

# ÖSTERREICHISCHE NOTARIATS ZEITUNG

154. JAHRGANG

03  
2022



MONATSSCHRIFT FÜR NOTARIAT UND VERFAHREN AUSSER STREITSACHEN

Aus dem Inhalt:

---

## EDITORIAL

---

*Alexander Schopper:*

Von unwirksam bestellten GmbH-Geschäftsführern, Haftungen für Steuerschulden der GmbH und notariellen Pflichten bei Unterschriftsbeglaubigungen Seite 109

---

## BEITRÄGE

---

*Martin Trenker:*

Schicksal der Entlohnung des Verlassenschaftskurators (§ 283 ABGB) im nachfolgenden Insolvenzverfahren Seite 110

---

*Martin Spitzer:*

Sparbücher und Pflugschaftsgericht Seite 122

---

## RECHTSPRECHUNG

---

Ende einer Lebensgemeinschaft und letztwillige Verfügung Seite 131

---

Zur Einbeziehung von thesaurierten Gewinnen in das naheheliche Aufteilungsverfahren Seite 141

---

Verzicht auf Begünstigtenstellung in einer Privatstiftung als massezugehöriger Vermögensbestandteil (*Robert Briem*) Seite 148

---

LEITUNG: Christian Rabl, Alexander Schopper, Alexander Winkler (Chefredakteur)

REDAKTION: Ludwig Bittner, Christian Koller, Elisabeth Lovrek, Peter G. Mayr, Gottfried Musger, Karl Stöger, Martin Trenker, Rudolf Welser

BEIRAT: Irene Faber, Christoph Grabenwarter, Andreas Kletečka, Helmut Ofner, Manfred Umlauf, Wolfgang Zankl

NZ 2022/32

## Schicksal der Entlohnung des Verlassenschaftskurators (§ 283 ABGB) im nachfolgenden Insolvenzverfahren

Gegenstand des – freilich zurückgewiesenen – Revisionsrekurses zu 2 Ob 142/21 b (NZ 2022/35, in diesem Heft auf S 131) war jüngst die Frage, ob gem § 7 IO auch das (Außerstreit-)Verfahren über die Festsetzung der „Entlohnung“<sup>1</sup> des Verlassenschaftskurators (§ 283 ABGB) wegen der Insolvenzeröffnung über die Verlassenschaft unterbrochen wird. Dies gibt Anlass, das Schicksal dieses Entlohnungsanspruchs im Insolvenzverfahren näher unter die Lupe zu nehmen, zumal sich dabei äußerst diffizile Probleme stellen: Das gilt namentlich für die in der Rsp<sup>2</sup> angenommene, aber im Schrifttum heftig kritisierte<sup>3</sup> Qualifikation – zumindest eines Teils – dieser Ansprüche als Masseforderungen. Neben dieser auch methodisch reizvollen Grundsatzfrage, deren Untersuchung im Mittelpunkt dieser Abhandlung stehen soll, ergeben sich schwierige Folgefragen hinsichtlich der Durchsetzung dieses Entlohnungsanspruchs im Insolvenzverfahren: Zum einen ist das Verhältnis der Festsetzung der Entlohnung im Außerstreitverfahren zu den insolvenzrechtlichen Mechanismen der Forderungsdurchsetzung (§§ 102ff, 124 Abs 3 IO) keineswegs selbsterklärend. Zum anderen birgt die Ambivalenz, dass – zumindest nach der Rsp – ein Teil des Anspruchs Masseforderung, der übrige Teil Insolvenzforderung sein kann, zusätzliche Schwierigkeiten.

Von Martin Trenker

### Inhaltsübersicht:

- A. Einleitung
- B. Meinungsstand
  - 1. Rechtsprechung
  - 2. Lehre
- C. Stellungnahme
  - 1. Ergebnis der Rechtsprechung als Rechtsauslegung oder -fortbildung?
  - 2. Analogiefähigkeit der Tatbestände des § 46 IO
  - 3. Analogie zu § 46 Z 2 IO für Ansprüche gem § 283 ABGB
- D. Durchsetzung im Insolvenzverfahren
  - 1. Allgemeines
  - 2. Masseforderung analog § 46 Z 2 IO
  - 3. Insolvenzforderung in Höhe der „Restentschädigung“
- E. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

### A. Einleitung

Die Insolvenzeröffnung über eine Verlassenschaft ist, wenn es nicht ohnehin zur Überlassung an Zahlungen statt kommt (§ 154 AußStrG), beileibe keine Seltenheit, weshalb auch die IO diverse Sonderbestimmungen hierfür (§ 58 Z 3, § 67 Abs 1, § 69 Abs 4, § 100 Abs 6,

§§ 164, 166 IO) parat hält. Sehr häufig kommt es zudem gerade auch bei „insolvenzgefährdeten“ Verlassenschaften vor, dass diese noch vor Insolvenzeröffnung von einem Kurator verwaltet werden. Die Materialien zum ErwSchAG-Justiz<sup>4</sup> nennen die Vielzahl dieser Fälle sogar als einen Hauptgrund für die Änderung der Entlohnung von Kuratoren in § 283 ABGB.<sup>5</sup> Diese Änderung betraf die Ergänzung in § 283 Abs 1 Satz 2 ABGB, wonach die Verbindlichkeiten des verwalteten Vermögens bei der Bemessung der Entlohnung, iHv 5 Prozent dieses Vermögens jährlich, nicht zu berücksichtigen seien. Denn bei überschuldeten Vermögensmassen „bliebe bei stetem Abzug der Passiva von den Aktiva [...] gar keine Bemessungsgrundlage für eine Entschädigung übrig“.<sup>6</sup>

Trotz dieses rezenten Problembewusstseins schweigt das Gesetz zur Qualifikation dieses Entlohnungsanspruchs im Insolvenzverfahren. Das ist in zweifacher Hinsicht bemerkenswert: Erstens hat die Frage, ob der Entlohnungsanspruch des Verlassenschaftskurators im nachfolgenden Insolvenzverfahren als Masse- oder Insolvenzforderung einzuordnen ist, praktisch regelmäßig größere Auswirkungen als die absolute Höhe des Anspruchs. Das gilt übrigens nicht nur in Fällen, in denen die Entlohnung vor Insolvenzeröffnung noch nicht festgesetzt und/oder ausgezahlt wurde. Selbst wenn der Kurator seine Entlohnung nämlich noch – vermeintlich rechtzeitig – „in trockene Tücher gebracht hat“, dürfte ihm fast immer eine Anfechtung nach § 31 Abs 1 Z 1 Fall 1 IO (oder auch gem § 30 Abs 1 Z 2 IO) drohen,

<sup>1</sup> § 283 ABGB spricht von „Entschädigung, Entgelt und Aufwandsersatz“. Wirtschaftlich fungieren die Ansprüche des § 283 ABGB aber zweifellos als Entlohnung für die Tätigkeit eines Kurators.

<sup>2</sup> RIS-Justiz RS0013042; 8 Ob 15/88; 8 Ob 8/90; 8 Ob 67/00m; 1 Ob 285/00v; 6 Ob 72/03m; 6 Ob 245/15w.

<sup>3</sup> Konecny, EvBl 2013/139, 970f (Anm); Engelhart in Konecny, Kommentar zu den Insolvenzgesetzen (48a. Lfg; 2012) § 46 IO Rz 54; Nunner-Krautgasser, Zur Abgrenzung von Insolvenz- und Masseforderungen: Die Entlohnung des Verlassenschaftskurators im Verlassenschaftskonkurs, Zak 2016, 304 (305); Widhalm-Budak in Koller/Lovrek/Spitzer, IO Insolvenzordnung (2019) § 46 Rz 19.

<sup>4</sup> Erwachsenenschutz-Anpassungsgesetz für den Bereich des Bundesministeriums für Verfassung, Reformen, Deregulierung und Justiz, BGBl I 2018/58.

<sup>5</sup> ErläutRV 195 BlgNR 26. GP 2.

<sup>6</sup> ErläutRV 195 BlgNR 26. GP 2.

wenn sein Entlohnungsanspruch als Insolvenzforderung zu qualifizieren wäre (näher unten C.3.c).

Zweitens fällt in rechtsvergleichender Sicht auf, dass die deutsche Insolvenzordnung (InsO), welche der Verlassenschaftsinsolvenz freilich generell einen ganzen Abschnitt widmet (§§ 315–331), die „Kosten [...] der gerichtlichen Sicherung des Nachlasses, einer Nachlaßpflegschaft [...]“ in § 324 Abs 1 Z 4 InsO explizit zu Masseverbindlichkeiten erklärt.

## B. Meinungsstand

### 1. Rechtsprechung

Trotz der fehlenden Erwähnung der Entlohnungsansprüche des Verlassenschaftskurators in der Aufzählung der Masseforderungen in § 46 IO (oder an anderer Stelle) hat sich hierzulande die Rsp dieser ausdrücklichen Anordnung der deutschen InsO angenähert: Ausgangspunkt der Entwicklung dieser Judikatur war die – zur KO<sup>7</sup> wohl erstmals in der E 2 Ob 1269/30<sup>8</sup> formulierte – Auffassung, dass die Kosten der Nachlassinventur Massekosten gem § 46 Z 1 KO/IO seien.<sup>9</sup> In 3 Ob 48/67<sup>10</sup> grenzte der OGH hiervon noch explizit den Entlohnungsanspruch des Verlassenschaftskurators ab; unter Berufung auf nicht näher angeführte Lehre und Rsp – gemeint sind wohl die in GIU 6660<sup>11</sup> und 13.831<sup>12</sup> veröffentlichten Entscheidungen zur CO 1868 sowie Stellungnahmen von Pollak<sup>13</sup> und Rintelen<sup>14</sup> – ordnete er diesen gerade nicht als Masseforderung ein. Allerdings finden sich auch zur CO 1868 bereits gegenteilige Entscheidungen, die eine Einordnung derartiger Ansprüche als Masseforderungen befürwortet hatten.<sup>15</sup>

In neuerer Zeit qualifizierte der OGH Entlohnungsansprüche des Verlassenschaftskurators erstmals mit der E 8 Ob 15/88 – zumindest teilweise – als Masseforderungen. Er differenzierte darin danach, ob die Tätigkeit des Verlassenschaftskurators im (direkten) Zusammenhang mit der Massebewirtschaftung stehe. Wenn dies nämlich der Fall sei, habe sich die Masse die entsprechenden Kosten als Masseverwalterhonorar erspart, sodass der Belohnungsanspruch insoweit als Masseforderung gem § 46 Abs 1 Z 2 KO/IO einzustufen sei. Nach dieser Bestimmung werden bekanntlich „alle Auslagen, die mit der Erhaltung, Verwaltung und Bewirtschaftung

der Masse verbunden sind“, privilegiert. In 8 Ob 8/90 wurde diese „teleologische Auslegung“ mit dem Argument bekräftigt, dass der Gesetzgeber im Zuge des IRÄG 1982 die „seit langem erfolgte Behandlung der Kosten der – der Konkursöffnung vorangegangenen – Errichtung des Nachlaßinventars als Massekosten nicht zum Anlaß einer abweichenden ausdrücklichen Gesetzesregelung nahm“.

Im Einzelnen wurde das maßgebliche Abgrenzungskriterium in der Rsp wie folgt gehandhabt: In der Leit-E 8 Ob 15/88 wurde die mehrfache Aufnahme eines vollständigen Vermögensstatus der Verlassenschaft – auch zur Prüfung der Insolvenzvoraussetzungen – und der Abschluss von günstigen Kaufverträgen über Fahrnisse und Liegenschaften (teilweise bis zu drei Jahre vor Insolvenzeröffnung) ohne Weiteres als ausreichend erachtet.

