

I. Einführung

A. Problemaufriss

In einem aktuellen Festschriftenbeitrag bezeichnet *Konecny*¹ freihändige („freiwillige“)² Veräußerungen in Insolvenzverfahren plakativ als „weitgehend weißen Fleck auf der Landkarte des Insolvenzrechts“, zu dem die IO fast nichts sage. Ein Blick auf den sechsten Abschnitt der IO, der unter dem Titel „Verfügungen über das Massevermögen und Rechnungslegung“ die zentralen Normen für die Verwertung des Insolvenzmassevermögens enthält, bestätigt: Die wenigen einschlägigen Bestimmungen beschränken sich auf Rahmenbedingungen für die Veräußerung des schuldenrischen Unternehmens (§ 114a IO), Anhörungsrechte (§§ 114, 118 IO), Genehmigungspflichten (§ 117 IO) und Vorgaben für die Veräußerung von Sachen, an denen Absonderungsrechte bestehen (§§ 120, 120a IO).³

Vor diesem Hintergrund nimmt es nicht wunder, dass die Insolvenzpraxis bei der Durchführung freihändiger Veräußerungen geradezu zwangsläufig mit Rechtsfragen konfrontiert wird, zu denen sich in der IO keine Antworten finden lassen. Auf der Suche nach Lösungen kommt für den Rechtsanwender erschwerend hinzu, dass schon die grundlegende Frage, welches Recht bzw welche Rechts(-grund-)sätze für die Veräußerung gelte(n), in Lehre und Rsp uneinheitlich beantwortet wird:

Grds wird von der Geltung *allgemeiner zivilrechtlicher Grundsätze* ausgegangen.⁴ Dies wird – wenn überhaupt – im Einzelfall damit begründet, dass die Veräußerung im Wege eines „privaten Rechtsgeschäfts“ erfolge: Aus diesem Grund gelte etwa allgemeines Gewährleistungsrecht.⁵ Die Erwerbsbeschränkung des § 5 Abs 2 WEG sei beachtlich, weil es sich um einen privaten, derivativen Erwerbsvorgang handle.⁶ Da der Freihandkäufer rechtsgeschäftlich erwerbe, gelte der Eintragungsgrundsatz.⁷ Der

1 In FS Neumayr 1547 (1547).

2 Zu den Unterschieden bei der Begriffswahl des Gesetzgebers und jener der Praxis s Pkt II. A. 2. (11 f).

3 *Kodek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht IV⁴ § 119 KO Rz 83; *Konecny*, ÖJZ 2022/140, 1045 (1045); *Nadler*, Unternehmensverkauf 77; *Reckenzaun/Seidl/Weileder* in *Poltsch et al*, Praxishandbuch 731; *Stipanitz*, ZIK 2021/187, 176 (178); vgl auch *Jelinek* in KLS, IO² § 119 Rz 43; OLG Wien 28 R 286/14f ZIK 2015/75, 70 uvm.

4 Siehe nur *Kodek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht IV⁴ § 119 KO Rz 11, 84; *Nadler*, Unternehmensverkauf 89; *Neurauter* in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2010, 135 (135); vgl auch *Jelinek* in KLS, IO² § 119 Rz 42.

5 LG Innsbruck 1 R 306/01 ZIK 2002/109, 83 (*Nagele*); OLG Wien 28 R 286/14f ZIK 2015/75, 70; vgl auch OGH 8 Ob 130/23k Pkt 4.2.2, wo betont wird, dass freihändige Veräußerungen einer kridamäßigen Versteigerung „daher“ nicht in allen Aspekten gleichzuhalten seien.

6 OGH 5 Ob 19/19h EvBl 2020/33, 220 (*Konecny*).

7 *Jelinek* in KLS, IO² § 119 Rz 42; *Neurauter* in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2010, 135 (135); *Stipanitz*, ZIK 2021/187, 176 (179 f); OGH 8 Ob 271/00m; OGH 5 Ob 71/06m; vgl auch OGH 8 Ob 2114/96g. Zur Notwendigkeit eines zivilrechtlichen Verfügungsgeschäfts zur

Insolvenzverwalter werde „nicht anders tätig als ein anderer Verfügungsberechtigter, der zur Abdeckung von Passiven Gegenstände verkauft, um aus dem Verkaufserlös Gläubiger zu befriedigen.“⁸

