

FESTSCHRIFT ELISABETH LOVREK

MANIZ







Festschrift

# ELISABETH LOVREK

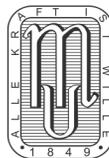
Herausgegeben von

Dr. Andreas Konecny  
Univ.-Prof. i.R. in Wien

Dr. Gottfried Musger  
Senatspräsident des OGH

Dr. Matthias Neumayr  
Vizepräsident des OGH i.R., Univ.-Prof. in Linz

Dr. Martin Spitzer  
Univ.-Prof. in Wien



Wien 2024

MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung

Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sowie der Übersetzung, vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form (durch Fotokopie, Mikrofilm oder ein anderes Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung des Verlages reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Sämtliche Angaben in diesem Werk erfolgen trotz sorgfältiger Bearbeitung ohne Gewähr; eine Haftung der Autorinnen und Autoren, der Herausgeber sowie des Verlages ist ausgeschlossen.

Zur besseren Lesbarkeit wird das generische Maskulinum verwendet.  
Die verwendeten Personenbezeichnungen beziehen sich – sofern nicht anders kenntlich gemacht – auf alle Geschlechter.

ISBN 978-3-214-25217-5

© 2024 MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH, Wien

Telefon: (01) 531 61-0

E-Mail: [verlag@manz.at](mailto:verlag@manz.at)

[www.manz.at](http://www.manz.at)

Bildnachweis: © Peter Berger

Satz: EXAKTA GmbH, Wien, [www.exakta.at](http://www.exakta.at)

Druck: FINIDR, s.r.o., Český Těšín

# Vorwort

*Elisabeth Lovrek* hat in Rechtsprechung, Rechtswissenschaft, Justizverwaltung und Justizpolitik bleibende Spuren hinterlassen: Leitentscheidungen mit Wirkung weit über den Einzelfall hinaus, große Kommentierungen im Zivil- und Zivilverfahrensrecht, die Befriedung des Obersten Gerichtshofs nach stürmischen Zeiten, zuletzt das Brechen des politischen Widerstands gegen eine richterliche Mitwirkung bei der Besetzung der Leitungsfunktionen im Gerichtshof. Aber ein Aufzählen dieser Leistungen würde ihrer Person nicht gerecht. Denn dass ihr das alles gelungen ist, beruht auf den einzigartigen *Eigenschaften*, die sie auszeichnen.

Da ist zunächst ihre *innere Unabhängigkeit von Amt, Titeln und Würden*, die zu großer persönlicher Freiheit führt. *Elisabeth Lovrek* war und ist gerne Richterin, Honorarprofessorin, Universitätsratsvorsitzende und Präsidentin des Obersten Gerichtshofs, aber weder definiert sie sich dadurch noch wird sie in ihrem großen Freundeskreis dadurch definiert. Und das gilt auch für ihr berufliches Umfeld: Für ihre Kolleginnen und Kollegen beim Obersten Gerichtshof war und ist sie einfach „die Lisi“, der in vielfacher Hinsicht besondere Mensch, nicht die „Frau Präsidentin“.

Diese *innere Freiheit* macht *Elisabeth Lovrek* immun gegen jede Überhöhung ihres Amtes oder ihrer Person, sie ist auch der eigentliche Grund für ihre Gelassenheit und Souveränität beim Umgang mit den Herausforderungen des Gerichts- und Wissenschaftsbetriebs. Mit dieser inneren Freiheit ist eine Ausstrahlung verbunden, die auch andere erkennen lässt, dass es ihr immer um die Sache geht, nicht um eine persönliche oder politisch motivierte Agenda. Das macht sie glaubwürdig und damit erfolgreich beim Verfolgen ihrer Ziele. Diese Glaubwürdigkeit strahlt auch auf den Gerichtshof ab und stärkt dadurch dessen Akzeptanz im Gefüge des Rechtsstaats.

Innere Freiheit bedeutet aber nicht Desinteresse oder gar gelangweilte Distanz. Ganz im Gegenteil: *Elisabeth Lovrek* ist *euphorisch, engagiert* und *empathisch*. Diese Eigenschaften haben sie ihr ganzes Berufsleben begleitet: Als Richterin seit 1987, seit 2003 beim Obersten Gerichtshof, seit 2015 als Vizepräsidentin, zuletzt fünf Jahre lang als Präsidentin. Und seit 1998 als in Wissenschaft und Praxis hoch geschätzte Autorin und später auch als Universitätslehrerin im Zivil- und Zivilverfahrensrecht.

*Elisabeth Lovrek* ist *euphorisch*. Sie begeistert sich für neue Ideen und sieht vor allem deren Möglichkeiten, nicht die damit verbundenen Probleme. Manchmal sind Kolleginnen und Kollegen, die nicht sofort mitkönnen, ein notwendiges Korrektiv. Aber meistens überträgt sich *Elisabeth Lovreks* Begeisterung auf ihr Umfeld und es beginnt zu laufen. Sei es in der Rechtsprechung, wenn sie im verstärkten Senat in zunächst aussichtsloser Position einen Gegenentwurf formuliert und Mitglied um Mitglied dafür gewinnt. Oder in der Justizverwaltung, wenn sie die Umstellung auf den digitalen Akt zu ihrer Sache macht – wer ihr früher doch

etwas distanzierteres Verhältnis zur praktischen Nutzung der Informationstechnologie kennt, weiß, was das bedeutet. Ihre Euphorie bringt Dinge in Bewegung, die viele für unabänderlich gehalten haben.

*Elisabeth Lovrek ist engagiert.* Wenn sie etwas als richtig erkannt hat, will sie es umsetzen, und zwar rasch. *Winston Churchill* wird eine Formulierung zugeschrieben, die auch für sie passt: „Ich habe nie die Geduld verloren – weil ich sie nie gehabt habe.“ Kein Wunder daher, dass *Churchill* die historische Persönlichkeit ist, mit der sie am liebsten zu Abend essen würde. Mit langsamen Menschen kann sie nur schwer zusammenarbeiten, und wenn diese noch dazu bedeutungsschwanger die Stirn runzeln und staatstragend Bedenken anmelden, fällt ihre Bewertung bald eindeutig aus. Aber sie weiß auch, dass sowohl Rechtsprechung und Justizverwaltung als auch wissenschaftliche Arbeit das Bohren harter Bretter bedeuten, dass dafür ernsthafte Arbeit und ein langer Atem erforderlich sind. Dabei lässt sie sich nicht leicht entmutigen, weder von Widerständen im Gerichtsbetrieb noch von der *blank page* am Beginn einer großen Kommentierung.

*Elisabeth Lovrek* ist auch *empathisch*. Sie interessiert sich für die Motive der anderen, will wissen, wieso sie so und nicht anders denken und handeln, kann auch ihre Schwächen und Fehler akzeptieren – außer jemand beharrt darauf, in jeder Hinsicht alles richtig gemacht zu haben. Dann kann sie durchaus energisch werden. Aber sie vergisst auch schnell, und jeder hat die Chance eines Neuanfangs. Das alles ist bei ihr nicht angelertes Managementwissen, sondern Ausdruck ihrer tiefen Überzeugung, dass man seinem Gegenüber gerecht werden muss. Der Mensch ist für sie immer Subjekt, nicht Objekt. Deshalb vertrauen ihr die Kolleginnen und Kollegen und die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter in der Justizverwaltung, und dieses Vertrauen ist einer der ganz wesentlichen Gründe dafür, dass sie ihre oft euphorisch begonnenen und immer engagiert verfolgten Anliegen auch tatsächlich umsetzen kann.

