

asso. Prof. MMag. Dr. MARTIN TRENKER
UNIVERSITÄT INNSBRUCK
RECHTSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT
INSTITUT FÜR ZIVILGERICHTLICHES VERFAHREN

Innrain 52, A-6020 Innsbruck
martin.trenker@uibk.ac.at
Tel.: +43 / 512 507 80445

An die
Parlamentsdirektion
z. Hd. Herrn Mag. Wolfgang Sobotka als Präsident des Nationalrats
Dr.-Karl-Renner-Ring 3
1017 Wien
e-mail: begutachtung@parlament.gv.at

sowie

an das
Bundesministerium für Justiz
Museumstraße 7
1070 Wien
e-mail: team.z@bmj.gv.at

Betrifft: Ministerialentwurf betreffend Bundesgesetz, mit dem die Exekutionsordnung, das Einführungsgesetz zur Exekutionsordnung, die Insolvenzordnung, das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch, das Gerichtsgebührengesetz, das Gerichtliche Einbringungsgesetz, das Unternehmensgesetzbuch, das EWIV-Ausführungsgesetz, das Gesetz über Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, das GmbH-Gesetz, das Aktiengesetz, die Notariatsordnung, das Rechtsanwaltsaristgesetz, das Eingetragene Partnerschaft-Gesetz, das Urkundenhinterlegungsgesetz, das Rechtspflegergesetz, das Sicherheitspolizeigesetz, das Bundesgesetz, mit dem das Sicherheitspolizeigesetz geändert wird und Verstöße gegen bestimmte einstweilige Verfügungen zum Schutz vor Gewalt und zum Schutz vor Eingriffen in die Privatsphäre zu Verwaltungsübertretungen erklärt werden, das Asylgesetz 2005 und das Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz geändert werden sowie die Anfechtungsordnung und das Vollzugsgebührengesetz in die Exekutionsordnung übernommen werden (**Gesamtreform des Exekutionsrechts – GREx**); 77/ME XXVII. GP

Bezug: Schreiben des BMJ vom 27.11.2020, Gz 2020-0.729.412

Bezugnehmend auf den oben angeführten Ministerialentwurf erlaube ich mir, zu folgenden Bestimmungen wie folgt Stellung zu beziehen:

I. Vorbemerkung

Allen voran erlaube ich mir das Urteil, dass der gegenständliche Ministerialentwurf (im Folgenden: „ME“) zu einer Gesamtreform des Exekutionsrechts **innovative Lösungen** für bestehende Probleme enthält, diese weitgehend **geschickt umgesetzt wurden** und die „Lesbarkeit“ der EO deutlich verbessern, der ME daher **insgesamt als durchaus gelungen** anzusehen ist.

asso. Prof. MMag. Dr. MARTIN TRENKER
UNIVERSITÄT INNSBRUCK
RECHTSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT
INSTITUT FÜR ZIVILGERICHTLICHES VERFAHREN

Innrain 52, A-6020 Innsbruck
martin.trenker@uibk.ac.at
Tel.: +43 / 512 507 80445

Gerade bei einem Projekt dieser Größenordnung gibt es aber naturgemäß **viele Fragen**, über die sich **trefflich streiten lässt**, Probleme, die möglicherweise **nicht hinreichend bedacht** oder auch im Einzelfall schlicht **übersehen** wurden, sowie manche **redaktionelle Versehen**. Ferner erhoffen sich Rechtsanwender **im Rahmen einer Gesamtreform des Exekutionsrechts** auch **Klarstellungen** des Gesetzgebers zu mancher Frage, die zwar vielleicht nicht unbedingt den Kern der Änderungsvorschläge betrifft, aber **Rechtsprechung** und **Lehre** schon seit längerem vor **schwierige Herausforderungen stellt**. Hinzu kommt der Wunsch nach einer Regelung von **neuen Problemen**, die aus aktuellen Entwicklungen, wie dem Investitionsboom in „**Kryptowährungen**“ resultieren. Aus all diesen Gründen sei um Verständnis dafür gebeten, dass die nachstehenden Ausführungen trotz der hohen Qualität des ME sehr viele und umfangreiche Änderungs- und Ergänzungsvorschläge enthalten.

Nicht verschwiegen sei zudem, dass – und dies gilt sicherlich nicht nur für die gegenständliche Stellungnahme – bei möglicher eingehenderer Reflexion noch viele weitere offene Fragen und Probleme aufgegriffen, sonstiger Verbesserungsbedarf aufgezeigt sowie alternative Lösungsvorschläge angeboten werden hätten können. Eine **Begutachtungsfrist von nicht einmal zwei Monaten**, die sich noch dazu über die Weihnachtsfeiertage erstreckt, erwies sich jedoch für eine **Gesamtreform des Exekutionsrechts (!) leider als eindeutig ungenügend**, was umso bedauerlicher erscheint, als konkreter Zeitdruck für dieses Vorhaben nicht ersichtlich ist. Es sei daher an dieser Stelle zum einen dem Wunsch Ausdruck verliehen, dass derart unangemessen kurze Begutachtungsfristen nicht *usus* werden, sondern in Zukunft wieder Zeiträume zur Verfügung stehen, die eine eingehende und fruchtbringende Diskussion erlauben. Zum anderen möge die gebotene Eile das ein oder andere „Redaktionsversehen“ dieser zwangsläufig mit sehr heißer Feder verfassten Stellungnahme entschuldigen. Zudem konnten aus Zeitmangel einzelne Kapitel, wie die Neuerungen zur Exekution auf unbewegliches Vermögen, zur Fahrnis- und Forderungsexekution praktisch gar nicht begutachtet werden.

Es bleibt somit vor allem zu hoffen, dass der Reflexionsprozess über dieses enorm umfangreiche und vielschichtige Gesetzesprojekt mit Ende der Begutachtungsfrist noch nicht abgeschlossen sein wird, sondern der Gesetzgeber **unter Berücksichtigung der eingehenden Stellungnahmen** und der **Einbeziehung von Experten** aus Praxis und Wissenschaft noch **vertiefte Überlegungen** anstellen wird, um diese **seltene Chance zu einer Gesamtreform des Exekutionsrechts bestmöglich zu nutzen**. Im Interesse der bestmöglichen Umsetzung sollte auch **nicht unbedingt** am beabsichtigten **Termin des In-Kraft-Tretens im Juli 2021** festgehalten werden, zumal die bis dahin verfügbare Zeit,

asso. Prof. MMag. Dr. MARTIN TRENKER
UNIVERSITÄT INNSBRUCK
RECHTSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT
INSTITUT FÜR ZIVILGERICHTLICHES VERFAHREN

Innrain 52, A-6020 Innsbruck
martin.trenker@uibk.ac.at
Tel.: +43 / 512 507 80445

nicht zuletzt auch angesichts der aktuellen Herausforderungen und Einschränkungen durch die COVID-19-Krise, **extrem knapp bemessen erscheint**.

II. Zu Art 1 Z 4

Offensichtliches Redaktionsversehen

Die geplante Änderung des § 1 Z 2 EO scheint die bereits **beschlossene Änderung dieser Bestimmung** im Rahmen des „**Hass-im-Netz-Bekämpfungsgesetzes**“ zu übersehen und damit auch zu konterkarieren. In Art 4 dieses Gesetzes ist bereits eine Änderung von § 1 Z 2 EO vorgesehen, die inhaltlich teilweise jene des gegenständlichen Ministerialentwurfs enthält, aber mit der Einführung der „*Unterlassungsaufträge nach § 549 ZPO*“ als neue Exekutionstitel über den gegenständlichen Regelungsinhalt hinausgeht (siehe 481 BlgNR 27. GP 3 f). Diese Erweiterung würde durch die im geplanten Art 1 Z 4 angedachte Formulierung von § 1 Z 2 EO somit wieder rückgängig gemacht, was nicht der Intention des Gesetzgebers entsprechen kann.

Regelungsvorschlag

Dieses Redaktionsversehen kann durch **ersatzlose Streichung von Art 1 Z 4** ohne inhaltliche „Verluste“ behoben werden.

III. Zu Art 1 Z 8

A. Zum geplanten § 4a EO

Regelung der Belegenheit von Forderungen und Vermögensrechten

Die **Konzentration der örtlichen Zuständigkeit** bei der Geldexekution auf das bewegliche Vermögen am allgemeinen Gerichtsstand des Verpflichteten ist sehr zu begrüßen. Sie ist auch gewissermaßen Voraussetzung für die noch zu erörternde (unten V.) Möglichkeit einer Feststellung der offenkundigen Zahlungsunfähigkeit des Verpflichteten (§ 49a EO idF ME).

Die geplante Regelung für jene Fälle, in denen der Verpflichtete im Inland keinen allgemeinen Gerichtsstand hat, wirft jedoch Fragen auf, die wegen des grundsätzlich auch im Exekutionsverfahren anwendbaren § 27a JN (OGH 3 Ob 44/98m; RIS-Justiz RS0106939) nicht zuletzt Auswirkungen auf die **inländische Gerichtsbarkeit/internationale Zuständigkeit** haben.

Konkret führt die für diesen Fall vorgesehene **Zuständigkeit an jenem Ort**, an dem sich das **zu exequierende bewegliche Vermögen befindet**, zwar bei körperlichen

asso. Prof. MMag. Dr. MARTIN TRENKER
UNIVERSITÄT INNSBRUCK
RECHTSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT
INSTITUT FÜR ZIVILGERICHTLICHES VERFAHREN

Innrain 52, A-6020 Innsbruck
martin.trenker@uibk.ac.at
Tel.: +43 / 512 507 80445

Sachen, **nicht jedoch bei Forderungen zu eindeutigen Ergebnissen**. Dementsprechend könnte der Entfall des bisherigen § 18 Z 3 EO, wonach mangels inländischen Gerichtsstands des Verpflichteten der Gerichtsstand des Drittschuldners maßgeblich ist, sogar zusätzliche Streitfragen über die inländische Gerichtsbarkeit aufwerfen, wenn sich nur der Drittschuldner, nicht aber der Verpflichtete im Inland befindet. Die Rsp bejaht die inländische Gerichtsbarkeit in dieser Konstellation bislang mit guten Gründen (OGH 3 Ob 38/95; 7 Ob 139/02w; vgl auch RIS-Justiz RS0106937). Die Fortgeltung dieser Judikatur sollte durch eine Klarstellung der **Belegenheit einer Forderung am Sitz des Drittschuldners** auch künftig abgesichert werden.

Noch schwieriger, jedenfalls aber heterogener gestaltet sich die Beantwortung der Frage nach der **Belegenheit von Vermögensrechten iSd §§ 325 ff EO** idF des ME. Umso dringender ist das Bedürfnis, dass der Gesetzgeber Klarstellungen zur örtlichen Zuständigkeit dieser Rechte und damit gleichsam zu zentralen Fragen der inländischen Gerichtsbarkeit trifft. Im Einzelnen scheinen folgende Regelungen sachgerecht:

Soweit sich solche Vermögensrechte, wie zB ein Miteigentumsrecht, Fruchtgenussrecht, Herausgabeanspruch, Bestandrecht oder eine Anwartschaft eines Eigentumsvorbehaltskäufers, auf eine **bewegliche oder unbewegliche** (§ 5b EO idF ME ist im Gegensatz zu § 18 Z 1 EO [vgl noch *Heller/Berger/Stix*, Exekutionsordnung I⁴ [1969] 318 f]) für bücherlich eingetragene Rechte nicht mehr anwendbar) **körperliche Sache** beziehen, liegt es nahe, die Zuständigkeit am Belegenheitsort dieser Sache auszurichten. Rechte an **Gesellschaften** oder anderen juristischen Personen, wie zB Privatstiftungen, sollten am allgemeinen Gerichtsstand dieser Rechtsträger, sprich im Sprengel/Staat ihres Sitzes (§ 75 JN), durchgesetzt werden (RIS-Justiz RS0000654; OGH 3 Ob 108/95; 3 Ob 44/98m; *Heller/Berger/Stix*, EO I⁴ 318); dasselbe gilt für die Exekution auf Unternehmen (*Heller/Berger/Stix*, EO I⁴ 318; *Jakusch* in *Angst/Oberhammer*, EO³ § 18 Rz 9). Bei Rechten, deren Erwerb/Übertragung von der Eintragung in ein **öffentliches Register** abhängig ist, sollte der Ort dieses Registers ausschlaggebend sein (vgl zum Patent im Ergebnis schon *Jakusch* in *Angst/Oberhammer*, EO³ § 18 Rz 9 mwN). Für **Internet-Domains** kann indes stets auf den Sitz der Vergabestelle der Domain abgestellt werden (OGH 3 Nc 26/12x). Für **urheberrechtliche Verwertungsrechte** und andere **nicht registrierte Immaterialgüterrechte** ist eine sinnvolle Verortung der örtlichen Zuständigkeit nicht möglich. Für diese Rechte bedarf es daher keiner Regelung, sondern genügt die Zuständigkeit am Gerichtsstand des Verpflichteten; ergänzend kann eine Ordination der örtlichen Zuständigkeit erfolgen, wenn sich das jeweilige Vermögensrecht auf das Inland bezieht.

asso. Prof. MMag. Dr. MARTIN TRENKER
UNIVERSITÄT INNSBRUCK
RECHTSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT
INSTITUT FÜR ZIVILGERICHTLICHES VERFAHREN

Innrain 52, A-6020 Innsbruck
martin.trenker@uibk.ac.at
Tel.: +43 / 512 507 80445

Einer Sonderregelung bedürfen schließlich „virtuelle Währungen“ (vgl zum Problem auch *Effer-Uhe*, Kryptowährungen in Zwangsvollstreckung und Insolvenz am Beispiel des Bitcoin, ZZP 131 [2018] 513 [526 ff]), deren örtliche und internationale Verortung besonderen Schwierigkeiten begegnet, zumal diese in ihrer aktuellen Ausgestaltung typischerweise ausschließlich im Blockchain-Netzwerk mit Adressen und Einträgen von (Vermögens-)Beträgen eingebettet sind und sich nicht in irgendeiner „digitalen Geldbörse“ befinden (*Rückert*, Vermögensabschöpfung und Sicherstellung bei Bitcoins – Neue juristische Herausforderungen durch die ungeklärte Rechtsnatur von virtuellen Währungseinheiten, MMR 2016, 295 [296]; *Spindler/Bille*, Rechtsprobleme von Bitcoin als virtuelle Währung, WM 2014, 1357 [1358]). Grundsätzlich sollte daher – iSd § 4a Abs 1 EO idF ME – auf den allgemeinen Gerichtsstand des Verpflichteten abgestellt werden. Sofern dieser jedoch nicht im Inland liegt, sollte eine örtliche und internationale Zuständigkeit nur angenommen werden, wenn der *Private Key* bei einem inländischen Dienstleister, etwa einem „*Wallet-Provider*“, mit Sitz im Inland „deponiert“ wurde oder der *Private Key* auf einem Endgerät gespeichert ist, das sich im Inland befindet (vgl *Effer-Uhe*, ZZP 131, 528).

Legistisch sollte die Belegenheit all dieser Vermögensrechten mE freilich primär durch eine **Generalklausel** geregelt werden. Es bietet sich an, dafür nach einem international-privatrechtlich allgemein anerkannten Prinzip (vgl nur § 1 Abs 1 IPRG) auf den **Grundsatz der stärksten Beziehung** abzustellen. Damit sollte eine bestmögliche Reaktion von Lehre und Rsp auf künftige Entwicklungen gewährleistet sein. Im Anschluss an diese Generalklausel sollten ausgehend von den genannten Konstellationen die wichtigsten Beispiele aufgezählt werden. Alternativ dazu könnte diese – für den Rechtsanwender jedoch zweifellos immens wichtige – Aufzählung wohl auch in den Gesetzesmaterialien erfolgen, wenn man die vorgeschlagene oder eine vergleichbare Generalklausel aufnimmt.

Regelungsvorschlag

Es wird daher vorgeschlagen, § 4a EO wie folgt zu fassen:

„§ 4a. (1) [...]“

(2) *Hat die verpflichtete Partei im Inland keinen allgemeinen Gerichtsstand, so ist das Bezirksgericht zuständig, in dessen Sprengel sich das bewegliche Vermögen, auf das Exekution geführt werden soll, befindet.*

(3) **Die Belegenheit (Abs. 2) von Geldforderungen richtet sich nach dem allgemeinen Gerichtsstand des Drittschuldners.**

asso. Prof. MMag. Dr. MARTIN TRENKER
 UNIVERSITÄT INNSBRUCK
 RECHTSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT
 INSTITUT FÜR ZIVILGERICHTLICHES VERFAHREN

Innrain 52, A-6020 Innsbruck
martin.trenker@uibk.ac.at
 Tel.: +43 / 512 507 80445

(4) Vermögensrechte (§§ 326 ff) gelten als an jenem Ort belegen (Abs. 2), zu dem ihre stärkste Beziehung besteht. [Bei Rechten, die sich auf eine Sache beziehen (z.B. Miteigentum, Fruchtgenuss, Herausgabeanspruch, Bestandrechte, Eigentumsvorbehaltsanwartschaft), besteht die stärkste Beziehung zum Belegenheitsort dieser Sache, bei Beteiligungen und anderen Rechten an Gesellschaften oder sonstigen juristischen Personen zum allgemeinen Gerichtsstand dieser Rechtsträger, bei Unternehmen zu deren Sitz, bei Rechten, deren Erwerb die Eintragung in ein öffentliches Buch oder Register voraussetzt, zum Ort dieses Registers, bei Internet-Domains zum Sitz der Vergabestelle der Domain, bei Berechtigungen in Form virtueller Währungen zur Belegenheit des virtuellen Schlüssels, der eine Verfügung über die virtuelle Währung ermöglicht, sofern dieser Schlüssel auf einem Endgerät gespeichert oder von einem Dienstleister aufbewahrt wird.]¹

B. Zum geplanten § 5c EO

Notwendigkeit einer Sonderbestimmung für Exekution auf unbewegliche und bewegliche Sachen

Der geplante § 5c EO schreibt *prima vista* die schon aktuell geltende Rechtslage (§ 18 Z 4 EO) fest. Allerdings: Da § 5b EO idF ME die Zuständigkeit des Buchgerichts für die Exekution auf das unbewegliche Vermögen – **im Gegensatz zum bisherigen § 18 Z 1 EO** – auf die Geldexekution beschränkt, wäre das „Gericht des Ortes der ersten Exekutionshandlung“ (§ 5c EO idF ME) nunmehr auch *dann* für eine Räumungsexekution (§ 349 EO), eine Exekution zur Erwirkung bzw Aufhebung bücherlicher Rechte (§ 350 EO) und eine Teilungsexekution (§ 351 EO) zuständig, wenn sich diese Rechte auf eine Immobilie beziehen (anders zur aktuellen Rechtslage zB *Jakusch* in *Angst/Oberhammer*, EO³ § 18 Rz 9). Die Zuständigkeit am Ort, in dessen Sprengel die erste Exekutionshandlung vorzunehmen ist, führt jedoch, weil diese Handlung regelmäßig die Zustellung der Exekutionsbewilligung an den Verpflichteten ist, zur **Zuständigkeit am allgemeinen Gerichtsstand des Verpflichteten oder an einer beliebigen sonstigen Abgabestelle** iSd § 2 Z 4 ZustG (*Jakusch* in *Angst/Oberhammer*, EO³ § 18 Rz 12). Das ist für die genannten Exekutionsarten, die eindeutig eine **engere Beziehung zum jeweiligen Buchgericht** aufweisen, weder effizient noch sachgerecht. Es sollte daher eine Sonderbestimmung für jene Fälle der

¹ Text in Klammer Allenfalls als Klarstellung in Gesetzesmaterialien.

asso. Prof. MMag. Dr. MARTIN TRENKER
UNIVERSITÄT INNSBRUCK
RECHTSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT
INSTITUT FÜR ZIVILGERICHTLICHES VERFAHREN

Innrain 52, A-6020 Innsbruck
martin.trenker@uibk.ac.at
Tel.: +43 / 512 507 80445

Naturalexekution aufgenommen werden, in denen der exekutive Zugriff in Wahrheit auf eine unbewegliche Sache gerichtet ist.

