

## BEITRÄGE

Univ.-Prof. MMMag. Dr. Philipp Anzenberger • Innsbruck

# Kein Erlöschen entgeltlicher Optionen mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens

Anmerkungen zu OGH 17 Ob 14/22s<sup>1</sup>

» ZIK 2023/87

Das Schicksal von Optionen in der Insolvenz des Optionsverpflichteten ist im Schrifttum seit Langem umstritten,<sup>2</sup> die Rechtsprechung konnte dieses Problem bisher weitgehend umschiffen.<sup>3</sup> Die viel beachtete Entscheidung zu Aufgriffsrechten in Gesellschaftsverträgen (OGH 6 Ob 64/20k)<sup>4</sup> hat jüngst allerdings insofern für „Zündstoff“ gesorgt, als einige der dort angezogenen Argumente auch auf Optionsrechte im Allgemeinen übertragbar sind. In der hier besprochenen Entscheidung bekennt der 17. Senat nun unter ausführlicher Stellungnahme Farbe: Zumindest entgeltlich eingeräumte Optionen bleiben von der Eröffnung des Insolvenzverfahrens unberührt, sofern der Optionsberechtigte das Entgelt bereits geleistet hat.

### 1. Problemstellung

Ausgangspunkt der Entscheidung war die Insolvenz einer Gesellschaft, die mit der späteren Klägerin einen „Miet- und Kaufoptionsvertrag“ geschlossen hatte. Neben einem (wertgesicherten) monatlichen Mietzins wurde vereinbart, dass nach Ablauf von fünf Jahren ab Vertragsschluss die Kaufoption über die gemietete Liegenschaft zu einem Preis von 112.100 € ausgeübt werden könne, wobei sich dieser Preis jedes weitere Jahr sukzessive (bis zu einem Minimum von 8.800 € nach 24 Jahren) verringern sollte. Sofern das Optionsrecht nach Ablauf des 24. Jahres noch nicht in Anspruch genommen worden sei, war im Vertrag vorgesehen, dass die Option erlosche und stattdessen der monatliche Hauptmietzins auf 300 € herabgesetzt würde.

Zum Zeitpunkt der *Eröffnung des Insolvenzverfahrens* im Jahr 2018 (rund acht Jahre nach Vertragsabschluss) hatte die Klägerin ihr *Optionsrecht noch nicht ausgeübt*. Mit Schreiben an den Insolvenzverwalter erklärte sie im Jahr 2020 (also etwa zehn Jahre nach Vertragsabschluss), dass sie dieses nun in Anspruch nehmen und die Liegenschaft für 94.000 € kaufen wolle; der Insolvenzverwalter teilte der Klägerin mit, dass seines Erachtens ein Fall des § 26 Abs 3 IO (und nicht des § 21 IO) vorliege und die Option damit erloschen sei. In weiterer Folge entschloss sich die Klägerin, die Liegenschaft gemeinsam mit ihrem Sohn im Rahmen der freihändigen Verwertung zu einem Preis von 327.000 € zu kaufen und den Differenzbetrag (samt einigen Nebenforderungen) als Insolvenzforderung anzumelden (insgesamt rund 322.000 €). Die nach Bestreitung der Forderung in der Prüfungstagsatzung erhobene *Prüfungsklage* wurde in erster Instanz *abgewiesen*, weil die Ausübung des Optionsrechts nach Ansicht des Erstgerichts durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens unmöglich geworden sei. Das *Berufungsgericht bestätigte* das erstinstanzliche Urteil und ergänzte, dass auch im Fall der theoretischen Subsumierbarkeit unter § 21 IO für die Klägerin nichts gewonnen sei, zumal das Entgelt für die Option iHv 70.000 € bereits bezahlt worden war, sodass eine vollständige Erfüllung vorliege. Ein Schadenersatzanspruch nach § 21 IO scheidet daher ohnehin aus.

