

JUDIKATUR FÜR DEN 8.11.2017

OGH 26.8.2009, 9 ObA 87/08x (DIE BLOSSE BEKANNTGABE DER ZAHLUNGSUNFÄHIGKEIT DURCH DEN ARBEITGEBER LÖST KEINEN AUSTRITTSSTOPP AUS)

Die vier Kl waren bei der L GmbH, der vormaligen Bekl, beschäftigt. Die Arbeitsverhältnisse wurden durch vorzeitigen Austritt der Kl per 28. 8. 2006 beendet.

Am 8. 9. 2006 wurde über das Vermögen der vormaligen Bekl aufgrund ihres Antrags vom 6. 9. 2006 der Ausgleich eröffnet und ein Ausgleichsverwalter bestellt. Mit Beschluss des AusgleichsG vom 2. 3. 2007 wurde der Ausgleich rechtskräftig bestätigt. Nach dem Inhalt des Ausgleichs sollten die Ausgleichsgläubiger zur Befriedigung ihrer Forderungen eine Quote von 40 % erhalten.

Der Ausgleichseröffnung gingen im Mai/Juni 2006 aufgetretene Zahlungsschwierigkeiten der vormaligen Bekl voraus. Die Löhne und Gehälter der Arbeitnehmer wären aufgrund einer Betriebsübung derart ausbezahlt, dass am Monatsersten ein Betrag von rund 300 € netto akontiert und am 15. des Monats der Rest gezahlt werde. Da dies der vormaligen Bekl nicht mehr vollständig möglich war, zahlte sie zwar am 1. 6. 2006 die vereinbarten Akonti von 300 €, am 15. 6. 2006 jedoch nur die halben Mai-Löhne und -Gehälter. Die zweite Hälfte sollte laut einer Mitteilung am 15. 7. 2006 bezahlt werden. Schon am 12. 6. 2006 hatte die vormalige Bekl mit dem Betriebsrat vereinbart, dass der Urlaubszuschuss auch in zwei Raten bezahlt werde, und zwar am 15. 7. und am 15. 8. 2006. Tatsächlich gelangte dann zwar am 15. 7. 2006 die zweite Mai-Hälfte der Löhne und Gehälter an die Arbeitnehmer zur Auszahlung, von den Juni-Löhnen und -Gehältern wurde jedoch am 15. 7. 2006 unter Berücksichtigung der Akontierung nur die Hälfte bezahlt. Die Zahlung der ersten Rate des Urlaubszuschusses unterblieb entgegen der Vereinbarung vom 12. 6. 2006 zunächst überhaupt. In Unkenntnis der erfolgten Teilzahlungen mahnten die Kl die vormalige Bekl zur vollständigen Zahlung der Mai- und Juni-Löhne bzw -Gehälter bis zum 27. 7. 2006.

Ende Juli 2006 überwies die vormalige Bekl die restlichen Juni-Löhne und -Gehälter, die erste Rate des Urlaubszuschusses und die Juli-Akonti von 300 €. Da bis Mitte August 2006 jedoch weder die restlichen Juli-Löhne und -Gehälter noch die zweite Rate der Urlaubszuschüsse bezahlt wurde, forderte der Viertkl in einem Schreiben vom 16. 8. 2006 von der vormaligen Bekl die Zahlung des fälligen Entgelts bis spätestens 28. 8. 2006 und erklärte sogleich für den Fall des ungenützten Verstreichens der Frist den vorzeitigen Austritt wegen Vorenthaltung des Entgelts. Am 17. 8. 2006 verfassten auch der Erst-, der Zweit- und der Drittkl ein ähnliches Schreiben, in dem sie der vormaligen Bekl eine Nachfrist bis zum 28. 8. 2006 setzten und für den Fall des ungenutzten Verstreichens dieser Frist den vorzeitigen Austritt ankündigten.

Mit Schreiben vom 25. 8. 2006 teilte die vormalige Bekl den Arbeitnehmern mit, dass das Unternehmen aufgrund der in letzter Zeit eingetretenen Umstände nicht mehr in der Lage sei, die fälligen Forderungen zu bezahlen. Es sei daher auch nicht möglich und aufgrund der Gesetzeslage auch nicht mehr zulässig, die Ansprüche der Arbeitnehmer abzudecken. Im Lauf der nächsten Woche werde ein Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens gestellt werden. Im Zug des Insolvenzverfahrens seien die Arbeitnehmeransprüche durch den Insolvenzentgeltsausfallfonds gesichert. Der ungerechtfertigte Austritt wäre mit „entsprechenden“ Konsequenzen verbunden. Dieses Schreiben ging dem Erst- und dem Zweitkl am 26. 8. 2006 zu. Da keine Zahlung der vormaligen Bekl erfolgte, erklärten der Erst-, der Zweit- und der Drittkl am 28. 8. 2006 ihren vorzeitigen Austritt.

Die Kl beehrten danach Beträge für rückständigen Lohn, Kündigungsentschädigung, Überstunden, restlichen Urlaubszuschuss, Weihnachtsremuneration und Abfertigung. Nach rechtskräftiger Bestätigung des Ausgleichs vom 2. 3. 2007 änderten die Kl ihre Klagebegehren dahin ab, dass die Bekl schuldig sei, nach den Bestimmungen und Maßgabe des Ausgleichs zu leisten habe und die verbleibenden Beträge als Ausgleichsforderung zurecht bestehen. Alle vier Kl stützten sich darauf, dass der vorzeitige Austritt aus dem Arbeitsverhältnis wegen ausständiger Entgeltzahlungen erfolgt sei. Ein weiteres Zuwarten über den 28. 8. 2006 hinaus sei den Kl nicht mehr zumutbar gewesen. Der Austritt sei vor der Ausgleichseröffnung wegen Forderungen erfolgt, die vor der Ausgleichseröffnung entstanden seien.

Die vormalige Bekl bestritt die Klagebegehren, und wandte ein, dass sie Mitte August 2006 zahlungsunfähig geworden sei. Dies sei den Klägern bekannt gewesen. Auf die formelle Eröffnung des Konkurses oder des Ausgleichs komme es nicht an. Ihr sei es verwehrt gewesen, die Kl durch Zahlungen vor anderen Gläubigern zu begünstigen und damit gegen den Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung zu verstoßen. Durch die Sicherung der Ansprüche nach dem IESG sei den Klägern die Aufrechterhaltung der Arbeitsverhältnisse nicht unzumutbar gewesen. Weiters seien in Härtefällen Überbrückungsdarlehen angeboten worden. Zudem seien die begehrten Kündigungsentschädigungen wegen Mitverschuldens der Kl infolge Verletzung der Treuepflicht schuldangemessen zu kürzen. Im Übrigen würden gegen die

Klageforderungen des Zweit-, des Dritt- und des Viertkl aufrechnungsweise Gegenforderungen von jeweils 10.000 € eingewendet, da Ersatzpersonal aufgenommen werden musste.

Das ErstG stellte in seinem Urteil fest, dass die Klageforderungen der Kl teilweise zu Recht, die Gegenforderungen nicht zu Recht bestehen und die Klageforderungen nach den Bestimmungen und nach Maßgabe des Ausgleichs zu bezahlen seien.

Gegen den klageabweisenden Teil des Ersturteils erhoben der Erst-, der Zweit- und der Drittkl Berufung, gegen den klagestattgebenden und die Gegenforderungen abweisenden Teils erhob die vormalige Bekl Berufung.

