

drängung der Gesellschaftsorgane geprägt ist; eben dies ist im Rahmen des Restrukturierungsverfahrens nicht der Fall, sodass insofern ein Sanierungsgesellschaftsrecht entstehen dürfte. Dies hängt natürlich im Wesentlichen davon ab, wie das Restrukturierungsverfahren von der Sanierungspraxis angenommen wird (Rz 8).

## 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 Bestandfähigkeit 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 Bestandfähigkeit sicherzustellen; dabei sind die Interessen der Gläubiger, der Anteilsinhaber und der sonstigen Interessenträger angemessen zu berücksichtigen.

[BGBl I 2021/147]

### Literatur

*Schimka*, Gesellschaftsrechtliche Überlegungen zur Restrukturierungsordnung, GesRZ 2021, 374; *Wabl/Gassner*, Geschäftsleitung und Anteilsinhaber, in *Konecny*, RIRUG – Neuerungen im Restrukturierungs- und Insolvenzrecht, ZIK-Spezial 2021, 201.

### Übersicht

I.	Überblick .....	1, 2
II.	Antragserfordernis und Zielsetzung des Restrukturierungsverfahrens (Abs 1) .....	3
	A. Antrag des Schuldners	
	1. Beschränkung der Antragsbefugnis auf den Schuldner .....	4
	2. Voraussetzungen für die Einleitung .....	5, 6

3. Antragsbefugnis .....	7
a) Kompetenz für die Antragstellung.....	8–14
b) Nachweis der Antragsbefugnis .....	15
B. Ziele des Restrukturierungsverfahrens .....	16–19
1. Restrukturierung.....	20
2. Abwenden der Zahlungsunfähigkeit.....	21, 22
3. Sicherstellung der Bestandfähigkeit .....	23
III. Begriff der Restrukturierung (Abs 2).....	24
A. Bedeutung .....	25
B. Kernelemente der Definition.....	26, 28
1. Zielsetzung der Restrukturierung.....	29
2. Änderung der Zusammensetzung, der Bedingungen oder der Struktur bestimmter Aspekte.....	30–35
3. Beispiele.....	36
IV. Pflichten der Unternehmensleitung bei Eintritt der wahr- scheinlichen Insolvenz (Abs 3).....	37–39
A. Anwendungsbereich .....	40–43
B. Inhalt der Krisenmanagementpflicht.....	44
1. Abwenden der Insolvenz .....	45–48
2. Sicherstellung der Bestandfähigkeit .....	49
3. (Keine) Pflicht zur Krisenfrüherkennung .....	50–52
4. Berücksichtigung der Interessen der Gläubiger, der Anteilshaber und der sonstigen Interessenträger .....	53–55
5. Einleitung eines Restrukturierungsverfahrens .....	56, 57
C. Kompetenz zur Wahrnehmung der Krisenmanagement- pflicht .....	58
1. Einzelunternehmer .....	59
2. Personengesellschaften .....	60
3. Aktiengesellschaft .....	61, 62
4. GmbH.....	63–66
D. Folgen der Verletzung der Krisenmanagementpflicht .....	67
1. Abberufung.....	68
2. Schadenersatz.....	69–72
3. Strafrecht.....	73
4. Sonstige Sanktionen .....	74

## I. Überblick

Die Regelung des § 1 adressiert verschiedene **Grundaspekte des Restrukturierungsverfahrens**. So wird in Abs 1 das Antragsfordernis statuiert, die Antragsbefugnis auf den Schuldner beschränkt (Rz 4) und es werden die Ziele des Restrukturierungsverfahrens vorgegeben (Rz 16 ff). In Abs 2 wird der Begriff der Restrukturierung definiert, womit vor allem die Regelung der Ziele des Restrukturierungsverfahrens in Abs 1 vervollständigt wird. Schließlich sieht Abs 3 eine Krisenmanagementpflicht vor (Rz 37 ff). Insbesondere Abs 1 und 2 stehen zu Abs 3 in keinem unmittelbaren Verhältnis, da Abs 3 im Prinzip gesellschaftsrechtliche Organpflichten regelt.

- 2 Durch § 1 werden verschiedene **Regelungen der Restrukturierungsrichtlinie** umgesetzt. Abs 1 (Rz 3 ff) dient der Umsetzung von Art 1 Abs 1 lit a und Art 4 Abs 1 Restrukturierungsrichtlinie. Dabei ist allerdings zu beachten, dass Art 1 Abs 1 lit a und Art 4 Abs 1 Restrukturierungsrichtlinie das Abwenden der Insolvenz und nicht wie Abs 1 das Abwenden der Zahlungsunfähigkeit als Verfahrensziel definieren. Darin ist aber keine richtlinienwidrige Umsetzung zu sehen, da mit dem Verfahrensziel der Sicherstellung der Bestandsfähigkeit auf die Überschuldung abgestellt wird (Rz 23), sodass im Ergebnis beide Insolvenzgründe und damit die Insolvenz als solche in Bezug genommen wird. Mit der in Abs 2 (Rz 24 ff) enthaltenen Definition der Restrukturierung wird Art 2 Abs 1 Nr 1 Restrukturierungsrichtlinie nahezu<sup>1</sup> wörtlich umgesetzt. Schließlich setzt Abs 3 Art 19 Restrukturierungsrichtlinie um. Dabei geht Abs 3 mit der fehlenden Einschränkung auf vorsätzliches oder grob fahrlässiges Verhalten über die Anforderungen von Art 19 lit c Restrukturierungsrichtlinie hinaus, was unschädlich ist, da Art 19 Restrukturierungsrichtlinie insofern nur Mindestanforderungen aufstellt.

## II. Antragserfordernis und Zielsetzung des Restrukturierungsverfahrens (Abs 1)

- 3 Durch Abs 1 werden das **Antragserfordernis** (Rz 4 ff) für das Restrukturierungsverfahren und dessen **allgemeine Ziele** (Rz 16 ff) definiert und vorgegeben.

### A. Antrag des Schuldners

#### 1. Beschränkung der Antragsbefugnis auf den Schuldner

- 4 Nach Abs 1 wird das Restrukturierungsverfahren nur auf Antrag des Schuldners selbst eingeleitet. Damit ist eine **Einleitung von Amts wegen** ausgeschlossen. Ebenso wenig können die **Gläubiger** ein Restrukturierungsverfahren einleiten, womit ein nicht unerheblicher Unterschied zum Insolvenzverfahren besteht (§ 70 IO).

#### 2. Voraussetzungen für die Einleitung

- 5 Auch wenn Abs 1 für die Antragstellung – etwa im Gegensatz zu § 1 IO für das Insolvenzverfahren – keine besonderen Restrukturierungsgründe voraussetzt, bedeutet dies nicht, dass das Restrukturierungsgericht das Restrukturierungsverfahren ohne die Prüfung von solchen eröffnen kann. Voraussetzung für die Einleitung eines Restrukturierungsverfahrens ist die **wahrscheinliche Insolvenz** des Schuldners (§ 6 Abs 1). Letztere Regelung ist im Verhältnis zu Abs 1 *lex specialis*.

1 Der Unterschied besteht darin, dass Art 2 Abs 1 Nr 1 Restrukturierungsrichtlinie ein Wahlrecht hinsichtlich des Verkaufs des Unternehmens als Ganzes vorsieht, das der österreichische Gesetzgeber zugunsten der Erfassung dieser Maßnahme ausgeübt hat (Erläuterung 950 BgBl NR 27. GP 4).

