

Zwangsvollstreckung im Handelsrecht

Martin Trenker

I. Einleitung

Das Werk *Piskos*, das sich dem Arbeitstitel „Zwangsvollstreckung im Handelsrecht“ zuordnen lässt, umfasst zum einen drei Aufsätze, die er in sehr jungen Jahren, teilweise sogar noch während seiner Studienzeit, verfasst hat: Sein „Erstlingswerk“ zur Exekution auf Patentrechte¹ (dazu III.), seinen ersten Archivaufsatz zur Exekution auf Wertpapiere² (dazu II.) sowie einen Beitrag zur Exekution auf Rechte aus einer genossenschaftlichen Mitgliedschaft³ (welcher allerdings nicht Gegenstand des vorliegenden Beitrags sein soll). Zum anderen sind zwei durchaus wesentliche Kapitel seiner Habilitation⁴ einschlägigen Themen gewidmet, nämlich das „*Unternehmen als Aktivum in der Konkursmasse*“ (§ 12) (dazu V.) und das „*Unternehmen als Exekutionsobjekt*“ (§ 13) (dazu IV.).

Mit Ausnahme der Exekution auf Wertpapiere geht es damit in allen Arbeiten um die sogenannte Vermögensrechteexekution (früher: Exekution auf andere Vermögensrechte; vgl auch noch § 857 dZPO). Sowohl Patentrechte, Genossenschaftsbeteiligungen als auch das Unternehmen selbst sind hierzulande nämlich Gegenstand dieser Vermögensrechteexekution.⁵ Die Qualifikation dieser Objekte als „*Vermögensrechte*“ iSd EO ist deshalb besonders hervorzuheben, weil dies der Themenstellung besondere Aktualität und Brisanz verleiht. Denn gerade dieses Exekutionsmittel hat durch die Gesamtreform des Exekutionsrechts (kurz: GREx)⁶ im Sommer 2020 eine umfassende legislative Überarbeitung erfahren. Das gibt Anlass und Gelegenheit, *Piskos* Thesen sozusagen auf ihre „Überlebensfähigkeit im Wandel der

¹ *Pisko*, Die Execution auf Patentrechte, GZ 1898, 370.

² *Pisko*, Die Execution auf Werthpapiere nach der österreichischen Executionsordnung, GrünhutsZ 1899, 361.

³ *Pisko*, Die Exekution auf Rechte aus der genossenschaftlichen Mitgliedschaft, GZ 1908, 200.

⁴ *Pisko*, Das Unternehmen als Gegenstand des Rechtsverkehrs (1907).

⁵ Siehe nur *Holzhammer*, Österreichisches Zwangsvollstreckungsrecht⁴ (1993) 358; *Rechberger/Oberhammer*, Exekutionsrecht⁵ (2009) Rz 418 ff; *Frauenberger* in *Deixler-Hübner*, Exekutionsordnung: Kommentar (36. Lfg; 2022) § 326 Rz 42, 66; *Mohr/Pimmer/Schneider*, Kommentar zur Exekutionsordnung¹⁷ § 326 (Stand 1.7.2021, rdb.at).

⁶ BGBl I 2021/86.

Zeit“ zu überprüfen, umgekehrt aber mitunter auch, die Qualität der aktuellen Gesetzgebung an den Erkenntnissen *Piskos* zu messen.

II. Die Exekution auf Wertpapiere nach der österreichischen Executionsordnung (GrünhutsZ 1899, 361)

A. Einführung

Die Neuregelung der GREx schafft zudem eine verbindende Klammer zum Aufsatz über die Exekution auf Wertpapiere, weil der diesbezügliche Regelungskomplex durch die GREx ebenfalls eine Neuerung erfahren hat: § 249 EO stellt nunmehr klar, dass die Bewilligung einer Fahrnisexekution, also eine Exekution auf bewegliche körperliche Sachen, auch Wertpapiere erfasst, namentlich „*Forderungen aus indossablen Papieren sowie solche, deren Geltendmachung sonst an den Besitz des über die Forderung errichteten Papiers gebunden ist*“.⁷

Auch diese Klarstellung löst freilich die alte systematische Streitfrage nicht, mit der *Pisko* seinen Archivaufsatz in der Grünhutszeitschrift 1899⁸ beginnt, nämlich die Frage nach dem eigentlichen Objekt der Wertpapierexekution: Entweder ist dies das Wertpapier als solches, welches folgerichtig nach den Regeln über die Fahrnisexekution (§§ 249 ff EO: „*Exekution auf bewegliche Sachen*“) zu exequieren wäre, oder die darin verbriefte Forderung, welche zumindest im Fall eines verbrieften Geldleistungsanspruchs den Normen der Forderungsexekution (§§ 289 ff EO: „*Exekution auf Geldforderungen*“) unterfiele. Trotz der erwähnten Einbeziehung von Wertpapieren in den Kreis der pfändbaren Fahrnisse in § 249 EO durch die GREx finden sich nämlich weiterhin Vorschriften zu Wertpapieren auch bei der Forderungsexekution (§ 300 Abs 1, 3, § 319 Abs 1 Z 5, § 321 EO).

B. Friktionen innerhalb der Forderungsexekution in der Urfassung der EO

Zu Zeiten *Piskos*, also unmittelbar nach Inkrafttreten der EO, war die Systematik allerdings noch weit verwirrender. Das Gesetz schien nämlich sogar innerhalb der Wertpapiere, die der Forderungsexekution unterfallen, zu unterscheiden: Einerseits ordneten §§ 304 f EO generalklauselartig für alle

⁷ An dieser Legaldefinition, die sich übrigens schon in der ursprünglichen Fassung der EO 1896 findet (§§ 304 f aF), fällt – nebenbei bemerkt – sogleich auf, dass sie eine fast mustergültige Wiedergabe des noch heute herrschenden Wertpapierbegriffs nach *Heinrich Brunner* (Die Werthpapiere, in *Endemann*, Handbuch des Deutschen Handels-, See- und Wechselrechts II [1882] 147) darstellt.

⁸ *Pisko*, GrünhutsZ 1899, 361.