In 8 Ob 8/90 wurde die rechtskräftig bestimmte Entlohnung offenbar pauschal als Masseforderung eingeordnet, weil der Kurator eine „festgestelltermaßen der Erhaltung, Bewirtschaftung und Verwaltung der Nachlaßmasse dienende umfangreiche Tätigkeit“ ausgeübt hatte. In 8 Ob 67/00 m gab der OGH dem Erstgericht im Zuge eines Aufhebungsbeschlusses hingegen explizit vor, dass die „rechtskräftig bestimmte Entlohnung des Verlassenschaftskurators für Mühewaltung nur insoweit als Masseforderung festzusetzen ist, als sich die Masse dadurch tatsächlich Honorar für den Masseverwalter erspart hat“. In einem *obiter dictum* in 1 Ob 285/00 v wurde dies zudem nochmals dahingehend präzisiert, dass die Tätigkeit „im Konkurs der Verlassenschaft vom Masseverwalter verwertet und übernommen werden“ können muss.

In der E 6 Ob 184/01 d wurde die Rsp zum Entlohnungsanspruch des Verlassenschaftskurators auf den Notgeschäftsführer einer GmbH übertragen. Zur Anspruchshöhe der Masseforderung nennt der OGH ausdrücklich zwei Kriterien: Einerseits müssen die erhaltenden, verwaltenden und bewirtschaftenden Maßnahmen für den Masseverwalter verwendbar sein, andererseits zu einer tatsächlichen Ersparnis der Insolvenzverwalterkosten führen. Konkret wurde die Einordnung als Masseforderung insoweit bejaht, als der Notgeschäftsführer „typische Tätigkeiten eines Masseverwalters“ verrichtet hatte. Namentlich waren dies die Einziehung unbestrittener Forderungen, die Abrechnung vorzeitig beendeter Dienstverhältnisse, die Überlassung umfangreicher Unterlagen über Besprechungen und Korrespondenzen mit dem Schuldner, Gläubigern, Dienstnehmern der GmbH, der Gewerbebehörde, dem Finanzamt und der Staatsanwaltschaft sowie eines Schätzgutachtens. Außerdem billigte der OGH grundsätzlich die Ansicht der Vorinstanzen, wonach die Masseforderung in analoger Anwendung der Entlohnungsregeln des § 82 KO berechnet wurde; er stellte allerdings klar, dass eine vollständige Übernahme dieser Regeln schon deshalb nicht in Frage kommen könne, weil die für den Masseverwalter geltende Bemessungsgrundlage des Bruttoerlöses nicht übertragbar sei.

<sup>7</sup> Siehe hingegen bereits die zahlreichen Judikaturnachweise bei Lehmann, Kommentar zur österreichischen Konkurs-, Ausgleichs- und Anfechtungsordnung (1916) 382.

<sup>8</sup> SZ 13/16.

<sup>9</sup> Ebenso 3 Ob 48/67 EvBl 1967/461, 663; 5 Ob 34/71 (unveröffentlicht); 5 Ob 313/86; 8 Ob 15/88; 1 Ob 25/98 b; RIS-Justiz RS0044226.

<sup>10</sup> EvBl 1967/461, 663.

<sup>11</sup> E v 16. 11. 1877, Nr 7439.

<sup>12</sup> E v 24. 6. 1891, Nr 7513.

<sup>13</sup> Das Concurrecht (1897) 280.

<sup>14</sup> Das Österreichische Konkursrecht (1910) 231 f FN 3.

<sup>15</sup> OGH 14. 1. 1896, Nr 293 GIU 15.684; 26. 11. 1896, Nr 13846 GIU 15.912.

In der zum Entlohnungsanspruch eines Sachwalters des Verstorbenen ergangenen E 6 Ob 72/03 m wurden hingegen „im Todeszeitpunkt der Betroffenen bereits Jahre zurückliegende Tätigkeiten, die daher mit der Feststellung des Nachlassvermögens, des Schuldenstandes und mit der Vermögensaufteilung in keinem Zusammenhang standen“, nicht als Masseforderungen qualifiziert. In 8 Ob 37/13 v heißt es in einem obiter dictum weiters, dass „längere Zeit vor Insolvenzeröffnung zurückliegende Tätigkeiten“ eines Nachlasskurators nicht als Masseforderungen berücksichtigt werden können.

In 6 Ob 245/15 w wurde die Revision zurückgewiesen und damit offenbar folgende Differenzierung des Berufungsgerichts für vertretbar erachtet: Als Masseforderung wurden nur die nach RATG abzurechnenden Kosten für eine Prozessführung des Nachlasskurators angesehen, die ansonsten der Insolvenzverwalter vorzunehmen gehabt hätte.<sup>16</sup> Im Übrigen wurde die Qualifikation als Masseforderung dagegen schon deshalb verneint, weil die Masseverwalterin ohnehin nur die gesetzliche Mindestentlohnung angesprochen hatte und auch keine höhere Entlohnung erhalten hätte, wenn sie die gegenständliche Tätigkeit des Nachlasskurators selbst vornehmen hätte müssen; maßgeblich war somit offenbar, dass sich die Masse nichts ersparen konnte.

## 2. Lehre

In der Lehre wird harsche Kritik an der skizzierten Rsp geäußert. Diese bezieht sich primär auf die grundlegende Qualifikation des Anspruchs gem § 283 ABGB als Insolvenzforderung: Der Subsumtion unter § 46 Z 2 IO stehe entgegen, dass der Entlohnungsanspruch bereits vor Insolvenzeröffnung entstanden sei<sup>17</sup> und sich die Verdienstlichkeit folglich nicht auf die Insolvenzmasse beziehen könne.<sup>18</sup> Auch wenn die Tätigkeit zur Erhaltung, Verwaltung und Bewirtschaftung der Verlassenschaft im Endeffekt der Insolvenzmasse zugutekomme, verbiete sich eine Einordnung als Masseforderung, weil ansonsten alle Auslagen vor Insolvenzeröffnung, die dieses Kriterium erfüllen, privilegiert werden müssten, wie zB von Steuerberatern erstellte Jahresabschlüsse oder Steuererklärungen.<sup>19</sup> Lehnt man eine un-

mittelbare Anwendung von § 46 Z 2 IO aus diesen Gründen ab, stehe der Annahme einer Masseforderung jedoch das von der ganz herrschenden Rsp<sup>20</sup> und Lehre<sup>21</sup> angenommene Analogieverbot der Aufzählung in § 46 IO entgegen.<sup>22</sup>

Engelhart<sup>23</sup> kritisiert ferner gewisse Unschärfen der Differenzierung, weil der Mehrwert der Tätigkeit des Verlassenschaftskurators für die Insolvenzverwaltung erst mit Beendigung der Entlohnung des Insolvenzverwalters feststehe und selbst dann kaum ermittelt werden könne, wenn und weil die maßgebliche Tätigkeit bereits Jahre vor der Insolvenzeröffnung stattgefunden habe. *De lege ferenda* tritt Engelhart allerdings dafür ein, „bestimmte Entgeltansprüche aus der Sicherstellung und Inventarisierung der Insolvenzmasse, soweit diese Tätigkeiten nach Insolvenzeröffnung verwertbar sind, im Verlassenschaftskonkurs analog zum früheren Anschlusskonkurs [...] als Masseforderungen“ zu behandeln.

## C. Stellungnahme

### 1. Ergebnis der Rechtsprechung als Rechtsauslegung oder -fortbildung?

Eine kritische Würdigung des Meinungsstands hat ihren Ausgangspunkt bei der Frage zu nehmen, wie die Rsp des OGH methodisch einzuordnen ist: Wie gezeigt, spricht der OGH von einer teleologischen Auslegung des § 46 Z 2 IO, während die kritischen Lehrmeinungen dem Höchstgericht vorwerfen, diese Bestimmung in Wahrheit analog anzuwenden. Dieser Unterschied ist *prima vista* deshalb so bedeutsam, weil Letzteres dem Postulat widerspräche, die Aufzählung der Masseforderungen sei gerade nicht analogiefähig.

Die anerkannte Grenzziehung zwischen Rechtsauslegung und -fortbildung bildet die äußerste Grenze des Wortlauts.<sup>24</sup> Im konkreten Kontext ist dementsprechend entscheidend, ob die Entlohnung eines Verlassenschaftskurators in den äußersten Grenzen des Wortlauts noch als Auslage, „die mit der Erhaltung, Verwaltung

<sup>16</sup> Pikanterweise wurden dem Kurator im Anlassfall allerdings vom Rekursgericht (OLG Wien 23. 9. 2015, 3 R 8/15s) die tarifmäßigen Kosten für einen Einspruch gegen einen Zahlungsbefehl als Masseforderung zuerkannt, obwohl der Kurator anschließend ein Versäumungsurteil gegen die Verlassenschaft ergehen ließ. Von zweckentsprechender Rechtsverfolgung (vgl § 41 Abs 1 ZPO) kann in einem solchen Fall nicht die Rede sein, sodass diese Kosten wohl überhaupt nicht, jedenfalls aber nicht als Masseforderung zuzusprechen gewesen wären.

<sup>17</sup> Nunner-Krautgasser, Zak 2016, 304 (305).

<sup>18</sup> Engelhart in Konecny, Insolvenzgesetze § 46 IO Rz 54; idS auch Konecny, EvBl 2013/139, 970f (Anm); Nunner-Krautgasser, Zak 2016, 304 (305).

<sup>19</sup> Engelhart in Konecny, Insolvenzgesetze § 46 IO Rz 54; Widhalm-Budak in KLS, IO § 46 Rz 19; idS auch Konecny, EvBl 2013/139, 970f (Anm).

<sup>20</sup> 5 Ob 304/81; 8 Ob 25/98 d; 8 ObA 116/03 x; 10 Ob 21/12 d; 1 Ob 164/12 t; 5 Ob 216/13 w; 6 Ob 245/15 w; RIS-Justiz RS0064815 [T 2]; RS0077987 [T 1]; OLG Wien 4 R 88/47 EvBl 1948/18, 19; im Ergebnis wohl auch 4 Ob 83/77.

<sup>21</sup> Bartsch/Pollak, Konkurs-, Ausgleichs-, Anfechtungsordnung, Einführungsordnung und Geschäftsaufsichtsgesetz I<sup>3</sup> (1937) 273; Mohr, Die Insolvenzordnung<sup>11</sup> (2012) § 46 E 1; Engelhart in Konecny, Insolvenzgesetze § 46 IO Rz 18; Widhalm-Budak in KLS, IO § 46 Rz 3; eher referierend Dellinger/Oberhammer/Koller, Insolvenzrecht<sup>4</sup> (2018) Rz 188.

<sup>22</sup> Engelhart in Konecny, Insolvenzgesetze § 46 IO Rz 54; Nunner-Krautgasser, Zak 2016, 304 (305); Widhalm-Budak in KLS, IO § 46 Rz 19.

<sup>23</sup> In Konecny, Insolvenzgesetze § 46 IO Rz 54; ähnlich Konecny, EvBl 2013/139, 970 (Anm).

