

Gemeindeinsolvenz – Grundlagen und ausgewählte Einzelfragen

Georg E. Kodek, Wien

Übersicht:

- I. Einführung
- II. Bisherige Erfahrungen
- III. Bedarf nach einem Insolvenzverfahren für Gemeinden
- IV. Insolvenzfähigkeit und Insolvenzgründe
- V. Erfasstes Vermögen
 - A. Grundsätzliche Parallele zwischen Exekutions- und Insolvenzunterworfenheit
 - B. Exekutionsbeschränkungen nach § 15 EO
 - C. § 16 Abs 2 F-VG
 - D. Verfassungsrechtliche Schranken
 - E. Öffentliches Gut
 - F. Verhältnismäßigkeitsgrundsatz
- VI. Forderungen gegen die Gemeinde
- VII. Gehälter und Pensionen
 - A. Einleitung
 - B. Laufende Gehälter aktiver Beamter und Vertragsbediensteter
 - C. Gehaltsrückstände
 - D. Exkurs: Beendigungsmöglichkeiten des Masseverwalters
 - E. Insolvenzentgeltsicherung
 - F. Weitere öffentlich-rechtliche Gesichtspunkte
 - G. Ergänzende Überlegungen und Zwischenergebnis
- VIII. Schutz des Zahlungskreislaufs
- IX. Möglichkeit der Eigenverwaltung?
- X. Sanierungsplan
- XI. Außergerichtlicher Ausgleich
- XII. Exkurs: Die Rechtslage in den USA
 - A. Einleitung
 - B. Historisches
 - C. Chapter 9 im System des Bankruptcy Code
 - D. Verhältnis zur Einzelrechtsdurchsetzung und zum einzelstaatlichen Organisationsrecht
 - E. Die Regelung des Chapter 9 in Grundzügen
 - F. Ausgewählte Anwendungsfälle
 - G. Exkurs: Chapter 9 als mögliches Modell für ein künftiges Staateninsolvenzverfahren?
- XIII. Schluss und Ausblick

I. Einführung

Bedeutung und Umfang der von den Gemeinden zu erfüllenden **Aufgaben** (vgl nur Art 118, 119a B-VG) brauchen hier nicht eigens betont zu werden. Die Folgen der **Corona-Krise** machen indes auch vor den Gemeinden nicht halt. Bis zu zwei Milliarden Euro werden Österreichs Gemeinden durch die Corona-Krise verlieren, warnt der Ökonom der Arbeiterkammer Wien *Markus Marterbauer* beim Experten-Hearing zum Budget im Parlament.¹ Schon ist die Rede von einem Baustopp von Schulen und Kindergärten.² Die SPÖ fordert Zuschüsse für Gemeinden und hat eine Bürgerinitiative gestartet. Darin verlangt sie von der Regierung die hundertprozentige Abgeltung des finanziellen Ausfalls der Corona-Krise für Städte. Nur ein „Rettungsschirm“ für Kommunen könne den Finanzkollaps verhindern. Mit diesem Aufschrei wandten sich auch Gemeindebund-Präsident *Alfred Riedl* und Städtebund-Vorsitzender *Matthias Stadler* an die Bundesregierung. Die Mitteilungen des Finanzministeriums betreffend die Ertragsanteilvorschüsse für den Monat Juni 2020 haben verdeutlicht, wie ernst die Lage ist: mehr als 30% Minus gegenüber dem Vergleichszeitraum Juni 2019, und die wirtschaftliche Talfahrt nimmt weiter an Geschwindigkeit zu.³ Der Moosburger Bürgermeister *Herbert Gaggl* prognostizierte gar, im Herbst würden 90% der Gemeinden pleite sein.⁴

Damit gewinnt auch die Diskussion über die **Insolvenz** von Gemeinden neue Aktualität. Für die juristische Analyse ist es nicht hilfreich, die Frage nach einem Insolvenzverfahren für Gemeinden mit der Begründung beiseitezuschieben, der Begriff der „Insolvenz“ sei für Gebietskörperschaften nicht angemessen; stattdessen sei – so der Vorschlag von *von Lewinski* – von **öffentlicher Krise** zu sprechen.⁵ Ungeachtet der bei Gebietskörperschaften zweifellos vorliegenden Besonderheiten muss – solange keine sondergesetzlichen Regelungen bestehen – mit dem vorhandenen Regelungsinstrumentarium das Auslangen gefunden werden, sodass auch die Tatbestandsvoraussetzungen des traditionellen Insolvenzrechts geprüft werden müssen. Aus § 1 IO, der einen Gleichlauf zwischen exekutionsunterworfenem Vermögen und Insolvenzmasse normiert, ergibt sich, dass die **Exekutionsbeschränkungen** des § 15 EO auch im Insolvenzverfahren zu beachten sind. Nähere Vorschriften fehlen allerdings weitgehend. Praktisch bedeutsam wäre im Fall eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen einer Gemeinde vor allem auch die Rolle der **Gemeindeaufsicht**. *Fasching* weist zu Recht

¹ *Huber*, Gemeinden vor dem Finanzkollaps: Finanzminister plant keine Hilfen, 11. 5. 2020, <https://kontrast.at/staedte-gemeinden-pleite-coronavirus/>.