Mutatis mutandis sollte auch für **bewegliche körperliche Sachen** eine Zuständigkeit beim *forum rei sitae* angeordnet werden, wobei hiervon wohl nur die Herausgabeexekution hinsichtlich beweglicher Sachen (§ 346 EO) betroffen ist. Das alles gilt umso mehr, wenn der Verpflichtete keine Abgabestelle iSd § 2 Z 4 ZustG hat, sich die herauszugebende Sache jedoch im Inland befindet, weil andernfalls wegen § 27a JN sogar Zweifel an der inländischen Gerichtsbarkeit aufkommen könnten, jedenfalls aber eine Ordination in solchen Fällen erforderlich wäre.

Unterlassungsexekution

Die Zuständigkeit am Ort der ersten Exekutionshandlung nach dem geplanten § 5c EO bliebe damit – wie nach bisheriger Rechtslage – vor allem der Exekution zur Durchsetzung vertretbarer (§ 353 EO) und unvertretbarer Handlungen (§ 354 EO) (*Jakusch in Angst/Oberhammer*, EO³ § 18 Rz 9/1) sowie der Unterlassungsexekution (§ 355 EO) (RIS-Justiz RS0053178; OGH 3 Ob 113-148/94 SZ 68/81) vorbehalten.

Speziell für die Unterlassungsexekution hat dies freilich wiederum eine nicht unbedenkliche Implikation: Mangelt es dem **Verpflichteten an einer Abgabestelle im Inland**, mangelt es auch an einer örtlichen Zuständigkeit für die **Unterlassungsexekution**, obwohl der OGH die inländische Gerichtsbarkeit diesfalls grundsätzlich bejaht, sofern die Vollstreckung den Schutz eines inländischen Rechtsguts bezwecke (OGH 3 Ob 113-148/94 SZ 68/81; RIS-Justiz RS0053180; RS0053140). Der Mangel der örtlichen Zuständigkeit konnte freilich nach bis vor kurzem überwiegender Rsp ohne weiteres durch einen Ordinationsantrag gem § 28 Abs 1 Z 2 JN behoben werden. Die Unzumutbarkeit der Rechtsverfolgung im Ausland sei bei der Unterlassungsexekution – jedenfalls in Deutschland – aufgrund eines österreichischen Titels *generell* bescheinigt, weil eine Zwangsvollstreckung die Auferlegung eines Zwangsgeldes durch das Titelgericht voraussetze, der österreichische Unterlassungstitel aber einen solchen Ausspruch nicht enthält (OGH 3 Nc 8/11y; 3 Nc 7/12b; 4 Nc 4/17a; 3 Nc 25/17g; RIS-Justiz RS0053178 uvm). In der E 3 Nc 20/20a hat der OGH seine Rsp nunmehr (vgl freilich schon OGH 3 Nc 13/20x) jedoch dahingehend geändert, dass eine Ordination bei der Möglichkeit einer Auslandsvollstreckung in einem Mitgliedstaat der EuGVVO eine konkrete Bescheinigung der Unzumutbarkeit der Rechtsverfolgung, etwa durch Vorlage einer abweisenden Entscheidung des zuständigen ausländischen Gerichts, erfordere (RIS-Justiz RS0133301).

asso. Prof. MMag. Dr. MARTIN TRENKER
UNIVERSITÄT INNSBRUCK
RECHTSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT
INSTITUT FÜR ZIVILGERICHTLICHES VERFAHREN

Innrain 52, A-6020 Innsbruck
martin.trenker@uibk.ac.at
Tel.: +43 / 512 507 80445

Diese Auffassung ist *de lege lata* zweifellos gut begründet, sie **entwertet** aber die – mE überzeugende – Annahme einer inländischen Gerichtsbarkeit Österreichs in diesen Fällen **praktisch nicht unmaßgeblich**. Es gilt zu bedenken, dass der – selbst im Anwendungsbereich der EuGVVO möglicherweise zwecklose – Versuch einer Auslandsexekution zu einer erheblichen Verzögerung der Exekutionsbewilligung führen kann, gerade bei typischen Unterlassungsansprüchen aber ein besonderes Eilbedürfnis besteht. Dieses Problem haftet der mitunter erforderlichen Ordination ganz generell an.

Aus Anlass der gegenständlichen Neureglung der örtlichen Zuständigkeit würde der Effektivität der Unterlassungsexekution daher ein großer Dienst erwiesen, wenn ein **spezieller Zuständigkeitstatbestand für Unterlassungsexekutionen** wegen Zuwiderhandlungen im Inland vorgesehen würde. Es bietet sich an, hierfür auf den Ort des behaupteten (es handelt sich insoweit um eine doppel funktionelle Tatsache) Zuwiderhandelns gegen das Unterlassungsgebot abzustellen, wobei iSd Ubiquitätstheorie (vgl RIS-Justiz RS0115357) sowohl der Ort, wo das verbotene Verhalten gesetzt wurde, als auch jener Ort, wo sich dessen Erfolg verwirklicht hat, maßgeblich sein sollte. Ein derartiger Gerichtsstand am Ort der Vornahme der unerlaubten Handlung orientiert sich erkennbar an Art 7 Nr 2 EuGVVO, sodass eine solche Regelung im Hinblick auf die damit via § 27a JN klagestellte internationale Zuständigkeit Österreichs auch in systematischer Hinsicht überzeugt. Um Unklarheiten zu vermeiden, sollte sich aus dem Wortlaut unzweifelhaft ergeben, dass es sich dabei um jenes Zuwiderhandeln handeln muss, das erst nach Eintritt der Vollstreckbarkeit des Unterlassungstitels gesetzt wurde; es ist daher auf die „*gegen den Exekutionstitel verstoßende Handlung*“ abzustellen. Pragmatischerweise sollte diese Zuständigkeit als **Wahlgerichtsstand**, also als Alternative zur Zuständigkeit am Ort der ersten Exekutionshandlung, ausgestaltet werden.

Regelungsvorschlag

Es wird daher vorgeschlagen, § 5c EO wie folgt zu fassen:

„§ 5c. (1) Wird die Exekution zur Erwirkung von Handlungen, Duldungen oder Unterlassungen in Bezug auf unbewegliches Vermögen, daran bücherlich eingetragene Rechte oder ein Superädifikat geführt, richtet sich die Zuständigkeit nach § 5b EO. Bei einer Exekution zur Erwirkung von Handlungen, Duldungen oder Unterlassungen in Bezug auf bewegliche körperliche Sachen ist das Gericht zuständig, in dessen Sprengel sich diese Sachen befinden.“

asso. Prof. MMag. Dr. MARTIN TRENKER
 UNIVERSITÄT INNSBRUCK
 RECHTSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT
 INSTITUT FÜR ZIVILGERICHTLICHES VERFAHREN

Innrain 52, A-6020 Innsbruck
martin.trenker@uibk.ac.at
 Tel.: +43 / 512 507 80445

(2) Im Übrigen ist zur Bewilligung und zum Vollzug einer Exekution zur Erwirkung von Handlungen, Duldungen oder Unterlassungen das Gericht zuständig, in dessen Sprengel die erste Exekutionshandlung tatsächlich vorzunehmen ist.

(3) Eine Exekution zur Erwirkung einer Unterlassung kann zusätzlich bei dem Gericht beantragt werden, in dessen Sprengel die gegen den Exekutionstitel verstoßende Handlung gesetzt worden oder ihr Erfolg eingetreten ist.

IV. Zu Art 1 Z 25:

Überschießender Anwendungsbereich des Exekutionsverfahrens für Schadenersatzansprüche

Die im geplanten § 17 Abs 2 EO vorgesehene Klarstellung, dass für in diesem Gesetz geregelte **Schadenersatzansprüche** das Exekutionsgericht zuständig ist und dieses im Exekutionsverfahren deren Berechtigung zu klären hat, begegnet mE – im Gegensatz zur uneingeschränkt begrüßenswerten Regelung zu den Mitwirkungspflichten des Verpflichteten und Dritter – **erheblichen Bedenken**.

Die Regelung mag für die bereits jetzt im Exekutionsverfahren zuzusprechenden **Schadenersatzansprüche** (*Jakusch in Angst/Oberhammer*, EO³ § 54f Rz 6) nach § 63a EO idF ME (**früher § 54f EO**) passend sein, zumal hier typischerweise keine schwierigen Sachverhaltsfragen zu klären sein werden bzw allfällige Schwierigkeiten durch die erweiterte Anwendung von § 273 ZPO gelöst werden können. Im Übrigen ist jedoch zu bedenken, dass das Exekutionsverfahren nicht darauf ausgelegt ist, komplexe streitige Sachverhalte zu ermitteln, was aber bei den sonstigen in der EO vorgesehenen Schadenersatzbestimmungen häufig unerlässlich sein wird: So können im Rahmen des § 301 EO nicht nur die Ermittlung des Schadens im Einzelfall (vgl zu möglichen Beispielen *Markowetz/Resch in Deixler-Hübner*, EO [20. Lfg; 2015] § 301 Rz 62), sondern auch das Vorliegen der von unterschiedlichen Verschuldensgraden abhängigen Voraussetzungen zweifellos große Schwierigkeiten bereiten. Es ist auch schwerlich sachlich zu rechtfertigen, dem Drittschuldner zur Klärung seiner Ersatzpflicht den Zugang zu einem „ordentlichen“ streitigen Verfahren mit allen damit verbundenen Rechtsschutzgarantien zu verwehren. Dementsprechend ist dieser Ersatzanspruch nach der **geltenden Rechtslage** mit guten Gründen **im streitigen Verfahren** am allgemeinen Gerichtsstand des Drittschuldners geltend zu machen (*Zechner*, Forderungsexekution [2000] § 301 EO Rz 4).

asso. Prof. MMag. Dr. MARTIN TRENKER
UNIVERSITÄT INNSBRUCK
RECHTSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT
INSTITUT FÜR ZIVILGERICHTLICHES VERFAHREN

Innrain 52, A-6020 Innsbruck
martin.trenker@uibk.ac.at
Tel.: +43 / 512 507 80445

Diese Überlegungen gelten in ähnlicher Weise für den Ersatzanspruch nach § 376 EO, der **aktuell ebenfalls im streitigen Verfahren** mit Klage geltend zu machen ist (*Klicka* in *Angst/Oberhammer*, EO³ §§ 376, 377 Rz 13; *Sailer* in *Deixler-Hübner*, EO [22. Lfg; 2016] §§ 376, 377 Rz 30 je mwN). Schließlich sollten auch Ersatzansprüche nach § 310 Abs 3 EO – wie nach der *lex lata* (*Oberhammer* in *Angst/Oberhammer*, EO³ § 301 Rz 11) – sinnvollerweise mit **gesonderter Klage** geltend zu machen und nicht im Exekutionsverfahren abzuhandeln sein.

Jedenfalls besteht darüber hinaus insofern ein Änderungsbedarf, als die Formulierung „in diesem Gesetz“ auch den **Schadenersatzanspruch nach § 394 EO** erfasst. Nach der aktuellen Rechtslage, deren Änderung nicht sinnvoll erschiene, ist für diesen Anspruch jedoch nicht das „Exekutionsgericht“ iSd §§ 4 ff EO idF ME, sondern konsequenterweise das nach § 387 EO zuständige Gericht zuständig (*König*, Einstweilige Verfügungen im Zivilverfahren⁵ [2017] Rz 5.94 f mwN). Außerdem handelt es sich bei diesem „Streitverfahren summarischer Art“ (*König*, eV⁵ Rz 5.93; *G. Kodek* in *Deixler-Hübner*, EO [20. Lfg; 2015] § 394 Rz 56) um kein Exekutionsverfahren, sodass § 17 Abs 2 EO idF ME bei wortlautgetreuer Auslegung auch diesbezüglich eine nicht wünschenswerte Änderung bewirken würde.

Zusammengefasst zeigt sich: Eine **Ausdehnung der Zuständigkeit des Exekutionsgerichts für Schadenersatzprozesse**, die sich aus Anlass eines Exekutionsverfahrens (nicht aber aus Anlass eines Verfahrens über einstweilige Verfügungen) ergeben, ist jedenfalls **gut vertretbar**. Die **Anwendung des Exekutionsverfahrens** anstelle des streitigen Verfahrens ist dagegen wohl nur für § 63a EO idF ME, nicht jedoch für sonstige in der EO geregelte Schadenersatzansprüche sachlich zu rechtfertigen. Für § 63a EO idF ME ergibt sich die Zuständigkeit des Exekutionsgerichts und die Anwendung des Exekutionsverfahrens freilich ohnehin bereits aus dem Wortlaut von Abs 2 (arg: „Das Exekutionsgericht hat auf Antrag des Verpflichteten die Höhe des Ersatzes [...] festzusetzen“) (vgl ferner § 17 Abs 3 Z 3 RPflG), sodass insoweit gar kein Änderungsbedarf besteht.

Regelungsvorschlag

Es wird daher vorgeschlagen, § 17 EO wie folgt zu fassen:

„§ 17. (1) [...]“

(2) Für Streitigkeiten über einen in diesem Gesetz aus Anlass eines Exekutionsverfahrens angeordneten Schadenersatzanspruch ist ebenfalls das Exekutionsgericht zuständig.

asso. Prof. MMag. Dr. MARTIN TRENKER
UNIVERSITÄT INNSBRUCK
RECHTSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT
INSTITUT FÜR ZIVILGERICHTLICHES VERFAHREN

Innrain 52, A-6020 Innsbruck
martin.trenker@uibk.ac.at
Tel.: +43 / 512 507 80445

(3) Über die Durchsetzung einer in diesem Gesetz dem Verpflichteten oder dritten Personen auferlegten Mitwirkungspflicht hat das Exekutionsgericht im Exekutionsverfahren zu entscheiden.“

V. Zu Art 1 Z 57

Sinnvolle Zielsetzung

Das § 49a EO idF ME offenbar zugrundeliegende Anliegen, nämlich einerseits der in einem Insolvenzverfahren gewährleisteten **par condicio creditorum** **faktisch dadurch stärker zum Durchbruch** zu verhelfen, dass im Exekutionsverfahren die Zahlungsunfähigkeit des Verpflichteten festgestellt und damit der Grundstein für eine baldige Insolvenzeröffnung gelegt wird, sowie andererseits den **Druck auf zahlungsunwillige Schuldner zu erhöhen**, ist nachvollziehbar und begrüßenswert.

Persönlicher Anwendungsbereich

Nicht ganz unproblematisch ist, dass § 49a EO zwar nach Wortlaut und Systematik nicht nur für **natürliche Personen** gilt, jedoch viele Erläuterungen zu dieser Bestimmung primär auf natürliche Personen zugeschnitten sein dürften und die gewissermaßen „flankierenden“ Neuerungen in §§ 181 ff IO überhaupt auf diese Schuldner beschränkt sind (dazu noch unten X.A.). Es sollte daher jedenfalls nochmals **eingehend erwogen** werden, ob die Feststellung der Zahlungsunfähigkeit für alle Schuldner oder nur für natürliche Personen (oder gar nur für natürliche Personen, die kein Unternehmen betreiben) angemessen erscheint.

Innehalten mit der Verwertung (Abs 1)

Prinzipiell nicht zu beanstanden ist wegen der ansonsten drohenden Gefahr einer Durchbrechung der Gläubigergleichbehandlung, dass das Vollziehungsorgan oder der Verwalter, wenn sie von der offenkundigen Zahlungsunfähigkeit des Verpflichteten ausgehen, mit der **Vollziehung solcher Vermögensrechte innezuhalten** haben, die nicht bereits zugunsten des betreibenden Gläubigers *verpfändet* worden sind (§ 49a **Abs 1** EO idF ME).

Legistisch besteht jedoch mE Verbesserungsbedarf: Erstens sollte die **Ausnahme für verpfändete Vermögensobjekte** ausgehend von ihrem Zweck in der Weise **umfassender formuliert** werden, dass sämtliche Rechte erfasst sind, welche den betreibenden Gläubiger in einem Insolvenzverfahren zur Aus- oder Absonderung berechtigen würden. Es bietet sich an, dafür von „*Rechten auf vorzugsweise Befriedigung*“ zu sprechen. Zweitens ist die Umsetzung im Wege der Anordnung „*mit*

asso. Prof. MMag. Dr. MARTIN TRENKER
UNIVERSITÄT INNSBRUCK
RECHTSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT
INSTITUT FÜR ZIVILGERICHTLICHES VERFAHREN

Innrain 52, A-6020 Innsbruck
martin.trenker@uibk.ac.at
Tel.: +43 / 512 507 80445

der Vollziehung der ihm aufgetragenen Exekutionshandlungen innezuhalten“ und der zwei Halbsätze später folgenden Klarstellung, dass eine Pfändung dennoch vorzunehmen sei, eigentlich widersprüchlich, jedenfalls aber wenig elegant. Vorzugswürdig ist mE insoweit einfach die Regelung, dass „*vor der Verwertung der Vermögensobjekte mit dem Exekutionsvollzug innezuhalten“* sei.

Erlöschen von Pfandrechten (Abs 4)

Freilich ist darüber hinaus inhaltlich fraglich, inwieweit eine Pfändung einzelner Vermögensobjekte trotz offenkundiger Zahlungsunfähigkeit dem *telos* der Norm gerecht wird. Richtigerweise ist dies nur dann der Fall, wenn in einem anschließenden Insolvenzverfahren sichergestellt ist, dass es zum **Erlöschen dieses Pfandrechts** kommt. § 12 IO sowie §§ 30, 31 IO bieten dafür eine weitreichende, aber keine umfassende Garantie. Auch **§ 49a Abs 4 EO idF ME**, wonach das Pfandrecht wieder erlischt, wenn ein ruhendes Exekutionsverfahren nicht binnen 6 Monaten fortgesetzt wird, bedarf mE noch einer wichtigen Ergänzung. Ein solches Pfandrecht sollte sofort mit Insolvenzeröffnung erlöschen, wenn diese binnen der Frist von 6 Monaten erfolgt.

Zudem sollte der Gesetzeswortlaut klarstellen, **welches Pfandrecht** § 49a Abs 4 EO überhaupt meint. Es können wohl nur exekutive Pfandrechte gemeint sein, die trotz Innehaltung mit der Verwertung nach § 49a Abs 1 EO idF ME begründet wurden. Schließlich ist klarzustellen, **wann diese 6-Monats-Frist zu laufen beginnt**.

Feststellung der offenkundigen Zahlungsunfähigkeit (Abs 2)

Auch die im geplanten § 49a Abs 2 EO vorgesehene **Feststellung der offenkundigen Zahlungsunfähigkeit** durch das Exekutionsgericht bringt **handfeste praktische Vorteile** mit sich: Zum einen wird die Bescheinigung der Insolvenzeröffnungsvoraussetzungen erleichtert, zum anderen werden andere Verkehrsteilnehmer – auch im Hinblick auf eine mögliche Anfechtung – gewarnt. Beides sollte in Verbindung mit der Gefahr einer leicht nachweisbaren Insolvenzverschleppung den Verpflichteten bzw seine organschaftlichen Vertreter zudem zu einer rascheren Insolvenzantragstellung bewegen.