Das BerufungsG gab der Berufung des Erstkl teilweise, der Berufung des Zweit- und des Drittkl zur Gänze Folge. Der Berufung der Bekl wurde nicht Folge gegeben.

Am 29. 8. 2008 wurde, nach Erhebung der Revision und der Revisionsbeantwortung, über das Vermögen der vormaligen Bekl der Konkurs eröffnet. Der bisherige Ausgleichsverwalter wurde zum Masseverwalter bestellt. Mit den am 22. 12. 2008 und 22. 1. 2009 eingebrachten Anträgen beantragten die Kl nach Forderungsanmeldung und Bestreitung durch den Masseverwalter die Fortsetzung des unterbrochenen Verfahrens.

Der Revision der Bekl gegen den klagestattgebenden Teil der Berufungsentscheidung war kein Erfolg beschieden.

Liegt auf Seiten des Arbeitgebers ein wichtiger Grund vor, der dem Arbeitnehmer die Weiterbeschäftigung unzumutbar macht, und spricht der Arbeitnehmer die vorzeitige Auflösung des Arbeitsverhältnisses aus, so handelt es sich um einen vorzeitigen Austritt (*Löschnigg*, Arbeitsrecht¹⁰ 554 ua). Ein Arbeiter kann nach § 82a lit d GewO 1859 vor Ablauf der vertragsmäßigen Zeit und ohne Kündigung die Arbeit verlassen, wenn ihm der Gewerbeinhaber die bedungenen Bezüge ungebührlich vorenthält. § 82a lit d GewO 1859, der auf die Arbeitsverhältnisse des Erst-, des Zweit- und des Drittkl als Arbeiter Anwendung findet, regelt damit im Kern nichts anderes als § 26 Z 2 AngG (vgl *Pfeil* in *Neumayr/Drs*, Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht §§ 82-86 GewO 1859 RZ 22 ua), der auf den Viertkl als Angestellten zur Anwendung kommt. Diese Bestimmung normiert, dass ein wichtiger Grund zum vorzeitigen Austritt des Angestellten dann vorliegt, wenn der Arbeitgeber das dem Angestellten zukommende Entgelt ungebührlich schmälert oder vorenthält. Von einem Vorenthalten spricht man dann, wenn der Entgeltanspruch weder bestritten noch bezweifelt, das Entgelt jedoch bei Eintritt des Fälligkeitstermins nicht oder nicht zur Gänze geleistet wird (9 ObA 6/03b ua). Dass die vormalige Bekl im Zeitpunkt des vorzeitigen Austritts der Kl per 28. 8. 2006 mit Entgeltbeträgen im Verzug war, ohne dass diese inhaltlich bestritten oder bezweifelt worden wären, ist im Revisionsverfahren nicht mehr strittig.

Nach der Rsp ist davon auszugehen, dass die Frage, aus welchem Grund der Arbeitgeber nicht in der Lage ist, das Entgelt rechtzeitig auszuzahlen, für die Tatbestandsmäßigkeit des Austrittsgrundes nach den § 82a lit d GewO 1859, § 26 Z 2 AngG ohne Bedeutung ist (vgl 8 Obs 8/04s ua). Es kommt daher auch nicht darauf an, ob die nicht rechtzeitige Auszahlung des Entgelts infolge Benachteiligungsabsicht, Nachlässigkeit oder aus Unvermögen des Arbeitgebers geschieht (4 Ob 77, 78/82; RIS-Justiz RS0028879 ua). Die Rsp verlangt jedoch, dass der Arbeitgeber gewusst hat oder infolge der ihm obliegenden Sorgfaltspflicht hätte wissen müssen, dass seine Vorgangsweise unrechtmäßig ist (RIS-Justiz RS0028896 ua). Ob das Vorenthalten des Entgelts ungebührlich iSd § 82a lit d GewO 1859, § 26 Z 2 AngG ist, hängt nicht allein vom Wissen bzw Wissen müssen des Arbeitgebers um die Unrechtmäßigkeit seines Verzugs, sondern auch davon ab, ob dem Arbeitnehmer die Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses trotz Verzugs zumutbar ist, ist doch das Vorenthalten des gebührenden Entgelts - ungeachtet der Frage, welche in der Sphäre des Arbeitgebers liegende Gründe den Arbeitgeber an der Zahlung hindern - jedenfalls rechtswidrig und einer der gravierendsten Störfaktoren im Arbeitsverhältnis überhaupt (vgl *Löschnigg* in DRdA 1984/7, 146; *Konecny*, Vorzeitiger Austritt im Konkurs wegen eines Entgeltrückstands, ZIK 1996, 146 [147] ua). Der Austritt des Erst-, des Zweit- und des Drittkl wurde am 28. 8. 2006 mit sofortiger Wirkung erklärt; der Austritt des Viertkl erfolgte unter Nachfristsetzung am 16. 8. 2006 zum 28. 8. 2006. Die vormalige Bekl war gegenüber allen vier Kl mit Entgeltzahlungen im Verzug. Damit unterscheidet sich der vorliegende Fall von jenen Fällen, in denen es beim Austritt um noch nicht fällige Entgelte ging (vgl 8 ObA 215/01b; 9 ObA 227/01z ua). Auf spätere Entwicklungen nach dem Austritt kann bei der Beurteilung der Rechtswidrigkeit des Verzugs der vormaligen Bekl und der Rechtfertigung des vorzeitigen Austritts der Kl nicht Bedacht genommen werden. Die Unzumutbarkeit der Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses ist nach dem Zeitpunkt des Austritts zu beurteilen (9 ObA 189/99f ua). Dass nach den Austritten am 8. 9. 2006 der Ausgleich bzw am 29. 8. 2008 der Konkurs über das Vermögen der vormaligen Bekl eröffnet wurde, ist daher für die gegenständlichen Fragen ohne unmittelbare Bedeutung. War aber im Zeitpunkt des Austritts weder der Konkurs noch der Ausgleich eröffnet, dann können die für den Konkurs oder Ausgleich geltenden gesetzlichen Regeln und die darauf aufbauende Rsp, dass nach der Eröffnung des Konkurses oder Ausgleichs der vorzeitige Austritt wegen rückständiger Entgelte aus der Zeit vor der Konkurs- oder Ausgleichseröffnung nicht zulässig sei (vgl 4 Ob 139, 140, 141/80 SZ 54/32; 9 ObA 189/99f DRdA 2000/47 [*Gahleitner*] = *ecolex* 2000, 377 [*Mazal*] = ZAS 2002/1 [*Ristic*]; RIS-Justiz RS0029216; s zum Konkurs 8 Obs 4/96; *Konecny*, ZIK 1996, 146 ua), nicht ohne Weiteres auf die Situation vor der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens vorverlegt werden. Die Kläger hatten beim Austritt keinen Anspruch auf Insolvenz-Ausfall-Entgelt (§ 1 Abs 1 IESG), der den Verzug mit dem Entgelt gemildert hätte. Die Überlegungen in der Revision, die die Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses durch das Insolvenz-Ausfall-Entgelt ausgeglichen wissen wollen (vgl RIS-Justiz RS0029184 ua), greifen hier daher nicht. Das den Kl gebührende Entgelt wurde auch sonst nicht von dritter Seite bereitgestellt. Dass die vormalige Bekl - laut ihrem Vorbringen - dem Betriebsrat angeboten habe, dass dieser Härtefälle einzelner Arbeitneh-

mer melden könne, denen „Überbrückungsdarlehen“ gewährt worden wären, war kein echtes Äquivalent. Die Kl mussten sich nicht mit rückzahlbaren Darlehen der Arbeitgeberin zufrieden geben, die von der Einstufung als „Härtefall“ abhingen. Sie hatten gegen die vormalige Bekl einen unbedingten, fälligen Entgeltanspruch.