Voraussetzung für die Einleitung ist zudem die **grundsätzliche Bestandfähigkeit des Schuldners**, auch wenn Letztere nur durch die Einleitung eines Restrukturierungsverfahrens sichergestellt werden kann. Ist ein Restrukturierungsverfahren von vornherein ohne Aussicht auf Erfolg, kann dieses auch nicht eingeleitet werden. Die (weiteren) genauen Anforderungen an den Antrag regelt § 7. Zur Bestandfähigkeit siehe Rz 49.

### 3. Antragsbefugnis

Die Antragsbefugnis besteht nach Abs 1 für den Schuldner, soweit dieser **restrukturierungsfähig** ist (§ 2 Rz 3 ff). Diese Antragsbefugnis kann vertraglich nicht mit Wirkung im Außenverhältnis ausgeschlossen werden, sondern bei der Antragstellung trotz gegenteilig übernommener Verpflichtung lediglich schuldrechtliche Ansprüche gegen den Schuldner begründen.

#### a) Kompetenz für die Antragstellung

Keine Regelung enthält Abs 1 zu der Frage, wem bei Schuldnern, bei denen es sich nicht um natürliche Personen handelt, die Kompetenz zur Antragstellung zukommt. Auch die Restrukturierungsrichtlinie enthält dahingehend keinerlei Vorgaben, sodass sich diese Frage nach dem auf den Schuldner **anwendbaren Gesellschaftsrecht** richtet.

Bei **Einzelunternehmern** besteht die Antragsbefugnis für die Einleitung eines Restrukturierungsverfahrens nur für den Unternehmensinhaber; eine Stellvertretung – auch durch einen Prokuristen – ist nicht möglich.<sup>2</sup>

Die Antragsbefugnis für die Einleitung eines Restrukturierungsverfahrens besteht bei **eingetragenen Personengesellschaften** für jeden vertretungsbefugten Gesellschafter und somit bei der **OG** für jeden Gesellschafter (§ 125 Abs 1 UGB) und bei der **KG** für den Komplementär (*arg* § 170 UGB); den Kommanditisten kommt keine Antragsbefugnis zu. Soweit im Gesellschaftsvertrag eine Gesamtvertretung angeordnet ist, gilt diese auch für den Antrag auf Einleitung eines Restrukturierungsverfahrens. Zu beachten ist allerdings, dass es sich bei der Einleitung des Restrukturierungsverfahrens um ein außergewöhnliches Geschäft handelt, sodass dafür im Innenverhältnis die Zustimmung aller Gesellschafter erforderlich ist. Der Gesellschaftsvertrag kann diesen Aspekt einer Mehrheitsentscheidung zugänglich machen.

Bei der **AG** kommt die Antragsbefugnis nur dem Vorstand und nicht dem Aufsichtsrat zu, da Letzterer die AG grundsätzlich nicht im Außenverhältnis vertreten kann. Soweit in der Satzung nicht von der Gesamtvertretung abgewichen wird, gilt diese auch für den Antrag auf Einleitung eines Restrukturierungsverfahrens. Diese Grundsätze gelten entsprechend für die **Europäische Aktiengesellschaft (SE)**.

<sup>2</sup> Wohl auch *Mohr*, ZIK 2021, 82 (84).

- 12 Bei der **GmbH** besteht die Antragsbefugnis nur für den Geschäftsführer. Soweit im Gesellschaftsvertrag nicht von der Gesamtvertretung bei mehreren Geschäftsführern abgewichen wird, gilt diese auch für den Antrag auf Einleitung eines Restrukturierungsverfahrens.
- 13 Eine bei den vertretungsberechtigten Organen des Schuldners gesetzlich oder gesellschaftsvertraglich vorgesehene **Gesamt-, Mehrheits- oder Einzelvertretung** gilt auch für die Antragstellung nach Abs 1. Eine abweichende Sonderregelung, wonach jedes Mitglied des vertretungsberechtigten Organs eigenständig einen Antrag stellen kann, ist nicht vorgesehen. **Gesellschaftsrechtliche Zustimmungsvorbehalte** – etwa der Gesellschafterversammlung oder des Aufsichtsrats – sind für die Einleitung des Restrukturierungsverfahrens unbeachtlich; die weisungswidrige Einleitung des Restrukturierungsverfahrens hat lediglich gesellschaftsinterne Folgen und berührt dieses nicht. Allerdings ist es dem für die Bestellung des Vertretungsorgans zuständigen Gesellschaftsorgan unbenommen, eine Abberufung des weisungswidrig handelnden Geschäftsleiters vorzunehmen und neue Geschäftsleiter mit der Maßgabe zu bestellen, den Antrag auf Einleitung des Restrukturierungsverfahrens wieder zurückzunehmen.
- 14 Bei **aufgelösten Gesellschaften** sind die Liquidatoren antragsbefugt.
- b) Nachweis der Antragsbefugnis**
- 15 Maßgeblich ist dabei die **Eintragung im Firmenbuch**, sodass das Restrukturierungsgericht weder die ordnungsgemäße Bestellung noch das Vorliegen einer **faktischen Organschaft** prüfen bzw annehmen kann.

### **B. Ziele des Restrukturierungsverfahrens**

- 16 Darüber hinaus werden in Abs 1 die Ziele des Restrukturierungsverfahrens definiert. Diese Ziele sind keine abstrakten Zielsetzungen des Verfahrens, sondern **zwingende Voraussetzungen für dessen Einleitung**. Das Restrukturierungsgericht muss daher bei der Antragstellung prüfen, ob diese Verfahrensziele vom antragstellenden Schuldner überhaupt erreicht werden können. Dabei ist eine summarische Prüfung vorzunehmen, da eine Vollprüfung im Zeitpunkt der Antragstellung schlicht unmöglich ist und auch den Fortgang des weiteren Verfahrens unnötig verzögern würde.
- 17 Mit diesen drei Verfahrenszielen wird letztlich ein **Vorrang des Insolvenzverfahrens** sichergestellt. Droht dem Schuldner trotz des Restrukturierungsverfahrens ein Insolvenzverfahren, wird den Interessen der Gläubiger in diesem in größerem Umfang Rechnung getragen, zumal sie in diesem auch stärker repräsentiert sind. Die Durchführung eines Restrukturierungsverfahrens mit anschließender Durchführung eines Insolvenzverfahrens ist aus Gründen der Verfahrenseffizienz nicht erstrebenswert und soll daher verhindert werden. Reicht das Restrukturierungsverfahren nicht aus, um die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens jedenfalls für einen absehbaren Zeitraum

(dazu Rz 21) auszuschließen, soll es nach der gesetzlichen Konzeption gleich zur Durchführung eines Insolvenzverfahrens kommen. Diese gesetzgeberische Zielsetzung ist gleichwohl Schwierigkeiten bei der Umsetzung ausgesetzt, da sich die insofern relevanten Tatbestandsmerkmale bzw Insolvenzgründe nicht vollständig voneinander abgrenzen lassen.

