

# TE OGH 1999/12/22 8Ob157/99t

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 22.12.1999

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Petrag als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Langer, Dr. Rohrer, Dr. Adamovic und Dr. Spenling als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei F\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\* vertreten durch Dr. Peter Wiesauer, Dr. Helmuth Hackl, Mag. Johannes Mühllechner, Rechtsanwälte in Linz, wider die beklagte Partei Dr. Herbert Hochegger, Rechtsanwalt, 1040 Wien, Brucknerstraße 4/5, als Masseverwalter im Konkurs über das Vermögen der "M\*\*\*\*\*" \*\*\*\*\* GesmbH (\*\*\*\*\* des Handelsgerichtes Wien), wegen S 639.650,40 sA, infolge Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Wien vom 29. Jänner 1999, GZ 3 R 133/98w-31, womit infolge Berufung beider Parteien das Urteil des Handelsgerichtes Wien vom 28. April 1998, GZ 25 Cg 118/94g-24, teilweise abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluss

gefasst:

## Spruch

Der Revision wird Folge gegeben.

Die Urteile der Vorinstanzen werden - ausgenommen die als unangefochten unberührt bleibende erstinstanzliche Abweisung des Hauptbegehrens - aufgehoben. Die Rechtssache wird an das Erstgericht zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen.

Die Kosten des Berufungs- und des Revisionsverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

## Text

Begründung:

Die nunmehrige Gemeinschuldnerin beauftragte im Jahre 1993 als Bauträgerin die Klägerin auf Grundlage eines Kostenvoranschlags mündlich, sämtliche Sanitär- und Heizungsinstallationen in einem Altbau durchzuführen, an dessen Wohnungen nach der Generalsanierung Wohnungseigentum begründet werden sollte. Zu Weihnachten 1993 waren die Arbeiten der Klägerin an je vier Wohnungen im ersten und zweiten Stock sowie einer Wohnung im dritten Stock abgeschlossen. Noch nicht fertiggestellt waren die Arbeiten in der zweiten Wohnung im dritten Stock, in allen vier Wohnungen im vierten Stock und in den beiden Wohnungen im Dachgeschoß. Mit Ausnahme der Wohnung top 3 waren im Dezember 1993 alle Wohnungen noch unbewohnt und die von der Klägerin errichteten Heizungs- und Warmwasseraufbereitungsanlagen nicht in Betrieb. Die Klägerin hatte die hier strittigen in der dem Ersturteil angeschlossenen Beilage L aufgelisteten Installationsmaterialien teilweise in den einzelnen Wohnungen montiert, teilweise - soweit die Wohnungen noch nicht fertiggestellt waren - lagerten die Materialien auf der Baustelle, wo sie von den Lieferanten der Klägerin und auch von dieser selbst deponiert worden waren. Welche der in der Liste Beilage L

angeführten Teile im Dezember 1993 bereits in den Wohnungen installiert waren und welche Materialien noch lose auf der Baustelle lagerten, kann im Einzelnen nicht festgestellt werden. Sämtliche in der Liste Beilage L genannten Gegenstände könnten, soweit sie schon montiert waren, mit wenigen Handgriffen durch Abschrauben wieder demontiert werden. Es war beabsichtigt, dass die Klägerin Anfang 1994 ihre Installationsarbeiten fortsetzt.

Entsprechend dem Fortschritt der Arbeiten legte die Klägerin im Jahr 1993 an ihre Auftraggeberin, die nunmehrige Gemeinschuldnerin, vier nicht detaillierte Teilrechnungen folgenden Inhalts:

Erste Teilrechnung 25. 6. 1993

Heizungsanlage S 112.048,12

Sanitäranlage S 58.934,--

Steigstränge

S 172.050,--

Summe S 343.032,12.

Zweite Teilrechnung 22. 7. 1993

Heizungsanlage S 112.048,12

Sanitäranlage S 58.934,--

Top 3, 4, 5, 6, Wannen-und Brausetasse S 15.269,--

Summe S 186.251,12.

