

Dokument 8 von 9

wirtschaftsrechtliche blätter

 VERLAG  
ÖSTERREICH

---

wbl 2000, 107

Heft 3 v. 20.03.2000

Aufsätze

## Endgültigkeit der Freigabe?

von Univ.-Ass. Dr. Bettina **Nunner-Krautgasser**

von Univ.-Ass. Dr. Bettina **Nunner-Krautgasser**, Graz

Zur Frage der Wiedereinbeziehung ausgeschiedenen Vermögens in die Konkursmasse

Deskriptoren: Absonderungsgläubiger; Ausscheidung; Ausscheidungsbeschluß; Freigabe; Inkassozeession; Insolvenz; Konkurs; konkursfreies Vermögen; Konkursmasse; Konkurszwecke; Prognoseentscheidung; Prozeßkostenrisiko; Rechtsgestaltung. KO: § 4 Abs 2, § 8, § 119 Abs 5, § 138 Abs 3.

### I. Grundlagen

1. Die Eröffnung des Konkurses bewirkt, daß das Vermögen des Gemeinschuldners in zwei Haftungsmassen aufgespaltet wird, nämlich in das *konkursunterworfenen Vermögen* (Konkursmasse) einerseits und in das *konkursfreie Vermögen* andererseits.

Zum Haftungsfonds des konkursunterworfenen Vermögens gehören an sich auch *Vermögenswerte, die für die Konkurszwecke untauglich sind*<sup>1)</sup>. Solche Objekte können jedoch nach mehreren Bestimmungen unseres Konkursrechts (§ 4 Abs 2, § 8, § 119 Abs 5 und § 138 Abs 3 KO)<sup>2)</sup> durch konstitutive Akte der Konkursorgane aus dem Konkursbeschlagn entlassen und dem Gemeinschuldner überlassen - also konkursfreies Vermögen - werden. Dieser Vorgang wird in Österreich "*Ausscheidung*" oder (in Anlehnung an den deutschen Sprachgebrauch) auch "*Freigabe*" genannt.

Den Grundtatbestand über die Freigabe enthält § 119 Abs 5 KO<sup>3)</sup>; auf ihn konzentriert sich daher die Darstellung. Nach dieser Bestimmung kann der Gläubigerausschuß mit konkursgerichtlicher Genehmigung beschließen, daß "Sachen unbedeutenden Wertes" und "Forderungen, deren Eintreibung keinen ausreichenden Erfolg verspricht" dem Gemeinschuldner zur freien Verfügung überlassen werden, wenn ihre Verwertung im Konkursverfahren im Ergebnis keinen Zufluß zur Konkursmasse erwarten läßt<sup>4)</sup>.

2. Bei der Entscheidung über die Freigabe ist stets eine *Prognose* zu treffen. Dies ist bei der Freigabe zweifelhafter Forderungen besonders klar ersichtlich: Hier gilt es zu beurteilen, ob die Forderung nicht einredebehaftet ist, ferner ob sie voraussichtlich einbringlich sein wird, was insb anhand der Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Schuldners des Gemeinschuldners zu prüfen ist<sup>5)</sup>. Häufig noch viel schwerer einzuschätzen sind die Verwertungsaussichten bei Liegenschaften, die mit Absonderungsrechten überlastet sind<sup>6)</sup>.

Erweist sich jedoch die Prognoseentscheidung der Konkursorgane nach erfolgter Freigabe als verfehlt, zB weil der Gemeinschuldner eine zweifelhafte Forderung doch einbringlich machen konnte oder weil die Verwertung einer pfandrechtsüberlasteten Liegenschaft doch eine Hyperocha ergeben hat, so liegt die Frage auf der Hand, ob der entsprechende Betrag wiederum in die Konkursmasse einbezogen werden kann<sup>7)</sup>.

Daran anknüpfend liegt der Versuch nahe, schon den Freigabevorgang so auszugestalten, daß von vornherein für den Fall entsprechend Vorsorge getroffen wird, daß ein freigegebenes Objekt sich als "wertvoller" als zunächst angenommen erweist.

Aus vergleichbaren Erwägungen hat die deutsche Praxis die "modifizierte" Freigabe entwickelt: Als "modifiziert" wird die Freigabe in Deutschland nämlich dann bezeichnet, wenn sie in der Weise erfolgt, daß ein freigegebener Masseanteil bzw ein entsprechender Verwertungserlös nicht dauerhaft im konkursfreien Vermögen des Gemeinschuldners verbleiben, sondern später wieder der Masse zukommen soll<sup>8)</sup>. Die Zulässigkeit einer solchen Konstruktion wird teils bejaht, teils jedoch vehement verneint<sup>9)</sup>.

Solche Vorgänge bezwecken häufig die - einseitige und daher zum Nachteil des Prozeßgegners erfolgende - Entlastung der Masse von Prozeßkostenrisiken<sup>10)</sup>. Sie können jedoch auch in anderen Zusammenhängen in Frage kommen; so etwa dann, wenn (wie erwähnt) eine pfandrechtsüberlastete Liegenschaft freigegeben und dabei für den Fall ihrer späteren Lastenfreiheit vorgesorgt werden soll<sup>11)</sup>.

3. Wie bereits angedeutet wurde, stellt sich die Frage, ob ein solcher, einer "modifizierten" Freigabe gleichkommender Vorgang zulässig ist, nicht nur im Hinblick auf die freigegebene Sache selbst, sondern auch im Hinblick auf einen *Erlös* aus der Verwertung eines freigegebenen Objekts: Durch die Freigabe wird nämlich nicht nur das freigegebene Objekt selbst, sondern auch der Erlös aus der Verwertung eines solchen Objekts konkursfrei<sup>12)</sup>. Ergibt sich also etwa bei der Verwertung einer freigegebenen Liegenschaft eine Hyperocha, so gehört diese nicht zur Konkursmasse.