Wertpapiere iSd nunmehr in § 249 EO genannten Definition⁹ an, dass sie durch Überweisung zur Einziehung zu verwerten seien. Andererseits enthielt § 296 EO nur eine Aufzählung ganz bestimmter Wertpapiere, für die normiert wurde, dass sie durch Wegnahme und gerichtliche Hinterlegung des Papiers zu pfänden seien. Dies warf – eben auch für *Pisko* – die praktisch durchaus wichtige Frage auf, ob wirklich *nur* die in § 296 EO genannten Wertpapiere dem Verpflichteten wegzunehmen seien, bevor sie durch Überweisung zur Einziehung verwertet werden konnten.

*Pisko*¹⁰ verneint dies entschieden: Eine Wegnahme des Papiers iSd § 296 EO sei vielmehr bei allen Wertpapieren erforderlich, die grundsätzlich den Regeln der Forderungsexekution unterfielen (dazu noch unten II.C.). Die unterschiedliche Umschreibung, einmal durch eine generalklauselartige Definition in §§ 304 f EO, einmal durch eine Aufzählung in § 296 EO, sei ein bloßes Versehen des Gesetzgebers, der Anwendungsbereich beider Normen vielmehr kongruent. Der Aufzählung in § 296 EO attestiert er somit demonstrativen Charakter, ihr eigentlicher Anwendungsbereich beziehe sich indes auf alle Wertpapiere, die eine Geldforderung verbriefen und den Wertpapierbegriff erfüllen, wie er in §§ 304 f EO explizit als Abgrenzungskriterium genannt ist.¹¹

Seine Begründung eignet sich als Musterbeispiel einer *Lege-artis*-Gesetzesauslegung moderner Methodenlehre: Erstens bedient sich *Pisko* der historischen Interpretation, indem er anhand der akribisch aufgearbeiteten Entstehungsgeschichte der einschlägigen Bestimmungen ein Redaktionsversehen nachweisen will.¹² Zweitens argumentiert er systematisch, zumal beide Normen seines Erachtens nur gemeinsam sinnvoll angewendet werden können und deshalb denselben Anwendungsbereich haben müssten.¹³ Drittens rekurriert er auf Zweckmäßigkeitserwägungen, die man ohne weiteres der objektiv-teleologischen Interpretation zuordnen kann: Einerseits verweist er auf die Gefahren einer Vollstreckungsverweigerung, wenn man dem Verpflichteten die betroffenen Wertpapiere nicht wegnehme. Andererseits führe es zu einer nach wertpapierrechtlichen Grundsätzen unzumutbaren Belastung des Drittschuldners, wenn der Verpflichtete bestimmte Wertpapiere noch in seiner Gewahrsame behält, obwohl die darin verbrieften Forderungen schon dem betreibenden Gläubiger überwiesen wurden.¹⁴ Er wisse dann nämlich gerade nicht, an wen er leisten muss.

⁹ Dazu oben II.A. bei und in FN 7.

¹⁰ GrünhutsZ 1899, 361 (362 ff).

¹¹ So auch bereits *Czoernig*, Vorlesungen über die Exekutionsordnung (1898) 259; im Anschluss an die Ausführungen *Piskos* (GrünhutsZ 1899, 361 [362 ff]) auch *Randa*, Beiträge zur Lehre vom Pfandrechte, insbesondere an Werthpapieren, GZ 1899, 164 (165).

¹² *Pisko*, GrünhutsZ 1899, 361 (363 ff); insoweit krit allerdings *Petschek*, Die Zwangsvollstreckung in Forderungen nach österreichischem Rechte I (1901) 52 f; *Schumacher*, Zwangsvollstreckung auf Wertpapiere (1995) 13 ff.

¹³ *Pisko*, GrünhutsZ 1899, 361 (365 f).

¹⁴ *Pisko*, GrünhutsZ 1899, 361 (366 f).

Piskos Lösung liefert eine pragmatische, weil einfache¹⁵ Abgrenzung: Solche Wertpapiere, die der Forderungsexekution unterfallen (dazu sogleich), werden allesamt nach einem einheitlichen Regime exequiert. Dennoch konnte sich diese Auffassung in weiterer Folge vorerst nicht zur hM etablieren. Das dürfte auch daran gelegen sein, dass sie mit *Georg Petschek*¹⁶ einen im Zivilprozessrecht sehr prominenten Widersacher hatte.¹⁷ Spät aber doch hat jedoch der Gesetzgeber die Vorzüge von *Piskos* Ansicht erkannt und ihr in der EO-Novelle 1991¹⁸ Gefolgschaft geleistet¹⁹: Die Aufzählung in § 296 EO aF (nunmehr: § 321 EO) wurde beseitigt und durch eine Definition ersetzt, die mit jener in §§ 304 f EO aF²⁰ inhaltsgleich ist.²¹ Innerhalb jener Wertpapiere, die der Forderungsexekution unterliegen, bestehen damit keine Friktionen mehr.

C. Abgrenzung zwischen Fahrnis-, Forderungs- und Vermögensrechteexekution

Geblichen ist bis heute die Notwendigkeit der Abgrenzung zwischen der Fahrnis- und Forderungsexekution,²² zumal das Gesetz zumindest bei der Fahrnis- und Forderungsexekution Regeln für Wertpapiere bereithält; denkbar wäre schließlich auch eine Qualifikation als Vermögensrecht. *Pisko*²³ hat auch hierfür eine Lösung parat: Er hält die Forderungsexekution für einschlägig, wenn der Inhalt des Wertpapiers ein Geldleistungsanspruch ist. Ansonsten unterwirft er Wertpapiere dem Regime für bewegliche körperliche Sachen. Diese Abgrenzung kann bis heute als herrschend bezeichnet werden.²⁴

De lege ferenda spricht mE freilich Vieles dafür, diese „Zweiteilung“ aufzugeben. Zunächst ist dogmatisch schwer zu erklären, warum es nur für die Zuordnung zur Forderungsexekution auf die Art des verbrieften Rechts, im

¹⁵ Vgl *Pisko* selbst (GrünhutsZ 1899, 361 [369]), wonach dies „eine für die praktische Handhabung der Executionsordnung sehr erfreuliche Erscheinung“ sei.

¹⁶ Zwangsvollstreckung 51 ff.