² Vgl *Cik*, Kommunen wegen Corona vor der Pleite: „Der Hammer für Gemeindekassen kommt erst“ – Die Gemeinde-Budgets sind durch die Corona-Krise hinfällig. Bürgermeister fordern Hilfspakete und Perspektiven, *Kleine Zeitung* 4. 4. 2020, www.kleinezeitung.at/kaernten/klagenfurt/5795540/Kommunen-wegen-Corona-vor-der-Pleite_Der-Hammer-fuer.

³ *Huber*, Können Gemeinden in Konkurs gehen? <https://gemeindebund.at/koennen-gemeinden-in-konkurs-gehen/>.

⁴ *Cik*, Wegen Corona: Herbert Gaggl: „90 Prozent der Gemeinden sind im Herbst pleite“, *Kleine Zeitung* 3. 4. 2020, www.kleinezeitung.at/kaernten/klagenfurt/aktuelles_klagenfurt/5794183/Wegen-Corona_Herbert-Gaggl_90-Prozent-der-Gemeinden-sind-im.

⁵ *Von Lewinski*, Öffentlichrechtliche Insolvenz und Staatsbankrott (2011) 16ff.

darauf hin, dass die Verwaltungsbehörde zu einem begleitenden Kontrollorgan wird.⁶

Abschließend soll auch kurz auf die Rechtslage in den USA eingegangen werden. Der Blick in die USA ist wertvoll, weil es dort nicht nur ausformulierte Regelungen, sondern mittlerweile doch auch eine Reihe praktischer Erfahrungen mit der Insolvenz von Gebietskörperschaften gibt. Die dortigen Regelungen im Chapter 9 des Bankruptcy Code werden zudem in der Diskussion wiederholt als Vorbild für die Staateninsolvenz genannt.⁷

II. Bisherige Erfahrungen

Bisher gab es glücklicherweise nur wenige Fälle, in denen tatsächlich über eine Gemeinde der Konkurs eröffnet wurde. Die Ausfallswahrscheinlichkeit bei Gebietskörperschaften wird in Österreich als gering eingestuft.⁸ Einen Überblick über die Finanzlagen der Gemeinden bietet die Statistik Austria.⁹

Einige Fälle sind aus den 1930er-Jahren bekannt. So wurde 1933 über die Gemeinde Donawitz im zweiten Rechtsgang das Konkursverfahren eröffnet, wobei die Konkurswirkungen auf Vermögen iSd § 15 EO beschränkt waren.¹⁰ Letztlich kam ein Zwangsausgleich zustande. Im Oktober 1939 wurde Donawitz in die Gemeinde Leoben eingemeindet. Ein weiterer Fall betraf Pinkafeld, das im Jahr 1934 einen Ausgleich abschloss. Auch die Gemeinde Schwaz schloss im Jahr 1930 einen Ausgleich ab; die letzte Rate wurde erst im Jahr 1982 bezahlt.¹¹

Die literarische Diskussion wird im Wesentlichen seit den 1980er-Jahren geführt. Ausführliche Untersuchungen liegen von *Fasching*¹², *Rebhahn/Strasser*¹³ und *Rechberger*¹⁴ vor.¹⁵

1987 stand die Gemeinde Eisenerz knapp vor dem Konkurs. Ein – aus heutiger Sicht politisch definitiv nicht korrekter – Zeitungsartikel lautete damals:

⁶ *Fasching*, Konkurs, Ausgleich und Zwangsvollstreckung bei Gemeinden (1983) 68.

⁷ Vgl. *Raffer*, Applying Chapter 9 Insolvency to International Debts: An Economically Efficient Solution with a Human Face, *World Development* 1990, 301.

⁸ *Katzengruber*, Ausfälle von Gebietskörperschaften im europäischen Umfeld, RFG 2004, 176.

⁹ www.statistik.at/web_de/statistiken/wirtschaft/oeffentliche_finanzen_und_steuern/oeffentliche_finanzen/gebarungen_der_oeffentlichen_rechtstraeger/index.html.

¹⁰ Vgl. *Rechberger*, Exekutions- und insolvenzrechtliche Fragen kommunaler Wirtschaftsverwaltung, in: *Krejci/Ruppe* (Hrsg.), Rechtsfragen der kommunalen Wirtschaftsverwaltung (1992) 221 (239).

¹¹ Hier ist darauf hinzuweisen, dass sich die Zahlungsfristen für einen Ausgleich bzw. Zwangsausgleich bis zum Inkrafttreten der IO am 1. 7. 2010 nur auf die Mindestquote bezogen; es war nach damaliger Rechtslage zulässig, für zusätzliche Zahlungen ein längeres Zahlungsziel vorzusehen. Zur Geschichte des Schwazer Ausgleichs *König*, Besprechung von *Rebhahn/Strasser*: Zwangsvollstreckung und Insolvenz bei Gemeinden (1989) JBl 1990, 607 mwN.