Dies folgt bereits daraus, daß die Konkursfreiheit infolge Freigabe auf einer *Entscheidung der Konkursorgane* gegen das Belassen eines Vermögenswertes in der Masse beruht; das Schutzbedürfnis des Gemeinschuldners spielt hier (im Unterschied zur Konkursfreiheit infolge Unpfändbarkeit) keine Rolle. Diese Entscheidung bewirkt, daß der Gemeinschuldner über die freigegebene Sache wieder uneingeschränkt verfügen darf; ihm kommen also im Hinblick auf das freigegebene Objekt nun wieder alle Eigentümerbefugnisse wie vor der Konkursöffnung zu. Übt er aber eine dieser Befugnisse - die Veräußerungsbefugnis - aus, so kann dies nicht dazu führen, daß der Erlös aus der Veräußerung wiederum der Masse zukommen soll.

Daher ist festzuhalten, daß die Freigabe eines massezugehörigen Objekts stets auch einen allfälligen Erlös aus der Veräußerung des freigegebenen Objekts erfaßt. Dieser ist kein Neuerwerb iSd § 1 Abs 1 KO und somit nicht Bestandteil der Sollmasse<sup>13)</sup>.

## II. Der Meinungsstand in Österreich

Sowohl die Praxis als auch die Lehre sehen sich immer wieder mit dem hier angesprochenen Fragenkreis konfrontiert. Insoweit herrscht in Österreich - soweit ersichtlich - Einigkeit in Lehre<sup>14)</sup> und Rsp<sup>15)</sup>: Ein einmal freigegebenes Objekt scheidet endgültig aus der Konkursmasse aus; weder das freigegebene Objekt selbst noch ein allfälliger Verwertungserlös darf später wieder in die Masse einbezogen werden.

Was die Freigabe nach § 119 Abs 5 KO anbelangt, so wird dieses Ergebnis auf die *materielle Rechtskraft des Ausscheidungsbeschlusses* gestützt<sup>16)</sup>. Daß es dem Gemeinschuldner etwa nach der rechtskräftigen Freigabe einer Forderung gelinge, diese hereinzubringen, ändere nichts an der Identität der Sache<sup>17)</sup>.

Soweit es sich um eine Freigabe nach § 8 KO handelt, wird das entsprechende Resultat mit der *Unwiderruflichkeit der Erklärung des Masseverwalters* begründet<sup>18)</sup>.

Der Masseverwalter habe sich insoweit durch einen Antrag auf Freigabe gem § 119 Abs 5 KO (in gleicher Weise wohl auch durch eine Freigabe etwa nach § 8 KO) der Befugnis, einer möglichen Benachteiligung der Beteiligten<sup>19)</sup> im Zusammenhang mit dem freigegebenen Objekt entgegenzuwirken (vgl § 81 Abs 2 KO), unwiderruflich begeben<sup>20)</sup>.

### III. Der Meinungsstand in Deutschland

Die Zulässigkeit einer "modifizierten" Freigabe ist nach deutschem Recht, nach dem die Freigabe durch einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung des Insolvenzverwalters erfolgt<sup>21)</sup>, äußerst umstritten.

Zunächst ist eine terminologische Klarstellung geboten: Mitunter wird nämlich in Deutschland auch die bloße Ermächtigung des Gemeinschuldners zur Prozeßführung über massezugehörige Rechte als "modifizierte Freigabe" bezeichnet<sup>22)</sup>. Eine solche Vorgangsweise kommt in Österreich von vornherein nicht in Betracht, weil die herrschende zivilprozessuale Ansicht eine (gewillkürte) Trennung von materieller Rechtsbefugnis und prozessualen Durchsetzungsrecht mit Recht für unzulässig erachtet<sup>23)</sup>.

Der wohl überwiegende Teil der deutschen Lehre und Rsp verwendet den Begriff der "modifizierten" Freigabe allerdings (wie hier) ausschließlich im technischen Sinn, nämlich im Sinn einer Freigabe mit dem Vorbehalt der (Wieder)Einbeziehung des Objekts bzw des Veräußerungserlöses in die Masse.

Was die Frage ihrer Zulässigkeit anbelangt, so lassen sich die einschlägigen Äußerungen grundsätzlich in zwei Gruppen einordnen: Ein Teil der deutschen Lehre<sup>24)</sup> spricht sich - zT mit der Begründung, es handle sich dabei um eine "Parallele zur Inkassozeession"<sup>25)</sup> - für die weitgehende Zulässigkeit einer "modifizierten" Freigabe aus.

Der andere Teil der deutschen Lehre lehnt eine "modifizierte" Freigabe hingegen generell mit folgender Begründung ab<sup>26)</sup>: Mit einer Freigabeerklärung muß stets ein dauerhafter Verzicht auf die Massezugehörigkeit einhergehen; andernfalls käme es zu einem Schwebezustand, während dessen Dauer zweifelhaft wäre, wem die Verfügungs- und Prozeßführungsbefugnis über das freigegebene Objekt zukommt<sup>27)</sup>. Gebe der Verwalter zwar eine Freigabeerklärung ab, lasse er sich zugleich aber den "Erlös" oder den "Zahlungsanspruch" abtreten, so mangle es an einem dauerhaften Verzicht<sup>28)</sup>; in einem solchen Vorgang könne daher keine rechtswirksame Freigabe liegen.

Es müsse daher zunächst im Wege der Auslegung der Freigabeerklärung überprüft werden, ob eine die Konkursfreiheit begründende Freigabe überhaupt gewollt sei. Daran fehle es etwa dann, wenn der Verwalter dem Gemeinschuldner nur die Betreuung der Forderung "überläßt", die Kosten hierfür (aus der Masse) vorstreckt und den Gemeinschuldner verpflichtet, einen erlangten Erlös an die Masse abzuführen: Hier bleibe nämlich der wirtschaftliche Wert der Forderung in der Masse; eine "Freigabeerklärung" mit derart beschränkter Wirkung, daß dem Gemeinschuldner nicht die Rechtsstellung eingeräumt werde, die ihm vor der Konkursöffnung zukam, sei aber nicht geeignet, die Konkursbefangenheit zu beenden<sup>29)</sup>. Entsprechendes gilt nach dieser Auffassung ganz allgemein für den Fall, daß der Verwalter nur die Prozeßführung an den Gemeinschuldner freigibt, das streitverfangene Objekt jedoch in der Masse beläßt<sup>30)</sup>.