¹⁷ Ebenso *Ohmeyer*, GZ 1901, 380 (381) (Buchbesprechung); *Prochaska*, Die Exekutionsführung auf Pfandscheine, GH 1907, 570; vgl auch *Pollak*, System des österreichischen Zivilprozessrechts mit Einschluss des Exekutionsrechts² (1932) 924; *Heller/Berger/Stix*, Kommentar zur Exekutionsordnung III⁴ (1976) 2158.

¹⁸ BGBl 1991/628.

¹⁹ Dies wertet auch *Schumacher*, Zwangsvollstreckung 13 als Anerkennung *Piskos*.

²⁰ Die Bestimmungen wurden durch die GREx wiederum geändert.

²¹ ErlRV 181 BlgNR 18. GP 41.

²² *Schumacher*, Zwangsvollstreckung 17; *Oberhammer* in *Angst/Oberhammer*, Kommentar zur Exekutionsordnung³ (2015) § 296 Rz 4; *Mini* in *Deixler-Hübner*, EO (35. Lfg; 2022) § 249 Rz 16.

²³ GrünhutsZ 1899, 361 (372 ff).

²⁴ *Heller/Berger/Stix*, EO III⁴ 2157; *Holzhammer*, Zwangsvollstreckungsrecht⁴ 293; *Schumacher*, Zwangsvollstreckung 39; *Oberhammer* in *Angst/Oberhammer*, EO³ § 296 Rz 4; *Mini* in *Deixler-Hübner*, EO (35. Lfg; 2022) § 249 Rz 16.

Übrigen aber offenbar auf das Papier als solches ankommt; vielmehr wäre es unter ersterer Prämisse nämlich naheliegend, dass andere verbrieftete Rechtspositionen dem „Auffangbecken“ der Vermögensrechteexekution (§§ 326 ff EO)²⁵ zuzuordnen wären. Vor allem aber lieferte das skizzierte Abgrenzungsmerkmal auf Tatbestandsebene keine sachliche Rechtfertigung für die unterschiedlichen Rechtsfolgen, die mit der Qualifikation als Objekt der Forderungs- oder Fahrnisexekution einhergehen.

Diese Unterschiede hat *Pisko*²⁶ bereits verständlich und verständlich herausgearbeitet. Bemerkenswert ist dabei zum einen, dass die jüngste Änderung durch die GREx gerade den von *Pisko*²⁷ als erstes herausgearbeiteten Unterschied beseitigt hat: Wie § 249 S 2 EO eben jetzt klarstellt, müssen auch Wertpapiere, die eine Geldforderung verbrieft und deshalb §§ 289 ff EO unterfallen, im Antrag zur Bewilligung einer Fahrnisexekution nicht mehr spezifisch genannt werden; vielmehr sind solche Wertpapiere auch von einer Exekutionsbewilligung erfasst, die nur pauschal die Fahrnisexekution anordnet.²⁸

Den zweiten von *Pisko*²⁹ herausgearbeiteten Unterschied hat *Schumacher*³⁰ in seiner Habilitationsschrift interessanterweise schon *de lege lata* einzuebnen versucht: *Pisko* hatte noch herausgearbeitet, dass Wertpapiere, die nicht den Regeln der Forderungsexekution, sondern der Fahrnisexekution unterfallen, ausschließlich durch Aufnahme ins Pfändungsprotokoll zu pfänden und dem Verpflichteten eben nicht gem § 296 EO aF wie Geldforderungswertpapiere wegzunehmen seien. *Schumacher* hat demgegenüber eine umfassende analoge Anwendung von § 296 EO aF (nunmehr: § 321 EO) gefordert.³¹ Spätestens nach der GREx ist diese – rechtspolitisch sicher sinnvolle – Ansicht aber wohl nicht aufrechtzuerhalten.³² Indem die GREx angeordnet hat, dass sämtliche Wertpapiere als „mitbewilligt“ von einer Fahrnisexekution gelten, der Anwendungsbereich von § 296 EO aF aber gerade nicht auf sämtliche Wertpapiere erweitert wurde, ist hier wohl tatsächlich ein Fall von beredtem Schweigen des Gesetzgebers anzunehmen, was einer planwidrigen Lücke entgegensteht.³³ Eine Wegnahme und Verwahrung von gepfändeten Wertpapieren, die keine Geldforderung verbrieft, *kann* somit

²⁵ Vgl *Neumayr/Nunner-Krautgasser*, Exekutionsrecht⁴ (2018) 284; *Oberhammer* in *Angst/Oberhammer*, EO³ § 331 Rz 1; *Frauenberger* in *Deixler-Hübner*, EO (36. Lfg; 2022) § 326 Rz 3.

²⁶ *GrünhutsZ* 1899, 361 (376 ff).

²⁷ *GrünhutsZ* 1899, 361 (376 f).

²⁸ ErlRV 770 BlgNR 27. GP 31.

²⁹ *GrünhutsZ* 1899, 361 (378).

³⁰ Zwangsvollstreckung 39 ff.

³¹ *Schumacher*, Zwangsvollstreckung 46 ff (49).

³² Schon zuvor abl *Oberhammer* in *Angst/Oberhammer*, EO³ § 296 Rz 6.

³³ Vgl *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft³ (1995) 191; *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff² (2011) 475; *Kramer*, Juristische Methodenlehre⁶ (2019) 214 f.

nur im Einzelfall nach § 259 EO angeordnet werden;³⁴ auch auf diese Möglichkeit hatte übrigens *Pisko*³⁵ schon hingewiesen.