Bei genauerer Betrachtung des herrschenden Literatur- und Judikaturstands fällt jedoch auf, dass einzelne Rechtsfragen mit gerade gegenteiliger Begründung *nicht nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen* gelöst werden: Bspw bewirke die freihändige Veräußerung im Gegensatz zu herkömmlichen privaten Verkäufen keinen Vorkaufsfall nach § 1072 ABGB, weil es sich vom Willen des Schuldners betrachtet um einen „Zwangsverkauf“ im Rahmen des Insolvenzverfahrens handle, der die exekutive Veräußerung (funktionell) ersetze.⁹ Einem privaten Verkäufer könne der Insolvenzverwalter nicht gleichgehalten werden, weil er fremde Interessen zu vertreten habe und zur Verwertung der Insolvenzmasse verpflichtet sei, weshalb er bei nicht marktkonformen Angeboten die Verwertung nicht für längere Zeit aufschieben oder gänzlich unterlassen könne.¹⁰ Gegenüber herkömmlichen Verkäufen sei die freihändige Veräußerung insoweit privilegiert, als das Insolvenzgericht all das vorzukehren habe, was erforderlich sei, um die Verhinderung eines den Zwecken des Konkursverfahrens dienlichen Verkaufs durch einen nachrangigen Gläubiger abzuwenden.¹¹ Es sei zu prüfen, welche Bestimmungen der EO freihändigen Veräußerungen im Wege der Analogie dienstbar gemacht werden können.¹² Dabei seien bspw das Lastenfreistellungsverfahren nach § 237 Abs 3 EO¹³ und der sich gegen Bieterabsprachen wendende § 86 Abs 1 EO¹⁴ einer Analogie zugänglich, das Übergabeverfahren nach § 207 Abs 2 iVm § 349 EO¹⁵ sowie die Gewährleistungsausschlüsse nach § 189 Abs 2 und § 270 Abs 4 EO¹⁶ hingegen nicht.

Eigentumsübertragung bei freihändigen Veräußerungen vgl auch Nadler, Unternehmensverkauf 89 ff.

- 8 OGH 1 Ob 604/83; OGH 8 Ob 603/85; OGH 8 Ob 2114/96g; LG Innsbruck 1 R 306/01 ZIK 2002/109, 83 (Nagele).
- 9 Siehe insb OGH 5 Ob 71/06m und OGH 8 Ob 40/21x. Aus der Lehre s insb Aicher in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 1076 Rz 11; F. Bydlinski in Klang/Gschnitzer, Kommentar IV/2² 864f; Konecny in FS Neumayr 1547 (1555f); vgl auch Konecny, ÖJZ 2022/140, 1045 (1046); Poltsch/Übertsroider, ZIK 2018/63, 59 (61); Reckenzaun in FS Eccher 911 (916); Riel in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 120 KO Rz 66; aM Binder in Schwimann, ABGB Praxiskommentar³ § 1076 Rz 5; Faistenberger, Vorkaufsrecht 190f.
- 10 OGH 4 Ob 193/06w.
- 11 Siehe die E OGH 8 Ob 2114/96g, in der – vor Einführung des § 12d IO – eine analoge Anwendung des damaligen § 161 Abs 1 EO aF (§ 193 EO idF GRex), der einen Übergang der Zwangsverwaltung auf den Ersteher einer Liegenschaft vorsieht, bejaht wurde.
- 12 OGH 8 Ob 2114/96g.
- 13 OGH 8 Ob 39/90; RIS-Justiz RS0106143; Chalupsky, RdW 1991, 350 (350ff); Jelinek in KLS, IO² § 120 Rz 69; Kodek in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht IV⁴ § 120 KO Rz 41; Petsch, ZIK 1996, 188 (188 f); Riel in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 120 KO Rz 50ff.
- 14 OGH 4 Ob 193/06w RIS-Justiz RS012155; Mini in Deixler-Hübner, EO § 86 Rz 5.
- 15 OGH 8 Ob 101/01p; OGH 8 Ob 145/03m. AA Walcher, ZIK 2021/186, 170 und nunmehr auch Jelinek in KLS, IO² § 119 Rz 48a sowie Mohr, ÖJZ 2022/142, 1048 (1050).
- 16 So jüngst OGH 8 Ob 130/23k und im Ergebnis zustimmend Walcher, ZIK 2024/149, 162 (162ff). AA Jelinek in KLS, IO² § 119 Rz 48; Mohr, ÖJZ 2022/142, 1048 (1050); Stipanitz,

Ist die freihändige Veräußerung nun ein „privates Rechtsgeschäft“ und der Insolvenzverwalter wie jeder andere Verfügungsberechtigte zu behandeln oder ist sie ein „Zwangsverkauf“, der die exekutive Veräußerung ersetzt, und der Insolvenzverwalter gerade nicht wie ein privater Verkäufer zu behandeln?¹⁷

Diese Fragestellung ist insofern von Relevanz, als sämtliche Veräußerungen nach Maßgabe der EO – mithin sowohl exekutive Versteigerungen (vgl §§ 130ff EO für Liegenschaften und §§ 270, 272ff EO für bewegliche Sachen) als auch exekutive Freihandkäufe (vgl §§ 268, 271 EO) – nach hM unabhängig davon, wer sie durchführe, „keine Verträge bürgerlichen Rechts“ seien.¹⁸ Der Rückgriff auf allgemeine zivilrechtliche Grundsätze wird hier abgelehnt: Anders als bei freihändigen Veräußerungen kämen bspw Gewährleistungsrechte des Erwerbers nach hM schon allein deshalb nicht in Frage, weil es sich um öffentlich-rechtliche Akte handle, die nicht zivilrechtlich anfechtbar seien.¹⁹ § 189 Abs 2 und § 270 Abs 4 EO, die dies für exekutive Versteigerungen explizit anordnen, sprächen nur eine Selbstverständlichkeit aus.²⁰ Entsprechendes gelte nach verbreiteter Auffassung für eine Anfechtung wegen *laesio enormis*: Diese scheide nicht nur bei den von § 935 HS 6 ABGB ausdrücklich erfassten Versteigerungen, sondern auch bei exekutiven Freihandverkäufen aus.²¹ Selbst im Hinblick auf die Frage nach der Erforderlichkeit eines (förmlichen) Übergabakts, um Eigentum am veräußerten Gegenstand zu erwerben, wird mit dem öffentlich-rechtlichen Charakter der Veräußerungen argumentiert: Obwohl § 237 Abs 1 EO nur für die exekutive Versteigerung von Liegenschaften bestimmt, dass der Erwerber bereits mit dem Zuschlag Eigentum erwerbe (arg: „Die bürgerliche Einverleibung seines mit dem Zuschlag erworbenen Eigentumsrechts [...]“), entspricht es der (mittlerweile)²² völlig hM, dass auch bei Fahrnisversteigerungen der Zuschlag für