Mit dem 65. Geburtstag am 31. 12. 2023 tritt *Elisabeth Lovrek* als Präsidentin des Obersten Gerichtshofs in den Ruhestand. Dass dieser Anlass bei einer Persönlichkeit wie ihr zwingend einer Festschrift bedarf, auch wenn sie selbst sich bestimmt nicht nach einer Festschrift sehnt, passt ins Bild. Herausgeber haben sich dafür schnell gefunden, die meiste Arbeit hatten aber andere: Wir danken *Dominik Schindl* für die Gesamtorganisation, die er mit *Valerie Doppelbauer*, *Anna-Maria Heil* und *Alexander Schneider* am Institut für Zivil- und Zivilverfahrensrecht der WU Wien übernommen hat. *Kathrin László* hat das Projekt bei Manz mit großer Sachkunde und ebensolcher Geduld betreut. Und die Autorinnen und Autoren haben es uns bei all dem besonders leicht gemacht: Bei einer Festschrift für *Elisabeth Lovrek* ist man gern dabei. Das zeigen die vielen Beiträge der ganz Arrivierten ebenso wie die zahlreichen Beiträge junger Kolleginnen und Kollegen. Sie zum Mitschreiben und Mitfeiern einzuladen, war uns besonders wichtig, denn dem Nachwuchs in Justiz und Wissenschaft hat immer *Elisabeth Lovreks* besonderes Augenmerk gegolten.

Sie wird ihrem Gerichtshof ohne jeden Zweifel fehlen, das Amt ihr aber wahrscheinlich nicht. Denn sie hat sich selbst nicht wichtiger genommen als das Amt und das Amt nicht wichtiger als es war. Der Rechtswissenschaft wird sie hoffentlich erhalten bleiben, wenngleich von ihr auch in Zukunft nicht zu erwarten ist, dass sie Entscheidungen des OGH genussvoll glossiert. Das entspräche nicht ihrem Selbstverständnis.

---

Langweilig wird ihr dennoch auch in Zukunft nicht werden, denn sie hat eine neue Aufgabe, der sie sich *euphorisch*, *engagiert* und *empathisch* zugewendet hat: dem Vorsitz im Universitätsrat der Universität Wien. Und mit ihrem Mann und den beiden Töchtern wird sie die kommenden Jahre genießen, auch im neuen Haus am Wolfgangsee. Wir wünschen ihr dafür viel Gesundheit und Freude – und dass sie bleibt, wie sie ist.

Wien, im Oktober 2023

*Andreas Konecny  
Gottfried Musger  
Matthias Neumayr  
Martin Spitzer*

MANZ



# Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	VII
<i>Andrew Annerl</i> Rechtsmittel gegen zur Gänze bestätigende Beschlüsse .....	1
<i>Philipp Anzenberger</i> Optionsverträge und Optionsrechte in der Insolvenz Bisherige Erkenntnisse und offene Fragen .....	11
<i>Ludwig Bittner</i> Die pfandrechtlich gesicherte Finanzierung der Errichtung des Superädifikates – fast unmöglich? .....	21
<i>Birgit Blatt</i> Insolvenz- und Masseforderung: Zur Abgrenzung des Entstehens der Forderung .....	27
<i>Peter Bydlinski</i> Das Schicksal der Mietkaution bei Vermieterwechsel .....	39
<i>Peter Csoklich</i> Stifterrechte und Vermögensopfer .....	51
<i>Karl-Heinz Danzl</i> Vom „verstärkten Senat“ zum „Grundsatzsenat“ Fortentwicklung eines Instruments zur Vereinheitlichung der oberstgerichtlichen Rechtsprechung .....	65
<i>Dietmar Dokalik</i> Die Unabhängigkeit in der staatlichen Verwaltung .....	79
<i>Silvia Dullinger</i> Zahlungsinstrumente im digitalen Geschäftsverkehr .....	91
<i>Michael Enzinger</i> Bestellung und Abberufung des Stiftungsvorstandes .....	103

<i>Irene Faber</i> Zahlungsplan und nicht angemeldete Forderungen nach dem RIRUG Zur Restlaufzeit und zum dreijährigen „Mindestzeitraum“ gem § 197 Abs 1 IO .....	111
<i>Philipp Fidler</i> Risikoverteilung im Bestandverhältnis .....	119
<i>Constanze Fischer-Czermak und Sebastian Sieber</i> Unbrauchbarkeit und Zugrundegehen der Bestandsache Das Zusammenspiel der einschlägigen mietrechtlichen Normen .....	131
<i>Johannes W. Flume</i> Naturalrestitution und Wertersatz .....	145
<i>Robert Fucik</i> Justizpalast, Kilchberg und Freyung Dialoge höchster Gerichte in Familien- und Erbsachen .....	159
<i>Sieglinde Gahleitner</i> Aufgriffsobliegenheiten im Arbeitsrecht .....	179
<i>Anna Gamper</i> Die Mitwirkung der Judikative an der Bestellung von Höchststrichern. ....	197
<i>Thomas Garber</i> Interventionswirkung bei Nebenintervention und Streitverkündung und zu den Folgen einer Entscheidung des verstärkten Senats .....	217
<i>Andreas Geroldinger und Vanessa Kasper</i> „Modifikation“ einer rechtskräftigen Entscheidung durch Anerkenntnisurteil? Überlegungen aus Anlass von OGH 4 Ob 33/22i .....	229
<i>Edwin Gitschthaler und Herbert Painsi</i> Die Mietwohnung im Scheidungsfolgenvergleich Rechtlich Fundiertes anstelle von Beschwörungsformeln .....	243
<i>Christoph Gnant</i> Freiheit – Recht – Wissenschaft Karl von Stremayr als Präsident des Obersten Gerichts- und Cassationshofes zum 200. Geburtstag .....	259
<i>Christoph Grabenwarter und Beate Sündhofer</i> Das Zivilrecht in der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes – am Beispiel des Familienrechts .....	271

---

<i>Georg Graf</i> Wie bringt man den OGH dazu, seine Rechtsprechung zu ändern? Und vor allem: Warum hat er sie nicht schon früher geändert? . . . . .	281
<i>Irmgard Griss</i> Gerichtbarkeit und liberale Demokratie . . . . .	291
<i>Peter Gruber</i> Mietrechtsgesetzgebung und Gleichheitsgrundsatz . . . . .	295
<i>Maximilian Harnoncourt</i> Pflegermächtis und Schenkungsanrechnung . . . . .	307
<i>Friedrich Harrer und Matthias Neumayr</i> Rechtsfortbildung contra legem . . . . .	315
<i>Michael Holoubek</i> Szenarien grundrechtlicher Drittwirkung . . . . .	329
<i>Christian Holzner</i> Ist § 568 ZPO nicht mehr zeitgemäß? . . . . .	337
<i>Herbert Hopf</i> Transparenz beim Zugang zu Gerichtsentscheidungen Von der Geheimjustiz zum gläsernen Staat . . . . .	345
<i>Clemens Jabloner</i> Drei Bemerkungen zum „Antikorruptionsvolksbegehren“ . . . . .	361
<i>Ida Kapetanovic</i> Versicherungsverträge im Restrukturierungsverfahren nach der ReO . . . . .	369
<i>Ernst Karner</i> Zur deliktsrechtlichen Funktion der Beweislast aus rechtsvergleichender Perspektive . . . . .	391
<i>Christoph Kietaibl</i> Dauerhafte Karenzierung und Belegschaftszugehörigkeit . . . . .	405
<i>Oliver Kleiß</i> Zeitenwende Gedanken zu einem modernen Justizmanagement . . . . .	413
<i>Christian Koller</i> Historische Schlaglichter auf die Regelungen zur Nachtragsverteilung . . . . .	423
<i>Andreas Konecny</i> Sachverhaltsermittlung im Zivilprozess: Gerichtsbekanntheit und asymmetrische Parteibefugnisse . . . . .	433