Dabei handelt es sich um eine **kumulative Aufzählung**, sodass ein Restrukturierungsverfahren nicht eingeleitet werden kann, wenn eines der drei Verfahrensziele nicht erreicht werden kann. Relevant dürfte dies vor allem im Hinblick auf das erforderliche Abwenden der Zahlungsunfähigkeit (Rz 21 f) und die Sicherstellung der Bestandfähigkeit (Rz 23) sein, da diese Begriffe normativ vorgeprägt sind. 18

Die Aufzählung der Verfahrensziele in Abs 1 ist **abschließend**, sodass die Einleitung des Restrukturierungsverfahrens nicht vom Erreichen weiterer Ziele – wie etwa dem Erhalt von Arbeitsplätzen oder einer bestimmten Infrastruktur – abhängig gemacht werden kann. 19

### 1. Restrukturierung

Das Restrukturierungsverfahren muss dem Schuldner zunächst ermöglichen, sich zu restrukturieren. Der Begriff der Restrukturierung wird in **Abs 2** (Rz 24 ff) definiert. 20

### 2. Abwenden der Zahlungsunfähigkeit

Zudem muss das Restrukturierungsverfahren die Zahlungsunfähigkeit abwenden. Diese Formulierung ist missverständlich, da das Restrukturierungsverfahren bei Vorliegen einer Zahlungsunfähigkeit schon nicht eingeleitet werden kann (§ 7 Abs 3 – § 7 Rz 8 ff). Tatsächlich dürfte damit der **fehlende Eintritt der Zahlungsunfähigkeit** gemeint sein. Insofern muss das Restrukturierungsverfahren daher darauf ausgerichtet sein, dass der Schuldner in absehbarer Zeit nicht zahlungsunfähig wird. Der dabei relevante Zeithorizont wird durch Abs 1 nicht vorgegeben. Im Ergebnis dürfte nicht auf die Merkmale der Definition in § 6 Abs 2 abzustellen sein, da dies einen äußerst langen Prognosezeitraum zur Folge hätte und zudem die Grenzen zwischen drohender Zahlungsunfähigkeit und Zahlungsunfähigkeit verschwimmen lassen würde. Daher wird man im Ergebnis davon ausgehen können, dass die Zahlungsunfähigkeit durch die Einleitung des Restrukturierungsverfahrens dann abgewendet wird, wenn die Liquiditätsplanung im Zeitpunkt der Antragstellung unter Berücksichtigung des Restrukturierungsverfahrens für die kommenden zwei Jahre keine Zahlungsunfähigkeit begründen wird. 21

Nicht eindeutig ist das **Verhältnis des Abwendens der Zahlungsunfähigkeit von der ebenfalls erforderlichen Sicherstellung der Bestandfähigkeit des Schuldners** (Rz 23). Da letzterer Begriff auf die Lebensfähigkeit im Rahmen der Fortführungsprognose der Überschuldungsprüfung abstellt, dürfte das Verhältnis wohl so verstanden werden, dass durch das Restrukturierungs- 22

verfahren sowohl die Zahlungsunfähigkeit als auch die Überschuldung vermieden werden soll, um so zu verhindern, dass der Schuldner in absehbarer Zeit nach der Durchführung des Restrukturierungsverfahrens ein Insolvenzverfahren durchlaufen wird. Zum Vorrang des Insolvenzverfahrens Rz 17.

### 3. Sicherstellung der Bestandfähigkeit

- 23 Schließlich muss mit dem Restrukturierungsverfahren die Bestandfähigkeit des Schuldners sichergestellt werden. Ausweislich der Gesetzesbegründung soll damit auf die Rechtsprechung zum Begriff der **Lebensfähigkeit im Rahmen der Fortführungsprognose der Überschuldungsprüfung (§ 67 IO)**<sup>3</sup> abgestellt werden.<sup>4</sup> Diese begriffliche Bezugnahme ist nicht unproblematisch, da die Überschuldung nicht bei allen restrukturierungsfähigen Schuldnern (§ 2 Rz 3 ff) Insolvenzgrund ist. Gleichwohl dürfte die Bezugnahme auf den Begriff der Lebensfähigkeit nur so verstanden werden, dass mit dem Abschluss des Restrukturierungsverfahrens sichergestellt sein muss, dass keine überwiegende Wahrscheinlichkeit besteht, dass über das Vermögen des Schuldners ein Insolvenzverfahren eröffnet wird. Daraus ergibt sich, dass aus dem Verfahrensziel der Sicherstellung der Bestandfähigkeit keine Pflicht zur Vornahme einer Überschuldungsprüfung folgt. Bei den Schuldnern, bei denen die Überschuldung hingegen Insolvenzgrund ist, muss das Restrukturierungsverfahren darauf abzielen, deren fehlenden Eintritt sicherzustellen.<sup>5</sup> Zum Vorrang des Insolvenzverfahrens insgesamt Rz 17.

## III. Begriff der Restrukturierung (Abs 2)

- 24 In Abs 2 wird der Begriff der Restrukturierung in Übereinstimmung mit **Art 2 Abs 1 Nr 1 Restrukturierungsrichtlinie** definiert.

### A. Bedeutung

- 25 Die in Abs 2 enthaltene Definition ist zunächst für das entsprechende **Verfahrensziel in Abs 1** in Form der Ermöglichung der Restrukturierung (Rz 20) relevant. Ob daraus allerdings konkrete Rechtsfolgen abgeleitet werden können, erscheint zweifelhaft.

### B. Kernelemente der Definition

- 26 Die Definition baut auf **zwei Kernelementen** in Form der **Zielsetzung der Restrukturierung** (Rz 29) und der **Änderung der Zusammensetzung, der Bedingungen oder der Struktur** der Vermögenswerte (Rz 31), der Verbindlichkeiten (Rz 32) oder jedes anderen Teils der Kapitalstruktur des Unternehmens (Rz 33) auf.

3 RS0064989.

4 ErläutRV 950 BlgNR 27. GP 3.

5 Unklar *Mohr*, ZIK 2021, 82 (83).

Bei der Restrukturierung im Sinne von Abs 1 handelt es sich lediglich um **eine finanzielle und nicht um eine strukturelle Restrukturierung**, da die ReO es dem Schuldner lediglich ermöglicht, seine Verbindlichkeiten gegenüber Dritten zu modifizieren; eine Veränderung von Rechtsverhältnissen an sich ist nicht vorgesehen, wäre für eine strukturelle Restrukturierung aber notwendig. 28

### 1. Zielsetzung der Restrukturierung

Zunächst werden nur Maßnahmen erfasst, die auf eine **Restrukturierung abzielen**. Damit sind alle Maßnahmen nicht von der Definition erfasst, bei denen die Restrukturierung sozusagen nur (unbeabsichtigte) Nebenfolge ist. 29

### 2. Änderung der Zusammensetzung, der Bedingungen oder der Struktur bestimmter Aspekte

Zudem muss die Maßnahme auf die **Änderung der Zusammensetzung, der Bedingungen oder der Struktur** (Rz 34 f) **der Vermögenswerte** (Rz 31), **der Verbindlichkeiten** (Rz 32) **oder jedes anderen Teils der Kapitalstruktur des Unternehmens** (Rz 33) abzielen. 30

Der Begriff der **Vermögenswerte** wird in der ReO selbst nicht definiert und auch in der österreichischen Privatrechtsordnung sonst nicht verwendet. Er ist vor allem nicht mit dem bilanziellen Begriff des Vermögensgegenstandes (§ 201 Abs 2 Z 3 UGB) gleichzusetzen, da dieser Begriff aufgrund des konservativen Bilanzierungsansatzes des Bilanzrechts deutlich enger ist. Dies zeigt sich etwa bei den selbst erstellten immateriellen Vermögensgegenständen, die zweifellos einen Vermögenswert im Sinne von Abs 2 darstellen, für die Bilanz aber einem Aktivierungsverbot unterliegen (§ 197 Abs 2 UGB). 31

Bei den **Verbindlichkeiten** dürfte hingegen im Grundsatz auf das bilanzielle Begriffsverständnis abzustellen sein, wobei zusätzlich die Einschränkungen des § 3 zu beachten sind, wonach bestimmte Forderungen vom Restrukturierungsverfahren ausgenommen sind. 32

Schließlich erwähnt Abs 2 noch **andere Teile der Kapitalstruktur des Unternehmens**, ohne dass deutlich wird, was damit genau gemeint sein soll. Im Ergebnis dürfte es sich dabei um Eigenkapital- und eigenkapitalähnliche Instrumente handeln. Diese zeichnen sich bei einer wahrscheinlichen Insolvenz in der Regel durch eine fehlende Werthaltigkeit aus, sodass sie – wirtschaftlich betrachtet – nicht als Vermögenswerte erfasst werden können. Im Ergebnis handelt es sich bei den anderen Teilen der Kapitalstruktur des Unternehmens also um einen Auffangtatbestand. 33

Die zudem erforderliche **Änderung der Zusammensetzung, der Bedingungen oder der Struktur** der Vermögenswerte, der Verbindlichkeiten oder jedes anderen Teils der Kapitalstruktur des Unternehmens ist immer schon 34

dann gegeben, wenn irgendeine Veränderung vorgenommen wird. Die Materialien erwähnen zusätzlich Forderungserlässe und -kürzungen, Laufzeitanpassungen, die Einräumung von Informations- und Einsichtsrechten sowie Verwertungs- und Verteilungsregelungen.<sup>6</sup> Die in Abs 2 erfolgende Aufzählung der Arten der Änderungen hat keine eigenständige Bedeutung, sodass aus dieser nicht gefolgert werden kann, in welchem Umfang oder auf welche Art und Weise Änderungen vorgenommen werden können.