ZIK 2021/187, 176 (178ff); von Wallpach, ZIK 2024/8, 16 (18ff); ders, EvBl 2025/28, 97 (100f, EAnm).

17 Vgl auch Konecny in FS Neumayr 1547 (1553).

18 Ausdrücklich für exekutive Fahrnisversteigerungen und Freihandverkäufe Mohr in *Angst/Oberhammer*, EO³ § 268 Rz 1; vgl auch Mini in *Deixler-Hübner*, EO § 268 Rz 3. Zur Ablehnung einer privatrechtsgeschäftlichen Deutung exekutiver Liegenschaftsversteigerungen s nur *Angst* in *Angst/Oberhammer*, EO³ § 156 Rz 3; Mini in *Deixler-Hübner*, EO § 207 Rz 10. AA für exekutive Freihandverkäufe durch *per se* private Rechtsträger Oberhammer, ZIK 1996, 121 (126).

19 Neumann/Lichtblau in *Heller/Berger/Stix*, EO II⁴ 1768; vgl auch Mini in *Deixler-Hübner*, EO § 278 Rz 9. AA für exekutive Freihandverkäufe durch *per se* private Rechtsträger Oberhammer, ZIK 1996, 121 (126). Kritisch für den exekutiven Freihandverkauf durch den mit der GREx eingeführten Verwalter in Exekutionssachen auch Mohr/Eriksson in *Mohr et al*, GREx RZ 232. Dagegen für eine einheitliche Betrachtung sämtlicher exekutiver Veräußerungsarten Schneider, ZIK 2022/47, 58 (59); Stipanitz, ZIK 2021/187, 176 (178).

20 Neumann/Lichtblau in *Heller/Berger/Stix*, EO II⁴ 1798.

21 Siehe insb Neumann/Lichtblau in *Heller/Berger/Stix*, EO II⁴ 1249, 1772 und das unter Pkt IV. B. 1. (149) angeführte Gutachten des OGH. Für eine analoge Anwendung der Anwendung der Bestimmung auf exekutive Freihandverkäufe Gruber in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.06} § 935 Rz 6; 1772; Reischauer in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 935 Rz 29; vgl auch schon Bettelheim in *Klang*, Kommentar II/2, 1051.

22 Zur früher herrschenden gegenteiligen Auffassung s noch Pkt IV. A. 1. (142 FN 742).

den Eigentumserwerb des Erstehers ausreiche.²³ In diesem Zusammenhang wird ua vorgebracht, dass nicht einzusehen sei, warum beim Zuschlag als einem Akt öffentlichen Rechts die Vorschriften des Privatrechts betreffend die Erfordernisse des Eigentumserwerbs angewendet werden sollten.²⁴ Beim exekutiven Freihandverkauf erkennt die hM zwar ein Problem darin, dass es an einem dem Zuschlag vergleichbaren Akt, der den Eigentumsübergang bewirken könnte, fehle.²⁵ Das Erfordernis eines förmlichen privatrechtlichen Übergabeakts wird aber dennoch überwiegend abgelehnt.²⁶ Es genüge vielmehr die an den Freihandkäufer gerichtete Erklärung, dass er über die gekaufte Sache verfügen könne.²⁷

Was aber bedeutet die herrschende Ablehnung der Beachtlichkeit allgemeiner zivilrechtlicher Grundsätze bei exekutiven Veräußerungen für das bei freihändigen Veräußerungen des Insolvenzverwalters geltende Recht? Passt die grundlegend unterschiedliche Auffassung zur Beachtlichkeit allgemeiner zivilrechtlicher Grundsätze damit zusammen, dass es sich – wie der OGH iZm der Behandlung von Vorkaufsrechten hervorhebt²⁸ – bei beiden um zwangsweise vorgenommene, funktionell verwandte Veräußerungen in einem Gerichtsverfahren handelt? Warum wird bei freihändigen Veräußerungen vielfach davon ausgegangen, dass die Veräußerung im Wege eines privaten Rechtsgeschäfts erfolge, während dies bei exekutiven Veräußerungen nach hM gerade nicht der Fall sein soll? Und warum wird der – häufig mit einem Rückfall ins Zeitalter der Begriffsjurisprudenz verbundenen²⁹ – Frage, ob ein Vorgang privat- oder öffentlich-rechtlich zu qualifizieren ist, überhaupt die skiz-

23 Siehe nur *Baier*, ÖJZ 1971, 421 (458); *Holzner* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 425 Rz 8; *Mini* in *Deixler-Hübner*, EO § 278 Rz 21; *Mohr* in *Angst/Oberhammer*, EO³ § 278 Rz 8; *Neumann/Lichtblau* in *Heller/Berger/Stix*, EO II⁴ 1768; *Rechberger*, Fehlerhafte Exekution 119; OGH 1 Ob 829/53 SZ 26/281 mit explizitem Verweis auf *Kollroß*, GerZ 1929, 17 (20 ff); OGH 3 Ob 90/84 RIS-Justiz RS0003376; OGH 3 Ob 81/87 (obiter); RIS-Justiz RS0003740 und jünger LGZ Wien 64 R 13/19 p.

