

Zivilverfahrensrecht

Jahrbuch 2009

herausgegeben

von

Dr. Robert Fucik

Bundesministerium für Justiz

Univ.-Prof. Dr. Andreas Konecny

Universität Wien

Dr. Elisabeth Lovrek

Oberster Gerichtshof

Prof. Dr. Paul Oberhammer

Universität Zürich



RECHT

Wien · Graz 2009

Bibliografische Information Der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten.

ISBN 978-3-7083-0616-2
Neuer Wissenschaftlicher Verlag GmbH Nfg KG
Argentinierstraße 42/6, A-1040 Wien
Tel.: ++43 1 535 61 03-24, Fax: ++43 1 535 61 03-25
E-Mail: office@nwv.at

Geidorfgürtel 20, A-8010 Graz
E-Mail: office@nwv.at
www.nwv.at

© NWV Neuer Wissenschaftlicher Verlag, Wien · Graz 2009

Druck: Alwa & Deil, Wien
E-Mail: office@alwa-deil.at

Bettina NUNNER-KRAUTGASSER

Wirkungen der Konkursöffnung auf Außerstreitverfahren

Inhaltsübersicht

I	Einleitung.....	130
II	Sperre und Unterbrechung von Außerstreitverfahren infolge Konkursöffnung	132
A	Allgemeines.....	132
B	Ausgangspunkt: Unterbindung der Führung massebezogener Verfahren durch den Gemeinschuldner.....	133
	1 Verfahrenrechtliche Folge der Dispositionsunfähigkeit des Gemeinschuldners über Massevermögen	133
	2 Gemeinschuldnerverfahren	134
C	Durchsetzung von Konkursforderungen	135
	1 Verfahrenssperre.....	135
	2 Verfahrensunterbrechung.....	139
D	Durchsetzung anderer Ansprüche	139
	1 Notwendige Einbindung des Masseverwalters in Verfahren.....	139
	2 Verfahrensunterbrechung.....	140
E	Besonderheiten bei Eigenverwaltung im Schuldenregulierungs- verfahren	141
III	Ausgewählte Verfahrensarten	142
A	Unterhaltsverfahren	142
B	Verlassenschaftsverfahren	144
C	Grundbuchsverfahren.....	146
D	Aufteilung des ehelichen Gebrauchsvermögens	148
E	Sukzessive Kompetenz	149

I Einleitung

Die Wirkungen der Konkursöffnung auf Außerstreitverfahren waren lange Zeit gesetzlich nicht geregelt: Weder die Stammfassung der KO 1914 noch das Außerstreitgesetz 1854 enthielten einschlägige Bestimmungen; ausdrücklich normiert war in §§ 6 – 8 KO lediglich die Tragweite der Konkursöffnung auf Zivilprozesse („Rechtsstreitigkeiten“). Das Schweigen des Gesetzgebers (ua) zum Schicksal von Außerstreitverfahren¹ infolge eines Konkurses wurde bis zum Ende der 1980er Jahre durchwegs dahingehend gedeutet, dass *Außerstreitverfahren von der Konkursöffnung generell unberührt* blieben.²

IdF entwickelte sich zu dieser Frage allerdings – ausgelöst durch eine Stellungnahme *Jelineks*,³ der für eine nach der Natur des durchzusetzenden Anspruchs *differenzierende Sicht* eintrat – eine rege Diskussion, im Zuge derer sich eine „neue“ hA herauskristallisierte: Diese erachtete nunmehr *Außerstreitverfahren über Konkursforderungen* als von der Konkursöffnung betroffen; das ergebe sich va aus dem insoweit zentralen Verbot einer Verurteilung der Konkursmasse zur Forderungsbefriedigung („Titelerwerbsverbot“).⁴ Auf solche Au-

1 Nach wie vor (nahezu) ungerichtet sind die umstrittenen Wirkungen der Konkursöffnung auf Verwaltungsverfahren; dazu noch unten III E. Siehe dazu etwa *Schubert* in *Konecny/Schubert*, Kommentar zu den Insolvenzgesetzen (1999) § 6 Rz 45 ff und § 7 Rz 23 mwN. Zu Recht krit zu der von der hA angenommenen mangelnden Unterbrechung von Verwaltungsverfahren bei Konkursöffnung *Konecny*, Außerstreitreform: Wirkung der Konkursöffnung auf Außerstreitverfahren, NZ 2001, 34 (36 FN 18).

2 Vgl etwa OGH 7 Ob 575, 576/89 SZ 62/79 = RZ 1990/111; OGH 5 Ob 80/90 MietSlg 42.382 = JBI 1991, 530 = woBI 1991, 37 (zust *Call*); *Rintelen*, Handbuch des österreichischen Konkurs- und Ausgleichsrechts (1915) 190 f; *Lehmann*, Kommentar zur österreichischen Konkurs-, Ausgleichs- und Anfechtungsordnung I (1916) 89; *Bartsch* in *Bartsch/Pollak*, Konkurs-, Ausgleichs-, Anfechtungsordnung, Einführungsverordnung und Geschäftsaufsichtsgesetz³ I (1937) 74 (aA allerdings *Pollak* in *Bartsch/Pollak*, KO³ I 529); *Petschek/Reimer/Schiemer*, Das österreichische Insolvenzrecht (1973) 471 (anders hinsichtlich Verfahren über Konkursforderungen 594); *Wegan*, Österreichisches Insolvenzrecht (1973) 95; in jüngerer Zeit (zur Rechtslage vor der GIN 2006 BGBl I 2006/8) auch noch *Buchegger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht⁴ I (2000) § 6 Rz 43 und § 7 Rz 13.

3 Allgemeine Auswirkungen der Konkursöffnung auf außerstreitige Verfahren, in FS Wagner (1987) 203.

4 Vgl etwa (zum Aufteilungsverfahren nach §§ 81 ff EheG) OGH 8 Ob 645/89 SZ 63/56 = EFSlg XXVII/7 = RdW 1991, 15; OGH 7 Ob 623/93 SZ 67/18 = EFSlg 76.636 = ecolex 1994, 463 = JBI 1994, 764 = RdW 1994, 313; OGH 9 Ob 2071/96s ZIK 1996, 207; OGH 8 Ob 274/99y ZIK 2001/38, 21; OGH 7 Ob 276/02t ZIK 2003/131, 96; (zum Unterhaltsfestsetzungsverfahren) OGH 8 Ob 527/93 JUS 5/1454 = ÖA 1994, 30; OGH 8 Ob 116/00t ZIK 2001/100, 55; OGH 9 Ob 40/03b ZIK 2004/69, 66; (zu mietrechtlichen Verfahren) OGH 5 Ob 2228/96z immolex 1997/40 = wobl 1997, 276 (zust *Riel*); OGH 5 Ob 224/98x EvBl 1999/98 = immolex 1999/99 = ZIK 1999, 59; OGH 5 Ob 274/98z (gleichlautend 5 Ob 230/98d) immolex 1999/37 = MietSlg 50.860 = wobl 1999/126 = ZIK 1999, 95; OGH 5 Ob 63/99x immolex 1999/152 = wobl 2000/188 = ZIK 1999, 159; OGH 5 Ob 90/05d ZIK 2005/240, 200; (zum Verfahren betreffend die Entlohnung eines Notgeschäftsführers) OGH 6 Ob 184/01d JBI 2003, 184 = MietSlg 54.782 = ZIK 2003/28, 19. Zur Lehre siehe va *Riel*, Die Befugnisse des Masseverwalters im Zivilverfahrensrecht (1995) 191 ff; *Schubert* in *Konecny/Schubert*, Kommentar § 6 Rz 37 ff und § 7 Rz 15 ff, jeweils mwN. Vgl

ßerstreitverfahren wurden daher die für Zivilprozesse aufgestellten Regeln der §§ 6 ff KO über die Verfahrenssperre und -unterbrechung analog angewandt. Für *massebezogene Außerstreitverfahren über andere Ansprüche* (also für Verfahren über Aussonderungsrechte, Absonderungsansprüche und Masseforderungen sowie für Verfahren über Masseaktiva) wurde hingegen eine analoge Anwendung der für Zivilprozesse geltenden Regeln – zumal hier weder Titelerwerbsverbot noch Exekutionssperre Platz greifen – weitgehend abgelehnt.⁵ Die Unterbrechungsanordnung diene in solchen Fällen nämlich nur der Erleichterung der Einbindung des Masseverwalters in das Verfahren; dies könne aber durchaus auch ohne die Annahme einer (bei Mehrparteienverfahren besonders problematischen) Verfahrensunterbrechung durch bloße „Zuziehung des Masseverwalters“ (die nach der herrschenden Organtheorie im Wege eines Parteiwechsels erfolgt⁶) erreicht werden.⁷

Einzelheiten blieben dabei allerdings unklar.⁸ Va aber war die Differenzierung zwischen Außerstreitverfahren über Konkursforderungen und sonstigen massebezogenen Außerstreitverfahren keineswegs unumstritten. Namentlich *Konecny*⁹ und *Oberhammer*¹⁰ kritisierten in diesem Zusammenhang va die einseitige Fokussierung auf das Titelerwerbsverbot und rückten statt dessen den Charakter der §§ 6 f KO als *Schutzvorschriften zugunsten der Masse* in den Mittelpunkt: Um die Masse vor Rechtsnachteilen infolge des Übergangs der prozessualen Interessenwahrung vom Gemeinschuldner auf den Masseverwalter zu bewahren, müsse dem Masseverwalter (der vor seiner Bestellung ja keine Vorkehrungen für ein lückenloses Weiterprozessieren treffen könne) jedenfalls ausreichende Möglichkeit zur Orientierung gegeben werden. Dieser – eine Unterbrechung gebietende – Schutzzweck der §§ 6 f KO verfange nicht nur bei Zivilprozessen, sondern gleichermaßen bei Außerstreitverfahren über nicht anmeldebedürftige Forderungen. Eine „selektive Analogie“ sei daher abzulehnen.

Die am 1. 1. 2005 in Kraft getretene Außerstreitreform 2003 BGBl I 2003/111 brachte in Gestalt des § 25 Abs 1 Z 4 AußStrG zwar eine ausdrückliche Bestimmung, wonach die Konkursöffnung anhängige Außerstreitverfahren unterbricht, „sofern die Bestimmungen der Konkursordnung dies vorsehen“. Dabei handelte es sich freilich zunächst um einen (eher uneleganten) „Gesetzesverweis auf eine Gesetzeslücke“.¹¹

auch *Stöger*, Der Entwurf zum neuen Außerstreitgesetz und die Unterbrechungswirkung der Konkursöffnung im Außerstreitverfahren, AnwBl 2001, 186, der § 7 KO (mangels Lücke) für nicht analogiefähig hielt, de lege ferenda allerdings für eine gesetzlich anzuordnende Unterbrechung „zumindest bestimmter Außerstreitverfahren“ (dh jedenfalls solcher über Konkursforderungen) eintrat.