<i>Bernhard König</i> Zur (ausreichend bestimmten) Erklärung der Aufzahlungsbereitschaft bei der <i>laesio enormis</i> (§ 934 ABGB) . . . . .	443
<i>Helmut Koziol</i> Die Haftung des Staates bei Schädigung durch den Beginn von Strafverfahren Eine Skizze . . . . .	447
<i>Simon Laimer und Martin Weber</i> Grenzüberschreitende Ferienhausmiete mit Dienstleistungselementen . . .	457
<i>Katharina Lehmayr</i> Die Spuren von Elisabeth Lovrek im Justizmanagement . . . . .	469
<i>Frederick Lendl</i> Iura novit curia – auch ausländisches Recht? Ein Rechtsgrundsatz auf dem Prüfstand der Internationalisierung . . . . .	477
<i>Martin Lutschounig</i> Zur Entscheidung über Haftungsansprüche gegen den Insolvenzverwalter im Zivilprozess Ein Beitrag über die Beurteilung strittiger Rechte im Insolvenzverfahren. . .	487
<i>Franz-Stefan Meissel</i> Späte Gerechtigkeit Zur Restitution zweier Waldmüller-Porträts an die Familie Felsövani . . . .	499
<i>Christoph Mondel</i> Die Direktzustellung zwischen Parteienvertretern im Verlassenschaftsverfahren . . . . .	509
<i>Gottfried Musger</i> In jeder Lage des Verfahrens zu berücksichtigen ... Die Rechtskraft im Revisionsverfahren. . . . .	521
<i>Gerhard Nograthnig</i> Verfehlen des für das Richteramt nötigen Mindestmaßes an Leistung Zum Verhältnis zwischen Personalsenat, Dienstgericht und Disziplinargericht . . . . .	531
<i>Georg Nowotny</i> Grenzen der Kognitionspflicht und -befugnis des OGH in Zivilsachen Überlegungen zu zwei Fallkonstellationen . . . . .	543
<i>Bettina Nunner-Krautgasser</i> Zur Rechtsstellung des Optionsberechtigten in Exekution und Insolvenz	553

<i>Felicitas Parapatits</i>	
Wertsicherung in Mietverträgen und Klauselkontrolle . . . . .	567
<i>Stefan Perner</i>	
Versicherung in Krisenzeiten . . . . .	579
<i>Herbert Pimmer</i>	
Berechtigte Strenge oder sinnentleerter Formalismus?	
Überlegungen zum Wiedereinsetzungsverfahren. . . . .	591
<i>Renate Pletzer</i>	
Der OGH und der gemeinsame Irrtum	
Eine kritische Analyse höchstgerichtlicher Judikatur . . . . .	601
<i>Michael Rami</i>	
Versuch der Straftat und obligatorische Milderung der Strafe. . . . .	611
<i>Jürgen C. T. Rassi</i>	
Umfasst ein Afterpfandrecht stets auch die Hauptforderung?	
Eine Analyse eines Meinungsstreits . . . . .	617
<i>Axel Reckenzaun</i>	
Aktuelle Fragen bei der Bestätigung von Sanierungsplan und	
Zahlungsplan . . . . .	627
<i>Stephan Riel</i>	
Zum Verwertungsverbot des § 168 Abs 2 IO . . . . .	635
<i>Olaf Riss</i>	
Sprungeintragung und gutgläubiger Erwerb	
Überlegungen zu Rechtsschein und Vertrauensschutz	
im Grundbuch aus Anlass von OGH 8 Ob 8/21s . . . . .	649
<i>Hansjörg Sailer</i>	
Amtshaftung wegen unvertretbarer Rechtsanwendung . . . . .	661
<i>Kurt Schmoller</i>	
Verhindern Beweisverwertungsverbote eine Entlastung	
des Beschuldigten? . . . . .	673
<i>Thomas Schoditsch und Martin Stefula</i>	
Die aktenkundige Entwicklung im Pflegschaftsverfahren	
vor dem OGH	
Eine Ausnahme vom Neuerungsverbot . . . . .	687
<i>Hubertus Schumacher</i>	
Die Durchsetzung stiftungsgerichtlicher Beschlüsse	
Ein Rechtsvergleich zwischen Österreich und Liechtenstein. . . . .	695

<i>Michael Schwanda</i>	
Aktuelle Entwicklungen in der richterlichen Unabhängigkeit	
Die Schließung wichtiger Lücken im Besetzungsverfahren . . . . .	703
<i>Gregor Sloboda</i>	
Subjektive Elemente bei der gemischten Schenkung	
Zivilprozessuale Überlegungen zur Frage, ob ein krasses Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung Schenkungsabsicht „indiziert“ . . .	715
<i>Martin Spitzer</i>	
Die Digitalisierung des Prozesses am Beispiel der Videoverhandlung . . . .	725
<i>Anna Sporrer</i>	
Justitia und ihre Vertreterinnen in der Wirklichkeit des Rechts . . . . .	745
<i>Johannes Stabentheiner</i>	
Dekarbonisierung des Gebäudesektors: Das Gesetzesprojekt eines Erneuerbare-Wärme-Gesetzes und seine Implikationen auf das Wohnrecht . . . . .	759
<i>Sieglinde Tarmann-Prentner</i>	
Die Servitut – vom Herrschen, Dienen und Zahlen . . . . .	771
<i>Rudolf Thienel</i>	
Gerichtsorganisation und Gerichtsqualität im Lichte aktueller Rechtsprechung des EGMR und des EuGH. . . . .	777
<i>Chris Thomale</i>	
Lösungsklauseln als ausübungsabhängiger Rechtsmissbrauch Für eine Flexibilisierung des Unzulässigkeitsverdikts nach § 25b Abs 2 IO. . . . .	807
<i>Raphael Thunhart</i>	
Die Unschlüssigkeit der Klage . . . . .	819
<i>Martin Trenker</i>	
Bekämpfung der Klagszurücknahme . . . . .	829
<i>Manfred Vogel</i>	
Gerichtliche Entscheidung über die Taufe? Eine Fallstudie zu 4 Ob 235/18i . . . . .	839
<i>Andreas Vonkilch</i>	
Versuch einer Entmystifizierung des „allgemeinen Lebensrisikos“ im Bestandrecht . . . . .	849

<i>Nora Wallner-Friedl</i>	
Sichert die Anmerkung der Zusage der Einräumung von Wohnungseigentum den Erwerb in der Insolvenz?	
Offene Fragen des wohnungseigentumsrechtlichen Sonderinsolvenzrechts .....	861
<i>Stefan Weber</i>	
Hang all judges!	
The independence of the judiciary and its enemies .....	869
<i>Irene Welser</i>	
Schriftliche Aussagen und Zeugenbefragung im Kreuzverhör auch im österreichischen Zivilprozess?	
Zugleich ein Beitrag zu Do's und Dont's der Cross-Examination .....	885
<i>Rudolf Welser</i>	
Laesio enormis und Optionsvertrag	
Zeitpunkt des Wertvergleichs, Verjährung des Anfechtungsrechts. ....	903
<i>Christiane Wendehorst</i>	
Insolvenz dank Verbraucherrecht?	
Zu zivilrechtlichen Sanktionen im FAGG. ....	911
<i>Alexander Wilfinger</i>	
Datenschutzwidrig erlangte Beweismittel .....	931
<i>Maria Wittmann-Tiwald, Maria Posani und Ulrich Edelmann</i>	
Verhandlungsdokumentation im Zivilprozess	
Ein interdisziplinärer Beitrag zur <i>lex lata</i> und <i>de lege ferenda</i> .....	945
<i>Rupert Wolff</i>	
Die Bedeutung des Dialoges. ....	953
<i>Wigbert Zimmermann</i>	
§ 886 ABGB – Schriftform/Unterschriftlichkeit an der Schnittstelle zu den doppel funktionellen Parteiprozesshandlungen	
Das Recht im Wandel der Zeit .....	955
Verzeichnis der Autorinnen und Autoren .....	965



# Optionsverträge und Optionsrechte in der Insolvenz

## Bisherige Erkenntnisse und offene Fragen

*Philipp Anzenberger, Innsbruck*

*Elisabeth Lovrek hat die Zivil- und insbesondere die Insolvenzrechtsszene in Rechtsprechung und Wissenschaft, aber auch in der Ausbildung angehender Juristinnen und Juristen maßgeblich geprägt.*

*Der 17. Senat des OGH, dem sie als Senatspräsidentin vorsteht, hat sich dabei jüngst eingehend mit der Frage des Schicksals von Optionsverträgen und Optionsrechten in der Insolvenz des Optionsverpflichteten beschäftigt.<sup>1)</sup> Die besagte Entscheidung kann in manchen Punkten durchaus als umwälzend bezeichnet werden, ließ aber einige weiterführende Fragen mangels Relevanz für den konkreten Anlassfall (explizit) ausgespart.*

*Diesen Fragen soll im folgenden Beitrag nachgegangen werden, wodurch der Verfasser hofft, dem Betätigungs- und Interessensfeld der Jubilarin den ein oder anderen hilfreichen Gedanken hinzufügen zu können.*

### Übersicht:

- I. Ausgangslage
  - A. Optionen in der Insolvenz: Bisherige Auffassung in Schrifttum und Rechtsprechung
  - B. Die Entscheidung OGH 17 Ob 14/22s
- II. Offene Fragen
  - A. „Rosinenpicken“-Argument: Optionen innerhalb eines „Gesamtpakets“
  - B. Unentgeltlich eingeräumte Optionen
  - C. Entgeltlich eingeräumte Optionen vor Entgeltzahlung
  - D. Schicksal von nicht ausgeübten Optionsrechten nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens
- III. Zusammenschau

---

1) In der Entscheidung OGH 17 Ob 14/22s.