Insoweit könne auch eine "Parallele zur Inkassozeession" keine "modifizierte" Freigabe rechtfertigen: Gehe eine Forderung nämlich nur treuhänderisch vom konkursbefangenen in das konkursfreie Vermögen des Gemeinschuldners über, so trete gerade keine - für die Freigabe unerläßliche - haftungsrechtlich erhebliche Vermögensverschiebung ein<sup>31)</sup>.

### IV. Stellungnahme

1. Die "modifizierte" Freigabe entspricht durchaus einem Hauptzweck des Konkurses, nämlich dem der bestmöglichen, gemeinschaftlichen Gläubigerbefriedigung. Insoweit wäre ein Rechtsinstitut freilich auch in Österreich recht "praktisch", das es erlauben würde, für die Konkurszwecke voraussichtlich untaugliche - weil keine (nennenswerten) Erlöse versprechende - Objekte zunächst ohne Risiko freizugeben, allfällige Erlöse aber jedenfalls in die Masse einzubeziehen<sup>32)</sup>.

Ob jedoch die bloße Berufung auf diesen Konkurszweck<sup>33)</sup> ausreicht, um eine solche Vorgangsweise zu rechtfertigen, ist zweifelhaft.

2. Ausgangspunkt für die Lösung dieser Frage ist die Freigabeentscheidung selbst: Bei dieser gehören, wie bereits angedeutet, *prognostische Erwägungen* zur Tatsachengrundlage. Das bedeutet, daß die voraussichtliche Entwicklung jedenfalls den Grundlagen der Entscheidung über die Freigabe zugerechnet werden muß. Die Möglichkeit einer gewinnbringenden Verwertung des Objekts bzw der späteren Lastenfreiheit insb einer mit Absonderungsrechten überlasteten Liegenschaft kann zur Zeit der Beschlußfassung über den Antrag auf Freigabe niemals gänzlich ausgeschlossen werden.

Ist die Entscheidung über die Freigabe aber insoweit eine *Prognoseentscheidung*<sup>34)</sup>, so kann der Nichteintritt des prognostizierten Tatbestands (etwa wenn sich eine als dubios eingeschätzte Forderung in der Folge als einbringlich erweist oder wenn der Gemeinschuldner bei der Veräußerung eines freigegebenen Objekts wider Erwarten einen Überschuß erzielen kann) keinesfalls als eine den Rechtsgestaltungsgrund nachträglich beseitigende Sachverhaltsänderung qualifiziert werden. Die - zu Recht erfolgte - Gestaltung kann deshalb nicht rückgängig gemacht werden<sup>35)</sup>.

In diesem "klassischen" Fall der Freigabe kann die Unzulässigkeit der Wiedereinbeziehung freigegebenen Vermögens daher ohne weiteres mit der *materiellen Rechtskraft des konkursgerichtlichen Genehmigungsbeschlusses* begründet werden<sup>36)</sup>. Eine Wiedereinbeziehung ist insoweit unzulässig, auch wenn sich die Prognoseentscheidung der Konkursorgane als verfehlt erweist<sup>37)</sup>.

3. Das lediglich auf die materielle Rechtskraft des Ausscheidungsbeschlusses abstellende prozessuale Argument erweist sich allerdings bei näherer Betrachtung als vordergründig: Es ist nämlich, wie oben<sup>38)</sup> bereits angedeutet, auch eine von vornherein "beschränkte"<sup>39)</sup> Freigabe in dem Sinn vorstellbar, daß bereits im Antrag auf Freigabe (bzw in weiterer Folge im konkursgerichtlichen Genehmigungsbeschuß) Vorsorge für den Fall getroffen wird, daß eine Freigabe sich nachträglich als unzumutbar erweist. Dabei müßte freilich bei der Freigabe selbst eine bedingte Wiedereinbeziehung des freigegebenen Objekts bzw eines allfälligen Veräußerungserlöses in die Masse angeordnet werden, wobei das Verfügungsrecht über das betreffende Objekt in der Zwischenzeit dem Gemeinschuldner zukäme. Bei einer solchen "beschränkten" Freigabe wäre die Rechtskraft des Genehmigungsbeschlusses nämlich kein Hindernis für die neuerliche Einbeziehung.

Der Wortlaut des § 119 Abs 5 KO ist insoweit unergiebig: Er untersagt eine solche Vorgangsweise nicht ausdrücklich, läßt sie aber auch nicht ausdrücklich zu. Dies genügt jedoch für sich allein noch nicht als Begründung für die Unzulässigkeit einer "beschränkten" Freigabe<sup>40)</sup>.

Vielmehr ist zu unterscheiden:

a) Zuzulassen ist eine *aufschiebend bedingte* Rechtsgestaltung im Ausscheidungsbeschuß: Hier tritt kein Schwebestand ein, während dessen Dauer das weitere Schicksal des freigegebenen Objekts ungewiß wäre. Vielmehr ist das betreffende Objekt bis zum Eintritt der aufschiebenden Bedingung Masse teil, danach jedoch - endgültig - konkursfrei.

Die eben beschriebene Vorgangsweise wird jedoch häufig gerade nicht zum beabsichtigten Ziel führen: Bei der Freigabe einer pfandrechtsüberlasteten Liegenschaft nach § 119 Abs 5 KO etwa wird sich nämlich idR erst nach dem Eintritt der Konkursfreiheit herausstellen, ob die Absonderungsgläubiger wegen anderweitiger Befriedigung oder wegen eines Stillhalteabkommens mit dem Gemeinschuldner nicht mehr auf Befriedigung aus der Liegenschaft dringen<sup>41)</sup>.

b) Ganz allgemein wird das Bestreben im gegebenen Zusammenhang vielmehr darauf gerichtet sein, Prozeßführungs- und Verwertungsakte wegen des Kostenrisikos dem Gemeinschuldner zu überantworten und einen allfälligen Erlös wieder der Masse zuzuführen. Dies ist aber nur mit einer Konstruktion erzielbar, die das jeweilige Objekt bloß vorübergehend konkursfrei macht, sodaß der Gemeinschuldner die uneingeschränkte Verfügungsmacht darüber nur

vorübergehend erlangt. Daraus folgt, daß eine "beschränkte" Freigabe nur im Wege einer *auflösend bedingten Rechtsgestaltung* erfolgen könnte, bei der die Konkursfreiheit bei Bedingungsseintritt ex nunc wieder wegfiel<sup>42</sup>).