5 Näheres dazu vgl *Konecny*, Gerichtsgebühren- und Insolvenzrechts-Novelle 2006, in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2005 (2006) 215 (223 f).

6 Vgl *Jelinek* in FS Wagner 211.

7 *Jelinek* in FS Wagner 210 f; *Riel*, Befugnisse 201; OGH 5 Ob 80/90 MietSlg 42.382 = JBl 1991, 530 = woBl 1991, 37 (zust *Call*).

8 Näheres bei *Konecny* in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2005, 223 f.

9 NZ 2001, 36 f.

10 Anm zu OGH 5 Ob 286/97p wobl 1998, 188; vgl auch *ders*, Die offene Handelsgesellschaft im Zivilprozess (1998) 158 ff.

11 *Konecny*, NZ 2001, 36; *ders* in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2005, 222; aA *Stöger*, AnwBl 2001, 190, der das Vorhandensein einer Lücke überhaupt verneinte.

Diese Lücke wurde dann im Rahmen der GIN 2006 BGBl I 2006/8 geschlossen: Nach dem dabei neu eingefügten § 8a KO sind die Bestimmungen betreffend Rechtsstreitigkeiten auf Außerstreitverfahren sinngemäß anzuwenden. Damit existiert nunmehr zwar eine ausdrückliche Bestimmung über die Rechtswirkungen der Konkursöffnung auf Außerstreitverfahren, doch sind damit (leider) keineswegs alle Zweifelsfragen geklärt, zumal alte Streitfragen durch die gewählte Verweisungstechnik eher fortgeschrieben denn gelöst werden.

Einige neuere Entscheidungen geben nun Anlass, die Wirkungen der Konkursöffnung auf Außerstreitverfahren abermals zu überdenken. Im Folgenden werden daher zunächst die Grundsätze der konkursbedingten Sperre und Unterbrechung von Außerstreitverfahren erläutert; anschließend erfolgt eine Untersuchung von Detailfragen im Hinblick auf bestimmte Außerstreitverfahren.

II Sperre und Unterbrechung von Außerstreitverfahren infolge Konkursöffnung

A Allgemeines

Die Konkursöffnung bewirkt im Hinblick auf Außerstreitverfahren zweierlei: Zum einen können Außerstreitverfahren, die die Geltendmachung oder Sicherstellung von Ansprüchen auf das Massevermögen bezwecken, nach der Konkursöffnung gegen den Gemeinschuldner weder anhängig gemacht noch fortgesetzt werden (*Verfahrenssperre*; § 8a iVm § 6 Abs 1 KO). Allfällige Außerstreitverfahren über Aus- und Absonderungsansprüche können nach der Konkursöffnung nur gegen den Masseverwalter anhängig gemacht und fortgesetzt werden (§ 8a iVm § 6 Abs 2 KO).

Zum anderen werden alle anhängigen, die Aktiv- oder Passivmasse betreffenden Außerstreitverfahren, in denen der Gemeinschuldner Antragsteller oder Antragsgegner ist, durch die Konkursöffnung unterbrochen. Außerstreitverfahren über Konkursforderungen können nicht vor Abschluss der Prüfungstagsatzung, sonstige massebezogene Außerstreitverfahren hingegen sogleich nach der Konkursöffnung aufgenommen werden, wobei der Masseverwalter (als Organ der Konkursmasse) in das Verfahren einzubinden ist¹² (*Verfahrensunterbrechung*; § 8a iVm § 7 KO).

Diese konkursbedingten Wirkungen betreffen – angesichts des insoweit nicht differenzierenden Gesetzeswortlauts des § 8a KO und der einschlägigen Regelungen der § 25 Abs 1 Z 4 und § 26 Abs 3 AußStrG – jedenfalls auch *Offizialverfahren*.¹³

Keine sinngemäße Anwendung der §§ 6 ff KO findet lediglich bei solchen Außerstreitverfahren statt, die *nicht den Charakter eines (reinen) Erkenntnisverfahrens* aufweisen. Das gilt etwa für das – seinem Wesen nach eher dem Vollstreckungsverfahren zuzuordnende – Verfahren gem § 6 Abs 2 MRG zur Durchsetzung von Erhaltungsarbeiten im Wege der Einsetzung eines Zwangs-

12 Zu dem damit (nach der Organtheorie) verbundenen Parteiwechsel vgl *Jelinek* in FS Wagner 211.

13 *Konecny* in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2005, 228.

verwalters¹⁴ sowie für das „wohnrechtliche Vollstreckungsverfahren“ gem § 34 Abs 3 WEG 2002 (Verhängung einer Geldstrafe zur Durchsetzung der Rechnungslegungspflicht des WE-Verwalters).¹⁵

B Ausgangspunkt: Unterbindung der Führung massebezogener Verfahren durch den Gemeinschuldner

1 Verfahrensrechtliche Folge der Dispositionsunfähigkeit des Gemeinschuldners über Massevermögen

Die Wurzel der konkursbedingten Verfahrenssperre und -unterbrechung liegt in der (mit der Konkurseröffnung ex lege eintretenden) *haftungsrechtlichen Zuweisung der Konkursmasse an die Konkursgläubiger*,¹⁶ die der Absicherung des Haftungsfonds für die Gläubiger dient.

Die haftungsrechtliche Zuweisung der Masse an die Konkursgläubiger geht konsequenterweise mit dem Verlust der Dispositionsfähigkeit des Gemeinschuldners über Massevermögen einher (§ 1 und § 3 KO). Da die Befugnis, Verfahren anzustrengen bzw zu führen, an das materiellrechtliche Verfügungsrecht geknüpft ist,¹⁷ bewirkt die Entziehung des Verfügungsrechts über die Konkursmasse (als formellrechtliche Folge) auch den *Verlust der Berechtigung zur Führung von (die Aktiv- oder Passivmasse betreffenden) Verfahren durch den Gemeinschuldner* und den grundsätzlichen Übergang dieser Berechtigung an die durch den Masseverwalter vertretene Masse.¹⁸ Die Verfahrensführung des Gemeinschuldners wird mithin sowohl in Verfahren betreffend Masseaktiva als auch in Verfahren unterbunden, in denen Ansprüche gegen die Konkursmasse geltend gemacht werden. Die rechtstechnische Umsetzung dieses Verbots erfolgt im Wege der analogen Anwendung der Bestimmungen über die Verfahrens- bzw Prozessunfähigkeit (§ 2 Abs 3, § 5 Abs 1, § 58 Abs 1 Z 2 und § 73 Abs 1 Z 2 AußStrG iVm §§ 6 f, § 477 Abs 1 Z 5 und § 529 Abs 1 Z 2 ZPO); es liegt also nach hA ein *der Prozess- bzw Verfahrensunfähigkeit ähnlicher Mangel eigener Art* vor.¹⁹

14 So bereits zur alten Rechtslage *Oberhammer*, Anm zu wobl 1998, 188 f; *Konecny*, NZ 2001, 38; zur geltenden Rechtslage *Konecny* in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2005, 226; differenzierend *Schubert* in *Konecny/Schubert*, Kommentar § 7 Rz 17.

15 OGH 5 Ob 260/07g immolex 2008/140 = JusGuide 2008/31/5892 = wobl 2008/104 = Zak 2008/473; RIS-Justiz RS0123568.

16 Grundlegend *Henckel*, Wert und Unwert juristischer Konstruktion im Konkursrecht, in FS Weber (1975) 237; *Nunner-Krautgasser*, Schuld, Vermögenshaftung und Insolvenz (2007) 308 ff mwN.

17 Vgl *Nunner*, Die Freigabe von Konkursvermögen (1998) 169 ff.

18 Dazu *Jelinek* in FS Wagner 208 und 210; *Riel*, Befugnisse 85 und 191 f.

19 Vgl zum Prozess etwa OGH 6 Ob 236/61 SZ 34/124 = EvBl 1962/73; OGH 3 Ob 124/72 EvBl 1973/118; OGH 1 Ob 322/71 JBl 1972, 578; OGH 4 Ob 2306/96p ZIK 1997, 19 = ecolex 1997, 249; *Bartsch* in *Bartsch/Pollak*, KO³ I 37 und 69; *Jelinek*, Privatbeteiligung im Strafverfahren gegen den Gemeinschuldner, GesRZ 1983, 169 (178); *Konecny*, Zur Prozessführung durch den Ausgleichsschuldner – Insbesondere im Fall der Sicherungsmaßnahmen nach § 3 Abs 2 Satz 3 AO und bei Überwachung durch Sachwalter der Gläubiger, JBl 1986, 353 (365 f mwN); *Riel*, Befugnisse 86 f mwN; *Schubert* in *Konecny/Schubert*, Kommentar § 6 Rz 18 ff; vgl auch *Ballon*, Die Zulässigkeit des Rechtswegs (1980) 55; zum Außerstreitverfahren *Riel*, Befugnisse

2 Gemeinschuldnerverfahren

Da die Konkurswirkungen und damit auch die konkursbedingte Verfahrenssperre und -unterbrechung stets nur den Vorgang der gemeinschaftlichen Haftungsvirklichung (mithin die Konkursmasse) betreffen, bleiben gewisse Verfahren des Gemeinschuldners – sog *Gemeinschuldnerverfahren* – von den Wirkungen der Konkurseröffnung unberührt (§ 8a iVm § 6 Abs 3 KO).

Dabei sind zwei Fallgruppen zu unterscheiden: Von der Konkurseröffnung nicht betroffen sind zum einen Verfahren, deren *Gegenstand nicht vermögensrechtlicher Natur* ist. Dazu gehören zB Abstammungsverfahren (§§ 81 ff AußStrG), Verfahren zur Annahme an Kindes statt (§§ 86 ff AußStrG) oder Verfahren zur Regelung der Obsorge und des persönlichen Verkehrs zwischen Eltern und minderjährigen Kindern (§§ 104 ff AußStrG).²⁰

Unberührt bleiben zum anderen auch Verfahren, deren *Gegenstand* zwar vermögensrechtlicher Natur ist, jedoch *weder die Aktiv- noch die Passivmasse betrifft*. Für die Beurteilung der Verfahrenssperre und -unterbrechung ist daher auch die konkursrechtliche Qualifikation der geltend gemachten Ansprüche (und damit der dem Gläubigerzugriff jeweils offenstehende Haftungsfonds) wesentlich: Verfahren, in denen aus dem konkursfreien Vermögen zu befriedigende Ansprüche (ausgeschlossene Ansprüche, Forderungen von Neugläubigern des Gemeinschuldners) geltend gemacht werden, betreffen im obigen Sinn die Masse nicht.²¹ Werden hingegen aus der Masse zu befriedigende Ansprüche geltend gemacht, so kann kein Gemeinschuldnerverfahren vorliegen.