1 OGH 24. 11. 2022, 17 Ob 14/22s; in diesem Heft der ZIK 2023/108, 110.

2 Für ein Erlöschen nach § 26 Abs 3 IO etwa Duursma-Kepplinger/Duursma, Gesellschaftsvertragliche Aufgriffs- und Andienungsrechte im Konkursfall, in Buchegger (Hrsg), Beiträge zum Zivilprozeßrecht VI (2002) 175 (186 f); Nitsche, Insolvenzvorsorge in Gesellschaftsverträgen, in FS Jelinek (2002) 187 (195); Weber-Wilfert/Widhalm-Budak in Konecny/Schubert (Hrsg), Kommentar zu den Insolvenzgesetzen (2004) § 26 KO Rz 73; Widhalm-Budak in Konecny (Hrsg), Kommentar zu den Insolvenzgesetzen (2017) § 21 IO Rz 58; dagegen etwa Kletečka, Aufgriffsrechte, Optionsrechte und Anbote im Konkurs, in Konecny (Hrsg), Insolvenz-Forum 2008 (2009) 17 (21 f) = GesRZ 2009, 82 (84); in Bezug auf Optionen in „vielschichtigen Verträgen“ Trenker, GmbH-Geschäftsanteile in Exekution und Insolvenz, JBl 2012, 281 (287); dem folgend Schopper/Skarics in Apathy/Iro/Kozioł (Hrsg), Österreichisches Bankvertragsrecht VII<sup>2</sup> (2014) Rz 1/416.

3 Eine der wenigen auf dieses Problem Bezug nehmenden Entscheidungen (OGH 8 Ob 4/92) ist in ihrem Wortlaut nicht ganz eindeutig: „Es ist nämlich nicht entscheidungswesentlich, ob es sich bei dem ‚unwiderruflichen Kaufanbot‘ der Gemeinschuldnerin um eine gewöhnliche, jedenfalls § 26 Abs 3 KO zu unterstellende Kaufoption des Klägers, einen Optionsvertrag oder gar einen Kauf mit Vorbehalt des Rückverkaufs [...] handelt“; vgl dazu auch Kletečka in Konecny, Insolvenz-Forum 2008, 17 (19 f) = GesRZ 2009, 82 (83 f).

4 AnwBl 2021, 70 (Ciresa) = GES 2020, 431 = GesRZ 2021, 43 (Rüffler) = NZ 2021, 36 (Brugger) = ÖBA 2021, 107 (Seekirchner); dazu auch Hartlieb/Simonishvili/Zollner, Aufgriffsrechte und Gesellschafterinsolvenz, eocolex 2021, 129 (129 ff); Rastegar, OGH: Langersehnte Klärung zu insolvenzbezogenen Aufgriffsklauseln, ÖJZ 2021, 205 (205 ff); Wilfinger, Aufgriffsrechte für die Gesellschafterinsolvenz, ZIK 2020, 215 (215 ff).



## 2. OGH 17 Ob 14/22s

Dieser Sichtweise trat der 17. Senat nun unter ausführlicher Stellungnahme entgegen: § 26 Abs 3 IO beziehe sich auf „Anträge des Schuldners“, also „Versprechen“ (= Offerten, Angebote) iSd § 862 ABGB. Während ein Angebot allerdings das *auf Gesetz beruhende* Recht des Adressaten begründe, durch Annahme einen Vertrag entstehen zu lassen, sei die Option das *vertraglich begründete Gestaltungsrecht*, ein inhaltlich bereits festgesetztes Schuldverhältnis durch einseitige Erklärung in Gang zu setzen. Für die Anwendung des § 26 Abs 3 IO auf Optionen bedürfe es daher eines Analogieschlusses, wofür es im Anlassfall aber an der hinreichenden „Ähnlichkeit“ der Fälle iSd § 7 ABGB fehle: Denn anders als im unmittelbaren Anwendungsbereich des § 26 Abs 3 IO bedeute das Erlöschen einer Option einen *Eingriff in eine bereits vertraglich abgesicherte Rechtsposition*, die im Übrigen – nachdem das Entgelt hierfür bereits entrichtet wurde – sogar beidseitig erfüllt sei (sodass ein Erlöschen einen Wertungswiderspruch zu § 21 IO darstelle). Außerdem würde das Erlöschen von Optionen, die im Rahmen eines Gesamtpakets vereinbart wurden, dem Insolvenzverwalter die *unerwünschte Möglichkeit eines „Rosinenpickens“* eröffnen. Durch das „Hinausschießen“ des Optionsrechts *qua* § 26 Abs 3 IO wäre der vormals Optionsberechtigte nämlich uU an einen Vertrag gebunden, den er ohne die Option auf diese Weise nie abgeschlossen hätte.

In weiterer Folge führte der 17. Senat aus, dass eine *„gespaltene Behandlung“* von *Mietverhältnis und Kaufoption* vorzunehmen sei: Während auf die Gebrauchüberlassung § 24 IO anzuwenden sei, müsse für die Kaufoption § 21 IO maßgeblich sein, die – nachdem hinsichtlich der Option der Vertrag bereits voll erfüllt war – *e contrario* § 21 Abs 1 IO weiterhin aufrechtbleibe. Sobald die Option allerdings ausgeübt werde, könne der Insolvenzverwalter in *analoger Anwendung des § 21 IO* vom nunmehr in Geltung gesetzten Kaufvertrag zurücktreten. Dass der Vertrag hier ausnahmsweise erst nach Verfahrenseröffnung entstanden sei, könne wertungsmäßig keinen Unterschied machen, weil auch hier beidseitig noch nicht vollständig erfüllt sei und auch hier der Vertrag nicht auf einem Willensentschluss des Insolvenzverwalters beruhe.