## I. Ausgangslage

### A. Optionen in der Insolvenz: Bisherige Auffassung in Schrifttum und Rechtsprechung

Der *Optionsvertrag* ist gesetzlich nicht ausdrücklich geregelt<sup>2)</sup> und seine mannigfaltigen praktischen Erscheinungsformen<sup>3)</sup> machen die Handhabung dieser Rechtsfigur nicht immer einfach. Einigkeit besteht aber zumindest über folgende (für die weitere Untersuchung relevante) Eckpfeiler: Die *Option* ist ein *vertraglich begründetes Gestaltungsrecht*, durch dessen Ausübung der Optionsberechtigte ein inhaltlich festgesetztes Vertragsverhältnis in Geltung setzen kann.<sup>4)</sup> Der Optionsvertrag muss die *essentialia negotii* des zukünftigen Vertragsverhältnisses enthalten;<sup>5)</sup> insofern hat der Optionsberechtigte im Wesentlichen die Rechtsposition des *Empfängers einer Offerte*.<sup>6)</sup> Die Option kann zudem entgeltlich oder unentgeltlich eingeräumt werden.<sup>7)</sup>

Aus insolvenzrechtlicher Sicht stellen sich in diesem Zusammenhang im Wesentlichen zwei Fragen, nämlich jene des *Schicksals des Optionsvertrags* in der Insolvenz eines der Optionsvertragspartner, sowie (damit verbunden zu betrachten, aber nicht zwangsläufig parallel zu bewerten) jene des insolvenzrechtlichen *Schicksals des Optionsrechts* selbst. Beides ist im *Schrifttum* seit langem umstritten: Im Wesentlichen wird dabei darüber diskutiert, ob das Optionsrecht unter § 26 Abs 3 IO zu subsumieren ist und daher in der Insolvenz des Optionsverpflichteten erlischt<sup>8)</sup> oder ob (lediglich) der Vertrag, in dem die Option eingeräumt wurde, nach § 21 IO (bzw allenfalls nach §§ 23 ff IO) zu behandeln ist.<sup>9)</sup> Ausführlich und

- 2) Vgl nur *Bollenberger/P. Bydlinski in P. Bydlinski/Perner/Spitzer*, KBB<sup>7</sup> § 861 ABGB Rz 10; *Noll*, Der Optionsvertrag im Lichte der Ökonomie, AnwBl 2002, 506 (509).
- 3) *Wimmer*, Wertdisparitäten bei Optionsverträgen I, *ecolex* 2020, 33; s etwa zum „Miet- und Kaufoptionsvertrag“ OGH 17 Ob 14/22s (*Anzenberger*, Kein Erlöschen engeltlicher Optionen mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens, ZIK 2023, 84); zum Kredit-eröffnungsvertrag als Art des Optionsvertrags *Kellner in Rummel/Lukas/Geroldinger*, ABGB<sup>4</sup> Vor §§ 983, 984 Rz 2; zur Option auf Abtretung von GmbH-Geschäftsanteilen *Trettnak*, Option auf Abtretung von GmbH-Geschäftsanteilen: Formfreiheit von (Neben-)Abreden, RdW 2010, 555; zur parallelen Situation in Deutschland etwa *Gehrlein*, Vorvertrag und Option in der Insolvenz, WM 2020, 1; *Westermann in Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg*, MünchKommBGB<sup>9</sup> I § 158 Rz 59.
- 4) OGH 4 Ob 159/01p; *Bollenberger/P. Bydlinski in P. Bydlinski/Perner/Spitzer*, KBB<sup>7</sup> § 861 ABGB Rz 10; *F. Bydlinski in Klang/Gschnitzer IV/2<sup>2</sup> 791 f*; *Riedler in Schwimann/Kodek*, ABGB V<sup>5</sup> § 861 Rz 18.
- 5) *Bollenberger/P. Bydlinski in P. Bydlinski/Perner/Spitzer*, KBB<sup>7</sup> § 861 ABGB Rz 10; *Riedler in Schwimann/Kodek*, ABGB V<sup>5</sup> § 861 Rz 18.
- 6) OGH 1 Ob 67/03i; 8 Ob 17/19m; *F. Bydlinski in Klang/Gschnitzer IV/2<sup>2</sup> 792*.
- 7) *Bollenberger/P. Bydlinski in P. Bydlinski/Perner/Spitzer*, KBB<sup>7</sup> § 861 ABGB Rz 10; *Noll*, AnwBl 2002, 510; *Riedler in Schwimann/Kodek*, ABGB V<sup>5</sup> § 861 Rz 18.
- 8) So etwa *Duursma-Kepplinger/Duursma*, Gesellschaftsvertragliche Aufgriffs- und Andienungsrechte im Konkurs, in *Buchegger*, Beiträge zum Zivilprozessrecht VI (2002) 175 (186 f); *Weber-Wilfert/Widhalm-Budak in Konecny/Schubert*, KO § 26 Rz 73; für die *Kaufoption Gamerith in Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht I<sup>4</sup> § 26 KO Rz 22 (vgl aber § 24 KO Rz 4); ebenso *Nitsche*, Insolvenzvorsorge in Gesellschaftsverträgen, in FS Jelinek (2002) 187 (195).
- 9) So unter ausführlicher Stellungnahme *Kletečka*, Aufgriffsrechte, Optionsrechte und Anbote im Konkurs, in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2008 (2009) 17 (20 f); ebenso *Kletečka*, Aufgriffsrechte, Optionsrechte und Anbote im Konkurs, GesRZ 2009, 82 (84 f); dem zustimmend in Bezug auf Optionsrechte in „vielschichtigen Verträgen“ *Trenker*, GmbH-Geschäftsanteile in Exekution und Insolvenz, JBl 2012, 281 (287);

differenziert äußert sich hierzu insb *Widhalm-Budak*: Handle es sich um eine *selbstständig eingeräumte Option*, so sei sie im Fall ihrer unentgeltlichen Einräumung unter § 26 Abs 3 IO zu subsumieren,<sup>10)</sup> wohingegen der Optionsvertrag im Fall der entgeltlichen Einräumung § 21 IO unterliege.<sup>11)</sup> Sei die Option allerdings in *einen sonstigen Vertrag eingebettet*, komme es darauf an, ob sie iSd § 21 Abs 4 IO aus diesem Vertrag herauslösbar sei.<sup>12)</sup> In diesem Fall sei sie wie eine selbstständig eingeräumte Option zu beurteilen; andernfalls teile sie das rechtliche Schicksal des Vertrags.<sup>13)</sup> Besondere literarische Beachtung erfuhr in diesem Zusammenhang in jüngeren Jahren zudem die Frage des Schicksals von *gesellschaftsvertraglichen Aufgriffsrechten* für den Insolvenzfall; die überwiegende Ansicht ging hier davon aus, dass solche Aufgriffsrechte nicht mit § 26 Abs 3 IO in Konflikt stehen.<sup>14)</sup>