- 35 Nicht eindeutig ist, welche Bedeutung die Erwähnung der **Bedingungen** in Abs 2 hat bzw wie weitreichend dies ist. Im Grundsatz dürfte daraus nicht gefolgert werden, dass auch die Änderung einzelner rechtlicher Regelungen in den Bedingungen uneingeschränkt möglich ist.<sup>7</sup> Vielmehr beschränkt sich die Restrukturierung im Rahmen der ReO auf eine Anpassung der Forderungshöhe und Zahlungsmodalitäten; dies ergibt sich letztlich auch aus § 28 Satz 2 (§ 28 Rz 5 f), der auf die die Zahlung betreffenden Vertragsbedingungen Bezug nimmt. Weitergehende Eingriffe in die Rechte von Gläubigern oder Inhabern von Finanzinstrumenten sind nicht möglich.<sup>8</sup> Dies gilt insbesondere für einen Debt-to-equity-Swap, der ausweislich der Gesetzesmaterialien durch den Restrukturierungsplan allein nicht möglich sein soll.<sup>9</sup> Auch die Einräumung von Informations- und Einsichtsrechten steht jenseits der Anpassung der Forderungshöhe und der Zahlungsmodalitäten und kann daher im Rahmen des Restrukturierungsverfahrens allein nicht eingeräumt werden.<sup>10</sup> Auch eine simple Kündigung von Verträgen kann durch das Restrukturierungsverfahren nicht erreicht werden.<sup>11</sup>

### 3. Beispiele

- 36 Schließlich enthält Abs 2 verschiedene Beispiele von Restrukturierungsmaßnahmen, die aber nicht abschließend sind. Daher kommt dem Begriffsinhalt des **Verkaufs von Vermögenswerten oder Geschäftsbereichen** und der **Gesamtveräußerung des Unternehmens** sowie **alle erforderlichen operativen Maßnahmen** oder einer **Kombination dieser Elemente** keine eigenständige Bedeutung zu.

6 ErläutRV 950 BlgNR 27. GP 4.

7 Dies grundsätzlich anerkennend ErläutRV 950 BlgNR 27. GP 4; *Mohr*, ZIK 2021, 82 (83).

8 Unklar ErläutRV 950 BlgNR 27. GP 4, wonach in bestehende Finanzierungsverträge oder auch frühere Restrukturierungsvereinbarungen eingegriffen werden kann.

9 ErläutRV 950 BlgNR 27. GP 4; zustimmend *Mohr*, ZIK 2021, 82 (83).

10 Abweichend aber ErläutRV 950 BlgNR 27. GP 4; dem folgend *Mohr*, ZIK 2021, 82 (83).

11 *Mohr*, ZIK 2021, 82 (83).

## Übersicht

I. Überblick .....	1
II. Anwendbarkeit der IO (Satz 1).....	2
III. Keine Anwendung von § 253 Abs 3 fünfter Satz IO (Satz 2) .....	3

### I. Überblick

- 1 Durch § 5 wird der Grundsatz aufgestellt, dass die allgemeinen Verfahrensbestimmungen der IO anzuwenden sind, soweit die ReO keine Spezialregelungen trifft. Damit wird das Restrukturierungsverfahren mit einem **umfassenden zivilprozessualen Unterbau** versehen. Diese Regelung basiert nicht auf konkreten Vorgaben der Restrukturierungsrichtlinie.

### II. Anwendbarkeit der IO (Satz 1)

- 2 Nach Satz 1 gelten alle Verfahrensbestimmungen der IO auch im Restrukturierungsverfahren. Aufgrund des eindeutigen Wortlautes werden **nur Verfahrens- und keine materiell-rechtlichen Bestimmungen** von dem Verweis erfasst. Somit umfasst der Verweis die §§ 252 bis 263 IO<sup>1</sup> und damit auch mittelbar die Vorschriften der ZPO (§ 252 IO). Der Verweis ist nicht abschließend, sodass auch verfahrensrechtliche Vorschriften jenseits der §§ 252 bis 263 IO entsprechend angewendet werden können.<sup>2</sup>

### III. Keine Anwendung von § 253 Abs 3 fünfter Satz IO (Satz 2)

- 3 Für den Verweis auf die Verfahrensbestimmungen der IO enthält Satz 2 eine Ausnahme. Danach findet das Einsichtsrecht der Gläubigerschutzverbände nach § 253 Abs 3 fünfter Satz IO im Restrukturierungsverfahren keine Anwendung. Hintergrund dieser Ausnahme ist, dass das Restrukturierungsverfahren grundsätzlich als **geheimes Verfahren** ausgestaltet ist.<sup>3</sup>

#### Voraussetzungen für die Einleitung eines Restrukturierungsverfahrens

**§ 6.** (1) Die Einleitung eines Restrukturierungsverfahrens setzt die wahrscheinliche Insolvenz des Schuldners voraus.

(2) Wahrscheinliche Insolvenz liegt vor, wenn der Bestand des Unternehmens des Schuldners ohne Restrukturierung gefährdet wäre, insbesondere bei drohender Zahlungsunfähigkeit; sie wird vermutet, wenn die Eigenmittelquote 8 % unterschreitet und die fiktive Schuldentilgungsdauer 15 Jahre übersteigt.

1 So ausdrücklich ErläutRV 950 BlgNR 27. GP 6.

2 ErläutRV 950 BlgNR 27. GP 6.

3 ErläutRV 950 BlgNR 27. GP 6.

**(3) Ein Restrukturierungsverfahren ist nicht einzuleiten, wenn**

- 1. ein Insolvenzverfahren über das Vermögen des Schuldners anhängig ist oder**
- 2. ein Restrukturierungsplan oder ein Sanierungsplan vor weniger als sieben Jahren bestätigt wurde.**

**(4) Ist der Schuldner oder ein Mitglied von dessen vertretungsbefugtem Organ innerhalb von drei Jahren vor dem Antrag auf Einleitung des Restrukturierungsverfahrens nach § 163a StGB rechtskräftig verurteilt worden, so kann das Restrukturierungsverfahren nur dann eingeleitet werden, wenn er bescheinigt, geeignete Maßnahmen zur Behebung der Probleme, die zur Verurteilung geführt haben, ergriffen zu haben.**

[BGBl I 2021/147]