Im konkreten Fall sei der *Kaufvertrag* über die Liegenschaft daher *durch Ausübung der Option* mit einem Kaufpreis von 94.000 € *zustande gekommen*. Auf die Unterlassung der Ausübung des Wahlrechts durch den Insolvenzverwalter hätte die Klägerin mit einem Fristsetzungsantrag nach § 21 Abs 2 IO reagieren können, ein solcher Antrag wäre ab Verwertung der Liegenschaft allerdings sinnwidrig gewesen. Aufgrund des konkret festgestellten Verhaltens des Insolvenzverwalters (nämlich der Einnahme des Rechtsstandpunkts, dass § 21 IO nicht anwendbar sei) ging der 17. Senat davon aus, dass der Vertrag jedenfalls aufgrund der Nichtäußerung des Insolvenzverwalters (§ 21 Abs 2 letzter S IO) oder aufgrund einer Rücktrittserklärung aufgelöst worden wäre. Daher sei im Ergebnis eine *Schadenersatzpflicht nach § 21 IO* zu bejahen.

## 3. Stellungnahme

### 3.1. Optionen in der Insolvenz

In Bezug auf das *Schicksal von Optionen* in der Insolvenz des Optionsverpflichteten (§ 26 Abs 3 IO: „Anträge des Schuldners“) bringt die vorliegende Entscheidung in einigen Punkten lang ersehnte Klarheit. Die Rampe für ein solches Ergebnis wurde freilich in der schon angesprochenen Entscheidung OGH 6 Ob 64/20k gelegt: Denn wenn die Anwendbarkeit von § 26 Abs 3 IO auf gesellschaftsvertragliche Aufgriffsrechte deswegen abzulehnen ist, weil auf diese Weise einzelne, allerdings in einem Gesamtpaket vereinbarte Rechte und Pflichten vernichtet und dadurch der ursprüngliche Wille der (Gesellschafts-)Vertragsparteien verzerrt oder gar konterkariert würde (Stichwort: „Rosinenpickens“),<sup>5</sup> so liegt dies wohl auch für andere in einem „Bündel“ vereinbarte, vergleichbare Rechte – etwa ein Vorkaufsrecht oder eben eine Option – nahe.

Das *Ergebnis* wirkt für diese Konstellation *sachgerecht*. Es gibt nämlich *prima vista* eigentlich nur zwei Möglichkeiten: Entweder man unterstellt Optionsrechte dem Regime des § 26 Abs 3 IO, wodurch sie mit Verfahrenseröffnung *ipso iure* erlöschen würden,<sup>6</sup> oder man subsumiert Optionsverträge unter § 21 IO und räumt dem Insolvenzverwalter das Wahlrecht ein, den Vertrag aufrechtzuerhalten oder von ihm zurückzutreten.<sup>7</sup> Der Optionsberechtigte erwirbt durch die zweite Sichtweise im Fall des Rücktritts zumindest einen Schadenersatzanspruch nach § 21 Abs 2 S 3 IO, den er (wenigstens) als Insolvenzforderung geltend machen kann. Im Licht des Grundsatzes der Privatautonomie – tatsächlich wäre der gegenständliche Miet- und Kaufoptionsvertrag ohne die Kaufoption wohl nie in dieser Form geschlossen worden – werden über die zweite Variante wohl in den meisten Fällen stimmigere Ergebnisse zu erzielen sein.

Bei genauerer Betrachtung gehen die Probleme aber doch etwas tiefer: Nur auf den ersten Blick etwas scharf gezeichnet ist die *Grenzziehung zwischen einem gesetzlich (Angebot) und einem vertraglich (Option) begründeten (Gestaltungs-)Recht*, einen Vertrag zum Entstehen zu bringen bzw in Geltung zu setzen. Ob aus dieser Unterscheidung hier wertungsmäßig tatsächlich etwas gewonnen werden kann, ließe sich zwar durchaus hinterfragen. Diese Überlegung führt aber am Kern der Frage vorbei, weil dasselbe Ergebnis (nämlich die Nichtanwendbarkeit von § 26 Abs 3 IO auf Optionsrechte) auch unter der Annahme, dass Optionen dem Wortlaut des § 26 Abs 3 IO unterfallen würden, erzielt werden könnte (dann eben nicht mit

<sup>5</sup> So eines der Hauptargumente in OGH 6 Ob 64/20k.

