

Dr. Katharina Widhalm-Budak/Dr. Stephan Riel • Wien

## Aus der Sache volle Haftung?

### Anmerkungen zu OGH 9 Ob 17/15p<sup>1</sup>

» ZIK 2016/57

Die Schwierigkeiten, die nachrangige Pfandgläubiger bei der Verwertung durch den Insolvenzverwalter<sup>2</sup> und nach Abschluss eines Sanierungsplans<sup>3</sup> bereiten können, hat die IO weitgehend entschärft: Schon seit dem IRÄG 1982 kann der Insolvenzverwalter gem § 120 Abs 2 IO die freihändige Verwertung gegen den Willen der Absonde-

rungsgläubiger durchsetzen.<sup>4</sup> Und die schon viel diskutierte Bestimmung des § 149 Abs 1 S 2 IO idF IRÄG 2010<sup>5</sup>

- 1 OGH 26. 11. 2015, 9 Ob 17/15p; in diesem Heft der ZIK 2016/98, 74.
- 2 Vgl dazu etwa *Riel*, Zum Verfahren gem § 120 KO, ZIK 1998, 109 (109); aus dt Sicht eindrucksvoll (und abschreckend) zuletzt *Lieder*, Schornsteinhypothek und Lästigkeitsprämie, NZI 2016, 105 (105).
- 3 Vgl zur Rechtslage vor dem IRÄG 2010 etwa *Riel* in *Konecny/Schubert*, Kommentar zu den Insolvenzgesetzen (30. Lfg; 2008) § 149 KO Rz 15.

- 4 Vgl dazu etwa *Riel* in *Konecny/Schubert*, KO (11. Lfg; 2001) § 120 Rz 10 ff; *Kodek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht<sup>4</sup> IV (2006) § 120 KO Rz 16 ff.
- 5 Siehe dazu insb die ErläutRV zum IRÄG 2010, 612 BlgNR 24. GP 23, sowie aus der Lit *Hämmerle*, Absonderungsrechte und Drittsicherheiten, ÖBA 2011, 641 (647 f); *Mohr*, Der Sanierungsplan, in *Konecny*, IRÄG 2010 (2010) 117 (124 ff); *ders*, Sanierungsplan und Sanierungsverfahren (2010) Rz 231 ff; *Reckenzaun*, Neues bei Aus- und Absonderungsrechten, in *Konecny*, IRÄG 2010, 95 (102 f); *Weissel*, Die neue Rechtsstellung des Absonderungsgläubigers nach dem IRÄG 2010, ÖBA 2011, 391 (392 ff); *Widhalm-Budak*, Die Änderungen durch das IRÄG 2010 bei Absonderungsrechten und bei der Anfechtung, in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2009 (2010) 105 (114 ff).

soll verhindern, dass die Absonderungsgläubiger „mehr bekommen als die Sache wert ist“.<sup>6</sup> Diese ebenso sachgerechten wie knappen Regelungen schließen eine unangemessene Befriedigung nachrangiger Pfandgläubiger aus; sie bedürfen aber einer Ausfüllung durch die Judikatur, wie das zu § 120 Abs 2 IO eindrucksvoll und zum großen Nutzen der Praxis geschehen ist.<sup>7</sup> Mit der hier zu besprechenden Entscheidung wurde dieser Prozess für § 149 Abs 1 IO idF IRÄG 2010 eingeleitet.

## 1. Problemstellung

In 9 Ob 17/15p war über eine *Hypothekarklage* zu entscheiden, mit der eine nachrangige Absonderungsgläubigerin nach Bestätigung eines Sanierungs- bzw eines Zahlungsplanes in den Insolvenzverfahren über das Vermögen der beiden beklagten Mit-eigentümer einer Liegenschaft Zahlung (offenbar) in Höhe der festgestellten Insolvenzforderung abzüglich geleisteter Quotenzahlungen bei sonstiger Exekution in die verpfändeten Liegenschaftsanteile begehrte. Die beiden Beklagten wendeten im Wesentlichen (und in allen drei Instanzen erfolglos) ein, dass bei fiktiver Verwertung der Liegenschaftsanteile die Klägerin keinen Erlös zu erwarten gehabt und daher gem § 149 Abs 1 S 2 IO über die Quotenzahlung hinaus nichts zu fordern hätte. Zahlungen leisteten sie keine, obwohl nach den Feststellungen offenbar von einer zumindest teilweisen Deckung der Forderungen der Klägerin auszugehen war.