**Literatur**

*Bork*, Grundfragen des Restrukturierungsrechts, ZIP 2010, 397; *Bork*, Zum Stand der Diskussion um den Überschuldungstatbestand und zum Vorschlag einer Rückkehr zum Überschuldungstatbestand von 1999, ZIP 2019, Beilage zu Heft 43, 3; *Bork*, Neue Grundfragen des Restrukturierungsrechts, ZRI 2021, 345; *Brinkmann*, Die Rolle der drohenden Zahlungsunfähigkeit im künftigen Restrukturierungsverfahren – oder: erwacht Dornröschen als Emanze? in FS Karsten Schmidt (2019) 153–168; *Brinkmann*, Der präventive Restrukturierungsrahmen als trojanisches Pferd für Finanzinvestoren, NZI-Beilage 2019, 27; *Dahl/Linnenbrink*, Die Europäische Restrukturierungsrichtlinie – ein Überblick, NJW 2020, 21; *Eidenmüller*, Die Restrukturierungsempfehlung der EU-Kommission, KTS 2014, 401; *Eidenmüller*, Was ist ein Insolvenzverfahren? ZIP 2016, 145; *R. Freitag*, Grundfragen der Richtlinie über präventive Restrukturierungsmaßnahmen und ihrer Umsetzung in das deutsche Recht, ZIP 2019, 541; *Haas*, Die Einpassung des neuen RU-Restrukturierungsrahmens in das deutsche (Insolvenz- Gesellschafts-)Recht, ZZPInt 23 (2018), 101; *Heese*, Die Funktion des Insolvenzrechts im Wettbewerb der Rechtsordnungen, JZ 2018, 179; *Jackson*, Bankruptcy, Non-Bankruptcy Entitlements, and the Creditors' Bargain, 91 Yale LJ (1982) 857; *Jurgutyte-Ruez/Urthaler*, Der präventive Restrukturierungsrahmen in der Restrukturierungs-RL, ZIK 2019, 91; *Madaus*, Restrukturierungsverfahren mit Insolvenzprinzipien und Insolvenzverfahren mit Restrukturierungsziel? Eine Betrachtung der Grundannahmen des Insolvenz- und Restrukturierungsrechts, in FS Wimmer (2017) 446–474; *Madaus*, Die Vorgaben der EU-RL über präventive Restrukturierungsrahmen an den deutschen Gesetzgeber – Handlungsspielräume und -grenzen, DB 2019, 592; *Madaus*, Insolvenzzrechtliche Prinzipien für Restrukturierungshilfe? Eine kritische Betrachtung der dogmatischen Grundannahme des StaRUG, Working Paper 2021-1, 1; *Reisch*, Pflichtverletzungen des Abschlussprüfers in der Krise (aus Sicht der Gesellschaft), in *Konecny* (Hrsg), Insolvenz-Forum 2017 (2017) 213–250; *K. Schmidt*, Die Insolvenzsrechtsreform nach dem 54. Deutschen Juristentag, KTS 1982, 613; *Schlosser*, Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens, in *Leipold* (Hrsg), Insolvenzrecht im Umbruch: Analysen und Alternativen. Würzburger Arbeitstagung der Vereinigung der Zivilprozeßlehrer zum Referententwurf einer Insolvenzordnung (1991) 9–[X];

*Skauradzun*, Ein Umsetzungsrahmen für den präventiven Restrukturierungsrahmen, KTS 2019, 161; *Skauradzun*, Grundfragen zum StaRUG – Ziele, Rechtsnatur, Rechtfertigung, Schutzinstrumente, KTS 2021, 1 ff; *Thole*, Vom Totengräber zum Heilsbringer? Insolvenzkultur und Insolvenzrecht im Wandel, JZ 2011, 765; *Thole*, Der Richtlinienvorschlag zum präventiven Restrukturierungsrahmen, ZIP 2017, 101.

### Übersicht

I.	Unionsrechtliche Vorgaben .....	1–5
II.	Wahrscheinliche Insolvenz – Abs 1 und 2	
	A. Allgemeines .....	6
	B. Bestandsfähigkeit und Krise .....	7–9
	C. Kollision von ReO und IO .....	10–14
III.	Einleitungshindernisse – Abs 3 und 4 .....	15, 16

## I. Unionsrechtliche Vorgaben

- 1 Nach *Karsten Schmidt* muss die vorinsolvenzliche Restrukturierung eines Unternehmens „früh, schnell und still“ vorstattengehen, um erfolgreich sein zu können.<sup>1</sup> Je früher der Schuldner demnach seine finanziellen Schwierigkeiten erkennt und Restrukturierungsmaßnahmen ergreift, desto eher kann die Insolvenz abgewendet werden. In diesem Sinne sieht Art 4 Abs 1 RIRL vor, dass der Schuldner bei **wahrscheinlicher Insolvenz** Zugang zu einem präventiven Restrukturierungsrahmen haben muss. Auf diese Weise soll das primäre Ziel des neuen europäischen Restrukturierungsrechts, die Bestandsfähigkeit<sup>2</sup> eines Unternehmens in der Krise wieder dauerhaft sicherzustellen, erreicht werden (vgl ErwGr 24).
- 2 Konkrete **Vorgaben** darüber, wie wahrscheinlich der wirtschaftliche Zusammenbruch des Unternehmens sein muss, damit ein Restrukturierungsverfahren eingeleitet werden soll, gibt die Richtlinie hingegen nicht.<sup>3</sup> Nach Art 2 Abs 2 RIRL sind wesentliche Begriffe wie „Insolvenz“ und „wahrscheinliche Insolvenz“ iSd nationalen Rechts zu verstehen. Dieser pragmatische Ansatz ist aus unionsrechtlicher Perspektive wenig verwunderlich.<sup>4</sup> Ein trennscharfes Verständnis darüber, was man unter einem Insolvenzverfahren oder unter Insol-

1 *K. Schmidt*, Die Insolvenzrechtsreform nach dem 54. Deutschen Juristentag, KTS 1982, 613 (624); vgl auch *Thole*, Vom Totengräber zum Heilsbringer? Insolvenzkultur und Insolvenzrecht im Wandel, JZ 2011, 765 (768 f); im Zusammenhang mit der RIRL; *Flöther/Eckelt* in *Flöther*, Sanierungsrecht Einführung B Rn 3.

2 In der RIRL wird der Begriff „Bestandsfähigkeit“ verwendet. Die ReO gebraucht hingegen „Bestandfähigkeit“.

3 Im Bericht des Europäischen Parlaments wurde noch vorgeschlagen, dass die Kriterien für das Vorliegen einer „drohenden Insolvenz“ von der Kommission im Wege delegierter Rechtsakte festgelegt werden sollen; siehe Änderungsantrag 17: [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2018-0269\\_DE.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2018-0269_DE.html).

4 *Eidenmüller*, Was ist ein Insolvenzverfahren? ZIP 2016, 145 (147).

venzrecht versteht, besteht auf europäischer Ebene schließlich nicht.<sup>5</sup> Der Grund dafür liegt wohl in den divergierenden insolvenzrechtlichen und gesellschaftsrechtlichen Ansätzen, die in den Mitgliedstaaten verfolgt werden.<sup>6</sup> In europäischer Tradition gewährt die RIRL damit den Mitgliedstaaten schon bei den Zugangsvoraussetzungen zum Restrukturierungsrahmen einen weiten Umsetzungsspielraum.<sup>7</sup> Das nationale Recht legt demnach fest, wie manifest eine Unternehmenskrise sein muss oder welchen Grad an Sanierungsfähigkeit der Schuldner aufweisen soll, damit der sachliche Anwendungsbereich eröffnet ist.<sup>8</sup>