<sup>6</sup> Zu dieser Rechtsfolge im Allgemeinen *Bollenberger/P. Bydlinski in Koziol/Bydlinski/Bollenberger* (Hrsg), *Kurzkommentar zum ABGB*<sup>6</sup> (2020) § 862 Rz 2; *Gamerith in Bartsch/Pollak/Buchegger* (Hrsg), *Österreichisches Insolvenzrecht I*<sup>4</sup> (2000) § 26 KO Rz 22; *Weber-Wilfert/Widhalm-Budak in Konecny/Schubert*, *Kommentar* § 26 KO Rz 75.

<sup>7</sup> Zu dieser Rechtsfolge im Allgemeinen *Perner in Koller/Lovrek/Spitzer* (Hrsg), *IO*<sup>2</sup> (2023) § 21 Rz 23; *Widhalm-Budak in Konecny*, *Kommentar* § 21 IO Rz 222.

Analogieschluss, sondern über eine teleologische Reduktion). Zu klären ist vielmehr, wie der *gesetzgeberische Regelungsplan*, der hinter den mittlerweile etwas in die Jahre gekommenen Bestimmungen der §§ 21 ff IO steht, *mit modernen zivilrechtlichen Konstruktionen in Einklang* gebracht werden kann. Hintergrund des automatischen Erlöschens von Anträgen nach § 26 Abs 3 IO ist der *Schutz der Masse vor nachteiligen Angeboten des Insolvenzschuldners* vor Verfahrenseröffnung<sup>8</sup> (danach abgegebene massebezogene Angebote des Schuldners sind ohnehin nach § 3 Abs 1 IO relativ unwirksam).<sup>9</sup> Dem steht allerdings ein *erhöhtes Schutzbedürfnis* des „Angebotsadressaten“ entgegen, wenn das „Angebot“ (hier: in Gestalt einer Option) *entgeltlich abgegeben* wurde. Hierzu kommt bei in einem „Gesamtpaket“ an Rechten und Verbindlichkeiten eingeräumten Optionsrechten das *überzeugende „Rosinenpicken“-Argument*: Denn hier wird es häufig Situationen geben, in denen eine insolvenzrechtlich *getrennte Behandlung* einzelner Vertragsbestandteile eine so *substantielle Beeinträchtigung des angestrebten Synallagmas* darstellt, dass sie dem nicht insolventen Vertragspartner unzumutbar ist. Es ist daher bei in einem Gesamtpaket vereinbarten, entgeltlichen Optionsrechten *überzeugend, nicht das Optionsrecht unter § 26 Abs 3 IO zu subsumieren, sondern stattdessen das Vertragsverhältnis als solches nach den Bestimmungen der §§ 21 ff IO zu behandeln*. Die Masse ist zwar gerade innerhalb des Regimes des § 21 IO weiter durch die Rücktrittsmöglichkeit nach § 21 Abs 1 IO geschützt, dies allerdings um den Preis eines (als Insolvenzforderung geltend zu machenden) Schadenersatzanspruchs nach § 21 Abs 2 IO. Damit dürften zumindest bei entgeltlich eingeräumten Optionen in den meisten Fällen sachgerechte Lösungen erzielt werden können.

Für *andere* (in der Entscheidung auch explizit genannte) *Fallkonstellationen* bedarf es aber einer *weiteren Feinjustierung*: So sind *unentgeltlich eingeräumte Optionen* nämlich aufgrund der Beschränkung des § 21 IO auf synallagmatische Verträge<sup>10</sup> zumindest *prima facie* wohl nicht unter diese Bestimmung subsumierbar; umgekehrt ist bei *entgeltlichen, aber noch nicht bezahlten Optionen* zu klären, wann von einer zumindest einseitigen Vertragserfüllung auszugehen ist. Ganz generell wird zudem darüber nachzudenken sein, wann eine gesonderte Behandlung von Optionsrechten angezeigt ist und wann von einem „Gesamtpaket“ die Rede sein kann (zumal das „Rosinenpicken“-Argument ja nur in dieser Konstellation verfängt). Und schließlich könnte gefragt werden, was mit *Optionsrechten* passiert, die *während des Insolvenzverfahrens nicht ausgeübt* werden. In einem Liquidationskonkurs mag das wenig problematisch sein; sofern sich der Schuldner aber sanieren möchte, könnte die (nach Verfahrensaufhebung) „drohende“ Optionsausübung uU wichtige Massebestandteile binden und