III. Exekution auf Patentrechte (GZ 1898, 370)

Seine überhaupt erste Publikation widmet *Oskar Pisko* 1898 der Exekution auf Patentrechte. Aus diesem Aufsatz sei lediglich seine zentrale These zum erforderlichen Modus der Pfändung von Patentrechten herausgegriffen, weil er hiermit ebenfalls „legislatorischen Weitblick“ bewiesen hat: Obwohl § 331 EO aF für sämtliche Vermögensrechte nur die Zustellung eines Verfügungsverbots an den Verpflichteten verlangte, wendet *Pisko*³⁶ diese Regel nicht auf Patentrechte an. Das Patentgesetz vom 11. Jänner 1897³⁷ sei nämlich – wenn auch nur mit knappem Abstand – *lex posterior* zur 1896 erlassenen Exekutionsordnung. Konkret werde § 331 EO deshalb durch § 23 dieses Patentgesetzes 1897 verdrängt. Und dieser § 23 normierte, wie heute § 43 PatentG 1970³⁸, dass Pfandrechte nur durch Eintragung ins Patentregister entstehen. Damit galt es nur noch nachzuweisen, dass diese Regelung nicht nur für vertragliche, sondern auch für exekutive Pfandrechte gilt, was *Pisko* in überzeugender Manier gelingt.³⁹

Wieder hat die spätere Entwicklung *Pisko* Recht gegeben: Seit der GREX setzt die Pfändung von verbücherten Vermögensrechten gem § 328 EO generell die Eintragung des Pfandrechts im jeweiligen Buch oder Register voraus; und die Gesetzesmaterialien nennen als Beispiel für ein solches verbüchertes Vermögensrecht ausdrücklich das Patentrecht.⁴⁰

IV. Das Unternehmen als Exekutionsobjekt

A. Allgemeines

Die dogmatisch auch aus heutiger Sicht spannendsten einschlägigen Ausführungen finden sich mE in *Piskos* Habilitation zum „*Unternehmen als Exekutionsobjekt*“. Selbst im Vergleich mit dem ansonsten sehr ähnlichen deutschen Recht ist es bekanntlich als besonderes „*Austriacum*“ hervorzuheben, dass die

³⁴ *Heller/Berger/Stix*, EO II⁴ (1972) 1725; *Oberhammer* in *Angst/Oberhammer*, EO³ § 296 Rz 6; vgl auch *Mini* in *Deixler-Hübner*, EO (35. Lfg; 2022) §§ 259, 260 Rz 3; krit *Schumacher*, Zwangsvollstreckung 41.

³⁵ GrünhutsZ 1899, 361 (378).

³⁶ GZ 1898, 370 (372).

³⁷ RGeBl 1897/30.

³⁸ BGBl 1970/259.

³⁹ *Pisko*, GZ 1898, 370 (372).

⁴⁰ ErlRV 770 BlgNR 27. GP 53.

Vermögensrechteexekution sogar explizit ein Unterkapitel zur Exekution auf „Unternehmen“ enthält. Was die Singularität dieser gesetzlichen Ausgangslage betrifft, meint *Pisko*⁴¹ sogar, dass das Unternehmen als Objekt der Spezialexekution überhaupt in keiner ausländischen Gesetzgebung geregelt sei.

An der Möglichkeit der Exekution auf Unternehmen hat auch die GREx nichts geändert.⁴² Die praktische Bedeutung dieser Institution ist in den letzten Jahrzehnten allerdings gering und war wohl stets von überschaubarem Ausmaß. Dogmatisch ist die Unternehmensexekution aber als eigenwilliges Konstrukt an der Schnittstelle von Handels-, Zivil- und Zwangsvollstreckungsrecht überaus komplex und daher durchaus reizvoll; letztlich gewinnt man den Eindruck, dass diese Möglichkeit *Piskos* generelles Verständnis vom Unternehmen stark geprägt hat.⁴³

§ 341 EO ordnet in seiner heutigen Fassung an, dass Unternehmen *nur* durch Zwangsverwaltung und Verpachtung verwertet werden können. Anders als in der Urfassung der EO wird durch das Wort „*nur*“ klargestellt, dass andere Exekutionsmittel nicht zur Verfügung stehen. Bereits *Pisko*⁴⁴ erkennt den Sinn der Bestimmungen in ihrer Urfassung auch ohne dieses klarstellende Adverb darin, die möglichen Exekutionsmittel zu beschränken; er qualifiziert die Aufzählung der Zwangsverwaltung und Verpachtung folglich schon damals als taxativ.

Rechtspolitisch tendiert er allerdings zur Haltung, dass die Unternehmensexekution als „*eines der härtesten Exekutionsmittel*“⁴⁵ besser ausgeschlossen oder zumindest erheblich eingeschränkt werden hätte sollen. Konkret bemängelt er, dass die Unternehmensexekution für den Schuldner vielfach „*die Verhinderung, seine Arbeitskraft in der einzigen Richtung zu betätigen, in der ihm eine Betätigung überhaupt möglich ist*“, bedeute,⁴⁶ der Nutzen daraus für die Gläubiger demgegenüber vielfach und gerade bei kleineren Unternehmen äußerst bescheiden sei.

B. Determination des Exekutionsobjekts

Wenngleich der Gedanke, dass der Verpflichtete seine Arbeitskraft außerhalb seines Unternehmens nicht mehr betätigen könne, im modernen Wirtschaftsleben kaum noch akkurat erscheint, leitet der Befund über den gerin-

⁴¹ Unternehmen 146 f unter Berufung auf *Schubert-Soldern*, Die Zwangsverwaltung und die Verwahrung und Verwaltung nach Exekutionsrecht (1903) 416 FN 3.

⁴² Mit dieser erfolgten nur terminologische Änderungen, vgl ErlRV 770 BlgNR 27. GP 61 f.

⁴³ Dieser Eindruck lässt sich allerdings – soweit ersichtlich – nicht konkret belegen.

⁴⁴ Unternehmen 147.

⁴⁵ *Pisko*, Unternehmen 147.

⁴⁶ *Pisko*, Unternehmen 148.

gen Nutzen dieses Exekutionsmittels über zur „dogmatischen Gretchenfrage“: Was ist eigentlich Gegenstand der Unternehmensexekution?