Dritte Teilrechnung 19. 10. 1993

Heizungsanlage S 155.794,80

Sanitäranlage S 92.411,--

Summe S 248.205,80

Vierte Teilrechnung 20. 12. 1993

Heizungsanlage S 332.067,52

Sanitäranlage S 185.032,--

Summe S 517.099,52.

Die in den vier Teilrechnungen ausgewiesenen Beträge waren durchwegs Nettobeträge, ihre Summe betrug S 1.294.588,50. Die nunmehrige Gemeinschuldnerin leistete darauf jeweils mittels Verrechnungsscheck Zahlungen, und zwar am 12. 7. 1993 S 250.000, am 26. 7. 1993 S 150.000 und zu einem nicht näher feststellbaren Zeitpunkt im Oktober 1993 S 200.000, insgesamt daher S 600.000. Eine konkrete Widmung, welche Teilrechnung und welche konkreten Leistungen in welchem Umfang jeweils mit den Zahlungen abgegolten werden sollten, nahm die nunmehrige Gemeinschuldnerin nicht vor.

Mit Beschluss vom 17. 1. 1994 wurde über das Vermögen der Bauträgerin der Konkurs eröffnet und der Beklagte zum Masseverwalter bestellt. Mit Schreiben vom 7. 2. 1994 richtete der Klagevertreter namens der Klägerin an den Beklagten folgende Anfrage:

"Namens meiner Mandantschaft ... (Klägerin) erlaube ich mir mich mit

nachstehender Anfrage an Sie zu wenden: Meine Mandantin war von der

... (Gemeinschuldnerin) beauftragt, im Objekt ... in den dortigen

Eigentumswohnungen die Installationsarbeiten, Sanitär- und Heizung, durchzuführen. Bevor ich einen Antrag im Sinne des § 21 KO bei Gericht stelle, möchte ich mir erlauben, zunächst außergerichtlich unpräjudiziell anzufragen, ob von Ihnen als Masseverwalter schon geklärt ist, ob Sie anstelle des Gemeinschuldners den Vertrag gegen Bewirkung einer Sicherstellung erfüllen wollen oder ob ein Rücktritt vom Werkvertrag beabsichtigt ist." Eigentumswohnungen die Installationsarbeiten, Sanitär- und Heizung, durchzuführen. Bevor ich einen Antrag im Sinne des Paragraph 21, KO bei

Gericht stelle, möchte ich mir erlauben, zunächst außergerichtlich unpräjudiziell anzufragen, ob von Ihnen als Masseverwalter schon geklärt ist, ob Sie anstelle des Gemeinschuldners den Vertrag gegen Bewirkung einer Sicherstellung erfüllen wollen oder ob ein Rücktritt vom Werkvertrag beabsichtigt ist."

Mit Antwortschreiben vom 11. 2. 1994 teilte der Beklagte mit, dass er in den bestehenden Vertrag zwischen der Gemeinschuldnerin und der Klägerin nicht eintreten werde.

Der Geschäftsführer der Gemeinschuldnerin hatte noch vor Eröffnung des Konkurses eine andere BaugesmbH gegründet. Er erklärte dem Geschäftsführer der Klägerin, dass die neu gegründete GesmbH wahrscheinlich mit der Fortführung der Arbeiten beauftragt würde und diesfalls die Klägerin den Auftrag erhalten werde, die Installationsarbeiten fertigzustellen. In Anbetracht dieser Auskunft begehrte die Klägerin mit Schreiben vom 17. 2. 1994 lediglich die Aussonderung dreier auf der Baustelle originalverpackt lagernder Gasthermen mit eingebauter Warmwasserbereitung. Mit Schreiben vom 1. 3. 1994 antwortete der Beklagte wie folgt:

"Vom Geschäftsführer der Gemeinschuldnerin wurde ich darüber unterrichtet, dass die von Ihrer Mandantschaft gelieferten Waren vorhanden sind. Der Aussonderungsanspruch wird von mir anerkannt. Im übrigen werden derzeit die Möglichkeiten geprüft, das Bauvorhaben ... fertigzustellen. Es ist grundsätzlich davon auszugehen, daß in diesem Fall der Auftrag zur Fertigstellung ebenfalls an Ihre Mandantschaft erteilt wird. Ich würde daher vorschlagen, mit einer Abholung der Geräte vorerst zuzuwarten. Ich gehe davon aus, daß eine diesbezügliche Entscheidung in den nächsten ein bis zwei Wochen getroffen wird."