im schlimmsten Fall sogar aussichtsreiche Sanierungen zum Scheitern bringen. Dass die vorliegende Entscheidung den Anwendungsbereich des § 26 Abs 3 IO nicht unerheblich eingrenzt, ist für *entgeltlich eingeräumte Optionen zu befürworten*. ME sollte in diesem Zusammenhang der *Gesetzgeber darüber nachdenken*, ob und inwieweit er die mittlerweile doch etwas antiquierten Bestimmungen der §§ 21 ff IO (und dabei wohl insb § 26 IO) überdenken und *an moderne Lebenssachverhalte und rechtliche Konstruktionen* anpassen möchte. Dass es hier einen gewissen Nachholbedarf gibt, zeigt nicht nur die Anlassentscheidung, sondern etwa auch ein Blick auf die deutlich jüngeren und umfassenderen §§ 103–128 dInsO.

### 3.2. Aufspaltung des Schicksals der Vertragsteile

Im Anschluss an seine Ausführungen zum insolvenzrechtlichen Schicksal von Optionen löst der 17. Senat den Fall über eine *Trennung des Vertragsverhältnisses in „Bestandvertragsteil“ und „Optionsteil“* und eine Subsumtion der jeweiligen Vertragsteile unter § 24 IO bzw § 21 IO. Das ist in mehrerlei Hinsicht bemerkenswert: *Erstens* lautete der *bisherige Konsens* in Rechtsprechung und Lehre zur Frage der Zuordnung von Verträgen an der Grenze zwischen § 21 IO und §§ 23 und 24 IO (insb bei Finanzierungsleasingverträgen), dass grds die Regeln für Bestandverträge anwendbar seien, soweit es nicht eine *Pflicht zum Kauf* gebe oder die *Nichtausübung der Kaufoption wirtschaftlich nicht sinnvoll* sei.<sup>11</sup> Diese Abgrenzung wurde in der Entscheidung allerdings gar nicht thematisiert, obwohl man angesichts der Ausgestaltung der Option (zumindest ab einem gewissen Zeitpunkt) wenigstens andedenken könnte, ihre Nichtausübung als „wirtschaftlich nicht sinnvoll“ zu qualifizieren. Stattdessen berief sich der 17. Senat darauf, dass eine Subsumtion unter § 21 IO beim Mietkauf dem Insolvenzverwalter des „Mietverkäufers“ die Möglichkeit geben würde, (auch) das Mietverhältnis ohne Weiteres zu beenden, was mit „*dem notwendigen Mieterschutz in Konflikt*“ stünde. Diesem Argument kann schwer widersprochen werden, die Entscheidung wirft aber auch in diesem Punkt neue Abgrenzungsfragen auf, weil (anders als bisher) nicht auf die Notwendigkeit oder wirtschaftliche Sinnhaftigkeit der Optionsausübung, sondern auf (nachvollziehbare) Aspekte des Mieterschutzes abgestellt wurde.

Interessant ist aber vor allem ein *zweiter Aspekt*: Die vom OGH vorgenommene „gespaltene Behandlung“ führte im Anlassfall zu kohärenten Ergebnissen, weil aufgrund der Anwendbarkeit des § 24 IO der „Mietvertragsteil“ ohnehin *eo ipso* fortgesetzt wurde<sup>12</sup> und die Option – zu dieser Lösung gelangte der

<sup>8</sup> Perner in Koller/Lovrek/Spitzer, IO<sup>2</sup> § 26 Rz 16.

<sup>9</sup> Weber-Wilfert/Widhalm-Budak in Konecny/Schubert, Kommentar § 26 KO Rz 75.

<sup>10</sup> Vgl Gamerith in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I<sup>4</sup> § 21 KO Rz 3 (vgl allerdings Rz 27); Perner in Koller/Lovrek/Spitzer, IO<sup>2</sup> § 21 Rz 9; Widhalm-Budak in Konecny, Kommentar § 21 IO Rz 33.

<sup>11</sup> OGH 3 Ob 532/95; Iro, Der Leasingvertrag im Konkurs des Leasingnehmers, RdW 1993, 177 (178); Riss in Koller/Lovrek/Spitzer, IO<sup>2</sup> § 23 Rz 6; Widhalm-Budak in Konecny, Kommentar § 21 IO Rz 58; differenzierend, aber in diesem Punkt zustimmend Schopper/Skarics in Apathy/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht VII<sup>2</sup> Rz 1/408 f sowie 413.

<sup>12</sup> Dazu Gamerith in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I<sup>4</sup> § 24 KO Rz 1; Oberhammer in Konecny/Schubert (Hrsg), Kommentar zu den Insolvenzgesetzen (2002) § 24 KO Rz 1; Riss in Koller/Lovrek/Spitzer, IO<sup>2</sup> § 24 Rz 1.