24 *Holzhammer*, Zwangsvollstreckungsrecht⁴ 278 f; *Kollroß*, GerZ 1929, 17 (21); *Neumann/Lichtblau* in *Heller/Berger/Stix*, EO II⁴ 1768.

25 *Neumann/Lichtblau* in *Heller/Berger/Stix*, EO II⁴ 1770; *Kollroß*, GerZ 1929, 12 (21 f).

26 Siehe nur *Kollroß*, GerZ 1929, 17 (21 f) mit der Begründung, dass der Freihandverkauf ebenso ein obrigkeitlicher Akt sei wie die Versteigerung; *Holzhammer*, Zwangsvollstreckungsrecht⁴ 282; *Mohr* in *Angst/Oberhammer*, EO³ § 268 Rz 12; *Petzel*, RZ 1937, 220 (221, EAnm); OGH 1 Ob 997/28 zitiert nach *Petzel*, RZ 1937, 220 (221, EAnm); OGH 8 Ob 179/63 EvBl 1963/433, 579 = JBl 1964, 265. AA *Baumgartner*, ÖJZ 1973, 5 (6); *Bettelheim* in *Klang*, Kommentar II/2, 1048; *Holzner* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 425 Rz 8; *Mayer-Maly* in *Klang/Gschnitzer*, Kommentar IV/2² 926 und noch OGH Ob I 21/27 SZ 9/30 sowie OGH 6 Ob 226/71. Offenlassend OGH 1 Ob 281/37 RZ 1937, 220; OGH 2 Ob 197/53 SZ 26/147.

27 *Mohr* in *Angst/Oberhammer*, EO³ § 268 Rz 12; *Petzel*, RZ 1937, 220 (221, EAnm); *Stipanitz*, ZIK 2021/187, 176 (179 f); diese Erklärung als körperliche Übergabe wertend *Holzner* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 425 Rz 8; *Wagner* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang-Kommentar³ § 426 ABGB Rz 14; OGH 2 Ob 197/53 SZ 26/147; OGH 8 Ob 179/63 EvBl 1963/433 = JBl 1964, 265; RIS-Justiz RS0003786 S 2.

28 OGH 5 Ob 71/06 m und 8 Ob 40/21 x.

29 Gegen das herrschende Denken in Begriffen und Rechtsformen s insb *Konecny* in FS Neumayr 1547 (1552 ff); *ders*, EvBl 2020/33, 220 (223, EAnm). Zur begrenzten Bedeutung der Rechtsnatur eines Rechtsinstituts s bspw auch *Trenker*, Parteidisposition 25 ff, 809 ff.

zierte normative Bedeutung zugemessen? Gibt es gesetzliche Anhaltspunkte dafür, dass auf Veräußerungen in Exekutions- und Insolvenzverfahren je nachdem, wie sie dogmatisch einzuordnen sind, andere Rechtssätze anzuwenden sind?

§ 1089 ABGB, der sämtliche „gerichtliche Verkäufe“ einheitlich den Vorschriften für Verträge, insb jenen für Kauf- und Tauschverträge unterstellt, sofern nicht im ABGB oder in der Gerichtsordnung „eigene Anordnungen“ bestehen, lässt zumindest auf den ersten Blick Gegenteiliges vermuten. Zwar wird dieser Bestimmung von der hM kaum Bedeutung zugemessen³⁰ und gibt es sogar Stimmen, die sich für ihre ersatzlose Streichung aussprechen.³¹ Je nachdem, was unter „gerichtlichen Verkäufen“ iSd § 1089 ABGB zu verstehen ist, kann die Notwendigkeit einer näheren Auseinandersetzung mit ihrem Inhalt, Zweck und den Gründen für ihren nach hA beschränkten Bedeutungsgehalt für die gegenständliche Untersuchung jedoch nicht von der Hand gewiesen werden.