Am 9. 5. 1994 beauftragte der Beklagte die vom Geschäftsführer der Gemeinschuldnerin gegründete BaugesmbH als Generalunternehmerin das Bauvorhaben fortzuführen. Die BaugesmbH erteilte sodann nicht der Klägerin, sondern einem anderen Unternehmen den Auftrag, die von der Klägerin begonnenen Heizungs- und Sanitärinstallationsarbeiten zu Ende zu führen. Dies teilte der Beklagte mit Schreiben vom 19. 5. 1994 der Klägerin mit und kündigte an, ihr zwei auf der Baustelle befindliche originalverpackte Gasthermen in den nächsten Tagen zurückzustellen.

Mit Schreiben vom 20. 5. 1994 übermittelte daraufhin der Klagevertreter namens der Klägerin dem Beklagten die Liste Beilage L und teilte ihm mit, dass hinsichtlich dieser im Eigentum der Klägerin stehenden Gegenstände das Aussonderungsrecht geltend gemacht werde. Er forderte den Beklagten auf, das Material binnen 14 Tagen herauszugeben. Soweit die in der Liste Beilage L angeführten Gegenstände bei Konkurseröffnung noch nicht montiert waren, wurden sie nun im Zuge der Fortführung der Arbeiten durch das von der Generalunternehmerin beauftragte Unternehmen installiert. Mittlerweile sind sämtliche Wohnungen fertiggestellt, verkauft und an die jeweiligen Wohnungseigentümer übergeben.

Mit ihrer am 30. 6. 1994 beim Erstgericht eingelangten Klage begehrte die Klägerin zuletzt die Herausgabe der in der Klage näher präzisierten Installationsmaterialien, in eventu Leistung des Gegenwerts von S 639.650,40 sA. Die Klägerin sei nach wie vor Eigentümerin der an die Baustelle gebrachten Materialien, weil das Werk durch die Klägerin nicht fertiggestellt und auch nicht übergeben worden sei. Sämtliche Materialien könnten, soweit sie schon montiert seien, ohne Zerstörung oder Wertminderung vom Ort ihrer Aufstellung entfernt werden. Die Gemeinschuldnerin habe auf die von der Klägerin gelegten Teilrechnungen lediglich S 600.000 bezahlt und damit keine Zahlung oder Anzahlung auf die klagsgegenständlichen Materialien geleistet. Das Eventualbegehren werde auf jeden gesetzlichen Rechtsgrund insbesondere jenen der Aussonderung und Bereicherung gestützt.

Der Beklagte wandte ein, zwischen der Klägerin und der Gemeinschuldnerin sei ein Kaufvertrag ohne Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts abgeschlossen worden, sodass die Gemeinschuldnerin durch Lieferung auf die in ihrem Alleineigentum stehende Liegenschaft Eigentümerin der Materialien geworden sei. Das Eigentumsrecht der Klägerin sei spätestens im Zuge des Einbaus durch Verbindung erloschen. Durch Verkauf und Übergabe der Wohnungen an die Wohnungseigentümer habe die Gemeinschuldnerin die Gewahrsame verloren, weshalb es ihr an der Passivlegitimation mangle. Die Klägerin habe nach Treu und Glauben das Einverständnis zum Weiterverkauf der nach ihren Behauptungen in ihrem Eigentum stehenden Sachen erteilt, da sie vom Liegenschaftsverkauf an die Wohnungseigentümer Kenntnis gehabt habe. Die Klage sei unschlüssig, weil nicht aufgeschlüsselt sei, welche der klagsgegenständlichen Materialien durch die von der Gemeinschuldnerin geleisteten Teilzahlungen bezahlt seien. Eine Ersatzaussonderung durch die Klägerin komme nicht in Betracht, die Liegenschaft sei überschuldet, der Verwertungserlös aus dem Verkauf der Wohneinheiten sei an die Absonderungsgläubiger zu bezahlen.