*Piskos*⁴⁷ Antwort darauf ist bemerkenswert, wenngleich sie seiner generellen Definition des Unternehmens entspricht: Zugriffsubjekt seien nicht die Unternehmensbestandteile, sondern „die vom Verpflichteten geschaffene Organisation der Produktionsmittel und gesicherte Absatzgelegenheit“. Sichtlich beeinflusst davon meint der OGH in einem Plenissimarbeschluss nur wenige Jahre später, nämlich am 25.6.1912,⁴⁸ Folgendes: Exekutionsobjekt sind „nicht die das Unternehmen bildenden Sachen und Rechte als solche, sondern lediglich die rechtliche Möglichkeit, aus ihrer zweckmäßigen Zusammenfassung Ertrag zu gewinnen“. Etwas moderner formuliert ist also nicht die Unternehmenssubstanz das Zugriffsubjekt, sondern die im Unternehmen geschaffenen Ertrags- oder Geschäftschancen. Aus dieser Warte erweist sich *Pisko* damit – wie etwa auch *Franz Klein*⁴⁹ – als personifizierter Beleg dafür, dass auch Rechtswissenschaftlern um die Wende zum 20. Jhd Gedanken, die der vielbeschworenen ökonomischen Analyse des Rechts zuzuschlagen sind, keineswegs fremd waren.

Rechtsdogmatisch harmoniert dieses Verständnis jedenfalls zum einen damit, dass die Unternehmensexekution ausweislich der Gesetzesmaterialien⁵⁰ gerade kein Pfandrecht an den Aktiva des Unternehmens begründet.⁵¹ Mit der Zwangsverwaltung entstehe lediglich – analog zur Liegenschaftszwangsverwaltung (vgl § 103 Abs 1, § 119 EO) – ein Pfandrecht an den Früchten und Erträgen des Unternehmens.⁵² Zum anderen fügt sich *Pisko* Verständnis vom richtigen Exekutionsobjekt damit, dass dem betreibenden Gläubiger die Zwangsversteigerung des Unternehmens verwehrt bleibt, obwohl dies zweifellos das effektivste Exekutionsmittel wäre.⁵³ Die geschaffenen Ertrags- oder Geschäftschancen lassen sich eben nicht sinnvoll isoliert versteigern.

⁴⁷ Unternehmen 152.

⁴⁸ GIUNF 5982.

⁴⁹ Vgl *Fasching*, Die Weiterentwicklung des österreichischen Zivilprozeßrechts im Lichte der Ideen Franz Kleins, in *Hofmeister*, Forschungsband Franz Klein: Leben und Wirken; Beiträge des Symposiums „Franz Klein zum 60. Todestag“ (1988) 97 (102); *Baltzarek*, Franz Klein als Wirtschafts- und Sozialpolitiker, in *Hofmeister*, Franz Klein 173 (176 ff); *Nörr*, Gegenwart und Zukunft in der Gedankenwelt Franz Kleins, in *Marinelli/Bajons/Böhm*, Die Aktualität der Prozess- und Sozialreform Franz Kleins (2015) 15 (20).

⁵⁰ Materialien zu den neuen österreichischen Civilprozessgesetzen I (1897) 580.

⁵¹ Ebenso heute *Oberhammer* in *Angst/Oberhammer*, EO³ § 331 Rz 82; *Oberhammer*, Unternehmen, Gesamtsache, Unternehmenszubehör – und Pfändung, in FS Krejci (2001) 257 (270 ff).

⁵² Materialien I 580; dies ergab sich aus dem Verweis auf § 107 EO idF RegV.

⁵³ Die Materialien (I 579) begründen dies letztlich mit Verhältnismäßigkeitserwägungen zugunsten des Schuldners; dagegen *Oberhammer* in *Angst/Oberhammer*, EO³ § 331 Rz 88, der dies aus dem sachenrechtlichen Spezialitätsgrundsatz ableiten will.

C. Ausmaß und Wirkung der Verstrickung

Vor allem ist das Verständnis vom „richtigen“ Objekt der Unternehmensexekution aber deshalb interessant, weil hieraus konkrete Schlüsse für das Ausmaß der exekutionsrechtlichen Verstrickung gezogen werden könnten.

Zum einen schränkt *Pisko*⁵⁴ den Umfang jener Erträge ein, die zur Befriedigung des Gläubigers herangezogen werden dürfen. Während dies bei der Zwangsverpachtung naheliegenderweise der Pachtzins sei, der für die Verpachtung lukriert wird, dürfen bei der Zwangsverwaltung nur echte Früchte des Unternehmens bzw Früchte der unternehmerischen Tätigkeit exequiert werden. Dafür komme es darauf an, dass das Unternehmen die Gelegenheit zum Abschluss des konkreten Geschäfts gegeben und gefördert hat, auch wenn dieses Geschäft nicht unbedingt zur Branche des Unternehmens gehören muss. Nach dieser Unterscheidung sei zB eine Kaufpreisforderung aus der Veräußerung einer Fabrikliegenschaft kein Erlös, der dem Gläubiger aus der Zwangsverwaltung zukomme.

Diese Abgrenzung erinnert bemerkenswerterweise daran, welche Unternehmensgewinne für die Ergebnisberechnung bei einer typischen stillen Beteiligung heranzuziehen sind. ME wird dort zutreffend darauf abgestellt, dass die Gewinne oder Verluste betrieblich veranlasst sein müssen.⁵⁵ Eine solche Abgrenzung zwischen betrieblich veranlassten Erträgen, die dem betreibenden Gläubiger zufließen, und sonstigen – sozusagen – außerordentlichen Erträgen, die dem Gläubiger eben nicht zufallen, erscheint bei der Zwangsverwaltung von Unternehmen in der Tat überzeugend.

Zum anderen ist in zweierlei Hinsicht die Drittwirksamkeit des exekutionsrechtlichen Beschlags bei der Unternehmensexekution fraglich: Erstens ist zweifelhaft, ob der Verpflichtete trotz bewilligter Exekution auf das Unternehmen noch über einzelne Aktiva desselben verfügen kann. Zweitens ist zu klären, ob andere Gläubiger trotz prioritärer Unternehmensexekution noch einzelne Unternehmensaktiva pfänden können.

Wenn die Unternehmenssubstanz nicht Exekutionsobjekt ist, so liegt es in der Tat nahe, trotz der Unternehmensexekution sowohl Verfügungen des Verpflichteten über einzelne Aktiva als auch eine Zwangsvollstreckung Dritter auf diese Aktiva für möglich zu erachten; *Oberhammer*⁵⁶ hält diese

⁵⁴ Unternehmen 152 f.