Str ist nun, ob schon die Verständigung vom bereits erfolgten Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der vormaligen Bekl - ohne dass aber eine Konkurs- oder Ausgleichseröffnung vorlag - etwas an der vorstehenden Beurteilung ändert. Dass die bloße Ankündigung eines erst zu stellenden Konkurs- oder Ausgleichsantrags nichts bewirkt, kann schon daraus abgeleitet werden, dass bei der Beurteilung der Zumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses auf den Zeitpunkt des Austritts - und nicht auf spätere allfällige Entwicklungen - abzustellen ist. Gegenteiliges kann auch nicht aus 9 ObA 132/01d (ZAS 2002/19 [Grunde] ua) abgeleitet werden. Dort wurde der Ausgleich noch (knapp) vor dem Austritt eröffnet. Was nun aber die Bekanntgabe der Zahlungseinstellung betrifft, so ist es richtig, dass der Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung einem Schuldner bereits nach dem Eintritt der materiellen Zahlungsunfähigkeit verbietet, einzelne Gläubiger zu begünstigen (s insb §§ 30 Abs 1, 31 Abs 1 KO, § 158 Abs 1 StGB; König, Die Anfechtung nach der Konkursordnung⁴ RZ 10/32 ua). Andererseits muss aber auch berücksichtigt werden, dass die Bekanntgabe der Zahlungsunfähigkeit nichts daran ändert, dass der Arbeitgeber gegenüber den Arbeitnehmern mit Entgeltzahlungen in Verzug ist. Ob einem Arbeitnehmer in dieser Situation ein weiterer Verbleib im Arbeitsverhältnis zumutbar ist, hängt von den Umständen des jeweiligen Einzelfalls ab (vgl 4 Ob 77, 78/82, DRdA 1984/7 [Löschnigg]; 9 ObA 25/08d; RIS-Justiz RS0029312 ua). Dabei kommt es neben dem Ausmaß des vorenthaltenen Entgelts und der Dauer des Verzugs bspw auch darauf an, ob es dem Arbeitgeber gelingt, die Arbeitnehmer davon zu überzeugen, dass er zwar zahlungsunfähig ist, der jedenfalls vorläufige Verbleib der Arbeitnehmer im Arbeitsverhältnis aber auch in deren Interesse gelegen ist. Zutreffend wies das BerufungsG darauf hin, dass die Annahme einer „Automatik“, wonach bereits die bloße Bekanntgabe der Zahlungsunfähigkeit genüge, um einen Austrittsstopps auszulösen, verfehlt ist. Eine derartige Sichtweise ließe die Interessen der Arbeitnehmer, denen gebührendes Entgelt vorenthalten wird, unberücksichtigt.

Die vormalige Bekl gab ihren Arbeitnehmern vor dem Austritt keine über die behauptete Zahlungsunfähigkeit hinausgehende Information, die den Verbleib im Unternehmen als zumutbar erscheinen ließ. Die bloße Bekanntgabe der Zahlungsunfähigkeit genügt auch vor dem Hintergrund verschiedener, schon bisher nicht eingehaltener Zusagen (zB Änderung der Fälligkeit der Entgelte; Änderung der Fälligkeit der Urlaubszuschüsse) nicht. Die vormalige Bekl vermochte nicht plausibel darzulegen, welchen Grund die Kl gehabt haben sollen, der Richtigkeit der neuen Information von der Zahlungsunfähigkeit mehr zu vertrauen als den vormaligen Zahlungsankündigungen. Die Drohung mit „entsprechenden“ Konsequenzen für den Fall des Austritts mutet vor dem Hintergrund des Verzugs der Arbeitgeberin mit Entgeltzahlungen seltsam an.

Erachtete das BerufungsG eine weitere Hinnahme des Vorenthalten des Entgelts für die Kl als nicht mehr zumutbar, so wird diese Beurteilung den konkreten Umständen des Falls gerecht und ist nicht zu beanstanden. Der vorzeitige Austritt war berechtigt; die Kl haben dabei nicht widerrechtlich gehandelt. Weitere Überlegungen der Revisionsgegner, dass die Verpflichtung der Arbeitgeberin zur Gläubigergleichbehandlung nach eingetretener Zahlungsunfähigkeit aufgrund des Zug-um-Zug-Prinzips fraglich sei, können nach der Lage des Falls dahingestellt bleiben. Von der vormaligen Bekl aufgrund des Austritts geltend gemachte Schäden sind den Kl nicht vorwerfbar. Feststellungen zur Schadenshöhe waren entbehrlich, weil die Gegenforderungen schon dem Grunde nach nicht zu Recht bestehen. Zusammenfassend muss der unbegründeten Revision ein Erfolg versagt bleiben.

ANMERKUNG: Die zum - durch das IRÄG 2010 aufgehobenen - Ausgleichsverfahren ergangene Entscheidung ist sinngemäß auf das Insolvenzverfahren nach der IO anwendbar.

OGH 21.118.2013, 1 Ob 157/13i (DIE VEREINBARUNG DES WIEDERAUFLEBENS NACHGELASSENER FORDERUNGSTEILE BEI SCHULDNERINSOLVENZ IST ZULÄSSIG)

In der am 20.2.2007 geschlossenen schriftlichen „Vereinbarung über die (reine) Stundung und den Verzicht von Forderungen“ verzichteten mehrere Banken, darunter die kl P, gegenüber der F-AG (einer der Vertragsparteien) zum Zwecke der Restrukturierung der Fremdfinanzierung der F-Gruppe auf einen Teil ihrer unbesicherten Forderungen. Dieser Verzicht war nach der schriftlichen Vereinbarung auflösend bedingt ua durch die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über ein Unternehmen der F-Gruppe. Die kl P verzichtete mit der Vereinbarung auf eine Forderung von 2.744.507,07 € und gewährte der Schuldnerin weitere Kredite.

Am 28.7.2010 wurde über das Vermögen der F-AG das Konkursverfahren eröffnet. Der Bekl wurde zum Masseverwalter bestellt, das Unternehmen am 15.9.2010 geschlossen. Innerhalb der Anmeldefrist meldete die kl P Forderungen von 7.080.164,37 € an, einschließlich jener von 2.744.507,07 €, auf die sie in der Vereinbarung vom 20.2.2007 verzichtet hatte. Nur in diesem Ausmaß bestritt der Bekl die angemeldeten Forderungen.

Dem Abschluss der Vereinbarung waren mehrwöchige Verhandlungen vorangegangen. Während dieser übte die kl P keinen Druck auf die spätere Schuldnerin aus. Im Vordergrund stand vielmehr das gemeinsame Interesse an deren Sanierung, die durch den teilweisen Verzicht der beteiligten Banken auf ihre fälligen Forderungen, den Einstieg eines Aktionärs und die Produktionsfinanzierung durch ein Unternehmen erreicht werden sollte. Allen Beteiligten war klar, dass die unbesicherten Forderungen, auf die verzichtet wurde, wieder aufleben sollten, wenn die besicherten Forderungen bei Fälligkeit nicht mehr bezahlt würden. Vor Eröffnung des Konkursverfahrens erfolgte keine qualifizierte Mahnung. Erst nach Anmeldung der Forderungen der kl P am 25.8.2010 wurde der bekl Masseverwalter aufgefordert, sämtliche fälligen Forderungen innerhalb von 14 Kalendertagen zu überweisen.