17. Senat ja zuvor – ebenfalls aufrechtblieb. In Wahrheit muss eine solche „gespaltene Behandlung“ aber die Ausnahme bilden, zumal auf diese Weise ja das vom OGH angezogene „Rosinenpicken“-Argument völlig konterkariert wird. Dies zeigt etwa ein Blick auf die (*hypothetische*) *Insolvenz der Mietkäuferin*: Legte man auch hier eine „getrennte Betrachtung“ an, so wäre der „Optionsteil“ wiederum nach § 21 IO zu behandeln, der „Bestandvertragsteil“ hingegen nach § 23 IO, sodass dem Insolvenzverwalter diesbezüglich nun für beide Vertragsteile ein getrenntes Kündigungsrecht zukäme. Dass in dieser Konstellation eine Kündigung nach § 23 IO das Optionsrecht unberührt lassen kann, darf insb im Licht des „Rosinenpicken“-Arguments stark bezweifelt werden. Vielmehr muss – wie von *Widhalm-Budak* dargelegt<sup>13</sup> – die *Grundregel* lauten, dass die *Option das Schicksal des Hauptvertrags teilt*, sofern sie einen untrennbaren Bestandteil des Vertrags darstellt. Davon mag man – wie von *Oberhammer* zu § 24 IO gefordert<sup>14</sup> – im Einzelfall Ausnahmen machen, sofern teleologische Erwägungen dies erfordern. Im Anlassfall hätte man die Option dementsprechend durchaus als Teil des unter § 24 IO zu subsumierenden Gesamtvertrags sehen und daher aufgrund dieser Vorschrift (und nicht aufgrund einer Subsumtion unter § 21 IO) als aufrecht erachten können. Am Ergebnis (nämlich, dass das Optionsrecht zunächst die Eröffnung des Insolvenzverfahrens „überlebt“, der durch seine Ausübung entstandene Vertrag aber in weiterer Folge nach § 21 IO zu behandeln wäre) ändert dies freilich nichts.

### 3.3. Hypothetischer Rücktritt und Schadenersatzanspruch nach § 21 IO?

Schlussendlich bejaht der OGH im Ergebnis eine Schadenersatzpflicht nach § 21 IO: Zwar sei der Vertrag mangels Rücktritts nach § 21 Abs 1 IO bzw ungenutzter Erklärungsfrist nach § 21 Abs 2 IO weiterhin schwebend aufrechtgeblieben. Ab Verwertung der Liegenschaft durch den Insolvenzverwalter wäre ein Fristsetzungsantrag nach § 21 Abs 2 IO aber geradezu sinnwidrig. Es sei nämlich davon auszugehen, dass der Insolvenzverwalter im Fall der Fristsetzung weiterhin auf die Anwendbarkeit des § 26 Abs 3 IO gepocht (und daher eine Äußerung unterlassen) oder allenfalls seinen Rücktritt erklärt hätte. Auf eine hypothetische Erfüllungswahl könne er sich wegen des Verbots des *venire contra factum proprium* nicht berufen.

In diesem Punkt ist den Ausführungen des 17. Senats zu *widersprechen*: Wenn der Insolvenzverwalter eine massezugehörige Sache, die Gegenstand eines nach § 21 IO im Schwebezustand befindlichen Vertrags ist, an einen Dritten verkauft und übergibt, dann liegt zivilrechtlich ein *Doppelverkauf* vor. Ein solcher lässt nach ganz einhelliger Auffassung das ursprüngliche

*Schuldverhältnis* aber *grds<sup>15</sup> unberührt<sup>16</sup>*. Das bedeutet, dass der durch Ausübung der Kaufoption entstandene Kaufvertrag weiterhin (schwebend) aufrecht ist, zumal gerade kein Rücktritt des Insolvenzverwalters nach § 21 Abs 1 IO (oder per Fiktion des Abs 2) erfolgt ist. Damit kann aber – entgegen den Ausführungen in Rz 53 f – *kein Schadenersatzanspruch nach § 21 IO entstehen*, weil ein solcher die Vernichtung des Vertragsverhältnisses durch Rücktritt voraussetzt.<sup>17</sup> Die Lösung mag im Anlassfall zwar billig wirken (weil die Klage andernfalls, zumindest soweit sie sich auf den Schadenersatzanspruch nach § 21 Abs 2 IO bezieht, abzuweisen gewesen wäre), das Ergebnis ist aber nicht verallgemeinerungsfähig: Wenn der OGH nämlich festhält, dass ein Fristsetzungsantrag nicht notwendig (weil „geradezu sinnwidrig“) ist, und im Ergebnis das Bestehen eines Schadenersatzanspruchs nach § 21 Abs 2 IO annimmt, so sagt er damit *de facto*, dass die *Veräußerung* einer unvertretbaren Sache aus der Masse, die Gegenstand eines nach § 21 IO schwebenden Vertrags ist, ebenfalls *zu einer Vertragsbeendigung nach § 21 IO* führt. Dafür gibt es allerdings *keine gesetzliche Grundlage*, und eine solche Sichtweise wäre auch *aus Rechtssicherheits Erwägungen* zugunsten des Vertragspartners *abzulehnen* (vielmehr ist das Rücktrittsrecht weiterhin durch empfangsbedürftige Willenserklärung auszuüben).<sup>18</sup>