Gegen eine solche "modifizierte" bzw "beschränkte" Freigabe sprechen nicht prozessuale, sondern erhebliche materielle Gründe.

Zunächst ist hier an die Verlagerung des *Prozeßkostenrisikos* zu denken, mit der die Zulassung einer "modifizierten" Freigabe notwendigerweise einhergeht: Wird nämlich ein streitverfangener Masseteil freigegeben und verliert der - in den Rechtsstreit eintretende - Gemeinschuldner den Prozeß, so kann der obsiegende Gegner jedenfalls wegen seiner nach der Freigabe anfallenden Kostenersatzansprüche nur auf das konkursfreie Vermögen des Gemeinschuldners zugreifen. Hingegen könnte im umgekehrten Fall - also bei Obsiegen des Gemeinschuldners - der Erlös (samt der Kostenersatzansprüche) in die Masse einbezogen werden<sup>43</sup>). Eine solche Risikoverlagerung verstößt jedoch nicht nur gegen das prozessuale Fairneßgebot<sup>44</sup>), sondern ist auch mit dem Charakter der Entscheidung über die Freigabe als Risikoentscheidung unvereinbar<sup>45</sup>). Darüber hinaus gilt ganz allgemein, daß ein Spekulieren der Masse zu Lasten Dritter unzulässig ist.

Des weiteren sind *Verkehrsschutzüberlegungen* anzustellen: Neugläubiger des Gemeinschuldners, die wegen ihrer Forderungen auf dessen konkursfreies Vermögen verwiesen sind, müssen befürchten, daß ihnen ein Befriedigungsobjekt wieder entzogen wird. Die Schutzwürdigkeit dieser - oft übersehenen - Gläubigergruppe ist aber jedenfalls ungleich stärker zu gewichten als ein allfälliges mittelbares Interesse des Gemeinschuldners, durch Vergrößerung der Masse seine Haftung nach dem Konkurs zu vermindern<sup>46</sup>).

Bedacht zu nehmen ist im gegebenen Zusammenhang aber nicht nur auf diejenigen Gläubiger, welche nur auf das konkursfreie Vermögen des Gemeinschuldners zugreifen dürfen. Vielmehr erfordern auch die Interessen der Konkursgläubiger eine gesicherte Rechtslage: Während der Dauer des Schwebezustandes wären die Interessen der Masse und damit der Konkursgläubiger nämlich keineswegs ausreichend gesichert. Hier ist etwa an eine Verpfändung der (vorläufig) freigegebenen Objekte durch den Gemeinschuldner bzw an eine Pfändung der (vorläufig) freigegebenen Objekte zugunsten von Neugläubigern, im Zusammenhang mit der Freigabe von Forderungen auch an eine zwischenzeitige Aufrechnung zu denken.

Dazu kommt noch, daß mit dem "beschränkt" freigegebenen Objekt zusammenhängende Verfahren während der Zeit der vorläufigen Konkursfreiheit des Objekts gegen den Gemeinschuldner weiterzuführen wären. Auch dies ist untragbar: Der Schutz der Masseinteressen gebietet es, daß dann, wenn eine Freigabe an wirtschaftliche Vorgänge gebunden wird, diese vor der Rechtskraft des Ausscheidungsbeschlusses abgeschlossen sein müssen.

Dies gilt auch dann, wenn Absonderungsgläubiger mit dem Gemeinschuldner (bzw mit zahlenden Dritten) in einer für die Masse (und damit für die Konkursgläubiger) nachträglichen Weise zusammengewirkt haben<sup>47</sup>), sodaß die freigegebene Liegenschaft wider Erwarten lastenfrei wird: Auch in diesem (Einzel)Fall wiegen die zu befürchtenden Mißbrauchsmöglichkeiten schwerer als denkbare Vorteile. Dem Problem der nachträglichen Lastenfreiheit kann daher nur dadurch begegnet werden, daß die Konkursorgane die Entscheidung über die Massezugehörigkeit in solchen Fällen besonders sorgfältig zu überdenken haben.

Daher ist festzuhalten, daß mit einer Freigabe stets die *endgültige Überführung* eines an sich konkursunterworfenen Objekts *in das konkursfreie Vermögen* des Gemeinschuldners, also die endgültige Entlassung aus der konkursrechtlichen Haftungsfunktion und die endgültige Überführung in den Haftungsfonds der Neugläubiger, bewirkt werden muß. Insoweit ist auch das im gegebenen Zusammenhang von der Rsp geformte Prinzip, daß das "In-Kauf-Nehmen" einer möglichen lukrativen Verwertung bzw einer eintretenden Lastenfreiheit bei der Entscheidung über die Freigabe bewirke, daß die materielle Rechtskraft des Ausscheidungsbeschlusses die (Wieder)Einbeziehung verhindere<sup>48</sup>), präziser zu formulieren, nämlich dahin, daß die Möglichkeit des Nichteintritts von Prognosen bei einer solchen Risikoentscheidung schlechtweg in Kauf zu nehmen ist.

Einer "modifizierten" bzw "beschränkten" Freigabe in der Form, daß bereits im konkursgerichtlichen Genehmigungsbeschluß die (Wieder)Einbeziehung des freigegebenen Objekts bzw des Veräußerungserlöses in die Masse unter bestimmten Voraussetzungen verfügt wird, ist somit - im Einklang mit der bisherigen österreichischen Lehre und Rsp - die Zulässigkeit zu versagen.