Mögen diese Vorteile aber auch noch so evident und gewichtig sein, so müssen doch zumindest **alle tunlichen Vorkehrungen** getroffen werden, um zu vermeiden, dass die „*offensichtliche Zahlungsunfähigkeit*“ **einer Person** festgestellt wird, die **gar nicht zahlungsunfähig** ist. Gerade die Veröffentlichung der Feststellung der offenkundigen Zahlungsunfähigkeit kann bei unternehmerisch tätigen Schuldnern einem „wirtschaftlichen Todesurteil“ gleichkommen, aber auch für Privatpersonen erhebliche Nachteile im täglichen Leben (Kredite, Wohnraummiete, Mobilfunkverträge oÄ) mit sich

asso. Prof. MMag. Dr. MARTIN TRENKER
UNIVERSITÄT INNSBRUCK
RECHTSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT
INSTITUT FÜR ZIVILGERICHTLICHES VERFAHREN

Innrain 52, A-6020 Innsbruck
martin.trenker@uibk.ac.at
Tel.: +43 / 512 507 80445

bringen. Die denkbaren mittelbaren Auswirkungen auf die zivilrechtliche Rechtssphäre der Betroffenen sind sogar so stark, dass sich darüber diskutieren lässt, ob nicht sogar der Anwendungsbereich von Art 6 MRK eröffnet sein könnte (vgl instruktiv zur Anwendung von Art 6 MRK im Insolvenzverfahren *G. Kodek*, *Gehörprobleme im Konkurs*, in *Konecny*, *Insolvenz-Forum* 2003 [2004] 19 ff). Unabhängig von dieser Frage sollten in einem modernen Rechtsstaat jedenfalls **effektive Rechtsschutzvorkehrungen** zugunsten des vermeintlich Zahlungsunfähigen vorgesehen werden. Das gilt insbesondere, weil die offenkundige Zahlungsunfähigkeit faktisch auf den Angaben eines nicht (unbedingt) hinreichend insolvenzrechtlich ausgebildeten Gerichtsvollziehers oder Verwalters basieren wird. Wenngleich das Exekutionsgericht (zur funktionelle Zuständigkeit sogleich) selbst das letzte Wort bei der Feststellung der Zahlungsunfähigkeit spricht, gilt es das damit verbundene Risiko bei der verfahrensrechtlichen Ausgestaltung dieser Feststellung besonders zu berücksichtigen.

Dies ist nach dem aktuellen Entwurf mE noch nicht ausreichend gewährleistet. Konkret sollte der **Verpflichtete**, auch wenn bereits mehrere Vollstreckungsversuche gegen ihn erfolglos waren, im Vorhinein unter **Bekanntgabe der andernfalls beabsichtigten Feststellung der offenkundigen Zahlungsunfähigkeit geladen bzw aufgefordert** werden, sich binnen einer bestimmten Frist über seine Vermögensverhältnisse zu erklären, um die Gewährung rechtlichen Gehörs sicherzustellen (vgl § 70 Abs 1 IO). Im Falle der Säumnis des Verpflichteten erscheint die Zustimmungsfiktion des § 56 Abs 2 EO in Anbetracht der gravierenden Rechtsfolge der Feststellung von Zahlungsunfähigkeit freilich nicht angemessen.

Indes hat der Gesetzgeber wohl insoweit für hinreichenden **Schutz im Nachhinein** gesorgt, als einem Rekurs zwar nach der Grundregel des § 67 Abs 2 EO keine aufschiebende Wirkung zukommt, die **Veröffentlichung des Beschlusses aber erst nach dessen Rechtskraft** erfolgt. Diese Regelung ist auch gerechtfertigt, weil kein besonderes Eilbedürfnis für die Rechtskraft dieser Feststellung besteht. Allerdings: Sollte, wie dies nach dem aktuellen Entwurf offenbar der Fall ist, im Vorhinein keine besondere Möglichkeit zur Stellungnahme vorgesehen werden, so muss für den Rekurs entweder eine **Ausnahme vom Neuerungsverbot** oder – analog zu § 397 EO – eine **zusätzliche Widerspruchsmöglichkeit** geschaffen werden. Wegen der besonderen Tragweite dieses Beschlusses wäre eine **Neuerungerlaubnis im Rekurs** mE sogar unabhängig von der Einvernahme im Vorhinein sinnvoll.

Schließlich ist wohl davon auszugehen, dass die Feststellung der offenkundigen Zahlungsunfähigkeit nach dem ME in die **Zuständigkeit der Rechtspfleger** fallen dürfte, weil sich eine offenkundige Zahlungsunfähigkeit nach der Idee der Reform wohl

asso. Prof. MMag. Dr. MARTIN TRENKER
UNIVERSITÄT INNSBRUCK
RECHTSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT
INSTITUT FÜR ZIVILGERICHTLICHES VERFAHREN

Innrain 52, A-6020 Innsbruck
martin.trenker@uibk.ac.at
Tel.: +43 / 512 507 80445

regelmäßig nur bei einer Exekution auf das bewegliche Vermögen (§ 17 Abs 2 lit b RPfIG) herausstellen wird. Es ist mE jedoch vorzugswürdig, eine Entscheidung dieser Tragweite generell der Richterzuständigkeit nach § 17 Abs 3 RPfIG zu unterwerfen.

Klarstellung zum Ruhen anderer Exekutionsverfahren

Es dürfte im Sinne der Idee des geplanten § 49a EO sein, dass nicht nur das Exekutionsverfahren, aus dessen Anlass die offenkundige Zahlungsunfähigkeit festgestellt wurde, ab diesem Zeitpunkt **ruht**, sondern auch **andere anhängige Exekutionsverfahren gegen den Verpflichteten**, mag eine Anhängigkeit mehrerer unterschiedlicher Exekutionsverfahren aufgrund der geplanten Neuerungen zu den „Exekutionspaketen“ auch in Zukunft die Ausnahme darstellen. Diese Klarstellung findet im Gesetzeswortlaut, der sich nur auf „Das Exekutionsverfahren“ bezieht, bislang keinen hinreichenden Niederschlag.

Regelungsvorschlag

Es wird daher vorgeschlagen, § 49a EO wie folgt zu fassen:

„§ 49a. (1) Stellt sich in einem Exekutionsverfahren bei einem zur Ermittlung von Vermögen stattfindenden Vollzug durch das Vollstreckungsorgan oder einen Verwalter heraus, dass die verpflichtete Partei offenkundig zahlungsunfähig ist, so hat das Vollstreckungsorgan vor der Verwertung solcher Vermögensobjekte mit dem Exekutionsvollzug innezuhalten, an denen kein Recht des betreibenden Gläubigers auf vorzugsweise Befriedigung besteht.

(2) Ist die verpflichtete Partei offenkundig zahlungsunfähig, so hat dies das Exekutionsgericht mit Beschluss festzustellen. Vor der Beschlussfassung ist dem Verpflichteten durch gesonderte Ladung die Möglichkeit zur Stellungnahme binnen einer Frist von zumindest 7 Tagen zu geben; § 56 Abs. 2 gilt insoweit nicht. Im Rekurs gegen diesen Beschluss können auch neue Tatsachen vorgebracht werden. Nach Eintritt der Rechtskraft dieses Beschlusses ist die offenkundige Zahlungsunfähigkeit öffentlich bekanntzumachen. Sämtliche Exekutionsverfahren gegen die verpflichtete Partei ruhen, sie sind nur auf Antrag des betreibenden Gläubigers fortzusetzen.

(3) [...]

(4) Ein trotz Innehaltung mit der Verwertung exekutiv begründetes Pfandrecht (Abs. 1) erlischt, wenn das Verfahren nicht innerhalb von sechs Monaten nach öffentlicher Bekanntmachung der offenkundigen Zahlungsunfähigkeit fortgesetzt wird oder sobald in diesem Zeitraum ein Insolvenzverfahren über das Vermögen des Verpflichteten eröffnet wird.“

asso. Prof. MMag. Dr. MARTIN TRENKER
 UNIVERSITÄT INNSBRUCK
 RECHTSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT
 INSTITUT FÜR ZIVILGERICHTLICHES VERFAHREN

Innrain 52, A-6020 Innsbruck
martin.trenker@uibk.ac.at
 Tel.: +43 / 512 507 80445

Ferner wird vorgeschlagen, § 17 RPfIG wie folgt zu ändern:

„§ 17. (1) [...]

[...]

(3) Dem Richter bleiben vorbehalten:

[...]

4. die Feststellung einer offenkundigen Zahlungsunfähigkeit nach § 49a EO.“

VI. Zu Art 1 Z 92

A. Zum geplanten § 81a EO

Auszeichnung als Haftungsvorschrift und Anordnung des Sorgfaltsmaßstabs gem § 1299 ABGB

Die geplanten Regelungen über den Verwalter sind grundsätzlich einleuchtend und plausibel. Zu überdenken wäre allerdings die **Überschrift zu § 81a EO** idF ME, weil sie mit „*Geschäftskreis des Verwalters*“ nicht zum Ausdruck bringt, dass in § 81a Abs 2 EO idF ME die **zentrale Vorschrift über die Verantwortlichkeit des Verwalters** enthalten ist. Die Suche nach dieser § 81 Abs 3 IO entsprechenden Norm wurde dadurch – zumindest für mich – erheblich erschwert, eine Schwierigkeit, die durch einen kurzen Hinweis in der betreffenden Überschrift einfach behoben werden könnte.

Inhaltlich fehlt im Vergleich zu § 81 Abs 1 IO ein Verweis auf den **Sorgfaltsmaß des § 1299 ABGB**. An dessen Maßgeblichkeit kann wohl kein ernsthafter Zweifel bestehen, weshalb es sich anbietet, dies an dieser Stelle mit geringem legislatischem Aufwand klarzustellen.

Regelungsvorschlag

Es wird daher vorgeschlagen, § 81a IO wie folgt zu fassen:

„*Geschäftskreis und **Verantwortlichkeit** des Verwalters*

§ 81a. (1) Die dem Verwalter nach Maßgabe dieses Gesetzes zustehenden Befugnisse und Berechtigungen treten mit Zustellung des Bestellungsbeschlusses an den Verwalter in Kraft. Er hat die ihm zugewiesenen Tätigkeiten selbst **und mit der durch den Gegenstand seiner Tätigkeit gebotenen Sorgfalt (§ 1299 ABGB)** auszuüben.

(2) [...]“

asso. Prof. MMag. Dr. MARTIN TRENKER
UNIVERSITÄT INNSBRUCK
RECHTSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT
INSTITUT FÜR ZIVILGERICHTLICHES VERFAHREN

Innrain 52, A-6020 Innsbruck
martin.trenker@uibk.ac.at
Tel.: +43 / 512 507 80445

B. Zum geplanten § 84 Abs 4 EO

Unanfechtbarkeit der Beschlüsse über die Geschäftsführung des Verwalters

Die Unanfechtbarkeit von Beschlüssen „im Rahmen der Überwachung der Geschäftsführung des Verwalters“ mag für die praktisch nie sonderlich bedeutsame Zwangsverwaltung von Liegenschaften vertretbar gewesen sein (§ 132 Z 4 EO). Dem extrem **breit gefächerten Tätigkeitsbereich** des „Verwalters“ wird eine **derart weitreichende Rechtsmittelbeschränkung indes nicht gerecht**. Das zeigt etwa das Beispiel der „Auswahl“ des betreffenden Vermögensobjekts, eine Entscheidung, hinsichtlich der der betreibende Gläubiger mE nicht völlig schutzlos gestellt werden sollte. Es wird daher angeregt, die Rechtsmittelbeschränkung in § 84 Abs 4 EO entweder zu streichen oder zumindest deutlich einzuschränken.

Regelungsvorschlag

Da die Entscheidung hierüber noch vertiefter Reflexion bedarf, wird von **einem konkreten Regelungsvorschlag abgesehen**.

C. Zum geplanten § 87a EO

Keine Regelung für eine „autonome Gläubigerexekution“

§ 87a EO beschränkt sich offenbar auf die Regelung der Konstellation, in der eine **Verwertung durch einen Verwalter** vorgenommen wurde. Ein Verwalter ist jedoch schon nach dem jetzigen Entwurf nicht zwingend für jede Form der Verwertung zu bestellen. Auch ist nicht ersichtlich, warum dieser „Siebente Titel“ sonst nur auf eine „Verwaltervollstreckung“ anwendbar sein soll. Es bedarf für den Fall einer „autonomen Gläubigervollstreckung“ einer gesetzlichen Vorkehrung. Es sollte diesfalls einfach auf die Pflicht des Exekutionsgerichts bzw des Rechtspflegers zur Wahrnehmung der Aufgaben des Verwalters hingewiesen werden.

Regelungsvorschlag

Es wird daher vorgeschlagen, § 87a EO wie folgt zu fassen:

„§ 87a. Der Verwalter hat einen Verteilungsentwurf zu erstellen und den Verteilungsbeschluss des Exekutionsgerichts auszuführen. Er hat den Vollzug dem

asso. Prof. MMag. Dr. MARTIN TRENKER
UNIVERSITÄT INNSBRUCK
RECHTSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT
INSTITUT FÜR ZIVILGERICHTLICHES VERFAHREN

Innrain 52, A-6020 Innsbruck
martin.trenker@uibk.ac.at
Tel.: +43 / 512 507 80445

Gericht nachzuweisen. Ist kein Verwalter bestellt worden, hat das Exekutionsgericht diese Aufgaben selbst wahrzunehmen.“

D. Zum geplanten § 87b EO

Unklare Aussage im letzten Satz

Der **letzte Satz** ist nicht nur ungeeignet, das gesetzgeberische Anliegen (vgl 77/ME XXVII. GP 21) zum Ausdruck zu bringen, sondern es lässt sich ihm **überhaupt keine sinnvolle Aussage entnehmen**. Gemeint ist ausweislich der Materialien offenbar, dass der Dritte seine vertraglichen oder gesetzlichen Kündigungsrechte behält, der Vertragsübergang selbst aber – wohl ganz ähnlich wie in § 25b Abs 2 IO – kein Kündigungsrecht normiert, was am besten durch zwei kurze Sätze zum Ausdruck gebracht werden kann.

Inhaltlich ist der geplante § 87b EO zudem möglicherweise in **zweifacher Hinsicht überschießend**. Erstens geht die intendierte Rechtsfolge insoweit zu weit, als nicht ausgeschlossen werden kann, dass eine **Vertragsfortsetzung** mit der **Person des Erwerbers für den Dritten unzumutbar** ist. Diese Möglichkeit und die damit verbundene Zulässigkeit der Kündigung sollte folglich, auch wenn dieser Kündigungsgrund nicht unmittelbar aus dem Vertragsübergang selbst resultiert, klargestellt werden.

Zweitens ist die zur Abgrenzung der betroffenen Vertragstypen gewählte Formulierung „soweit sie zum bestimmungsgemäßen Gebrauch des Vermögensgegenstands erforderlich sind“ so gewählt, dass sie **möglichereise weiter reicht**, als **dies vom ME intendiert** ist. So sind mE beispielsweise entgegen der Meinung der Erläuterungen (77/ME XXVII. GP 21) auch Mobilfunkverträge vom Gesetzeswortlaut erfasst, weil diese zweifellos zum bestimmungsgemäßen Gebrauch eines Mobilfunkgeräts notwendig sind, auch wenn ein Nutzer idR problemlos selbst einen solchen Vertrag neu abschließen kann. In der Sache sollen nach den Erläuterungen ja eigentlich andere Aspekte relevant sein, wie die Charakteristika, dass die betreffenden Verträge typischerweise nicht ohne den Kauf des Vermögensgegenstands abgeschlossen werden können und deren Vorhandensein den Wert des Vermögensgegenstands maßgeblich determiniert. All das kann wohl am besten durch eine **typisierende Formulierung** zum Ausdruck gebracht werden, die durch entsprechende Hinweise in den Gesetzesmaterialien konturiert werden kann. In diesem Fall bleibt eine flexible

asso. Prof. MMag. Dr. MARTIN TRENKER
 UNIVERSITÄT INNSBRUCK
 RECHTSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT
 INSTITUT FÜR ZIVILGERICHTLICHES VERFAHREN

Innrain 52, A-6020 Innsbruck
martin.trenker@uibk.ac.at
 Tel.: +43 / 512 507 80445

Rechtsanwendung nach der Intention des Gesetzgebers besser möglich als nach der geplanten, sehr starren Umschreibung der erfassten Verträge.

Regelungsvorschlag

Es wird daher vorgeschlagen, § 87b EO wie folgt zu fassen:

*„§ 87b. Mit Erteilung des Zuschlags tritt der Ersteher in **solche** Verträge mit Dritten ein, von deren Bestand die Funktion und der Wert des Vermögensgegenstandes maßgeblich abhängt. Das Exekutionsgericht hat auf Antrag den Eintritt des Erstehers nach Einvernehmung des Dritten festzustellen. Der Vertragsübergang berechtigt den Dritten nicht zur Kündigung, sofern ihm die Fortsetzung des Vertrags mit dem Ersteher zumutbar ist; unberührt bleiben sonstige vereinbarte oder gesetzliche Gründe für eine Vertragsbeendigung.“*

VII. Zu Art 1 Z 242, 243

Redaktionsversehen: Anpassungsbedarf des UVG

Die Änderung vom bisherigen § 294a auf § 295 EO mag der Rechtsästhetik entsprechen; sie ist in der Sache letztlich auch wenig problematisch. Generell ist bei derartigen „Neunummerierungen“ **allseits bekannter Paragraphen** mE aus praktischer Sicht jedoch **große Zurückhaltung angebracht** (siehe noch zur Ablehnung der Eingliederung der AnfO in die EO unten IX).

Dass sie auch für den Gesetzgeber selbst Schwierigkeiten bereitet, zeigt etwa der Umstand, dass es der gegenständliche ME unterlassen hat, die **folgerichtig notwendige Anpassung von § 3 Z 2 UVG**, welcher auf § 294a EO Bezug nimmt, **vorzunehmen**. Aus diesem Anlass sollte § 3 Z 2 UVG freilich bereits **generell jener zutreffenden hM angepasst** werden, wonach auch eine Exekutionsführung nach § 294 EO auf eine beschränkt pfändbare Forderung iSd § 290a EO gegen einen bekannten Drittschuldner hinreicht, um die Voraussetzung des § 3 Z 2 UVG zu erfüllen (OGH 10 Ob 47/10z; 10 Ob 35/10k; 10 Ob 56/15f; *Neumayr in Schwimann/Kodek*, Praxiskommentar ABGB I⁴ [2011] § 3 UVG Rz 23 FN 91).

Regelungsvorschlag:

Es wird daher vorgeschlagen aus Anlass der Änderung von § 294a bzw § 295 EO, § 3 UVG wie folgt zu ändern:

„§ 3. [...]