¹² *Fasching*, Konkurs.

¹³ *Rebhahn/Strasser*, Zwangsvollstreckung und Insolvenz bei Gemeinden (1989).

¹⁴ *Rechberger* in *Krejci/Ruppe* 221.

¹⁵ Vgl. auch *Ballon*, Kann gegen eine Gemeinde Exekution geführt werden oder kann eine Gemeinde in Konkurs oder Ausgleich gehen? ÖGZ 9/1996, 2; *Meister*, Rechtsprobleme im Zusammenhang mit der Zahlungsunfähigkeit von Gemeinden, GdZ 1983, 330.

„Weißgrüne Neger in der Steiermark“.¹⁶ Ein Problemfall in neuerer Zeit betrifft die Gemeinde Tux in Tirol, deren Budget zu 57,7% aus der Getränkesteuer finanziert war.¹⁷ Deren Wegfall brachte die Gemeinde in Budgetnöte. In neuerer Zeit geriet die Gemeinde Fohnsdorf in der Steiermark wegen Zahlungsschwierigkeiten in die Schlagzeilen.

III. Bedarf nach einem Insolvenzverfahren für Gemeinden

Ein von *Rebhahn* gegen die Möglichkeit eines Insolvenzverfahrens gegen Bundesländer ins Treffen geführtes Argument ist der angeblich **fehlende Bedarf**.¹⁸ Zwangsvollstreckung sei 30 Jahre lang ab Rechtskraft des Urteils möglich; der Schuldner Bundesland bestehe jedenfalls fort und dürfe auch laufend Einnahmen erwarten. Überdies könnte das Land, falls seine Haupteinnahmequelle – die Abgabenertragsanteile – nicht der Zwangsvollstreckung unterliegen sollte, stets mit gewissen Zuflüssen rechnen. Ein Wettlauf der Gläubiger um das Zuvorkommen könne zwar auch bei einem Land eintreten; die Folgen für später hinzukommende Gläubiger seien aber deutlich geringer, als sie bei Privaten ohne Insolvenzverfahren wären.

Diese Überlegung ließe sich natürlich auch gegen ein Insolvenzverfahren für **Gemeinden** ins Treffen führen. Allerdings ist dieser Argumentation, von der übrigens *Rebhahn* in einer jüngeren Publikation selbst wieder abgerückt ist,¹⁹ **nicht zu folgen**. Der Hinweis darauf, dass ein Gläubiger 30 Jahre lang Exekution führen kann, wobei – wie zu ergänzen ist – diese Frist durch jeden Exekutionsantrag unterbrochen wird, vermag nicht zu erklären, wieso es einem Gläubiger zumutbar sein soll, **30 Jahre** oder länger auf die Erfüllung seiner Forderung **zu warten**. Noch weniger überzeugend ist der Verweis auf das Exekutionsverfahren, wenn **mehrere Gläubiger** vorhanden sind. Das traditionelle Exekutionsverfahren ist – bis auf wenige Ausnahmen (vor allem im Zusammenhang mit der Herbeibringung von Unterhaltsforderungen) – durch ein strenges **Rang- bzw Prioritätsprinzip** gekennzeichnet. Damit hängt die Reihenfolge der Befriedigung der Gläubiger ausschließlich davon ab, wer als erster Exekutionsschritte gesetzt hat. Die Vermeidung eines derartigen Wettlaufs der Gläubiger ist aber aus historischer Sicht wesentlicher Grund für die Einführung eines „*concurrere*“, also eines Konkurs- bzw Insolvenzverfahrens. Jüngst hat auch *Rebhahn* eingeräumt, dass für die Zulässigkeit eines Insolvenzverfahrens über ein Bundesland materiell das Gebot, die Gläubiger gleich zu behandeln (Fiskalgeltung des Gleichheitssatzes) und nicht das Zuvorkommen entscheiden zu lassen, spreche.²⁰ Gleiches gilt naturgemäß auch für die Insolvenz von Gemeinden.

Diese Überlegung hat auch eine **verfassungsrechtliche Dimension**: Mit dem verfassungsrechtlich (vgl insb Art 5 StGG, Art 1 des 1. ZPEMRK) geschütz-

¹⁶ So der Titel eines Artikels von *Steinbach*, Presse 3. 9. 1987.

¹⁷ *Burgstaller*, Überschuldung als Konkursgrund bei Gemeinden? ZIK 1999, 181.

¹⁸ *Rebhahn*, Zur finanziellen Krise eines Bundeslandes – Eine Skizze, in FS Stolzlechner (2013) 585 (603).

¹⁹ *Rebhahn* in *Burgstaller/Deixler-Hübner*, Exekutionsordnung (2014) § 15 Rz 18.