B. Ziel und Methoden der Untersuchung

Ziel der gegenständlichen Untersuchung ist, Klarheit über das Verhältnis von Insolvenzrecht, Exekutionsrecht und Zivilrecht bei freihändigen Veräußerungen des Insolvenzverwalters zu schaffen. Der Umgang mit von der IO offengelassenen Frage- und Problemstellungen soll auf eine methodologisch fundierte, gesetzesnahe und von begriffsjuristischen Denkansätzen losgelöste Grundlage gestellt werden, welche (auch) zur Lösung von in der Praxis auftretenden Fragen herangezogen werden kann. MaW: Die für freihändige Veräußerungen des Insolvenzverwalters maßgeblichen Rechtssätze sollen nicht auf bestehende Theorien über ihr Wesen oder ihre „Natur“ zurückgeführt, sondern vielmehr dem Gesetz und/oder gesetzgeberischen Wertungen entnommen werden, welche es unter Zugrundelegung des klassischen juristischen Methodenkanons und den zu §§ 6, 7 ABGB entwickelten Grundsätzen zu ermitteln gilt.³²

Auf der Suche nach Antworten auf die grundlegende Frage nach dem Verhältnis von Insolvenzrecht, Exekutionsrecht und Zivilrecht bei zwangsweisen Veräußerungen im Allgemeinen und freihändigen Veräußerungen des Insolvenzverwalters im Speziellen sollen auch *rechtsvergleichende Überlegungen* angestellt werden. Gegenstand des Rechtsvergleichs werden die deutsche und die schweizerische Rechtslage sein, was insb auf historische Überlegungen zurückzuführen ist: Bis zum Ende des 19. Jahrhunderts entsprach es in der gesamten DACH-Region der völlig hM, dass sämtliche Veräußerungen in Exekutions- und Insolvenzverfahren als herkömmliche

30 Aicher in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 1089 Rz 1; Apathy/Perner in Bydliniski/Perner/Spitzer, ABGB⁷ § 1089 Rz 1; Herda in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang-Kommentar³ § 1089 ABGB Rz 4; Mini in Deixler-Hübner, EO § 207 Rz 9; Schurr in Schwimann/Neumayr, ABGB⁶ § 1089 Rz 1; Spitzer/Told in Schwimann/Kodek, ABGB VI⁵ § 1076 Rz 1; Verschraegen in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1,08} § 1089 Rz 1.

31 Riedler in Fischer-Czermak/Hopf/Kathrein/Schauer, ABGB 2011, 73 (105); ders, ÖJZ 2008/99, 934 (938).

32 Vgl dazu stellvertretend für viele F. Bydliniski, Methodenlehre² 436 ff; Kerschner/Kehrer in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang-Kommentar³ §§ 6, 7 ABGB Rz 18 ff und Zippelius, Methodenlehre¹¹ 35 ff.

privatrechtliche Kaufverträge zu qualifizieren und grds auch materiellem Kaufrecht zu unterstellen seien (sog „Kauf-]Vertragstheorie“; s dazu insb Pkt III. B. 4. a) [38 ff]). Insofern waren zwangsweise Veräußerungen und allgemeines Zivilrecht (auch) außerhalb Österreichs lange Zeit stark verwoben. Erst die Identifikation gewisser Unterschiede zu herkömmlichen Kaufverträgen ließ Zweifel an ihrer privatrechtsgeschäftlichen Deutung aufkommen, die in der gesamten DACH-Region zur (teilweisen) Abkehr von der Kaufvertragstheorie und damit gleichzeitig zu einer kritischen Auseinandersetzung mit der Geltung allgemeiner zivilrechtlicher Grundsätze bei zwangsweisen Veräußerungen führten (s dazu insb Pkt III. B. 4. b) [40 ff]). Im Detail haben sich die Rechtsanschauungen jedoch unterschiedlich entwickelt:

Die nunmehr hM in der *Schweiz* deutet sämtliche gesetzlich vorgesehenen Veräußerungen in Schuldbetreibungs- und Konkursverfahren als Akte öffentlichen Rechts (s dazu noch Pkt III. B. 5. b) [88 ff]), betont jedoch, dass den Überlegungen zur Rechtsnatur nicht zu großes Gewicht beigemessen werden dürfe, und geht insb beim Freihandverkauf von der teilweisen Beachtlichkeit materiellen Kaufrechts aus, das mitunter analog angewendet wird (s dazu noch Pkt III. D. 2. [131 ff]). Demgegenüber werden freihändige Veräußerungen des Insolvenzverwalters in *Deutschland* – wie auch in *Österreich* – als private Rechtsgeschäfte qualifiziert (s dazu noch Pkt III. B. 5. a) [76 ff]), auf die die Vorschriften des BGB unmittelbar anwendbar seien (s dazu insb Pkt III. D. 1. [123 ff]). Anders als in *Österreich* wird in *Deutschland* jedoch auch im Bereich der Spezialexécution differenziert: Veräußerungen unbeweglicher Sachen nach Maßgabe des ZVG und exekutive Veräußerungen beweglicher Sachen, die gem §§ 814 ff dZPO vom Gerichtsvollzieher durchgeführt werden, werden öffentlich-rechtlich gedeutet und ein Rückgriff auf allgemeine zivilrechtliche Grundsätze überwiegend abgelehnt oder zumindest kritisch betrachtet. Exekutive Fahrnisveräußerungen, die gem § 825 Abs 2 dZPO von einer anderen (Privat-)Person als dem Gerichtsvollzieher, bspw einem Auktionshaus, durchgeführt werden, werden jedoch – wie freihändige Veräußerungen des Insolvenzverwalters – privatrechtlich gedeutet und die unmittelbare Beachtlichkeit allgemeiner zivilrechtlicher Grundsätze bejaht (s dazu im Detail Pkt III. B. 5. a) [77 ff] und Pkt III. D. 1. [125 ff]).