Zwar wird die Antwort auf die Frage, ab wann der sachliche Anwendungsbereich eines Restrukturierungsverfahrens eröffnet ist, ins nationale Recht verlagert, dennoch sind gewisse unionsrechtliche Rahmenbedingungen einzuhalten.<sup>9</sup> Einerseits muss ein gewisser **Abstand zur materiellen Insolvenz des Schuldners** gewahrt bleiben, damit ein Zugang zum Restrukturierungsrahmen bestehen kann.<sup>10</sup> Restrukturierungsmaßnahmen sollen schließlich möglichst früh einsetzen, damit die Bestandfähigkeit eines finanziell angeschlagenen Unternehmens erhalten bleibt und die materielle Insolvenz abgewendet wird.<sup>11</sup> Kann ein Unternehmen aus eigener Kraft hingegen nicht mehr bestehen, ist es also unvermeidbar liquidationsreif, so ist es in aller Regel auch zu spät für eine Restrukturierung und damit Zeit für einen geordneten Marktaustritt (vgl. ErwGr 3).<sup>12</sup> In den ErwGr zur RL (ErwGr 24) wird dementsprechend betont, dass der Restrukturierungsrahmen zur Verfügung stehen muss, **bevor**

5 *R. Freitag*, Grundfragen der Richtlinie über präventive Restrukturierungsmaßnahmen und ihrer Umsetzung in das deutsche Recht, ZIP 2019, 541 (546); vgl. *Eidenmüller*, ZIP 2016, 145; *Goetker* in *Flöther*, Sanierungsrecht Einführung E Rn 56.

6 *Eidenmüller*, Die Restrukturierungsempfehlung der EU-Kommission, KTS 2014, 401 (405); *Haas*, Die Einpassung des neuen RU-Restrukturierungsrahmens in das deutsche (Insolvenz-Gesellschafts-)Recht, ZZPInt 23 (2018), 101 (109 ff).

7 *Jurgutyte-Ruez/Urthaler*, Der präventive Restrukturierungsrahmen in der Restrukturierungs-RL, ZIK 2019, 91; zur Diskussion hinsichtlich der Umsetzung der RL in Deutschland siehe *Thole*, Der Richtlinienvorschlag zum präventiven Restrukturierungsrahmen, ZIP 2017, 101; *Dahl/Linnenbrink*, Die Europäische Restrukturierungsrichtlinie – ein Überblick, NJW 2020, 21.

8 *Madaus*, Die Vorgaben der Richtlinie für einen präventiven Restrukturierungsrahmen an den deutschen Gesetzgeber – Handlungsspielräume und -grenzen, DB 2019, 592 (593).

9 Vgl. *Skaradzun*, Ein Umsetzungskonzept für den präventiven Restrukturierungsrahmen, KTS 2019, 161.

10 ErwGr 24; statt vieler siehe *R. Freitag*, ZIP 2019, 541 (550); *Haas*, ZZPInt 23 (2018), 101 (109 ff); vgl. aber differenziert *Trenker* in *Konecny*, RIRUG 33 (34) nicht.

11 *Thole*, ZIP 2017, 101 (102); zur Empfehlung der Kommission: *Eidenmüller*, KTS 2014, 401 (404, 408); grundsätzlich zur Restrukturierung *Bork*, Grundfragen des Restrukturierungsrechts, ZIP 2010, 397 (399 ff).

12 Vgl. statt vieler *Heese*, Die Funktion des Insolvenzrechts im Wettbewerb der Rechtsordnungen, JZ 2018, 179 (180).

nach nationalem Recht die Voraussetzungen für die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens vorliegen. Die RIRL gibt damit ein Leitmotiv vor. Eine belastbare Aussage darüber, ob der Zugang zu einem Restrukturierungsverfahren auch dann bestehen darf, wenn ein Insolvenzeröffnungsstatbestand (Überschuldung, drohende Insolvenz), der nur in manchen Rechtsordnungen vorgesehen ist, erfüllt wäre, trifft der Unionsgesetzgeber hingegen nicht (siehe dazu bei Rz 10 ff).<sup>13</sup> Andererseits wird in den ErwGr zur RL und dem RL-Entwurf dennoch eine sehr vage Vorstellung davon erkennbar, worum es sich bei einem Insolvenzverfahren, welches es zu vermeiden gilt, im Kern handeln könnte. Demnach soll durch den Restrukturierungsrahmen ein Gesamtverfahren, durch das dem Schuldner die Verfügungsgewalt über sein Vermögen ganzheitlich entzogen und ein Verwalter bestellt wird, abgewendet werden.<sup>14</sup> Im Vordergrund eines klassischen Insolvenzverfahrens, das es nach der RIRL abzuwenden gilt, steht damit typischerweise die Lösung eines „*Common-pool*“-Problems der Gläubiger. Bei uneingeschränktem Zugriff aller Gläubiger reicht dabei das Vermögen des Schuldners nicht zur Befriedigung wiederum aller Gläubiger aus. Dies führt zu einem Gläubigerwettlauf, dessen Ergebnis oft nicht ökonomisch effizient sein wird. Damit erscheint es gerechtfertigt, die Rechte aller Gläubiger einzuschränken (sog. „voll kollektive“ Verfahren).<sup>15</sup> Einschränkungen können etwa darin bestehen, dass Forderungen aller Gläubiger, auch gegen deren Willen, gekürzt werden oder ein universeller Zwangsvollstreckungsstopp (*automatic stay*) eintritt. Das kollektive Insolvenzverfahren ersetzt eine hypothetische *Ex-ante*-Vereinbarung der Gläubiger, welche die Folgen des finanziellen Kollaps des Schuldners im Sinne aller Gläubiger effizient abfedern könnte, zu der es aber aufgrund von prohibitiv hohen Transaktionskosten und gegenteiligen Anreizeffekten nicht kommt („*creditors' bargain*“).<sup>16</sup> Ein derartiges *Common-pool*-Problem liegt bei materieller Insolvenz des Schuldners vor, kann aber auch bereits davor auftreten.<sup>17</sup> Das Insolvenz-

13 Haas, ZZPInt 23 (2018), 101 (109 f); Trenker in Konecny, RIRUG 33 (34).

14 Vgl ErwGr 24 oder aber auch Art 1 EUInsVO.

15 Eidenmüller, ZIP 2016, 145, der auch zu Recht anmerkt, dass der Unionsgesetzgeber keine konkrete Vorstellung davon haben dürfte, welche Auslösmomente zu einem Insolvenzverfahren führen sollten; Madaus in Kübler/Pritting/Bork, Kommentar zur InsO (90. Lfg) Art 1 EUInsVO Rn 24 ff; Madaus, Working Paper 2021-1, 1 (5 f); Haas, ZZPInt 23 (2018), 101 (109 f); Dammann in Paulus/Dammann, Preventive Restructuring Art 1 Rn 12 ff; vgl Jackson, Bankruptcy, Non-Bankruptcy Entitlements, and the Creditors' Bargain, 91 Yale LJ (1982) 857 (864 f).