1. [...]

asso. Prof. MMag. Dr. MARTIN TRENKER
 UNIVERSITÄT INNSBRUCK
 RECHTSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT
 INSTITUT FÜR ZIVILGERICHTLICHES VERFAHREN

Innrain 52, A-6020 Innsbruck
martin.trenker@uibk.ac.at
 Tel.: +43 / 512 507 80445

2. *der Unterhaltsschuldner nach Eintritt der Vollstreckbarkeit den laufenden Unterhaltsbeitrag nicht zur Gänze leistet sowie das Kind glaubhaft macht (§ 11 Abs. 2), einen Exekutionsantrag nach § 295 EO, bei einem bekannten Drittschuldner, gegen den Forderungen nach § 290a EO bestehen, nach § 294 EO oder, sofern der Unterhaltsschuldner offenbar keine Gehaltsforderung oder keine andere in fortlaufenden Bezügen bestehende Forderung hat, einen Exekutionsantrag auf bewegliche körperliche Sachen unter Berücksichtigung von § 372 EO eingebracht zu haben; lebt der Unterhaltsschuldner im Ausland und muss im Ausland Exekution geführt werden, so hat das Kind glaubhaft zu machen (§ 11 Abs. 2), einen Antrag auf Vollstreckung nach dem Übereinkommen über die Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen im Ausland, BGBl. Nr. 316/1969, dem Auslandsunterhaltsgesetz, BGBl. Nr. 160/1990, einen vergleichbaren Antrag bei der im Inland zur Bearbeitung zuständigen Behörde oder einen Antrag, mit dem entsprechende Vollstreckungsmaßnahmen unmittelbar im Ausland eingeleitet werden sollen, eingebracht zu haben.*

VIII. Zu Art 1 Z 277

E. *Zum geplanten § 326 EO*

Definition und Anwendungsbereich

Die beabsichtigten Änderungen zur Exekution auf andere Vermögensrechte sind insgesamt zu **begrüßen**. Insbesondere ist das in der erstmals vorgesehenen Definition dieser – nunmehr schlicht als „Vermögensrechte“ bezeichneten – Exekutionsobjekte ausgedrückte Verständnis als **eines umfassenden Auffangtatbestands überzeugend**. In Verbindung mit der Einsatzmöglichkeit eines Verwalters wird damit das systemwidrige Rechtsschutzdefizit behoben, dass in einem Insolvenzverfahren bislang unter Umständen mehr Rechte oder bestimmte Rechte effektiver verwertet werden konnten als bei einer Einzelexekution.

An der Definition scheint mE allerdings verbesserungswürdig, dass sie – im Einklang mit der Bezeichnung als „Vermögensrechte“ – auf „**alle vermögenswerten Rechte**“ eingeschränkt werden sollte, um Unklarheiten zu vermeiden.

Exekution auf Teilungsanspruch bei Miteigentum an Liegenschaften

Auch die konkrete Folgerung, dass **Miteigentumsanteile von Liegenschaft** entgegen der herrschenden Ansicht durch **Zugriff auf den Teilungsanspruch** des

asso. Prof. MMag. Dr. MARTIN TRENKER
UNIVERSITÄT INNSBRUCK
RECHTSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT
INSTITUT FÜR ZIVILGERICHTLICHES VERFAHREN

Innrain 52, A-6020 Innsbruck
martin.trenker@uibk.ac.at
Tel.: +43 / 512 507 80445

Verpflichteten verwertet werden können, ist nicht nur aus pragmatischer Sicht erfreulich, sondern entspräche mE bereits nach der *lex lata* dem zutreffenden Gesetzesverständnis.

Davon ausgehend stellt sich freilich die praktisch wichtige Folgefrage, ob der Berechtigte auf diesen **Teilungsanspruch mit Wirkung gegenüber seinen Gläubigern verzichten** kann. Der OGH bestätigte in der E 7 Ob 72/08a zwar die schon früher vertretene Ansicht (6 Ob 84/72, JBl 1972, 615; 7 Ob 10/71, MietSlg 23.048), dass ein Insolvenzverwalter an einen solchen Teilungsverzicht gebunden sei; konsequenterweise müsste das auch für einen betreibenden Gläubiger im Rahmen der Einzelexekution gelten. Jedoch weist der OGH in dieser Entscheidung den wesentlichen Einwand gegen seine frühere Rsp, der Teilungsverzicht wirke nur obligatorisch und könne folglich dem Insolvenzverwalter nicht entgegengehalten werden, mit einer unzutreffenden Begründung zurück: Wenn sich der OGH nämlich auf die Begründung beschränkt, der Insolvenzverwalter sei als gesetzlicher Vertreter des Schuldners in gleichem Ausmaß wie dieser an vertragliche Absprachen gebunden, verkennt er, dass der Insolvenzverwalter vielmehr als Vertreter der Gesamtheit der Insolvenzgläubiger und damit sehr wohl als „Dritter“ fungiert. Obligatorische Rechte können solchen Dritten aber grundsätzlich, also mit Ausnahme ihrer Eintragung im Grundbuch, nicht erfolgreich entgegengehalten werden, wie der Wertung von § 364c ABGB ausweislich der einschlägigen Gesetzesmaterialien (Bericht der Kommission für Justizgegenstände des HH, 78 Blg 21. Sess 1912 [HHB] 43 f) unzweifelhaft zu entnehmen ist.

Dementsprechend ist es **inkonsequent** (so schon *Trenker*, Vermögensstruktur einer Bau-ARGE und ihre insolvenzrechtlichen Probleme, ZRB 2014, 111 [117 mwN]; *Sprohar-Heimlich* in *Schwimann/Kodek*, Praxiskommentar ABGB IV⁵ [2018] § 831 ABGB Rz 9 f; *H. Böhm/Palma* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} [2020] § 831 Rz 8), den **rechtsgeschäftlichen Erwerber** einer Liegenschaft **nicht** für an den Teilungsverzicht seines Rechtsvorgängers gebunden zu erachten (so aber OGH 7 Ob 588/90; 7 Ob 545/84, MietSlg 36.047; vgl RIS-Justiz RS0013366; RS0013344), einen **betreibenden Gläubiger oder Insolvenzverwalter** jedoch **schon**. Es ist nochmals darauf hinzuweisen, dass der historische Gesetzgeber die Wirkung von Veräußerungs- und Belastungsverboten für rechtsgeschäftliche Erwerber und betreibende Gläubiger identisch beurteilt hat (Bericht der Kommission für Justizgegenstände des HH, 78 Blg 21. Sess 1912 [HHB] 43 f). Auch nützt es dem/n verbleibenden Miteigentümer/n bei Zugrundelegung dieser Differenzierung praktisch nichts, dass der Teilungsverzicht zwar einen Insolvenzverwalter bzw betreibenden Gläubiger bindet, wenn der Erwerber aus der insolvenzrechtlichen oder exekutiven Verwertung des Miteigentumsanteils nicht an den Teilungsverzicht gebunden ist.

asso. Prof. MMag. Dr. MARTIN TRENKER
UNIVERSITÄT INNSBRUCK
RECHTSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT
INSTITUT FÜR ZIVILGERICHTLICHES VERFAHREN

Innrain 52, A-6020 Innsbruck
martin.trenker@uibk.ac.at
Tel.: +43 / 512 507 80445

Wenn *Oberhammer* (in *Angst/Oberhammer*, EO³ § 333 Rz 3) der zitierten Rsp zur Bindung des Insolvenzverwalters an einen Teilungsverzicht vorgeworfen hat, sie würde **§ 364c ABGB widersprechen**, so ist dies unter Zugrundelegung der Annahme bloß obligatorischer Wirkung des Teilungsverzichts zutreffend. **Rechtspolitisch** diskussionswürdig erscheint es allerdings, ob man einer Absprache über einen Teilungsverzicht wegen der besonderen Bindung zwischen Miteigentümern nicht doch unter gewissen Voraussetzungen absolute Wirkung beimessen will, sodass eine derartige Vereinbarung auch Rechtsnachfolgern und betreibenden Gläubigern entgegengehalten werden kann. Dies wäre zwar *prima vista* eine Ausnahme von § 364c ABGB, entspräche aber immerhin der absoluten Wirkung von gesellschaftsvertraglichen Verfügungsbeschränkungen, jedenfalls bei Kapitalgesellschaften (vgl § 62 Abs 4 AktG; § 76 Abs 4 GmbHG sowie § 339 EO idF ME).

Am ehesten systemkonform und interessengerecht erscheint für das gegenständliche Problem mE ein **Kompromiss**, demzufolge ein vertraglicher Teilungsverzicht dann eine derartige „Drittwirkung“ entfaltet, wenn er **im Hauptbuch des Grundbuchs** (§ 5 GBG) eingetragen wird, wobei diese **Eintragungsmöglichkeit iSd § 364c ABGB auf bestimmte nahe Angehörige** beschränkt werden sollte (so bereits *Ehrenzweig*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, II/1² [1957] 751). Das Ergebnis wäre die Möglichkeit einer „drittwirksamen familienrechtlichen Widmung“ von im Miteigentum stehenden Liegenschaften, wie sie der Judikatur schon jetzt in Ansätzen vorzuschweben scheint (vgl *Sprohar-Heimlich* in *Schwimann/Kodek*⁵ § 831 ABGB Rz 10 f mwN). Sollte dieser Vorschlag aufgegriffen werden, wäre es legislatisch elegant, die Regelung über die Zugriffsmöglichkeit auf den Teilungsanspruch an einem Liegenschaftsanteil generell in einem eigenen Absatz zu regeln. Zusätzlich wäre es dringend anzuraten, eine – inhaltlich konsistente – **Klarstellung in § 831 ABGB** vorzunehmen.

Egal welcher Lösung man sich letztlich anschließen will, man sollte eine Gesamtreform der Exekutionsordnung jedenfalls dazu nutzen, diese überaus praxisrelevante **Frage zu klären**, und der **Rechtssicherheit** und **-entwicklung** damit einen wichtigen Dienst erweisen.

Exekution auf virtuelle Währungen

Eine bislang im rechtswissenschaftlichen Diskurs – jedenfalls in Österreich – noch stark vernachlässigte Frage, der aber in Zukunft aller Voraussicht nach sehr große Bedeutung zukommen dürfte, betrifft die **exekutionsrechtlichen Zugriffsmöglichkeiten auf virtuelle Währungen, Kryptowährungen oder Krypto-Assets** (vgl für Deutschland *Effer-Uhe*, ZZP 131 [2018] 513 ff; für die Schweiz *Zogg*,

asso. Prof. MMag. Dr. MARTIN TRENKER
UNIVERSITÄT INNSBRUCK
RECHTSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT
INSTITUT FÜR ZIVILGERICHTLICHES VERFAHREN

Innrain 52, A-6020 Innsbruck
martin.trenker@uibk.ac.at
Tel.: +43 / 512 507 80445

Zwangsvollstreckungsrechtliche Behandlung von Kryptowährungen, recht 2020, 1 ff; in Ansätzen für Österreich bspw *Aigner*, Das Pfandrecht und die Blockchain, ÖBA 2019, 816 ff).

Abgesehen von der schwierigen, aber für die örtliche und internationale Zuständigkeit maßgeblichen Frage nach der Belegenheit solcher Vermögenswerte (oben III.A. zum geplanten § 4a EO), ist sogar umstritten, ob es sich bspw bei Kryptowährungen um bewegliche oder unbewegliche Sachen handelt (vgl *Vonkilch/Knoll*, Bitcoin und das Sachenrecht des ABGB, JBl 2019, 139 ff; *Fleißner*, Eigentum an unkörperlichen Sachen am Beispiel von Bitcoins, ÖJZ 2018, 440 ff; *Dafinger*, Zur (Un-)Beweglichkeit von Bitcoins, RdW 2020, 591 ff; *Völkel*, Privatrechtliche Einordnung virtueller Währungen, ÖBA 2017, 385 [386 ff]; *Aigner*, ÖBA 2019, 816 ff; *Diwok/Gritsch*, Bitcoin, Geldbegriffe und Zahlungsmittel, ZFR 2020, 68 ff), was naturgemäß die Frage nach der **richtigen Exekutionsart** aufwerfen könnte. Unabhängig von dieser Diskussion erscheint es jedoch sachgerecht, den zwangsweisen Zugriff auf derartige Vermögenswertenach den **Vorschriften über die Exekution auf Vermögensrechte** zu behandeln, weil die geplanten §§ 326 ff EO die größtmögliche Flexibilität und Variabilität im Einzelfall zulassen (vgl für Deutschland *Effer-Uhe*, ZZP 131, 524 f, wonach § 857 dZPO zumindest analog anwendbar sei). Dadurch können die vielfältigen Ausgestaltungen solcher Vermögenswerte sowie naheliegende künftige Entwicklungen in diesem schnelllebigen Sektor praktisch am besten gehandhabt werden. Es sollte daher in § 326 EO klargestellt werden, dass auch solche „virtuelle Währungen“ in den **Anwendungsbereich dieser Abteilung** fallen.

Legistisch ist allerdings fraglich, welcher **Begriff** sich am besten eignet. Denn oftmals kommt es mangels einheitlicher Definition zu einer Vermengung der Begriffe „Coin“, „Kryptowährungen“, „virtuelle Währungen“ sowie „(Currency)Token“. Der **europäische Gesetzgeber** hat sich im Rahmen der „fünften Geldwäsche-Richtlinie“ [Richtlinie (EU) 2018/843 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Mai 2018 zur Änderung der Richtlinie (EU) 2015/849 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung und zur Änderung der Richtlinie 2009/138/EG und 2013/36/EU] offenbar für den Begriff der **virtuellen Währung** entschieden und auch versucht, diesen zu definieren. Trotz der daran ergangenen Kritik aus dem Schrifttum (*Piska/Völkel*, Kryptowährungen reloaded – auf dem Weg aus dem Bermuda-Dreieck, *ecolex* 2017, 816 ff; *Mair/Müller/Weisswasser*, „Pecunia Non Olet“ – Kryptowährungen im Lichte der Änderung der 4. Geldwäscherichtlinie, *JSt* 2018, 491 ff; *Völkel*, Zum Begriff „virtuelle Währung“, *ZFR* 2019, 344 f) spricht dies bereits maßgeblich dafür, dass sich auch der nationale

asso. Prof. MMag. Dr. MARTIN TRENKER
 UNIVERSITÄT INNSBRUCK
 RECHTSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT
 INSTITUT FÜR ZIVILGERICHTLICHES VERFAHREN

Innrain 52, A-6020 Innsbruck
martin.trenker@uibk.ac.at
 Tel.: +43 / 512 507 80445

Gesetzgeber an diesem Begriff orientieren sollte. Demgegenüber ist der Begriff „Krypto-Assets“ zwar *prima vista* genauer (vgl. *Schopper/Raschner*, Die aufsichtsrechtliche Einordnung von Krypto-Börsen in Österreich, ÖBA 2019, 250 f; *Aigner*, ÖBA 2019, 816 f); jedoch ist er auf solche Vermögenswerte beschränkt, die – einfach ausgedrückt – auf kryptographischen Werkzeugen (wie bspw. der *Blockchain*-Technologie) basieren. Ob diese Technologie jedoch dauerhaft für derartige „virtuelle Vermögenswerte“ verwendet werden wird, ist schlicht nicht absehbar. Der Begriff des „Token“ (dazu ebenfalls *Schopper/Raschner*, ÖBA 2019, 250 f; *Aigner*, ÖBA 2019, 816 f) wäre, wie seine Verwendung in Liechtenstein im „Gesetz zur Schaffung von Rechtssicherheit und Vertrauen in die Token Ökonomie“ zeigt, zwar ebenfalls eine taugliche Alternative. Wegen seiner Mehrdeutigkeit (vgl. nur <https://de.wikipedia.org/wiki/Token> [abgerufen am 30.12.20]) sowie der geringen Verbreitung dieses Begriffs im allgemeinen Sprachgebrauch ist er mE aber tendenziell ebenfalls weniger geeignet. Es ist daher am besten der Ausdruck der „virtuellen Währung“ zu verwenden, wobei es am treffendsten erscheint, von „Berechtigungen in Form virtueller Währungen“ zu sprechen.

In der Sache sollte eine **Sonderregel über die Ausübung des exekutiven Zugriffs** aufgenommen werden, die – wegen gewissen Ähnlichkeiten mit der Exekution auf Schrankfächer – aus systematischer Sicht am besten im Anschluss an den geplanten § 336 EO in Form eines **§ 336a EO** platziert wird (dazu unten VIII.N.).

Regelungsvorschlag

Es wird daher vorgeschlagen, § 326 EO wie folgt zu fassen:

„§ 326. (1) Vermögensrechte des Verpflichteten im Sinn dieser Abteilung sind alle **vermögenswerten** Rechte, die nicht von §§ 88 bis 325 erfasst sind.

(2) Zu den Vermögensrechten gehören auch Miteigentumsanteile von Liegenschaften, die durch deren Teilung verwertet werden sollen. **Ein Verzicht des Verpflichteten auf das Teilungsrecht steht einer Exekution hierauf nur entgegen, wenn dieser Verzicht im Grundbuch eingetragen ist.**

(3) Zu den Vermögensrechten zählen auch **Berechtigungen in Form virtueller Währungen.**

(4) Unpfändbar sind, [...]“

Ferner wird vorgeschlagen, § 831 ABGB wie folgt zu ändern:

asso. Prof. MMag. Dr. MARTIN TRENKER
UNIVERSITÄT INNSBRUCK
RECHTSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT
INSTITUT FÜR ZIVILGERICHTLICHES VERFAHREN

Innrain 52, A-6020 Innsbruck
martin.trenker@uibk.ac.at
Tel.: +43 / 512 507 80445

„§ 831. Hat sich ein Theilhaber zur Fortsetzung der Gemeinschaft verbunden, so kann er zwar vor Verlauf der Zeit nicht austreten; allein diese Verbindlichkeit wird, wie andere Verbindlichkeiten, aufgehoben, und erstreckt sich nicht auf die Erben, wenn diese nicht selbst dazu eingewilligt haben. Gegen Dritte wirkt eine solche Vereinbarung dann, wenn sie zwischen Ehegatten, eingetragenen Partnern, Eltern und Kindern, Wahl- oder Pflegekindern oder deren Ehegatten oder eingetragenen Partnern begründet und im öffentlichen Buche eingetragen wurde.“

F. Zum geplanten §§ 327 EO

„Opting Out“ von der Bestellung eines Verwalters auf Antrag des betreibenden Gläubigers

Die grundsätzliche Möglichkeit der Inanspruchnahme eines Verwalters zur Exekution auf Vermögensrechte des Verpflichteten ist – wie schon angesprochen – nachdrücklich zu begrüßen. Dass jedoch auch gegen den Willen des betreibenden Gläubigers ein Verwalter bestellt werden *muss*, erweckt wegen der damit verbundenen Kostenbelastung (§ 82 EO idF ME) – gerade bei unkomplizierten Fällen – gewichtige Bedenken, zumal ein solcher Eingriff in die **privatautonome Entscheidungsbefugnis jener Person, deren Geldforderung befriedigt werden soll, kaum sachlich zu rechtfertigen wäre** und jedenfalls **unverhältnismäßig** scheint. Hinzu kommt die – dem Vernehmen nach – bestehende Sorge der Praxis, kaum genügend „Exekutionsverwalter“ zu finden, was ebenfalls gegen die unbedingte Notwendigkeit der Einsetzung eines Verwalters spricht.

Sofern der **betreibende Gläubiger** das Exekutionsobjekt und dessen Ort detailliert angeben kann, ist es deshalb vorzugswürdig, ihm die **Wahl** zwischen einer „**autonomen Exekution**“ und einer „**Verwaltervollstreckung**“ zu überlassen. Die autonome Exekution sollte aber iS des ME in der Tat die Ausnahme bleiben, weshalb dem betreibenden Gläubiger nur ein „**opting out**“ von der „Verwaltervollstreckung“ zustehen soll.

Im Falle eines solchen *opting outs* sollte die aktuelle Rechtslage mit jenen Neuerungen fortgelten, deren Notwendigkeit sich nicht allein aus der Einsetzung eines Verwalters ergibt. Dies führt deshalb zu **keinem großen legislatischen Mehraufwand**, weil man sich durch eine **Generalklausel** behelfen kann, wonach die **für den Verwalter** bei der Exekution von Vermögensrechten aufgestellten **Regeln** (und zwar auch außerhalb der EO [zB § 1203 ABGB, § 146 Abs 2 UGB idF ME]) mit der Maßgabe sinngemäß gelten, dass der **betreibende Gläubiger** zu jeder für die **Verwertung erforderlichen**

asso. Prof. MMag. Dr. MARTIN TRENKER
UNIVERSITÄT INNSBRUCK
RECHTSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT
INSTITUT FÜR ZIVILGERICHTLICHES VERFAHREN

Innrain 52, A-6020 Innsbruck
martin.trenker@uibk.ac.at
Tel.: +43 / 512 507 80445

Rechtshandlung gerichtlich ermächtigt werden muss. Unzulässig ist es lediglich, dass der betreibende Gläubiger zur **Zwangsverwaltung** „ermächtigt“ wurde, was sich aber ohnehin schon aus § 80b EO idF ME ergibt.