Auch der Umstand, dass der zweite Kaufvertrag (ua) *mit der Käuferin des Erstvertrags selbst* geschlossen wurde, kann an der Klassifikation als Doppelverkauf schuldrechtlich wohl *nichts ändern*. Dass hier etwa ein konkludenter Rücktritt des Insolvenzverwalters erfolgt sein könnte, schließt bereits der OGH selbst (in Rz 52) aus. Aber selbst wenn man in diesem zweiten Vertragsabschluss (auch) eine Novation, einen Vergleich oder Ähnliches erblicken wollte (wofür es im Anlassfall freilich am notwendigen Parteiwillen gefehlt haben dürfte), gelangt man dadurch nicht zum Entstehen eines Schadenersatzanspruchs nach § 21 IO: Denn selbst wenn das ursprüngliche (durch Optionsausübung begründete) Vertragsverhältnis durch den neuen Vertrag zum Erlöschen gebracht worden wäre (wie bei der Novation)<sup>19</sup> oder

<sup>15</sup> Ob und inwieweit ab Übergabe der Sache an einen der Käufer eine nachträgliche Unmöglichkeit vorliegt, wird im *Schrifttum* diskutiert, muss aber hier nicht weiter vertieft werden (vgl *Aicher* in *Rummel/Lukas* [Hrsg], Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch<sup>4</sup> [2017] § 1053 Rz 10 ff; *P. Bydlinski* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, Kurzkommentar<sup>6</sup> § 918 ABGB Rz 4; *Schwartz* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch* [Hrsg], Klang-Kommentar<sup>3</sup> [2019] § 1053 ABGB Rz 24); die *Rechtsprechung* verneint eine nachträgliche Unmöglichkeit, sofern die Möglichkeit der Wiederbeschaffung gegeben und zumutbar ist (OGH 3 Ob 544/57; 7 Ob 152/18f; RIS-Justiz RS0011215).

<sup>16</sup> Vgl etwa *Schwartz* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang-Kommentar<sup>3</sup> § 1053 ABGB Rz 22 ff; *Spitzer/Told* in *Schwimmann/Kodek* (Hrsg), ABGB Praxiskommentar VI<sup>5</sup> (2021) § 1053 Rz 5; *Verschraegen* in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON – Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch<sup>1.08</sup> (ab 2010) § 1053 Rz 20.

<sup>17</sup> Zum Umstand, dass der Schadenersatzanspruch Rechtsfolge des Rücktritts ist, s statt vieler *Perner* in *Koller/Lovrek/Spitzer*, IO<sup>2</sup> § 21 Rz 47; *Widhalm-Budak* in *Konecny*, Kommentar § 21 IO Rz 322.

<sup>18</sup> So bisher OGH 2 Ob 27/13d; 6 Ob 208/13a; RIS-Justiz RS0128887.

<sup>19</sup> Etwa *Heidinger* in *Schwimmann/Kodek* (Hrsg), ABGB Praxiskommentar VI<sup>4</sup> (2016) § 1376 Rz 1; *Kajaba* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.04</sup> § 1376 Rz 1; *Kogler*, Vergleich und Anerkenntnis (2021) 41 ff; *Thöni* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch* (Hrsg), Klang-Kommentar<sup>3</sup> (2011) § 1376 ABGB Rz 1 f.

<sup>13</sup> *Widhalm-Budak* in *Konecny*, Kommentar § 21 IO Rz 113.

<sup>14</sup> *Oberhammer* in *Konecny/Schubert*, Kommentar § 24 KO Rz 4.

in modifizierter Form aufrechtgeblieben wäre (wie dies nach A beim Vergleich der Fall sein kann),<sup>20</sup> wäre dennoch in keinem Fall ein Vertragsrücktritt durch den Insolvenzverwalter erfolgt (bei einer Novation wäre der Vertrag aus einem anderen Rechtsgrund beendet, beim Vergleich wäre er überhaupt – nur in anderem Kleid – noch aufrecht). Für einen *Schadenersatzanspruch nach § 21 IO* bliebe daher selbst unter Zugrundelegung solcher Annahmen *kein Raum*. Vielmehr befand (und befindet) sich der durch Optionsausübung in Geltung gesetzte Kaufvertrag bis zur Ausübung des Wahlrechts oder der Aufhebung des Insolvenzverfahrens<sup>21</sup> weiterhin (aufrecht) in einem Schwebestand.