Der OGH musste zur Frage des Schicksals von Optionen bis vor kurzem noch nicht umfassend Stellung beziehen: In der Entscheidung *OGH 8 Ob 4/92* sprach der achte Senat aus, dass es nicht entscheidungswesentlich sei, „*ob es sich bei dem ‚unwiderruflichen Kaufanbot‘ der Gemeinschuldnerin um eine gewöhnliche, jedenfalls § 26 Abs 3 KO zu unterstellende Kaufoption des Klägers, einen Optionsvertrag oder gar einen Kauf mit Vorbehalt des Rückverkaufes [...] handelt*“. Dem – zumindest *prima facie* – widersprechend wurde in der Entscheidung *OGH 2 Ob 278/97i* das Erlöschen eines Wiederkaufsrechts zumindest implizit verneint. Für „*Zündstoff*“ sorgte jüngst die vielbeachtete Entscheidung *OGH 6 Ob 64/20k* zu Aufgriffsrechten in Gesellschaftsverträgen, zumal die dort herangezogenen Argumente zumindest in gewissen Konstellationen auch für Optionsrechte im Allgemeinen Gültigkeit besitzen: Dort wird (neben anderen Punkten) festgehalten, dass ein „*Aufgriffsrecht nicht im Sinn eines ‚Rosinenpickens‘ isoliert betrachtet werden*“ könne, sondern wirtschaftlich in einem Gesamtzusammenhang mit den übrigen Rechten und Pflichten des Vertrags zu sehen sei.

---

*Schopper/Skarics in Apathy/Iro/Koziol, Österreichisches Bankvertragsrecht VII<sup>2</sup> (2014) Rz 1/416.*

10) *Widhalm-Budak in Konecny, IO § 21 Rz 93.*

11) *Widhalm-Budak in Konecny, IO § 21 Rz 100.*

12) *Widhalm-Budak in Konecny, IO § 21 Rz 113.*

13) *Widhalm-Budak in Konecny, IO § 21 Rz 113.*

14) *Etwa OLG Innsbruck 5 R 288/86 NZ 1987, 321; Fellner, Auswirkungen des Insolvenzrechtsänderungsgesetzes 2010 auf gesellschaftsvertraglich verankerte Aufgriffsrechte, RdW 2010, 259; Kalss/Eckert, Gesellschaftsrecht und Insolvenzrecht, in Kodex/Konecny, Insolvenz-Forum 2007 (2008) 65 (94 f); Kletečka, GesRZ 2009, 86 ff; Koppensteiner in Koppensteiner/Rüffler, GmbH-Gesetz<sup>3</sup> § 76 GmbHG Rz 10; Perner in Koller/Loovrek/Spitzer, IO<sup>2</sup> § 26 Rz 19 (ebenso schon in der Voraufgabe); Rüffler, Zweifelsfragen zu gesellschaftsvertraglichen Aufgriffsrechten für den Fall des Konkurses eines GmbH-Geschafters, wbl 2008, 353 (357); Schmidberger, Beschränkungen der Übertragung von Geschäftsanteilen, in Kalss/Rüffler, Satzungs-gestaltung in der GmbH – Möglichkeiten und Grenzen (2005) 93 (120 f); Schmidberger/Chalupsky/Duursma, Unwirksamkeit von gesellschaftsvertraglichen Aufgriffsrechten im Falle der Insolvenz eines Gesellschafters? GES 2020, 3 (5); Trenker, JBl 2012, 286 f; Umlauft, Insolvenzeröffnung als gesellschaftsvertraglich vereinbarter Grund des Ausscheidens aus der Gesellschaft: Zulässigkeit nach IRÄG 2010? in FS Roth (2011) 845 (849); Weichselbaumer, Aufgriffsrechte für die GmbH-Gesellschafterinsolvenz (2016) 107 ff; aA hingegen OLG Linz 6 R 95/19m; Brugger, Aufgriffsrecht und Abfindungsklauseln bei einer GmbH, GesRZ 2016, 289 (293); Höller, Übertragungsbeschränkungen für Geschäftsanteile im Konkurs des GmbH-Geschafters, ZIK 2004, 151 (155); Nitsche in FS Jelinek 194 f; Reich-Rohrwig, Das österreichische GmbH-Recht in systematischer Darstellung (1983) 619.*

## B. Die Entscheidung OGH 17 Ob 14/22s

In der Entscheidung 17 Ob 14/22s<sup>15)</sup> setzte sich der OGH nun erstmals sehr ausführlich mit der Frage des insolvenzrechtlichen Schicksals von Optionsrecht und Optionsvertrag auseinander. Ausgangspunkt war die Insolvenz einer Gesellschaft, die mit der späteren Klägerin einen „Miet- und Kaufoptionsvertrag“ geschlossen hatte. Neben einem (wertgesicherten) monatlichen Mietzins wurde vereinbart, dass nach Ablauf von fünf Jahren die Kaufoption über eine Liegenschaft zu einem Preis von € 112.100,- ausgeübt werden könne, wobei sich dieser Preis jedes weitere Jahr sukzessive verringern sollte.

Bei *Eröffnung des Insolvenzverfahrens* im Jahr 2018 (rund acht Jahre nach Vertragsabschluss) hatte die Klägerin ihr *Optionsrecht noch nicht ausgeübt*. Mit Schreiben an den Insolvenzverwalter erklärte sie im Jahr 2020, dass sie ihr Optionsrecht nun in Anspruch nehmen und die Liegenschaft für € 94.000,- kaufen wolle; dieser teilte der Klägerin mit, dass seines Erachtens ein Fall des § 26 Abs 3 IO (und nicht des § 21 IO) vorliege und die Option daher erloschen sei. In weiterer Folge entschloss sich die Klägerin, die Liegenschaft gemeinsam mit ihrem Sohn im Rahmen der freihändigen Verwertung zu einem Preis von € 327.000,- zu kaufen und den Differenzbetrag (samt einigen Nebenforderungen) als Insolvenzforderung anzumelden. Während die ersten beiden Instanzen im darauffolgenden Prüfungsprozess ein Erlöschen der Option nach § 26 Abs 3 IO annahmen, ging der 17. Senat zumindest im Anlassfall von einer *Insolvenzfestigkeit des Optionsrechts* aus: Denn der Untergang des Optionsrechts würde einen *Eingriff in eine bereits vertraglich abgesicherte Rechtsposition* bedeuten, zumal der Optionsvertrag im Anlassfall bereits beidseitig erfüllt war (was einen Wertungswiderspruch zu § 21 IO darstellen würde, wonach beidseitig vollständig erfüllte Verträge jedenfalls unberührt bleiben). Außerdem würde ein Erlöschen von Optionen, die im Rahmen eines Gesamtpakets vereinbart wurden, dem Insolvenzverwalter die *unerwünschte Möglichkeit eines „Rosinenpickens“* eröffnen: Durch das „Hinausschießen“ des Optionsrechts *qua* § 26 Abs 3 IO wäre der vormals Optionsberechtigte unter Umständen an einen Vertrag gebunden, den er ohne die Option auf diese Weise nie geschlossen hätte. Daher würden zumindest *entgeltlich eingeräumte Optionsrechte* von der Eröffnung des Insolvenzverfahrens *unberührt* bleiben, sofern der Optionsberechtigte das *Entgelt bereits geleistet* habe.

Der 17. Senat schlägt in Bezug auf das insolvenzrechtliche Schicksal von Optionsrechten damit (für die Vertragspraxis) wichtige erste Pflöcke ein. *Expressis verbis* unbehandelt lässt er hingegen zwei weitere – für den Anlassfall freilich nicht relevante – Fallkonstellationen, nämlich jene des Schicksals *unentgeltlich eingeräumter Optionsrechte* sowie die der Behandlung *entgeltlich* eingeräumter Optionsrechte, für die *das Entgelt noch nicht entrichtet* wurde. Darüber hinaus ist als „Vorfrage“ wohl ganz generell abzustecken, wann überhaupt von einem „Gesamtpaket an Rechten und Pflichten“ ausgegangen werden kann, das (unter Zugrundelegung des „Rosinenpickens“-Arguments) eine *einheitliche Betrachtung* von Optionsvertrag und sonstigem Vertragsteil verlangt. Zu klären ist schließlich, was mit einem (zunächst insolvenzfesten) Optionsrecht passiert, wenn das *Insolvenzverfahren* (etwa nach Abschluss eines Sanierungsplans) wieder *aufgehoben* wird. Diesen Fragen soll in den Folgeabschnitten nachgegangen werden.