Der im **aktuell geltenden § 331 Abs 2 EO** vorgesehenen **Ausnahme vom Dispositionsgrundsatz** bei der Wahl der Verwertungsart bedarf es mE diesfalls **nicht mehr**. Beharrt ein betreibender Gläubiger auf einer „autonomen Vollstreckung“ und vermag er zudem, das Exekutionsobjekt bestimmt zu bezeichnen, kann ihm auch bedenkenlos die Entscheidung überlassen bleiben, auf welche Art das Vermögensobjekt verwertet werden soll.

Schließlich sei der Hinweis erlaubt, dass diese Ausführungen nicht unbedingt als Kritik am Zwang zur Bestellung eines Verwalters bei Beantragung des erweiterten Exekutionspakets nach **§ 20 Abs 2 EO idF ME** zu verstehen sind. Denn der betreibende Gläubiger hat dabei im Ergebnis immer noch die Wahl, kein erweitertes Exekutionspaket zu beantragen, sondern sich auf spezifische(re) Vermögensobjekte zu beschränken. Nichts anderes wird durch den folgenden Vorschlag im Ergebnis für die Exekution auf andere Vermögensrechte angeregt.

Hinsichtlich des in § 327 Abs 3 EO idF ME vorgesehenen „**Drittverbots**“ wird zudem eine **sprachliche Angleichung** an § 328 Abs 1 S 2 idF ME angeregt.

Regelungsvorschlag

Es wird daher vorgeschlagen, § 327 EO wie folgt zu fassen:

„Grundsatz

*§ 327. (1) Wenn das Gericht auf Antrag des betreibenden Gläubigers nichts anderes bestimmt, erfasst die Exekution auf Vermögensrechte alle Vermögensrechte des Verpflichteten. Das Gericht hat **grundsätzlich** einen Verwalter zu bestellen, der, wenn möglich unter Zuziehung des Verpflichteten, unverzüglich pfändbare Vermögensrechte zu ermitteln hat.*

(2) Wenn der betreibende Gläubiger im Antrag bestimmte Vermögensrechte bezeichnet, kann er auf die Bestellung eines Verwalters verzichten. In diesem Fall gelten die sich auf den Verwalter beziehenden Vorschriften zur Exekution auf Vermögensrechte für den betreibenden Gläubiger sinngemäß, wobei der betreibende Gläubiger vom Gericht zu den jeweils für die Verwertung erforderlichen Rechtshandlungen (§ 329 Abs. 1, § 330 Abs. 1) ermächtigt werden muss.

*(3) Das Gericht hat bei Bewilligung der Exekution an den Verpflichteten das Gebot zu erlassen, sich jeder Verfügung über die vom Verwalter **oder im Antrag** bestimmten*

asso. Prof. MMag. Dr. MARTIN TRENKER
 UNIVERSITÄT INNSBRUCK
 RECHTSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT
 INSTITUT FÜR ZIVILGERICHTLICHES VERFAHREN

Innrain 52, A-6020 Innsbruck
martin.trenker@uibk.ac.at
 Tel.: +43 / 512 507 80445

Rechte zu enthalten. Dritten, die kraft eines Vermögensrechtes zu Leistungen verpflichtet sind, ist zu verbieten, an den Verpflichteten zu leisten.“

G. Zum geplanten § 328 EO

Exekution auf Rechte, die in öffentlichen Registern eingetragen sind

Die im geplanten § 328 Abs 1 EO vorgesehene Klarstellung, wie andere Vermögensrechte gepfändet werden, ist sehr instruktiv und für den Rechtsanwender folglich zweifellos hilfreich. Die Formulierung des letzten Satzes ist jedoch wegen der verwendeten Begriffe „verbücherte Rechte“, „Einverleibung“ und „öffentliche[s] Buch“ nicht ideal, weil damit nicht eindeutig ist, ob hiermit generell Rechte gemeint sind, die in **öffentliche Register** eingetragen werden müssen, wie zB Patentrechte. Da diese Rechte dadurch charakterisiert sind, dass eine Eintragung im öffentlichen Register Voraussetzung für ihren Erwerb ist, ist die Eintragung richtigerweise auch Voraussetzung einer wirksamen Pfändung, weshalb auch diese Rechte von § 328 Abs 1 letzter S EO idF ME erfasst sein sollten. Es erscheint somit die Verwendung des Begriffs „*öffentliches Buch oder Register*“ besser geeignet, wie sie auch bereits bei der Belegenheit solcher Rechte vorgeschlagen wurde (oben III.A.).

Anpassungsbedarf bei „autonomer Exekution“

Sollte der zum geplanten § 327 EO gemachte Vorschlag eines „opting-outs“ angenommen werden, wäre im gegenständlichen § 328 EO lediglich eine Klarstellung zur die pfandweisen Beschreibung bei einer „**autonomen Exekution**“ aufzunehmen, die inhaltlich dem **bisherigen § 331 Abs 1 letzter S EO entspricht**.

Regelungsvorschlag

Es wird daher vorgeschlagen, § 328 EO wie folgt zu fassen:

Pfändung

*„§ 328. (1) [...] Mit Zustellung des gerichtlichen Gebots an den Verpflichteten, sich jeder Verfügung über das Recht zu enthalten, wird die Pfändung bewirkt. Ist kraft eines Vermögensrechtes eine bestimmte Person zu Leistungen verpflichtet, so ist die Pfändung dann als bewirkt anzusehen, wenn dieser dritten Person das gerichtliche Verbot, an den Verpflichteten zu leisten, zugestellt wurde. **Bei Rechten, deren Erwerb die Eintragung in ein öffentliches Buch oder Register voraussetzt, erfolgt die Pfändung durch Einverleibung des Pfandrechts in diesem Buch oder Register.***

(2) [...]

asso. Prof. MMag. Dr. MARTIN TRENKER
UNIVERSITÄT INNSBRUCK
RECHTSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT
INSTITUT FÜR ZIVILGERICHTLICHES VERFAHREN

Innrain 52, A-6020 Innsbruck
martin.trenker@uibk.ac.at
Tel.: +43 / 512 507 80445

(3) *Der Verwalter hat das in Exekution gezogene Recht pfandweise zu beschreiben, wenn dies zur Bestimmung des Rechts erforderlich ist. Ist kein Verwalter bestellt, kann dies auf Antrag durch das Gericht erfolgen.*

(4) [...]“

H. Zum geplanten § 329 EO

Beschränkung der Verfügungsmacht des Verpflichteten

Im Falle der Bestellung eines Verwalters ist das in den geplanten §§ 327 ff EO vorgesehene Prozedere der Pfändung und Verwertung grundsätzlich sehr überzeugend ausgestaltet.

Allerdings fehlen mE noch Klarstellungen zur **Rechtsstellung des Verpflichteten**. Insbesondere wäre eine Klarstellung wünschenswert, welche Rechtsfolge eine vom Verpflichteten vorgenommene **Verfügung** hat, die nach wirksamer Pfändung entgegen dem ihm erteilten Verfügungsverbot vorgenommen wurde. Im Einklang mit dem Regelungsgehalt von § 308 Abs 3 EO (zur analogen Anwendung von § 308 Abs 3 EO bei Exekution auf GmbH-Anteile zB *Schumacher*, Veräußerung gepfändeter GmbH-Geschäftsanteile, RdW 1996, 351 [352]; *Trenker*, GmbH-Geschäftsanteile in Exekution und Insolvenz, JBl 2012, 281 [282]) sollte vorgesehen werden, dass eine **verbotswidrige Verfügung über das gepfändete Vermögensrecht dem betreibenden Gläubiger gegenüber unwirksam ist** (*Oberhammer in Angst/Oberhammer*, EO³ § 331 Rz 27; *Frauenberger in Deixler-Hübner*, EO [19. Lfg; 2014] § 331 Rz 45). Konkrete Rechtsfolge davon wäre zum einen, dass eine Veräußerung des Vermögensrechts dessen Verwertung nicht hindert, die Verwertung also mit Wirkung gegen den Erwerber aus der verbotswidrigen Veräußerung fortgesetzt werden kann (so bereits OGH 3 Ob 186/94; RIS-Justiz RS0087044). Zum anderen wäre ein Verzicht des Verpflichteten auf das Vermögensrecht für die weitere Verwertung wirkungslos. Die in § 329 Abs 3 EO geplante **Klarstellung**, dass der Verpflichtete nicht befugt sei, das **gepfändete Recht zu kündigen**, wäre damit **entbehrlich**, weil die Kündigung ohnehin schon als Unterfall einer verbotswidrigen Verfügung (relativ) unwirksam wäre.

Im Übrigen sollte die – zweifellos diskussionsbedürftige – Frage gelöst werden, ob und inwieweit auch **sonstige Rechtshandlungen des Verpflichteten**, die das gepfändete Vermögensrecht betreffen, **dem betreibenden Gläubiger gegenüber unwirksam sind**. Jedenfalls hinsichtlich jener zur Verwertung des Vermögensrechts erforderlichen Befugnisse ist sinnvollerweise davon auszugehen, dass deren Ausübung dem Verwalter

asso. Prof. MMag. Dr. MARTIN TRENKER
UNIVERSITÄT INNSBRUCK
RECHTSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT
INSTITUT FÜR ZIVILGERICHTLICHES VERFAHREN

Innrain 52, A-6020 Innsbruck
martin.trenker@uibk.ac.at
Tel.: +43 / 512 507 80445

im geplanten § 329 Abs 1 EO exklusiv zusteht. Darüber hinaus ist aber die Kompetenz für Maßnahmen der „laufenden Verwaltung“ zu regeln. Ein gutes Beispiel hierfür ist die Ausübung des Stimmrechts in einer Gesellschaft nach Pfändung der Gesellschaftsbeteiligung. Diese Kompetenz bleibt einem Verpflichteten nach derzeit hM bei Pfändung einer Gesellschaftsbeteiligung zwar erhalten (so zum GmbH-Geschäftsanteil zB OGH 3 Ob 188/97m; *H. Torggler*, Zur Verpfändung von GmbH-Geschäftsanteilen, GesRZ 1977, 77 [80]; *Trenker*, JBl 2012, 282 mwN). Wird jedoch nunmehr ein Verwalter zur Exekution eingesetzt, sprechen mE sehr gute Gründe dafür, ihm zumindest zu einem gewissen Grad auch derartige Kompetenzen anstelle des Verpflichteten zu übertragen. Häufig sind diese Rechte, wie zB Informations- und Einsichtsrecht (vgl § 22 GmbHG), nämlich geeignet, zu einer effizienten Verwertung des Vermögensrechts beizutragen oder eine solche gar erst zu ermöglichen. Gleichzeitig werden mittelbare „Devastationen“ seitens des Verpflichteten von vornherein hintangehalten. Eine derartige Rechtsposition des Verwalters entspräche – zumindest bei einem GmbH-Anteil – außerdem bereits der Rechtsposition eines Zwangsverwalters nach der jetzigen Rechtslage (näher *Trenker*, JBl 2012, 293 f mwN), soweit man diese Möglichkeit überhaupt anerkennt (dafür *Trenker*, JBl 2012, 294; *Oberhammer* in *Angst/Oberhammer*, EO³ § 331 Rz 33; *Frauenberger* in *Deixler-Hübner*, EO § 331 Rz 46; aA noch OGH 1 Ob 245/28 SZ 10/99; RIS-Justiz RS0087047, zB OGH 3 Ob 83/08i GesRZ 2008, 301 [*Frauenberger*]), was der gegenständliche Entwurf ja offensichtlich tut (§ 330 Abs 2 Z 3, § 339 Abs 2 EO idF ME).

Folgt man diesem Vorschlag, bieten sich im Ergebnis zwei, in ihrer Intensität abgestufte Konzepte zur Beschränkung der Befugnisse des Verpflichteten an: Erstens könnten – analog zur insolvenzrechtlichen Verfügungssperre (§ 3 Abs 1 IO) – überhaupt sämtliche Rechtshandlungen in Bezug auf vom Verwalter gepfändete Vermögensrecht für dem betreibenden Gläubiger gegenüber unwirksam erklärt werden. Alternativ dazu könnten – analog zu § 138 Abs 2 EO – sämtliche Rechtshandlungen, die das vom Verwalter gepfändete Vermögensrecht betreffen und nicht zur ordentlichen Verwaltung gehören, dem betreibenden Gläubiger und dem Erwerber gegenüber für unwirksam erklärt werden. Letzteres hat den offensichtlichen Vorteil, dass der Eingriff in die Rechtssphäre des Verpflichteten gelinder ist, dafür aber den Nachteil, dass bei jeder Rechtshandlung die **schwierige Abgrenzungsfrage zwischen ordentlicher und außerordentlicher Verwaltung** zu lösen ist. Sachlich wäre eine völlige Entmachtung des Verpflichteten analog zur insolvenzrechtlichen Verfügungssperre aufgrund der Bestellung eines Verwalters mE jedenfalls ohne weiteres zu rechtfertigen (vgl § 99 Abs 1

asso. Prof. MMag. Dr. MARTIN TRENKER
UNIVERSITÄT INNSBRUCK
RECHTSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT
INSTITUT FÜR ZIVILGERICHTLICHES VERFAHREN

Innrain 52, A-6020 Innsbruck
martin.trenker@uibk.ac.at
Tel.: +43 / 512 507 80445

EO). Dieser weitergehende Entzug der Verfügungsmacht ist daher mE insgesamt sogar vorzugswürdig.

Befugnisse des Verwalters

Gerade ausgehend von der befürworteten Einschränkung der Befugnisse des Verpflichteten, erscheint es legislativ besonders naheliegend, dieser Einschränkung die spezifischen **Kompetenzen und Befugnisse des Verwalters** gegenüberzustellen. Die Aufzählung der Befugnisse im geplanten § 329 Abs 1 EO tut dies zwar bereits in sehr klarer Weise. Insbesondere um Unklarheiten zu vermeiden, sollte jedoch nochmals auf die in Form von Generalklauseln umschriebene Kompetenz des Verwalters hingewiesen werden, wie sie in § 81 EO idF ME, insbesondere in Abs 3 *leg cit*, erfolgt. Ferner scheint im Rahmen des geplanten Abs 2 ein Hinweis auf die Verwertungsmöglichkeiten in § 330 EO sinnvoll.

Regelungsvorschlag

Es wird daher vorgeschlagen, § 329 EO wie folgt zu fassen:

„Befugnisse des Verwalters und des Verpflichteten

§ 329. (1) Der Verwalter ist **im Rahmen seiner Kompetenzen nach § 81 insbesondere zur Geltendmachung und Einklagung des gepfändeten Rechtes (§ 308), zur Geltendmachung einer Teilung, Einleitung des Auseinandersetzungsverfahrens und Kündigung sowie zur Abgabe der sonst zur Ausübung und Nutzbarmachung des gepfändeten Rechtes erforderlichen Erklärungen für den Verpflichteten befugt.**

(2) Der Verwalter hat die aus der Ausübung seiner Befugnisse nach Abs. 1 hervorgehenden Ansprüche durchzusetzen und die sich ergebenden Vermögenswerte zu verwerten (§ 330).

(3) **Rechtshandlungen des Verpflichteten, die das gepfändete Vermögensrecht betreffen, sind dem betreibenden Gläubiger gegenüber unwirksam.**“

I. Zum geplanten § 330 EO

Zunächst wäre es systematisch stimmig, im geplanten § 330 ME nicht nur von „Verkauf“, sondern wie in § 268 EO idF ME von „Freihandverkauf“ zu sprechen. Damit wird auch die offensichtlich bezweckte Abgrenzung zur Verwertungsmöglichkeit der „Versteigerung“ deutlich hervorgehoben.

Es erscheint zudem sinnvoll, die **Zwangsverwaltung sämtlicher Vermögensrechte** von einer gerichtlichen Genehmigung abhängig zu machen, wenn und weil der Entwurf

asso. Prof. MMag. Dr. MARTIN TRENKER
 UNIVERSITÄT INNSBRUCK
 RECHTSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT
 INSTITUT FÜR ZIVILGERICHTLICHES VERFAHREN

Innrain 52, A-6020 Innsbruck
martin.trenker@uibk.ac.at
 Tel.: +43 / 512 507 80445

offenbar ohnehin davon ausgeht, dass es der gesonderten Bestellung eines Zwangsverwalters bedarf (dazu noch sogleich zu § 331 EO idF ME [unten VIII.J.]).

Im Übrigen ist für mich nicht ersichtlich, in welcher Konstellation es zu einer **Verpachtung einer Liegenschaft** durch den Verwalter kommen soll. Liegenschaften sind selbst keine (anderen) Vermögensrechte, weshalb nur an den Fall gedacht sein kann, dass der Verpflichtete einen Anspruch auf Übertragung einer Liegenschaft iSd § 334 Abs 1 EO hat. In § 334 ist die Verwertungsart der Verpachtung aber nicht erwähnt. Der Genehmigungstatbestand des § 330 Abs 2 Z 2 EO bedarf daher möglicherweise einer Einschränkung. Falls die Verpachtung aber doch in gewissen Konstellationen zulässig sein sollte, wäre es mE sachgerecht, die Genehmigungsbedürftigkeit um den Fall einer diesfalls wohl ebenfalls zulässigen **Vermietung** zu erweitern (vgl die Ausführungen zu § 332 EO idF ME [unten VIII.K.]).

Regelungsvorschlag

Es wird daher vorgeschlagen, § 330 EO wie folgt zu fassen:

„§ 330. (1) Die Verwertung geschieht insbesondere durch **Freihandverkauf**, Versteigerung, Zwangsverwaltung, Verpachtung oder Vermietung.

(2) Der Genehmigung des Gerichts bedürfen:

1. die Verpachtung eines Unternehmens;
2. der **Freihandverkauf** sowie die Verpachtung **und Vermietung** einer Liegenschaft;
3. die **Zwangsverwaltung**;
4. der **Freihandverkauf** eines Gesellschaftsanteils;
5. die Kündigung eines Gesellschaftsverhältnisses.“

J. Zum geplanten § 331 EO

Rechtsposition und Bestellung des „Zwangsverwalters“

Wie sich aus § 330 Abs 2 und § 339 Abs 2 EO idF ME (dazu unten VIII.P.) ergibt, geht der ME offenbar davon aus, dass es **nach der Bestellung des Verwalters**, die ja ganz offensichtlich in der Exekutionsbewilligung erfolgen soll (vgl § 327 Abs 1 EO idF ME), noch zu einem **gesonderten, zweiten Bestellungsakt eines Zwangsverwalters** kommt. Verfahrensrechtlich bereitet dies nur dann keinen unnötigen Mehraufwand, wenn dieser Bestellungsakt *uno acto* in der gerichtlichen Genehmigung iSd § 330 EO idF ME

asso. Prof. MMag. Dr. MARTIN TRENKER
 UNIVERSITÄT INNSBRUCK
 RECHTSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT
 INSTITUT FÜR ZIVILGERICHTLICHES VERFAHREN

Innrain 52, A-6020 Innsbruck
martin.trenker@uibk.ac.at
 Tel.: +43 / 512 507 80445

erfolgt und ein solches Genehmigungserfordernis, wie aus diesem Grund zu § 330 EO vorgeschlagen wurde, ohnehin für alle Fälle der Zwangsverwaltung gilt.