### V. Privatrechtliche Vereinbarung?

Zu untersuchen ist schließlich, ob eine privatrechtliche Vereinbarung zwischen dem Masseverwalter (genauer: der durch den Masseverwalter vertretenen Masse) und dem Gemeinschuldner zulässig ist, bei der sich der Gemeinschuldner aus freien Stücken verpflichtet, einen erzielten Verwertungserlös (bzw Überschuß) an die Masse abzuliefern.

Dies kann jedenfalls nicht im Wege einer - gleichzeitig mit der Freigabe erfolgenden - Vereinbarung geschehen, in der der Gemeinschuldner die Verfügungsmacht über eine freigegebene Sache bzw insb über einen allfälligen Verwertungserlös (Überschuß) im vorhinein an die Masse (rück)überträgt: Einer solchen Vereinbarung steht zum einen bereits die - oben (IV.) eingehend erörterte - Unzulässigkeit einer Risikoverlagerung auf Dritte entgegen. Zum anderen muß eine Freigabe notwendigerweise bewirken, daß das freigegebene Objekt (samt allfälliger Surrogate<sup>49</sup>) auch "wirtschaftlich" in das konkursfreie Vermögen des Gemeinschuldners übergeht; dies wäre aber bei einer vorweggenommenen (Rück)Übertragung der Verfügungsrechte an die Masse - unabhängig davon, ob diese an die Eintritt bestimmter Ereignisse (zB ein Obsiegen im Prozeß) geknüpft wird oder nicht - nicht der Fall.

Gangbar ist hingegen die Variante, eine "normale" Freigabe mit einer obligatorischen Verpflichtung des Gemeinschuldners zur (Rück)Übertragung eines erzielten Erlöses bzw Überschusses an die Masse zu verbinden. Im Gegensatz zur "modifizierten" (also auflösend bedingt verfügten) Freigabe bzw zur soeben beschriebenen vorweggenommenen (Rück)Übertragung der Verfügungsrechte kommt es dabei nämlich sehr wohl zu einer "unbedingt" rechtswirksamen Freigabe, die insoweit auch eine endgültige Entlassung aus der konkursrechtlichen Haftungsfunktion (und damit einen - an sich dauerhaften - Übergang der Verfügungsrechte) bewirkt.

Die grundsätzliche Zulässigkeit einer solchen Vorgangsweise ergibt sich aus sich selbst heraus; hierfür muß nicht erst - wie dies teilweise in Deutschland versucht wurde - auf eine angebliche Parallele<sup>50</sup> zur Inkassozeession<sup>51</sup> hingewiesen werden.

In der Tat stehen dem auch erhebliche Unterschiede zur Inkassozeession entgegen: Diese verändert nämlich nicht die Haftungslage, weil die abgetretene Forderung "wirtschaftlich" beim Zedenten bleibt. Das zeigt sich nicht zuletzt dadurch, daß dem Zedenten im Konkurs des Zessionars die Rechtsstellung eines Aussonderungsgläubigers zukommt<sup>52</sup>. Ginge eine Forderung allerdings nur "treuhänderisch" von der Masse in das konkursfreie Vermögen über, so würde es - wie *Henckel*<sup>53</sup> zutreffend ausführt - gerade an einer (für die Freigabe unerläßlichen) haftungsrechtlich erheblichen Vermögensverschiebung fehlen. Auch ist die Interessenlage nicht mit derjenigen bei einer Inkassozeession identisch: Bei dieser besteht im Innenverhältnis zwischen Zedenten und Zessionar ein Auftragsverhältnis, das den Zedenten zum Aufwandersatz verpflichtet. Wird dieser Aufwandersatz jedoch ausgeschlossen, so liegt der Verdacht der Manipulation auf der Hand<sup>54</sup>.

Auch hier ist allerdings von Bedeutung, daß eine Inkassozeession, die mißbräuchlich (also allein zum Zweck der Abwälzung des Kostenrisikos) erfolgt, den guten Sitten widerspricht und daher nichtig ist<sup>55</sup>. Dieser Grundsatz muß jedenfalls auch für eine privatrechtliche Vereinbarung zwischen Masseverwalter und Gemeinschuldner gelten, mit der sich der Gemeinschuldner verpflichtet, einen erzielten Verwertungserlös bzw Überschuß an die Masse abzuliefern.

Eine *privatrechtliche Vereinbarung* über die Übertragung der Verfügungsmacht an einem erzielten Erlös (bzw Überschuß) an die Masse ist somit, soweit sie nicht ausschließlich zum Zweck der Verlagerung des Kostenrisikos auf Dritte getroffen wird, *zulässig*<sup>56</sup>.

Zu beachten ist allerdings, daß die Vereinbarung (die der Masse lediglich eine Art "Verschaffungsanspruch" einräumt) *nicht exekutionsfest* ist: Ein auf das konkursfreie Vermögen angewiesener Dritter (etwa ein Neugläubiger des

Gemeinschuldners) kann in der Zwischenzeit auf das freigegebene Objekt bzw auf den Verwertungserlös zugreifen und auf diese Weise die (Wieder)Einbeziehung vereiteln.

## VI. Ergebnis

Die Freigabe von Konkursvermögen darf nach österreichischem Recht nur derart erfolgen, daß das freigegebene Objekt *endgültig konkursfrei* wird. Konstruktionen, die die Wiedereinbeziehung einmal freigegebener Masseanteile für den Fall vorsehen, daß sich die Freigabeentscheidung der Konkursorgane im nachhinein als verfehlt erweist ("modifizierte" bzw "beschränkte" Freigabe), sind daher *unzulässig*. Insbesondere kann im konkursgerichtlichen Genehmigungsbeschluß iSd § 119 Abs 5 KO ("Ausscheidungsbeschluß") keine auflösend bedingte Freigabe verfügt werden.

Zulässig ist hingegen eine anlässlich der Freigabe getroffene privatrechtliche Vereinbarung zwischen Masseverwalter und Gemeinschuldner, in der sich der Gemeinschuldner verpflichtet, einen erzielten Verwertungserlös bzw Überschuß an die Masse abzuliefern; diese darf allerdings - entsprechend den zur Inkassoession entwickelten Prinzipien - nicht ausschließlich dem Zweck der Verlagerung des Kostenrisikos auf Dritte dienen.