## 2. OGH 9 Ob 17/15p

Der OGH sprach aus, der Absonderungsgläubiger müsse gem § 149 Abs 1 S 2 IO das Absonderungsgut freigeben, wenn die gesicherten Forderungen bis zum Wert des Absonderungsguts beglichen werden. Die Forderung des Absonderungsgläubigers (oder Teile davon) gehe aber nicht von selbst (ohne Zahlung der gesicherten Forderung bis zum Wert des Absonderungsguts) unter. Sie werde bloß zu einer natürlichen Verbindlichkeit herabgedrückt und bleibe – wenn auch nur mehr in der durch § 149 IO beschränkten Höhe – im Umfang der früher bestellten Pfandrechte gesichert. Solange daher weder eine Begleichung der gesicherten Schuld noch eine Löschung des Pfandrechtes erfolgt ist, könne der Schuldner der Hypothekarklage nicht mit hypothetischen Überlegungen entgegnetreten. Der Schuldner könne einer Hypothekarklage vielmehr erst nach Zahlung der gesicherten Forderung bis zum Wert des Absonderungsguts und Löschung des Liegenschaftspfandrechts entgegnetreten. Beides könne auch noch nach Erlassung des Exekutionstitels mittels Oppositionsklage geltend gemacht werden.

## 3. Stellungnahme

### 3.1. Wirkung des Sanierungsplans auf Absonderungsrechte

§ 149 Abs 1 S 2 IO normiert – anders als etwa § 12 Abs 1 oder § 12a Abs 1 und 3 IO – kein (teilweises) Erlöschen von Pfandrechten. Dem OGH ist daher uneingeschränkt zuzustimmen, dass *der Abschluss eines Sanierungsplans* auch nach dem IRÄG 2010 *Absonderungsrechte als solche unberührt* lässt, sodass Absonderungsgläubiger die exekutive Verwertung der Pfandsache betreiben und eine Pfandklage erheben können.

Umgekehrt kann der Schuldner – auch das hält der 9. Senat ganz richtig fest – nach Begleichung der gem § 149 Abs 1 S 2 IO mit dem Wert der Sache begrenzten Forderungen die *Löschung der Pfandrechte begehren*. Ist eine Forderung wegen ihres schlechten Rangs nicht einmal zum Teil „werthaltig“, muss der Schuldner dafür *gar keine Zahlung* leisten.<sup>8</sup> Absonderungsgläubiger sollen eben nicht „mehr bekommen als die Sache wert ist“,<sup>9</sup> die nachrangigen also uU auch gar nichts.

### 3.2. Der „Wert der Sache“

§ 149 Abs 1 S 2 IO handelt nicht vom Absonderungsrecht, sondern von den *gesicherten Forderungen*. Diese werden bei Bestätigung des Sanierungsplanes mit dem „Wert der Sache begrenzt“. Völlig zutr hält der OGH hier den *Verkehrswert*<sup>10</sup> für maßgeblich.<sup>11</sup> Die vom Gesetz nicht explizit geregelte und in der Lit kontroversiell diskutierte<sup>12</sup> Frage, zu welchem *Zeitpunkt* dieser „Wert“ zu bestimmen ist, wird vom OGH nicht ausdrücklich beantwortet. Seine Ausführungen, dass die Forderung des Absonderungsgläubigers lediglich auf eine natürliche Verbindlichkeit herabgedrückt werde und auch neuerlich ansteigen könne, lassen jedoch erkennen, dass der OGH den *Zahlungs- bzw Verwertungszeitpunkt* für maßgeblich erachtet. Auch dem wäre wohl nicht zu widersprechen.<sup>13</sup>

Umgekehrt sind alle im Zuge des Insolvenzverfahrens oder danach auf die gesicherten Forderungen geleisteten Zahlungen anzurechnen. Quoten- oder Ratenzahlungen oder etwa eine Umschuldung der Verbindlichkeiten gegenüber dem erstrangig si-

<sup>6</sup> ErläutRV zum IRÄG 2010, 612 BlgNR 24. GP 23.