Im vorliegenden Prüfungsprozess begehrte die kl P die Feststellung, dass ihr im Konkurs über das Vermögen der Schuldnerin eine Konkursforderung von 35.000 € zustehe.

Das ErstG gab dem Klagebegehren statt.

Das BerufungsG bestätigte das Urteil des ErstG.

Die Revision des Bekl hatte keinen Erfolg.

1. Im Prüfungsprozess begehrt die kl P die Feststellung ihrer Forderung als Insolvenzforderung im Ausmaß von 35.000 €. Dieser Betrag ist der Wert des Streitgegenstands (RIS-Justiz RS0113703 [T1]) und demnach auch der des Entscheidungsgegenstands des BerufungsG, weshalb es zu Recht keinen Bewertungsausspruch nach § 500 Abs 2 Z 1 ZPO in sein Urteil aufgenommen hat.

2. Nach § 25b Abs 2 IO, der mit dem IRÄG 2010, BGBI I 2010/29, eingeführt wurde, ist die Vereinbarung eines Rücktrittsrechts oder der Vertragsauflösung für den Fall der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens außer bei (im konkreten Fall nicht vorliegenden) Verträgen nach § 20 Abs 4 unzulässig.

3. Die zitierte Bestimmung ist nach § 273 Abs 7 IO idF des IRÄG 2010 auch auf vor dem 1.7.2010 geschlossene Vereinbarungen anzuwenden, wenn das Insolvenzverfahren nach dem 30.6.2010 eröffnet wurde (7 Ob 21/11f ecolex 2011/269).

4. Die kl P verzichtete – so wie andere Banken – am 20.2.2007 zum Zweck der Restrukturierung der Fremdfinanzierung des später in Konkurs verfallenen Unternehmens auf einen Teil ihrer unbesicherten Forderungen. Dieser Verzicht war (soweit hier von Interesse) durch die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens auflösend bedingt. Am 28.7.2010 wurde tatsächlich über das Vermögen der in der Vereinbarung genannten Schuldnerin das Konkursverfahren (§ 74 Abs 1 IO idF des IRÄG 2010) eröffnet. Die fragliche Vereinbarung fällt daher in den zeitlichen Anwendungsbeereich des § 25b Abs 2 IO idF des IRÄG 2010. Diskussionspunkt ist aber die Anwendbarkeit der zitierten Bestimmung auf Vereinbarungen der vorliegenden Art.

5. Auf Basis der vor dem IRÄG 2010 bestandenen Rechtslage erachtete die hM Klauseln, die im Fall der Eröffnung eines Konkursverfahrens über eine Vertragspartei der anderen die Auflösung des Vertrags ermöglichten oder die „automatische“ Auflösung des Vertrags bewirkten („Lösungsklauseln“), für zulässig (stRsp RIS-Justiz RS0018324; zur Ipso-iure-Beendigung RIS-Justiz RS0018324 [T4]; weitere Nachweise aus der höchstgerichtlichen Jud bei *Fichtinger/S. Foglar-Deinhardstein*, Die Zulässigkeit von Lösungsklauseln für den Insolvenzfall nach dem IRÄG 2010, insbesondere bei Kreditgeschäften, ÖBA 2010, 818 FN 12; vgl *Widhalm-Budak* in *Konecny*, IRÄG 2010, 24 f mwN in FN 4).

6. Mit der Schaffung des § 25b Abs 2 IO wollte der Gesetzgeber des IRÄG 2010 derartige Automatismen verhindern. In den ErläutRV 612 BlgNR 24. GP 13 f heißt es dazu:

„In § 25b Abs. 2 soll der bisherige § 20e Abs. 2 AO übernommen werden. Nach § 20e Abs. 2 AO ist die Vereinbarung eines Rücktrittsrechts oder der Vertragsauflösung für den Fall der Eröffnung eines Ausgleichsverfahrens unzulässig. Diese Bestimmung soll entsprechend in das Insolvenzverfahren übernommen werden, weil auch hier ein solcher Automatismus nicht gerechtfertigt ist. Wenn keine sonstigen Gründe für eine Vertragsauflösung vorliegen, soll das bloße Faktum der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens dafür nicht ausreichen. Dies ist den Gläubigern insofern durchaus zumutbar, als die nach Eröffnung eines Insolvenzverfahrens entstehenden Forderungen als Masseforderungen zur Gänze zu bezahlen sind. Vor diesem Hintergrund besteht kein berücksichtigungswürdiger Bedarf, an die Insolvenzeröffnung jedenfalls eine Vertragsauflösung zu knüpfen.“

Der Gesetzgeber wollte demnach eindeutig nicht in jeder Fallkonstellation Lösungsklauseln, die auf die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens abstellen, für unzulässig erklären. Sonst bliebe es nämlich unverständlich, wieso er im Zusammenhang mit dem verpönten Automatismus auf „sonstige Gründe“ für die Vertragsauflösung und die Zumutbarkeit für Gläubiger, deren Forderungen bei Aufrechterhaltung des Vertragsverhältnisses als Masseforderungen zu befriedigen seien, verweisen sollte. Somit reicht der sich aus dem Wortlaut des § 25b Abs 2 IO ergebende Anwendungsbeereich über den damit verfolgten Zweck hinaus (vgl RIS-Justiz RS0008979).

7. Die Auflösbarkeit von Verträgen in der Insolvenz wurde mit dem IRÄG 2010 umfassend neu konzipiert (*Fichtinger/S. Foglar-Deinhardstein*, ÖBA 2010, 820 mwN). § 25a IO schränkt die Möglichkeit des Vertragspartners des Schuldners, mit diesem geschlossene Verträge aufzulösen, zeitlich befristet ein, wenn die Vertragsauflösung die Fortführung des Unternehmens gefährden könnte. Der diese Bestimmung ergänzende § 25b IO erklärt Auflösungsvereinbarungen für den Fall der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens für unzulässig (*Widhalm-Budak* in *Konecny*, IRÄG 2010, 25; vgl *Konecny*, Das Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2010, ZIK 2010/119, 82 [85 f]). Ganz allgemein sollte mit diesen neuen Regelungen eine zeitlich begrenzte „Ruhephase“ zur Prüfung von Fortführung und Sanierung

geschaffen werden. Der Gesetzgeber trägt damit dem Umstand Rechnung, dass die Fortführung und Sanierung des Unternehmens am Verhalten der Vertragspartner des Unternehmens scheitern kann, wenn dieser für den Fortbestand des Unternehmens wichtige Verträge über wiederkehrende Leistungen aufkündigen (vgl. ErläutRV 612 BlgNR 24. GP 5, 12; *Widhalm-Budak* in *Konecny*, IRÄG 2010, 25; *Fichtinger/S. Foglar-Deinhardstein*, ÖBA 2010, 820 f).