Ein Verfahren betrifft die Aktiv- oder Passivmasse nach der Rsp dann nicht, wenn die dem Antrag stattgebende Entscheidung auf den Stand der Sollmasse *unmittelbar* keinen Einfluss nimmt. Ein solcher unmittelbarer Einfluss liegt auch insofern vor, als der Verfahrensgegenstand an sich zwar den Massestand nicht berührt, jedoch mit vermögensrechtlichen, die Masse betreffenden Ansprüchen dermaßen eng verknüpft ist, dass sich die dem Antrag stattgebende Entscheidung auf den Bestand oder die Höhe der Masse notwendigerweise unmittelbar auswirkt. Eine lediglich *mittelbare* Beziehung zum Verfahrensgegenstand reicht für das „Hineinziehen“ des Verfahrens in die Konkurswirkungen hingegen nicht aus, zumal auch Verfahren über nicht vermögensrechtliche und sogar über personenstandsrechtliche Angelegenheiten (zB Ehe- und Abstammungsangelegenheiten) – die eindeutig den Gemeinschuldnerverfahren zuzuordnen sind – uU ganz erhebliche Auswirkungen auf die Masse haben können.²²

191 ff. Abweichend insb *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzzrecht 112 und 470; *Wegan*, Insolvenzzrecht 103 und *Holzhammer*, Österreichisches Insolvenzzrecht⁵ (1996) 23, die einen Mangel des Prozessführungsrechts (der Prozessführungsbezugnis) des Gemeinschuldners annehmen.

20 *Schneider*, Außerstreitverfahren und Konkurs – zum neuen § 8a KO, ZIK 2006/41, 38 (39).

21 Siehe dazu (zum Unterhaltsverfahren und zum Aufteilungsverfahren) noch unten III A und D.

22 *Schubert* in *Konecny/Schubert*, Kommentar § 6 Rz 3 und 50; RIS-Justiz RS0064115, beginnend mit OGH 1 Ob 567/94 SZ 67/168 = GesRZ 1995, 193 = ZIK 1995, 24; zum Außerstreitverfahren insb OGH 10 Ob 41/08i EvBl 2008/155 = iFamZ 2008/118 = JBI 2008, 733 = JUSGuide 2008/33/5948 = Zak 2008/462 (Unterhaltsvorschussverfahren); OGH 6 Ob 235/08i JusGuide 2009/13/6489 (Verfahren nach § 40 PSG).

C Durchsetzung von Konkursforderungen

1 Verfahrenssperre

Für die Geltendmachung und Durchsetzung von Konkursforderungen ist entscheidend, dass die KO insoweit – im Gefolge massiver Veränderungen des materiellen Anspruchsgehalts²³ – ein konkursspezifisches Verfahren zur kollektiven Verwirklichung der Vermögenshaftung bereitstellt, das nicht nur den Grundsatz der *par condicio creditorum*,²⁴ sondern auch das zentrale insolvenzrechtliche Prinzip der Geldliquidation²⁵ formellrechtlich umsetzt: Konkursgläubigern ist die Geltendmachung von Konkursforderungen im (streitigen oder) außerstreitigen Verfahren nicht nur gegen den Gemeinschuldner, sondern auch gegen die durch den Masseverwalter vertretene Masse versagt. Sie müssen ihre Forderungen gegen die Masse vielmehr zwingend nach den Bestimmungen der §§ 102 ff KO – also im Rahmen des Feststellungsverfahrens – geltend machen.²⁶

Hinsichtlich der Rechtsfolgen unzulässiger Verfahrensführung ist zu unterscheiden: Die Geltendmachung von Konkursforderungen gegen den *Gemeinschuldner* scheitert nicht nur an dessen *Verfahrensunfähigkeit* im Hinblick auf die Masse berührende Verfahren,²⁷ sondern nach wohl hA zugleich an der *Unzulässigkeit des (streitigen bzw) außerstreitigen Rechtswegs*.²⁸ Daher ist insoweit auch keine Sanierung einer verbotenen Verfahrensführung des Gemeinschuldners durch Genehmigung seitens des Masseverwalters möglich.²⁹ Leistungsklagen bzw -anträge gegen den Gemeinschuldner sind vielmehr nach Möglichkeit gem § 40a JN – ggf über die „Zwischenstufe“ der Umdeutung in eine Klage bzw einen Antrag gegen die durch den Masseverwalter vertretene Masse – in eine Forderungsanmeldung umzudeuten.³⁰

23 Konkursbedingte Veränderungen des materiellen Anspruchsgehalts, die aus dem Wesen des Konkursverfahrens als Haftungsverwirklichungsverfahren und dem damit zusammenhängenden Grundsatz der Geldliquidation resultieren, treten bei „umzuwandelnden“ Ansprüchen iSd §§ 14 ff KO besonders eindrucksvoll zutage, sind allerdings bei Konkursforderungen generell zu verzeichnen; Näheres dazu *Nunner-Krautgasser*, Schuld 278 ff und 333 ff.

24 Vgl *Jelinek* in FS Wagner 205 f.

25 Dazu *Baur/Stürner*, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht – Ein Lehrbuch, Band II Insolvenzrecht¹² (1990) Rz 5.43 ff; *Nunner-Krautgasser*, Schuld 270 ff.

26 Anderes soll nach der – mE unzutreffenden – hA allerdings für den Fall gelten, dass der Konkursgläubiger einen Konkursverzicht abgibt; dazu *Nunner-Krautgasser*, Schuld 329 ff mwN.

27 Siehe oben II B 1.

28 Besonderes gilt allerdings für die Geltendmachung einer Konkursforderung im (streitigen oder) außerstreitigen Verfahren gegen den Gemeinschuldner, bei der Befriedigung (nur) aus dem konkursfreien Vermögen angestrebt wird: Diese scheitert am mangelnden Leistungsanspruch des Konkursgläubigers, dem während des Konkurses nur die Masse, nicht jedoch das konkursfreie Vermögen haftet; vgl *Nunner-Krautgasser*, Schuld 327 f mwN.

29 Vgl (zur verbotenen Prozessführung des Gemeinschuldners) *Schubert* in *Konecny/Schubert*, Kommentar § 6 Rz 18 und 24.

30 Vgl *Riel*, Befugnisse 92 FN 63; *Schubert* in *Konecny/Schubert*, Kommentar § 6 Rz 37; *Nunner-Krautgasser*, Schuld 350 f.

Was hingegen die Geltendmachung von Konkursforderungen gegen die (durch den Masseverwalter vertretene) Masse außerhalb des Feststellungsverfahrens anbelangt, so wird deren Sperre zT ebenfalls generell auf die Unzulässigkeit des (streitigen bzw außerstreitigen) Rechtswegs zurückgeführt, die erst durch die Bestreitung des Masseverwalters oder eines Konkursgläubigers (im Hinblick auf Prüfungsprozesse bzw -verfahren) wegfallt.³¹ ZT wird diese Begründung allerdings als unzulänglich erachtet und das – auch für das Außerstreitverfahren relevante – Verbot der Verurteilung der Konkursmasse zur Befriedigung einer Konkursforderung (Titelerwerbsverbot) als eigentlicher Urgrund für die Verfahrenssperre angegeben.³² Eine ältere, vereinzelt gebliebene Ansicht beruft sich hier schließlich – auf dem Boden der (mittlerweile zu Recht als dogmatisch überholt erachteten) Lehre vom materiellen Rechtsschutzanspruch bzw Konkursteilnahmeanspruch – auf die mangelnde Sachlegitimation der (durch den Masseverwalter vertretenen) Masse.³³

Die Begründung der Verfahrenssperre für die Geltendmachung von Konkursforderungen mit einem Titelerwerbsverbot ruft zT Bedenken hervor, die va auf der naheliegenden Assoziation mit dem heiklen prozessualen Korrektiv des Rechtsschutzinteresses³⁴ beruhen. Auch fällt auf, dass die KO die damit in Zusammenhang stehende Doppeltitelproblematik an anderer Stelle (im Zusammenhang mit § 60 Abs 2 Satz 2 KO) gerade nicht unter Zuhilfenahme des (mangelnden) Rechtsschutzinteresses bewältigt, sondern vielmehr „indirekt“ im Wege von Kostenfolgen löst.³⁵ Insoweit ist die Frage berechtigt, warum ein (zumindest vorerst) „überflüssiges“³⁶ Leistungsverfahren gegen die Masse nicht gleichwohl (jedenfalls grundsätzlich) zulässig sein soll.

Entscheidend ist hier, dass die *konkursrechtliche Modalität der kollektiven Haftungsvirklichung* die außerhalb der Insolvenz vorgesehenen Rechtsdurchsetzungsarten notwendigerweise verdrängt: Die konkursrechtliche Systematik der Rechtsdurchsetzung wird in ihrem Kern dadurch bestimmt, dass der mit dem Konkurseröffnungsbeschluss ausgelöste Konkursbeschluss (endgültig) den Zugriff auf das Schuldnervermögen eröffnet, ohne dass zugleich bereits

31 OGH 1 Ob 251/71 SZ 44/165; OGH 1 Ob 657/79 EvBl 1980/146; OGH 5 Ob 321/86 SZ 59/208; OGH 8 ObA 134/99k ZIK 2001/39, 21; OGH 8 Ob 217/99s ZIK 2000/222, 175; OGH 9 ObA 294/00a ZIK 2001/219, 136; OGH 9 ObA 105/04p ZIK 2005/144, 135; *Wegan*, Insolvenzrecht 138; *Ballon*, Zulässigkeit 56; *Riel*, Befugnisse 91 ff und 192 ff; *Konecny* in *Konecny/Schubert*, Kommentar § 110 Rz 8; *Schubert* in *Konecny/Schubert*, Kommentar § 6 Rz 24.

32 *Jelinek* in FS Wagner 208; vgl auch *Schubert* in *Konecny/Schubert*, Kommentar § 6 Rz 37; insoweit aA *Riel*, Befugnisse 192 ff.

33 *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 112.

34 Vgl *Riel*, Befugnisse 193 f.

35 Näheres dazu *Jelinek/Nunner-Krautgasser* in *Konecny/Schubert*, Kommentar §§ 60, 61 Rz 45 ff mwN und 64 (zur damit zusammenhängenden mangelnden „Aufzehrung“ alter Titel infolge konkursspezifischer Titulierung).