²⁰ *Rebhahn* in *Burgstaller/Deixler-Hübner*, EO § 15 Rz 18.

ten **Grundrecht auf Eigentum** wäre es unvereinbar, wenn die Durchsetzung von Forderungen gegen Gemeinden oder Bundesländer unverhältnismäßig beschränkt wäre.²¹ Zwar rechtfertigt die Sicherung der Funktionsfähigkeit staatlicher Einrichtungen in erheblichem Umfang Eingriffe in das Grundrecht auf Eigentum und entsprechende Vollstreckungshindernisse. Doch wäre es mit diesem Grundrecht nicht in Einklang zu bringen, wenn die Forderungsdurchsetzung gegen Gemeinden praktisch unmöglich gemacht würde.²² So hat der EGMR Serbien wegen Verletzung des Art 6 EMRK und Art 1 des 1. ZPEMRK verurteilt, weil es einem ehemaligen Mitarbeiter eines (ehemals) staatlichen Unternehmens nicht möglich war, seine Gehaltsansprüche durchzusetzen.²³

IV. Insolvenzfähigkeit und Insolvenzgründe

Die **Insolvenzfähigkeit** von Gemeinden ergibt sich ebenso wie die Parteifähigkeit zwingend aus der Privatrechtsfähigkeit.²⁴ Die grundsätzliche Zulässigkeit der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen von Gemeinden wurde daher auch nie in Zweifel gezogen. Damit steht Gemeinden auch die Möglichkeit der Restschuldbefreiung mittels Sanierungsplans (früher: Zwangsvergleich oder Ausgleich) zur Verfügung.

Die **Insolvenzgründe** sind in den §§ 66 ff IO statuiert. **Zahlungsunfähigkeit** (§ 66 IO) liegt vor, wenn der Schuldner bei redlicher Gebarung nicht mehr in der Lage ist, seine **fälligen Verbindlichkeiten** in angemessener Frist zu begleichen. Dabei sind nach der neueren Rechtsprechung Verzögerungen von in der Regel bis zu etwa **drei Monaten** als bloße Zahlungsstockung zu betrachten; geringfügige Deckungslücken bis 5% sind unschädlich.²⁵ Daher ist Zahlungsunfähigkeit nicht gegeben, wenn ein Schuldner innerhalb eines Zeitraums von etwa drei Monaten zumindest 95% seiner fälligen Verbindlichkeiten abdecken kann. Bei der Zahlungsunfähigkeit sind aber auch realistische Kreditlinien bzw die **Möglichkeit, weiteren Kredit zu erhalten**, zu berücksichtigen.

Der Nachweis einer bloßen (noch nicht Insolvenz begründenden) Zahlungsstockung erfordert, dass eine ex-ante-Prüfung ergibt, dass eine hohe Wahrscheinlichkeit dafür bestand, dass der Schuldner in einer kurzen, für die Beschaffung der erforderlichen Geldmittel erforderlichen Frist in der Lage sein wird, *alle* seine Schulden pünktlich zu zahlen. Diese Frist darf im sogenannten **Durchschnittsfall** (wenn Umschuldungen vorzunehmen sind; Vermögensobjekte verkauft werden sollen; Gesellschafterdarlehen vereinbart werden sollen ua) **drei Monate** nicht übersteigen. Eine noch längere Frist, **höchstens** aber etwa

²¹ Potacs/Wutscher, Grenzen der Einbringlichkeit von Forderungen gegen Bundesländer, wbl 2015, 61 ff. Die mögliche Bedeutung dieser Bestimmung im vorliegenden Zusammenhang anerkennt nunmehr auch Rebhahn in Burgstaller/Deixler-Hübner, EO § 15 Rz 18, wenn er darauf hinweist, dass diese Bestimmung Einschränkungen nach Art des § 15 EO zulässt.

²² Potacs/Wutscher, wbl 2015, 61 ff.

²³ EGMR 22. 10. 2013, 5353/11, Marinkovic/Serbien (mwN aus der Rechtsprechung des EGMR).

²⁴ Rebhahn/Strasser, Zwangsvollstreckung 34; Rechberger in Krejci/Ruppe 221 (238).

²⁵ OGH 3 Ob 99/10w SZ 2011/2 = EvBl 2011/105 (Konecny).

fünf Monate, setzt voraus, dass mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit mit der Beseitigung der Liquiditätsschwäche zu rechnen ist.²⁶

Außerdem ist (ua) bei juristischen Personen die **Überschuldung** ein Insolvenzeröffnungsgrund (§ 67 IO). Hier ist in einem ersten Schritt die sogenannte **rechnerische Überschuldung** zu prüfen. Dabei sind die in der Bilanz ausgewiesenen Aktiva und Passiva einander gegenüberzustellen, wobei die Aktiva zu Zerschlagungs-(Liquidations-)Werten anzusetzen sind. Ergibt sich dabei eine (rechnerische) Überschuldung, so ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob eine sogenannte **positive Fortbestehensprognose** vorliegt. In deren Rahmen ist mit Hilfe sorgfältiger Analysen von Verlustursachen, eines Finanzierungsplans sowie der Zukunftsaussichten der Gesellschaft die Wahrscheinlichkeit der künftigen Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft zu prüfen; geplante Sanierungsmaßnahmen sind in diese Überlegungen einzubeziehen.²⁷