⁵⁵ Dazu zB RIS-Justiz RS0062119; *Mock/Illetschko* in *Straube/Ratka/Rauter*, Wiener Kommentar zum Unternehmensgesetzbuch I⁴ § 182 Rz 15 f (Stand: 15.5.2024, rdb.at); *Konwitschka* in *Zib/Dellinger*, Unternehmensgesetzbuch Großkommentar II (2017) § 182 Rz 11 f; *Trenker* in *U. Torggler*, Unternehmensgesetzbuch Kommentar³ (2019) § 182 Rz 3; vgl auch RIS-Justiz RS0062119.

⁵⁶ *Oberhammer* in *Angst/Oberhammer*, EO³ § 331 Rz 82 ff, 86; *Oberhammer* in FS Krejci 257 (275 f).

Lösung sogar für einzig konsequent.⁵⁷ Bei stärkerer wirtschaftlicher Betrachtung ist jedoch nicht von der Hand zu weisen, dass eine Verfügung *über* oder eine Exekution *auf* die einzelnen zum Betrieb nötigen Sachen das Befriedigungsrecht des die Unternehmensexekution betreibenden Gläubigers aushöhlen könnte. Das könnte dafür sprechen, Verfügungen über oder Exekutionen auf unternehmensbezogenes Vermögen zumindest ab einer bestimmten Intensitätsschwelle für unwirksam zu erachten.

Pisko differenziert freilich überhaupt zwischen beiden Fragen: Zu einer nachfolgenden Exekution auf Unternehmensbestandteile meint er, dass diese zwar zu bewilligen sei. Da es sich bei diesem Exekutionsobjekt jedoch um Unternehmenszubehör handle, stehe dem betreibenden Gläubiger, zu dessen Gunsten die Unternehmensexekution bewilligt wurde, die Exszindierungsklage offen.⁵⁸ Insofern anerkennt er also eine gewisse Drittwirkung der Unternehmensexekution auch bezüglich der Unternehmenssubstanz. Verfügungen des Verpflichteten hält er hingegen schrankenlos für zulässig, weil mangels Verstrickung der Unternehmenssubstanz überhaupt kein Verfügungsverbot zu erlassen sei.⁵⁹

Mit der GREx hat der Gesetzgeber beide Fragen einer ausdrücklichen Lösung zugeführt und damit einen vorläufigen Schlussstrich unter die hierzu seit jeher geführte Diskussion gezogen: Mit der Bewilligung der Unternehmensexekution wird dem Verpflichteten gem § 341 Abs 2 EO ein umfassendes Verfügungsverbot auferlegt, das gem Z 4 und 5 auch die Veräußerung und Verpfändung sämtlicher Sachen und Rechte des Unternehmens erfasst.⁶⁰ Das Verbot entfaltet sogar insoweit Drittwirkung, als verbotswidrige Verfügungen dem betreibenden Gläubiger gegenüber, also relativ unwirksam sind (§ 341 Abs 3 EO). Entgegen bisher hM⁶¹ erklärt § 342 Abs 3 EO aber auch eine exekutive Pfändung für unzulässig, sobald die Zwangsverwaltung vom Verwalter öffentlich bekannt gemacht wird. Ein Schutz vor einer Einzelpfändung besteht also *nur*, aber *immerhin* bei der Zwangsverwaltung (nicht hingegen bei der Zwangsverpachtung) und erst ab dem Zeitpunkt öffentlicher Bekanntmachung.⁶²

Der GREx-Gesetzgeber stärkt die Intensität der Verstrickung bei der Unternehmensexekution somit beträchtlich. Dies scheint im Ergebnis durchaus nachvollziehbar. Warum das Verfügungsverbot aber anders als der Pfän-

⁵⁷ So auch *Heller/Berger/Stix*, EO III⁴ 2343 f; *Frauenberger* in *Deixler-Hübner*, Exekutionsordnung Kommentar III (2020) § 331 Rz 27 f; abw *Jakusch* in *Angst/Oberhammer*, EO³ § 341 Rz 32 f, 48.

⁵⁸ *Pisko*, Unternehmen 159 ff.

⁵⁹ *Pisko*, Unternehmen 168.

⁶⁰ *Frauenberger* in *Deixler-Hübner*, EO (36. Lfg; 2022) § 341 Rz 13.

⁶¹ Siehe nur *Oberhammer* in *Angst/Oberhammer*, EO³ § 331 Rz 84; *Jakusch* in *Angst/Oberhammer*, EO³ § 341 Rz 48; *Frauenberger* in *Deixler-Hübner*, EO III § 331 Rz 27 je mwN.

⁶² ErlRV 770 BlgNR 27. GP 62; *Frauenberger* in *Deixler-Hübner*, EO (36. Lfg; 2022) § 341 Rz 3.

derungsschutz bereits vor dem Zeitpunkt der Bekanntmachung der Zwangsverwaltung Drittwirkung entfaltet und zudem offenbar auch bei der Zwangsverpachtung gilt, erschließt sich dem Rechtsanwender auch bei Lektüre der Gesetzesmaterialien nicht ohne weiteres. Eine Lektüre *Piskos* hätte dem Gesetzgeber im Gegenteil nahegelegt, auch dem Verfügungsverbot erst nach öffentlicher Bekanntmachung der Zwangsverwaltung Drittwirkung zuzuerkennen. Die mangelnde Publizität – eine öffentliche Bekanntmachung der Zwangsverwaltung war zu Zeiten *Piskos* noch überhaupt nicht vorgesehen – war nämlich der entscheidende Grund, warum sich *Pisko* überhaupt gegen die Verhängung eines Verfügungsverbots ausgesprochen hatte.⁶³

D. Exekutionsuntauglichkeit bestimmter Arten von Unternehmen

Zumindest mittelbar⁶⁴ Eingang in die GREx dürften dafür *Piskos* Überlegungen zur Frage gefunden haben, welche Unternehmen überhaupt Gegenstand einer derartigen Exekution sind. Nach § 326 Abs 2 Z 4 EO sind nunmehr jene „Unternehmen“ unpfändbar, „die *derart durch die Person des Unternehmers geprägt sind, dass eine Verwaltung oder Verpachtung des Unternehmens ohne die persönliche Arbeitskraft des Unternehmers nicht möglich ist*“. Trotz des früher erheblich abweichenden Wortlauts (siehe § 341 Abs 1 S 2 EO aF⁶⁵) schlägt *Pisko* schon eine ganz ähnliche Abgrenzung vor: Es seien nur Unternehmen pfändbar, „*bei denen der Verwalter (Pächter) [...] ohne Mitwirkung des Verpflichteten in die Lage gebracht wird, die vorhandene Organisation der Produktionsmittel oder [...] die bestehende Absatzgelegenheit auszunützen*“.⁶⁶ Entscheidend für die Exekutionsfähigkeit eines Unternehmens ist damit sowohl bei *Pisko* als auch im neuen § 326 EO eine gewisse Unabhängigkeit der Ertragschancen von der Arbeitskraft des Verpflichteten.