36 Wegen der für Konkursgläubiger geltenden, umfassenden Exekutionssperre würde ein in einem solchen Verfahren erlangter Titel erst nach der Konkursaufhebung zur Vollstreckung berechtigen; *Jelinek/Nunner-Krautgasser* in *Konecny/Schubert*, Kommentar §§ 60, 61 Rz 60 f. Dazu kommt, dass Konkursgläubiger mit der Eintragung ihrer Forderung in das Anmeldeverzeichnis – sofern der Gemeinschuldner die Forderung nicht bestreitet – ohnedies einen konkursspezifischen Exekutionstitel erlangen können; vgl *Schneider*, ZIK 2006/41, 38 f.

feststeht, zugunsten welcher Gläubiger die Haftungsverwirklichung überhaupt erfolgt: Der „Teilnehmerkreis“ wird erst danach – im Rahmen des Feststellungsverfahrens – abgegrenzt.³⁷ Die Elemente der Rechtserkenntnis und -durchsetzung sind also – der Logik kollektiver Haftungsverwirklichung entsprechend – gegenüber der individuellen Rechtsverfolgung in umgekehrter Reihenfolge angeordnet. Für die Teilhabe am Konkursergebnis benötigen Konkursgläubiger jedenfalls keinen (individuellen) Exekutionstitel: Basis für ihre Berücksichtigung im Konkurs ist weder ein vorhandener individueller („alter“) noch ein erst im Rahmen des Konkursverfahrens zu erlangender Titel, sondern allein die Feststellung der Forderung im Konkurs. Diese wiederum ist zwar Entscheidungssurrogat,³⁸ hat aber rein feststellenden und nicht etwa verurteilenden Charakter:³⁹ Ein Leistungsbeehl gegen die Masse⁴⁰ wäre nämlich nicht nur sinnlos,⁴¹ sondern auch gesetzwidrig: Zumal die Konkursöffnung bei Konkursforderungen eine spezifische „Aufspaltung“ von rechtlichem Sollen und Haftung bewirkt,⁴² machen Konkursgläubiger gegen die Masse keine „vollwertigen“ Leistungsansprüche,⁴³ sondern nur deren Haftungskomponenten (also „reine Haftungsansprüche“) geltend,⁴⁴ die der Masseverwalter mit der Zahlung der Quote ablöst.⁴⁵ Die Masse ist Konkursgläubigern also nicht verpflichtet, sondern lediglich „verhaftet“.⁴⁶ Außerdem muss dem Masseverwalter die Befriedigung von Konkursgläubigern nicht erst durch

-
- 37 Vgl bereits *Kohler*, Lehrbuch des Konkursrechts (1891) 528; *Nunner-Krautgasser*, Schuld 299.
- 38 Dazu etwa *Jelinek*, Forderungsfeststellung und Wiederaufnahme im Konkursverfahren, in FS Fasching (1988) 245 (251); *Konecny* in *Konecny/Schubert*, Kommentar § 109 Rz 3 und 14; *Kodek*, Internationale Bindungswirkung der konkursrechtlichen Forderungsfeststellung? ZIK 2005/3, 6 (7); OGH 8 Ob 271/00m ZIK 2002/93, 67. Die Rsp – zB OGH 3 Ob 278/37 SZ 19/156 = Rsp 1937/212 (abl *Wahle*) = RZ 1937, 346 = ZBI 1937/454 (abl *Petschek*); vgl aber auch OGH 8 Ob 4/92 SZ 66/33 = *ecolex* 1993, 382 = *EvBl* 1993/172 = HS 24.696 = HS 24.796 = *JB* 1994, 52 = *RdW* 1993, 306 – zieht insoweit eine (begrenzt aussagekräftige) Parallele zwischen der Forderungsfeststellung und dem Prozessvergleich.
- 39 *Nunner-Krautgasser*, Schuld 300 ff.
- 40 Entsprechendes gilt auch für einen (die Masse betreffenden) Leistungsbeehl gegen den Gemeinschuldner, dem die Leistung aus der Masse – wie oben (s II B 1) erwähnt – gem § 3 Abs 1 KO verwehrt ist.
- 41 *Spellenberg*, Zum Gegenstand des Konkursfeststellungsverfahrens (§§ 138 ff KO) – Schuld und Haftung im Konkurs (1973) 13.
- 42 Die Auswirkungen dieser „Aufspaltung“ bestehen (hinsichtlich der Konkursforderungen) va darin, dass das rechtliche Sollen auch nach der Konkursöffnung den Schuldner persönlich trifft; der Bereich der Haftung (das Haftungsrecht des Konkursgläubigers) richtet sich jedoch nunmehr gegen die – von ihrem Träger „abgerückte“ und durch den Masseverwalter vertretene – Konkursmasse; Näheres dazu *Nunner-Krautgasser*, Schuld 324 ff.
- 43 *Eckardt*, Die Feststellung und Befriedigung des Insolvenzgläubigerrechts, in *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*² (2000) 743 (748 Rz 10); *Nunner-Krautgasser*, Schuld 303.
- 44 *Spellenberg*, Gegenstand 81 ff; *Eckardt* in *Kölner Schrift*² 744 Rz 1, 763 f Rz 39 und 772 f Rz 53; *Nunner-Krautgasser*, Schuld 155 ff, 275 ff, 333 ff und 362 ff.
- 45 *Henckel* in FS *Weber* 244.
- 46 *Eckardt*, „Unanmeldbare“ Forderungen im Konkursfeststellungsverfahren nach §§ 138 ff KO, ZIP 1993, 1765 (1771); *Nunner-Krautgasser*, Schuld 303.

individuellen Gerichtsakt befohlen werden, sondern sie ist Teil seiner im Gesetz (§§ 128 ff KO) festgelegten Amtspflicht.⁴⁷

Dieses in sich höchst stimmige System der kollektiven Haftungsverwirklichung impliziert eine *vollständige Verdrängung der individuellen Rechtsverfolgung durch Konkursgläubiger*, andernfalls würde die konkursrechtliche Rechtsdurchsetzungsmethode konterkariert. Insofern sprechen handfeste (nicht zuletzt auch verfahrensökonomische) Gründe für das Postulat eines *Gleichklangs zwischen Verfahrens- und Exekutionssperre*⁴⁸ und damit für die Rückführung der Verfahrenssperre auf das Verbot des Erwerbs eines (wenn auch vorläufig „überflüssigen“) Titels.

Gleichwohl bedarf es hier – wie *Riel*⁴⁹ zutreffend bemerkt – zusätzlich der *Subsumtion des verfahrensrechtlichen Mangels unter einen konkreten Rechtsmittelgrund*. Dieser liegt mE allerdings nicht in der Unzulässigkeit des (streitigen oder außerstreitigen) Rechtswegs⁵⁰ im technischen Sinn. Insofern hat bereits *Petschek*⁵¹ (freilich in der mittlerweile „versunkenen“ Begriffswelt der Lehre vom materiellen Rechtsschutzanspruch bzw Konkursteilnahmeanspruch) betont, dass der Begriff „Unzulässigkeit des Rechtswegs“ in solchen Fällen untechnisch verwendet wird: Im technischen Sinn sei damit nämlich ausschließlich gemeint, dass das Recht, *so wie es ausgeübt ist*, vor eine nicht gerichtliche Behörde oder in den Rahmen einer nicht prozessualen Verfahrensgestaltung gehört. Genau das ist hier aber nicht der Fall: Das wird bei den – als solche gar nicht anmeldbaren – Naturalleistungsansprüchen besonders deutlich, gilt strukturell aber gleichermaßen für Geldleistungsansprüche. Das Konkursverfahren wäre für solche Leistungsansprüche in ihrer Gesamtheit (dh inklusive der Ebene des rechtlichen Sollens) gar nicht aufnahmefähig, denn im Konkursverfahren geht es hinsichtlich der Konkursforderungen – wie erwähnt – um die (reine) Haftung der Masse bzw nur um die Haftungsansprüche auf die Quote.⁵² Eine Einbeziehung auch der (konkursexternen) Ebene des rechtlichen Sollens ergibt sich allenfalls (ex post), und zwar nur dann, wenn im Feststellungsverfahren als (vom Verhalten des Gemeinschuldners abhängiges) „Nebenprodukt“ ein Titel iSd § 61 KO, § 1 Z 7 EO geschaffen wird, dessen Wirkungen sich notwendigerweise erst auf die Zeit nach der Konkursaufhebung beziehen.⁵³

Insofern ist also in der Tat keine Unzulässigkeit des (streitigen oder außerstreitigen) Rechtswegs im technischen Sinn anzunehmen. Da die Geltendmachung der Haftungsansprüche der Konkursgläubiger zwingend in das konkursrechtliche Feststellungsverfahren (§§ 102 ff KO) verwiesen ist, liegt hier vielmehr ein *Mangel eigener Art* vor, der der Unzulässigkeit des (streitigen bzw außer-

47 Gegen Verstöße kann sich der Gläubiger zT mit einer Erinnerung iSd § 130 Abs 1 KO zur Wehr setzen; va wird aber der Masseverwalter für Verletzungen seiner Amtspflicht persönlich verantwortlich (§ 81 Abs 3 KO); dazu insb *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert*, Kommentar §§ 81, 81a Rz 10 ff.

48 Vgl dazu *Jelinek* in FS Wagner 208; *ders*, Konkursfreiheit und Gläubigerrecht, in FS Kralik (1986) 229 (237 ff); krit *Riel*, Befugnisse 193.

49 Befugnisse 194.

50 AA *Riel*, Befugnisse 194.

51 In *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 112.

52 Siehe oben bei FN 44 und 45.

53 So zum dt Recht va *Spellenberg*, Gegenstand 147 ff; *Eckardt* in *Kölner Schrift*², 763 f Rz 39; *Häsemeyer*, Insolvenzrecht³ (2003) Rz 25.18; zum österr Recht *Nunner-Krautgasser*, Schuld 365 ff.

streitigen) Rechtswegs ähnelt und prozessual gleich wie dieser zu behandeln ist: Leistungsklagen bzw -anträge von Konkursgläubigern sind also – sofern eine Umdeutung in eine Forderungsanmeldung (§ 40a JN) nicht (mehr) in Betracht kommt – *zurückzuweisen*. Ein dennoch durchgeführtes Verfahren über eine Konkursforderung ist iSd § 56 Abs 1 AußStrG, § 477 Abs 1 Z 6 ZPO nichtig.⁵⁴

2 Verfahrensunterbrechung

Angesichts der soeben dargelegten Tragweite der konkursbedingten Verfahrenssperre liegt es auf der Hand, dass Verfahren, die vor der Konkursöffnung begonnen haben und Konkursforderungen zum Gegenstand haben, zum Zweck der „Überleitung“ der Rechtsverfolgung in das konkursrechtliche System der Haftungsverwirklichung ex lege unterbrochen werden müssen. Das gilt nach nunmehr eindeutiger Rechtslage gleichermaßen für streitige wie für außerstreitige Verfahren (§ 8a iVm § 7 Abs 1 und 3 KO).⁵⁵ Das unterbrochene Verfahren kann – systemkonform – erst mit der Rechtskraft des Konkursaufhebungsbeschlusses als Leistungsverfahren fortgesetzt werden. Für den Fall der Forderungsbestreitung ist freilich gem § 8a iVm § 7 Abs 3 KO (aus verfahrensökonomischen Gründen⁵⁶) eine Verfahrensaufnahme bereits während des Konkursverfahrens (nach der allgemeinen Prüfungstagsatzung) vorgesehen. Dabei wird das unterbrochene Verfahren allerdings in das konkursrechtliche Haftungsverwirklichungssystem integriert, indem es als Prüfungsverfahren iSd § 110 KO fortgesetzt wird.