<sup>7</sup> Vgl dazu etwa *Kodek in Bartsch/Pollak/Buchegger*, KO<sup>4</sup> IV § 120 Rz 41 mwN.

<sup>8</sup> Im Anschluss an *Mohr in Konecny*, IRÄG 2010, 125; ebenso *ders.*, Sanierungsplan Rz 233; vgl allgemein zum Erlöschen akzessorischer Sicherheiten bei vollständigem Untergang der gesicherten Forderung *Böhler in Apathy/Iro/Kozioł*, Österreichisches Bankvertragsrecht VIII/1 (2012) Rz 1/314 mwN.

<sup>9</sup> ErläutRV zum IRÄG 2010, 612 BlgNR 24. GP 23.

<sup>10</sup> Das ist der Preis, der bei einer Veräußerung der Sache üblicherweise im redlichen Verkehr für sie erzielt werden kann (vgl § 2 Abs 2 LBG).

<sup>11</sup> Ebenso schon *Mohr in Konecny*, IRÄG 2010, 125.

<sup>12</sup> Auf den Zeitpunkt der (Rechtskraft der) Sanierungsplanbestätigung stellen *Mohr in Konecny*, IRÄG 2010, 125; *ders.*, Sanierungsplan Rz 231; *Reckenzaun in Konecny*, IRÄG 2010, 103; *ders.*, Aktuelles zum Absonderungsrecht des Bestandgebers (§ 48 Abs 4 IO), in *Nunner-Krautgasser/Kapp/Clavora*, Insolvenz- und Sanierungsrecht Jahrbuch 14 (2014) 213 (221) ab; den „aktuellen Wert“ (gemeint offenbar zum Zahlungszeitpunkt) halten demgegenüber *Hämmerle*, ÖBA 2011, 647 f; *Weissel*, ÖBA 2011, 396 f, für relevant.

<sup>13</sup> Vgl idS schon *Widhalm-Budak in Konecny*, Insolvenz-Forum 2009, 115.



Foto: privat

**Die Autorin:**

Dr. **Katharina Widhalm-Budak** war Assistentin am Institut für Zivilgerichtliches Verfahren der Universität Wien, ist seit April 2001 Rechtsanwältin in Wien und seit 2008 Lektorin an der Universität Wien. Ihr Tätigkeitsschwerpunkt liegt im Insolvenz- und Wirtschaftsrecht. Sie hält regelmäßig Vorträge zum materiellen Insolvenzrecht und Anfechtungsrecht und ist Fachautorin einschlägiger Publikationen.

✉ [Widhalm-Budak@jsr.at](mailto:Widhalm-Budak@jsr.at)

🌐 [lesen.lexisnexis.at/autor/Widhalm-Budak/Katharina](http://lesen.lexisnexis.at/autor/Widhalm-Budak/Katharina)



Foto: November Design

**Der Autor:**

Dr. **Stephan Riel**, Rechtsanwalt in Wien mit dem Tätigkeitsschwerpunkt Insolvenz- und Sanierungsrecht, Partner in der Kanzlei Jaksch Schoeller & Riel, Insolvenzverwalter in Wien und Niederösterreich, Mitglied der im BMJ tagenden Insolvenzrechtsreformkommission, Mitherausgeber der ZIK.

✉ [kanzlei@jsr.at](mailto:kanzlei@jsr.at)

🌐 [lesen.lexisnexis.at/autor/Riel/Stephan](http://lesen.lexisnexis.at/autor/Riel/Stephan)

chergestellten Gläubiger sind bei der Ermittlung des „Wertes der Sache“ iSd § 149 Abs 1 S 2 IO zu berücksichtigen. Wieder gilt, dass die Absonderungsgläubiger insg nicht „mehr bekommen sollen, als die Sache wert ist“.<sup>14</sup>

### 3.3. Zur prozessualen Durchsetzung

Bei der *Durchsetzung der Reduktion* der gesicherten Forderung sieht der OGH überzeugend primär den Schuldner gefordert. Er kann und muss den Pfandgläubiger *auf Löschung klagen*, weil das Pfandrecht als solches ja durch den Sanierungsplan unberührt bleibt.

