsvertraglich verankerte Aufgriffsrechte, RdW 2010/278, 259 mwH.

2) Für einen Überblick über die neuen Regelungen hinsichtlich der Auflösung von Verträgen nach dem IRÄG 2010 vgl etwa Reisenhofer, Die Bestimmungen zur Auflösung von Verträgen nach dem IRÄG 2010, Zak 2010/500, 287.

3) Vgl Widhalm-Budak, Das Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2010, in Konecny, IRÄG 2010 (2010) 23 (30 f) mwH.

4) Gem § 74 Abs 1 IO ist die Eröffnung des Insolvenzverfahrens nach wie vor durch Edikt öffentlich bekanntzumachen.

5) Verträge gem § 20 Abs 4 IO sind davon ausgenommen.

schon im Vorfeld der Insolvenzeröffnung vom Vertrag zurücktreten zu können. Problematischer ist freilich der Fall, dass ein Gläubiger einen Antrag auf Insolvenzeröffnung stellt, welcher jedoch in der Folge vom zuständigen Insolvenzgericht mangels der Voraussetzungen für die Insolvenzeröffnung abgewiesen wird. Diesfalls erscheint ein Rücktritt des Vertragspartners *prima facie* unbillig. Allerdings muss es den Vertragsparteien im Rahmen der Privatautonomie unbenommen bleiben, – im Rahmen der rechtlichen Schranken der IO – vertragliche Kündigungs- und Auflösungsgründe vorzusehen. Schließlich obliegt es jeweils einzelfallbezogen dem Verhandlungsgeschick und der faktischen Marktmacht der Vertragsparteien, solche Regelungen zu treffen oder auch nicht. Wenngleich die (automatische) Vertragsauflösung bei einem unberechtigten Gläubigerantrag im Einzelfall „ungerecht“ sein mag, ist auch in diesem Fall die Anknüpfung eines Auflösungsgrundes an die objektivierbare Antragsstellung zur Eröffnung eines Insolvenzverfahrens zulässig. So könnte etwa ein geschickter Vertragsverhandler vertraglich vereinbaren, dass für den Fall der späteren Nichteröffnung eines Insolvenzverfahrens (trotz Antrages eines Gläubigers auf Insolvenzeröffnung) die Kündigung oder Auflösung *ex tunc* wegfällt. Unzulässig iSd § 25b Abs 2 IO wäre aber die Vereinbarung der tatsächlichen Insolvenzeröffnung als aufschiebende Bedingung für die Wirksamkeit des Kündigungs- und Auflösungsrechtes.

Die Vereinbarung der *automatischen* Vertragsauflösung für den Fall eines Eigen- oder Gläubigerantrages auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens kann freilich dann problematisch sein, wenn der Vertragspartner des potenziellen Schuldners Interesse an einer Aufrechterhaltung des Vertrages hat, etwa weil es sich um einen für ihn wesentlichen Vertrag handelt und der Eintritt des Insolvenzverwalters in das Vertragsverhältnis wahrscheinlich ist oder ansonsten etwa umfangreiche Neuausschreibungen oder Ähnliches notwendig wären. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang auch, dass Forderungen aus einem vom Insolvenzverwalter fortgesetzten Vertragsverhältnis Masseforderungen darstellen, welche zur Gänze zu befriedigen sind. Abgesehen vom Risiko einer Masseinsuffizienz, das empirisch gesehen jedoch nicht überbewertet werden sollte, bedeutet dies in manchen Fällen sogar eine faktische Besserstellung des nicht insolventen Vertragspartners.

Wird jedoch das Insolvenzverfahren des Schuldners – freiwillig oder nicht – noch vor Ausübung eines allfälligen Rücktrittsrechts durch den nicht insolventen Vertragspartner eröffnet, steht dem Insolvenzverwalter das Wahlrecht gem § 21 IO zu. Bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 25a IO kann der Vertragspartner des insolventen Schuldners das Vertragsverhältnis bei Unternehmensfortführung für sechs Monate nicht auflösen. Die neue kurze Frist von fünf Arbeitstagen gem § 21 Abs 2 IO erweist sich hierbei jedoch durchaus als zusätzliches *Druckmittel* des nicht insolventen Vertragspartners. Ist nämlich der Schuldner, was häufig der Fall ist, zu einer nicht in Geld bestehenden Leistung (zB einer Dienstleistung, einer Warenlieferung oder einem Werk) gegenüber dem Vertragspartner verpflichtet und ist der Schuldner mit der Erfüllung in Verzug, so muss sich der Insolvenzverwalter unverzüglich nach Einlangen des Ersuchens des Vertragspartners (Gläubigers), längstens aber binnen fünf Arbeitstagen, dazu erklären. Erklärt er sich nicht binnen dieser Frist, so wird angenommen, dass er vom Vertrag zurücktritt. Bei komplexen Rechtsfragen bzw Vertrags-