Außerdem hat die GREx in § 326 Abs 2 Z 4 EO die Vermutung eingefügt, dass Kleinunternehmen, die vom Verpflichteten allein mit höchstens vier Arbeitnehmern betrieben werden, dementsprechend unpfändbar sind. Auch das könnte man als späten Erfolg *Piskos* werten: Er hatte schon seinerzeit gemeint, dass der Umfang des Unternehmens *de lege ferenda* eine taugliche Grundlage für die Entscheidung sein könne, ob eine Unternehmensexekution überhaupt für zulässig erachtet werde oder nicht.⁶⁷

⁶³ *Pisko*, Unternehmen 167 ff.

⁶⁴ Die Gesetzesmaterialien (vgl ErlRV 770 BlgNR 27. GP 51) sprechen davon, dass dies schon bisher so in Rsp und Literatur vertreten worden sei, wobei diese hM (siehe zB *Heller/Berger/Stix*, EO III⁴ 2425; *Oberhammer* in *Angst/Oberhammer*, EO³ § 331 Rz 97 mwN) auch *Piskos* Ausführungen geschuldet gewesen sein dürfte.

⁶⁵ Dazu zB OGH Präs 546/31 SZ 13/270; 8 Ob 17/92; RIS-Justiz RS0004298.

⁶⁶ *Pisko*, Unternehmen 155.

⁶⁷ *Pisko*, Unternehmen 148.

V. Das Unternehmen im Konkurs

A. Einführung

Schließlich ist mit dem „*Unternehmen als Aktivum in der Konkursmasse*“ ein weiteres Kapitel der Habilitation *Piskos* zwar nicht der Zwangsvollstreckung iES, aber immerhin der insolvenzrechtlichen Gesamtvollstreckung gewidmet. Bei der Rezeption dieser Ausführungen ist freilich stets im Hinterkopf zu behalten, dass sie noch vor Inkrafttreten „unserer“ Konkursordnung 1914 und somit zu einer Rechtslage verfasst wurden, die wesentlich von der heutigen IO abweicht. Dies dürfte ein Mitgrund dafür sein, dass die darin vertretenen Ansichten mE tendenziell „schlechter gealtert“ sind als jene der anderen einschlägigen Werke.

B. Keine Geltung der Ausnahme gem § 326 Abs 2 Z 4 EO im Insolvenzverfahren

Der soeben angedeutete Zusammenhang zwischen Exekution und Insolvenz äußert sich auch in *Piskos*⁶⁸ Ausführungen, wenn er vertritt, dass jene von der Person und Arbeitskraft des Schuldners abhängigen Unternehmen, die von der Einzelexekution ausgeschlossen sind (heute gem § 326 Abs 2 Z 4 EO), im Konkurs weder auf Rechnung der Masse fortgeführt, noch vom Masseverwalter veräußert werden können. Denn zur Konkursmasse zähle bekanntlich lediglich das der Exekution unterworfenene Vermögen und diese Unternehmen seien der Exekution ja gerade entzogen.

Dieser Gedanke ist *prima vista* konsequent, widerspricht aber zweifellos der (zumindest heute) gelebten Praxis. Auch der OGH hat diese Auffassung bereits verworfen.⁶⁹ Dem ist zuzustimmen, weil durch die Konkurseröffnung – anders als bei der Einzelexekution – die gesamte Unternehmenssubstanz verstrickt wird, also nicht nur eine Zwangsverpachtung oder -verwaltung möglich ist. Es entfällt damit die teleologische Rechtfertigung für die Exekutionsausnahme des § 326 Abs 2 Z 4 EO, welche erkennbar darauf zugeschnitten ist, eine Vernichtung bestimmter Unternehmen durch eine Zwangsverwaltung zu verhindern.⁷⁰

In der E 8 Ob 55/03a hat das Höchstgericht aber immerhin ausgesprochen, dass die vollständige Vermögensverwertung als Voraussetzung für

⁶⁸ Unternehmen 139.

⁶⁹ OGH 8 Ob 17/92; 8 Ob 55/03a; RIS-Justiz RS0009323; RS0004305 [T3]; *Konecny*, Restschuldbefreiung bei insolventen natürlichen Personen, ÖBA 1994, 911 (917); *Oberhammer in Angst/Oberhammer*, EO³ § 331 Rz 95; *G. Kodek in Koller/Lovrek/Spitzer*, Insolvenzordnung Kommentar² (2023) § 2 IO Rz 22.

⁷⁰ Vgl 8 Ob 17/92; 8 Ob 55/03a.

einen Zahlungsplan (§ 193 Abs 2 IO) insoweit teleologisch zu reduzieren sei, als eine Veräußerung bestimmter Unternehmen ausnahmsweise unterbleiben könne: Namentlich sei dies der Fall, wenn das Unternehmen wegen der Prägung durch die Person des Schuldners höchstens zu unbeträchtlichen Schleuderpreisen veräußert werden könnte und überdies dem Schuldner keine andere Einnahmequelle offenstehe.

C. Rechtsstellung des Masseverwalters

Interessant sind *Piskos*⁷¹ Gedanken zur Stellung des unternehmensfortführenden Masseverwalters. Noch unbeeindruckt von der mittlerweile geradezu altherwürdigen Diskussion über die Rechtsstellung des Insolvenzverwalters⁷² meint er kurz und prägnant: „*Der Masseverwalter nehme bezüglich des Betriebs des Unternehmens die Stellung eines gesetzlichen Vertreters des Schuldners ein. Er führt das Unternehmen im Namen des Gemeinschuldners, wenn auch auf Rechnung der Konkursgläubiger*“. Vor allem der zweite Satz bringt die „funktionale Janusköpfigkeit“ des Insolvenzverwalters, der den Schuldner in Bezug auf sein Vermögen zwar vertritt, dies aber ganz primär im Interesse seiner Gläubiger tut, treffend zum Ausdruck.