Das Erstgericht wies das Herausgabebegehren zur Gänze ab, erkannte die Beklagte jedoch im Rahmen des Eventualbegehrens schuldig, der Klägerin S 604.226,40 sA zu bezahlen und wies das Mehrbegehren von S

35.424 sowie ein Zinsenmehrbegehren ab. Es traf die eingangs wiedergegebenen Feststellungen und führte zur rechtlichen Beurteilung aus, dass weder ein Anspruch auf Aussonderung noch auf Ersatzaussonderung bestehe, weil die Gegenstände in der Konkursmasse nicht mehr vorhanden seien und ihr wertmäßiger Anteil am Erlös aus dem Verkauf der Wohnungen nicht bestimmt werden könne. Allerdings liege grundlose Bereicherung der Masse gemäß § 46 Abs 1 Z 6 KO vor. Zwischen der Klägerin und der Gemeinschuldnerin sei ein Werkvertrag abgeschlossen worden, ein Eigentumserwerb der Gemeinschuldnerin an den Materialien durch Übergabe des Werks sei nicht erfolgt. Soweit Gegenstände zum Zeitpunkt der Konkurseröffnung bereits montiert gewesen seien, wären sie leicht demontierbar und damit sonderrechtsfähig gewesen, sodass das Eigentum daran nicht mit der Montage auf den Grundeigentümer übergegangen sei. Da die Klägerin im Zeitpunkt der Konkurseröffnung noch Eigentümerin der strittigen Materialien gewesen sei, habe ihr daran ein Aussonderungsrecht zugestanden. Die Materialien seien jedoch in weiterer Folge durch Montage in den Wohnungen verwendet worden, die letztlich im Interesse der Konkursmasse verkauft worden seien. In jenem Umfang, in dem die Klägerin hierfür nicht Zahlung erlangt habe, sei die Masse, die sich die Anschaffung solcher Materialien erspart habe, bereichert. Die von der späteren Gemeinschuldnerin auf die vier Teilrechnungen geleisteten Zahlungen seien den einzelnen Materialien nicht zuordenbar, sodass es der Klägerin freistehe, durch diese Zahlungen die Arbeitsleistungen und jene (nicht klagsgegenständlichen) Materialien, welche in feste Verbindung mit dem Haus gebracht worden seien, als abgegolten zu betrachten. Das Vorbringen der Beklagten, die Liegenschaft sei überschuldet, der Verwertungserlös aus dem Verkauf der Wohneinheiten sei den Absonderungsgläubigern auszubezahlen, sei unbeachtlich, weil der Erlös aus dem Verkauf der Wohneinheiten jedenfalls der Konkursmasse zugutegekommen sei, möge dies auch nur durch teilweise Befreiung von gegenüber Absonderungsgläubigern bestehenden Verbindlichkeiten geschehen sein. Allerdings seien Positionen im Gesamtgegenwert von S 35.424 in der Liste Beilage L irrtümlich zweimal angeführt worden, weshalb das sonst berechnete Eventualbegehren in diesem Umfang abzuweisen gewesen sei. 35.424 sowie ein Zinsenmehrbegehren ab. Es traf die eingangs wiedergegebenen Feststellungen und führte zur rechtlichen Beurteilung aus, dass weder ein Anspruch auf Aussonderung noch auf Ersatzaussonderung bestehe, weil die Gegenstände in der Konkursmasse nicht mehr vorhanden seien und ihr wertmäßiger Anteil am Erlös aus dem Verkauf der Wohnungen nicht bestimmt werden könne. Allerdings liege grundlose Bereicherung der Masse gemäß Paragraph 46, Absatz eins, Ziffer 6, KO vor. Zwischen der Klägerin und der Gemeinschuldnerin sei ein Werkvertrag abgeschlossen worden, ein Eigentumserwerb der Gemeinschuldnerin an den Materialien durch Übergabe des Werks sei nicht erfolgt. Soweit Gegenstände zum Zeitpunkt der Konkurseröffnung bereits montiert gewesen seien, wären sie leicht demontierbar und damit sonderrechtsfähig gewesen, sodass das Eigentum daran nicht mit der Montage auf den Grundeigentümer übergegangen sei. Da die Klägerin im Zeitpunkt der Konkurseröffnung noch Eigentümerin der strittigen Materialien gewesen sei, habe ihr daran ein Aussonderungsrecht zugestanden. Die Materialien seien jedoch in weiterer Folge durch Montage in den Wohnungen verwendet worden, die letztlich im Interesse der Konkursmasse verkauft worden seien. In jenem Umfang, in dem die Klägerin hierfür nicht Zahlung erlangt habe, sei die Masse, die sich die Anschaffung solcher Materialien erspart habe, bereichert. Die von der späteren Gemeinschuldnerin auf die vier Teilrechnungen geleisteten Zahlungen seien den einzelnen Materialien nicht zuordenbar, sodass es der Klägerin freistehe, durch diese Zahlungen die Arbeitsleistungen und jene (nicht klagsgegenständlichen) Materialien, welche in feste Verbindung mit dem Haus gebracht worden seien, als abgegolten zu betrachten. Das Vorbringen der Beklagten, die Liegenschaft sei überschuldet, der Verwertungserlös aus dem Verkauf der Wohneinheiten sei den Absonderungsgläubigern auszubezahlen, sei unbeachtlich, weil der Erlös aus dem Verkauf der Wohneinheiten jedenfalls der Konkursmasse zugutegekommen sei, möge dies auch nur durch teilweise Befreiung von gegenüber Absonderungsgläubigern bestehenden Verbindlichkeiten geschehen sein. Allerdings seien Positionen im Gesamtgegenwert von S 35.424 in der Liste Beilage L irrtümlich zweimal angeführt worden, weshalb das sonst berechnete Eventualbegehren in diesem Umfang abzuweisen gewesen sei.