1) Vgl dazu grundlegend *Petschek/Reimer/Schiemer*, Das österreichische Insolvenzrecht (1973) 438; *Jelinek*, Konkursfreiheit und Gläubigerrecht, in *Kralik-FS* (1986) 229 (231 ff); *Nunner*, Die Freigabe von Konkursvermögen (1998).

2) Ein anderes Ziel verfolgt § 5 KO, der die Freigabe zum Schutz des notwendigen Unterhalts des Gemeinschuldners regelt.

3) Kritisch zur - im Rahmen des IVEG BGBl I 1999/73 wieder rückgängig gemachten - Änderung des § 119 Abs 5 KO durch das IRÄG 1997 *Jelinek/Nunner*, Kein konkursfreies Vermögen im Konkurs juristischer Personen, ZIK 1997, 115; *Reich-Rohrwig/Zehetner*, Das neue Insolvenzrecht (1997) 28; *Schumacher*, Das Unternehmensreorganisationsgesetz, ÖBA 1997, 855 (865); *Bertl/Isola/Petsch/Reckenzaun*, Praxishandbuch Konkursabwicklung (1997) 435.

4) Näheres dazu s *Nunner*, Freigabe 18 ff.

5) Vgl dazu VwGH 10. 7. 1996 SWK 1997/S, 22.

6) Näheres dazu s *Nunner*, Freigabe 26 ff.

7) Vgl dazu etwa den der E des OGH v 30. 3. 1995, 8 Ob 6/95 (insoweit nicht veröffentlicht in ZIK 1995, 156) zugrundeliegenden Sachverhalt. Der Vollständigkeit halber ist anzumerken, daß von der Frage der *nachträglichen Wiedereinbeziehung* freigegebener Sachen bzw eines Veräußerungserlöses in die Konkursmasse der Fall abzugrenzen ist, daß gegen eine Freigabe sprechende Tatsachen zwar bereits vor der erstinstanzlichen Beschlußfassung iSd § 119 Abs 5 KO gegeben waren, aber erst nach der Rechtskraft des konkursgerichtlichen Genehmigungsbeschlusses bekannt werden: Da hier die in der Freigabe liegende Rechtsgestaltung von vornherein nicht zu Recht erfolgt ist, kommt insoweit nur eine sinngemäße Anwendung der Wiederaufnahmsbestimmungen der ZPO in Betracht. Näheres dazu s *Nunner*, Freigabe 222 ff.

8) Vgl statt vieler *Henckel* in *Jaeger*, KO<sup>9</sup> (1977) § 6 Rz 20.

9) Nachweise s unten III.

10) *Jelinek* in *Kralik-FS* 235; *Henckel* in *Jaeger*, KO § 6 Rz 20; *Heilmann/Klopp* in *Gottwald*, Insolvenzrechts-Handbuch (1990) § 28 Rz 4.

11) Vgl *Jelinek* in *Kralik-FS* 234; *Holzhammer*, Österreichisches Insolvenzrecht<sup>5</sup> (1996) 24.

12) S dazu *Nunner*, Freigabe 120 f.

13) So im Ergebnis offenbar auch *Holzhammer*, Insolvenzrecht 24 f; vgl auch (noch zur Rechtslage nach der CO 1868) *Zugschwerdt*, Praktisches Handbuch zur Concurs-Ordnung (1872) 28.

14) *Rechberger*, Einige Fragen beim Ausscheidungsbeschluß nach § 119 Abs 5 KO, JBl 1973, 457 (459); *Bartsch/Heil*, Grundriß des Insolvenzrechts<sup>4</sup> (1982) Rz 201; *Holzhammer*, Insolvenzrecht 24; *Wegan*, Österreichisches Insolvenzrecht, Konkurs- und Ausgleichsrecht (1973) 35; *Jelinek* in *Kralik-FS* 235 f; *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 439 FN 2; *Bertl/Isola/Petsch/Reckenzaun*, Praxishandbuch 434.

15) OGH 8. 7. 1959 SZ 32/90 = EvBl 1959/303; OGH 8. 7. 1959, 5 Ob 315/59; OGH 30. 11. 1960 EvBl 1961/64; OGH 13. 7. 1988 SZ 61/172 = wbl 1988, 440 = RdW 1988, 424 = ÖBA 1989, 92; OGH 14. 11. 1996 ZIK 1997, 147 = RdW 1997, 662; OGH 26. 2. 1997, 3 Ob 44/97k; OGH 18. 6. 1997 ZIK 1998, 68; OGH 25. 11. 1998 JBl 1999, 396 = ZIK 1999, 100; OLG Wien 8. 7. 1971 JBl 1973, 477; KG Wr Neustadt 15. 3. 1965 RPfISlGE 1966/3; KG Wr Neustadt 15. 3. 1965 RPfISlGE 1966/45; die E OGH 27. 9. 1962 JBl 1963, 323 läßt offen, ob mit der Aussage, die Konkursgläubiger könnten - nach der Freigabe - bei einem Prozeßerfolg des Gemeinschuldners auf das dadurch neu hervorkommende Vermögen greifen, eine Einbeziehung dieser Aktiven in die Masse oder die Möglichkeit des Einzelzugriffs durch die Konkursgläubiger gemeint ist.

16) OGH 8. 7. 1959 SZ 32/90 = EvBl 1959/303; *Bartsch/Heil*, Grundriß Rz 201; *Rechberger*, JBl 1973, 459; *Jelinek* in *Kralik-FS* 235 f.

17) OGH 8. 7. 1959 SZ 32/90 = EvBl 1959/303.

18) Vgl *Bartsch* in *Bartsch/Pollak*, KO I<sup>3</sup> (1937) 81; *Jelinek* in *Kralik-FS* 236. Bereits zur Rechtslage nach der CO 1868 wurde eine entsprechende Auffassung vertreten; vgl *Zugschwerdt*, Handbuch 28.