D Durchsetzung anderer Ansprüche

1 Notwendige Einbindung des Masseverwalters in Verfahren

Für *massebezogene Verfahren über andere Ansprüche* (also für Verfahren über Aussonderungsrechte, Absonderungsansprüche und Masseforderungen sowie für Verfahren über Masseaktiva) existiert keine umfassende Verfahrenssperre schlechthin; es wird vielmehr (lediglich) die *Verfahrensführung durch bzw gegen den Gemeinschuldner* unterbunden.⁵⁷ Solche Verfahren sind ausschließlich gegen bzw durch die durch den Masseverwalter vertretene *Masse* anhängig zu machen.

Verfahren, die gleichwohl vom bzw gegen den Gemeinschuldner geführt werden, sind – wie oben ausgeführt – mit einem *Mangel eigener Art* behaftet, der der Verfahrensunfähigkeit ähnelt und verfahrensrechtlich wie diese zu behandeln ist.⁵⁸ Anträge des Gemeinschuldners bzw gegen ihn gerichtete Anträge im Außerstreitverfahren sind daher grundsätzlich *zurückzuweisen*.⁵⁹ Nach der neueren Rsp (zur unerlaubten Klagsführung) ist allerdings die *Berichtigung der Parteibe-*

54 OGH Rv V 2808/12 GIUNF 6.735; *Bartsch/Pollak*, KO³ I 476; *Riel*, Befugnisse 91; *Schubert* in *Konecny/Schubert*, Kommentar § 6 Rz 24.

55 Vgl dazu *Konecny* in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2005, 225.

56 Vgl *Jelinek* in FS Wagner 209: „Zweckmäßigkeitserwägungen“.

57 Vgl statt vieler *Schubert* in *Konecny/Schubert*, Kommentar § 6 Rz 1.

58 Siehe oben II B 1.

59 Vgl (zur Klagsführung) statt vieler *Schubert* in *Konecny/Schubert*, Kommentar § 6 Rz 19 mwN.

zeichnung einer (entgegen § 6 Abs 1 KO) gegen den Gemeinschuldner eingebrachten Klage auf die Masse („den Masseverwalter“) zulässig und geboten, wenn Klagegegenstand ein nicht der Anmeldung unterliegendes Recht ist.⁶⁰ Diese Lösung ist zwar in dogmatischer Hinsicht diskutierbar, jedoch vor allem aus verfahrensökonomischen Gesichtspunkten zweckmäßig und daher im Ergebnis zu befürworten. Das gilt (schon wegen des ua in § 5 Abs 1 AußStrG ausgedrückten zentralen Rechtsfürsorgegedankens) umso mehr für einen Antrag gegen den Gemeinschuldner im Außerstreitverfahren.⁶¹ Zu berücksichtigen ist allerdings, dass insoweit (jedenfalls unter Zugrundelegung der herrschenden Organtheorie) genau genommen keine „bloße“ Berichtigung der Parteibezeichnung, sondern ein regelrechter Austausch der Partei zu erfolgen hat,⁶² ein solcher ist aber (schon wegen der hier ex lege stattfindenden Rechtsnachfolge vom Gemeinschuldner auf „seinen“ verselbständigten Haftungsfonds) auch in dieser Verfahrenssituation als zulässig anzusehen.

2 Verfahrensunterbrechung

Die GIN 2006 hat durch die Einführung des § 8a KO klargestellt, dass nunmehr *alle massebezogenen Außerstreitverfahren* – also auch Verfahren über Aus- und Absonderungsrechte und über Masseaktiva – *durch die Konkursöffnung unterbrochen* werden. Damit wurde der in solchen Fällen hinter der Prozessunterbrechung stehende Gedanke des *Schutzes der Masse vor Rechtsnachteilen*⁶³ – insb im Zusammenhang mit laufenden Rechtsmittelfristen – legislativ umgesetzt.

Die Unterbrechungsanordnung gilt nach der unmissverständlichen Regelung unterschiedslos auch für *Mehrparteienverfahren*; hier werden alle Parteien gleichermaßen von der Unterbrechungswirkung erfasst. Ob mit der Unterbrechung Verfahrensverzögerungen verbunden sind, ist insoweit nicht relevant.⁶⁴

Besonderes gilt allerdings für außerstreitige *wohnrrechtliche Verfahren*, für die eine Unterbrechung aller massebezogenen Verfahren bereits im Rahmen des Wohnrechtlichen Außerstreitbegleitgesetzes BGBl I 2003/113 gesetzlich angeordnet wurde. Solche Verfahren werden jedoch nur dann unterbrochen, wenn der Konkurs über eine Partei eröffnet wird, der individuell zugestellt werden muss (§ 37 Abs 3 Z 12 MRG, § 52 Abs 2 WEG 2002 und § 22 Abs 4 WGG, die gegenüber § 8a KO *leges speciales* sind). Damit ist die Gefahr untragbarer Verfahrensverzögerungen gerade in den praktisch besonders wichtigen Fallgruppen gebannt.⁶⁵

60 RIS-Justiz RS 0116521, beginnend mit OGH 1 Ob 106/02y SZ 2002/82 = EFSlg 101.997 = EvBl 2002/194 = immolex 2003/89 = MietSlg 54.781 = ZIK 2002/283; zuletzt OGH 2 Ob 37/08t RdW 2008/730 = Zak 2008/584; *Schubert* in *Konecny/Schubert*, Kommentar § 6 Rz 19.

61 Vgl dazu *Rechberger* in *Rechberger*, Kommentar zum Außerstreitgesetz (2006) § 5 Rz 2.

62 Vgl *Jelinek* in FS Wagner 211.

63 *Konecny*, NZ 2001, 36 f; *ders* in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2005, 225 f; *Oberhammer*, wobl 1998, 188; *Schneider*, ZIK 2006/41, 39.

64 *Konecny* in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2005, 227 f; *Schneider*, ZIK 2006/41, 40; vgl zur alten Rechtslage *Jelinek* in FS Wagner 211.

65 *Konecny* in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2005, 228.

E Besonderheiten bei Eigenverwaltung im Schuldenregulierungsverfahren

Die dargelegten Strukturen hinsichtlich der Verfahrenssperre und -unterbrechung sind nach hA modifiziert, sofern dem Schuldner im *Schuldenregulierungsverfahren* die *Eigenverwaltung* belassen wurde.⁶⁶ Der eigenverwaltende Schuldner verliert die Verfügungsfähigkeit über Massevermögen nicht vollständig. Dass sich daraus Konsequenzen für die (wie erwähnt) an die Verfügungsfähigkeit geknüpfte Befugnis zur Verfahrensführung ergeben müssen, ist evident.⁶⁷ Insb kommt dem eigenverwaltenden Schuldner daher grundsätzlich das *Recht* zu, auch *massebezogene Verfahren zu führen*.⁶⁸

Gleichwohl werden anhängige massebezogene Verfahren grundsätzlich auch durch die Eröffnung eines Schuldenregulierungsverfahrens (das gleichermaßen ein Konkursverfahren ist) betroffen und daher *unterbrochen*.⁶⁹ Bei Verfahren, in denen es um die Geltendmachung von Konkursforderungen geht,⁷⁰ ergibt sich die Notwendigkeit einer Unterbrechung schon aus der hier erforderlichen Einbeziehung des Gläubigers in das konkursspezifische System der Haftungsverwirklichung.⁷¹ Unterbrochen werden aber auch sonstige massebezogene Verfahren: Gem § 187 Abs 1 Z 3 KO sind Verfügungen des Schuldners über Massevermögen nur wirksam, wenn das Konkursgericht zustimmt. Unter „Verfügungen“ werden auch Prozesshandlungen subsumiert,⁷² sodass diese Norm eine nicht unerhebliche Beschränkung des Rechts des Schuldners zur Verfahrensführung mit sich bringt.⁷³ Im Hinblick auf das Erfordernis einer Genehmigung der Verfahrensführung durch das Konkursgericht hat mit der Eröffnung eines Schuldenregulierungsverfahrens jedenfalls eine Ex-lege-Unterbrechung anhängiger massebezogener Verfahren zu erfolgen.⁷⁴

66 Bei Bestellung eines Masseverwalters im Schuldenregulierungsverfahren gelten die oben erörterten Grundsätze über die Verfahrenssperre und -unterbrechung; vgl RIS-Justiz RS0103501.

67 RIS-Justiz RS0111634; zuletzt OGH 8 Ob 120/08t EF-Z 2009/31 = ZIK 2009/37, 23 = Zak 2009/28, 3; OGH 5 Ob 63/99x ZIK 1999, 159; *Schubert* in *Konecny/Schubert*, Kommentar § 6 Rz 14; siehe dort auch zur gerichtlichen Geltendmachung von Entgeltansprüchen im Zusammenhang mit § 187 Abs 1 Z 5 KO.

68 *Mohr* in *Konecny/Schubert*, Kommentar § 187 Rz 3; *Kodek*, Handbuch Privatkonkurs (2002) Rz 144; RIS-Justiz RS0111634; siehe va OGH 5 Ob 63/99x ZIK 1999, 159.

69 RIS-Justiz RS0103501; zuletzt OGH 8 Ob 120/08t EF-Z 2009/31 = ZIK 2009/37, 23 = Zak 2009/28, 3; *Holzhammer*, Insolvenzrecht⁵, 202; *Konecny*, Eigenverwaltung im Konkurs privater Schuldner, in *Buchegger*, Beiträge zum Zivilprozessrecht V (1995) 45 (71); *Mohr*, Privatkonkurs² (2007) 37 f; *ders* in *Konecny/Schubert*, Kommentar § 187 Rz 3 (mit dem Hinweis darauf, das Gericht müsse sondieren können, welche Verfahren für die Masse zu führen und welche auszuschneiden seien).

70 Vgl dazu (zum Unterhaltsfestsetzungsverfahren hinsichtlich des Unterhalts für den Zeitraum vor Konkurseröffnung) RIS-Justiz RS0064095; zuletzt 8 Ob 120/08t EF-Z 2009/31 = ZIK 2009/37, 23 = Zak 2009/28, 3.

71 Vgl OGH 10 Ob 1583/95 ecolex 1996, 909 = ZIK 1997, 96.

72 Statt vieler *Konecny*, Massebezogene Rechtshandlungen von Gemeinschuldnern, JBI 2004, 341 (351).

73 RIS-Justiz RS0111634.

74 *Kodek*, Privatkonkurs Rz 144; *Mohr* in *Konecny/Schubert*, Kommentar § 187 Rz 3; OGH 8 Ob 52/08t EvBl 2008/148 = RdW 2008/553; OGH 3 Ob 171/08f.

ME ergibt sich allerdings die Notwendigkeit der Unterbrechung massebezogener Verfahren auch bei Eigenverwaltung bereits aus dem systematischen Gesichtspunkt, dass der eigenverwaltende Schuldner die *Verfügungsbefugnis* über „sein“ Massevermögen ab der Eröffnung des Schuldenregulierungsverfahrens *nicht (mehr) privatautonom*, sondern – vergleichbar einem Masseverwalter – „*mehrseitig fremdbestimmt*“ auszuüben hat.⁷⁵ Insoweit nötige Änderungen in der Konzeption der Verfahrensführung, die einen gewissen zeitlichen Spielraum erfordern, sprechen hier tendenziell für eine generelle, vom Genehmigungserfordernis unabhängige Verfahrensunterbrechung.