Demgegenüber hat *Burgstaller*²⁸ vertreten, dass bei Gemeinden die Überschuldung kein Insolvenzgrund sei, weil es für die Gemeinde eine **Bestandsgarantie** gäbe. Damit bezieht sich *Burgstaller* auf die im Rahmen des heute herrschenden „dynamischen“ Überschuldungsbegriffs anzustellende Fortbestandsprognose.²⁹ Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens führt nicht zur Auflösung der Gemeinde.³⁰ Im Gemeindekonkurs könnten nur solche Vermögensbestandteile verwertet werden, deren Verwendung zur Befriedigung der Gläubiger nicht zu einer Beeinträchtigung der von der Gemeinde zu wahren Aufgabe führt. Daher sei § 67 KO (nunmehr IO) teleologisch zu reduzieren, sodass die Überschuldung bei Gemeinden genauso wie bei natürlichen Personen keinen Grund für die Eröffnung des Insolvenzverfahrens bilde. Dem ist mE nicht zu folgen. Die politische oder allenfalls sogar rechtliche Bestandsgarantie einer Gebietskörperschaft kann nicht mit einer wirtschaftlichen Fortbestandsprognose gleichgesetzt werden.

Die Anwendung dieses Insolvenzeröffnungsgrundes auf **Gebietskörperschaften** begegnet jedoch theoretischen wie praktischen Schwierigkeiten.³¹ Weil Gebietskörperschaften keine Bilanzen im herkömmlichen Sinn erstellen, **fehlen Anhaltspunkte** für die entsprechenden Bezugsgrößen, insb über den **Wert der Aktiva**.³² Selbst wenn der Wert aller Aktiva einer Gemeinde ziffernmäßig bekannt wäre, stellt sich die weitere Schwierigkeit, dass diese **Werte nicht uneingeschränkt zur Befriedigung der Gläubiger** herangezogen werden können.³³ Dann ist aber eine Gegenüberstellung von teilweise nicht verwertbaren Aktiva zu den Passiva **nicht aussagekräftig**. Würde man demgegenüber nur auf das frei verwertbare Vermögen abstellen, so wäre dies gleichfalls nicht sachgerecht. Ein derartiger Ansatz, der im Übrigen wohl dazu führen würde, dass *alle* österreichi-

²⁶ OGH 3 Ob 99/10w SZ 2011/2 = EvBl 2011/105 (*Konecny*).

²⁷ RIS-Justiz RS0064962.

²⁸ *Burgstaller*, ZIK 1999, 181.

²⁹ Vgl OGH 1 Ob 144/04k = ZIK 2002/135.

³⁰ *Fasching*, Konkurs 32; *Rebhahn/Strasser*, Zwangsvollstreckung 35.

³¹ Vgl zur Insolvenz eines Bundeslandes ausführlich *Kodek/Potacs*, Insolvenz eines Bundeslandes (2015).

³² Vgl etwa *Bußjäger/Schumacher*, Insolvenz von Gebietskörperschaften, RdW 2015, 542.

³³ Vgl dazu auch *Rebhahn/Strasser*, Zwangsvollstreckung 49.

schen Gemeinden als überschuldet anzusehen wären, ließe nämlich außer Acht, dass mit **regelmäßigen Mittelzuflüssen** aus dem Finanzausgleich zu rechnen ist. In diesem Punkt unterscheiden sich Gebietskörperschaften in Österreich von anderen juristischen Personen; insoweit ist ihre Stellung in gewisser Weise derjenigen natürlicher Personen angenähert, bei denen wegen der Möglichkeit, in Zukunft Einkünfte zu erwirtschaften, nur die Zahlungsunfähigkeit, nicht auch die Überschuldung einen Insolvenzgrund darstellt. In Hinblick auf diese Schwierigkeiten verwundert nicht, dass in anderen Ländern die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über eine Gebietskörperschaft die **Zahlungsunfähigkeit** voraussetzt.³⁴

V. Erfasstes Vermögen

A. Grundsätzliche Parallele zwischen Exekutions- und Insolvenzunterworfenheit

Nach § 2 Abs 2 IO (früher: § 1 KO) wird durch Eröffnung des Insolvenzverfahrens das gesamte der Exekution unterworfenene Vermögen, das dem Schuldner zu dieser Zeit gehört oder das er während des Insolvenzverfahrens erlangt (Insolvenzmasse), dessen freier Verfügung entzogen. Damit ordnet der Gesetzgeber eine grundsätzliche **Parallele** zwischen **Exekutions- und Insolvenzunterworfenheit** an.³⁵ Daher sind Beschränkungen der Exekutionsunterworfenheit auch im Insolvenzverfahren zu berücksichtigen. Folgerichtig wurde daher im Jahr 1933 über die Gemeinde Donawitz im zweiten Rechtsgang das Konkursverfahren eröffnet,³⁶ wobei die Konkurswirkungen ausdrücklich auf Vermögen iSd § 15 EO beschränkt waren.³⁷ Im Folgenden sind daher – da einschlägige Bestimmungen in der IO fehlen – in Betracht kommende Exekutionsbeschränkungen zu untersuchen.

Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass das **Vermögen anderer Rechtsträger**, also etwa von selbständigen Anstalten³⁸ oder anderen eigenständigen juristischen Personen, mögen diese auch im Einfluss- oder sonstigen „Nahebereich“ der Gemeinde angesiedelt sein, von vornherein nicht in die Insolvenzmasse fällt. Soweit die Gemeinde hingegen Eigentümer etwa von Aktien oder (anderen) Gesellschaftsanteilen ist, fallen zwar diese Anteile in die Insolvenzmasse, nicht aber unmittelbar das Vermögen dieser Gesellschaften.

Rebhahn/Strasser gehen bei Gemeinden davon aus, dass die **Grenzen** der Insolvenzunterworfenheit **weiter** zu ziehen seien als diejenigen der Exekutionsunterworfenheit.³⁹ Dem liegt die Überlegung zugrunde, dass ein Exekutionshindernis die Befriedigung des Gläubigers nur verzögere, die Insolvenzfreiheit aber

³⁴ Vgl in den USA § 101 (32) Bankruptcy Code, der allerdings einen abweichenden Begriff der Zahlungsunfähigkeit normiert. Entscheidend ist der sogenannte „cash flow insolvency test“. Demnach kommt es darauf an, dass der Schuldner derzeit nicht zahlt oder in Zukunft nicht zahlen können wird.

³⁵ Vgl Kodek in *Koller/Lovrek/Spitzer*, IO (2019) § 2 Rz 16 und Rz 44 ff.

³⁶ Vgl *Gruber*, Was ist ein Staatsbankrott? SWK 2011, 180.

³⁷ Vgl *Rechberger* in *Krejci/Ruppe* 221 (239).

³⁸ Zu Anstalten vgl auch unten V.B.3.

³⁹ *Rebhahn/Strasser*, Zwangsvollstreckung 57 ff.

diese verhindere. Diese Differenzierung entspricht jedoch nicht dem Gesetz. Hier ist darauf zu verweisen, dass der Gesetzgeber bewusst in (nunmehr) § 2 Abs 2 IO eine Parallele zwischen exekutions- und insolvenzunterworfenem Vermögen statuiert hat. So ist etwa das Existenzminimum im Insolvenzverfahren genau gleich hoch wie im Exekutionsverfahren. Der einzige früher bestehende Unterschied zwischen exekutions- und insolvenzunterworfenem Vermögen betraf Kleinbetriebe (§ 250 Abs 1 Z 2 EO). Hier hat aber der Gesetzgeber mit dem IRÄG 2010 den insolvenzrechtlichen Schutz an denjenigen im Exekutionsverfahren angeglichen.⁴⁰ Für die Annahme eines **unterschiedlichen Umfangs von exekutions- und insolvenzunterworfenem Vermögen** besteht daher nach der geltenden Rechtslage **kein Raum**, zumal die Erfüllung der verfassungsrechtlich garantierten Funktionen der Gemeinde in beiden Fällen in gleicher Weise gewährleistet sein muss.⁴¹

B. Exekutionsbeschränkungen nach § 15 EO

1. Grundsatz

Nach § 15 EO kann gegen eine **Gemeinde** oder gegen eine durch Ausspruch einer Verwaltungsbehörde als öffentlich und gemeinnützig erklärte **Anstalt** die „Exekution zum Zwecke der Hereinbringung von Geldforderungen, falls es sich nicht um die Verwirklichung eines **vertragsmäßigen Pfandrechtes** handelt, nur in Ansehung solcher Vermögensbestandtheile bewilligt werden, welche **ohne Beeinträchtigung** der durch die Gemeinde oder jene Anstalt zu wahren **öffentlichen Interessen** zur Befriedigung des Gläubigers verwendet werden können. Zur Abgabe der Erklärung, inwieweit letzteres hinsichtlich bestimmter Vermögensbestandtheile zutrifft, sind die staatlichen Verwaltungsbehörden berufen.“ Nähere Details regelte früher eine Justizministerialverordnung vom 6. 5. 1897, die jedoch auf Grund des Ersten Bundesrechtsbereinigungsgesetzes zwischenzeitig aufgehoben wurde.⁴² Nach den Gesetzesmaterialien⁴³ umfasst der Ausdruck „Gemeinde“ alle Arten von Gemeinden, auch Pfarr- und Schulgemeinden; als Anstalten und Körperschaften kommen Kirchen, Stiftungs- und Privatspitäler, Spitäler und Apotheken der Bruderladen, Schulen, Feuerwehrvereine, Brandschadenversicherungsgesellschaften etc in Betracht. Ein praktisches Beispiel ist etwa die Exekutionsführung eines Abwasserverbandes gegen eine steirische Gemeinde vor einigen Jahren.⁴⁴

⁴⁰ Vgl nunmehr § 193 Abs 2 IO idF IRÄG 2010. Dazu Kodek, Privatkonkurs² (2015) Rz 265 ff.