Dabei stellen sich im Wesentlichen zwei Fragen: Einerseits gilt zu klären, warum sich die *Auffassungen zur dogmatischen Einordnung* der jeweiligen Veräußerungen unterschiedlich entwickelt haben. Viel wichtiger ist jedoch die Frage, worauf die unterschiedlichen *Auffassungen zum Bedeutungsgehalt der „Rechtsnatur“* des Veräußerungsvorgangs für dessen (materiell-)rechtliche Rahmenbedingungen zurückzuführen sind.

Gewiss soll die vor diesem Hintergrund anzustellende nähere Auseinandersetzung mit dem deutschen und schweizerischen Ansatz nicht darüber hinwegtäuschen, dass weder die für Veräußerungen in Exekutions- und Insolvenzverfahren maßgeblichen Regelungskomplexe in *Deutschland* (ZVG, dZPO, InsO) noch das schweizerische SchKG blindlings mit der österreichischen IO und EO verglichen werden können (und sollen). Für die grundlegende Frage nach dem Verhältnis von Insolvenzrecht, Exekutionsrecht und Zivilrecht bei zwangsweisen Veräußerungen im Allgemeinen und freihändigen Veräußerungen des Insolvenzverwalters im Speziellen scheint ein

Vergleich aber gerade wegen des gemeinsamen historischen Ausgangspunkts dennoch lohnend. Darüber hinaus wird eine Gegenüberstellung der insolvenzrechtlichen Verwertungsregime der DACH-Region (s dazu Pkt II. B. [17 ff]) zeigen, dass die (wenigen) gesetzlichen Vorgaben für freihändige Veräußerungen in Insolvenzverfahren durchaus Parallelen aufweisen.

C. Gang der Untersuchung

Die Untersuchung beginnt mit einem *allgemeinen Teil* zu *freihändigen Veräußerungen des Insolvenzverwalters* (Pkt II. [9 ff]), in dem zunächst aus rein nationaler Perspektive ihre Stellung im Verwertungsregime der IO und die wenigen gesetzlichen Vorgaben für ihre Durchführung skizziert werden (Pkt II. A. [9 ff]). Dabei wird auch ein Blick auf die historischen Vorgänger freihändiger Veräußerungen bzw die Entwicklung des Verwertungsregimes der IO geworfen, was ua für die in den beiden nachfolgenden Kapiteln maßgebliche Frage, ab wann und inwiefern der materiellrechtliche Gesetzgeber bzw der Gesetzgeber des ABGB freihändige Veräußerungen des Insolvenzverwalters berücksichtigen konnte, von Bedeutung sein wird. Im darauffolgenden ersten rechtsvergleichenden Abschnitt der Untersuchung (Pkt II. B. [17 ff]) erfolgt eine Kurzdarstellung der Verwertungsregime der InsO und des konkursrechtlichen Teils des SchKG, die insb bestehende Parallelen zur österreichischen Rechtslage hervorheben und als Grundlage für die Rechtsvergleiche in den nachfolgenden Kapiteln dienen soll.

Im Anschluss an die Darstellung der gesetzlichen Grundlagen für freihändige Veräußerungen wird der Fokus auf die *Kern- bzw Grundsatzfrage* gelegt, auf welche gesetzlichen Regelungen zurückgegriffen werden kann (und muss), um Antworten auf jene Fragen zu finden, zu denen sich in den Insolvenzrechtsordnungen selbst nichts finden lässt (Pkt III. [22 ff]).

Nach einer kurzen Auseinandersetzung mit den in Frage kommenden Regelungen (Pkt III. A. [22 ff]) wird die mit dem privatrechtsgeschäftlichen Wesen freihändiger Veräußerungen argumentierende hA in Österreich ausführlich dargestellt und kritisch gewürdigt (Pkt III. B. [24 ff]). Dabei beschränkt sich die Untersuchung jedoch nicht auf die bereits angedeuteten methodologischen Angriffsflächen, sondern geht auch auf inhaltliche Schwächen der herrschenden Herangehensweise ein, indem sowohl bestehende Abweichungen in der Judikatur (Pkt III. B. 2. [27 ff]) als auch im Detail fehlende Begründungen (Pkt III. B. 3. [35 ff]) der hA herausgegriffen werden. In weiterer Folge wird auf ihre historischen Hintergründe eingegangen (Pkt III. B. 4. [38 ff]) und anhand eines Rechtsvergleichs gezeigt, dass und warum die Frage nach den richtigen Begriffen und Rechtsformen für Veräußerungen in Exekutions- und Insolvenzverfahren bei näherer Betrachtung nicht nur die hA in Österreich, sondern auch die hL und Rsp in Deutschland und der Schweiz an ihre Grenzen bringt (Pkt III. B. 5. [76 ff]).