19) Gemeint sind hiemit der Gemeinschuldner und dessen Gläubiger, also die Konkursgläubiger, aber auch die Massegläubiger, Absonderungs- und Aussonderungsberechtigten; *Pollak* in *Bartsch/Pollak*, KO I 407 f; vgl auch *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 171 f, die zusätzlich ua die Konkursmasse sowie den Einzelanfechtungsgläubiger, dessen Anfechtungsanspruch der Masseverwalter (§ 37

- Abs 2 und 3 KO) nicht ausreichend betreut hat, erwähnen. Vgl auch *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert*, KO (1997) §§ 81, 81a Rz 9 und 15 ff.
- 20) KG Wr Neustadt 15. 3. 1965 RPfISlgE 1966/45.
- 21) Die Willenserklärung des Insolvenzverwalters hat konstitutive Wirkung und ist nach herrschender deutscher Ansicht unwiderruflich; zur dKO vgl nur *Henckel* in *Jaeger*, KO § 6 Rz 27 f; *Kalter*, Das konkursfreie Vermögen, KTS 1975, 1 (9); zur dInso s *Haarmeyer/Wutzke/Förster*, Handbuch zur Insolvenzordnung<sup>2</sup> (1998) 472.
- 22) ZB bei *Baur/Stürner*, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht II<sup>12</sup> (1990) 171; *Mohrbutter/Mohrbutter*, Handbuch der Konkurs- und Vergleichsverwaltung<sup>7</sup> (1996) 378; *Kilger/K. Schmidt*, Insolvenzgesetze<sup>17</sup> (1997) § 6 KO Anm 4.d. und 7.a.
- 23) *Fasching*, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozeßrechts<sup>2</sup> (1990) Rz 34; *ders.*, Kommentar III (1966) 3; *Rechberger/Simotta*, Grundriß des österreichischen Zivilprozeßrechts<sup>5</sup> (2000) Rz 169; *Bajons*, Zivilverfahren - Grundlagen des Prozesses und der Exekution (1991) Rz 61; *Grillberger*, Zur Einziehung fremder Forderungen im eigenen Namen, ÖJZ 1978, 141 ff. Nur nach einer Mindermeinung ist die Übertragung der bloßen Prozeßführungsbefugnis zulässig; so etwa *Holzhammer*, Österreichisches Zivilprozeßrecht<sup>2</sup> (1976) 79; *Dolar*, Ruhen des Verfahrens und Rechtsschutzbedürfnis (1974) 60 f. Der OGH ging früher in vereinzelt Entscheidungen von der Zulässigkeit der gewillkürten Prozeßstandschaft aus; vgl etwa OGH 5. 12. 1956 JBI 1957, 294.
- 24) *Baur/Stürner*, Zwangsvollstreckungsrecht 171; *Weber*, JZ 1963, 223 f (Entscheidungsglosse); *Kuhn*, Die Rechtsprechung des BGH zum Insolvenzrecht, WM 1964, 998; *Kuhn/Uhlenbruck*, KO<sup>11</sup> (1994) § 1 Rz 5 f; vgl auch *Böttcher*, Erbe und Gemeinschuldner als gewillkürte Prozeßstandschaft des Nachlaß- und des Konkursverwalters, JZ 1963, 582 (584 f).
- 25) So *Weber*, JZ 1963, 223 f.
- 26) Etwa *Henckel* in *Jaeger*, KO § 6 Rz 20; *K. Schmidt/Schulz*, Konkursfreies Vermögen insolventer Handelsgesellschaften? ZIP 1982, 1015 (1022); vgl auch *Heilmann/Klopp* in *Gottwald*, Insolvenzrechts-Handbuch § 28 Rz 4.
- 27) RG 3. 2. 1905 RGZ 60, 107; *Lent* in *Jaeger*<sup>8</sup>, KO (1958) § 6 Rz 27; vgl auch *Kuhn*, Über die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes auf dem Gebiete des Konkursrechts, KTS 1963, 65 (70); *Kuhn/Uhlenbruck*, KO § 1 Rz 5 f.
- 28) OLG Nürnberg 11. 7. 1957 MDR 1957, 683.
- 29) BGH 29. 5. 1961 BGHZ 35, 180 = NJW 1961, 1528 = KTS 1961, 141 = WM 1961, 747 = JZ 1963, 222 (*Weber*).
- 30) BGH 10. 10. 1973 NJW 1973, 2065 = KTS 1974, 47.
- 31) So va *Henckel* in *Jaeger*, KO § 6 Rz 20.
- 32) Vgl *Jelinek* in *Kralik-FS* 235. Vgl zum folgenden auch *Nunner*, Freigabe 106 ff.
- 33) Zur Orientierung der Freigabe an den Konkurszwecken vgl allgemein *Nunner*, Freigabe 15 ff.
- 34) Vgl dazu *Rechberger*, JBI 1973, 459: "Risikoentscheidung".
- 35) So auch *Rechberger*, JBI 1973, 459 f, der hervorhebt, daß die Realisierung einer unsicheren Forderung nicht als "neu hervorgekommenes Vermögen" qualifiziert werden könne; allgemein zur Sachverhaltsänderung nach Eintritt der Gestaltungswirkung vgl *Fasching*, Lehrbuch Rz 1563; *ders.*, Kommentar III 724 f.
- 36) Freigegebene Rechte können auch nicht Gegenstand von Nachtragsverteilungen iSd § 138 KO sein, mag es sich auch nach vollzogener Schlußverteilung herausstellen, daß etwa eine dem Gemeinschuldner als uneinbringlich überlassene Forderung einbringbar geworden ist; s dazu OGH 30. 3. 1995 ZIK 1995, 156; *Pollak* in *Bartsch/Pollak*, KO I 603 (vgl dazu bereits *ders.*, Konkursrecht [1897] 454); so auch *Weber* in *Jaeger*<sup>8</sup>, KO (1973) § 166 Rz 6. Für eine Nachtragsverteilung reicht es nicht aus, daß die Konkursorgane erkennen, daß sie ein Objekt zu Unrecht ausgeschieden haben.
- 37) OGH 8. 7. 1959 SZ 32/90 = EvBI 1959/303; OGH 8. 7. 1959, 5 Ob 315/59; OGH 30. 11. 1960 EvBI 1961/64; OGH 13. 7. 1988 SZ 61/172 = wbl 1988, 440 = RdW 1988, 424 = ÖBA 1989, 92; OLG Wien 8. 7. 1971 JBI 1973, 477; KG Wr Neustadt 15. 3. 1965 RPfISlgE 1966/3; KG Wr Neustadt 15. 3. 1965 RPfISlgE 1966/45; *Rechberger*, JBI 1973, 459; *Bartsch/Heil*, Grundriß Rz 201; *Holzhammer*, Insolvenzrecht 24; *Wegan*, Insolvenzrecht 35; *Jelinek* in *Kralik-FS* 235 f; *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 439 FN 2.
- 38) I.2.
- 39) Vgl *Holzhammer*, Insolvenzrecht 24.
- 40) So aber *Holzhammer*, Insolvenzrecht 24.
- 41) *Jelinek* in *Kralik-FS* 233; vgl auch *Rechberger*, JBI 1973, 460.
- 42) Hervorgehoben sei, daß hier nicht etwa die Wirksamkeit des Beschlusses durch ein außerprozessuales Ereignis bedingt wäre; vielmehr geht es darum, den Eintritt der Konkursfreiheit von einer auflösenden Bedingung abhängig zu machen; dies betrifft also den Inhalt des Beschlusses. Vgl in diesem Zusammenhang die Rechtslage beim gerichtlichen Vergleich, dessen Bedingungsfeindlichkeit sich nur auf die Rechtswirksamkeit des Vergleichs selbst erstreckt; s *Fasching*, Lehrbuch Rz 1350; *Neuwirth* in *Fasching*, Kommentar II (1962) 970.
- 43) Vgl dazu *Jelinek* in *Kralik-FS* 235.
- 44) Vgl für die Rechtslage in Deutschland *K. Schmidt/Schulz*, ZIP 1982, 1022, die solche Praktiken als "an die Grenze der vorsätzlich sittenwidrigen Gläubigerschädigung stoßend" ablehnen. Zum prozessualen Fairneßgebot vgl allgemein *Fasching*, Lehrbuch Rz 718.
- 45) Weitere Konsequenz wäre wohl das Überhandnehmen von Nachtragsverteilungen gem § 138 KO; vgl dazu *Pollak* in *Bartsch/Pollak*, KO I 603.
- 46) Nach *Henckel* in *Jaeger*, KO § 6 Rz 101 und 126 reicht ein solches Interesse des Gemeinschuldners auch weder für eine Nebenintervention noch für eine gewillkürte Prozeßstandschaft aus.
- 47) Vgl dazu *Jelinek* in *Kralik-FS* 233; *Rechberger*, JBI 1973, 460.
- 48) OGH 8. 7. 1959 SZ 32/90 = EvBI 1959/303; *Rechberger*, JBI 1973, 459 f.
- 49) S oben I.3.
- 50) Parallele deshalb, weil der "Überträger" bei der Freigabe nicht der Rechtsträger (also der Inhaber des Vollrechts) ist, das er übertragen könnte (Fiducia) bzw über das er das Verfügungsrecht übertragen könnte (Ermächtigungstreuhand); bei der Freigabe hingegen geht es um die Rückübertragung der Verfügungsbefugnis an den Rechtsträger Gemeinschuldner. Zur Konstruktion der Fiducia und der