16 Jackson, Bankruptcy, 91 Yale LJ (1982) 857 (860 ff).

17 Eidenmüller, ZIP 2016, 145 (150); anders aber Madaus, Restrukturierungsverfahren mit Insolvenzprinzipien und Insolvenzverfahren mit Restrukturierungsziel? Eine Betrachtung der Grundannahmen des Insolvenz- und Restrukturierungsrechts, in FS Wimmer (2017) 446 (469 f); im Überblick siehe: Dammann in Paulus/Dammann, Preventive Restructuring Art 1 Rn 12 ff.

verfahren nach der IO ist demnach ein kollektives Verfahren im erwähnten Sinne.<sup>18</sup> Ein Restrukturierungsverfahren sollte chronologisch davor ansetzen (siehe dazu bei Rz 10 ff). Ist der Schuldner bereits überschuldet und sind damit alle Gläubigeransprüche gefährdet, besteht ein *Common-pool-Problem*. Dieses gemeinsame Problem aller Gläubiger wird aber durch die ReO, anders als durch die IO, keiner kollektiven Lösung zugeführt.<sup>19</sup>

Andererseits wird vielfach betont, dass Eingriffe in die Rechte der Gläubiger, wie sie in einem Restrukturierungsverfahren auch gegen den Willen einzelner Gläubiger vorgenommen werden könnten, mitunter missbrauchsanfällig und nicht ohne Weiteres gerechtfertigt seien, sofern gar keine **Nähe zur Insolvenz** gegeben ist.<sup>20</sup> Damit ein Restrukturierungsverfahren eröffnet werden kann, sollte demnach zumindest eine ernste **Gefahr eines Gläubigerwettlaufes** auf den beschränkten Haftungsfonds des Schuldners bestehen.<sup>21</sup> Dem wird entgegengehalten, dass nach den Vorgaben der RIRL<sup>22</sup> auch eingriffssensitive Maßnahmen, wie etwa eine Vollstreckungssperre, nicht notwendigerweise davon abhängen, dass einem Schuldner die Insolvenz drohe. Angeregt wird etwa, gänzlich darauf zu verzichten, den wirtschaftlichen Zustand des Schuldners gerichtlich zu überprüfen. Die Beurteilung, ob ein Schuldner wahrscheinlich insolvent ist, solle demzufolge den Beteiligten am Restrukturierungsplan überlassen bleiben (freie Sanierung).<sup>23</sup>

**Zusammengefasst** wird der breite Zugangskorridor zum RIRL-Verfahren, nach dem überwiegenden Verständnis, durch eine weite Vorstellung der materiellen Insolvenz am einen Ende<sup>24</sup> und einer gewissen Krise am anderen Ende des Spektrums begrenzt.<sup>25</sup> Die RIRL betont vor allem die Notwendigkeit einer frühen Verfahrenseinleitung und damit verbunden den Abstand zur

18 So zur InsO Eidenmüller, ZIP 2016, 145 (150).

19 Vgl zum StaRUG Bork, Neue Grundfragen des Restrukturierungsrechts, ZRI 2021, 345 (348 f).

20 R. Freitag, ZIP 2019, 541 (546 ff); Garcimartin in Paulus/Dammann, Preventive Restructuring Art 4 Rn 13 ff, 17; Goetker in Flöther, Sanierungsrecht Einführung E Rn 64; siehe aber auch Rn 66; Fridgen in Skauradszun/Fridgen, BeckOK StaRUG<sup>2</sup> § 14 Rn 1, 4 ff; Kramer in Skauradszun/Fridgen, BeckOK StaRUG<sup>2</sup> § 29 Rn 4 ff; vgl Riel, Restrukturierungs- und Insolvenz-Richtlinie-Umsetzungsgesetz, AnwBl 2021, 379; allgemein Bork, ZIP 2010, 397 (402 f).

21 Brinkmann, Die Rolle der drohenden Zahlungsunfähigkeit im künftigen Restrukturierungsverfahren – oder: erwacht Dornröschen als Emanze? in FS Karsten Schmidt (2019) 153.

22 Siehe etwa ErwGr 3; Garcimartin in Paulus/Dammann, Preventive Restructuring Art 4 Rn 24 ff.

23 So etwa Madaus, Working Paper 2021-1, 1 (13 f).

24 Siehe Trenker in Konecny, RIRUG 33 (34), der mE zu Recht davon ausgeht, dass es nach der RIRL zulässig sei, den Anwendungsbereich auch auf Schuldner auszuweiten, die nach nationalem Recht insolvent sind.

25 Vgl zur ReO schon Riel, AnwBl 2021, 379.

materiellen Insolvenz (siehe dazu aber bei Rz 13).<sup>26</sup> Das Nähe-Abstand-Verhältnis zum nationalen Insolvenzverfahren gibt dem Gesetzgeber unzweifelhaft einen weiten Spielraum bei der RL-Umsetzung. Dieser macht eine Abgrenzung zu nationalen Insolvenzgründen, wie etwa der Überschuldung oder drohenden Zahlungsunfähigkeit, sofern man sie für notwendig hält, jedoch auch schwierig. Die Definition der Zugangsvoraussetzungen zum präventiven Restrukturierungsrahmen, der wahrscheinlichen Insolvenz, galt deswegen als eine der größeren Herausforderungen bei der Richtlinienumsetzung.<sup>27</sup>

## II. Wahrscheinliche Insolvenz – Abs 1 und 2

### A. Allgemeines

- 6 Ein Restrukturierungsverfahren soll es dem Schuldner gem § 1 Abs 1 ermöglichen, sich zu restrukturieren, um die **Zahlungsunfähigkeit abzuwenden** und die weitere **Bestandfähigkeit sicherzustellen**. Damit der Schuldner Zugang zu einem Restrukturierungsverfahren nach der ReO bekommt, muss gem § 6 Abs 1 „wahrscheinliche Insolvenz“ vorliegen. Wie wahrscheinlich die Insolvenz nach österreichischem Recht sein muss, damit der Zugang zu einem Restrukturierungsverfahren offensteht, wird in § 6 Abs 2 näher umrissen.<sup>28</sup> Die Insolvenz ist dann wahrscheinlich iSd ReO, wenn der Bestand des Unternehmens des Schuldners ohne Restrukturierung gefährdet wäre.<sup>29</sup> Die Bestandfähigkeit wird damit zum **Dreh- und Angelpunkt** des Verfahrenszugangs.<sup>30</sup> Ist die Bestandfähigkeit nicht gefährdet, liegt keine wahrscheinliche Insolvenz vor und der Schuldner ist nicht restrukturierungsbedürftig. Wenn das Unternehmen hingegen nicht mehr bestandfähig ist, scheidet eine Restrukturierung nach der ReO aus und es müsste ein Verfahren nach der IO eingeleitet werden.<sup>31</sup>

### B. Bestandfähigkeit und Krise

- 7 Die gewünschte **Distanz zur materiellen Insolvenz** wird dadurch geschaffen, dass ein Unternehmen bestandfähig sein muss, damit ein vorinsolvenzliches Verfahren eingeleitet werden darf (vgl § 6 Abs 2). Zur Auslegung des Begriffs „Bestandfähigkeit“ soll nach den Materialien zur ReO auf die Rechtsprechung zum Begriff „Lebensfähigkeit“ zurückgegriffen werden (RIS-Justiz RS0064989). Demnach sei ein Unternehmen dann lebensfähig,<sup>32</sup> „wenn trotz bestehender rechnerischer Unterbilanz die Lebensfähigkeit des Unternehmens unter Bedachtnahme auf eingeleitete Sanierungsmaßnahmen hinreichend, das heißt mit

26 Skauradszun, KTS 2019, 161.

27 So für Österreich Jurgutyte-Ruez/Urthaler, ZIK 2019, 91; vgl für Deutschland nur Bork, ZRI 2021, 345 (348 f).

28 Trenker in Konecny, RIRUG 33 (35) bezeichnet § 6 Abs 2 daher zu Recht als „Begriffsannäherung“.

29 ErläutRV 950 BlgNR 27. GP Zu § 6.

30 So auch Trenker/Lutschounig, Stellungnahme 42/SN-96/ME 27. GP 13 f; Mohr, Das Restrukturierungsverfahren nach der ReO, ZIK 2021, 82 (82 f).