Mit dem angefochtenen Urteil änderte das Gericht zweiter Instanz diese Entscheidung dahin ab, dass es der Klägerin den gesamten mit Eventualbegehren geltend gemachten Klagsbetrag zusprach. Es sprach aus, dass die ordentliche Revision zulässig sei. Ausgehend von den erstinstanzlichen Feststellungen führte das Berufungsgericht zur Rechtsrüge aus, dass der zwischen der Klägerin und der späteren Gemeinschuldnerin vereinbarte Vertrag über die Erstellung sämtlicher Sanitär- und Heizungsinstallationen als Werkvertrag zu qualifizieren sei. Das Gewicht des Vertragsinhalts sei erkennbar auf die Herstellung einer den individuellen Bedürfnissen des Bestellers entsprechenden Sache gerichtet

gewesen, wobei es nicht entscheidend sei, ob der Wert des Materials oder jener der Arbeit überwiege. Werde das Werk aus vom Unternehmer selbst geliefertem Material hergestellt, bedürfe es der Eigentumsübertragung an den Besteller. Dies insbesondere dann, wenn das Material durch die Werkleistung mit der Hauptsache nicht derart eng verbunden werde, dass es von dieser tatsächlich nicht oder doch nur durch eine unwirtschaftliche Vorgangsweise wieder abgesondert werden könne. Die Klägerin sei somit hinsichtlich der leicht demontierbaren oder überhaupt noch nicht verarbeiteten Gegenstände Eigentümerin geblieben, weil sie das vereinbarte Werk weder fertiggestellt noch dem Besteller übergeben habe. Die Klägerin habe zwar Teilrechnungen gelegt, allerdings ohne diese zu detaillieren, weshalb eine ordnungsgemäße Abrechnung einer Teilleistung, die eine dementsprechende Fälligkeit eines Teiles des Werklohns herbeigeführt hätte, nicht vorliege. Die nicht gewidmeten Teilzahlungen stellten sich daher als Akontierungen auf den gesamten noch nicht fälligen Werklohn dar, zumal auch eine Abnahme von Teilleistungen durch den Werkbesteller nicht erfolgt sei. Die Zahlung von insgesamt S 600.000 sei daher wie ein Vorschuss nicht auf die schon erbrachten einzelnen Leistungen ganz oder teilweise zu verrechnen, sondern erst bei der Endabrechnung zu berücksichtigen. Durch den Rücktritt des Masseverwalters gemäß § 21 KO trete an die Stelle des Werklohnanspruchs der Klägerin eine Schadenersatzforderung, die eine Konkursforderung darstelle. Von diesem Schadenersatzanspruch seien die Teilzahlungen abzurechnen. Der Schade des Werkunternehmers verringere sich auch in dem Umfang, in dem er - gestützt auf sein Eigentumsrecht - Aussonderungen vornehme. Sei die Aussonderung nicht mehr möglich, weil Dritte später gutgläubig an den Gegenständen Eigentum erworben haben, so sei die Konkursmasse bereichert und der Werkunternehmer habe einen Verwendungsanspruch gemäß § 1041 