Ermächtigungstreuhand vgl *Kastner*, Die Treuhand im österreichischen Recht, JBl 1948, 305 (306 f); vgl auch *Thurnher*, Grundfragen des Treuhandwesens (1994) 22 ff.

51) Die grundsätzliche Zulässigkeit einer Abtretung zum Inkasso ist in der Lehre wie in der Judikatur anerkannt; vgl etwa OGH 25. 11. 1930 SZ 12/295; OGH 30. 8. 1961 SZ 34/114 = JBl 1962, 155; OGH 12. 9. 1990 RZ 1991/66; *Ertl* in *Rummel*, Kommentar II<sup>2</sup> (1992) § 1392 Rz 5; *Koziol/Welser*, Grundriß I<sup>10</sup> (1995) 296; *Grillberger*, ÖJZ 1978, 143. Bei dieser handelt es sich um einen in die Form der Zession gekleideten, dem Schuldner gegenüber als solche wirksamen Auftrag des Zedenten an den Zessionar, die Forderung (die wirtschaftlich im Vermögen des Zedenten bleiben soll) in seinem (des Zessionars) Namen, aber auf Rechnung des Zedenten geltend zu machen. Der Inkassozeessionar ist uneigennütziger Treuhänder; er erlangt durch die Abtretung die Gläubigerstellung, Rechtszuständigkeit und die alleinige prozessuale Verfügungsfähigkeit; vgl etwa OGH 2. 7. 1969 SZ 42/105; OGH 13. 7. 1972 SZ 45/82; OGH 12. 9. 1990 RZ 1991/66; *Wolff* in *Klang*, Kommentar VI<sup>2</sup> (1951) 290; *Ertl* in *Rummel*, Kommentar II § 1392 Rz 5.

52) *Koziol/Welser*, Grundriß I 297.

53) In *Jaeger*, KO § 6 Rz 20.

54) *Henckel* in *Jaeger*, KO § 6 Rz 20.

55) Vgl dazu OGH 13. 6. 1956 SZ 29/46 = EvBl 1957/38 = JBl 1957, 215; OGH 19. 1. 1965 SZ 38/4 = EvBl 1965/258 = RZ 1965, 61; *Ertl* in *Rummel*, Kommentar II § 1392 Rz 5; *Koziol/Welser*, Grundriß I 296.

56) *Holzhammer* (Insolvenzrecht 24) hält diese Vorgangsweise offenbar ohne Einschränkungen für zulässig.