verhältnissen wie auch bei faktischen Schwierigkeiten (etwa wenn entscheidungsrelevante Unterlagen kurzfristig nicht zur Verfügung stehen) ist die Frist von fünf Arbeitstagen, die freilich vom Vertragspartner erstreckt werden könnte, ein Damoklesschwert, das dem Vertragspartner (Gläubiger) bei etwaigen nachträglichen Vertragsverhandlungen durchaus hilfreich sein kann. Er erlangt rasch Gewissheit darüber, ob das Vertragsverhältnis vom Insolvenzverwalter fortgesetzt wird. In der Praxis werden wohl primär jene Vertragspartner auf die kurze Frist von fünf Arbeitstagen bestehen, die Druck ausüben und/oder grundsätzlich aus dem Vertragsverhältnis „aussteigen“ wollen.

### 2.3. „Verschlechterungsklausel“ (MAC-Klausel)<sup>10)</sup>

Denkbar und möglich wäre es für den Vertragspartner auch, auf eine (wesentliche) „wirtschaftliche Verschlechterung“ des Vertragspartners (und späteren Schuldners) abzustellen. Sog Verschlechterungsklauseln (englisch „*Material Adverse Change*“-Klauseln; MAC-Klauseln) beinhalten Formulierungen, die auf eine wesentliche wirtschaftliche Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Vertragspartners Bezug nehmen. Eine solche „wesentliche Verschlechterung der Vermögensverhältnisse“ ist ein normativ unbestimmter Rechtsbegriff, der dem Gläubiger aus einem (Dauer)Schuldverhältnis eine außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund gegenüber seinem Schuldner ermöglichen soll, wenn wegen der schlechten Bonitätssituation des Schuldners die Geschäftsgrundlage des Vertrages wegfällt oder gefährdet wird. Die Ausgestaltung von MAC-Klauseln erfolgt in der Praxis als Resolutivbedingung, Suspensivbedingung oder als zugesicherte Eigenschaft.<sup>11)</sup>

Für MAC-Klauseln zwischen einem Vertragspartner und einem (späteren) Schuldner gilt das oben Gesagte: Jede vertraglich vereinbarte Vertragsauflösung vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens ist zulässig. In der Praxis kommt es aber schon bisher regelmäßig zu Meinungsverschiedenheiten zwischen Vertragspartnern, wenn sich eine der Parteien auf eine MAC-Klausel beruft. Nicht selten müssen (Schieds-) Gerichte die Frage, ob die behauptete wirtschaftliche Verschlechterung zum Zeitpunkt der Vertragsauflösung tatsächlich vorlag oder nicht, klären. Es ist daher aus Gründen der Rechtssicherheit wesentlich, die wirtschaftliche Verschlechterung objektivierbar zu machen. Geeignet scheinen dafür konkrete Schwellenwerte oder Prozentsätze in Bezug auf Unternehmenskennzahlen (Umsatz, EBIT(DA), Gewinn etc).

Wenngleich die leicht nachweisbare Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht mehr gültig als Auflösungsgrund vereinbart werden kann, so ist es jedenfalls zulässig, den Zeitpunkt der Antragstellung auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens als letzten Schritt der wirtschaftlichen Verschlechterung zu normieren.

Unzulässig wird es allerdings sein, auf eine wirtschaftliche Verschlechterung nach Eröffnung eines Insolvenzverfahrens abzustellen, da § 25b IO die Vertragsauflösungssperre des § 25a IO sicherlich nicht aushebeln soll.<sup>12)</sup>

10) Zu MAC-Klauseln allgemein vgl *Hanslik/Grossmayer*, MAC-Klauseln in Unternehmenskaufverträgen, *ecolex* 2007, 829.