<sup>24</sup> 4 Ob 141/77 Arb 9653; 5 Ob 516/81; 1 Ob 58/14 y; RIS-Justiz RS0016495; RS0008796; Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz<sup>2</sup> (1982) 19 ff; F. Bydliński, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff<sup>2</sup> (1991) 467 ff; Schauer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 6 Rz 8, § 7 Rz 1 (Stand 1. 3. 2017).

und Bewirtschaftung der Masse verbunden“ ist, interpretiert werden kann. Knackpunkt dafür ist das Verständnis des Begriffs der „Masse“. Ohne jegliches juristische Vorverständnis könnte man zwar möglicherweise einfach das gesamte Vermögen des verstorbenen Schuldners als dessen „Masse“ verstehen. Schon oberflächliche systematische Interpretation, welche zur Determination der „*eigenthümlichen Bedeutung*“ (§ 6 ABGB) des äußersten Wortlauts zumindest bei einem normativ geprägten Terminus wie „Masse“ unerlässlich ist (arg: „*der Worte in ihrem Zusammenhange*“),<sup>25</sup> genügt jedoch, um zu erkennen, dass mit Masse die Insolvenzmasse gemeint ist.<sup>26</sup> Da die Insolvenzmasse als solche erst mit Insolvenzeröffnung entsteht (§ 2 Abs 2 IO), finden Ansprüche des Verlassenschaftskurators für die Verwaltung des Nachlasses, welche sich zwangsläufig vor Insolvenzeröffnung abspielt, im Wortlaut des § 46 Z 2 IO keine Deckung.

Das unterscheidet die Situation einer echten „Anschlussinsolvenz“ übrigens von der Überlassung an Zahlungs statt. Hier gibt es keine Insolvenzmasse, sodass dem Tatbestandsmerkmal „Masse“ in § 46 Z 2 IO bei dessen sinngebäuer Anwendung (§ 154 Abs 2 Z 1 AußStrG) von vornherein keine Bedeutung zukommt; folglich macht die Rsp stattdessen die maßgebliche zeitliche Zäsur für eine Qualifikation als Masseforderung am Todeszeitpunkt des Erblassers fest.<sup>27</sup> Die – insoweit auch vom Gesetzgeber anerkannte<sup>28</sup> – Privilegierung der Entlohnungsansprüche des Verlassenschaftskurators<sup>29</sup> bereitet somit keine vergleichbaren dogmatischen Schwierigkeiten.<sup>30</sup>

Im Fall der Eröffnung eines „echten“ Insolvenzverfahrens kann das vom OGH erzielte Ergebnis einer teilweisen Qualifikation der Entlohnungsansprüche des Verlassenschaftskurators als Masseforderungen hingegen nur durch analoge Anwendung *lege artis* begründet werden. Die altbekannte Leier, der Gesetzgeber habe die einschlägige Rsp durch beredetes Schweigen im Zuge der kleineren Änderungen von § 46 IO durch das IRÄG 1982 bestätigt,<sup>31</sup> vermag daran richtigerweise nichts zu ändern. Eine solche gesetzgeberische Unterlassung entfaltet nicht ohne Weiteres normative Wirkung, wenn einschlägiges Problembewusstsein – wie in dieser Konstellation<sup>32</sup> –

aus den betreffenden Materialienstellen nicht einmal ansatzweise ersichtlich ist.

Dieses erste Zwischenergebnis bedeutet: Hält man § 46 IO mit der hM<sup>33</sup> nicht für analogiefähig, so wäre die Untersuchung an dieser Stelle beendet und die Qualifikation des Entlohnungsanspruchs als Masseforderung widerlegt.

## 2. Analogiefähigkeit der Tatbestände des § 46 IO

### a) Zu „Analogieverboten“ im Allgemeinen

Freilich stimmt die herrschende Annahme, § 46 IO sei einer Analogie gänzlich unzugänglich, äußerst skeptisch. Wie das gegenständliche Beispiel zeigt, führte ein derartiges „Analogieverbot“ dazu, dass die äußerste Grenze des Wortlauts von § 46 IO ohne Wenn und Aber zum maßgeblichen Abgrenzungskriterium von Masse- und Insolvenzforderungen erhoben würde. Daran ist jedoch zum einen bedenklich, dass die Grenzziehung des Wortlauts im Einzelfall anerkanntermaßen große Schwierigkeiten bereitet und folglich fließend verläuft;<sup>34</sup> als allein maßgebliches Entscheidungskriterium scheint sie daher von vornherein nur bedingt geeignet. Vor allem aber erhebt sich zum anderen die Frage, ob eine bestimmte gesetzliche Formulierung, die trotz kleinerer Novellen zudem auf ein mehr als 100 Jahre altes Gesetz zurückgeht, wirklich in jedem Einzelfall sachliche Differenzierungen erlaubt. Unterstellt man den damaligen Gesetzesverfassern nicht geradezu Allwissenheit und hellseherische Fähigkeiten ob sämtlicher künftigen Entwicklungen, so ist diese Frage mE eindeutig zu verneinen.

Diese kritischen Erwägungen werden durch die Rechtfertigung des Analogieschlusses bei einer sogenannten teleologischen oder unechten Lücke<sup>35</sup> erhärtet. Der Analogieschluss beruht in diesen Fällen darauf, dass der Gleichheitsgrundsatz iVm der ermittelten *ratio legis* einer Norm die Erstreckung ihrer Rechtsfolgenanordnung auf den gesetzlich nicht unmittelbar geregelten Fall erfordert.<sup>36</sup> Jedes Analogieverbot begibt sich damit ins Spannungsverhältnis zum verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz. Für ein Analogieverbot müssen deshalb besonders gewichtige Gründe sprechen. Das ist durchaus denkbar: So kann sich das strafrechtliche Analogieverbot nicht nur seinerseits auf eine verfassungsrechtliche Grundlage (Art 7 MRK: *nulla poena sine lege*; vgl ferner Art 49 GRC) stützen, sondern trägt beson-

<sup>25</sup> Vgl F. Bydliński, Methodenlehre 470, wonach die Frage entscheidend sei: „Was heißt das in der für mich gerade relevanten Beziehung?“.

<sup>26</sup> So bereits völlig zutr OGH 24. 6. 1891, Nr 7.513 GIU 13831.

<sup>27</sup> 6 Ob 574/90; 6 Ob 47/12y; 1 Ob 164/12t; 4 Ob 50/13a; RIS-Justiz RS0013034; RS0007622 [T 5]; mit guten Gründen aA noch Schumacher, Die Überlassung überschuldeter Verlassenschaften an Zahlungs statt, in Bittner/Klicka/Kodek/Oberhammer, Festschrift für Walter H. Rechberger zum 60. Geburtstag (2005) 551 (557): „Einleitung des Verlassenschaftsverfahrens“.

<sup>28</sup> ErläutRV 224 BlgNR 22. GP 100.

<sup>29</sup> RIS-Justiz RS0007645; 6 Ob 180/62 EvBl 1963/36, 46; 5 Ob 549/84; 6 Ob 6/98w.

<sup>30</sup> Vgl wohl idS Schumacher in FS Rechberger 551 (557).

<sup>31</sup> IdS 8 Ob 8/90.

<sup>32</sup> Siehe ErläutRV 1147 BlgNR 15. GP 2, 6ff, 20. Mit dem vorgeschlagenen § 23 Abs 1 Z 4 AO sollte sogar den „Besonderheiten, die sich im Ausgleich einer Verlassenschaft ergeben“ (aaO 8), Rechnung getragen werden. Es geht dabei aber nur um die Kosten für eine Bestattung des Ausgleichsschuldners, während von der Entlohnung eines Verlassenschaftskurators keine Rede ist.

ten, die sich im Ausgleich einer Verlassenschaft ergeben“ (aaO 8), Rechnung getragen werden. Es geht dabei aber nur um die Kosten für eine Bestattung des Ausgleichsschuldners, während von der Entlohnung eines Verlassenschaftskurators keine Rede ist.

<sup>33</sup> Oben B.2 bei FN 20f.

<sup>34</sup> Merz, Auslegung, Lückenfüllung und Normberichtigung, AcP 163 [1964] 305 (331 ff); Canaris, Lücken<sup>2</sup> 22; F. Bydliński, Methodenlehre 470.

<sup>35</sup> Zu diesem Begriff noch unten C.3.a) und in FN 57.

<sup>36</sup> Statt vieler F. Bydliński, Methodenlehre 474.

ders dem Freiheits- und Vertrauensschutzbedürfnis der Rechtsunterworfenen Rechnung.<sup>37</sup> Dieses Bedürfnis wird mit guten Gründen sogar höher gewichtet als die fundamentale Gerechtigkeitsgarantie der gleichheitssatzkonformen Rechtsanwendung.

## b) Entwicklung des Dogmas vom „Analogieverbot“ zu § 46 IO

Diese allgemeinen Erwägungen werfen für den gegenständlichen Kontext die naheliegende Frage auf, womit denn das postulierte Analogieverbot in § 46 IO gerechtfertigt wird. Die Antwort darauf fällt äußerst ernüchternd aus. Soweit ersichtlich wird nirgends (!) eine sachliche Rechtfertigung für das Dogma von der mangelnden Analogiefähigkeit des § 46 IO geliefert.

Ihren Ausgangspunkt dürfte diese Ansicht wohl in der Kommentierung von *Bartsch in Bartsch/Pollak*<sup>38</sup> genommen haben, der sich ohne Weiteres auf eine wohl unveröffentlichte Entscheidung des OLG Wien<sup>39</sup> beruft. In der Denkschrift findet sich indes nur der Hinweis, dass die Aufzählung der Masseforderungen dem bisherigen § 29 CO 1868 entspreche.<sup>40</sup> Zu dieser Norm lehrt *Pollak*<sup>41</sup> lediglich, dass die Massekosten taxativ aufgezählt seien, was den Zweck habe, sie von den damals noch<sup>42</sup> zu unterscheidenden Masseschulden abgrenzen zu können. Von einem Analogieverbot lässt sich der einschlägigen Literatur indes nichts entnehmen.<sup>43</sup>

Dennoch dürfte es gerade die Gleichsetzung von taxativer Aufzählung und Unzulässigkeit einer analogen Anwendung sein, welche der hM den Boden bereitet hat. In EvBl 1948/18, 19 – es handelt sich soweit ersichtlich um die erste veröffentlichte Entscheidung, welche der mangelnden Analogiefähigkeit der Aufzählung in § 46 KO/IO das Wort redet – meint das OLG Wien<sup>44</sup> nämlich lapidar: „Diese Masseforderungen sind im § 46 KO erschöpfend aufgezählt, eine Erweiterung durch Analogie ist ausgeschlossen“. Während die mitunter als erste einschlägige höchstrichterliche Entscheidung zitierte<sup>45</sup> E 4 Ob 83/77 in weiterer Folge nur klarstellt, dass in bestimmten, vom Kläger erwähnten Vorjudikaten kein Analogieschluss gezogen wurde, spricht sich der OGH in 5 Ob 304/81 tatsächlich erstmals gegen eine Erweiterung des § 46 KO/IO durch Analogie aus: Wiederum be-

schränkt sich die Begründung jedoch darauf, dass die Aufzählung der Masseforderungen erschöpfend sei. Eine andere Begründung sucht man auch in der nachfolgenden Judikatur vergebens.

## c) Stellungnahme

Es zeigt sich damit, dass für das herrschende Dogma von der mangelnden Analogiefähigkeit der Aufzählung in § 46 IO weder in Rsp noch Lehre eine sachliche Rechtfertigung gegeben wird, sondern dieses Dogma auf einer Vermengung mit der Qualifikation der Aufzählung als taxativ bzw erschöpfend beruht.<sup>46</sup> Eine taxative Aufzählung muss allerdings keineswegs „analogiefeindlich“ sein. Die Charakterisierung einer Enumeration als taxativ oder erschöpfend soll eine solche nur von demonstrativen oder beispielhaften Aufzählungen abgrenzen. Demonstrative Aufzählungen (zB in § 382 EO;<sup>47</sup> §§ 82 b, 82 c IO<sup>48</sup>) dienen typischerweise nur dazu, einen Grundtatbestand zu verdeutlichen, beschränken den Interpreten bei der Anwendung einer Norm auf nicht im Gesetz geregelte Fälle jedoch prinzipiell nicht. Eine erschöpfende Aufzählung (zB § 379 Abs 2 EO;<sup>49</sup> § 519 ZPO<sup>50</sup>) darf im Gegensatz dazu zwar nicht ohne Weiteres ausgedehnt werden. Das schließt es aber wiederum nicht aus, dass sich eine Aufzählung als planwidrig lückenhaft erweist und die Rechtsfolgenanordnung dieser Aufzählung deshalb auch auf einen Sachverhalt angewendet wird, welcher deren äußerste Wortlautgrenze „sprengt“.