Überholt ist indes die Schlussfolgerung *Piskos*⁷³, wonach der Schuldner – gemeint wohl vor allem für die Zeit nach Konkursaufhebung – für die vom Masseverwalter begründeten Masseverbindlichkeiten ohne weiteres hafte. Denn die ganz hM⁷⁴ begrenzt diese Haftung für Verbindlichkeiten, die während des Insolvenzverfahrens entstehen, mit dem Wert des Massevermögens, das nach der konkursmäßigen Verwertung an den Schuldner zurückfällt; da dies regelmäßig nichts ist, läuft diese Haftung *pro viribus* praktisch ins Leere. Auch der Gesetzgeber hat diese Ansicht mittlerweile indirekt bestätigt, indem § 60 Abs 1 S 2 IO bei der Insolvenzaufhebung in Folge Sanierungsplanbestätigung eine Ausnahme von dieser Haftungsbeschränkung geschaffen, damit aber zugleich den Grundsatz anerkannt hat.⁷⁵

⁷¹ Unternehmen 140.

⁷² Siehe nur *Fasching*, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts² (1990) Rz 340 f; *Riel*, Befugnisse des Masseverwalters (1995) 3 ff; *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 80 KO (Stand 1.10.1997, rdb.at) je mwN.

⁷³ Unternehmen 140.

⁷⁴ So zB OGH 3 Ob 1057/27 SZ 9/223; 8 Ob 345/97m; *Bachmann*, Befriedigung der Masseforderungen (1993) 175; *Katzmayr* in KLS² § 60 Rz 11. Vereinzelt bestritten wird lediglich, dass es sich dabei um eine pro-viribus-Haftung handele, auf *Jelinek/Nunner-Krautgasser* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 61 KO Rz 12 f mwN (Stand 1.12.2001, rdb.at).

⁷⁵ ErlRV 1168 BlgNR 22. GP 19; *Bachmann/Mitteregger*, Die Stellung der Massegläubiger bei Insolvenzaufhebung, ZIK 2016, 52 (52 f); *Trenker*, Treuhänderüberwachung der Sanierungsplanerfüllung (2017) 184.

D. Firmenveräußerung

Schließlich sei aus der Erörterung Piskos noch eine Frage herausgegriffen, die bis heute Anlass zu Diskussionen gibt: Kann der Masseverwalter das Unternehmen mitsamt der Firma veräußern, ohne hierfür die Zustimmung des Schuldners einholen zu müssen? *Pisko*⁷⁶ bejaht dies entgegen der damals hM⁷⁷ zwar grundsätzlich, allerdings nur, wenn die Firma nicht den Namen des Schuldners trage. Aus Art 24 HGB (entspricht § 24 Abs 2 UGB) folge nämlich die übergeordnete Schutzwürdigkeit des bürgerlichen Namensrechts als Persönlichkeitsrecht. Diese Bestimmung erlaubt bekanntlich eine Firmenfortführung bei Ausscheiden des Gesellschafters, dessen Name in der Firma enthalten ist, nur mit dessen ausdrücklicher Einwilligung.⁷⁸

So einschlägig und gewichtig die Wertung des § 24 Abs 2 UGB in diesem Kontext ist und so groß der Stellenwert von Persönlichkeitsrechten besonders in neuerer Zeit geschrieben wird, ist diese Einschränkung mE im Insolvenzfall unbeachtlich. Der Insolvenzverwalter kann vielmehr auch eine Namensfirma ohne Zustimmung des Schuldners mitveräußern. Die besseren Gründe sprechen nämlich dafür, § 24 Abs 2 UGB diesfalls teleologisch zu reduzieren.⁷⁹ Nach dem Motto: „Ist der Ruf erst ruiniert, lebt es sich ganz ungeniert“, ist das Schutzbedürfnis des Namensgebers nämlich nicht mehr gleichermaßen stark, wenn der wirtschaftliche „Totalschaden“ in Form der Insolvenz schon eingetreten ist; demgegenüber wiegt das Interesse der ohnehin schon geschädigten Gläubiger an einer maximalen Verteilungsmasse mE schlicht stärker.

VI. Abschließende Bewertung

Derartige Meinungsverschiedenheiten im Detail ändern nichts daran, dass der Befund über den Wert von *Piskos* Werken zur „Zwangsvollstreckung in Handelsrechte“ uneingeschränkt positiv ausfällt. Die Thesen *Oskar Piskos* haben die legislative und judikative Entwicklung stark geprägt und sind durchwegs noch immer beachtlich. Dass diese Thesen allesamt vor mehr als 100 Jahren, aus Sicht *Piskos* in äußerst jungem Alter (teilweise noch als Student!) und außerdem knapp nach Inkrafttreten der „neuen“ Exekutionsordnung verfasst wurden, er deshalb nur sehr begrenzt auf Vorarbeiten aufbauen konnte, bestätigt den Eindruck eines Juristen von ganz außergewöhnlichem Format.

⁷⁶ Unternehmen 143 f.

⁷⁷ Vgl die Nachweise bei *Opet*, Beiträge zum Firmenrecht, ZHR 1900, 51 (116).

⁷⁸ *W. Schumacher* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB I⁴ § 24 Rz 8 (Stand: 1.12.2017, rdb.at); *Herda* in *Artmann*, Unternehmensgesetzbuch: Kommentar I³ (2019) § 24 UGB Rz 22.

⁷⁹ *U. Torggler/Trenker*, Kompetenzverteilung in der Insolvenz – Vorstands-, Aufsichtsrats- und Gesellschafterzuständigkeiten in Verfahren mit und ohne Eigenverwaltung, in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2014 (2015) 73 (84 ff); *Trenker*, Befugnis des Masseverwalters zur Firmenänderung – Anmerkung zu OLG Wien 28 R 324/14v, ZIK 2015, 84.