Als Alternativlösung zur hA in Österreich werden im darauffolgenden Untersuchungsabschnitt (Pkt III. C. [96 ff]) die Vorgaben des § 1089 ABGB thematisiert. Dabei soll gezeigt werden, dass der österreichische Gesetzgeber schon lange vor dem Aufkommen der Meinungsstreitigkeiten zur dogmatischen Einordnung zwangswei-

ser Veräußerungen eine (auch) aus heutiger Perspektive „wahrhaft moderne“ Lösung für die Frage nach den bei freihändigen Veräußerungen des Insolvenzverwalters geltenden Rechts(-grund-)sätzen zur Verfügung gestellt hat, die von der hM ungerechtfertigterweise vernachlässigt wird.³³

Der letzte Unterabschnitt des Kapitels zu den Grundsätzen für den Rückgriff auf Regelungen außerhalb des Insolvenzrechts (Pkt III. D. [121 ff]) widmet sich der Frage, wie die hM in Deutschland und der Schweiz mit der fragmentarischen Regelung freihändiger Veräußerungen in Insolvenzverfahren umgehen, welche Bedeutung der dogmatischen Einordnung der Veräußerungsvorgänge in diesen Ländern zukommt, und ob es in den jeweiligen Rechtsordnungen mit § 1089 ABGB vergleichbare Bestimmungen und/oder (zumindest) inhaltlich vergleichbare Ansätze gibt.

In den die Untersuchung abschließenden *ausgewählten Detailbetrachtungen* (Pkt IV. [141 ff]) wird das von § 1089 ABGB vorgegebene Lösungskonzept auf besonders diskutabile Frage- und Problemstellungen zu freihändigen Veräußerungen angewendet. Sinn und Zweck dieses Kapitels ist, die (Praxis-)Tauglichkeit der von § 1089 ABGB vorgegebenen „Formel“ zu exemplifizieren. Damit soll der Kreis zur ursprünglichen Zielsetzung der Untersuchung, den Umgang mit von der IO offengelassenen Frage- und Problemstellungen auf eine methodologisch fundierte, gesetzesnahe und von begriffsjuristischen Denkansätzen losgelöste Grundlage zu stellen, welche (auch) zur Lösung von in der Praxis auftretenden Problemstellungen herangezogen werden kann, geschlossen werden.

33 Siehe dazu bereits *Mayer-Maly*, ÖJZ 1982, 456 (458); vgl auch *Konecny* in FS Neumayr 1547 (1551 f).

II. Allgemeiner Teil: Freihändige Veräußerungen als Verwertungsinstrument im Insolvenzrecht

A. Das Verwertungsregime der IO

1. Grundlagen

§ 114 Abs 1 S 1 IO bestimmt: „Der Insolvenzverwalter hat das zur Insolvenzmasse gehörige Vermögen zu verwalten und zu verwerten.“ Mit dieser Norm kennzeichnet die IO nicht nur die zentrale Stellung des Insolvenzverwalters, sondern auch eine seiner wichtigsten Aufgaben im Insolvenzverfahren:³⁴ Er ist das „Verwertungsorgan“³⁵ und hat nach Maßgabe der §§ 114ff IO sowie in Orientierung an die gemeinsamen Interessen aller Beteiligten nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden, welche Verwertungsmaßnahmen³⁶ im Einzelfall zu tätigen sind.³⁷ Führt diese Beurteilung zum Ergebnis, dass die Veräußerung eines Massebestandteils erforderlich und zweckmäßig ist, kann der Insolvenzverwalter gem § 119 Abs 1 IO zwischen zwei (insolvenzspezifischen)³⁸ Veräußerungsarten wählen:

Einerseits besteht die Möglichkeit, beim Insolvenzgericht eine sog „gerichtliche“ Veräußerung der Sache zu beantragen. Wird der Antrag bewilligt, ersucht das Insolvenzgericht das zuständige Bezirksgericht (Vollzugsgericht gem § 6a EO), die Veräußerung der Sache zu vollziehen.³⁹ Für das bei dieser Veräußerungsmöglichkeit geltende Recht wird ausdrücklich auf die Vorschriften der EO verwiesen: Gem § 119 Abs 2 IO

34 Siehe nur *Bauder/Stapf* in KLS, IO² § 114 Rz 1; *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht⁵ Rz 364; *Lovrek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht IV⁴ § 114 KO Rz 2; vgl auch *Riel* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 114 IO Rz 2, der jedoch einräumt, dass der normative Gehalt der Bestimmung gering sei.

35 *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 500; OGH 8 Ob 12/91; OLG Wien 6 R 211/20y ZIK 2021/227, 199. Vgl auch OGH GIUNF 5638 (1911), wo der Masseverwalter als „Vollzugsorgan“ bezeichnet wird.

36 Da unter „Verwertung“ jedwede Umsetzung der Masse und der natürlichen Masseteile in Geld zu verstehen ist, die nicht notwendig mit einem Substanzverlust einhergehen muss (statt aller *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 500), fallen freilich nicht nur die im Rahmen der gegenständlichen Untersuchung zu behandelnden Veräußerungen, sondern bspw auch die Vermietung und Verpachtung von Massebestandteilen, die Geltendmachung von Forderungen, die Anfechtung von Rechtshandlungen und der Abschluss anhängiger Prozesse in die in § 114 Abs 1 S 1 IO vorgesehene Geschäftsführungsbefugnis des Insolvenzverwalters (vgl nur *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht⁵ Rz 365).