Ein anerkanntes Beispiel für eine erschöpfende, aber analogiefähige Enumeration bietet die Aufzählung der Aufschiebungsgründe eines Exekutionsverfahrens in § 42 Abs 1 EO. Obwohl die ganz hL und Rsp seit jeher den taxativen Charakter dieser Bestimmung betont,<sup>51</sup> folgert die Judikatur daraus nicht, dass eine Analogie von vornherein ausscheide; zu fordern sei lediglich, dass „ein nicht ganz genau in einem der taxativ beschriebenen Aufschiebungsgründe passender Sachverhalt in sei-

<sup>37</sup> Vgl nur EGMR 22. 11. 1995, 47/1994/494/576 ÖJZ 1996, 356; 22. 3. 2001, 34044/96, 35532/97, 44801/98 NJW 2001, 3035.

<sup>38</sup> KO, AO, AnFO I<sup>3</sup> 273.

<sup>39</sup> 17. 10. 1916, R VI 294/16.

<sup>40</sup> Denkschrift KO, AO und AnFO 1914 (1914) 47.

<sup>41</sup> Concursrecht 281.

<sup>42</sup> Mit Einführung der KO 1914 wurde diese Unterscheidung aufgegeben, s zB *Lehmann*, Kommentar zur österreichischen Konkurs-, Ausgleichs- und Anfechtungsordnung (1916) 377.

<sup>43</sup> Untersucht wurden *Kißling*, Die österreichische Concursordnung<sup>2</sup> (1877); *Schwarz*, Das Österreichische Concursrecht I (1894); *Pollak*, Concursrecht; *Rintelen*, Konkursrecht.

<sup>44</sup> 4 R 88/48.

<sup>45</sup> ZB *Widhalm-Budak* in KLS, IO § 46 Rz 3 FN 5.

<sup>46</sup> Bezeichnend ist es etwa, wenn *Engelhart* (in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 46 IO Rz 18) für die „*einhellige Auffassung*“, dass Masseforderungen taxativ aufgezählt seien und nicht durch Analogie erweitert werden dürfen, *Petschek/Reimer/Schiemer* (Das österreichische Insolvenzrecht [1973] 519) anführt, bei denen jedoch nur vom taxativen Charakter der Aufzählung die Rede ist.

<sup>47</sup> 7 Ob 197/01 y; 3 Ob 43/04 a; RIS-Justiz RS0005471; *König*, Einstweilige Verfügungen im Zivilverfahren<sup>5</sup> (2017) Rz 3.12.

<sup>48</sup> Vgl *Reisch* in KLS, IO §§ 82 b, 82 c Rz 24.

<sup>49</sup> RIS-Justiz RS0004873; 4 Ob 502/78; 1 Ob 176/15 m; *König*, Einstweilige Verfügungen Rz 3.45; *Sailer in Deixler-Hübner*, Exekutionsordnung Kommentar IV (2020) § 379 Rz 16 je mwN.

<sup>50</sup> Auch diese Tatbestände werden freilich in engen Grenzen analog auf andere Beschlüsse angewendet, dazu zB *Musger in Fashing/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen IV/1<sup>3</sup> (2019) § 519 ZPO Rz 41 ff, 70 ff.

<sup>51</sup> RIS-Justiz RS0001466; 1 Ob 258/46 JBl 1947, 264; 3 Ob 36/78; *Heller/Berger/Stix*, Kommentar zur Exekutionsordnung I<sup>4</sup> (1969) 539; *Jakusch in Angst/Oberhammer*, Kommentar zur Exekutionsordnung<sup>3</sup> (2015) § 42 Rz 33; *Deixler-Hübner in Deixler-Hübner*, EO I (2021) § 42 Rz 3.

ner Art und seinem Gewicht so beschaffen sein muss, dass alles für eine Gleichbehandlung spricht“.<sup>52</sup>

Diese Ansicht zu § 42 EO steht grundsätzlich im Einklang mit den obigen methodischen Überlegungen (C.2.a) und ist mE verallgemeinerungsfähig. Auch taxative Aufzählungen sind einer Erweiterung zugänglich, sofern keine besonders gewichtigen Interessen für ein Analogieverbot streiten (was außerhalb des Strafrechts freilich schwer vorstellbar scheint). Das heißt übrigens nicht, dass die Unterscheidung zwischen taxativen und demonstrativen Aufzählungen bedeutungslos wäre: Die Anforderungen an den Analogieschluss sind nämlich – wie soeben schon angedeutet – weit höher als an die Subsumtion eines Sachverhalts unter einen durch eine demonstrative Aufzählung lediglich näher konturierten Tatbestand.<sup>53</sup>

Der Vollständigkeit halber sei ferner erwähnt, dass der Erweiterung einer Aufzählung im Wege der Analogie auch nicht die Zuordnung der betreffenden Norm zum Prozessrecht entgegensteht. In älterer Judikatur und Literatur findet sich zwar bisweilen die Auffassung, wonach sich ein Analogieschluss im Prozessrecht *per se* verbiete,<sup>54</sup> was eine weitere Erklärung für das Dogma der nicht analogiefähigen Aufzählung der Masseforderungen in § 46 IO sein könnte. Diese antiquierte Ansicht gilt jedoch zu Recht als überholt und verfehlt.<sup>55</sup>

Das Dogma von der Unzulässigkeit der analogen Erweiterung der Tatbestände des § 46 IO erweist sich damit als unhaltbare Behauptung, die auf eine unrichtige Vermengung mit dem Charakter der Aufzählung als taxativ zurückgehen dürfte und seither schlicht unbeirrt fortgeschrieben wurde. Dass die hM bislang dennoch unbestritten geblieben ist, indiziert nur, aber immerhin, dass bei einer Erweiterung des Katalogs der Masseforderungen *qua* Analogie große Zurückhaltung zu üben ist. Eine derartige restriktive Tendenz lässt sich auch sachlich rechtfertigen: Denn erstens bedeutet jede Anerkennung einer Masseforderung eine Ausnahme von der *par condicio creditorum* und erhöht die Gefahr einer Masseinsuffizienz, sozusagen dem Worst-case-Szenario jedes Insolvenzverfahrens. Zweitens ist jede analoge Anwendung zwangsläufig mit Rechtsunsicherheit verbunden und damit geeignet, zusätzliche Rechtsstreitigkeiten hervorzurufen, die es in einem auf ökonomische kollektive Rechtsdurchsetzung gerichteten Insolvenzverfahren nach Möglichkeit (!) zu vermeiden gilt. Dennoch: Kategorisch auszuschließen ist eine analoge Anwendung der Tatbestände des § 46 IO trotz aller dabei gebotenen Zurückhaltung keineswegs.

<sup>52</sup> 3 Ob 141/84; 3 Ob 67/86; 3 Ob 22/90; 3 Ob 205/15 s; RIS-Justiz RS0001466 [T 8, 10].

<sup>53</sup> IdS 3 Ob 152/10i: „Eine bloß gewisse Ähnlichkeit mit einem im Gesetz angeführten Beispielfall reicht nicht aus, weil dies nur bei einer demonstrativen Aufzählung genügen würde.“

<sup>54</sup> 1 Ob 972/54; 1 Ob 253/70; Strigl, Die ZPO – ein Leitfadens zur Prozeßverschleppung, AnwBl 1983, 235 (239).

<sup>55</sup> Fasching, Zur Auslegung der Zivilverfahrensgesetze, JBl 1990, 749 (758); F. Bydliński, Methodenlehre<sup>2</sup> 601; Trenker, Einvernehmliche Parteidisposition im Zivilprozess (2020) 8 mwN.

### 3. Analogie zu § 46 Z 2 IO für Ansprüchem gem § 283 ABGB

#### a) Methodische Voraussetzungen

Die bisherigen Ausführungen haben ergeben, dass die Rsp zwar zu Unrecht von einer unmittelbaren Anwendung des § 46 Z 2 IO auf (Teile der) Entlohnungsansprüche eines Verlassenschaftskurators in einer nachfolgenden Verlassenschaftsinsolvenz ausgeht. Damit ist die Unrichtigkeit der Rsp jedoch nicht erwiesen, weil der Katalog des § 46 IO – entgegen der bislang ganz hM – im Grundsatz sehr wohl analogiefähig ist. Die entscheidende Frage ist somit, ob und inwieweit Ansprüche gem § 283 ABGB die Voraussetzungen für eine analoge Anwendung des § 46 Z 2 IO erfüllen.

Die Voraussetzungen einer analogen Anwendung sind allgemein das Vorliegen einer planwidrigen Lücke und die Vergleichbarkeit der Wertungsgrundlagen.<sup>56</sup> Da es sich im gegenständlichen Fall unzweifelhaft um keine notwendige Lücke handelt – wendet man § 46 IO nicht analog an, gelangt man einfach zur Einordnung der Ansprüche gem § 283 ABGB als Insolvenzforderung –, kommt nur eine teleologische Lücke in Betracht.<sup>57</sup> Bei einer solchen ergibt sich die Planwidrigkeit letztlich daraus, dass die konkrete Wertungsgrundlage der geltenden Norm (hier: § 46 Z 2 IO) eine Erstreckung auf den nicht geregelten Fall (hier: Ansprüche gem § 283 ABGB) verlangt, weil sonst eine unsachliche Ungleichbehandlung vorläge.<sup>58</sup> Mit anderen Worten wird die Lückenhaftigkeit aus der Vergleichbarkeit der Wertungsgrundlagen im Zusammenspiel mit dem Gleichheitsgrundsatz abgeleitet, womit die beiden Analogievoraussetzungen anerkanntermaßen mittels ein und desselben gedanklichen Vorgangs geprüft werden.<sup>59</sup>

#### b) Wertungsgrundlagen für die Privilegierung von Masseforderungen

Es gilt damit zu klären, was die anerkannten Wertungsgrundlagen für eine Qualifikation als Masseforderung sind. Der historische Gesetzgeber der KO begründet die Privilegierung von Masseforderungen mit der Erwägung, „daß sich bei der bloßen Aussicht auf eine Quote

<sup>56</sup> Zu Ersterem zB Canaris, Lücken<sup>2</sup> 19 ff, 31 ff; P. Bydliński/F. Bydliński, Grundzüge der juristischen Methodenlehre<sup>3</sup> (2018) 85 f; zu Letzterem zB F. Bydliński, Methodenlehre<sup>2</sup> 477; Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft<sup>6</sup> (1991) 381.

<sup>57</sup> Die hM unterscheidet zwischen „Rechtsverweigerungslücken“ oder „notwendigen Lücken“ einerseits und „teleologischen Lücken“ andererseits (zB Canaris, Lücken<sup>2</sup> 139 ff; F. Bydliński, Methodenlehre<sup>2</sup> 473 f; Kerschner/Kehrer in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Großkommentar zum ABGB – Klang Kommentar<sup>3</sup> (2014) §§ 6, 7 ABGB Rz 49 f; Schauer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 7 Rz 5 ff).

<sup>58</sup> Vgl Canaris, Lücken<sup>2</sup> 140, wonach „Einzelwertungen des Gesetzes i.V.m. dem Gleichheitssatz die Ergänzung des positiven Rechts“ fordern müssen.