15) Siehe dazu Anzenberger, ZIK 2023, 84.

## II. Offene Fragen

### A. „Rosinenpicken“-Argument: Optionen innerhalb eines „Gesamtpakets“

In einem ersten Schritt ist zu untersuchen, wann eine *einheitliche insolvenzrechtliche Betrachtung eines Vertrags* zu erfolgen hat, in dem *auch eine Option eingeräumt wurde*. Denn das im Schrifttum angeführte und auch in der hier dargestellten Entscheidung herangezogene „Rosinenpicken“-Argument ist nur dann durchschlagskräftig, wenn das von den Parteien angestrebte Synallagma durch eine getrennte Behandlung von Option und sonstigem Vertragsteil gefährdet würde. Nach Ansicht *Widhalm-Budaks* hat eine getrennte Betrachtung dann zu erfolgen, wenn der Vertrag „*bloß Anlass bzw Motiv für eine (zusätzlich) eingeräumte Option*“<sup>16)</sup> ist (etwa bei einem Mietvertrag mit Kaufoption), sowie dann, wenn die Optionseinräumung nur im Austauschverhältnis zu einem bestimmten Teil der vertraglichen Pflichten steht.<sup>17)</sup> Beides sei anhand der Regeln für die *Teilbarkeit der Leistung iSd § 21 Abs 4 IO* zu ermitteln.<sup>18)</sup>

Der Stoßrichtung dieser Überlegungen ist zwar zuzustimmen, als *Grenzlinie* kann – gemessen an den Erwägungen in der Entscheidung 17 Ob 14/22s – meines Erachtens aber nicht auf die Teilbarkeit nach § 21 Abs 4 IO abgestellt werden. Denn bei § 21 Abs 4 IO geht es um die Frage, wann ein vorleistender Vertragspartner automatisch (also ohne Rücktritt nach § 21 Abs 1 IO) auf die Insolvenzquote verwiesen werden soll, wohingegen es beim „Rosinenpicken“-Argument darauf ankommt, ob eine insolvenzrechtlich getrennte Behandlung einzelner Vertragsbestandteile eine so *substantielle Beeinträchtigung des angestrebten Synallagmas* darstellt, dass sie den Vertragsparteien nicht zumutbar ist. Dafür ist aber wohl primär auf den (allenfalls hypothetischen) *Parteiwillen abzustellen*; insofern bietet sich ein Rückgriff auf den *Teilbarkeitsbegriff nach § 918 Abs 2 ABGB* an (der nach herrschender Auffassung aber eben nicht parallel zur Teilbarkeit nach § 21 Abs 4 IO verläuft<sup>19)</sup>): Wenn die Parteien den Vertrag also *auch bloß über die Optionseinräumung* gegen eine entsprechend geringere Gegenleistung unter sonst gleichen Bedingungen *geschlossen hätten*,<sup>20)</sup> dann ist auch eine getrennte insolvenzrechtliche Behandlung zulässig. Andernfalls ist mit *Widhalm-Budak* grundsätzlich davon auszugehen, dass die Option das *rechtliche Schicksal des Vertrags* teilt.<sup>21)</sup> Von diesem Grundsatz kann es – wie *Oberhammer* in seiner Kommentierung zu § 24 IO (wenngleich in etwas anderem Kontext) ausführt<sup>22)</sup> – allerdings auch weitere Ausnahmen geben, sofern die Zuordnung eines Vertragsteils zu einer anderen Bestimmung aus *teleologischen Erwägungen* angezeigt erscheint. Davon ist der OGH in der Entscheidung 17 Ob 14/22s im Übrigen in weiterer Folge auch ausgegangen, wenn

16) *Widhalm-Budak* in *Konecny*, IO § 21 Rz 112.

17) *Widhalm-Budak* in *Konecny*, IO § 21 Rz 112.

18) *Widhalm-Budak* in *Konecny*, IO § 21 Rz 112.

19) Vielmehr sei der zivilrechtliche Begriff der Teilbarkeit insolvenzrechtlich zu modifizieren: OGH 8 Ob 22/94; 9 Ob 40/16x; RIS-Justiz RS0044162; *Gamerith* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzzrecht I<sup>4</sup> § 21 KO Rz 35; *Widhalm-Budak* in *Konecny*, IO § 21 Rz 385; *Perner* (in *Koller/Lovrek/Spitzer*, IO<sup>2</sup> § 21 Rz 31) spricht sogar von einem eigenständigen insolvenzrechtlichen Begriff der Teilbarkeit.

20) Vgl etwa *Gruber* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.06</sup> § 918 Rz 40; *Reidinger/Mock* in *Schwimann/Kodek*, ABGB V<sup>5</sup> § 918 Rz 106.

21) *Widhalm-Budak* in *Konecny*, IO § 21 Rz 113.

22) *Oberhammer* in *Konecny/Schubert*, KO § 24 Rz 4 f.

er die Kaufoption unter § 21 IO, den Mietvertragsteil hingegen aus Gründen des „*notwendigen Mieterschutz[es]*“<sup>23)</sup> unter § 24 IO subsumierte.

Damit gibt es im Ergebnis *drei Fallkonstellationen*, in denen *Optionsverträge gesondert zu betrachten sind*:

1. Das Optionsrecht wurde *gesondert*, also nicht im Rahmen eines Gesamtpakets an wechselseitigen Rechten und Pflichten, *vereinbart*. Seine Eingeräumung stellt insofern die Hauptleistungspflicht einer der Vertragsparteien dar.
2. Das Optionsrecht ist zwar Teil eines *Gesamtpakets*, aber
  - a) aus dem *Willen der Vertragsparteien* ergibt sich, dass eine gesonderte Behandlung keine Beeinträchtigung des sonstigen Synallagmas darstellt oder
  - b) *teleologische Erwägungen* gebieten ausnahmsweise eine getrennte Betrachtung der einzelnen Vertragsbestandteile.

## B. Unentgeltlich eingeräumte Optionen

In weiterer Folge kann nun untersucht werden, wie die beiden vom 17. Senat explizit offen gelassenen Fallkonstellationen zu behandeln sind (beide setzen nämlich eine gesonderte Betrachtung des Optionsvertrags voraus). Das betrifft zunächst *unentgeltlich eingeräumte Optionen*: Das Problem besteht in diesem Zusammenhang darin, dass der in der Entscheidung OGH 17 Ob 14/22s (für eine entgeltlich eingeräumte Option) zur Anwendung gebrachte § 21 IO nach ständiger Rechtsprechung und herrschender Lehre nur für synallagmatische,<sup>24)</sup> aber eben nicht für unentgeltliche Verträge gilt.<sup>25)</sup> Gerade für selbstständig eingeräumte, unentgeltliche Optionen liegt aber ohnehin eine *Anwendung von § 26 Abs 2 und 3 IO* deutlich näher.<sup>26)</sup> Für diese Sichtweise spricht insb die *Ähnlichkeit der Positionen* des Optionsberechtigten und des Adressaten einer gewöhnlichen Offerte:<sup>27)</sup> Diesen wird in beiden Fällen ein Gestaltungsrecht eingeräumt, mit dem sie ein Vertragsverhältnis zum Entstehen bringen bzw in Gang setzen können, ohne dafür ein Entgelt zu leisten. Dazu kommt in der Insolvenz des Optionsverpflichteten, dass § 26 Abs 3 IO die *Insolvenzmasse* vor nachteiligen (vor Verfahrenseröffnung abgegebenen) Angeboten des Schuldners *schützen* soll.<sup>28)</sup> Verneinte man eine Anwendung dieser Bestimmung auf unentgeltlich eingeräumte Optionen, wäre es freilich nicht schwer, diesen Schutz der Insolvenzmasse zu umgehen und das Angebot im „Kleid einer unentgeltlichen Option“ – weil mit einem Schadenersatzanspruch nach § 21 Abs 2 IO behaftet – deutlich insolvenzfester zu machen (was im Übrigen auch im Widerspruch zu den Werthaltungen des § 58 Z 3 IO stünde). *Auf unentgeltlich eingeräumte Optionen* sind daher (nach den Ausführungen in OGH

23) OGH 17 Ob 14/22s.