11) Zur konkreten Formulierung von MAC-Klauseln vgl etwa *Draxler*, *Private Equity Exit – Strategie und Vertragsgestaltung* (2010) 153 f mwH.

12) *Konecny*, *ZIK* 2010/119, 86 f.

## 2.4. Sonderfall: Insolvenz und MAC-Klauseln beim Unternehmens- und Beteiligungskauf (Asset Deal und Share Deal)

Erwerber von Unternehmen versuchen oft, die Gefahr von vermögens- und ertragsmindernden Veränderungen vor der Durchführung der Transaktion (*Closing*) auf den Veräußerer überzuwälzen. In Anlehnung an die angloamerikanische Vertragspraxis steht die Wirksamkeit des Verfügungsgeschäftes dabei idR unter der (aufschiebenden) Bedingung, dass zwischen dem Verpflichtungsgeschäft (*Signing*) und dem *Closing* keine wesentliche, nachteilige Veränderung der wirtschaftlichen Lage der Zielgesellschaft eintritt. Kommt es jedoch dazu, ist der Erwerber nicht verpflichtet, die Transaktion durchzuführen und werden ihm etwa ein (kostenloses) Ausstiegsrecht sowie Gewährleistungs- bzw. Schadenersatzansprüche eingeräumt. Vor allem in Fällen längerer Zeitperioden zwischen *Signing* und *Closing* ist es aus Sicht des Erwerbers wünschenswert und nicht unüblich, im Falle der Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage der Zielgesellschaft zumindest die Möglichkeit zum Vertragsrücktritt zu haben.<sup>13)</sup>

MAC-Klauseln sind insb im Kontext des (internationalen) Unternehmens- und Beteiligungskaufs von hoher praktischer Relevanz.

Aus Käufersicht sind MAC-Klauseln erwünscht, die weit gefasst sind; aus Verkäufersicht ist eher eine enge Definition der wirtschaftlichen Verschlechterung vorteilhaft. Im Laufe der Vertragsverhandlungen einigt man sich regelmäßig auf eine weite Definition, bei der bestimmte Umstände aus dem Anwendungsbereich der MAC-Klausel ausgenommen werden (sog *carve-outs*), oder auf konkrete Verschlechterungen von Kennzahlen.<sup>14)</sup> Für die konkrete Ausgestaltung im Einzelfall gibt es mannigfaltige Varianten.<sup>15)</sup>

Aus insolvenzrechtlicher Sicht ist fraglich, inwiefern im Zusammenhang mit Unternehmens- oder Beteiligungskäufen der bisher üblicherweise verwendete Wortlaut von MAC-Klauseln angepasst werden muss oder ob dies nicht erforderlich ist, zumal die wirtschaftliche Verschlechterung nicht beim Schuldner selbst, sondern bei einem Dritten, nämlich der Zielgesellschaft, eintritt.

§ 25b Abs 1 IO besagt, dass sich die Vertragsteile nicht auf Vereinbarungen, wodurch die Anwendung der §§ 21 bis 25a IO im Verhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner im Voraus ausgeschlossen oder beschränkt wird, berufen können. Gem § 25b Abs 2 IO ist, wie bereits erörtert, die Vereinbarung eines Rücktrittsrechts oder der Vertragsauflösung für den Fall der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens grundsätzlich unzulässig. Aus den Materialien zu § 25b IO und nach bisheriger Literatur ist es für die Autoren nicht ersichtlich, ob die Bezugnahme in Abs 2 auf die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens bewusst nicht mehr auf das spezifische Verhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner abstellt. Nach Ansicht der Autoren ist aber davon auszugehen, dass der Wortlaut des Abs 2 insofern bloß verkürzt wiedergegeben wird, als auf die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens

eines Vertragspartners (des Schuldners) abgestellt wird. Dies entspricht auch dem „typischen“ Vertragsverhältnis, das nach Ansicht der Autoren der Gesetzgeber vor Augen gehabt haben dürfte.