<sup>59</sup> Canaris, Lücken<sup>2</sup> 148 ff, 201; F. Bydliński, Methodenlehre<sup>2</sup> 474; Kerschner/Kehrer in Klang<sup>3</sup> §§ 6, 7 ABGB Rz 51; Schauer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 7 Rz 6.

*niemand fände, der mit der Masse in Rechtsbeziehungen treten möchte, daß aber ein rechtsgeschäftlicher Verkehr für die Verwaltung der Masse, die Abwicklung der bestehenden Rechtsverhältnisse, die Verwertung und Verteilung der Masse unbedingt nötig ist, wenn sie nicht vollständig wertlos werden soll. Der Vorzug der Masseforderungen liegt somit im Interesse der zurückgesetzten Konkursgläubiger selbst“.*<sup>60</sup>

Dieser ohne Weiteres einleuchtende Gedanke ist allerdings noch um einige Erwägungen zu ergänzen: Grundsätzlich können nur Forderungen, die nach Insolvenzeröffnung entstehen oder zumindest aufgrund eines Verhaltens des Insolvenzverwalters der Masse zurechenbar werden (vgl § 46 Z 3, 3 a, 4 IO), unter § 46 IO subsumiert werden. Diese Voraussetzung soll mE sicherstellen, dass bevorrechtete Forderungen ausschließlich im Rahmen eines auf die Interessen der Insolvenzgläubiger ausgerichteten Verfahrens mit speziellen Kautelen entstehen können. Ausnahmsweise kann diese Wertungsgrundlage aber auch bei vor Insolvenzeröffnung begründeten Ansprüchen verwirklicht sein. Das beste Beispiel dafür war die – vor dem IRÄG 2010 angeordnete – Qualifikation der Kosten eines vor Insolvenzeröffnung durchgeführten Ausgleichsverfahrens sowie der darin begründeten Ausgleichsschulden „im unmittelbar darauffolgenden Konkurs“<sup>61</sup> als Masseforderungen (§ 46 Abs 2 KO aF). Dass diese Aufwendungen „größtenteils auch dem folgenden Konkurs zugute kommen“, wie die Denkschrift zur Begründung dieser Privilegierung ausführt,<sup>62</sup> stellt zwar eine notwendige, aber nicht hinreichende Rechtfertigung für die Einordnung als Masseforderung dar. Denn dies trifft auf viele vor Insolvenzeröffnung begründete Verbindlichkeiten zu, die unzweifelhaft nicht unter § 46 IO subsumiert werden können.<sup>63</sup> Maßgebliches Abgrenzungskriterium dafür, dass vor Insolvenzeröffnung begründete Verbindlichkeiten als Masseforderungen privilegiert werden, ist daher offensichtlich die zusätzliche Voraussetzung, dass sie in einem den insolvenzrechtlichen Zwecken entsprechenden verfahrensrechtlichen Rahmen begründet wurden.

### c) Übertragbarkeit auf Ansprüche gem § 283 ABGB

Entscheidend ist nun, ob sich diese Wertungsgrundlagen in hinreichender Weise auf die gegenständlichen Entlohnungsansprüche eines Verlassenschaftskurators übertragen lassen. Dabei ist der Rsp zwar zu attestieren, dass sie sich mit dieser Frage bislang noch nicht ausreichend auseinandergesetzt hat. Dennoch ist das vom

OGH erzielte Ergebnis aus den folgenden Gründen mE im Grundsatz gut vertretbar.

Erstens entspricht die Interessenlage insoweit jener bei typischen Masseforderungen, als sich wohl kaum mehr Kuratoren zur Vertretung einer Verlassenschaft fänden, bei der eine (künftige) Zahlungsunfähigkeit/Überschuldung nicht ausgeschlossen werden kann, wenn ihre Entlohnung im Fall der nachträglichen Insolvenzeröffnung uneingeschränkt als Insolvenzforderung einzuordnen wäre. In diesem Zusammenhang ist besonders zu bedenken, dass sich Verlassenschaftskuratoren – anders als sonstige Vertragspartner – praktisch kaum vor einem derartigen insolvenzbedingten Ausfallsrisiko schützen können. Selbst wenn ihr Entlohnungsanspruch noch vor Insolvenzeröffnung (rechtskräftig) gerichtlich festgestellt und ausbezahlt würde, wäre diese Befriedigung regelmäßig nach § 31 Abs 1 Z 1<sup>64</sup> Fall 1 IO – und uU nach § 30 Abs 1 Z 2 IO – anfechtbar (wohlgemerkt: sofern die Ansprüche eben nicht als Masseforderung qualifiziert werden). Dem Kurator wäre nämlich wohl zumindest fahrlässige Unkenntnis der materiellen Insolvenz der Verlassenschaft im Zeitpunkt dieser Zahlung vorzuwerfen. Auch auf eine Zug-um-Zug-Befriedigung, welche seine (Insolvenz-)Gläubigerstellung iSd § 31 IO ausschließen würde,<sup>65</sup> könnte er sich mE höchstens berufen, wenn er ausnahmsweise vorab einen Kostenvorschuss (§ 137 Abs 2 letzter Satz AußStrG) bezogen hätte. Ein Zuwarten mit dem Tätigwerden bis zur Festsetzung und Auszahlung eines solchen Vorschusses wird jedoch häufig praktisch nicht möglich sein und vom Verlassenschaftsgericht auch nicht gebilligt werden; dementsprechend sind Kostenvorschüsse für Verlassenschaftskuratoren dem Vernehmen nach eher unüblich.

Zweitens spielt sich auch die Verlassenschaftskuratel in einem überwachten verfahrensrechtlichen Rahmen zur Verwaltung des gesamten schuldnerischen Vermögens ab. Der Verlassenschaftskurator ist gesetzlicher Vertreter des Schuldners und ist dabei grundsätzlich über sein gesamtes Vermögen verfügungsbefugt. Die dadurch provozierten Kosten unterscheiden sich sohin maßgeblich von Aufwendungen, die der Schuldner vor Insolvenzeröffnung unbeaufsichtigt in Auftrag gibt, wie zB Steuerberaterkosten. Nicht vergleichbar ist die Situation auch mit jener, dass ein Gläubiger im Rahmen einer Exekution Kosten aufwendet, die der Masse möglicherweise nachträglich nützen (zB bei Einholung eines Schätzgutachtens<sup>66</sup>). Denn dabei handelt es sich um ein Verfahren zur individuellen Rechtsverfolgung und

<sup>60</sup> Denkschrift 48; vgl ferner *Bachmann*, Befriedigung der Masseforderungen (1993) 1 f.

<sup>61</sup> Denkschrift 47.

<sup>62</sup> Denkschrift 47.

<sup>63</sup> Vgl die – angesichts der Begründung des OGH – berechtigte Kritik im gegenständlichen Zusammenhang; *Engelhart* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 46 IO Rz 54; *Widhalm-Budak* in *KLS*, IO § 46 Rz 19.

<sup>64</sup> Als gesetzlicher Vertreter der Verlassenschaft, also als Mitglied des Leitungsorgans dieser juristischen Person (vgl *König/Trenker*, Die Anfechtung nach der IO<sup>6</sup> [2020] Rz 4.59), ist der Kurator mE unter § 32 Abs 2 Z 1 IO zu subsumieren.

<sup>65</sup> *König/Trenker*, Anfechtung<sup>6</sup> Rz 10.3ff, 11.34.

<sup>66</sup> Zu Recht gegen deren Einordnung als Masseforderung OLG Wien 28 R 260/12 d ZIK 2013/267, 180; *Widhalm-Budak* in *KLS*, IO § 46 Rz 7.

keine gerichtlich überwachte Verwaltung der gesamten Vermögensmasse des späteren Schuldners.

Für die Ansprüche des Kurators bietet sich deshalb – im Gegensatz zu den soeben genannten Forderungen – durchaus eine Parallele zu den „Ausgleichskosten“ im früheren Anschlusskonkurs (§ 46 Abs 2 KO aF) als spezifische Grundlage für den untersuchten Analogieschluss an. Vergleichsbasis bzw zentrale Voraussetzung dieser Analogie ist der Umstand, dass unmittelbar auf die Verlassenschaftskuratel, als einem Verfahren zur Verwaltung der gesamten „Verlassenschaftsmasse“, eine Insolvenzeröffnung folgt.<sup>67</sup> Dass die Bestimmung des § 46 Abs 2 KO aF mittlerweile aufgehoben wurde, tut der Beachtlichkeit der ihr zugrunde liegenden Wertung keinen Abbruch. Denn die Norm wurde nicht aus sachlichen Gründen beseitigt, sondern war deren Aufhebung allein darauf zurückzuführen, dass der Bestimmung mit ersatzloser Beseitigung des Ausgleichsverfahrens jeglicher Anwendungsbereich entzogen wurde.<sup>68</sup> Die Aufhebung hat methodisch deshalb lediglich zur Folge, dass § 46 Abs 2 KO aF nicht mehr als „formelle Analogiebasis“ in Betracht kommt und stattdessen auf § 46 Z 2 IO rekuriert werden muss; als wertungsmäßige Vergleichsbasis kann ihr Regelungsgehalt jedoch sehr wohl weiterhin herangezogen werden.

In der Sache könnte gegen die Vergleichbarkeit mit den Kosten eines Ausgleichsverfahrens in einem Anschlusskonkurs jedoch folgender Gesichtspunkt sprechen: Die Verlassenschaftskuratel verfolgt – anders als das frühere Ausgleichsverfahren – grundsätzlich keine insolvenzrechtliche Funktion, dient also nicht *per se* der Haftungsverwirklichung im Interesse der Verlassenschaftsgläubiger.<sup>69</sup> Dennoch ist es in der Praxis keine Seltenheit, dass Verlassenschaftskuratoren gerade auch bestellt werden, um im Fall einer – häufig erst zu ermittelnden – Überschuldung oder gar Zahlungsunfähigkeit die insolvenzrechtliche Abwicklung vorzubereiten, indem sie beispielsweise erste Schritte der Vermögensverwertung einleiten. Auch sonst kann sich die Funktion eines Verlassenschaftskurators mit jener eines Insolvenzverwalters praktisch decken; zu denken ist zB an eine erforderliche Unternehmensfortführung im Gläubigerinteresse (wobei hierfür freilich die Vorgaben des § 69 IO zu beachten wären [dazu noch unten C.3.d]).