⁴¹ Gegen die Auffassung von *Rebhahn/Strasser* spricht überdies, dass § 15 EO nur eine Beurteilung vorsieht, ob die Exekution ohne Beeinträchtigung öffentlicher Interessen möglich ist, nicht aber eine Abwägung zwischen öffentlichen und privaten Interessen. Diese Abwägung hat vielmehr der Gesetzgeber dahin vorgenommen, dass die öffentlichen Interessen denen der Gläubiger weitgehend vorgehen.

⁴² Die VO ist in Anlage 1 des Ersten Bundesrechtsbereinigungsgesetzes BGBl I 1999/191 aufgezählt und stand bis 31. 12. 2009 in Geltung.

⁴³ 689 BlgAbgH XI. Session (1893) 154 f.

⁴⁴ LGZ Graz 14. 2. 2002, 4 R 12/02t.

Besondere **Gesetze** können anordnen, dass ein bestimmter Rechtsträger den Schutz des § 15 EO genießt; mE kann dies auch der **Landesgesetzgeber** im Rahmen seiner Materienzuständigkeit tun (zB zugunsten der Feuerwehr).⁴⁵

Nach Ansicht des VwGH fällt die Zuständigkeit für die erwähnte Entscheidung, ob die Exekution öffentliche Interessen beeinträchtigen würde, in die **mittelbare Bundesverwaltung**; der Landesregierung als oberster Verwaltungsbehörde des Landes fehle dafür die Zuständigkeit.⁴⁶

Aus diesen ausdrücklichen Regelungen sowie teleologischen Überlegungen haben *Rebhahn/Strasser* eine **Rangfolge** entwickelt: Demnach seien ausdrückliche Exekutionsbeschränkungen (vgl § 16 F-VG) jedenfalls zu beachten. Auf der nächsten Stufe stünden Vermögensbestandteile, bei denen der exekutive Zugriff zu einer Beeinträchtigung der Erfüllung von Pflichtaufgaben und verfassungsrechtlich geschützter Aufgaben führen würde. In Bezug auf das übrige Verwaltungsvermögen dürften Gegenstände, die einer besonderen öffentlich-rechtlichen Bindung unterliegen (Gemeingebrauch, Verwaltungsmonopol und sonstige verwaltungsrechtliche Sonderbindung) nur dann als exekutionsunterworfen erklärt werden, wenn keine anderen tauglichen Exekutionsobjekte vorhanden seien. Sonstiges Verwaltungsvermögen sei dann exekutionsunterworfen, wenn keine geeigneten Objekte des Finanzvermögens vorhanden seien, welches gar keinen inhaltlichen Schutz genieße. Dieser Ansatz fand im Schrifttum allerdings nicht durchwegs Zustimmung.⁴⁷

2. Anwendbarkeit auf das Insolvenzverfahren

Die sich aus § 15 EO ergebende Exekutionsbeschränkung ist prinzipiell auch im **Insolvenzverfahren** anzuwenden;⁴⁸ daher ist auch bei Insolvenzeröffnung über eine Gemeinde oder Anstalt die Zugehörigkeit der einzelnen Vermögensgegenstände zur Konkursmasse von einem **Ausspruch der Verwaltungsbehörde** abhängig.⁴⁹ Dabei wird jedoch – anders als bei der Einzelexekution⁵⁰ – ein diesbezüglicher **Ausspruch nicht schon vor der Verfahrenseröffnung** verlangt werden können, sondern erst im Zuge des Verfahrens, hat doch die Ermittlung

⁴⁵ *Rebhahn* in *Burgstaller/Deixler-Hübner*, EO § 15 Rz 8 aE.

⁴⁶ VwGH 5. 10. 1993, 93/11/0109.

⁴⁷ Skeptisch insb *Rechberger* in *Krejci/Ruppe* 221 (236).

⁴⁸ Vgl *Kodek* in *Koller/Lovrek/Spitzer*, IO § 2 Rz 44 ff.

⁴⁹ *Buchegger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht I⁴ (2000) § 1 KO Rz 111 aE.