24) OGH 7 Ob 2097/96z; *Bartsch/Pollak*, Konkursordnung I<sup>3</sup> 224; *Gamerith in Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht I<sup>4</sup> § 21 KO Rz 3 (vgl allerdings Rz 27); *Perner in Koller/Lovrek/Spitzer*, IO<sup>2</sup> § 21 Rz 9; *Widhalm-Budak in Konecny*, IO § 21 Rz 33.

25) *Gamerith in Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht I<sup>4</sup> § 21 KO Rz 3; *Perner in Koller/Lovrek/Spitzer*, IO<sup>2</sup> § 21 Rz 9; *Widhalm-Budak in Konecny*, IO § 21 Rz 146.

26) So schon *Widhalm-Budak in Konecny*, IO § 21 Rz 93; vgl auch *Duursma-Kepplinger*, Eigentumsvorbehalt und Mobilienleasing in der Insolvenz (2002) 256 f; *Gamerith in Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht I<sup>4</sup> § 21 KO Rz 3.

27) *Widhalm-Budak in Konecny*, IO § 21 Rz 96.

28) Vgl *Perner in Koller/Lovrek/Spitzer*, IO<sup>2</sup> § 26 Rz 16 („Wertungsparallele“ zu § 21 IO).

17 Ob 14/22s allerdings nur *in analogiam*<sup>29))</sup> § 26 Abs 2 und 3 IO anzuwenden, weshalb sie in der Insolvenz des Optionsgebers *eo ipso* mit Verfahrenseröffnung erlöschen.

### C. Entgeltlich eingeräumte Optionen vor Entgeltzahlung

Wurde die Option *entgeltlich eingeräumt*, ist der Anwendungsbereich des § 21 IO zumindest abstrakt eröffnet.<sup>30)</sup> Davon ging auch der OGH in der Entscheidung 17 Ob 14/22s aus, wobei er im Anlassfall aufgrund der erfolgten Entgeltleistung für die Optionseinräumung (zu Recht) eine zumindest einseitig vollständige Vertragserfüllung annahm, sodass im Ergebnis kein Wahlrecht des Insolvenzverwalters bestand. Offen ließ der 17. Senat in diesem Zusammenhang, was zu gelten habe, wenn das *Entgelt für die Optionseinräumung noch nicht erbracht* wurde. Nachdem die Verpflichtung des Optionsgebers in der Einräumung des Optionsrechts besteht,<sup>31)</sup> wäre es *prima facie* naheliegend, auch dann eine zumindest einseitig vollständige Erfüllung iSd § 21 IO anzunehmen, wenn dieses Gestaltungsrecht bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens (und zwar vor Entgeltzahlung) bereits ausgeübt werden konnte,<sup>32)</sup> sodass im Ergebnis kein Wahlrecht bestünde. Ein Blick auf die *Auswirkungen dieser Sichtweise* zeigt aber, dass hier unter Umständen differenziertere Überlegungen angebracht sind.

Im Wesentlichen gibt es im Fall des noch nicht erbrachten Entgelts zwei denkbare Konstellationen: Wurde weder das Entgelt gezahlt noch das Optionsrecht so eingeräumt, dass es bereits ausgeübt werden konnte (Fall 1), so muss dem Insolvenzverwalter des Optionsverpflichteten wohl jedenfalls ein Wahlrecht nach § 21 Abs 1 IO zustehen. Bei Rücktritt erwirbt der Vertragspartner dann einen Schadenersatzanspruch nach § 21 Abs 2 IO,<sup>33)</sup> bei Erfüllungswahl kann der Insolvenzverwalter das Entgelt vom Optionsberechtigten fordern, muss ihm dann aber seinerseits das Gestaltungsrecht einräumen. Übt dieser in weiterer Folge sein Optionsrecht aus, so kommt dem Insolvenzverwalter hinsichtlich dieses in Geltung gesetzten Vertrags nach zutreffender Ansicht *Widhalm-Budaks* hingegen kein Wahlrecht zu; ob für dieses Ergebnis tatsächlich § 46 Z 5 IO oder doch eher Z 4 *leg cit* heranzuziehen ist, muss an dieser Stelle nicht weiter vertieft werden. Die Insolvenzmasse muss das so begründete Vertragsverhältnis daher in jedem Fall voll erfüllen.<sup>34)</sup> Abgesehen davon, dass das Zustandekommen des Vertrags zumindest mittelbar auf einem Willensentschluss des Insolvenzverwalters beruht,<sup>35)</sup> würde die Gegensicht – eher unbefriedigend – dazu führen, dass der Insolvenzverwalter zunächst in den Optionsvertrag eintreten und das dafür gebührende Entgelt fordern, in weiterer Folge aber um den Preis eines bloßen Schadenersatzanspruchs nach § 21 Abs 2 IO (als Insolvenzforderung) vom Vertrag zurücktreten könnte.

29) Vgl OGH 17 Ob 14/22s.

30) So schon *Kletečka in Konecny*, Insolvenz-Forum 2008, 21 f; *Widhalm-Budak in Konecny*, IO § 21 Rz 100.

31) *Kletečka in Konecny*, Insolvenz-Forum 2008, 22.

32) So etwa *Widhalm-Budak in Konecny*, IO § 21 Rz 101.

33) *Widhalm-Budak in Konecny*, IO § 21 Rz 103.

34) *Widhalm-Budak in Konecny*, IO § 21 Rz 103.

35) Dies führt auch die Entscheidung OGH 17 Ob 14/22s in Rz 49 als zentrales Argument für die Anwendbarkeit des § 21 IO an.

Davon zu unterscheiden ist nun jene Konstellation, in der *noch kein Entgelt geleistet*, dem Optionsberechtigten das *Gestaltungsrecht aber bereits (ausübbar) eingeräumt* wurde (Fall 2). Die Annahme einer einseitigen vollständigen Erfüllung durch den Optionsverpflichteten würde hier dazu führen, dass der Insolvenzverwalter zunächst das Entgelt aus dem Optionsvertrag fordern, in weiterer Folge aber wiederum (zumindest – wie in OGH 17 Ob 14/22s vertreten – *in analogiam*) gem § 21 Abs 1 IO vom Vertrag zurücktreten könnte, weil die Entstehung des Vertrags auf keinem Willensentschluss des Insolvenzverwalters beruhte. Konsequenz weitergedacht würde dies aber zu einem eher paradoxen Szenario führen: Obwohl der (mittlerweile insolvente) *Optionsverpflichtete vorgeleistet* hat (indem er die Option ausübbar eingeräumt hat), wäre der nicht insolvente *Optionsberechtigte mangels Anwendbarkeit des § 21 IO in vielen Fällen schlechter gestellt*, als wenn er die Option noch nicht hätte ausüben können (weil er zunächst das Optionsentgelt voll leisten müsste, der Insolvenzverwalter vom in Geltung gesetzten Vertrag aber dennoch zurücktreten könnte). Dieses Ergebnis widerspräche in eklatanter Weise den Grundwertungen des Zivil- und Insolvenzrechts, wonach der ungesichert vorleistende Vertragspartner das Insolvenzrisiko des anderen Teils trägt und die Ausbedingung einer Vorleistung durch den anderen Teil daher ein nicht unerhebliches Sicherungsinstrument darstellt.<sup>36)</sup> Diese Werthaltung manifestiert sich gerade in Bezug auf Vertragsbeziehungen auch in § 21 Abs 4 IO: So ist der *in Vorleistung tretende Vertragspartner* bei teilbaren Leistungen nach dieser Bestimmung mit dem der Teilleistung entsprechenden Betrag nur *Insolvenzgläubiger*, also gegenüber der Situation, in der er vom späteren Insolvenzschuldner Vorleistung verlangt hat, deutlich schlechter gestellt. Diese Schieflage ist meines Erachtens durch einen *Analogieschluss* zu korrigieren: § 21 IO wäre auf den vorliegenden Fall aufgrund einseitig vollständiger Erfüllung durch den Optionsverpflichteten zwar eigentlich nicht anwendbar (darin besteht die Gesetzeslücke). Um den aufgezeigten Wertungswiderspruch zu sonstigen Vorleistungssituationen zu vermeiden, ist § 21 IO aber *analog* auch dann zur Anwendung zu bringen, wenn dem Optionsberechtigten bereits vor Entgeltzahlung die Ausübung der Option zugestanden wurde. Dies hat zur Folge, dass sich der Optionsvertrag zunächst in einem Schwebezustand befindet.<sup>37)</sup> Tritt der Insolvenzverwalter in weiterer Folge vom Optionsvertrag zurück, so verliert der Optionsberechtigte zwar sein Optionsrecht, kann aber einen Schadenersatzanspruch nach § 21 Abs 2 IO geltend machen. Wählt der Insolvenzverwalter hingegen die Erfüllung, so kann er das Entgelt für die Optionseinräumung verlangen, vom Vertrag bei späterer Optionsausübung aber – aus den bereits zuvor dargelegten Gründen – nicht zurücktreten.