Es kristallisiert sich damit folgende (Glaubens-)Frage als entscheidend heraus: Steht der Umstand, dass die Verlassenschaftskuratel anders als ein Ausgleichsverfahren nach der früheren AO nicht *per se* dem Gläubigerinteresse dient, einer analogen Anwendung von § 46 Z 2 IO überhaupt entgegen oder nur insoweit, als nach insol-

venzrechtlichen Maßstäben kein klarer Nutzen für die Haftungsverwirklichung im Gläubigerinteresse nachzuweisen ist? Ehrlicher Weise handelt es sich dabei zu einem gewissen Grad um eine Glaubensfrage, wobei für keine der beiden Lösungen zwingende Argumente ersichtlich sind. Für erstere Lösung spricht aber immerhin die Ähnlichkeit der gegenständlich untersuchten Konstellation mit der Ausgangslage bei einer Verlassenschaftskuratel, die einer Überlassung an Zahlungen statt vorausgeht. Das ist deshalb bedeutsam, weil in letzterem Fall – wie erwähnt (oben C.1.) – sogar der Gesetzgeber in den Materialien zu § 154 AußStrG die vorzugsweise Befriedigung der Entlohnung des Verlassenschaftskurators im Rahmen der sinngemäßen Anwendung von § 46 IO als richtig anerkannt hat.<sup>70</sup> Es handelt sich dabei also um einen gewichtigen Anhaltspunkt dafür, dass die kategorische Nichtberücksichtigung dieser Ansprüche im Katalog des § 46 IO im Fall eines „echten“ Insolvenzverfahrens planwidrig unvollständig ist. Ferner kann die dargestellte Rechtslage in Deutschland (oben A.) zumindest als zusätzliches Indiz dafür dienen, dass die pauschale Qualifikation der Entlohnungsansprüche des Verlassenschaftskurators als Insolvenzforderung eine unsachliche Ungleichbehandlung wäre. Schließlich fügt sich dieses Konzept gut darin ein, dass der OGH seine Rsp zum Verlassenschaftskurator auf den Entlohnungsanspruch eines Notgeschäftsführers (§ 15 a GmbHG) – abermals ein gerichtlich überwachtes Verfahren über den Schuldner bzw sein gesamtes Vermögen, das nicht *per se* der Haftungsverwirklichung zugunsten der Gläubiger dient – übertragen hat, soweit auch dessen Tätigkeit der Insolvenzmasse genützt hat.<sup>71</sup>

Bislang nicht erwähnt wurde, dass § 154 AußStrG für die Überlassung an Zahlungen statt sogar eine zusätzliche Privilegierung kennt, die Aufschlüsse für das gegenständliche Problem liefern könnte: Nach § 154 Abs 2 Z 2 AußStrG sind nach den sinngemäß zu befriedigenden Masseforderungen nämlich überhaupt sämtliche beschlussmäßig zuerkannten Entlohnungsansprüche von gesetzlichen Vertretern des Verstorbenen vorzugsweise zu befriedigen. Privilegiert werden also sogar Ansprüche aus der Zeit vor dem Tod des Verstorbenen; selbst die ursprünglich vorgesehene zeitliche Beschränkung, wonach sich diese Entlohnung auf das letzte Jahr vor dem Tod beziehen müsse, wurde mit dem 2. Erwachsenenschutz-Gesetz<sup>72</sup> – wenn auch ohne wirkliche Begründung<sup>73</sup> – gestrichen. Ließe sich die Wertung von § 154 Abs 2 Z 2 AußStrG nun auf die Verlassenschaftsinsolvenz übertragen, wären die Ansprüche gem § 283 ABGB sogar vollumfänglich, dh unabhängig von ihrem konkreten Nutzen für das Insolvenzverfahren, zu privilegieren. Die Erläuterungen zur Einführung des „neuen“

<sup>67</sup> Vgl Engelhart in Konecny, Insolvenzzesetze § 46 IO Rz 54, der dies allerdings nur *de lege ferenda* in Erwägung zieht.

<sup>68</sup> ErläutRV 612 BlgNR 24. GP 15.

<sup>69</sup> Zu dieser Funktion des Insolvenzverfahrens instruktiv Nunner-Krautgasser, Schuld, Vermögenshaftung und Insolvenz (2007) 205ff.

<sup>70</sup> ErläutRV 224 BlgNR 22. GP 100.

<sup>71</sup> 6 Ob 184/01 d.

<sup>72</sup> BGBl I 2017/59.

<sup>73</sup> Siehe ErläutRV 1461 BlgNR 25. GP 78f.

AußStrG<sup>74</sup> begründen die Bestimmung jedoch damit, dass die Praxis ein „gewisses Bedürfnis nach Privilegierung über die konkursordnungsgemäßen Regelungen hinaus“ gezeigt habe.<sup>75</sup> Es handelt sich daher offensichtlich um eine bewusste Sonderregel für die Überlassung an Zahlungen statt, was der Annahme einer planwidrigen Lücke eindeutig entgegensteht.

Wengleich eine umfassende insolvenzrechtliche Privilegierung der Entlohnungsansprüche eines Verlassenschaftskurators analog § 154 Abs 2 Z 2 AußStrG folglich ausscheidet, sprechen gute, wenn auch keine absolut zwingenden Gründe dafür, die erforderliche Vergleichbarkeit der Wertungsgrundlagen und damit zugleich das Vorliegen einer teleologischen Lücke zu bejahen. Die zur Ausfüllung dieser Lücke gebotene analoge Anwendung von § 46 Z 2 IO ist jedoch nur insoweit gerechtfertigt, als die Entlohnung für eine Tätigkeit des Nachlasskurators in einem unmittelbar vorangegangenen Verfahren geschuldet wird, welche nunmehr der insolvenzrechtlichen Haftungsverwirklichung im Gläubigerinteresse dient. Mit anderen Worten ist die Einordnung als Masseforderung der Höhe nach auf den Mehrwert für diese Haftungsverwirklichung im Gläubigerinteresse beschränkt. Zur Determination dieses Mehrwerts sind naheliegenderweise die insolvenzrechtlichen Entlohnungsvorschriften der §§ 82–82 d IO heranzuziehen. Soweit der Entlohnungsanspruch gem § 283 ABGB hierüber hinausgeht, was praktisch wohl fast zwangsläufig der Fall sein wird, gebührt dem Verlassenschaftskurator nur eine Insolvenzforderung. Die vom OGH gefundene Lösung erweist sich damit trotz ihrer bislang unzureichenden Begründung mE als methodisch gut vertretbar.

#### d) Ausmaß der analogen Anwendung – Höhe der Masseforderung

Zuzugestehen ist, dass diese Lösung eine Einzelfallbeurteilung des – an insolvenzrechtlichen Maßstäben ausgelegten – Nutzens erfordert, welche mit Schwierigkeiten und Rechtsunsicherheit verbunden ist. Gewisse Abhilfe kann jedoch eine zumindest analoge Anwendung von § 273 ZPO schaffen, welche mE geboten ist, wenn die Qualifikation des Entlohnungsanspruchs als Masseforderung dem Grunde nach feststeht, ihre Höhe aber nicht oder nur mit unverhältnismäßigen Schwierigkeiten bestimmt werden kann. Praktisch bietet sich bei dieser Ausgangslage im Übrigen eine vergleichsweise Einigung zwischen dem Verlassenschaftskurator und dem Insolvenzverwalter förmlich an.<sup>76</sup> Dennoch bedarf es zumindest grober allgemeingültiger Leitlinien für die Abgrenzung des als Masseforderung zu qualifizierenden Teils der Entlohnung.

Zunächst ist hierfür eine weitere grundsätzliche Klarstellung erforderlich: In der E 6 Ob 184/01 d fasst der OGH

zusammen, dass zwei Kriterien für die Höhe der Qualifikation als Masseforderung maßgeblich sind: Einerseits die Verwendbarkeit der Maßnahmen für den Insolvenzverwalter, andererseits die tatsächliche Ersparnis der Vergütung des Insolvenzverwalters. In weiterer Folge macht es jedoch den Anschein, als ob es für den 6. Senat genügen würde, wenn diese Kriterien dem Grunde nach erfüllt sind, diesfalls aber die volle Entlohnung des Kurators gem § 283 ABGB ersatzfähig sei. Dem kann mE nicht gefolgt werden. Vielmehr gebührt diese Entlohnung nur *in dem Ausmaß*, in dem diese Kriterien erfüllt sind. Außerdem erübrigt sich eine gesonderte Prüfung dieser beiden Voraussetzungen mE insoweit, als sich die Höhe des Anspruchs durch analoge oder sinn-gemäße Anwendung der insolvenzrechtlichen Entlohnungsvorschriften (§§ 82 ff IO) ermitteln lässt; diesfalls ist das Vorliegen der von 6 Ob 184/01 d geforderten Kriterien schlicht zu vermuten. Das gilt mE entgegen 6 Ob 245/15 w sogar dann, wenn dem Insolvenzverwalter im nachfolgenden Insolvenzverfahren lediglich die Mindestentlohnung zugesprochen wird und die Entlohnung für die „ersparte“ Tätigkeit hiervon abgedeckt gewesen wäre.

Entsprechend dem Entlohnungssystem der §§ 82 ff IO kann ein Verlassenschaftskurator eine Masseforderung allem voran für die Verwertung von Vermögen, also die Veräußerung körperlicher Sachen oder die Einziehung von Forderungen, geltend machen; die genaue Höhe richtet sich grundsätzlich nach § 82 Abs 1, 2 IO analog.<sup>77</sup> Soweit der Kurator mit Absonderungsrechten belastete Sachen verwertet hat, ist zudem § 82 d IO zu beachten. Dass als Bemessungsgrundlage bei derartigen Verwertungen durch den Kurator nicht auch der jeweilige Bruttoerlös herangezogen werden könne, wie der OGH in 6 Ob 184/01 d meint, ist mE nicht überzeugend. Auch kommt eine Erhöhung oder Verminderung der Entlohnung analog §§ 82 b, 82 c IO in Betracht. Ferner kann der Verlassenschaftskurator eine besondere Entlohnung beanspruchen, wenn er in seiner Tätigkeit ein Unternehmen fortzuführen hatte (arg: § 82 Abs 3 IO).<sup>78</sup> Schließlich muss auch dem Verlassenschaftskurator jene gängige Praxis zugutekommen, welche einem Insolvenzverwalter entsprechend der Wertung des § 81 Abs 4 IO eine zusätzliche Vergütung für einzelne Tätigkeiten zuerkennt, die besonderen Sachverstand erfordern.<sup>79</sup> Wenn ein Kurator als Rechtsanwalt oder Notar daher insbesondere Prozesse zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung/-verteidigung<sup>80</sup> für die Verlassenschaft führt, darf er hierfür die tarifmäßige Vergü-

<sup>74</sup> BGBl I 2003/111.

<sup>75</sup> ErläutRV 224 BlgNR 22. GP 100 f.

<sup>76</sup> Vgl 5 Ob 69/62.

<sup>77</sup> So 6 Ob 184/01 d.

<sup>78</sup> Dazu näher *Konecny/Riel*, Entlohnung im Insolvenzverfahren (1999) Rz 268 ff.

<sup>79</sup> *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetz (2. Lfg; 1997) § 82 KO Rz 9; *Konecny/Riel*, Entlohnung Rz 319 ff; *Reisch* in *KLS*, IO § 82 Rz 41 ff.

<sup>80</sup> Vgl oben FN 16.

tung als Masseforderung beanspruchen (sofern nicht ohnehin die Gegenpartei Kostenersatz leistet).<sup>81</sup>

All das steht aber unter einem ganz maßgeblichen zeitlichen Vorbehalt: Dem Verlassenschaftskurator gebührt eine Vergütung als Masseforderung mE nur bis zu dem Zeitpunkt, zu dem er gem § 69 Abs 2, 3 IO verpflichtet war, ein Insolvenzverfahren zu beantragen. Diese Verpflichtung gilt nämlich richtigerweise auch für den Verlassenschaftskurator als „*organschaftlichen Vertreter*“ der Verlassenschaft als juristische Person (§ 546 ABGB).<sup>82</sup> Im Sinne der Einheitlichkeit der Rechtsordnung kann es folglich nicht angehen, einen Verlassenschaftskurator, der diese zwingende Vorgabe im Interesse der Insolvenzgläubiger missachtet und der seine Tätigkeit folglich rechtswidrig ausübt, hinsichtlich der Vergütung für diese Tätigkeit auch noch insolvenzrechtlich gegenüber den Insolvenzgläubigern zu privilegieren.<sup>83</sup> Im Rahmen des § 69 Abs 2 IO ist dem Kurator freilich über die Maximalfrist von 60 Tagen hinaus eine angemessene Frist zur Überprüfung des Vorliegens eines Insolvenzgrunds zuzugestehen.<sup>84</sup> Kommt der Nachlasskurator demgemäß seiner Insolvenzantragspflicht nach, kann es auch schwerlich zur Konstellation kommen, dass eine Entlohnung für lange Zeit vor Insolvenzeröffnung<sup>85</sup> erbrachte Tätigkeiten beansprucht wird, was eine Einordnung als Masseforderung nach 8 Ob 37/13v ebenfalls ausschließt.<sup>86</sup> Der „zeitliche Rahmen“ für die Begründung einer als Masseforderung zu bedienenden Entlohnung des Verlassenschaftskurators ist daher eng abgesteckt, was im Ergebnis durchaus interessengerecht erscheint.