8. Im konkreten Fall war eine derartige „zeitlich begrenzte Ruhephase zur Prüfung von Fortführung und Sanierung“ der Eröffnung des Konkursverfahrens bereits vorgeschaltet, indem Gläubigerbanken und andere Beteiligte mit der späteren Schuldnerin etwa drei Jahre vor Eröffnung des Konkursverfahrens ein Sanierungskonzept vereinbarten, das den Einstieg eines (offenbar finanzkräftigen) Aktionärs, die Produktionsfinanzierung durch ein anderes Unternehmen und den durch die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens auflösend bedingten Verzicht der Banken auf ihre fälligen, unbesicherten Forderungen vorsah. Wäre ein vergleichbares Konzept in Form eines Sanierungsplans iSd § 140 Abs 1 IO vorgelegen, wäre bei Vorliegen der in § 167 Abs 1 leg cit geforderten Voraussetzungen ein Sanierungsverfahren eröffnet worden. Im Fall des Scheiterns des Sanierungsplans wäre das Verfahren in ein Konkursverfahren umzubenenen und als solches fortzusetzen gewesen (vgl. § 167 Abs 3 IO; *Konecny*, ZIK 2010/119, 82; vgl. *Jelinek*, Insolvenzrechtsreform 2010, wbl 2010, 377 [380 f]). Es kann dem Gesetzgeber, der mit der Schaffung des IRÄG 2010 vor dem Hintergrund der Wirtschaftskrise Sanierungen gerade erleichtern wollte (ErläutRV 612 BlgNR 24. GP 1) nicht unterstellt werden, dass er außergerichtliche Sanierungsbemühungen der Gläubiger, die sich für den Fall des Scheiterns des „Sanierungsplans“ das Wiederaufleben ihrer fälligen Forderungen durch eine auflösende Bedingung sichern, mit der Unzulässigkeit solcher Vereinbarungen nach § 25b Abs 2 IO sanktionieren wollte, würde dies doch eine eklatante Schlechterstellung der um Sanierung bemühten Gläubiger im Vergleich zu anderen Gläubigern bedeuten. Eine gegenteilige Ansicht zum Zweck des Verbots von „Lösungsklauseln“ lässt sich weder dem Schrifttum noch den Materialien zu § 20e Abs 2 AO idF des IRÄG 1997, BGBl I 1987/106, der Vorbild für § 25b Abs 2 IO war, entnehmen. Der Gesetzgeber betonte vielmehr schon damals, dass das Ausgleichsverfahren vor allem auf eine Sanierung des Unternehmens gerichtet sei. Würden sämtliche Geschäftsbeziehungen von den Vertragspartnern abgebrochen, so könne das Unternehmen trotz eines aussichtsreichen Sanierungskonzepts nicht gerettet werden (ErläutRV 734 BlgNR 20. GP 55).

9. Der Senat gelangt daher zu folgendem Ergebnis:

Der Anwendungsbereich des § 25b Abs 2 IO ist derart zu reduzieren, dass er eine Vertragsklausel, wonach der zum Zweck der Sanierung des Schuldners erklärte Verzicht eines Gläubigers auf fällige unbesicherte Forderungen auflösend bedingt durch die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Schuldners bzw eines Unternehmens seiner Gruppe sein soll, nicht unzulässig macht.

10. Wie schon das BerufungsG erkannt hat, ist daher § 25b Abs 2 IO idF des IRÄG 2010 auf die im konkreten Fall vereinbarte „Lösungsklausel“ nicht anzuwenden und die Vereinbarung damit zulässig. Überlegungen zum Eintritt der auflösenden Bedingung, die an den qualifizierten Verzug anknüpfte, erübrigen sich somit.

OGH 1.12.2015, 6 Ob 179/14p (vS)

(NACH EINEM SANIERUNGSPLAN NUR MEHR AUFRECHNUNG MIT DER QUOTE)

Aus den Entscheidungsgründen des OGH:

[...]

3. Die verfahrensentcheidende Frage, ob ein Insolvenzgläubiger nach rechtskräftiger Bestätigung des Sanierungsplans und Aufhebung des Insolvenzverfahrens mit der gesamten Forderung oder nur mehr mit der Sanierungsplanquote der Forderung aufrechnen kann, wird in der Rechtsprechung unterschiedlich beantwortet. [Anm: Es folgt die Darstellung des Meinungsstandes in der Rechtsprechung bzw in der Lehre.]

5. Nach neuerlicher Prüfung der Rechtslage schließt sich der vS den E 5 Ob 404/58 SZ 31/149, 2 Ob 526/80, 2 Ob 630/87, 9 ObA 46/03k und 3 Ob 82/08t an.

5.1 Anzuknüpfen ist zunächst an die materiellrechtlichen Wirkungen des Sanierungsplans.

5.1.1 Durch den rechtskräftig bestätigten Sanierungsplan wird der Schuldner gem § 156 Abs 1 IO von der Verbindlichkeit befreit, seinen Gläubigern den Ausfall, den sie erleiden, nachträglich zu ersetzen oder für die sonst gewährte Begünstigung nachträglich aufzukommen, gleichviel ob sie am Insolvenzverfahren oder an der Abstimmung über den Sanierungsplan teilgenommen oder gegen den Sanierungsplan gestimmt haben oder ob ihnen ein Stimmrecht überhaupt nicht gewährt worden ist.

5.1.2 Nach stRsp und der überwiegenden Literatur wird der durch den Sanierungsplan „erlassene“ Forderungsteil zur Naturalobligation [...]. Eine Aufrechnung mit einer (nicht jedoch gegen eine) Naturalobligation wird aber von der völlig herrschenden Meinung abgelehnt [...]. Ebenfalls unstrittig ist in Lehre und Rechtsprechung, dass die Aufrechnungsvoraussetzungen im Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung vorliegen müssen [...]. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz macht die stRsp (nur) für verjährte Forderungen [...]. Diese Rechtsprechungslinie wird in der neueren Literatur nunmehr nahezu einhellig abgelehnt [...]. Eine nähere Auseinandersetzung mit der Kritik an der Rechtsprechung zur Aufrechnung mit verjährten Forderungen kann hier unterbleiben: [...] Die „Rückwirkungsthese“

wurde vom OGH ausschließlich im Zusammenhang mit verjährten Gegenforderungen als Argument für deren Aufrechenbarkeit gebraucht. Die Aufrechnung mit präkludierten Forderungen lehnt die Rechtsprechung hingegen auch dann ab, wenn die Präklusion erst nach Entstehen der Aufrechnungslage eintritt (14 Ob 126/86 JBl 1987, 127 [krit *P. Bydlinski*]; 4 Ob 546/95; RIS-Justiz RS0034034 [T1]). [...] Orientiert an dem - noch aufzuzeigenden - Zweck der Restschuldbefreiung nach rechtskräftiger Bestätigung des Sanierungsplans ist eine Ausdehnung der - hier daher inhaltlich auch nicht zu überprüfenden - Rechtsprechung zur Aufrechnung mit verjährten Forderungen auf den zu beurteilenden Fall jedenfalls nicht gerechtfertigt. Auch Befürworter der vollen Aufrechnungsmöglichkeit nach Abschluss eines Sanierungsplans räumen im Übrigen ein, dass die „Rückwirkungsthese“ die Aufrechnung mit der vollen Forderung nicht begründen kann (*G. Kodek* in *Konecny*, Insolvenzf-Forum 2004, 106; *Dullinger*, JBl 1999, 818 [EAnm]; *Reiterer*, Die Aufrechnung 124).