MAC-Klauseln, die dem Käufer das Recht zum Vertragsrücktritt, dh Rücktritt vom Kauf der Zielgesellschaft, einräumen, wenn die Zielgesellschaft selbst insolvent wird, erscheinen nach dieser Ansicht zulässig. Dennoch wird aus (anwaltlicher) Vorsicht eine Vertragstextierung, die auf eine Eröffnung des Insolvenzverfahrens der Zielgesellschaft abstellt, zu vermeiden sein. Unter der Vorraussetzung, dass der Verkäufer nicht insolvent ist und somit auch nicht zum Schuldner iSd § 25b IO wird, erscheint nach Ansicht der Autoren eine derartige MAC-Klausel jedoch nach wie vor zulässig zu sein.

Denkbar ist aber freilich auch der Fall, dass der Verkäufer selbst insolvent und somit zum Schuldner iSd § 25b IO wird und diese Insolvenz auch die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens bei der Zielgesellschaft nach sich zieht. Da sich nach Ansicht der Autoren Abs 2 ebenso wie Abs 1 des § 25b nur auf das Verhältnis zwischen Gläubiger (Käufer) und Schuldner (Verkäufer) bezieht, wäre es auch in diesem Fall zulässig, eine Vertragsauflösung im Fall der Insolvenz der Zielgesellschaft wirksam zu vereinbaren, sofern dies mit § 25a IO vereinbar ist. Häufig wird in dieser Konstellation allerdings § 25a IO der Vertragsauflösung entgegenstehen. Die Auflösung des Unternehmenskaufvertrages vonseiten des Käufers wäre nämlich dann für eine Dauer von sechs Monaten unzulässig, wenn dadurch die Fortführung des (Schuldner-)Unternehmens gefährdet werden könnte. Eine solche Gefährdung wird idR vorliegen, hat doch das (Schuldner-)Unternehmen die zum *Signing/Closing* noch nicht insolvente Zielgesellschaft an den Käufer veräußert. Nach Ansicht der Autoren stellt der Wortlaut des § 25a Abs 1 IO eindeutig auf die Fortführung des (Schuldner-)Unternehmens und gerade nicht auf die Fortführung des (Zielgesellschafts-)Unternehmens ab, besteht doch zwischen dem Käufer und der Zielgesellschaft selbst kein Vertragsverhältnis, das einer Auflösungssperre iSd § 25a IO unterliegen könnte.

### 3. Conclusio

3.1. Die Neuregelungen der IO lassen genügend Spielraum für die Vertragsparteien, die Vertragsbeendigung an Ereignisse vor der Insolvenzeröffnung des insolventen Vertragspartners (Schuldners) zu knüpfen, welche mit Informations- und Mitteilungspflichten zB über (bevorstehende) Insolvenzanträge verbunden werden können. Ein Verstoß gegen solche Pflichten könnte mit Konventionalstrafen sanktioniert werden, die vorzugsweise insolvenzfest abzusichern sind.

3.2. Sog „Verschlechterungsklauseln“ (MAC-Klauseln) sind im Lichte der neuen IO zulässig und sollten an objektivierbare Parameter anknüpfen, die auf einen Zeitpunkt spätestens (unmittelbar) vor Insolvenzeröffnung des Schuldners abstellen; zu denken ist etwa an den Zeitpunkt der Antragstellung für die Eröffnung einer Insolvenz als letzten Schritt der wirtschaftlichen Verschlechterung.

3.3. § 25b IO umfasst nach Ansicht der Autoren nur das Vertragsverhältnis zwischen den beiden Vertragspartnern selbst, dh zwischen Gläubiger und Schuldner. Daher ist es zulässig, Auflösungs- oder Rücktrittsrechte im Rahmen eines Unternehmens- oder Beteiligungskaufs an MAC-Klauseln zu

13) Dazu ausführlicher *Draxler, Private Equity Exit* 146 ff.

14) *Hanslik/Grossmayer, ecolex* 2007, 831.

15) Zu konkreten Formulierungsvorschlägen vgl auch *Draxler, Private Equity Exit* 153 f.

knüpfen, die auch direkt auf die Insolvenzeröffnung des Zielunternehmens abstellen; dies setzt allerdings voraus, dass der

Verkäufer selbst (noch) nicht insolvent ist, widrigenfalls die Auflösungssperre des § 25a IO greifen könnte.