III Ausgewählte Verfahrensarten

A Unterhaltsverfahren

Bereits zur Rechtslage vor der GIN 2006 vertrat die (insoweit nach wie vor aktuelle) Rsp, dass *außerstreitige Unterhaltsverfahren*⁷⁶ von der Konkursöffnung betroffen werden, soweit es um die Geltendmachung von *Unterhaltsrückständen für den Zeitraum vor Konkursöffnung* (mithin um Konkursforderungen) geht.⁷⁷ Anhängige Verfahren werden daher durch die Konkursöffnung ex lege unterbrochen. Neue Verfahren können weder gegen den Gemeinschuldner noch gegen den Masseverwalter anhängig gemacht werden; vielmehr sind die Unterhaltsrückstände im Konkurs anzumelden.⁷⁸ Im Gleichklang mit der Verfahrenssperre besteht hier allerdings – entgegen der nach wie vor stRsp⁷⁹ – auch eine entsprechende Sperre der Exekution in das konkursfreie Vermögen aufgrund „alter“ (aus der Zeit vor der Konkursöffnung stammender) Titel, denn das Gesetz sieht keinerlei Privilegierung für Unterhalts-Konkursgläubiger in dem Sinn vor, dass diesen (entgegen der sonstigen konkursrechtlichen Systematik) der simultane Zugriff auf zwei Haftungsfonds (die Masse und das konkursfreie Vermögen) offen stünde.⁸⁰ Vielmehr haben auch Unterhalts-Konkursgläubiger ausschließlich Zugriff auf das ihnen haftende Vermögen, also die Konkursmasse; sie müssen ihre Ansprüche daher nach den allgemeinen Grundsätzen im Konkurs anmelden.

Die Geltendmachung von *laufendem Unterhalt für die Zeit nach der Konkursöffnung* (der zur Kategorie der ausgeschlossenen Ansprüche zählt) erfolgt wegen mangelnder Massebezogenheit im Außerstreitverfahren gegen den Ge-

75 Nunner-Krautgasser, Schuld 244 f FN 139; zum dt Recht Pape, Die Eigenverwaltung des Schuldners nach der Insolvenzordnung, in Kölner Schrift², 895 (918 f RZ 39 f).

76 In das Außerstreitverfahren sind nunmehr Verfahren hinsichtlich des Unterhalts von geradlinig Verwandten verwiesen (§ 114 JN).

77 RIS-Justiz RS0064095; zuletzt 8 Ob 120/08t EF-Z 2009/31 = ZIK 2009/37, 23 = Zak 2009/28, 3.

78 Siehe oben II C 1.

79 RIS-Justiz RS0115221; beginnend mit 3 Ob 205/00v SZ 74/31; zuletzt 3 Ob 122/08z.

80 Jelinek/Nunner-Krautgasser in Konecny/Schubert, Kommentar §§ 60, 61 RZ 60; Schneider, ZIK 2006/41, 39.

meinschuldner; insoweit liegt also ein von der Konkureröffnung unberührtes „Gemeinschuldnerverfahren“ iSd § 6 Abs 3 KO vor.⁸¹

Von der Frage der Unterbrechung eines Außerstreitverfahrens aufgrund eines Unterhaltsfestsetzungsbegehrens ist die Frage zu unterscheiden, ob auch ein Verfahren aufgrund eines *Unterhaltsherabsetzungsantrags* des Unterhaltsschuldners durch die Konkureröffnung über dessen Vermögen unterbrochen wird. Grundsätzlich liegt auch hier Massebezogenheit nur insoweit vor, als es um rückständigen Unterhalt für die Zeit vor der Konkureröffnung geht; hinsichtlich des laufenden Unterhalts handelt es sich hingegen – wie soeben ausgeführt – um ein die Masse nicht betreffendes Gemeinschuldnerverfahren.

Mit der allfälligen Unterbrechung eines Verfahrens aufgrund eines Unterhaltsherabsetzungsantrags bei Eigenverwaltung des formell insolventen Unterhaltsschuldners setzt sich die E des OGH 8 Ob 120/08t⁸² auseinander: Hier hatte die unterhaltspflichtige Mutter einen (sich sowohl auf Unterhalt für die Zeit vor der Eröffnung des Schuldenregulierungsverfahrens als auch auf die Zeit danach beziehenden, daher die Konkursmasse zT berührenden) Unterhaltsherabsetzungsantrag gestellt. Zur Unterbrechungsfrage führt der 8. Senat aus, dass das Schuldenregulierungsverfahren bei Eigenverwaltung des Schuldners stets nur dann verfahrensunterbrechende Wirkung entfalte, wenn die „Prozessführungsbefugnis“ des Schuldners durch die Notwendigkeit der Einholung einer gerichtlichen Genehmigung nach § 187 Abs 1 Z 3 KO eingeschränkt sei. Einer solchen Genehmigung bedürfe der Unterhaltsschuldner im Zusammenhang mit einem Unterhaltsherabsetzungsantrag jedoch nicht, weil im Verfahren über Unterhaltsansprüche eines minderjährigen Kindes gem § 101 Abs 2 AußStrG keine Kostenfolgen drohen. Das Außerstreitverfahren werde daher in einem solchen Fall *nicht unterbrochen*. Vertritt man hingegen die Auffassung, dass bei Massebezogenheit des Verfahrens generell eine konkursbedingte Ex-Lege-Unterbrechung sachgerecht ist,⁸³ so gelangt man auch hier zu einer Verfahrensunterbrechung.

Gesondert zu beurteilen ist die Rechtslage im *Unterhaltsvorschussverfahren*. Mit dessen Schicksal im Zusammenhang mit der Konkureröffnung über das Vermögen des Unterhaltsschuldners befasst sich nunmehr – erstmals – die E des OGH 10 Ob 41/08i.⁸⁴ Insoweit ist entscheidend, dass der Anspruch auf Gewährung von Unterhaltsvorschüssen einen Anspruch des Kindes gegen den Bund, nicht aber einen vermögensrechtlichen Anspruch des Unterhaltsschuldners (gegen den Bund) oder des Kindes gegen den Unterhaltsschuldner darstellt. Allerdings kommt dem Unterhaltsschuldner im Unterhaltsvorschussverfahren nach der Rsp⁸⁵ Parteistellung zu, weil mit der Entscheidung über die Gewährung des Unterhaltsvorschusses auch in seine Rechte eingegriffen wird (vgl § 13

81 OGH 3 Ob 205/00v (gleichlautend 3 Ob 206/00s) ZIK 2001/263, 161; OGH 7 Ob 264/06h MietSlg 59.790; *Reckenzaun*, Die Durchsetzung von Unterhaltsansprüchen gegen den Gemeinschuldner, ÖJZ 1994, 113; *Schubert* in *Konecny/Schubert*, Kommentar § 5 Rz 7; *Engelhart* in *Konecny/Schubert*, Kommentar § 46 Rz 311; *Konecny*, NZ 2001, 36 FN 22; *Schneider*, ZIK 2006/41, 39 f.

82 EF-Z 2009/31 = ZIK 2009/37, 23 = Zak 2009/28, 3.

83 Siehe oben II E.

84 EF-Z 2008/121 = EvBI 2008/155 = iFamZ 2008/118 = JBI 2008, 733 = JusGuide 2008/33/5948 = ZIK 2009/36, 22 = Zak 2008/462, 272; RIS-Justiz RS0123460.

85 OGH 7 Ob 73/00m EFSlg 94.148 = ÖA 2000, 222/UV 176; aA *Birkner*, Parteistellung und rechtliches Gehör im Außerstreitverfahren (1996) 115 f.

Abs 1 Z 6 UVG [Verpflichtung zur Zahlung der Pauschalgebühr], § 14 UVG [Zustellung an den Unterhaltsschuldner] und § 26 Abs 3 UVG [Verlängerung der Verjährungsfrist]). Für die Unterbrechungsfrage ausschlaggebend ist daher, ob sich eine dem Antrag auf Gewährung von Unterhaltsvorschüssen stattgebende Entscheidung unmittelbar auf den Stand der Konkursmasse auswirkt oder nicht. Insoweit hält der 10. Senat zutreffend fest, dass dies nicht der Fall ist. Vielmehr liegt hier (wegen der Rückgriffsansprüche des Bundes) lediglich ein mittelbarer Einfluss auf den Massestand vor; ein solcher reicht aber (wie ausgeführt⁸⁶) für die Annahme einer Verfahrensunterbrechung nicht aus. Für dieses Ergebnis spricht auch, dass es mit dem (dem Schutzbedürftigkeit des unterhaltsberechtigten Kindes Rechnung tragenden) Erfordernis der Raschheit des Unterhaltsvorschussverfahrens konform geht. Die Konkursöffnung über das Vermögen des Unterhaltsschuldners bewirkt daher *keine Unterbrechung eines anhängigen Unterhaltsvorschussverfahrens*.

B Verlassenschaftsverfahren

Hinsichtlich des *konkursbedingten Schicksals von Verlassenschaftsverfahren* meinte die Rsp vor der Einführung des § 8a KO durch die GIN 2006, Verlassenschaftsverfahren würden durch die Eröffnung eines Verlassenschaftskonkurses nicht (gänzlich) unterbrochen, sondern seien lediglich teilweise *innezuhalten*.⁸⁷ Während der Innehaltung konnte insb keine Einantwortung erfolgen.⁸⁸ Die regelrechte Unterbrechung des Verlassenschaftsverfahrens wurde deshalb abgelehnt, weil die (an die Stelle des Gemeinschuldners tretende) Verlassenschaft jedenfalls eines Vertreters bedürfe: Den Erben müsse Gelegenheit gegeben werden, Erbserklärungen (nunmehr: Erbantrittserklärungen) abzugeben und die Vertretung des Nachlasses zu übernehmen. Außerdem betreffe der konkursbedingte Übergang der Vermögensverwaltung auf den Masseverwalter nur das Massevermögen, sodass insoweit (hinsichtlich des konkursfreien Bereichs) für den Erben sehr wohl ein Tätigkeitsbereich bestehen bleiben könne.⁸⁹ Zu bedenken sei auch die Beteiligtenstellung des Gemeinschuldners im Konkursverfahren; die damit verbundenen Antrags-, Beschwerde- und Bestreitungsrechte sowie der Anspruch auf rechtliches Gehör, aber auch allfällige Äußerungspflichten könnten bei einer unvertretenen (bzw nur vom Masseverwalter vertretenen) Verlassenschaft von niemandem wahrgenommen werden. *Schubert* vertrat hiezu eine abweichende Meinung, indem er (wenigstens) im Zusammenhang mit der Feststellung von Forderungen gegen die Verlassenschaft eine Unterbrechung befürwortete.⁹⁰

Mit der Außerstreitreform und der Einführung des § 8a KO wurde dieser Judikaturlinie die gesetzliche Basis entzogen: Zum einen stellt § 29 AußStrG nun-

86 Siehe oben II B 2.

87 Vgl etwa OGH 7 Ob 575, 576/89 SZ 62/79 = EFSlg 61.360 = RZ 1989/111; OGH 7 Ob 2155/96d ZIK 1997, 228; OGH 2 Ob 218/03b, 2 Ob 219/03z, 2 Ob 220/03x ZIK 2005/94, 95; RIS-Justiz RS0007673; vgl auch *Welser* in *Rummel*, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch³ (2000) §§ 797, 798 Rz 21.