Zur **Person des Zwangsverwalters** wäre die Klarstellung wünschenswert, dass hierzu auch der ohnehin bereits bestellte Verwalter bestellt werden kann. Mehr noch: Es sollte dies sogar der absolute Regelfall sein, weil es typischerweise keinen Grund geben wird, einen zweiten Verwalter zu involvieren. Sollte ausnahmsweise doch eine andere Person zum Zwangsverwalter bestellt werden, etwa wegen nachvollziehbarer Wünsche/Einwände von Mitgesellschaftern (§ 339 Abs 2 EO), wäre der bisherige Verwalter wohl seiner Funktion zu entheben, um eine unnötige Verdoppelung des Aufwands und der Kosten zu vermeiden. All das bedarf jedoch gewisser Klarstellungen.

Die **Befugnisse des Zwangsverwalters** müssen nicht gesondert geregelt werden, sofern man den Zwangsverwalter zweckmäßigerweise nur als „speziellen Verwalter“ ansieht und folglich §§ 329 f EO auch auf einen Zwangsverwalter anwendet. Der Entwurf dürfte wohl von diesem Verhältnis ausgehen, andernfalls er §§ 107a ff EO in der geltenden Fassung nicht gestrichen hätte (vgl 77/ME XXVII. GP 23).

Klarstellung der Zulässigkeit der Zwangsverwaltung von Gesellschaftsbeteiligungen

Im Übrigen sollten in die Aufzählung des § 331 EO auch noch **Gesellschaftsbeteiligungen** aufgenommen werden, nachdem sich bereits ua aus § 330 Abs 2 Z 3 EO idF ME ergibt, dass der gegenständliche ME diese grundsätzlich für möglich erachtet, jedoch Zweifel aufkommen könnten, ob diese unter § 331 Abs 1 Z 1 oder Z 2 EO idF ME subsumiert werden können.

Regelungsvorschlag

Es wird daher vorgeschlagen, § 331 EO wie folgt zu fassen:

„§ 331. (1) Durch Zwangsverwaltung können insbesondere verwertet werden

[...]

3. **Gesellschaftsanteile**, sowie

4. [...].

(2) **Zum Zwangsverwalter ist die bereits als Verwalter eingesetzte Person einzusetzen, sofern dem keine begründeten Einwände entgegenstehen. Die Bestellung des Zwangsverwalters erfolgt im Rahmen der Genehmigung der Zwangsverwaltung.**

(3) **Auf die Zwangsverwaltung [...]**

asso. Prof. MMag. Dr. MARTIN TRENKER
UNIVERSITÄT INNSBRUCK
RECHTSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT
INSTITUT FÜR ZIVILGERICHTLICHES VERFAHREN

Innrain 52, A-6020 Innsbruck
martin.trenker@uibk.ac.at
Tel.: +43 / 512 507 80445

K. Zum geplanten § 332 EO

Verwertung durch Vermietung

Obwohl die **Vermietung** in § 330 Abs 1 EO als eigene Verwertungsform neben der Verpachtung genannt ist, finden sich **keine weiteren Vorschriften** zu dieser – schon *de lege lata* zu Recht anerkannten (*Oberhammer in Angst/Oberhammer*, EO³ § 340 Rz 23 ff) – Verwertungsmöglichkeit. Führt man sich die schwierige Abgrenzung von Vermietung und Verpachtung vor Augen, kann und sollte dieses Manko einfach dadurch behoben werden, die für eine Verpachtung aufgestellten Regeln in § 332 EO auch auf die Vermietung auszudehnen. So würden nicht zuletzt Wertungswidersprüche vermieden, zumal zB nicht wirklich nachvollziehbar ist, warum der Verpflichtete und der betreibende Gläubiger zwar einen Pachtvertrag im Vorhinein einsehen können sollen, dies aber nicht auch für einen Mietvertrag gilt.

Regelungsvorschlag

Es wird daher vorgeschlagen, § 332 EO wie folgt zu fassen:

„Verpachtung und Vermietung“

§ 332. (1) Das Vermögensrecht kann **bei Bestellung eines Verwalters durch Verpachtung oder Vermietung** verwertet werden, wenn hiebei unter Berücksichtigung der Kosten ein höherer Erlös als durch eine Zwangsverwaltung erzielt werden kann.

(2) Der **Bestandvertrag** ist dem Gläubiger und dem Verpflichteten mindestens 14 Tage vor Vertragsabschluss zu übersenden.

(3) Zahlt der **Bestandnehmer** den **Bestandzins** trotz Mahnung nicht, so ist der Verwalter berechtigt, das **Bestandverhältnis** aufzulösen.“

L. Zum geplanten § 333 EO

Terminologische Anpassung

Wie in §§ 268 EO idF ME angeordnet und zu 330 EO idF ME vorgeschlagen wurde, sollte die Rede von „*Freihandverkauf*“ sein, wobei die Überschrift überhaupt irreführend ist und besser auf „*Subsidiarität der öffentlichen Versteigerung*“ geändert werden sollte.

Regelungsvorschlag

Es wird daher vorgeschlagen, § 333 EO wie folgt zu fassen:

„Subsidiarität der öffentlichen Versteigerung

asso. Prof. MMag. Dr. MARTIN TRENKER
UNIVERSITÄT INNSBRUCK
RECHTSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT
INSTITUT FÜR ZIVILGERICHTLICHES VERFAHREN

Innrain 52, A-6020 Innsbruck
martin.trenker@uibk.ac.at
Tel.: +43 / 512 507 80445

§ 333. *Ein Vermögensrecht, daraus hervorgehende Forderungen, Ansprüche oder daraus erlangte Sachen dürfen nur dann öffentlich versteigert werden, wenn hiebei unter Berücksichtigung der Kosten ein höherer Erlös als bei einem **Freihandverkauf** erzielt werden kann.*“

M. Zum geplanten § 334 EO

Terminologische Anpassung

Wie in §§ 268 EO idF ME angeordnet und zu §§ 330, 333 EO idF ME vorgeschlagen wurde, sollte nicht vom „*Verkauf*“, sondern vom „*Freihandverkauf*“ die Rede sein.

Zulässigkeit des Freihandverkaufs?

Inhaltlich ist es freilich überraschend, dass der **Verwalter ohne weiteres zum Freihandverkauf einer Liegenschaft** legitimiert wird, weil diese Möglichkeit beim **unmittelbaren Zugriff auf unbewegliches Vermögen** (§§ 88 ff EO idF ME) **gar nicht in Betracht kommt**. Letzteres dient wohl erkennbar dem Schutz des Verpflichteten vor einer nicht näher determinierten Freihandveräußerung. Es sollte daher nochmals erwogen werden, ob diese Regelung systematisch stimmig ist, weil der **Verpflichtete** zumindest *prima facie* **schlechter gestellt oder zumindest anders behandelt wird als bei einem unmittelbaren Zugriff auf sein unbewegliches Vermögen**. Hält man die Bestellung eines Verwalters bei der Rechteexekution für eine ausreichende Rechtfertigung eines Freihandverkaufs, so muss sich der Gesetzgeber aus Gründen der Gleichheit die Frage stellen, warum ein Verwalter dann nicht auch bei einer unmittelbaren Exekution auf unbewegliches Vermögen bestellt werden kann, um letztlich einen Freihandverkauf auch hier zu ermöglichen.

Regelungsvorschlag

Systematisch stimmig erscheinen folglich **zwei Möglichkeiten**: Entweder wird auch der Verwalter im Rahmen der Verwertung nach § 334 EO idF ME nur auf die Möglichkeit einer **öffentlichen Versteigerung beschränkt**. Oder es wird bei der **Exekution auf unbewegliches Vermögen** die **Möglichkeit für den betreibenden Gläubiger** geschaffen, sich für einen **Freihandverkauf durch einen Verwalter zu entscheiden**. Diesfalls sollten jedoch für beide Konstellationen gewisse verfahrensrechtliche Vorkehrungen und/oder inhaltliche Determinanten für die freihändige Veräußerung geschaffen werden, wie zB die gebotene Einholung eines

asso. Prof. MMag. Dr. MARTIN TRENKER
UNIVERSITÄT INNSBRUCK
RECHTSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT
INSTITUT FÜR ZIVILGERICHTLICHES VERFAHREN

Innrain 52, A-6020 Innsbruck
martin.trenker@uibk.ac.at
Tel.: +43 / 512 507 80445

Gutachtens über den Schätzwert, sowie eine Regelung, ob und inwieweit der Verkaufspreis diesen Schätzwert unterschreiten darf.

Da die Entscheidung hierüber eindeutig noch vertiefter Reflexion bedarf, wird von **einem konkreten Regelungsvorschlag abgesehen**.

N. Zur Neueinführung eines § 336a EO

Exekution auf virtuelle Währungen

Eine **Regelung zur Exekution auf Berechtigungen in Form virtueller Währungen begegnet besonderen Schwierigkeiten**: Erstens gibt es schon aktuell unterschiedliche Möglichkeiten, wie die Verwaltung und Verfügung über derartige Vermögenswerte vollzogen wird, was nicht ohne Einfluss auf einen zwangsweisen Zugriff hierauf bleibt. Zweitens können sich diese Konzepte überaus rasch ändern, sodass eine tunlichst flexible und allgemeingültige Anordnung getroffen werden sollte. Drittens erweist sich der exekutive Zugriff fast zwangsläufig als ineffektiv, weil der Verpflichtete seine oftmals unentbehrliche Mitwirkung verweigern kann, ohne dass ihm eine Absicht zur Obstruktion kaum jemals nachgewiesen werden kann. All das ändert nichts an der legislatischen Notwendigkeit, der Rechtsanwendung zumindest durch gewisse grundsätzliche Weichenstellungen behilflich zu sein.

Um die nachstehenden Vorschläge besser erklären zu können, bedarf es einer kurzen Erörterung der – aktuell typischen – **Zugriffsmöglichkeiten am Beispiel von Bitcoins**: Die Verwaltung von bzw Verfügung über Bitcoins erfolgt zumeist durch eine sogenannte *Wallet* (ausführlich hierzu bspw *Rosenberger*, Bitcoin und Blockchain [2018] 22 ff; *Zogg*, recht 2020, 3 f; *Effer-Uhe*, ZJP 131, 514), wobei diese den zum jeweiligen öffentlichen Schlüssel (*Public Key*) der Krypto-Assets gehörigen privaten Schlüssel (*Private Key*), eine Auflistung sämtlicher Krypto-Asset sowie deren aktuellen Wert enthält. Die **Verfügung über den *Private Key*** ist dabei für den Zugriff auf die Bitcoins von essentieller Bedeutung (*Zogg*, recht 2019, 94; *Effer-Uhe*, ZJP 131, 514; *Vock/Hoffmann*, DLT-basierte Token: Pfändung und Konkursbeschlagnahme, SJZ 2019, 307 [308]; *Aigner*, ÖBA 2019, 817). Anders formuliert: Nur wer den privaten Schlüssel kennt, kann über „seine“ Bitcoins verfügen. Hinsichtlich der Aufbewahrung dieses *Private Key* ist jedoch zu unterscheiden: Entweder ist der *Private Key* nur dem Verpflichteten bekannt, weshalb auch nur diesem die Verfügungsmacht offensteht. Oder der *Private Key* kann zunächst von einem *Wallet*-Provider verwahrt und verwaltet werden (dazu *Völkel*, ÖBA 2017, 385 [386]; *Zogg*, recht 2020, 1 [3]).

asso. Prof. MMag. Dr. MARTIN TRENKER
UNIVERSITÄT INNSBRUCK
RECHTSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT
INSTITUT FÜR ZIVILGERICHTLICHES VERFAHREN

Innrain 52, A-6020 Innsbruck
martin.trenker@uibk.ac.at
Tel.: +43 / 512 507 80445

Im ersten Fall bedarf es daher **zwingend der Mitwirkung des Verpflichteten durch Bekanntgabe des Private Key**, um die virtuelle Währung verwerten zu können. Diese Mitwirkung kann als unvertretbare Handlung zwar grundsätzlich nur gem § 354 EO exequiert werden. Die durch den *Private Key* gewährleistete Verfügungsmacht kann jedoch auch über ein Endgerät, wie zB Desktop-Computer, Laptop oder Smartphone, oder über eine sogenannte *Paper-Wallet* oder *Hardware-Wallet* vermittelt werden (dazu *Aigner*, ÖBA 2019, 817). In solchen Fällen dürfte die **Wegnahme dieses Endgeräts** ausreichend und/oder erforderlich für einen exekutiven Zugriff sein, weshalb auch die Zulässigkeit dieser Wegnahme klargestellt werden muss.

Wird der *Private Key* hingegen von einem **Dritten**, insbesondere einem *Wallet-Provider*, **verwahrt und verwaltet** und hat der Verpflichtete das **Recht**, vom Dritten **dessen Bekanntgabe zu verlangen**, sei es, weil er den *Private Key* verloren/vergessen hat, so soll der **Verwalter dieses Recht anstelle des Verpflichteten ausüben können**.

Im Übrigen ist dem Verpflichteten im Hinblick auf die Begründung eines Pfandrechts (§ 328 Abs 1 EO) ein **Verfügungsverbot** zu erteilen, auch wenn dieses – zumindest nach dem jetzigen Stand der Technik und der sonstigen rechtlichen Rahmenbedingungen – wohl kaum effektiven Schutz vor verbotswidrigen Verfügungen bieten kann (siehe sogleich).

Sowohl die Zugriffsmöglichkeit über eine Exekution nach § 354 EO als auch die Ermächtigung zur Ausübung der Befugnisse, welche der Verpflichtete im Falle des Verlusts seines (*Private*) *Key* gegenüber dem „Verwahrer“ hat, sind aus der „**Schrankfach-Exekution**“ bekannt. Es bietet sich schon aus diesem Grund an, die gegenständliche Regelung als § 336a EO im Anschluss an die einschlägige Bestimmung über den exekutiven Zugriff auf Schrankfächer in § 336 EO idF ME zu verorten.

Abschließend sei nochmals betont: Alle diese Vorschläge sind nur als ein „erster Anfang“ gedacht, ohne dass damit die **Hauptprobleme der Exekution auf virtuelle Währungen behoben werden können**: Erstens stellt sich bei virtuellen Währungen wohl noch stärker als bei sonstigem Vermögen das Problem, dass weder der betreibende Gläubiger noch der Verwalter über effektive Möglichkeiten verfügt, um herauszufinden, ob der Verpflichtete virtuelle Währungen „besitzt“. Zweitens ist selbst nach Erteilung des Verfügungsverbots fraglich, ob und inwieweit dadurch effektiver Schutz vor einer verbotswidrigen Verfügung geschaffen werden kann. Es ist nämlich zweifelhaft, ob die Berechtigung eines Erwerbers vom Verpflichteten in einem dezentralen System, wie es den virtuellen Währungen aktuell zugrunde liegt, dadurch faktisch effektiv beschnitten werden kann (vgl auch *Effer-Uhe*, ZZP 131, 522 f, 524, der sich deshalb gar gegen die

asso. Prof. MMag. Dr. MARTIN TRENKER
UNIVERSITÄT INNSBRUCK
RECHTSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT
INSTITUT FÜR ZIVILGERICHTLICHES VERFAHREN

Innrain 52, A-6020 Innsbruck
martin.trenker@uibk.ac.at
Tel.: +43 / 512 507 80445

Begründung eines Pfandrechts ausspricht). Vor allem aber darf der Verpflichtete konsequenterweise nicht einmal mittelbar durch Beugestrafen zur Herausgabe des *Private Key* verhalten werden, wenn er glaubhaft machen kann, dass er diesen verloren hat. Zur Bewältigung all dieser Herausforderungen bedürfte es somit noch einiger zusätzlicher Regelungen, die wohl auch über das Exekutionsrecht hinausgehen. Exekutionsrechtlich bilden die **vorgeschlagenen Neuerungen** mE hierfür jedoch eine flexible und damit durchaus **solide Basis**.

Regelungsvorschlag

Es wird daher vorgeschlagen, einen zusätzlichen § 336a EO folgenden Inhalts aufzunehmen:

„Virtuelle Währungen

§ 336a. (1) Zur Exekution auf Berechtigungen in Form virtueller Währungen ist dem Verpflichteten ein Verfügungsverbot zu erteilen.

(2) Der Verpflichtete hat an der Verwertung mitzuwirken. Die Mitwirkung des Verpflichteten kann auf Antrag des Verwalters vom Gericht nach § 354 durchgesetzt werden. Zum Zwecke der Verwertung können dem Verpflichteten auch Endgeräte, die eine Verfügung über eine Berechtigung in Form virtueller Währungen ermöglichen, infolge Auftrages des Exekutionsgerichtes vom Vollstreckungsorgan für die Dauer des Exekutionsvollzugs weggenommen werden.

(3) Der Verwalter übt alle Rechte aus, die der Verpflichtete gegenüber Dritten geltend machen kann, um eine Verfügung über eine Berechtigung in Form virtueller Währungen zu ermöglichen.

O. Zum geplanten § 338 EO

Voraussetzungen der Kündigung

Die Aufnahme und Zusammenführung der *leges fugitivae* in diversen gesellschaftsrechtlichen Gesetzen ist jedenfalls zu begrüßen. Beim geplanten § 338 EO ist zudem die **Abschaffung der Einschränkung**, dass vor der Kündigung der Gesellschaft **erfolglos in das bewegliche Vermögen des Gesellschafters Exekution** geführt worden sein muss, sehr **überzeugend**.

Nicht recht zu überzeugen vermag hingegen sowohl aus systematischer als auch praktischer Sicht die Beibehaltung des **Erfordernisses**, dass der Verwalter das **Auseinandersetzungsguthaben gesondert pfänden müsse**. Denn die Pfändung des

asso. Prof. MMag. Dr. MARTIN TRENKER
UNIVERSITÄT INNSBRUCK
RECHTSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT
INSTITUT FÜR ZIVILGERICHTLICHES VERFAHREN

Innrain 52, A-6020 Innsbruck
martin.trenker@uibk.ac.at
Tel.: +43 / 512 507 80445

Gesellschaftsanteils erfasst nach der generellen Klarstellung in § 328 Abs 4 EO idF ME sämtliche „*durch Ausübung der Befugnisse nach § 329 Abs. 1 entstehenden Forderungen und Ansprüche oder daraus erlangte Sachen*“. Nach § 329 Abs 1 EO idF ME ist der Verwalter aber eben auch zur Einleitung des Auseinandersetzungsverfahrens und zur Kündigung befugt, weshalb der Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben von der Pfändung des Gesellschaftsanteils nach allgemeinen Grundsätzen erfasst wäre. Davon ausgehend würde es eine **systemwidrige Ausnahme** bedeuten, wenn das Auseinandersetzungsguthaben bei Personengesellschaften und Genossenschaften ein „*exekutionsrechtliches Sonderschicksal*“ hätte. Dafür ist keine Rechtfertigung ersichtlich, weil die gesonderte Pfändung auch keine praktischen Vorteile bringt.