Im konkreten Fall wurde aber der Absonderungsgläubiger aktiv und brachte eine Hypothekarklage ein. Die Schuldner wendeten ein, dass die Forderung des nachrangigen Pfandgläubigers gem § 149 Abs 1 S 2 IO zur Gänze erloschen sei. Wie zu Punkt 2. referiert, ist nach dem OGH die Frage, ob bzw mit welchem Betrag die vom Hypothekarkläger betriebene Forderung gem § 149 Abs 1 S 2 IO noch gesichert ist, nicht im Hypothekarprozess zu klären. Solange die (reduzierte) Forderung nicht bezahlt ist, könne „der Hypothekarklage nicht mit hypothetischen Überlegungen“ entgegengetreten werden. Erst wenn „die gesicherte Forderung bis zum Wert des Absonderungsguts beglichen und die Löschung des Liegenschaftspfandrechtes erwirkt“ wurde, sei die Hypothekarklage abzuweisen.

Das überzeugt nicht. Es ist zwar zutr, dass der Grundsatz „aus der Sache volle Haftung, aus der Person Ausfallhaftung“ auch nach dem IRÄG 2010 gilt, doch setzt die Pfandrechtsklage – wie der OGH einleitend ganz richtig darlegt – ua den *Nachweis der*

*Höhe der sichergestellten Forderung* voraus.<sup>15</sup> Das Begehren der Pfandklage lautet daher nach hM, der Beklagte sei schuldig, die *Pfandforderung* bei sonstiger Exekution in die Pfandsache zu bezahlen.<sup>16</sup> Die Behauptung der Beklagten, die Forderung des nachrangigen Hypothekargläubigers sei gem § 149 Abs 1 S 2 IO erloschen, wendet sich nun genau gegen die (Höhe der) Pfandforderung und ist daher uE keine unbeachtliche hypothetische Überlegung, sondern ein beachtlicher (wenn auch im konkreten Sachverhalt möglicherweise unzutreffender) Einwand, auf den inhaltlich einzugehen wäre.<sup>17</sup>

Zum Schluss der Verhandlung über die Hypothekarklage ist daher zu prüfen, ob die eingeklagte Forderung etwa durch (Teil-) Zahlungen oder weil sie mangels Deckung „null“ ist, mit dem gem § 149 Abs 1 S 2 IO zu ermittelnden Wert befriedigt ist. Ist dies zu bejahen, ist die Hypothekarklage abzuweisen, andernfalls ist der Hypothekarklage stattzugeben und der Schuldner zu verpflichten, den Betrag bei sonstiger Exekution in die Absonderungssache zu bezahlen, der der im Hypothekarprozess festgestellten aktuellen Beschränkung der gesicherten Forderung gem § 149 Abs 1 S 2 IO (max einem niedrigeren Klagsbetrag) entspricht. Der Schuldner kann dann durch *Zahlung dieses Betrags* die Zwangsversteigerung noch verhindern.

Davon zu *unterscheiden* ist uE (insb bei oft zu beobachtender bloß teilweiser Einklagung der gesicherten Forderung) die Frage, ob dem Schuldner ein *Löschungsanspruch* zusteht. Denn die Entscheidung über die Pfandklage klärt nur die materielle Berechtigung der angestrebten exekutiven Verwertung der Pfandsache. Mit welchem Betrag letztlich eine Zuweisung an den Absonderungsgläubiger zu erfolgen hat, ist hingegen bei Verwertung der Sache im Meistbotsverteilungsverfahren, sonst im Prozess über eine Löschungsklage zu entscheiden. Die im Hypothekarprozess zuzusprechende Forderung kann daher sowohl betraglich unter dem zur Durchsetzung der Pfandrechtslöschung zu zahlenden bzw dem Absonderungsgläubiger im Meistbotsverteilungsverfahren zuzuweisenden Betrag liegen als auch – bei späterer Wertminderung der Pfandsache – darüber. In diesem Fall ist die durch die nachfolgende Wertminderung der Pfandsache eingetretene (weitere) betragliche Beschränkung der gesicherten Forderung gem § 149 IO mittels Oppositionsklage vom Schuldner durchzusetzen.