#### 4. Konsequenzen für die Praxis

Unabhängig von der konkreten Lösung im Anlassfall schafft die vorliegende Entscheidung *erhebliche Klarheit für die Vertragspraxis*: Entgeltlich eingeräumte Optionen erlöschen nicht nach § 26 Abs 3 IO, sondern sind dem Regime des § 21 IO zu unterstellen. Wurde das Entgelt für die Option vor Verfahrenseröffnung bereits entrichtet, so fehlt es allerdings am Tatbestandsmerkmal „beid-

seitig noch nicht vollständige Vertragserfüllung“,<sup>22</sup> sodass kein Wahlrecht des Insolvenzverwalters (in Bezug auf den Optionsvertrag) besteht. *Entgeltlich eingeräumte Optionsrechte* werden damit *deutlich insolvenzfester* und erfahren insoweit eine nicht unerhebliche *praktische Aufwertung* (selbst wenn der durch Optionsausübung in Geltung gesetzte Vertrag in der Anlasskonstellation § 21 IO unterfällt). Um spätere Streitigkeiten zu vermeiden, kann es sich bei Vereinbarung eines Optionsrechts im Rahmen eines „Gesamtpakets“ an Rechten und Pflichten daher anbieten, den Preis für die Optionseinräumung ausdrücklich festzuhalten, um einerseits die Entgeltlichkeit zu dokumentieren und andererseits (nach darauffolgender Zahlung) auch die Vollständigkeit der Erfüllung leichter nachweisen zu können.

<sup>20</sup> Etwa *Fucik* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang-Kommentar<sup>3</sup> § 1380 ABGB Rz 3; *Heidinger* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB VI<sup>4</sup> § 1380 Rz 19 ff; *Kajaba* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.04</sup> § 1380 Rz 2 f; aA *Kogler*, Vergleich 81 (wonach der Vergleich immer novierende Wirkung habe).

<sup>21</sup> OGH 8 Ob 71/02b; 6 Ob 208/13a; RIS-Justiz RS0064425.

<sup>22</sup> *Gamerith* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht I<sup>4</sup> § 21 KO Rz 6; *Widhalm-Budak* in *Konecny*, Kommentar § 21 IO Rz 171.



#### Der Autor:

Univ.-Prof. MMMag. Dr. Philipp Anzenberger ist am Institut für Zivilgerichtliches Verfahren der Leopold-Franzens-Universität Innsbruck tätig. Er ist für die Fächer Zivilverfahrensrecht und Bürgerliches Recht habilitiert und Autor mehrerer Monographien sowie zahlreicher Kommentierungen und Aufsätze in diesen Rechtsbereichen.

🌐 [lesen.lexisnexis.at/autor/Anzenberger/Philipp](https://lesen.lexisnexis.at/autor/Anzenberger/Philipp)

Foto: Tzivanopoulos, Uni Graz

Dr. Romana Weber-Wilfert • Wien

## Gewerberechtliche Verantwortlichkeit des Insolvenzverwalters

Anmerkung zu VwGH Ra 2020/04/0075-6<sup>1</sup>

» ZIK 2023/88

Der Insolvenzverwalter tritt mit der Anzeige des Fortbetriebs gem § 41 Abs 5 GewO 1994 ex lege in die Funktion des gewerberechlichen Geschäftsführers ein. Der VwGH hat dazu klargestellt, dass der Insolvenzverwalter seine gewerberechtliche Verantwortlichkeit nicht gem § 9 VStG übertragen kann. Er hat jedoch die Möglichkeit, an seiner Stelle eine andere Person gem § 39 Abs 1

GewO 1994 zum gewerberechlichen Geschäftsführer zu bestellen. Diese Entscheidung gibt Anlass, die gewerberechtliche Stellung des Insolvenzverwalters und die Möglichkeiten der Vermeidung einer entsprechenden Strafbarkeit zu beleuchten.

### 1. Problemstellung

Gem § 44 GewO 1994 entsteht das Fortbetriebsrecht der Insolvenzmasse mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Gewerbeinhabers. Dieses Entstehen erfolgt unabhän-

<sup>1</sup> VwGH 23. 1. 2023, Ra 2020/04/0075-6; in diesem Heft der ZIK 2023/112, 115.