5.2 Aus § 19 IO lässt sich eine volle Aufrechnungsbefugnis nicht ableiten.

5.2.1 ... [Anm: Es folgt der Gesetzeswortlaut.].

5.2.2 § 19 IO gewährt somit dem Insolvenzgläubiger die Möglichkeit, gegen Aktivforderungen des Insolvenzschuldners mit einer Insolvenzforderung aufzurechnen, sofern - wie hier - die Forderungen zur Zeit der Verfahrenseröffnung bereits aufrechenbar waren und kein Ausschlussgrund iSd § 20 Abs 1 IO vorliegt.

5.2.3 Wesentlicher Regelungsinhalt und Normzweck des § 19 IO ist, dass eine Aufrechnung mit Insolvenzforderungen im Insolvenzverfahren überhaupt möglich bleibt (*Konecny*, EvBl 2009/46 [EAnm]) und weiterhin außergerichtlich, also ohne Notwendigkeit der Forderungsanmeldung, erklärt werden kann. § 19 Abs 1 IO privilegiert den Aufrechnungsberechtigten dadurch, dass die Aufrechnungslage als Sicherungsfall für den Insolvenzfall anerkannt wird. Das ist nicht zwingend: Der Gesetzgeber könnte auch - wie in anderen Staaten - die Aufrechnung mit Insolvenzforderungen nach Verfahrenseröffnung gänzlich ausschließen (*Fichtinger*, Die gesetzliche Aufrechnung im Insolvenzverfahren 382 f mwN).

5.2.4 § 19 IO erleichtert überdies die Aufrechnung in der Insolvenz mit dem - auch verfahrensökonomisch wünschenswerten - Ergebnis der sofortigen Schuldbereinigung. Die Aufrechnung wird nämlich nicht dadurch ausgeschlossen, dass die Forderung des Gläubigers oder des Insolvenzschuldners zur Zeit der Verfahrenseröffnung nur bedingt oder betagt war. Die Forderung des Gläubigers ist zum Zweck der Aufrechnung nach §§ 14 und 15 IO zu berechnen. Anders als nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen steht somit einer Aufrechnung in der Insolvenz auch nicht entgegen, dass die Forderung des Gläubigers nicht auf eine Geldleistung gerichtet war (*Gamerith* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht I⁴ § 19 Rz 22 mwN; kritisch zu dieser Privilegierung *Ch. Rabl*, Die unbillige Aufrechnung in der Insolvenz, *ecolex* 2012, 550).

5.2.5 Der systematischen Einordnung der §§ 19 und 20 IO im „Ersten Hauptstück - Wirkungen der Insolvenzverfahrenseröffnung“ entsprechend (*Fichtinger*, Insolvenzaufrechnung 375) liegt also der Regelungszweck dieser Bestimmungen darin, dem Insolvenzgläubiger die Aufrechnung mit einer Insolvenzforderung unter erleichterten Bedingungen zu gewähren, allerdings mit der durch § 20 Abs 1 IO bedingten Erschwerung, dass bereits zum Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung die Aufrechnungslage bestanden haben muss. Damit ist aber auch das Argument (*Reiterer*, Aufrechnung 24 ff) relativiert, eine Verneinung der vollen Aufrechnungsbefugnis im Fall des Abschlusses eines Sanierungsplans mache die §§ 19, 20 IO zu weitgehend inhaltsleeren Bestimmungen: § 19 Abs 1 IO stellt klar, dass die Aufrechnung in der Insolvenz überhaupt - anders als in anderen Ländern (vgl 5.2.3) - und ohne Anmeldung möglich ist.

5.2.6 Nicht nur der Wortlaut („... brauchen im Insolvenzverfahren nicht geltend gemacht zu werden“), der mit der Terminologie der die Forderungsanmeldung regelnden Vorschriften der §§ 102 ff IO übereinstimmt, sondern auch die historische Interpretation spricht schließlich dafür, dass sich § 19 Abs 1 IO nur auf die insolvenzspezifische Forderungsdurchsetzung iSd §§ 102 ff IO bezieht: So regelte die in Wahrheit inhaltlich in die KO übernommene Vorgängerbestimmung des § 20 S 1 CO 1868 (RGrBl 1869/1) ausdrücklich, dass der Aufrechnung unterliegende Forderungen „keiner Anmeldung im Concurse“ bedürfen (*Nunner-Krautgasser*, Jahrbuch Insolvenz- und Sanierungsrecht 2014, 184 f mwN).

5.2.7 Aus § 19 Abs 1 IO ergibt sich daher nur, dass der Insolvenzgläubiger seine Forderung im Insolvenzverfahren zur Wahrung der Aufrechnungsmöglichkeit nicht anmelden muss. Darüber, ob nach Abschluss eines Sanierungsplans nur mehr mit der Quote oder mit der vollen Forderung aufgerechnet werden kann, enthalten die §§ 19 und 20 IO hingegen keine Aussage.

5.2.8 Aus der E des dt BGH vom 19. 5. 2011, IX ZR 222/08, ist für eine andere Auslegung von § 19 Abs 1 IO nichts zu gewinnen: [...].

5.3 Auch die Sicherungsfunktion der Aufrechnung lässt keine andere Beurteilung zu.

5.3.1 Es ist unbestritten, dass die Aufrechnung im Allgemeinen und die durch § 19 IO dem Insolvenzgläubiger eingeräumte Aufrechnungsbefugnis im Besonderen auch einem Sicherungszweck dient (so schon *Denkschrift* 25). Damit ist aber die Frage nicht beantwortet, ob der Sicherungszweck gebietet, die ohnedies bis zur Bestätigung des Sanierungsplans bestehende volle Aufrechnungsmöglichkeit auch nach Abschluss des Sanierungsplans zu gewähren. Das Argument (*Dullinger*, Aufrechnung 311 ff), dass das Vertrauen des Aufrechnungsberechtigten auf die Aufrechenbarkeit schutzwürdiger sei als das Vertrauen des Schuldners, nicht mehr als die Quote zahlen zu müssen, hat durchaus Gewicht.

5.3.2 Allerdings steht diesem Billigkeitsargument das zumindest ebenso beachtliche Argument gegenüber, dass es im Hinblick auf den ausgeprägten Sanierungscharakter des österr Insolvenzverfahrens unbillig wäre, wenn die Erfüllung des Sanierungsplans durch später abgegebene Aufrechnungserklärungen noch vereitelt werden könnte (*Nunner-Krautgasser*, ZIK 2009/7, 6; *Rummel in Rummel*, ABGB² § 1439 Rz 11).

a) Der Sicherungszweck rechtfertigt im Hinblick darauf, dass die Erfüllung des Sanierungsplans und die dadurch bewirkte endgültige Restschuldbefreiung nicht nur im Interesse des Insolvenzschuldners, sondern auch der übrigen Insolvenzgläubiger liegt und die Unternehmenssanierung vor allem im Hinblick auf die Erhaltung von Arbeitsplätzen ein wesentliches rechtspolitisches Gestaltungsanliegen ist (*P. Oberhammer*, Unternehmenssanierung als rechtspolitisches Gestaltungsanliegen, in FS-O. Oberhammer [1999] 119 ff; zum rechtspolitischen Anliegen des IRÄG 2010, die Erfolgchancen einer Sanierung zu erhöhen s *Mohr*, Der Sanierungsplan, in *Konecny*, IRÄG 2010, 117), den Schutz eines untätigen Gläubigers nicht. Ihm ist es angesichts der öffentlichen Bekanntmachung der Verfahrenseröffnung grds möglich, rechtzeitig, also vor rechtskräftiger Bestätigung des Sanierungsplans, eine außergerichtliche Aufrechnungserklärung gegenüber dem Insolvenzverwalter abzugeben (3 Ob 82/08t; *Nunner-Krautgasser*, ZIK 2009/7, 4 [6]; *Lovrek in Konecny/Schubert*, KO § 156 Rz 59; *Holly in Kletečka/Schauer* ABGB-ON^{1.01} § 1439 Rz 16/6).