**Der Autor:**

Mag. Dr. Thomas Trettnak, LL.M./CM (Northwestern/Kellogg) ist Partner der Wirtschaftskanzlei CHSH Cerha Hempel Spiegelfeld Hlawati. Er ist in Österreich und New York als RA zugelassen. Der Schwerpunkt seiner Tätigkeit liegt in der Begleitung von M&A Transaktionen, Restrukturierungen sowie gesellschafts- und wirtschaftsrechtlicher Beratung für in- und ausländische Klientel. Zahlreiche Publikationen im Gesellschafts-, Finanzierungs- und Abgabenrecht.



**Der Autor:**

Mag. Dr. Franz A. Höfer, LL.M. ist Rechtsanwalt der Wirtschaftskanzlei CHSH Cerha Hempel Spiegelfeld Hlawati. Der Schwerpunkt seiner Tätigkeit liegt in der Begleitung von M&A Transaktionen in Österreich und CEE sowie in der gesellschafts- und wirtschaftsrechtlichen Beratung in- und ausländischer Klienten.

Dr. Bernhard Birek  
Schlüßberg

■ ZIK 2010/311, 208

## Das nachteilige Rechtsgeschäft nach dem IRÄG 2010

In der Insolvenzverwalterpraxis bereitet das nachteilige Rechtsgeschäft iSd nunmehrigen § 31 Abs 1 Z 3 IO Probleme. Durch die neue Gesetzgebung sind zahlreiche Fragen offen, Standpunkte wurden bereits von einem Teil der Lehre<sup>1)</sup> dargelegt. Dieser Beitrag ist in drei Themengebiete gegliedert: Im ersten Teil wird kurz die bisherige Rechtslage und Rsp skizziert, im zweiten Teil werden die Bestimmungen iSd IO erörtert, während im dritten Teil die eigene Ansicht dargelegt und insb zur Anfechtung des nachteiligen Rechtsgeschäftes ein eigener, in der Praxis leicht zu handhabender Weg aufgezeigt wird.

### 1. Die bisherige Rechtslage und Rsp zum nachteiligen Rechtsgeschäft

Man kann wohl mit Fug und Recht behaupten, dass das nachteilige Rechtsgeschäft iSd § 31 Abs 1 Z 2. Fall KO Gegenstand zahlreicher Publikationen im Anfechtungsrecht gewesen ist und wohl auch bleibt.<sup>2)</sup>

In der Praxis liegt das Hauptaugenmerk der Anfechtung nachteiliger Rechtsgeschäfte bei der Anfechtung des Kontokorrentkredites, das Höchstgericht sieht in der Aufrechterhaltung des Kontokorrentkredites das nachteilige Rechtsgeschäft.<sup>3)</sup> Der OGH geht davon aus, dass auch nach § 31 Abs 1 Z 2 1. Fall KO unanfechtbare Zug-um-Zug-Geschäfte im Rahmen des nachteiligen Rechtsgeschäftes anfechtbar bleiben, da dem Schuldner wieder Liquidität zur Verfügung gestellt wird.<sup>4)</sup> Gegenstand der