<sup>81</sup> So 6 Ob 245/15w.

<sup>82</sup> 4 Ob 501/95; RIS-Justiz RS0035116; *Kropiunig*, Das Verhältnis der §§ 813 ff ABGB zur Konkurseröffnungspflicht bei Überschuldung des Nachlasses, NZ 1993, 97 (102f); *Schumacher* in FS Rechberger 551 (559); aA *Dellinger* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze (7. Lfg; 1999) § 69 KO Rz 43.

<sup>83</sup> Zudem droht ihm möglicherweise ein Gegenanspruch der Masse in Höhe des Insolvenzverschleppungsschadens, also des Betriebsverlusts im Verschleppungszeitraum (vgl zum Ganzen *Trenker*, Schaden der Insolvenzmasse bei Insolvenzverschleppung des Geschäftsleiters – zugleich eine Anmerkung zu OGH 6 Ob 164/16k, JBl 2018, 354 [360 ff]).

<sup>84</sup> Im Detail ist das Konzept des § 69 Abs 2 IO kompliziert: Der Antragspflichtige handelt grundsätzlich rechtswidrig, sobald er die materielle Insolvenz erkennen hätte können und daraufhin nicht spätestens binnen 60 Tagen einen Insolvenzantrag stellt. Wenn er allerdings erst nach objektiver Erkennbarkeit positive Kenntnis von der materiellen Insolvenz erlangt, kann er die 60-Tagesfrist unter den Voraussetzungen des § 69 Abs 2 IO trotzdem ausschöpfen (zum Ganzen zB *Dellinger* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 69 KO Rz 19; *Trenker*, JBl 2018, 354 [355] je mwN).

<sup>85</sup> Krit zu dieser unbestimmten Voraussetzung *Konecny*, EvBl 2013/139, 970 (Anm).

<sup>86</sup> 8 Ob 37/13v.

## D. Durchsetzung im Insolvenzverfahren

### 1. Allgemeines

Ist damit die Grundsatzfrage nach der Qualifikation der Entlohnungsansprüche von Verlassenschaftskuratoren in einer „Anschlussinsolvenz“ beantwortet, interessiert den Praktiker selbstverständlich noch, wie diese Ansprüche in einem Insolvenzverfahren durchzusetzen sind. Geht man mit der stRsp davon aus, dass der Entlohnungsanspruch des Verlassenschaftskurators iaR teilweise als Masseforderung, teilweise aber auch als Insolvenzforderung einzuordnen ist, ist entsprechend zu differenzieren.

### 2. Masseforderung analog § 46 Z 2 IO

#### a) Festsetzung der Entlohnung im Verlassenschaftsverfahren

Die Durchsetzung von Masseforderungen ist in § 124 Abs 2 IO geregelt: Grundsätzlich muss sie der Insolvenzverwalter ohne Rücksicht auf den Stand des Insolvenzverfahrens befriedigen, sobald sie feststehen und fällig sind (§ 124 Abs 1 IO).

Auch wenn der Anspruch des Kurators grundsätzlich mit jährlicher Rechnungslegung fällig werden soll,<sup>87</sup> „steht“ der Anspruch mE erst iSd § 124 Abs 1 IO „fest“, wenn er vom Verlassenschaftsgericht, das den Kurator bestellt hat (vgl §§ 156, 157 Abs 4, §§ 173, 175 AußStrG), beschlussmäßig festgesetzt wurde.<sup>88</sup> Sofern dieser „Entlohnungsbeschluss“ vor Insolvenzeröffnung noch nicht gefällt und/oder in Rechtskraft erwachsen ist, wird das zugrunde liegende Außerstreitverfahren jedoch gem § 7 Abs 1 IO unterbrochen.<sup>89</sup> Das Rekursgericht zu 2 Ob 142/21b ging daher völlig zu Recht von der Unterbrechung des Verfahrens über den Rekurs gegen den Beschluss aus, mit dem das Erstgericht die Entschädigung gem § 283 ABGB festgesetzt hatte (der OGH konnte/musste dies wegen der absoluten Unzulässigkeit des Revisionsrekurses freilich nicht bestätigen).

Ein Verlassenschaftskurator muss daher ggf einen Fortsetzungsantrag gem § 7 Abs 2 IO stellen, um die Durchsetzbarkeit seiner Masseforderung zu ermöglichen. Fraglich ist aber, ob er diesen Fortsetzungsantrag bereits vor Abschluss der Prüfungstagsatzung stellen kann. Denn § 7 Abs 3 IO ordnet an, dass Rechtsstreitigkeiten über Ansprüche, die der Anmeldung im Insolvenzverfahren unterliegen, erst nach diesem Zeitpunkt fortgesetzt werden können. Der Hintergrund dieser Regelung ist rasch erklärt: Wenn der Rechtsstreit eine In-

<sup>87</sup> So *Schilchegger*, Entschädigung des Verlassenschaftskurators nach 2. ErwSchG, NZ 2021, 1 (10).

<sup>88</sup> Dieser Festsetzung wohnt schon deshalb zumindest ein konstitutives Element für die Entstehung der Entlohnung des Kurators inne, weil das Gericht die Entschädigung gem § 283 Abs 2 ABGB mindern oder erhöhen kann.

<sup>89</sup> Vgl generell zur Unterbrechung auch von Rechtsstreitigkeiten über potentielle Masseforderungen *Bachmann*, Befriedigung 142; ausf *Riel*, Die Befugnisse des Masseverwalters im Zivilverfahrensrecht (1995) 132 ff.

solvenzforderung zum Gegenstand hat, soll dieser Rechtsstreit nur/erst dann fortgesetzt werden, wenn nach den Ergebnissen der Prüfungstagsatzung feststeht, dass für dessen Fortsetzung – diesfalls als Prüfungsprozess (§ 113 IO) – überhaupt Bedarf besteht.<sup>90</sup> In der gegenständlichen Konstellation ist allerdings die Besonderheit zu beachten, dass die Festsetzung der Entlohnung gem § 283 ABGB sowohl eine Insolvenz- als auch eine Masseforderung zum Gegenstand haben kann. Da die Notwendigkeit der Bestimmung/Durchsetzung einer Masseforderung vom Ausgang der Prüfungstagsatzung unabhängig ist,<sup>91</sup> ist § 7 Abs 3 IO mE nicht anzuwenden, wenn der Kurator behauptet, ein Teil seiner Entschädigung sei eine Masseforderung analog § 46 Z 2 IO. Der Fortsetzungsantrag kann daher auch vor der Prüfungstagsatzung gestellt werden.

Selbst mit Rechtskraft des Beschlusses über die Festsetzung der Entlohnung gem § 283 ABGB ist jedoch nach hRsp noch nicht geklärt, welcher Teil hiervon als Masseforderung besteht. Über diese Frage der insolvenzrechtlichen Rangfolge hat nämlich das Verlassenschaftsgericht nicht zu entscheiden.<sup>92</sup> Mit anderen Worten setzt das Verlassenschaftsgericht nur den höchstmöglichen Gesamtbetrag der Entlohnung des Kurators fest; wie viel davon Insolvenzforderung und wie viel Masseforderung ist, muss hingegen auf anderem Weg geklärt werden. Würde das Verlassenschaftsgericht die Entlohnung hingegen bereits als Masseforderung qualifizieren und dem Insolvenzverwalter bzw der Insolvenzmasse einen entsprechenden Leistungsbefehl erteilen, könnte dies vom Insolvenzverwalter erfolgreich mit Rekurs bekämpft werden.<sup>93</sup>

#### b) Abhilfeantrag gem § 124 Abs 3 Alt 1 IO

Sofern sich Insolvenzverwalter und Verlassenschaftskurator nicht vergleichsweise einigen (vgl oben C.3.d), wofür der Insolvenzverwalter überdies die Vorgaben der §§ 114, 116 Abs 1 Z 1 IO zu beachten hätte,<sup>94</sup> oder der Kurator überhaupt aufrechnen kann,<sup>95</sup> bedarf es nach rechtskräftiger Festsetzung der Entlohnung durch das Verlassenschaftsgericht sohin noch weiterer prozessualer Schritte. Diese gibt § 124 Abs 3 IO vor. Der Kurator hat dementsprechend zwei Möglichkeiten: Entweder er wen-

det sich mit einem Abhilfeantrag an das Insolvenzgericht oder er macht seinen Anspruch mit Klage geltend.

Über den Abhilfeantrag hat das Insolvenzgericht nach hM dadurch zu entscheiden, dass es dem Insolvenzverwalter eine entsprechende Weisung (einschließlich einer entsprechenden Leistungsfrist analog § 409 ZPO<sup>96</sup>) erteilt oder diesen Antrag abweist.<sup>97</sup> Letzteres sei auch die richtige Vorgehensweise, wenn das Insolvenzgericht den Antragsteller auf den Rechtsweg verweist,<sup>98</sup> weil es nach seinem pflichtgemäßen Ermessen zum Schluss kommt, dass die Sach- und/oder Rechtslage zu kompliziert ist, um sie in diesem Inzidenzverfahren zu klären;<sup>99</sup> mE ist diesfalls freilich – wie in vergleichbaren Fällen<sup>100</sup> – ein eigenständiger „Verweisungsbeschluss“ vorzuzugewärtigen.

In jedem Fall aber ist Gegenstand der Entscheidung über den Abhilfeantrag nur das weitere Vorgehen im Insolvenzverfahren. Die Entscheidung entfaltet deshalb keine Einmaligkeitswirkung gegenüber einer nachfolgenden Leistungsklage und keine Bindungswirkung hinsichtlich des Bestands und der Höhe der Masseforderung.<sup>101</sup> Dies hat die Rsp sogar konkret aus Anlass eines Abhilfeantrags eines (ehemaligen) Verlassenschaftskurators klargestellt.<sup>102</sup> Aus diesem Grund ist es rechtspolitisch auch vertretbar, dass dem Antragsteller nach der Rsp grundsätzlich kein Rekursrecht gegen die Entscheidung über den Abhilfeantrag zukommt (arg: § 84 Abs 3 Satz 2 IO).<sup>103</sup>

#### c) Klage gem § 124 Abs 3 Alt 2 IO

Wenn das Insolvenzgericht dem Insolvenzverwalter somit keine – dem Antrag des Kurators entsprechende – Weisung erteilt oder Letzterer dieser ausnahmsweise nicht nachkommen sollte, muss der Kurator seine Masseforderung gem § 124 Abs 3 Alt 2 IO mit Klage geltend machen; er kann diesen Weg freilich auch von vornherein

<sup>90</sup> Vgl Konecny in Konecny/Schubert, Insolvenzzesetze (1. Lfg; 1997) § 113 KO Rz 1 f; Jelinek in KLS, IO § 7 Rz 39, § 113 Rz 1 ff; G. Kodek, Insolvenzzrecht (2021) Rz 277.

<sup>91</sup> Bachmann, Befriedigung 142.

<sup>92</sup> RIS-Justiz RS0007431; 7 Ob 1/69 EvBl 1969/265, 397; 4 Ob 401/95; 8 Ob 67/00m; 1 Ob 285/00v.