⁵⁰ OGH 3 Ob 88/90 SZ 64/96; OGH 14. 10. 1992, 3 Ob 77/92. Die Richtigkeit dieser Auffassung ist schon für das Exekutionsverfahren fraglich. Nach Absicht des historischen Gesetzgebers sollte die Entscheidung der Verwaltungsbehörde erst im Zuge des Exekutionsverfahrens (also nach der Exekutionsbewilligung) erfolgen. Die Einholung einer Entscheidung der Verwaltungsbehörde schon vor der Exekutionsbewilligung ist zudem nur in jenen Fällen praktikabel, in denen – wie vor allem bei der Realexekution, aber auch der Forderungsexekution – das Exekutionsobjekt schon im Antrag näher bestimmt wird. Bei der Fahrnisexekution ist dies jedoch idR nicht der Fall. In einem Insolvenzverfahren als „Generalexekution“ ist eine Einholung einer Entscheidung der Verwaltungsbehörde hinsichtlich aller potenziell zur Masse gehörigen Gegenstände von vornherein ausgeschlossen, hat doch die Insolvenzeröffnung nach der ausdrücklichen Anordnung des Gesetzes „unverzüglich“ zu erfolgen (vgl § 70 Abs 1 IO).

der Insolvenzmasse im Zuge des Insolvenzverfahrens (und nicht losgelöst von diesem davor) zu erfolgen.

3. Anstalten

§ 15 EO kann auf rechtlich selbständige wie **unselbständige „Anstalten“** angewendet werden. In der Anwendung auf unselbständige Anstalten liegt im vorliegenden Zusammenhang die wichtigste Bedeutung dieser Bestimmung: Ist nämlich jene Organisation, welche die Voraussetzungen des § 15 EO erfüllt, selbst nicht rechtsfähig, so kommt der Schutz des § 15 EO deren **Rechtsträger** zugute.⁵¹ § 15 EO erfasst dann wohl das gesamte Vermögen dieses Rechtsträgers, das dem öffentlichen Interesse dienen könnte; von der Vollstreckung ausgenommen werden dürfen aber nur Gegenstände, die iSd § 15 EO für das öffentliche Interesse an der „Anstalt“ erforderlich sind.⁵² In diesem Sinn hat der OGH entschieden, dass, wenn ein Land zum Zwecke des Betriebes und der Verwaltung der öffentlichen und **gemeinnützigen Krankenanstalten** eine **GmbH** errichtet und als Verwaltungsbehörde ihr die Rechtsträgerschaft über diese Krankenanstalten überträgt und auch noch feststellt, dass die Anstalten als gemeinnützig und öffentlich erklärt wurden, die Exekutionsbeschränkung gem dem durch § 15 EO beabsichtigten Ziel auch dem **Rechtsträger** zukommt, der zwar nicht selbst „Anstalt“ ist, aber diese keine Rechtspersönlichkeit besitzenden Anstalten führt.⁵³ Bei der Frage, ob der Rechtsträger einer gemeinnützigen und öffentlich-rechtlichen Krankenanstalt den Schutz des § 15 EO genießt, kommt es im Übrigen nicht darauf an, ob die Krankenanstalt in ihrem eigenen Vermögen betroffen oder bedroht ist; maßgebend ist vielmehr die **Gefährdung** ihres Betriebes durch die Exekution auf das ihr dienende Vermögen.⁵⁴

Selbständige Anstalten als eigenständige Rechtspersönlichkeiten haften demgegenüber ohnedies nicht für Verbindlichkeiten der Gemeinde; auf diese stünde daher auch Gläubigern in einem Insolvenzverfahren gegen die Gemeinde kein Zugriff offen.⁵⁵

Für den Schutz einer Einrichtung als Anstalt ist erforderlich, dass diese bzw der Schuldner **öffentlich** und **gemeinnützig** ist. Dies ist ein Schuldner nur dann, wenn er zumindest die Kriterien des § 35 BAO zur Gemeinnützigkeit erfüllt. Zusätzlich ist zu fordern, dass ein erhebliches **öffentliches Interesse am Bestand dieser Einrichtung** besteht, insb weil Leistungen dieser Art sonst nicht oder nicht ausreichend angeboten würden.⁵⁶ Die Anwendung dieser Kriterien bereitet freilich mitunter Schwierigkeiten. So ist unklar, ob **Krankenanstalten**, deren Träger

⁵¹ OGH 3 Ob 77/92 JBl 1993, 528; *Rebhahn* in *Burgstaller/Deixler-Hübner*, EO § 15 Rz 6.

⁵² *Rebhahn* in *Burgstaller/Deixler-Hübner*, EO § 15 Rz 6.

⁵³ OGH 3 Ob 77/92 EvBl 1993/82 = JBl 1993, 528.

⁵⁴ OGH 3 Ob 77/92 EvBl 1993/82 = JBl 1993, 528.

⁵⁵ Sofern es sich um privatrechtlich organisierte Anstalten handelt, wäre aber unter Berücksichtigung der Funktionsgarantie allenfalls eine Vollstreckung in die Beteiligungen der Gemeinde an den Anstalten möglich.

⁵⁶ *Rebhahn* in *Burgstaller/Deixler-Hübner*, EO § 15 Rz 6.