88 *Konecny* in *Konecny*, Insolvenzf-Forum 2005, 224.

89 OGH 5 Ob 2/65 EvBl 1965/273 = JBI 1965, 626; OGH 1 Ob 101/67 JBI 1968, 522.

90 *Schubert* in *Konecny/Schubert*, Kommentar § 7 Rz 22; diesem insoweit folgend *Konecny*, NZ 2001, 38.

mehr eine ausdrückliche Norm über die Innehaltung von Außerstreitverfahren bereit, die jedoch nicht den Schnittstellenbereich Konkurs- und Verlassenschaftsverfahren betrifft. Und zum anderen gilt die gesetzliche *Unterbrechungsanordnung* wegen des Verweises auf §§ 6 ff KO in § 8a KO nunmehr (unterschiedslos) für alle Außerstreitverfahren. Daher sind nach der neuen Rechtslage grundsätzlich auch *Verlassenschaftsverfahren von der Unterbrechungswirkung erfasst*, was sich insb auf den *Fristenlauf* und auf die *Geltendmachung von Forderungen gegen die Verlassenschaft* auswirkt.⁹¹

Gleichwohl zieht die Konkursöffnung über eine Verlassenschaft *keine gänzliche Unterbrechung* des Verlassenschaftsverfahrens nach sich: Dieses weist nämlich – wie *Konecny*⁹² zutreffend ausführt – hinsichtlich seiner Struktur nicht unerhebliche Gemeinsamkeiten mit dem Konkursverfahren auf. Insb handelt es sich bei beiden um ein – sich aus mehreren Verfahrenselementen bzw Teilverfahren zusammensetzendes – „Sammelverfahren“ (va) zur Vermögensverwaltung,⁹³ sodass eine „Doppelung“ von Verfahrenshandlungen zweckwidrig oder gar unmöglich wäre. Daher ist hier – unter Bedachtnahme auf die zentrale Haftungsverwirklichungsfunktion (auch) des Verlassenschaftskonkurses – eine Lösung angebracht, die die konkursbedingte Verfahrenssperre bzw -unterbrechung auf die massebezogenen Teile des Verlassenschaftsverfahrens beschränkt, die „gemeinschaftlichen“ (konkursfreien) Verfahrenselemente jedoch iSd § 6 Abs 3 KO von der Konkursöffnung (und damit von der Sperr- bzw Unterbrechungswirkung) unberührt lässt.⁹⁴ Zu den letzteren Bereichen zählen etwa die Bestellung eines Verlassenschaftskurators zur Vertretung des Nachlasses durch das Gericht,⁹⁵ aber auch die Abgabe von Erbantrittserklärungen sowie generell alle Verfahrenshandlungen zur Wahrung von (Antrags-, Beschwerde-, Bestreitungs- und Anhörungs-)Rechten und Pflichten des Gemeinschuldners. In diesen Belangen ergeben sich also hinsichtlich der praktischen Auswirkungen im Grund keine Änderungen gegenüber der alten Rechtslage.

Von der Unterbrechung eines Verlassenschaftsverfahrens infolge der Eröffnung eines Verlassenschaftskonkurses ist die spezielle Frage abzugrenzen, ob (auch) die *Konkursöffnung über das Vermögen des (einzigen) Erbanwärters* die Unterbrechung des Verlassenschaftsverfahrens zur Folge hat. Das hat der OGH unlängst in seiner (äußerst ausführlich und unter gründlicher Auseinandersetzung mit der Literatur begründeten) E 5 Ob 249/07i⁹⁶ zu Recht bejaht: Bei Erbanfall und Abgabe der Erbantrittserklärung vor Konkursöffnung bildet der diesbezügliche Anspruch des Gemeinschuldners bei der Konkursöffnung bereits ein Aktivum in seinem Vermögen; er fällt daher gem § 1 Abs 1 KO in die

91 *Konecny* in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2005, 226 f; *Schneider*, ZIK 2006/41, 40; vgl auch OGH 8 Ob 75/07y ZIK 2008/47, 29.

92 In *Konecny*, Insolvenz-Forum 2005, 226.

93 *Konecny*, Konkurs ist ein Konkurs ist ein Konkurs, in FS Rechberger (2005) 301 (311 ff); *Nunner-Krautgasser*, Schuld 295 ff; vgl auch *Birkner*, Parteistellung 25 ff, 82 und 87.

94 Vgl dazu *Nunner*, Freigabe 232 ff.

95 Ebenso im Ergebnis *Konecny* in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2005, 226 f; *Schneider*, ZIK 2006/41, 40, die sich insoweit va auf § 26 AußStrG (der dringend gebotene Verfahrenshandlungen trotz grundsätzlich umfassender Unterbrechung erlaubt) berufen.

96 iFamZ 2008/85 (zust *Fucik*) = JBI 2008, 730 = JusGuide 2008/19/5660 = NZ 2008/57 = ZIK 2008/100, 59; RIS-Justiz RS0123119 und RS0008367.

Konkursmasse.⁹⁷ Der Gemeinschuldner kann insoweit wegen § 3 Abs 1 KO keine den Konkursgläubigern gegenüber wirksamen Rechtshandlungen mehr setzen: Vielmehr steht dann dem Masseverwalter die Ausübung der Rechte des Gemeinschuldners aus dem Erbanfall zu,⁹⁸ auch ist er (allein oder in Gemeinschaft mit allfälligen Miterben) zur Vertretung der (noch nicht eingetragenen) Verlassenschaft befugt. Insb die Einantwortungsurkunde ist in einem solchen Fall mithin nicht dem Erben, sondern dem Masseverwalter zuzustellen.⁹⁹ Da nach der generellen Anordnung des § 8a iVm §§ 6 f KO auch alle Verfahren über Masseaktiva konkursbedingt ex lege unterbrochen werden, ist der E im Ergebnis¹⁰⁰ zuzustimmen.¹⁰¹ Auch die *Konkurseröffnung über das Vermögen des (einzigen) erbserklärten Erben* bewirkt demnach eine entsprechende *Unterbrechung des Verlassenschaftsverfahrens*.

C Grundbuchsverfahren

Die konkursbedingte Verfahrenssperre bzw -unterbrechung betrifft gem § 8a iVm §§ 6 f KO grundsätzlich auch *Grundbuchsverfahren*.¹⁰²

In seiner E 5 Ob 141/07g¹⁰³ vertrat der OGH allerdings die Auffassung, die Konkurseröffnung bewirke keine *Unterbrechung des Verfahrens zur Klagsanmerkung gem § 27 WRG 2002* (früher § 13c Abs 3 WEG 1975). Insoweit führt der 5. Senat ins Treffen, auf der Grundlage des AußStrG 1854 sei der Erledigung eines Antrags auf Klagsanmerkung im Grundbuchsverfahren nach stRsp trotz der Konkurseröffnung über das Vermögen des Beklagten kein Hindernis

97 OGH 5 Ob 216/69 SZ 42/1 = EvBl 1970/184 = NZ 1970, 182; RIS-Justiz RS0008367.

98 OGH 3 Ob 101/65 SZ 38/110 = JBl 1966, 94 = EvBl 1965/429; RIS-Justiz RS0063894; *Schubert in Konecny/Schubert*, Kommentar § 4 Rz 2; *Buchegger in Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ I § 4 Rz 3.

99 Das ist im Übrigen unabhängig davon, ob der Erbe vor der Konkurseröffnung bereits die Erbantrittserklärung abgegeben hat oder ob – mangels einer solchen Erklärung bis zur Konkurseröffnung – der Masseverwalter für ihn die Erbschaft angetreten hat.

100 Nicht überzeugend ist mE lediglich das vom 5. Senat ins Treffen geführte Zusatzargument, ohne Unterbrechung wären weitere Zustellungen an den (wegen § 6 Abs 4 AußStrG iVm § 35 Abs 1 ZPO weiterhin bevollmächtigten) Vertreter des formell insolventen Erben zulässig und wirksam, was den Schutz der Masse und die Befugnisse des Masseverwalters nach der KO gefährde: Soweit Massebezug besteht, sind ab Konkurseröffnung wohl nur noch Zustellungen an den Masseverwalter als wirksam zu erachten.

101 Ebenso *Fucik*, iFamZ 2008/85, 165, der überdies darauf hinweist, dass die Unterbrechung uU den Erbschaftsgläubigern nützt: Ein Erbschaftsgläubiger, der von der Unterbrechung erfährt, habe nämlich berechtigten Anlass, einen Antrag auf Nachlassseparation zu stellen.

102 Zur (davon abzugrenzenden) Tragweite der Grundbuchsperre iSd § 13 KO vgl etwa OGH 5 Ob 256/06t NZ 2007/684 (*Hoyer*) = RdW 2007/412, 408 = ZIK 2007/91, 52; OGH 5 Ob 259/06h ecolex 2007/220 = MietSlg 58.796 = NZ 2007/692 = wobl 2007/89 = ZIK 2007/162, 92.

103 ecolex 2008/44 = immolex 2008/7 (*Prader*) = JUSGuide 2008/04/5400 = MietSlg 59.437 = wobl 2009/10 (*Hausmann*) = Zak 2008/18, 16 = ZIK 2008/39, 20; RIS-Justiz RS0122783; siehe auch OGH 5 Ob 225/07k MietSlg 59.794 = wobl 2008/47 (zust *Call*); RIS-Justiz RS00114463.

entgegengestanden.¹⁰⁴ Das gesetzliche Vorzugspfandrecht gebe den gesicherten Gläubigern ein Absonderungsrecht, das wegen § 11 Abs 1 KO durch die Konkurseröffnung unberührt bleibe. Bei Unterbrechung des Hauptverfahrens habe insoweit schon die bisherige Rsp¹⁰⁵ erkannt, dass aus der Konkursordnung kein Hindernis für die nach den Prinzipien des Grundbuchsrechts anzuordnende Klagsanmerkung ableitbar sei; die Einführung des § 8a KO habe daran nichts geändert. Dies werde dadurch untermauert, dass die Klagsanmerkung nach § 27 WEG 2002 keinen grundbücherlichen Rang, sondern ein ausnützbar gewordenes gesetzliches Vorzugspfand vermittele, das in seinem Bestand nur vom Vorliegen der gesetzlich statuierten Voraussetzungen abhängen.