## 4. Zusammenfassung und Konsequenzen für die Praxis

Die besprochene Entscheidung zeigt, dass für die Anwendung der knappen Regelung des § 149 Abs 1 S 2 IO in der Praxis noch einige Klarstellungen durch das Höchstgericht notwendig sind.<sup>18</sup>

<sup>15</sup> *Hinteregger* in *Schwimann*, ABGB<sup>3</sup> II (2005) § 466 Rz 4; OGH 1 Ob 587/86 HS 16.709/11.

<sup>16</sup> *Spitzer*, Die Pfandverwertung im Zivil- und Handelsrecht (2004) 68 mwN.

<sup>17</sup> Vgl auch *Mohr* in *Konecny*, IRÄG 2010, 125; *ders*, Sanierungsplan Rz 234, wonach die „Beschränkung“ im Titelverfahren zu berücksichtigen ist.

<sup>18</sup> So muss etwa hier die Frage offenbleiben, ob und welche Folgen die nach dem Sachverhaltsreferat der besprochenen Entscheidung erfolgte Aus-

<sup>14</sup> ErläutRV zum IRÄG 2010, 612 BlgNR 24. GP 23.



Dem Schuldner ist nach Abschluss des Sanierungsplans jedenfalls zu empfehlen, rasch die Löschung der wegen Nichtdeckung

scheidung einer der verpfändeten Liegenschaftsanteile vor dem Hintergrund des § 149 Abs 1 S 2 IO hat. Immerhin wird ja zT die Ansicht vertreten, dass die Ausscheidung gem § 119 Abs 5 IO dazu führt, dass die verpfändete Sache wie eine „Drittsicherheit“ zu behandeln wäre, da dann kein Absonderungsrecht gem § 48 IO mehr vorliegt und daher § 149 IO nicht anwendbar ist (vgl *Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 149 Rz 17; aA *Nunner*, Die Freigabe von Konkursvermögen [1998] 162 f; *Mohr*, Sanierungsplan Rz 243; vgl zuletzt auch *Nunner-Krautgasser*, Sicherungsrechte an freigegebenem Vermögen und Berücksichtigung bei der Verteilung, ZIK 2016/4, 2). Ebenso unerörtert muss hier bleiben, ob der Insolvenzverwalter – wie in der besprochenen Entscheidung angedeutet – gestützt auf § 149 Abs 1 S 2 IO „durch Zahlung des dem Wert der Sache im Sinn dieser Bestimmung entsprechenden Betrage deren Freistellung von den auf ihr lastenden Pfandrechten“ erreichen kann. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass

bereits forderungsentkleideten Pfandrechte durchzusetzen und mit den bloß teilgedeckten Absonderungsgläubigern eine Einigung über die noch zu leistenden Zahlungen herzustellen.

die Reduktion der gesicherten Forderung gem § 149 Abs 1 S 2 IO nach dem Wortlaut der Bestimmung die Bestätigung des Sanierungsplanes voraussetzt, die die Aufhebung des Insolvenzverfahrens (§ 152b Abs 2 IO) und damit das Ende des Amtes des Insolvenzverwalters bewirkt. Allenfalls kann ein Treuhänder gem § 157i IO, dem das Instrumentarium der §§ 119 ff IO nach hA nicht zur Verfügung steht (vgl dazu zuletzt *Riel*, Verfahrensrechtliche Fragen beim Treuhandsanierungsplan, ÖBA 2015, 880 [886 mwN]), die Regelung des § 149 Abs 1 S 2 IO zur Lastenfreistellung fruchtbar machen. Bei der Einlösung gem § 120 Abs 1 IO muss hingegen jedenfalls nach hA die gesamte Pfandschuld bezahlt werden (*Kodek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, KO<sup>4</sup> IV § 120 Rz 7 mwN; *Widhalm-Budak* in *Konecny*, Insolvenzforum 2009, 109).