31 Mohr, ZIK 2021, 82 (82 f).

32 Siehe auch Schumacher in Koller/Lovrek/Spitzer, IO § 67 Rz 23 ff.

zumindest überwiegender Wahrscheinlichkeit, gesichert ist“.<sup>33</sup> In eine ähnliche Richtung deutet die Auslegung, die sich an der RIRL und den ErwGr dazu orientiert. Unter „bestandsfähigem Unternehmen“ (in der englischen Sprachfassung: „*viability*“) versteht der Unionsgesetzgeber demnach ein Unternehmen, das ein tragfähiges und nachhaltiges Konzept hat, auch wenn finanzielle Schwierigkeiten bestehen.<sup>34</sup> Von Bestandsfähigkeit ist im Kontext der ReO sohin dann auszugehen, wenn der Restrukturierungsplan (zum vorläufigen Restrukturierungskonzept siehe bei § 7 Rz 8) die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners und den Eintritt der Überschuldung verhindert oder eine bereits eingetretene Überschuldung beseitigt.<sup>35</sup> Die Bestandsfähigkeit setzt demnach voraus, dass als Folge des Restrukturierungsplans eine positive **Fortbestehensprognose** getroffen werden kann. Um seine Bestandsfähigkeit darzulegen, muss der Schuldner dem Antrag auf Einleitung des Verfahrens neben einem Restrukturierungsplan oder einem vorläufigen Restrukturierungskonzept wesentliche Unterlagen, die in § 7 definiert werden, anschließen.<sup>36</sup>

Einem **zahlungsunfähigen Schuldner** steht das Restrukturierungsverfahren **hingegen nicht offen**. Bei der Beurteilung, ob der Schuldner zahlungsunfähig ist, sollten die möglichen Instrumente der ReO außer Betracht bleiben.<sup>37</sup> Der Antrag des Schuldners wird bei der Verfahrenseinleitung dazu allerdings nicht vertieft materiell überprüft. Liegt jedoch offenbar keine wahrscheinliche Insolvenz vor, weil der Schuldner offensichtlich zahlungsunfähig ist, so wäre der Antrag missbräuchlich und damit unzulässig (§ 7 Abs 3). Um dies zu überprüfen, hat das Gericht in die Exekutionsdaten Einsicht zu nehmen. Dasselbe müsste gelten, wenn der Schuldner gar nicht wahrscheinlich insolvent ist, weil der Fortbestand des Unternehmens nicht gefährdet ist. Eine tiefer gehende Prüfung der Eintrittsvoraussetzungen erfolgt, wenn der Schuldner die Bewilligung einer Vollstreckungssperre beantragt (vgl § 19 Abs 2). Auch sie wäre nicht zu genehmigen, wenn der Schuldner zahlungsunfähig ist.<sup>38</sup> Sobald eine Vollstreckungssperre erlassen wurde, führt die Zahlungsunfähigkeit nicht mehr zwingend zur Einstellung eines bereits eröffneten Verfahrens. Selbst wenn ein Gläubiger (wegen Zahlungsunfähigkeit) einen berechtigten Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens gestellt hat,

33 ErläutRV 950 BlgNR 27. GP Zu § 1: Nach dem Gesetzgeber ist bei der Auslegung des Begriffs der Gefährdung des Bestandes auf das Verständnis in der Literatur zurückzugreifen; siehe dazu etwa *Reisch*, Pflichtverletzungen des Abschlussprüfers in der Krise (aus Sicht der Gesellschaft), in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2017 (2017) 213.

34 ErwGr 1, 3, 7, 15, 24, 70; Art 4 Abs 1, 3; Art 8 Abs 1 lit h RIRL; so auch *Tasma* in *Flöther*, StaRUG § 14 StaRUG Rn 6.

35 Vgl dazu *Brinkmann* in FS Karsten Schmidt 153 (167).

36 ErläutRV 950 BlgNR 27. GP 1.

37 So schon *Trenker* in *Konecny*, RIRUG 33 (38).

38 ErläutRV 950 BlgNR 27. GP 1.

kann das Restrukturierungsgericht das Verfahren fortführen, sofern die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens nicht im allgemeinen Interesse der Gläubiger ist (§ 24 Abs 3).<sup>39</sup>

- 9 Die **Krisennähe** des Unternehmens wird durch die Bestandsgefährdung iSd **wahrscheinlichen Insolvenz** hergestellt. Nach den Materialien ist die Bestandsgefährdung in § 6 Abs 2 mit jener in § 273 Abs 2 UGB gleichzusetzen.<sup>40</sup> Nach § 273 Abs 2 UGB löst die Bestandsgefährdung eine Berichtspflicht des Abschlussprüfers aus. Der Bestand ist dann gefährdet, wenn ernsthaft und in absehbarer Zeit mit einer Insolvenz oder Liquidation des Unternehmens gerechnet werden müsste.<sup>41</sup> Vor allem, wenn Zahlungsunfähigkeit droht (vgl § 167 IO), wird nach dem Wortlaut des § 6 Abs 2 wahrscheinliche Insolvenz vermutet. Naheliegenderweise kann davon ausgegangen werden, dass die drohende Zahlungsunfähigkeit der ReO jener in der IO entspricht.<sup>42</sup> Nach der IO liegt drohende Zahlungsunfähigkeit dann vor, wenn der Schuldner in einem Prognosezeitraum (idR zwölf Monate) voraussichtlich nicht in der Lage sein wird, alle fälligen Verbindlichkeiten zu begleichen. In die Beurteilung, ob einem Schuldner die Zahlungsunfähigkeit droht, müssen daher noch nicht fällige Verbindlichkeiten und neu hinzukommende Zahlungsmittel mit einbezogen werden (vgl auch § 18 dInsO).<sup>43</sup> Die wahrscheinliche Insolvenz wird des Weiteren dann vermutet, wenn die Warnkennzahlen nach dem URG erreicht sind, also die Eigenmittelquote 8 % unterschreitet und die fiktive Schuldentilgungsdauer 15 Jahre übersteigt. Die Eigenmittelquote iSd § 23 URG ist der Prozentsatz, der sich aus dem Verhältnis zwischen Eigenkapital (§ 224 Abs 3 A UGB) einerseits sowie den Posten des Gesamtkapitals (§ 224 Abs 3 UGB), vermindert um die nach § 225 Abs 6 UGB von den Vorräten absetzbaren Anzahlungen, andererseits ergibt. Zur Errechnung der fiktiven Schuldentilgungsdauer sind gem § 24 URG die in der Bilanz ausgewiesenen Rückstellungen (§ 224 Abs 3 B UGB) und Verbindlichkeiten (§ 224 Abs 3 C UGB), vermindert um die im Unternehmen verfügbaren Aktiva nach § 224 Abs 2 B III Z 2 und B IV UGB und die nach § 225 Abs 6 UGB von den Vorräten absetzbaren Anzahlungen, durch den Mittelüberschuss zu dividieren. Zur Ermittlung der Mittelüberschüsse sind gem § 24 URG vom Jahresüberschuss/-fehlbetrag die Abschreibungen auf das Anlagevermögen und Verluste aus dem Abgang von Anlagevermögen hinzuzuzählen und die Zuschreibungen zum Anlagevermögen und Gewinne aus dem Abgang von Anlagevermögen abzuziehen und die Veränderung der langfristigen Rückstellungen zu berücksichtigen.

39 Vgl dazu *Trenker in Konecny*, RIRUG 33 (38).

40 ErläutRV 950 BlgNR 27. GP 6.

41 *Müller in Straube/Ratka/Rauter*, UGB II/RLG<sup>3</sup> § 273 Rz 32; *Steckel in U. Torggler*, UGB<sup>3</sup> Rz 26 ff.

42 So *Mohr*, ZIK 2021, 82 (82 f); *Trenker in Konecny*, RIRUG 33 (36).

43 Vgl *Lentsch in Koller/Lovrek/Spitzer*, IO § 167 IO Rz 14; *Mock in Uhlenbruck*<sup>15</sup> § 18 InsO Rn 18 ff, 26.