Gerade in Anbetracht der oben¹⁰⁶ dargestellten, die neue Rechtslage konsequent umsetzenden Judikatur zur konkursbedingten Unterbrechung des Verlassenschaftsverfahrens muss die hier vertretene Fortsetzung der Rsp zur alten Rechtslage hinterfragt werden: Aus dem Umstand, dass Absonderungsrechte gem § 11 Abs 1 KO durch die Konkurseröffnung unberührt bleiben, ist nämlich für die zur Debatte stehende Unterbrechung des Grundbuchsverfahrens ebenso wenig zu gewinnen wie aus der mangelnden Verfahrenssperre,¹⁰⁷ denn gem § 8a iVm § 7 Abs 1 KO werden auch Absonderungsrechte betreffende Verfahren – weil massebezogen – durch die Konkurseröffnung ex lege unterbrochen, wobei eine Verfahrensaufnahme iSd § 7 Abs 2 KO unter Zuziehung des Masseverwalters sogleich nach der Konkurseröffnung zulässig ist. Freilich sind die hinter dieser Judikaturlinie stehenden Erwägungen verständlich: Im Wesentlichen geht es darum, die Sicherungsfunktion des Vorzugspfandrechts gem § 27 Abs 2 WEG 2002 im Hinblick auf die Frist zu seiner Geltendmachung nicht zu beeinträchtigen (vgl § 216 Abs 1 Z 3 EO).¹⁰⁸

Im gegebenen Zusammenhang ist Folgendes zu bedenken: Das gesetzliche Vorzugspfandrecht gem § 27 Abs 2 WEG 2002 entsteht erst, wenn der Forderungsberechtigte seine Forderung samt dem Pfandrecht innerhalb von sechs Monaten ab Fälligkeit mit *Klage*¹⁰⁹ geltend macht und auch die *Anmerkung* der Klage im Grundbuch beim Miteigentumsanteil des Beklagten beantragt. Zuvor handelt sich bloß um ein „latentes“ gesetzliches Pfandrecht, das erst durch Klagsanmerkung und Antrag auf Klagsanmerkung zu „aktivieren“ ist.¹¹⁰ Für die hier zu beurteilende Frage nach dem Schicksal des Grundbuchsverfahrens ist nun ausschlaggebend, dass der Kläger seine gesicherte Rechtsposition (und damit die Stellung eines Absonderungsberechtigten) bereits durch die *rechtzeitige Klagsanmerkung und den rechtzeitigen Antrag auf Klagsanmerkung* erlangt; Klage

104 Vgl etwa OGH 5 Ob 122/00b MietSlg 52.569 = wobl 2001/56 (*Call*) = ZIK 2001/161, 98.

105 Vgl OGH 5 Ob 305/00i SZ 73/195 = immolex 2001/56 = JBI 2001, 394 = ÖWR 2001, E 65 = wobl 2001/88 (*Call*).

106 III B.

107 Siehe oben II D 1.

108 So ausdrücklich *Hausmann*, 5 Ob 141/07g wobl 2009/10.

109 Die Anmeldung der Forderung im Konkurs reicht nicht aus; OGH 8 Ob 235/00t MietSlg 52.574 = MieSlg 52/32 = immolex 2001/120 = JBI 2001, 395 = wobl 2001/184 = ZIK 2001/111, 61.

110 OGH 5 Ob 236/00t MietSlg 52.567 = immolex 2001/105 = wobl 2001/86 (*Call*); *Würth* in *Rummel*, ABGB³ II/5 § 27 WEG Rz 1; *ders*, Die Wohnrechtsnovelle 1999 – kritisch betrachtet (Wohnungseigentumsrecht) Teil II, wobl 2000, 133 (137); *Löcker* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht II § 27 WEG Rz 13.

und Antrag müssen also innerhalb von sechs Monaten ab Fälligkeit der Forderung beim zuständigen Gericht einlangen.¹¹¹ Nun ist es zwar für eine Aktivierung des Vorzugspfandrechts erforderlich, dass der (rechtzeitige) Antrag auf Klagsanmerkung idF auch bewilligt wird; der Anmerkungsantrag darf daher nicht im Hinblick auf die Konkurseröffnung zurückgewiesen werden. Der *Zeitpunkt der Bewilligung* des Antrags ist allerdings (nach dem eindeutigen Wortlaut des § 27 Abs 2 WEG 2002) irrelevant.¹¹² Insolvenzrechtlich folgt daraus, dass der Kläger bei rechtzeitiger Klagseinbringung und rechtzeitigem Anmerkungsantrag vor Konkurseröffnung bereits die Stellung eines Absonderungsgläubigers mit allen rechtlichen Konsequenzen innehat, auch wenn die Bewilligung noch aussteht. Mangels Sonderregelung muss daher grundsätzlich auch hier der allgemeine Grundsatz der Verfahrensunterbrechung bei Massebezogenheit zum Tragen kommen; eine unbotmäßige Beeinträchtigung der Rechtsstellung des Vorzugspfandgläubigers ist damit nicht verbunden.

D Aufteilung des ehelichen Gebrauchsvermögens

Hinsichtlich des Schicksals von *Außerstreitverfahren zur Aufteilung des ehelichen Gebrauchsvermögens* wurde bereits aufgrund der alten Rechtslage zutreffend nach dem *Zeitpunkt der Ehescheidung* unterschieden. Da die neue Rechtslage insoweit keine Änderungen mit sich gebracht hat, ist nach wie vor folgendermaßen abzugrenzen: Erfolgt die *Scheidung vor der Konkurseröffnung*, so unterliegt der Aufteilungsanspruch des anderen Ehegatten den Konkurswirkungen. Er ist daher – soweit die Konkursmasse betroffen ist¹¹³ – aufgrund der *Verfahrenssperre* nicht (mehr) im Außerstreitverfahren, sondern ausschließlich im Konkursverfahren (also ggf im Wege der Umwandlung iSd § 14 KO als Geldforderung zum Schätzwert) geltend zu machen.¹¹⁴ Ein außerstreitiges Prüfungsverfahren ist erst nach Forderungsbestreitung zulässig.¹¹⁵ Dementsprechend werden anhängige Aufteilungsverfahren durch die Konkurseröffnung ex lege unterbrochen.¹¹⁶

Wird die Ehe hingegen erst *nach der Konkurseröffnung geschieden*, so hat der andere Ehegatte einen vom Konkurs *ausgeschlossenen Anspruch*, für den während des Konkurses allein das konkursfreie Vermögen haftet. Er ist daher im Außerstreitverfahren geltend zu machen, wobei das Außerstreitgericht conse-

111 *Reckenzaun*, Insolvenzverfahren und Vorzugspfandrecht nach § 13c WEG, immolex 2002, 121; *Angst in Angst*, Exekutionsordnung² (2008) § 216 Rz 9b.

112 *Würth in Rummel*, ABGB³ II/5 § 27 WEG Rz 8; *Löcker in Hausmann/Vonkilch*, Wohnrecht II § 27 WEG Rz 17.

113 Vgl *Schneider*, ZIK 2006/41, 40, die diesbezüglich auf „konkursfreien“ Hausrat oder die dem Gemeinschuldner überlassene Ehewohnung bzw Mietrechte an derselben (§ 5 Abs 3 und 4 KO) verweist.

114 RIS-Justiz RS0008504; zuletzt OGH 2 Ob 261/05d FamZ 2006/42; *Schubert in Konecny/Schubert*, Kommentar § 7 Rz 20; *Konecny in Konecny*, Insolvenz-Forum 2005, 224; *Schneider*, ZIK 2006/41, 40; jeweils mwN.

115 OGH 2 Ob 261/05d FamZ 2006/42 (mit dem Hinweis darauf, dass ein bereits neben der Forderungsanmeldung eingeleitetes Aufteilungsverfahren an sich nichtig ist; diese Nichtigkeit wird aber durch die zwischenzeitliche Bestreitung der Konkursforderung unbeachtlich).

116 RIS-Justiz RS0057570; zuletzt OGH 2 Ob 165/04 k.

quenter Weise nur konkursfreies (und zwar sowohl „an sich“ konkursfreies als auch aus der Masse freigegebenes) Vermögen zuweisen darf. Hinsichtlich des konkursverfangenen Vermögens ist hingegen der Ausgang des Konkursverfahrens abzuwarten.¹¹⁷

E Sukzessive Kompetenz

Nach wie vor eher problematisch ist die Rechtslage schließlich dann, wenn – wie etwa im Anwendungsbereich des § 40 MRG oder des § 18 EISbEG – einem Außerstreitverfahren zwingend ein *Verwaltungsverfahren* vorgeschaltet ist: Verwaltungsverfahren bleiben nämlich nach der hM von der Konkursöffnung generell unberührt; vielmehr sei nur der Masseverwalter dem Verfahren beizuziehen.¹¹⁸ Jedenfalls soweit es dabei um die Geltendmachung privatrechtlicher Ansprüche geht, ist schon diese (iW nur durch das Schweigen des Gesetzgebers begründbare) Grundauffassung unzutreffend.¹¹⁹ Vielmehr ist insoweit eine planwidrige Gesetzeslücke anzunehmen, die durch die analoge Anwendung der für Zivilverfahren geltenden Bestimmungen zu schließen ist.

Umso mehr ist – wie sogar die Gesetzesmaterialien unmissverständlich andeuten¹²⁰ – eine solche Analogie im Bereich der *sukzessiven Kompetenz* erforderlich, denn andernfalls käme es zu einer willkürlich anmutenden Ungleichbehandlung von Außerstreitverfahren und Verwaltungsverfahren in ein und derselben Causa.¹²¹ Je nachdem, wie weit das Verfahren bereits gediehen wäre (ob es sich also noch im Stadium vor der Schlichtungsstelle oder bereits in jenem vor dem Außerstreitgericht befände), würde das Verfahren ex lege unterbrochen oder nicht. Zur Unterbindung dieses sachlich nicht zu rechtfertigenden Ergebnisses ist daher jedenfalls im Bereich der sukzessiven Kompetenz eine *Sperre bzw Unterbrechung auch des vorgelagerten Verwaltungsverfahrens* zu befürworten.¹²²

117 OGH 2 Ob 190/03k EFSlg 106.841 = ZIK 2004/64, 52; OGH 2 Ob 184/03b EFSlg 106.840 = NZ 2004/64 = ZIK 2004/63; *Konecny* in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2005, 224; *Schneider*, ZIK 2006/41, 40.

118 Statt vieler *Schubert* in *Konecny/Schubert*, Kommentar § 6 Rz 45 ff und § 7 Rz 23 mwN (mit aA im Sinn einer Bejahung der Unterbrechung hinsichtlich der Geltendmachung von Ansprüchen privatrechtlicher Natur); *Buchegger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ I § 6 Rz 44 f mwN.

119 Ebenso *Bartsch* in *Bartsch/Pollak*, KO³ I 74; *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 594; *Jelinek* in FS Wagner 210; *Konecny*, NZ 2001, 38; vgl auch *dens* in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2005, 228 sowie *Schneider*, ZIK 2006/41, 41.

120 ErläutRV 1168 BlgNR 22. GP 16.

121 *Konecny*, NZ 2001, 38.

122 Ebenso *Konecny* in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2005, 228; *Schneider*, ZIK 2006/41, 41.