<sup>93</sup> 7 Ob 1/69 EvBl 1969/265, 397; G. Kodek in Bartsch/Pollak/Buchegger, Österreichisches Insolvenzzrecht IV<sup>4</sup> (2006) § 124 KO Rz 38, der darüber hinaus annimmt, dass der Insolvenzverwalter ein Rechtsmittel erheben muss, um die bindende Qualifikation als Masseforderung zu verhindern; insgesamt möglicherweise aA 2 Ob 182/18f: „Die Beurteilung dieser Frage durch die Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichte bindet das Insolvenzgericht daher nicht“.

<sup>94</sup> Vgl 5 Ob 69/62.

<sup>95</sup> So zB in 8 Ob 8/90.

<sup>96</sup> So Bachmann, Befriedigung 157; G. Kodek in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzzrecht<sup>4</sup> § 124 KO Rz 31; Stefula in KLS, IO § 124 Rz 16; allgemein aA aber Bartsch/Pollak, KO, AO, AnFO I<sup>3</sup> 417.

<sup>97</sup> RIS-Justiz RS0065171; 8 Ob 38/89; 8 Ob 67/00m; G. Kodek in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzzrecht<sup>4</sup> § 124 KO Rz 31; Stefula in KLS, IO § 124 Rz 15.

<sup>98</sup> OLG Wien 28 R 292/13m ZIK 2013/329, 221.

<sup>99</sup> Vgl dazu einerseits 8 Ob 38/89; OLG Wien 28 R 292/13m ZIK 2013/329, 221: Entscheidung nur bei „unzweifelhafter Sach- und Rechtslage“; zust Stefula in KLS, IO § 124 Rz 17; andererseits Bachmann, Befriedigung 155, der eine Verweisung auf den Rechtsweg nur bei einer äußerst langwierigen Sachverhaltsermittlung für zulässig hält; wN bei G. Kodek in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzzrecht<sup>4</sup> § 124 KO Rz 29.

<sup>100</sup> Vgl zB Jakusch in Angst/Oberhammer, EO<sup>3</sup> § 40 Rz 19; ferner Angst in Angst/Oberhammer, EO<sup>3</sup> § 231 Rz 4, 6.

<sup>101</sup> Petschek/Reimer/Schiemer, Insolvenzzrecht 531; Konecny, Keine Entscheidung über Aus- und Absonderungsrechte im Konkursverfahren, ZIK 2004, 74 (75); G. Kodek in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzzrecht<sup>4</sup> § 124 KO Rz 31; Stefula in KLS, IO § 124 Rz 16.

<sup>102</sup> 8 Ob 67/00m; OLG Wien 28 R 292/13m ZIK 2013/329, 221.

<sup>103</sup> 5 Ob 332/87; 8 Ob 67/00m; 8 Ob 117/05x; 8 Ob 64/07f; RIS-Justiz RS0120427; RS0065165; de lege lata dennoch mit guten Gründen aA Riel, Befugnisse 135 FN 341.

beschreiten.<sup>104</sup> Der Begriff der „Klage“ ist nicht im engeren Sinne, sondern so zu verstehen, dass der Kurator den sonst für die Durchsetzung des jeweiligen Anspruchs vorgesehenen Rechtsweg einzuschlagen hat.<sup>105</sup>

Das führt zur Frage, welcher Rechtsweg der richtige zur Durchsetzung des Entlohnungsanspruchs eines Verlassenschaftskurators als *Masseforderung* ist. Die beschlussmäßige Festsetzung im außerstreitigen Verlassenschaftsverfahren vermag die Qualifikation als Masseforderung ja – wie gezeigt (oben D.2.a) – nicht zu präjudizieren. Es kommt damit nur eine Leistungsklage gegen die Masse, vertreten durch den Insolvenzverwalter, in Betracht, wie sie der OGH bereits in 8 Ob 67/00m für zulässig erachtet hat; die Klage ist beim Insolvenzgericht einzubringen. Begründen lässt sich diese Ansicht mit der Wertung des § 110 Abs 3 IO oder sogar dessen analoger Anwendung, weil es sich bei diesem Prozess ausschließlich um eine Frage der insolvenzrechtlichen Rangordnung im weiteren Sinn handelt.<sup>106</sup>

Unter Zugrundelegung dieser Ansicht ist allerdings noch zu klären, wie sich die in § 110 Abs 3 IO offenbar vorausgesetzte ausschließliche Zuständigkeit des Insolvenzgerichts mit dem durch das IRÄG 1982 eingeführten Wahlgerichtsstand gem § 262 Z 2 IO für „Klagen über Masseforderungen“ (arg: „können“)<sup>107</sup> vereinbaren lässt. ME bezieht sich § 262 Z 2 IO nur auf Ansprüche, die im streitigen Rechtsweg durchzusetzen sind (vgl § 111 Abs 2 IO).<sup>108</sup> Dagegen ist zur Beurteilung der Rangordnung von Ansprüchen, deren Bestand und Höhe von vornherein in einem anderen Verfahren festgestellt werden muss, das Insolvenzgericht zur Beurteilung ihrer insolvenzrechtlichen Qualifikation nicht nur wahlweise, sondern exklusiv zuständig. Nur so lässt sich erklären, warum der OGH in mittlerweile stRsp davon ausgeht, dass ausschließlich (!) das Insolvenzgericht über die Einordnung der Ansprüche des Kurators als Insolvenzforderung oder Masseforderung zu entscheiden habe.<sup>109</sup>

<sup>104</sup> Nur die gleichzeitige Geltendmachung mit Abhilfeantrag und Klage soll nach – äußerst zweifelhafter (s *Riel*, Befugnisse 133ff mwN) – hA unzulässig sein, so zB *Stefula* in KLS, IO § 124 Rz 8; G. Kodek in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzzrecht<sup>4</sup> § 124 KO Rz 26, 44.

<sup>105</sup> *Bachmann*, Befriedigung 139; G. Kodek in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzzrecht<sup>4</sup> § 124 KO Rz 35f; *Stefula* in KLS, IO § 124 Rz 4.

<sup>106</sup> Ganz idS 8 Ob 155/03g; 2 Ob 182/18f; RIS-Justiz RS0064683; *Konecny* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzzgesetz § 110 KO Rz 60; G. Kodek in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzzrecht<sup>4</sup> § 124 KO Rz 38.

<sup>107</sup> ErläutRV 3 BlgNR 15. GP 60; *Deixler-Hübner* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzzgesetz § 178 KO Rz 1; *Erlner* in KLS, IO § 252 Rz 1.

<sup>108</sup> 5 Ob 309/86; *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzzrecht 578, 582; *Deixler-Hübner* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzzgesetz § 178 KO Rz 5; *Erlner* in KLS, IO § 262 Rz 2; vgl auch *Riel*, Befugnisse 135.

<sup>109</sup> 7 Ob 1/69 EvBl 1969/265, 397; 4 Ob 401/95; 8 Ob 67/00m; 1 Ob 285/00v; vgl ferner 6 Ob 184/01d.

### 3. Insolvenzforderung in Höhe der „Restentschädigung“

Die Durchsetzung jenes Teils des Entschädigungsanspruchs gem § 283 ABGB, der nicht als Masseforderung qualifiziert werden kann und folglich als Insolvenzforderung einzuordnen ist, folgt dem Regime der §§ 102 ff IO. Der Verlassenschaftskurator hat seine Ansprüche als Insolvenzforderungen anzumelden; soweit die Forderung vom Insolvenzverwalter oder einem anderen Gläubiger bestritten wird, bedarf es eines Prüfungsprozesses (§ 110 Abs 1 IO). Der Beschluss über die Entlohnung im – auf Antrag sogar vor Ende der Prüfungstagsatzung fortgesetzten (oben D.2.a) – außerstreitigen Verlassenschaftsverfahren (§ 113 iVm § 110 Abs 3 HS 1 IO) vermag dabei abermals nur Bestand und Höhe des Anspruchs, nicht jedoch das Ausmaß der Insolvenzforderung festzustellen. Über Letzteres entscheidet das Insolvenzgericht exklusiv (§ 110 Abs 3 HS 2 IO).

Praktisch steht der Verlassenschaftskurator vor dem Problem, dass sich der vom Verlassenschaftsgericht als Entlohnung festgesetzte Betrag regelmäßig sowohl aus einer Masse- als auch aus einer Insolvenzforderung zusammensetzt. Naheliegenderweise wird der Verlassenschaftskurator die Qualifikation eines möglichst großen Teils der Forderung als Masseforderung anstreben. Um dieses Bestreben nicht zu konterkarieren, sollte er mE vorerst nur jenen Teil, den er nicht als Masseforderung beansprucht, als Insolvenzforderung anmelden. Soweit sich – spätestens durch ein rechtskräftiges Urteil des Insolvenzgerichts nach Klage des Kurators (oben 2.c) – herausstellt, dass der als Masseforderung zu qualifizierende Teil der Entlohnung geringer ist, als vom Kurator ursprünglich erhofft, kann er den Differenzbetrag gem § 107 IO noch nachträglich als Insolvenzforderung anmelden.

### E. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

Die Qualifikation der Entlohnungsansprüche des Verlassenschaftskurators gem § 283 ABGB als Masseforderung durch den OGH lässt sich zwar nicht durch eine unmittelbare Anwendung von § 46 Z 2 IO begründen (oben C.1.). Überwindet man jedoch das unhaltbare Dogma vom „Analogieverbot“ der Aufzählung des § 46 IO (oben C.2.), so ist – nicht zuletzt aufgrund der nach wie vor beachtlichen Wertung des § 46 Abs 2 KO – eine Analogie zu § 46 Z 2 IO gut vertretbar (oben C.3.). Diese ist freilich nur für jenen Teil der Entlohnung berechtigt, der auf Tätigkeiten des Kurators entfällt, die der Haftungsverwirklichung im Gläubigerinteresse gedient haben. Letzteres ist sowohl dem Grunde als auch der Höhe nach durch analoge bzw sinngemäße Anwendung der insolvenzrechtlichen Entlohnungsvorschriften (§§ 82 ff IO) zu beurteilen; in zeitlicher Hinsicht werden die Ansprüche zusätzlich durch die Vorgaben des § 69 IO zur

Insolvenzantragspflicht begrenzt. Prozessual bietet sich für die exakte Bemessung eine (zumindest analoge) Anwendung von § 273 ZPO an (oben C.3.d).

Für die Durchsetzung der Ansprüche gem § 283 ABGB im Insolvenzverfahren ist die rechtskräftige Festsetzung der Entlohnung durch das Verlassenschaftsgericht notwendige Voraussetzung; häufig wird es dafür einer Fortsetzung des nach § 7 Abs 1 IO unterbrochenen Außerstreitverfahrens bedürfen, wobei dies bereits vor Abschluss der Prüfungstagsatzung möglich ist (D.2.a). Anschließend muss der Verlassenschaftskurator den als Masseforderung beanspruchten Teil nach § 124 Abs 3 IO geltend machen: Dringt der Kurator nicht bereits mit einem Ab-

hilfeantrag an das Insolvenzgericht durch (oben D.2.b), muss er eine Leistungsklage gegen die Insolvenzmasse, vertreten durch den Insolvenzverwalter, erheben; zuständig dafür ist analog § 110 Abs 3 HS 2 IO ausschließlich das Insolvenzgericht (D.2.c). Der verbleibende Teil der Entlohnung ist nach dem Regime der §§ 102 ff IO als Insolvenzforderung durchzusetzen (oben D.3).

#### Über den Autor:

Univ.-Prof. MMag. Dr. Martin Trenker ist Leiter des Instituts für Zivilgerichtliches Verfahren der Leopold-Franzens-Universität Innsbruck.