b) Gegenforderungen entstehen im Übrigen in der Regel nicht „zufällig“, sondern aufgrund einer Vertragsbeziehung zwischen Insolvenzgläubiger und Insolvenzschuldner, allenfalls im Rahmen einer ständigen Geschäftsbeziehung. Die Annahme, dass ein Gläubiger im Vertrauen auf seine Gegenforderung die Einsichtnahme in die Ediktsdatei unterlässt und dadurch von der Verfahrenseröffnung keine Kenntnis hat, überzeugt nicht: In der Regel wird dem Gläubiger die Eröffnung des Verfahrens über seinen Vertragspartner - gerade wie im hier zu beurteilenden Fall, bei welchem die Verfahrenseröffnung sogar erst nach Klageeinbringung erfolgte - bekannt sein.

c) Sollte der Gläubiger hingegen ausnahmsweise unverschuldet aus wenn auch nur leichter Fahrlässigkeit des Insolvenzschuldners an einer außergerichtlichen Aufrechnungserklärung vor rechtskräftiger Sanierungsplanbestätigung gehindert worden sein, kommt eine (analoge) Anwendung von § 156 Abs 4 IO in Betracht (*Fichtinger*, Insolvenzaufrechnung 402; vgl auch *Lovrek in Konecny/Schubert*, KO § 156 Rz 59):

Nach den Wertungen des § 156 Abs 4 IO sollen Gläubiger, deren Forderungen nur aus Verschulden des Schuldners im Sanierungsplan unberücksichtigt blieben, die daraus resultierenden Nachteile nicht treffen. Das ist dann zu bejahen, wenn der Gläubiger über die Existenz der Forderung nicht Bescheid weiß und diese Unkenntnis auf einem zumindest fahrlässigen Verhalten des Schuldners beruht (*Lovrek in Konecny/Schubert*, KO § 156 Rz 141 mwN). Wertungsmäßig ist nun diese Situation dem Fall vergleichbar, dass der Gläubiger sein Aufrechnungsrecht deshalb nicht rechtzeitig, also vor rechtskräftiger Sanierungsplanbestätigung, ausgeübt hat, weil ihm zum Beispiel etwaige Gewährleistungs-, Schadenersatz- bzw Regressforderungen gegen den Schuldner erst nach diesem Zeitpunkt bekannt wurden oder durch dessen Verschulden endgültig entstanden sind. Für diese Fälle bietet eine analoge Anwendung von § 156 Abs 4 IO ein ausreichendes Korrektiv zur Vermeidung der Erstreckung der Sanierungsplanwirkungen auf Gläubiger, die ihre Aufrechnungsrechte unverschuldet, jedoch aus zumindest leichter Fahrlässigkeit des Schuldners, nicht rechtzeitig ausgeübt haben.

Ein Rückgriff auf die in einigen Entscheidungen erwähnte Einschränkung des Verlusts der vollen Aufrechnungsbefugnis bei „Unzumutbarkeit“ der Abgabe der Aufrechnungserklärung während des Insolvenzverfahrens (vgl etwa 3 Ob 82/08t) ist bei dieser Lösung ebenso entbehrlich wie eine Auseinandersetzung damit, nach welchen Kriterien die „Zumutbarkeit“ zu beurteilen wäre (vgl dazu eingehend *Fichtinger*, Insolvenzaufrechnung 401 ff).

d) Der Einwand, die Erfüllung eines Sanierungsplans sei durch Gewährung der vollen Aufrechnungsmöglichkeit auch nach seinem Abschluss nicht gefährdet, weil das Bestehen einer Gegenforderung dem Insolvenzschuldner regelmäßig bekannt sei; er bzw der Insolvenzverwalter könne daher ebenfalls eine Aufrechnungserklärung abgeben (BGH IX ZR 222/08), berücksichtigt nicht ausreichend, dass gerade im Zusammenhang mit behaupteten Gegenforderungen eines Insolvenzgläubigers für den Schuldner eine wirtschaftliche Plangestaltung unter Berücksichtigung dieser Gegenforderung in der Praxis auf Schwierigkeiten stößt:

Meldet der Insolvenzgläubiger seine Forderung nicht an und erklärt auch außergerichtlich die Aufrechnung nicht, wird für den Insolvenzschuldner häufig durchaus zweifelhaft sein, ob der Gläubiger von dieser - möglicherweise dem Grunde und der Höhe nach strittigen - Gegenforderung überhaupt Gebrauch machen will. Geht der Schuldner selbst davon aus, dass die Gegenforderung nicht besteht, wird er diese Forderung bei seinem Sanierungsplanvorschlag daher auch nicht berücksichtigen.

Unter diesem Gesichtspunkt ist ein höheres Schutzbedürfnis des Insolvenzgläubigers zu verneinen. Das Argument, der Insolvenzschuldner bzw der Insolvenzverwalter könne ja selbst außergerichtlich die Aufrechnung erklären, trifft im Übrigen uneingeschränkt auch auf den Insolvenzgläubiger zu.

5.4 Schließlich kommt auch eine analoge Anwendung des § 149 Abs 1 IO auf den aufrechnungsberechtigten Insolvenzgläubiger nicht in Betracht.

5.4.1 § 149 Abs 1 IO in der durch das IRÄG 2010 geänderten Fassung lautet: ... [Es folgt der Gesetzeswortlaut.]

5.4.2 Eine unmittelbare Anwendung des § 149 Abs 1 IO auf den Aufrechnungsgläubiger scheidet aus: Die Aufrechnungslage ist kein Absonderungsrecht, das dadurch gekennzeichnet ist, dass ein eigenständiges, neben dem

Forderungsrecht gegen den Insolvenzgläubiger stehendes Sicherungsrecht besteht. Der Pfandgläubiger hat für den Fall, dass sein Personalschuldner nicht zahlt, einen Anspruch auf Pfandverwertung, kann sich also dadurch Befriedigung für seine Forderung verschaffen. Der Aufrechnungsberechtigte verfügt dagegen über kein „Absonderungsgut“, das er verwerten könnte. § 149 Abs 1 IO geht vom Entfall der persönlichen Haftung und Fortbestand der Sachhaftung aus.