#### D. Schicksal von nicht ausgeübten Optionsrechten nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens

Die Entscheidung OGH 17 Ob 14/22s wirft schließlich in einem weiteren Punkt Folgefragen auf: Wenn *Optionsrechte* nämlich (zumindest in einigen Konstellationen) *insolvenzfest* sein können, ist wohl auch zu klären, was passiert, wenn

36) Vgl etwa OGH 4 Ob 137/10s; *König/Trenker*, Die Anfechtung nach der Insolvenzordnung<sup>6</sup> (2020) Rz 10.29; *Perner* in *Koller/Lovrek/Spitzer*, IO<sup>2</sup> § 21 Rz 3; *Widhalm-Budak* in *Konecny*, IO § 21 Rz 7.

37) Vgl dazu OGH 5 Ob 312/84; RIS-Justiz RS0064477; *Bartsch/Pollak*, Konkursordnung I<sup>3</sup> 126; *Perner* in *Koller/Lovrek/Spitzer*, IO<sup>2</sup> § 21 Rz 27; *Petschek/Reimer/Schiemer*, Das österreichische Insolvenzrecht (1973) 278; *Widhalm-Budak* in *Konecny*, IO § 21 Rz 245.

diese während des Insolvenzverfahrens nicht ausgeübt werden. Eine solche (zumindest vorläufige) Nichtausübung kann etwa dann problematisch sein, wenn der Insolvenzverwalter Dispositionen über Massebestandteile vornehmen möchte (etwa den Verkauf einer Liegenschaft), die mit einem solchen Optionsrecht „belastet“ sind (wenn also etwa die Ausübung des Optionsrechts einen Liegenschafts Kaufvertrag in Geltung setzen würde). Im Fall einer Liquidierung mag das weniger problematisch sein; sofern sich der Schuldner aber sanieren möchte, kann die nach Verfahrensaufhebung „drohende“ Optionsausübung allerdings wichtige Massebestandteile binden und im schlimmsten Fall sogar aussichtsreiche Sanierungen gefährden.<sup>38)</sup>

Dieses Problem ließe sich meines Erachtens relativ praktikabel dadurch in den Griff bekommen, den im Optionsvertrag in Aussicht gestellten *Hauptvertrag bereits* zum Zeitpunkt des Optionsvertragsschlusses als (mit Optionsausübung) *bedingt abgeschlossen* zu erachten.<sup>39)</sup> Denn auch bedingt abgeschlossene Verträge werden nach überzeugender Auffassung *Widhalm-Budaks* von den Rechtswirkungen des § 21 IO erfasst,<sup>40)</sup> was aus teleologischen Erwägungen zu befürworten ist: Nur auf diese Weise kann sichergestellt werden, dass sich der Insolvenzverwalter *umfassend von vertraglichen Verpflichtungen befreien* kann, wenn dies zur Mehrung der Insolvenzmasse<sup>41)</sup> (und damit mittelbar: zur Verwirklichung der Insolvenzziele) sinnvoll ist. Zudem stellt die *Eröffnung des Insolvenzverfahrens* unter Zugrundelegung dieser Sichtweise weiterhin eine umfassende *Zäsur* dar: Der Schuldner kann sich insoweit (unter den sonstigen Voraussetzungen) von den Konsequenzen seiner vor Verfahrenseröffnung getätigten Handlungen befreien; gleichzeitig gelingt auf diese Weise eine *Konzentration der Insolvenzgläubiger auf die Insolvenzmasse*.<sup>42)</sup> Das führt zu dem Ergebnis, dass der Insolvenzverwalter bereits *vor Optionsausübung* vom bedingt entstandenen Vertrag *zurücktreten* kann, was insb zur Absicherung von Sanierungsbemühungen (für die Zeit nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens) notwendig sein kann. Wird das Wahlrecht während des Insolvenzverfahrens hingegen *nicht ausgeübt*, so „überlebt“ das Optionsrecht die *Aufhebung des Insolvenzverfahrens* und kann danach vom Optionsberechtigten weiterhin in Anspruch genommen werden.

### III. Zusammenschau

Die Entscheidung OGH 17 Ob 14/22s schafft in Bezug auf Optionsrechte in der Insolvenz langersehnte Klarheit. Die dort aufgeworfenen Folgefragen dürften die Rechtsprechung aber wohl auch in den nächsten Jahren beschäftigen, zumal

38) Vgl *Jacoby in Jaeger*, InsO<sup>2</sup> § 103 Rz 75.

39) Siehe dazu etwa *F. Bydlinski in Klang/Gschmitzer IV/2<sup>2</sup> 792*; *Noll*, AnwBl 2002, 510; vgl dazu auch *Welsler*, Der Zeitpunkt des Wertvergleichs bei Anfechtung einer Optionsvereinbarung wegen *laesio enormis*, NZ 2019, 281 (285); *Widhalm-Budak in Konecny*, IO § 21 Rz 93 f; OGH 6 Ob 86/18t; 4 Ob 217/21x; RIS-Justiz RS0024131.

40) *Widhalm-Budak in Konecny*, IO § 21 Rz 32; für Deutschland ebenso *Jacoby in Jaeger*, InsO<sup>2</sup> § 103 Rz 74 ff.

41) Darin besteht nach herrschender Auffassung der primäre Zweck des § 21 IO; vgl OGH 6 Ob 102/07d; *Gamerith in Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht I<sup>4</sup> § 21 KO Rz 2; *Pitkowicz*, Wirkt der Rücktritt des Masseverwalters gem § 21 KO *ex tunc*? ÖJZ 1990, 677 (679); *Perner in Koller/Lovrek/Spitzer*, IO<sup>2</sup> § 21 Rz 3; *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 278; *Widhalm-Budak in Konecny*, IO § 21 Rz 9.

42) Für Deutschland *Jacoby in Jaeger*, InsO<sup>2</sup> § 103 Rz 75.

das überzeugende „Rosinenpicken“-Argument nicht in allen relevanten Konstellationen verfängt. Unentgeltlich eingeräumte Optionen sind wertungsmäßig mit „echten“ Angeboten iSd § 862 ABGB zu vergleichen und in der Insolvenz daher nach § 26 Abs 2 und 3 IO zu behandeln; entgeltlich eingeräumte Optionen fallen hingegen unter § 21 IO. Wurde das Entgelt noch nicht geleistet, die Option aber bereits eingeräumt, dann bietet sich (trotz einseitiger Erfüllung) eine analoge Anwendung des § 21 IO an, um Wertungswidersprüche zu vermeiden. Auch durch die Optionseinräumung bereits bedingt entstandenen Verträge können nach § 21 IO aufgelöst werden, zumal die Masse andernfalls keinen Weg hätte, sich von der drohenden (und auch die Insolvenzaufhebung überdauernden) Möglichkeit der In-Geltung-Setzung des Vertrags zu befreien.

MANIV