- 1) *König*, Änderungen im Anfechtungsrecht, in *Konecny*, IRÄG 2010 (2010) 79 ff; *Riel*, Zur Anfechtung im Sanierungsverfahren, ZIK 2010/183, 131 FN 2; *Kodek*, Das IRÄG 2010 im Überblick, Zak 2010/499, 285 f; *Reckenzaun*, IRÄG 2010 – Insolvenzordnung (2010) 65; *Mohr/Riel*, Das IRÄG 2010 aus Bankensicht, RdW 2010/639, 615; *Kodek*, Von der KO zur IO – Das IRÄG im Überblick, ÖBA 2010, 505 f; *Mohr*, Das Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2010, eoclex 2010, 563 ff; *Widhalm-Budak*, Die Änderungen durch das IRÄG 2010 bei Absonderungsrechten und bei der Anfechtung, in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2009, 116 ff.
- 2) *Schumacher*, Fehlgeschlagene Sanierung und Konkursanfechtung der Kreditsicherheiten „wegen Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit“ (§ 31 Abs 1 Z 2 KO), ÖJZ 1981, 29; *Kozioł*, Der Begriff des „nachteiligen Rechtsgeschäftes“ in § 31 Abs 1 Z 2 KO, JBl 1982, 57; *ders*, Gedanken zum „nachteiligen Rechtsgeschäft“ im Sinne des § 31 KO und zu den Ansprüchen des Anfechtungsgegners gem § 41 KO, ÖBA 1988, 1079; *Karollus*, Neuorientierung der Judikatur zum „nachteiligen“ Sanierungskredit (§ 31 Abs 1 Z 2 Fall 2 KO)? ÖBA 1989, 34; *König*, Kausalität der Nachteiligkeit bei der Konkursanfechtung – Gedanken zu OGH 24. 5. 1989, 1 Ob 686/88, wbl 1989, 257; *Fink*, Sicherungs-Globalzession als „nachteiliges Rechtsgeschäft“ (§ 31 Abs 1 Z 1 und 2, jeweils 2. Fall KO), RdW 1989, 183; *Kozioł*, Konkursanfechtung wegen Nachteiligkeit des Rechtsgeschäftes, JBl 1991, 509; *Motter*, Kreditgewährung in der Krise. Die Banken im Spannungsfeld der Insolvenz, ÖBA 1992, 602; *Weissel*, Die mittelbare Nachteiligkeit von Kreditgeschäften nach § 31 KO, ÖBA 1992, 630; *P. Doralt*, Zur Gläubigeranfechtung wegen mittelbar nachteiliger Rechtsgeschäfte, ÖBA 1995, 113; *Bachmann*, Die Anfechtung kongruenter Befriedigungen und Sicherstellungen nach §§ 28, 30 und 31 KO, ZIK 1996, 3; *Rebernig*, Konkursanfechtung des Kontokorrentkredites

- (1998); *Bollenberger*, Anfechtung von Finanzierungsgeschäften gem § 31 Abs 1 Z 2 KO – Überlegungen aus Anlass der Entscheidungen 2 Ob 2147/96s und 4 Ob 306/98y, ÖBA 1999, 409; *König*, Die (objektive) Nachteiligkeit als allgemeine Anfechtungsvoraussetzung, RdW 1999, 317; *Widhalm*, Kontokorrentkredit und Konkursanfechtung (2000); *Bachmann*, Zur Anfechtung des Kontokorrentkredites als nachteiliges Rechtsgeschäft (§ 31 Abs 1 Fall 2 KO), ZIK 2002/207, 146; *Schummer*, Ein Dauerbrenner: Die Anfechtung revolvierender Kontokorrentkredite, ÖBA 2002, 173; *Bollenberger*, Der erforderliche Zusammenhang zwischen Haftungsgrund und Haftungsumfang beim revolvierenden Kredit als nachteiliges Rechtsgeschäft (§ 31 Abs 1 Z 2 Fall 2 KO) – Zugleich eine Besprechung der Entscheidung OGH 17. 11. 2004, 9 Ob 24/04s, ÖBA 2005, 683; *Schulyok*, Kritische Bemerkungen zum Anfechtungsvolumen beim nachteiligen Rechtsgeschäft, ZIK 2008/69, 38; *König* in *Konecny*, IRÄG 2010, 79 ff; *Riel*, ZIK 2010/183, 131 FN 2; *Kodek*, Zak 2010/499, 285 f; *Reckenzaun*, IRÄG 2010, 65; *Mohr/Riel*, RdW 2010/639, 615; *Kodek*, ÖBA 2010, 505 f; *Mohr*, eoclex 2010, 563 ff.
- 3) 6 Ob 110/00w; 6 Ob 72/06s; *König* sieht richtigerweise in der Hereinnahme von Einzahlungen und der entsprechenden Gestattung von Kreditausnutzungen, jeweils ungesichert bzw gesichert (Zession), das nachteilige Rechtsgeschäft: *König*, Anfechtung\* Rz 11/79.
- 4) SZ 57/87; 3 Ob 68/02z; *Rebernig* in *Konecny/Schubert*, Kommentar zu den Insolvenzgesetzen § 31 KO Rz 22; krit *Rebernig* in *Konecny/Schubert*, KO § 39 Rz 46, der davon ausgeht, dass durch den Vorwurf, dem Schuldner Liquidität zu gewähren, der Bank Handlungspflichten auferlegt werden, und zwar in der Form, dass Konkursantrag eingebracht oder der Kredit fällig gestellt werden müsste.