Gesellschaftsvertragliche Modifikationen

Praktisch wichtig sind hingegen **zwei andere Fragen**, die der Gesetzgeber im Rahmen einer Gesamtreform des Exekutionsrechts und Anlass einer Neuregelung der Exekution auf Anteile an Personengesellschaften unbedingt klären sollte:

Erstens stellt sich die Frage, ob der **Abfindungsanspruch des Verpflichteten** (§§ 1203 f ABGB, §§ 137 f UGB) für den Fall des Ausscheidens nach exekutiver Kündigung (§ 141 Abs 2 UGB) **gesellschaftsvertraglich modifiziert bzw eingeschränkt werden darf**, wie dies in der Praxis regelmäßig vorkommt (vgl nur *Jabornegg/Artmann* in *Artmann*, UGB I³ [2019] § 137 Rz 24, 27; *Zollner/Hartlieb* in *Zib/Dellinger*, Großkommentar UGB III [2017] § 137 Rz 55, 58 ff). Da der ME – mit gewissen sogleich zu erörternden Schranken – die Zulässigkeit der funktional vergleichbaren Beschränkung des Aufgriffspreises für in Exekution befindliche Anteile an Kapitalgesellschaften klarstellt, sollte dies auch für Personengesellschaften geschehen. Damit kann einem möglichen, aber wenig überzeugenden Umkehrschluss, dass solche gesellschaftsvertraglichen Beschränkungen nur bei Kapital-, nicht aber bei Personengesellschaften zulässig wären, von vornherein jeder Nährboden entzogen werden. Es muss jedoch, wie bei Kapitalgesellschaften, sichergestellt werden, dass die Gläubiger bei der Verwertung in keiner Weise schlechter gestellt werden, als der Gesellschafter selbst im Falle eines „freiwilligen Exits“ stünde, weil ansonsten das ungeschriebene Grundprinzip der unbeschränkten Haftung des Verpflichteten mit seinem gesamten Vermögen ohne hinreichende sachliche Rechtfertigung verletzt würde (vgl *Wertenbruch*, Die Haftung von Gesellschaften und Gesellschaftsanteilen in der Zwangsvollstreckung [2000] 546 ff; 674 ff; *Trenker*, JBl 2016, 446 [449] [Anm]). Dabei sollte jedoch nicht allein auf die Höhe der Abfindung (wie aktuell in § 338 Abs 3 EO idF ME vorgeschlagen), sondern allgemeiner auf die „Günstigkeit“ des vertraglichen Abfindungsanspruchs abgestellt werden.

asso. Prof. MMag. Dr. MARTIN TRENKER
UNIVERSITÄT INNSBRUCK
RECHTSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT
INSTITUT FÜR ZIVILGERICHTLICHES VERFAHREN

Innrain 52, A-6020 Innsbruck
martin.trenker@uibk.ac.at
Tel.: +43 / 512 507 80445

Zweitens wäre eine Klarstellung wünschenswert, ob gesellschaftsvertraglich vorgesehen werden darf, dass **bereits die Pfändung oder andere Formen des exekutiven Zugriffs, wie die Zwangsverwaltung**, zum Ausschluss des Verpflichteten und zur damit verbundenen Anwendung einer zulässigen vertraglichen Abfindungsbeschränkung führen. Da das Bedürfnis der Mitgesellschafter, eine Einmischung außenstehender Dritter, wie zB jene eines (Zwangs-)Verwalters, zu verhindern, als legitimes Interesse vom Schrifttum (*Trenker*, JBl 2012, 294; *Oberhammer* in *Angst/Oberhammer*, EO³ § 331 Rz 32) und wohl auch vom gegenständlichen ME (77/ME XXVII. GP 56) anerkannt wird, sollte die Zulässigkeit der Aufnahme einer solchen Regelung in den Gesellschaftsvertrag klargestellt werden. Außerhalb des Gesellschaftsvertrags, etwa in einer Syndikatsvereinbarung, vermag eine solche „Klausel“ jedoch keine Drittwirkung gegenüber den Privatgläubigern eines Gesellschafters zu entfalten.

Regelungsvorschlag

Es wird daher vorgeschlagen, § 338 EO wie folgt zu fassen:

„§ 338. (1) Nach Pfändung der Gesellschaftsbeteiligung eines Gesellschafters kann der Verwalter die Gesellschaft ohne Rücksicht darauf, ob sie für bestimmte Zeit eingegangen ist, sechs Monate vor dem Ende des Geschäftsjahrs für diesen Zeitpunkt kündigen. Im Gesellschaftsvertrag kann vorgesehen werden, dass der Verpflichtete bereits mit Pfändung seiner Gesellschaftsbeteiligung aus der Gesellschaft ausgeschlossen wird, woraufhin sich die Pfändung auf das Auseinandersetzungsguthaben des Verpflichteten erstreckt. Eine vertragliche Regelung des Abfindungsanspruchs ist im Exekutionsfall nur insofern wirksam, als sie im Gesellschaftsvertrag erfolgt und für keinen sonstigen Fall des Ausscheidens des Gesellschafters eine günstigere Abfindungsregelung gilt.

(2) Hat der Verwalter den Anspruch auf dasjenige gepfändet, das dem Verpflichteten als Genossenschafter für den Fall dessen Ausscheidens aus der Genossenschaft zukommt, so kann er die Mitgliedschaft des Genossenschafters ohne Rücksicht darauf, ob die Genossenschaft für bestimmte Zeit eingegangen ist, sechs Monate vor dem Ende des Geschäftsjahrs für diesen Zeitpunkt kündigen. Im Genossenschaftsvertrag kann vorgesehen werden, dass der Verpflichtete bereits mit Pfändung seines Geschäftsanteils aus der Genossenschaft ausgeschlossen wird, woraufhin sich die Pfändung auf das Auseinandersetzungsguthaben des Verpflichteten erstreckt. Eine vertragliche Regelung des Abfindungsanspruchs ist im Exekutionsfall nur insofern wirksam, als sie im Genossenschaftsvertrag erfolgt und für keinen

asso. Prof. MMag. Dr. MARTIN TRENKER
UNIVERSITÄT INNSBRUCK
RECHTSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT
INSTITUT FÜR ZIVILGERICHTLICHES VERFAHREN

Innrain 52, A-6020 Innsbruck
martin.trenker@uibk.ac.at
Tel.: +43 / 512 507 80445

sonstigen Fall des Ausscheidens des Genossenschafters eine günstigere Abfindungsregelung gilt.

P. Zum geplanten § 339 EO

Vinkulierung

Auch die geplante Neuregelung zu **Vinkulierungen** und **Aufgriffsrechten** an Anteilen an Kapitalgesellschaften ist sehr zu **begrüßen**.

Im geplanten § 339 Abs 1 EO sollte allerdings in S 2 vorgesehen werden, dass eine Schätzung auch dann zu unterbleiben habe, wenn der **Übernahmepreis** für diesen Fall von vornherein **gesellschaftsvertraglich festgelegt wurde**. Derartige gesellschaftsvertragliche Regeln müssen nämlich in gleicher Weise wie bei einem Aufgriffsrecht (dazu sogleich) zulässig sein. Einziger Unterschied zwischen beiden Gestaltungen wäre diesfalls, dass bei der Vinkulierung ein Käufer erst namhaft zu machen ist (und dies nicht der Zustimmungsberechtigte sein muss), während der potenzielle Käufer beim Aufgriffsrecht schon in der Person des Aufgriffsberechtigten festgelegt wurde.

Völlig zutreffend weisen die vorgesehenen Gesetzesmaterialien zudem darauf hin, dass ein Zustimmungsrecht eines Mitgesellschafters nur dann „Drittwirkung“ entfaltet, wenn es im Gesellschaftsvertrag vereinbart wurde (77/ME XXVII. GP 55). Jedoch gilt dies auch für eine Vinkulierung zugunsten der Gesellschaft. Außerhalb der Satzung vereinbarte Zustimmungsrechte der Gesellschaft haben richterweise ebenfalls nur relative Wirkung (OGH 7 Ob 2350/96f; RIS-Justiz RS0107661; *Zollner in U. Torggler, GmbHG* [2014] § 77 Rz 8; *Schopper in Gruber/Harrer, GmbHG*² [2018] § 76 Rz 26). Dies erlaubt eine **sprachliche Vereinfachung des vorgeschlagenen Gesetzestexts**.

Aufgriffsrecht

Auch **Abs 3** des geplanten § 339 EO ist grundsätzlich vollinhaltlich zu begrüßen. Wenig überraschend stößt insbesondere die in § 339 Abs 3 S 2 HS 2 EO idF ME bezweckte Regelung, wonach im Exekutionsfall zumindest jener Aufgriffspreis bezahlt werden muss, der für einen sonstigen Fall des Ausscheidens aus der Gesellschaft vereinbart wurde, auf große Zustimmung dieser Stellungnahme, weil der Grundstein für dieses Konzept der „**Meistbegünstigung**“ von mir gelegt wurde (*Trenker*, JBl 2012, 289 f; *derselbe*, JBl 2016, 449 f). In den Gesetzesmaterialien wäre allerdings, zumal dort die hierzu bislang ergangene Rsp ausführlich dargestellt wird (77/ME XXVII. GP 56), noch zu ergänzen, dass sich der **OGH** in der brandaktuellen **E 6 Ob 64/20k** – ebenso wie

asso. Prof. MMag. Dr. MARTIN TRENKER
UNIVERSITÄT INNSBRUCK
RECHTSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT
INSTITUT FÜR ZIVILGERICHTLICHES VERFAHREN

Innrain 52, A-6020 Innsbruck
martin.trenker@uibk.ac.at
Tel.: +43 / 512 507 80445

übrigens zuvor andere Autoren (*Schopper* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 76 Rz 33; *Schopper/Walch*, Aufgriffsrechte in der Insolvenz eines GmbH-Gesellschafters, NZ 2019, 441 [443]) – diesem Konzept ausdrücklich angeschlossen hat.

Auf Basis der aktuell gewählten Formulierung besteht jedoch die Gefahr, dass der **zugrundeliegende Gedanke**, wonach ein Gesellschafter in keiner Konstellation aus der Gesellschaft „aussteigen“ können soll, ohne zumindest vergleichbare Einbußen wie seine Gläubiger hinzunehmen (*Trenker*, JBl 2012, 289 f), **umgangen werden könnte**. Dies wäre nämlich möglich, wenn etwa für den Fall des beabsichtigten freiwilligen Verkaufs gar kein Aufgriffsrecht vorgesehen wird, mag dies auch praktisch selten vorkommen. Es sollte dementsprechend klargestellt werden, dass ein Aufgriffsrecht im Exekutionsfall überhaupt **nur wirksam** ist, wenn auch für **alle Fälle des „Gesellschafter-Exits“ ein Aufgriffsrecht vereinbart wurde**.

Zudem ist – wie dies bereits bei den Personengesellschaften vorgeschlagen wurde – eine Klarstellung wünschenswert, wonach als „**Aufgriffsfall**“ bereits die **Pfändung des Anteils** vorgesehen werden kann. Damit lässt sich gesellschaftsvertraglich eine Zwangsverwaltung ausschließen, die den Interessen der Mitgesellschafter häufig zu wider laufen wird (so bereits *Trenker*, JBl 2012, 294). Letzteres gilt umso mehr, als eine Vinkulierung nach § 339 Abs 2 EO idF ME – entgegen der aktuell hL (*Trenker*, JBl 2012, 294; zust *Frauenberger* in *Deixler-Hübner*, EO § 331 Rz 46; erwägend *Oberhammer* in *Angst/Oberhammer*, EO³ § 331 Rz 32) – kein Recht zur Benennung des Zwangsverwalters begründen soll.

Nicht klar ist mE, warum und zu welcher **Verwertung der Aufgriffsberechtigte** nach § 339 Abs 3 letzter S EO idF ME zu laden sein soll. Übt er sein Aufgriffsrecht aus, so kommt es zu keiner Verwertung. Ist das nicht der Fall, ist nicht einsichtig, warum er nach offensichtlich bereits erfolgter „Benachrichtigung“ – gemeint ist wohl eine Anwendung von Abs 1 – nochmals geladen werden muss. Zudem ist nicht ersichtlich, welcher Vorgang mit der „Verwertung“ überhaupt gemeint ist, weil es hierfür ja keine mündliche Tagsatzung geben muss. Der letzte S des geplanten § 339 Abs 3 EO sollte daher wohl (zumindest in seiner jetzigen Form) ersatzlos entfallen.

Hinsichtlich der **Ausübung des Aufgriffsrechts** sollte schließlich **erstens** klargestellt werden, ob mit dieser Ausübung die bloße Abgabe einer Willenserklärung oder – mE vorzugswürdig – iS der Einlösung nach § 1075 ABGB bereits die **Entrichtung des Aufgriffspreises** an den Verwalter gemeint ist. **Zweitens** gilt es zu bedenken, dass im Falle einer vertraglichen Regelung des Aufgriffspreises keine Schätzung erforderlich ist und daher klargestellt werden muss, welche Benachrichtigung

asso. Prof. MMag. Dr. MARTIN TRENKER
UNIVERSITÄT INNSBRUCK
RECHTSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT
INSTITUT FÜR ZIVILGERICHTLICHES VERFAHREN

Innrain 52, A-6020 Innsbruck
martin.trenker@uibk.ac.at
Tel.: +43 / 512 507 80445

diesfalls die **2-Monats-Frist auslöst**. **Drittens** ist ein vertraglicher „Aufgriffspreis“ nicht immer ziffernmäßig bestimmt, sondern muss oftmals erst näher bestimmt werden. Dem Vernehmen nach kommt es dabei nicht selten zu **Streitigkeiten über die Höhe des Aufgriffspreises**. Für derartige Fälle sollte klargestellt werden, dass das Aufgriffsrecht auch durch **Hinterlegung** (§ 1425 ABGB) jenes strittigen Teils des Aufgriffspreises, um den der Verwalter nach Ansicht des Aufgriffsberechtigten „zu viel“ verlangt. Damit wird der Aufgriffsberechtigte vor dem Risiko eines Verlustes des aufzugreifenden Anteils geschützt, wenn er sich – möglicherweise ja völlig zu Recht – nicht „kampflös“ den Forderungen des Verwalters beugen will. Nach der Hinterlegung könnten indes sowohl der Aufgriffsberechtigte als auch der Verwalter (nach Beendigung der Exekution: der Verpflichtete) den jeweils anderen auf Zustimmung zur Ausfolgung klagen, um ohne Zeitdruck die Rechtslage zu klären.

Regelungsvorschlag

Es wird daher vorgeschlagen, § 339 EO wie folgt zu fassen:

§ 339. (1) Bei Verwertung des Gesellschaftsanteils einer Kapitalgesellschaft, der aufgrund einer gesellschaftsvertraglichen Vereinbarung nur mit Zustimmung der Gesellschaft oder eines Gesellschafters übertragbar ist (§ 76 Abs. 2 GmbHG, § 62 Abs. 2 AktG), ist dem Verpflichteten, dem betreibenden Gläubiger, allen Gläubigern, die bis dahin die Pfändung des Gesellschaftsanteils erwirkt haben, sowie dem Zustimmungsberechtigten unter gleichzeitiger Verständigung von der Pfändung, der Schätzwert bekannt zu geben. Die Schätzung kann unterbleiben, wenn der Gesellschaftsanteil einen Börsenpreis hat oder zwischen dem betreibenden Gläubiger, dem Verpflichteten und dem Zustimmungsberechtigten eine Einigung über den Übernahmepreis zustande kommt oder der Übernahmepreis bereits im Gesellschaftsvertrag auf zulässige Weise (Abs. 3) geregelt wurde. Wird ein Gesellschaftsanteil nicht innerhalb von zwei Monaten nach Benachrichtigung des Zustimmungsberechtigten durch einen von diesem zugelassenen Käufer gegen Bezahlung eines den Schätzwert (Übernahmepreis) erreichenden Kaufpreises übernommen, so bedarf es zur Verwertung nicht der Zustimmung.

(2) Der Bekanntgabe des Schätzwertes bedarf es nicht, wenn der Anteil durch Zwangsverwaltung verwertet werden soll. Der Zustimmungsberechtigte ist zur Person des Zwangsverwalters vor dessen Bestellung einzuvernehmen.

(3) Im Gesellschaftsvertrag kann für den Fall der Pfändung des Gesellschaftsanteils ein Aufgriffsrecht zugunsten eines oder mehrerer Mitgesellschafter vereinbart werden, sofern dies für alle Fälle gilt, in denen der

asso. Prof. MMag. Dr. MARTIN TRENKER
 UNIVERSITÄT INNSBRUCK
 RECHTSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT
 INSTITUT FÜR ZIVILGERICHTLICHES VERFAHREN

Innrain 52, A-6020 Innsbruck
martin.trenker@uibk.ac.at
 Tel.: +43 / 512 507 80445

Gesellschafter aus der Gesellschaft auszuschneiden beabsichtigt. Wurde kein Aufgriffspreis vereinbart, so ist der Schätzwert zu zahlen; eine Vereinbarung des Aufgriffspreises ist nur insofern wirksam, als sie im Gesellschaftsvertrag erfolgt und für keinen sonstigen Fall des Ausscheidens des Gesellschafters eine günstigere Regelung gilt. Hat ein Gesellschafter ein Aufgriffsrecht, so kann er dieses binnen zwei Monaten durch Zahlung des Aufgriffspreises an den Verwalter ausüben. Die Frist beginnt, sobald der Verwalter den Aufgriffsberechtigten über den Schätzwert (Abs. 1) oder bei einem vertraglichen Aufgriffspreis über die Pfändung benachrichtigt. Ist die Höhe des vertraglich geschuldeten Aufgriffspreises zwischen dem Verwalter und dem Aufgriffsberechtigten strittig, so kann das Aufgriffsrecht auch durch gerichtliche Hinterlegung (§ 1425 ABGB) des strittigen Teils des Aufgriffspreises ausgeübt werden.

IX. Zu Art 1 Z 364

A. *Zur geplanten Eingliederung der AnFO in die EO*

Nachteile überwiegen Vorteile

Für die Eingliederung der AnFO in die EO mögen vielleicht *prima vista* naheliegende systematische Überlegungen sprechen, weil die Einzelanfechtung in engem Zusammenhang zur (erfolglosen) Exekution steht. Allerdings: Dem **praktischen Rechtsanwender** wird durch eine solche „bloß formale Neuregelung“, die mit einer vollumfänglichen Änderung der gewohnten Paragraphen-Nummerierung einhergeht, letztlich ein „**Bärendienst**“ erwiesen.

Angefangen dabei, dass vielen Anwendern die wichtigsten Bestimmungen der AnFO wohl bislang „auswendig“ bekannt sind, über den Mehraufwand bei jeder (Datenbank-)Recherche, bis hin zur gebotenen Notwendigkeit der Anpassung sämtlicher einschlägiger Lehrbücher, System und Kommentare ist offensichtlich, dass eine derartige Änderung zu einem praktischen Mehraufwand führt, ohne dass dem ein ersichtlicher Mehrwert gegenüberstehe. Dass selbst der aktuelle Gesetzgeber Probleme mit einer derart gravierenden Änderung hat, zeigt der Umstand, dass die in § 37 Abs 5 IO vorzufindende **Bezugnahme auf die Anfechtungsordnung** im ME nicht angepasst wurde. Auch § 45 AktG, § 43 Abs 1 Z 1 EPG, § 1 Abs 3 Z 1, § 7 Abs 7 IESG – um nur die wichtigsten Beispiele zu nennen – wurden offenbar in gleicher Weise übersehen.

Die wenigen – mehr oder minder redaktionellen – Änderungen und sprachlichen Anpassen in §§ 438 ff EO idF ME im Vergleich zur AnFO wiegen, auch wenn sie grundsätzlich verständlich und nachvollziehbar sind, die damit **verbundenen Nachteile**

asso. Prof. MMag. Dr. MARTIN TRENKER
UNIVERSITÄT INNSBRUCK
RECHTSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT
INSTITUT FÜR ZIVILGERICHTLICHES VERFAHREN

Innrain 52, A-6020 Innsbruck
martin.trenker@uibk.ac.at
Tel.: +43 / 512 507 80445

für die Praxis mE jedenfalls nicht auf. Zudem könnten sie auch problemlos durch entsprechende Änderungen in der AnfO umgesetzt werden.

Regelungsvorschlag

Es wird daher vorgeschlagen, auf die §§ 438 – 451 EO idF ME zu **verzichten** und die einschlägigen Regelungen in der AnfO zu **belassen**, sie allenfalls entsprechend der geplanten §§ 438 – 451 EO anzupassen.