5.4.3 Erwogen werden könnte daher nur eine analoge Anwendung des § 149 Abs 1 IO auf den Aufrechnungsgläubiger. Eine derartige Analogie wird im Ergebnis von jenen Vertretern der Lehre bejaht, die für eine volle Aufrechnungsbefugnis mit dem Argument eintreten, dass die Rechtsstellung des Aufrechnungsberechtigten wirtschaftlich der Stellung des Absonderungsberechtigten ähnele. Dass sich der Aufrechnungsberechtigte nach §§ 19, 20 IO am Verfahren nicht beteiligen müsse, weil er ohnehin im Umfang seiner Gegenleistung gesichert sei, spreche dafür, dass die Aufrechnungsberechtigung durch den Sanierungsplan nicht betroffen werde (*G. Kodek in Konecny, Insolvenz-Forum 2004, 106 f*; die Frage offenlassend jedoch nun in Handbuch Privatkonkurs² [2015] Rz 706; *St. Riel in Konecny/Schubert, KO § 149 Rz 10*; *Friedl, eolex 2008/399, 1120 [1122]*; *Friedl, eolex 2009/40, 136 [137]*). In seiner Kritik an der E 3 Ob 82/08t bezeichnet es *Friedl (eolex 2009/40, 136 [137])* als inkonsequent, die Stellung des Aufrechnungsberechtigten zwar mit jener eines Absonderungsberechtigten als vergleichbar anzusehen, diesem aber unter bloßem Hinweis auf den Wortlaut des (zum Entscheidungszeitpunkt noch anzuwendenden) § 46 AO die Vorzüge des Absonderungsberechtigten zu verweigern.

5.4.4 Diese in Wahrheit vor allem auf einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise beruhende Auffassung könnte aber nur dann überzeugen, wenn tatsächlich eine „teleologische“ („unechte“) Gesetzeslücke zu bejahen wäre. Eine solche Lücke wäre dann nachgewiesen, wenn das Gesetz gemessen an seiner eigenen Absicht und immanenten Teleologie unvollständig, also ergänzungsbedürftig ist (*F. Bydlinski in Rummel, ABGB³ § 7 Rz 2; 8 Ob 84/06w; 7 Ob 215/11k SZ 2012/21 uva*). Ohne Vorliegen einer Gesetzeslücke gleichsam an die Stelle des Gesetzgebers zu treten und einen Regelungsinhalt (rechtsfortbildend) zu schaffen, dessen Herbeiführung ausschließlich diesem obläge, steht den G nicht zu (*3 Ob 215/02t SZ 2002/178; RIS-Justiz RS0098756 [T5]*).

5.4.5 Gegen das Vorliegen einer planwidrigen Unvollständigkeit spricht zunächst, dass der Gesetzgeber ganz bewusst für bestimmte Tatbestände eine Gleichbehandlung von Absonderung und Aufrechnung geregelt hat: In § 12a IO (Erlöschen von Vorrechten an Schuldnerinkommen) und in § 116 Abs 1 Z 2 IO (Mitteilung des Anerkenntnisses von strittigen Aus-, Ab- und Aufrechnungsansprüchen) hat der Gesetzgeber Aufrechnung und Absonderung gleichgestellt. Es bestehen daher erhebliche Zweifel, dass das Schweigen des Gesetzgebers in § 149 Abs 1 IO (vgl auch die allerdings den Sonderfall der Geltendmachung von Aus- oder Absonderungsrechten an Arbeitseinkünften betreffende Bestimmung des § 113a IO, die auf Aufrechnungsrechte nicht Bezug nimmt) ungewollt ist (*Konecny, EvBl 2009/46 [EAnm]*; *Nunner-Krautgasser, Jahrbuch Insolvenz- und Sanierungsrecht 2014, 163 [184]*; *Holly in Kletečka/Schauer ABGB-ON^{1,01} § 1439 Rz 16/6*).

5.4.6 Dass der Gesetzgeber nur in § 12a IO und § 116 Abs 1 Z 2 IO das Aufrechnungs- und das Absonderungsrecht gleich behandelt, stellt somit ein beachtliches Indiz gegen eine Analogie dar. Dazu kommt, dass der Gesetzgeber für andere (Sicherungs-)Rechte als das Aufrechnungsrecht bewusst eine Gleichstellung mit Absonderungsrechten angeordnet hat: So bestimmt § 10 Abs 2 IO unter der Überschrift „Absonderungsrechte und ihnen gleichgestellte Rechte“, dass Zurückbehaltungsrechte im Insolvenzverfahren wie Pfandrechte zu behandeln sind (vgl auch § 10 Abs 3 IO).

5.4.7 Ganz wesentlich gegen eine Analogie spricht aber vor allem, dass die Aufrechnungslage zwar dem Absonderungsrecht insoweit in den wirtschaftlichen Auswirkungen ähnelt, dass dem Gläubiger in beiden Fällen ein Sicherungsinstrument zur Verfügung steht, dass sie sich aber im Übrigen vom Absonderungsrecht inhaltlich ganz grundlegend unterscheidet:

a) Der Aufrechnungsberechtigte verfügt über keine bestimmte aus der Masse absonderungsfähige, verwertbare Sache, also über kein Absonderungsgut (*Gamerith in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I⁴ § 19 Rz 17*). Er ist Insolvenzgläubiger mit dem Vorteil, sich selbst die Forderungsbefriedigung durch Abgabe einer Aufrechnungserklärung zu verschaffen (*Nunner-Krautgasser, ZIK 2009/7, 4 [5]*; *Konecny, EvBl 2009/46 [EAnm]*).

b) Für das Absonderungsrecht ist kennzeichnend, dass sich der Gläubiger für eine bestimmte, konkretisierte Forderung durch Abschluss des Pfandbestellungsvertrags und Setzung des entsprechenden Modus eine *bestimmte* akzessorische Sicherheit beschafft, die gerade die Einbringlichkeit der Forderung sichern soll. Das aufrechenbare Gegenübertreten von Forderungen folgt hingegen - wie bereits in anderem Zusammenhang aufgezeigt - oftmals schon aus dem Geschäftsverkehr selbst. Während also das Absonderungsrecht ausschließlich zur Besicherung der Schuld begründet wird, ist die Aufrechnung primär Erfüllungssurrogat mit einer daneben tretenden Sicherungsfunktion.

5.4.8 Die für eine Gesetzesanalogie geforderte Voraussetzung, dass der gesetzlich nicht geregelte Fall dem geregelten Fall soweit ähnelt, dass nach den maßgeblichen Wertungen des Gesetzgebers die geregelte Rechtsfolgenanordnung auf den gesetzlich nicht unmittelbar geregelten Fall zu erstrecken ist, liegt daher hier nicht vor. Schon aus diesem Grund kommt eine analoge Anwendung des § 149 Abs 1 IO auf den Aufrechnungsberechtigten nicht in Betracht.

Ein Eingehen darauf, dass die Analogie auch auf erhebliche praktische Schwierigkeiten, etwa im Zusammenhang mit dem Stimmrecht, stoßen könnte, erübrigt sich aus diesem Grund.

5.5. Ob die - von einem Teil der Lehre kritisierte (*Dullinger* in *Rummel* ABGB³ § 1438 Rz 12; *Holly* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} § 1438 Rz 15 mwN) - stRsp zur Unzulässigkeit der außergerichtlichen Eventualaufrechnung (RIS-Justiz RS0033970) auch auf den Fall der Aufrechnung in der Insolvenz zu übertragen ist (mit beachtlichen Argumenten verneinend *Fichtinger*, Insolvenzaufrechnung 404 f, vgl auch § 19 Abs 2 IO), bedarf aber hier keiner Prüfung, weil die Bekl vor rechtskräftiger Bestätigung des Sanierungsplans und Konkursaufhebung keine außergerichtliche Eventualaufrechnung erklärten.