37 Statt aller *Lovrek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht IV⁴ § 114 KO Rz 2.

38 Da bei Insolvenzeröffnung bereits erworbene Absonderungsrechte grds unberührt bleiben, können Absonderungsgläubiger auch nach Insolvenzeröffnung ein „rein exekutives“ Veräußerungsverfahren einleiten und fortsetzen, in denen der Masseverwalter grds die Rechte des Schuldners als verpflichtete Partei wahrnimmt (*Jelinek* in KLS, IO² § 119 Rz 1, 37 ff; *Riel* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 119 KO Rz 33 mwN). § 119 Abs 4 IO ermöglicht dem Masseverwalter, solchen Verfahren als betreibender Gläubiger beizutreten.

39 Stellvertretend für viele *Jelinek* in KLS, IO² § 119 Rz 27.

sind auf gerichtliche Veräußerungen mit wenigen, in den Z 1–4 genannten Abweichungen die Vorschriften der EO sinngemäß anzuwenden. Insofern geht die Veräußerung auch in Form der Veräußerungsmöglichkeiten der EO – sohin entweder in Form einer Versteigerung, eines Überbots, eines Sofortkaufs vor der Versteigerung oder eines exekutiven Freihandverkaufs – vonstatten.⁴⁰

Die andere, den Ausgangspunkt der gegenständlichen Untersuchung bildende Möglichkeit des Insolvenzverwalters ist, die Veräußerung der Sache selbst zu besorgen. Für diese – in § 114 Abs 1 S 3 und § 117 Abs 1 Z 3 IO als „freiwillig“ bezeichnete – Veräußerungsform enthält die IO weder eine umfassende Regelung noch einen mit § 119 Abs 2 IO vergleichbaren ausdrücklichen Verweis auf das bei ihrer Vornahme geltende Recht. Vielmehr beschränkt sie sich auf *Rahmenbedingungen*, die nach hM Missbräuche unterbinden, vermeidbare Verluste ersparen und Vorrechtsgläubigern den Schutz ihrer Rechte gewährleisten sollen:⁴¹ So ist bei freiwilligen Veräußerungen beweglicher Sachen, die nicht durch die Fortführung des Unternehmens veranlasst werden, die Äußerung des Gläubigerausschusses einzuholen (§ 114 Abs 1 S 3 IO). § 114a IO gibt vor, unter welchen Voraussetzungen und in welcher Form das schuldenrische Unternehmen oder einzelne Unternehmensbereiche freiwillig veräußert werden können. Freiwillige Veräußerungen nach § 117 Abs 1 Z 1–3 IO bedürfen der Genehmigung des Gläubigerausschusses und des Insolvenzgerichts, deren Erteilung ua an eine vorherige öffentliche Bekanntmachung der Veräußerung geknüpft ist (§ 117 Abs 3 IO). Bei diesen Veräußerungen kommen auch dem Schuldner Äußerungsrechte zu (§ 118 IO). Schließlich regelt § 120 IO die (freiwillige) Veräußerung von Sachen, an denen Absonderungsrechte bestehen, wobei § 120a IO dem Insolvenzverwalter in diesem Zusammenhang ermöglicht, die Aufschiebung eines Exekutionsverfahrens zu erreichen.

Obgleich der für Veräußerungen zentrale § 119 Abs 1 IO (nur) von „Sachen“ spricht und § 119 Abs 5 IO iZm der Ausscheidung von Massebestandteilen „Sachen“ und „Forderungen“ gegenüberstellt, sei § 119 Abs 1 IO nach hM nicht dahingehend auszulegen, dass nur körperliche Sachen veräußert werden könnten.⁴² Gegenstand bei-

40 Vgl. Aicher in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1089 Rz 8; Kodek in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht IV⁴ § 119 KO Rz 7 und schon *Bartsch/Pollak*, Konkursordnung I³ 551 (§ 119 KO Anm 7) zur Rechtslage vor der GREx, wonach die Versteigerung, das Überbot, der Übernahmsantrag und der Freihandverkauf „durch das Gericht“ als Veräußerungsmöglichkeit in Frage komme. Mit der GREx wurden die Bestimmungen zum vormaligen Übernahmsantrag (§ 271 EO aF) sowie zum vormaligen Freihandverkauf anstelle der Versteigerung (§ 271a EO aF) aufgehoben und durch den nunmehrigen Sofortkauf vor der Versteigerung ersetzt (vgl. ErläutRV 770 BlgBR 27. GP 35). AA *Mohr*, ÖJZ 2022/142, 1048 (1049), nach dem die kridamäßige Verwertung (immer) nur durch Versteigerung durchgeführt werde.

41 *Jelinek* in KLS, IO² § 119 Rz 43.

42 Kodek in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht IV⁴ § 119 KO Rz 3; *Riel* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 119 KO Rz 4 für kridamäßige Veräußerungen; *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 508ff. AA noch *Bartsch/Pollak*, Konkursordnung I³ 549 (§ 119 KO Anm 1), nach denen Forderungen nicht gem § 119 KO veräußert werden konnten. Dem muss jedoch hinzugefügt werden, dass die Verwertung von Forderungen auch heute idR durch Geltendmachung und Einziehung erfolgt (*Kodek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht IV⁴ § 119 KO Rz 4).