B. Zum geplanten § 443 EO iVm § 20 Abs 1 EO

Im Detail ist im Hinblick auf § 20 EO idF ME überraschend, dass die **Anfechtungsbefugnis** nach dem geplanten § 443 EO (bislang: § 8 AnfO) weiterhin allein beim jeweiligen Gläubiger zu liegen scheint. Wie sich aus § 20 Abs 1 EO idF ME ergibt, ist von der Beantragung eines erweiterten Exekutionspakets nämlich auch die „Durchsetzung von Anfechtungsansprüchen“ erfasst und ist zur Durchführung eben dieser in Abs 1 *leg cit* genannten Exekutionsschritte ein Verwalter zu bestellen. Dies impliziert mE eindeutig (welchen Sinn hätte die Erwähnung der Anfechtungsansprüche in Abs 1 *leg cit* sonst?), dass auch die **Durchsetzung des Anfechtungsanspruchs**, wenn der Gläubiger nichts anderes beantragt (§ 20 Abs 1 EO idF ME), in die Hände des Verwalters gelegt werden soll. Im geplanten § 443 EO findet sich jedoch kein Hinweis auf eine allfällige Befugnis des Verwalters zur klage- oder einredeweisen Geltendmachung von Anfechtungsansprüchen.

Regelungsvorschlag

Es besteht daher jedenfalls **Anpassungsbedarf**, wobei der Gesetzgeber nochmals **grundlegend überlegen** sollte, ob eine **Geltendmachung durch den Verwalter sinnvoll erscheint**. Dafür sprechen zwar durchaus pragmatische und prozessökonomische Erwägungen. Jedoch bedürfte es hierfür zahlreicher flankierender Regelungen, deren Befolgung letztlich in der Praxis mit viel Aufwand verbunden sein dürfte:

Zunächst wäre wohl eine **gerichtliche Genehmigung** einzuholen, damit der Verwalter einen Anfechtungsanspruch durchsetzen kann. Vor der Genehmigung wäre wiederum der betreibende Gläubiger einzuvernehmen, ja es sollte ihm mE sogar ein „Veto“ ermöglicht werden. Denn immerhin ist der **betreibende Gläubiger** derjenige, der den Anfechtungsprozess durch einen **Kostenvorschuss finanzieren** und auch das **endgültige Kostenrisiko tragen müsste**, wobei zumindest ersteres ausdrücklich zu regeln wäre (ferner wäre zu regeln, was geschieht, wenn der Kostenvorschuss nicht rechtzeitig erlegt wird).

asso. Prof. MMag. Dr. MARTIN TRENKER
UNIVERSITÄT INNSBRUCK
RECHTSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT
INSTITUT FÜR ZIVILGERICHTLICHES VERFAHREN

Innrain 52, A-6020 Innsbruck
martin.trenker@uibk.ac.at
Tel.: +43 / 512 507 80445

Im Falle der Genehmigung einer Anfechtung ist ferner fraglich, ob dem betreibenden Gläubiger diesfalls trotzdem die Möglichkeit einer **einredeweisen Geltendmachung** verbleibt. Für eine solchermaßen konkurrierende Kompetenz zur Einrede spricht, dass auch der betreibende Gläubiger in eine Situation kommen könnte, in der er sich im Wege der Anfechtung „verteidigen“ muss.

Eine weitere Regelung wäre für den Fall erforderlich, dass der **Anfechtungsanspruch vom betreibenden Gläubiger im Zeitpunkt der Verwalterbestellung bereits anhängig gemacht wurde** (vgl § 37 Abs 2 IO). Es wäre diesfalls wohl ein gesetzlicher Parteiwechsel anzudenken, der zumindest im Ergebnis freilich ebenfalls von der Zustimmung des betreibenden Gläubiger abhängen sollte.

Das geringste Problem wäre schließlich, dass im Falle der Zuerkennung einer Befugnis des Verwalters zur Geltendmachung von Anfechtungsansprüchen noch eine **sprachliche Anpassung von § 37 IO** erforderlich wäre.

All diese Probleme nähren freilich die Zweifel daran, ob eine Anfechtungsbefugnis des Verwalters wirklich der ausschließlichen **Kompetenz des betreibenden Gläubigers zur Durchsetzung von Einzelanfechtungsansprüchen wirklich vorzuziehen wäre**. Entscheidet man sich gegen eine Anfechtungsbefugnis des Verwalters, wäre lediglich der Satzteil „*sowie die Durchsetzung von Anfechtungsansprüchen*“ in § 20 Abs 1 EO zu streichen.

Da die Entscheidung hierüber eindeutig noch vertiefter Reflexion bedarf, wird von **einem konkreten Regelungsvorschlag abgesehen**.

X. Zu Art 3

A. *Zum geplanten § 184a IO*

Verhältnis der Anordnung der Nichtbestellung eines Insolvenzverwalters zu § 186 Abs 2 IO

Wenn in § 184a letztere S IO idF ME geregelt wird, dass ein Insolvenzverwalter bei offenkundiger Zahlungsunfähigkeit „*nur*“ zu bestellen ist, wenn ein Kostenvorschuss erlegt wird, so stellt sich die **bislang im ME nicht gelöste Frage**, ob dies auch in jenen Fällen gilt, in denen einem Schuldner nach § 186 Abs 2 IO die Eigenverwaltung zu entziehen ist. Möglicherweise geht der ME davon aus, dass die in § 186 Abs 2 IO genannten Gefahren bei offenkundiger Zahlungsfähigkeit ohnehin nicht bestehen. Für den bislang in § 186 IO nicht erwähnten, aber zukünftig zu regelnden Fall (dazu sogleich unten X.C.) der Notwendigkeit der **Bestellung eines Insolvenzverwalters zur**

asso. Prof. MMag. Dr. MARTIN TRENKER
UNIVERSITÄT INNSBRUCK
RECHTSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT
INSTITUT FÜR ZIVILGERICHTLICHES VERFAHREN

Innrain 52, A-6020 Innsbruck
martin.trenker@uibk.ac.at
Tel.: +43 / 512 507 80445

Verfolgung aussichtsreicher Anfechtungsansprüche sollte § 184a letzter S IO der Bestellung eines Verwalters jedenfalls keinesfalls entgegenstehen.

Regelungsvorschlag

Das Verhältnis von § 184a letzter S IO zu § 186 IO bedarf mE noch näherer Überlegungen, weshalb von **einem konkreten Regelungsvorschlag abgesehen wird.**

B. Zum geplanten § 184b IO

Keine Notwendigkeit für ein „Gesamtvollstreckungsverfahren“ als eigenem Verfahrenstyp

Nachdrücklich zu hinterfragen sind die Sinnhaftigkeit sowie die Ausgestaltung des in § 184b IO idF ME ganz beiläufig eingeführten neue „**Gesamtvollstreckungsverfahrens**“.

Offenbar verbirgt sich hinter dem Gesamtvollstreckungsverfahren nichts anderes als eine (weitere) **spezielle Bezeichnung für ein Konkursverfahren** von natürlichen Personen. Es handelt sich also um einen Unterfall des Konkursverfahrens. Ein echter Unterfall zu einem Schuldenregulierungsverfahren, wie die Materialien zum ME meinen (77/ME XXVII. GP 64), kann das Gesamtvollstreckungsverfahren hingegen schwerlich sein, wenn sein Anwendungsbereich gerade durch die Abgrenzung zum Schuldenregulierungsverfahren definiert wird: Um ein Schuldenregulierungsverfahren und kein Gesamtvollstreckungsverfahren soll es sich nach dem ME eben erst handeln, sobald der Schuldner eine Maßnahme zur Restschuldbefreiung (Sanierungsplan, Zahlungsplan, Abschöpfungsverfahren) beantragt hat (§ 184b Abs 2 IO idF ME). Problematisch an dieser Abgrenzung ist freilich zudem, dass § 184b IO idF ME nach seiner jetzigen Textierung für sämtliche natürlichen Personen, also auch für Unternehmer gelten müsste (arg: § 181 IO). Das wäre zwar sachgerecht, jedoch gibt es das Schuldenregulierungsverfahren, welches das Gesamtvollstreckungsverfahren ablösen soll, nur für Nichtunternehmer (§ 182 Abs 1 IO). Es stellt sich daher die Frage, was mit einem „Gesamtvollstreckungsverfahren“ über das Vermögen eines Unternehmers geschieht, sobald dieser einen Antrag auf Annahme eines Sanierungs-, Zahlungsplans oder auf Einleitung eines Abschöpfungsverfahrens gestellt hat. Das zeigt, dass die „**Feinabstimmung**“ bei der Integration dieses neuen Verfahrenstyps in das Verfahrensgebäude der IO jedenfalls noch zu verbessern wäre.

Abgesehen davon ist eine **Notwendigkeit für ein solches „Gesamtvollstreckungsverfahren“** aber ohnehin **nicht ersichtlich**. Der eigentliche Sinn der Neueinführung dieses Gesamtvollstreckungsverfahrens besteht offenbar nur darin,

asso. Prof. MMag. Dr. MARTIN TRENKER
UNIVERSITÄT INNSBRUCK
RECHTSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT
INSTITUT FÜR ZIVILGERICHTLICHES VERFAHREN

Innrain 52, A-6020 Innsbruck
martin.trenker@uibk.ac.at
Tel.: +43 / 512 507 80445

einen „Rahmen“ für folgende zwei Regelungen zu etablieren: Erstens soll dem Schuldner zu einem gewissen Grad der Erhalt seiner Wohnung zu garantiert bleiben (§ 184b Abs 1 IO), zweitens sollen „Neugläubiger“ aus Rechtshandlungen des Schuldners zwischen der Insolvenzeröffnung und der Beantragung einer Maßnahme zur Restschuldbefreiung weitgehend in das Insolvenzverfahren miteinbezogen werden (§ 184b Abs 3 IO) und damit auch von einer allfälligen Restschuldbefreiung erfasst werden (77/ME XXVII. GP 64). Sonstige Besonderheiten sind nicht ersichtlich, weil die **übrigen Neuerungen in §§ 187a und 189 IO idF ME** einerseits nach ihrer systematischen Stellung **generell** für alle **Insolvenzverfahren natürlicher Personen** gelten, andererseits grundsätzlich **sämtliche Regeln des Konkursverfahrens auch im Gesamtvollstreckungsverfahren** anwendbar blieben.

Reduzieren sich die Besonderheiten des Gesamtvollstreckungsverfahrens aber auf die beiden angesprochenen und in der Sache sehr sinnvollen Regelungsinhalte in § 184b Abs 1 und 3 IO, rechtfertigt dies keinesfalls die Einführung eines neuen Verfahrenstyps in Form des „Gesamtvollstreckungsverfahrens“. Der „Dschungel“ des insolvenzrechtlichen Verfahrensgebäudes ist ohnehin nur noch für Experten im Detail überschaubar, weshalb ihm **nicht ohne Not** und in legislatisch „versteckter“ Weise ein **weiterer Verfahrenstyp mit derart beschränkten Eigenheiten hinzugefügt** werden sollte.

Die **beiden intendierten sachlichen Änderungen** lassen sich vielmehr auch ohne die Installation eines Gesamtvollstreckungsverfahrens zwanglos in die bisherigen Vorschriften über die Insolvenz natürlicher Personen (§§ 181 ff IO) – es ist mE wie erwähnt kein Grund ersichtlich, diese Regeln lediglich auf das Schuldenregulierungsverfahren, also auf Nicht-Unternehmer, zu beschränken – integrieren. Wenn der ME den Antrag auf Annahme einer Restschuldbefreiungsmaßnahme als maßgebliche Zäsur ansieht, kann diese Absicht einfach durch die **flankierende Maßnahme** sichergestellt werden, dass die **Tatsache der Stellung eines derartigen Antrags** umgehend in der **Ediktsdatei veröffentlicht wird** (vgl. bisher § 145 Abs 2 IO). Es genügt dafür eine Anordnung in § 140 IO, die für Zahlungsplan und Abschöpfungsverfahren sinngemäß gilt (§ 193 Abs 1 S 2 IO). Zum **Schutz des dringenden Wohnbedürfnisses des Schuldners** vor einer Vertragsauflösung ist zudem aus inhaltlicher Sicht nicht ersichtlich, warum dieser Schutz dem Schuldner nur bei einem auf Antrag eines Gläubigers eingeleiteten Verfahren zukommen soll. Es ist daher auch in der Sache von Vorteil, die Anwendung dieser Regelung nicht in das Korsett eines neuen Verfahrenstyps zu zwingen, sondern sie auf **alle Insolvenzverfahren über das Vermögen natürlicher Personen zu erstrecken**.

asso. Prof. MMag. Dr. MARTIN TRENKER
UNIVERSITÄT INNSBRUCK
RECHTSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT
INSTITUT FÜR ZIVILGERICHTLICHES VERFAHREN

Innrain 52, A-6020 Innsbruck
martin.trenker@uibk.ac.at
Tel.: +43 / 512 507 80445

Schließlich seien noch Verbesserungsvorschläge zum Inhalt bzw der Formulierung des geplanten § 184b Abs 3 IO idF ME erlaubt:

Erstens ist die **Eingrenzung jener offenbar privilegierten Forderungen**, „zu deren Befriedigung der unpfändbare Freibetrag der beschränkt pfändbaren Forderungen bestimmt ist“, **mE unklar**. Wie ein Verpflichteter seinen unpfändbaren Freibetrag verwendet, muss grundsätzlich ihm selbst überlassen bleiben, sodass zwangsläufig unklar bleibt, welche Gläubiger unter diese Ausnahme fallen. Es bedarf daher entweder einer präziseren Eingrenzung dieser durch § 184b IO neu geschaffenen Gläubigergruppe oder es sollte diese Ausnahme gänzlich gestrichen werden. Ersteres ist freilich nicht nur legislatisch schwierig, sondern auch sachlich schwer zu rechtfertigen, weshalb überhaupt eine **Streichung dieser Ausnahme** angeregt wird. Zu bedenken ist nämlich, dass Gläubiger, zu deren Befriedigung das Existenzminimum typischerweise verwendet wird, erfahrungsgemäß ohnehin zumeist nur Zug-um-Zug leisten. Warum sie indes eine Privilegierung in Form einer Ausnahme von der Restschuldbefreiung erfahren sollen, wenn sie diese Sorgfalt trotz Insolvenzeröffnung vernachlässigen, ist wertungsmäßig schwer nachvollziehbar. Auch die in den Erläuterungen angesprochenen Gläubiger von „Wohnkosten“ können trotz § 184b Abs 1 IO idF ME bei Verzug nach Insolvenzeröffnung das Vertragsverhältnis zum Schuldner kündigen, womit deren Einbeziehung in den Kreis der Insolvenzgläubiger ebenso vertretbar erscheint.

Zweitens erfasst der Wortlaut in § 184b Abs 3 IO idF ME trotz des Partikels „auch“ **sämtliche Insolvenzgläubiger** und nicht nur jene, die ihre Forderungen nach Insolvenzeröffnung, aber vor der maßgeblichen Veröffentlichung erworben haben. Das hat zur Folge, dass die **Bezugnahme in § 184b Abs 3 letzter S IO idF ME** „Diese Insolvenzgläubiger“ **zu weit gefasst ist**. Denn sinnvollerweise sollen ja wohl nicht alle Gläubiger, die zur Zeit dieser Veröffentlichung vermögensrechtliche Ansprüche gegen den Schuldner haben, sondern nur „Neugläubiger“ gesondert zur Anmeldung ihrer Forderungen aufgefordert werden.

Drittens handelt es sich bei dieser Anmeldung wohl um eine **nachträgliche Anmeldung**, für die die **Regelung des § 107 Abs 2 S 2 IO** nicht sachgerecht erscheint. Auch das sollte klargestellt werden.

Regelungsvorschlag

Es wird daher vorgeschlagen, §§ 140, 184b sowie wie folgt zu fassen:

„§ 140. (1) [...]“

asso. Prof. MMag. Dr. MARTIN TRENKER
 UNIVERSITÄT INNSBRUCK
 RECHTSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT
 INSTITUT FÜR ZIVILGERICHTLICHES VERFAHREN

Innrain 52, A-6020 Innsbruck
martin.trenker@uibk.ac.at
 Tel.: +43 / 512 507 80445

(2) Die Tatsache der Antragstellung ist vom Insolvenzgericht unverzüglich öffentlich bekanntzumachen.

(3) [...]“

„§ 184b. (1) Vertragspartner des Schuldners **können** mit dem Schuldner geschlossene Verträge nach § 5 Abs. 4 und die zur Benutzung einer solchen Wohnung notwendigen Verträge, insbesondere zur Energieversorgung, nur aus wichtigem Grund auflösen, solange der Schuldner die während des Verfahrens anfallenden Entgelte leistet. § 25a Abs. 1 zweiter Satz und Abs. 2 **sind hierfür sinngemäß** anzuwenden.

(2) Stellt der Schuldner erst nach Insolvenzeröffnung einen Antrag auf Abschluss eines Sanierungsplans, eines Zahlungsplans oder auf Einleitung eines Abschöpfungsverfahrens, so sind Insolvenzgläubiger auch solche Gläubiger, denen vertragliche vermögensrechtliche Ansprüche, welche keine Masseforderungen sind, an den Schuldner zur Zeit der Veröffentlichung dieses Antrags zustehen, nicht jedoch die Zinsen für diese Forderungen. Solche Insolvenzgläubiger, die ihre Forderungen erst nach Insolvenzeröffnung, aber vor der Veröffentlichung dieses Antrags erworben haben, sind zur nachträglichen Anmeldung ihrer Forderungen aufzufordern. § 107 Abs. 2 S 2 gilt für solche Anmeldungen nicht.“

C. Zum geplanten § 189 IO bzw zum bisherigen § 186 IO

Aufhebung der Anfechtungsbefugnis einzelner Insolvenzgläubiger

Die Aufhebung des bisherigen Regelungsinhalts von § 189 IO ist zu begrüßen, weil – wie die Materialien hervorheben (77/ME XXVII. GP 65) – in der Praxis stets ein Insolvenzverwalter für eine Anfechtung bestellt wird (vgl *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 19.28). Um jeglichen Unklarheiten und Problemen vorzubeugen, sollte die **Notwendigkeit der Bestellung eines Insolvenzverwalters** zur Anfechtung nach §§ 27 - 43 IO und § 188 UGB (siehe *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 19.17) jedoch in **§ 186 IO** klargestellt werden. Selbstverständlich darf ein Verwalter diesfalls nur dann bestellt werden, wenn eine Geltendmachung von Anfechtungsansprüchen in Hinblick auf das Verhältnis des möglichen Ertrags zum prognostizierten Risiko im Interesse der Gläubiger liegt.

Regelungsvorschlag

Es wird daher vorgeschlagen, § 186 IO wie folgt zu fassen:

asso. Prof. MMag. Dr. MARTIN TRENKER
UNIVERSITÄT INNSBRUCK
RECHTSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT
INSTITUT FÜR ZIVILGERICHTLICHES VERFAHREN

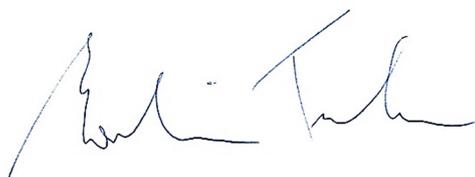
Innrain 52, A-6020 Innsbruck
martin.trenker@uibk.ac.at
Tel.: +43 / 512 507 80445

„§ 186. (1) [...]

(2) [...]

(3) Sofern eine Anfechtung von Rechtshandlungen nach §§ 27 bis 43 sowie § 188 UGB im Interesse der Gläubiger liegt, ist hierzu jedenfalls ein Insolvenzverwalter zu bestellen.“

Innsbruck, am 4.1.2021



asso. Prof. MMag. Dr. Martin Trenker