ABGB. Der Einwand, der Erlös aus dem Verkauf der Wohnungen sei zur Gänze an eine Absonderungsberechtigte geflossen, sei nicht stichhaltig, weil die Bereicherung der Masse unabhängig davon sei, ob letztlich auch Konkursgläubiger im Zug der Schlussverteilung davon profitieren. Die Differenz der Gesamthöhe der vier Teilrechnungen zu den von der späteren Gemeinschuldnerin geleisteten Zahlungen ergebe eine Summe, die höher sei als der Verwendungsanspruch der Klägerin, sodass durch dessen Zuerkennung keine Bereicherung eintrete. Der Schadenersatzanspruch der Klägerin reduziere sich vielmehr um den Wert der zum Nutzen der Konkursmasse verwendeten Sachen. Der Berufung des Beklagten sei daher ein Erfolg zu versagen. Allerdings habe eine rechnerische Überprüfung durch das Berufungsgericht ergeben, dass die vom Erstgericht als irrtümlich zweimal verzeichnet angesehenen Positionen der Liste Beilage L tatsächlich nicht doppelt verrechnet worden seien, sodass in Stattgebung der Berufung der Klägerin der gesamte Klagsbetrag zuzusprechen gewesen sei. Mit dem angefochtenen Urteil änderte das Gericht zweiter Instanz diese Entscheidung dahin ab, dass es der Klägerin den gesamten mit Eventualbegehren geltend gemachten Klagsbetrag zusprach. Es sprach aus, dass die ordentliche Revision zulässig sei. Ausgehend von den erstinstanzlichen Feststellungen führte das Berufungsgericht zur Rechtsrüge aus, dass der zwischen der Klägerin und der späteren Gemeinschuldnerin vereinbarte Vertrag über die Erstellung sämtlicher Sanitär- und Heizungsinstallationen als Werkvertrag zu qualifizieren sei. Das Gewicht des Vertragsinhalts sei erkennbar auf die Herstellung einer den individuellen Bedürfnissen des Bestellers entsprechenden Sache gerichtet gewesen, wobei es nicht entscheidend sei, ob der Wert des Materials oder jener der Arbeit überwiege. Werde das Werk aus vom Unternehmer selbst geliefertem Material hergestellt, bedürfe es der Eigentumsübertragung an den Besteller. Dies insbesondere dann, wenn das Material durch die Werkleistung mit der Hauptsache nicht derart eng verbunden werde, dass es von dieser tatsächlich nicht oder doch nur durch eine unwirtschaftliche Vorgangsweise wieder abgesondert werden könne. Die Klägerin sei somit hinsichtlich der leicht demontierbaren oder überhaupt noch nicht verarbeiteten Gegenstände Eigentümerin geblieben, weil sie das vereinbarte Werk weder fertiggestellt noch dem Besteller übergeben habe. Die Klägerin habe zwar Teilrechnungen gelegt, allerdings ohne diese zu detaillieren, weshalb eine ordnungsgemäße Abrechnung einer Teilleistung, die eine dementsprechende Fälligkeit eines Teiles des Werklohns herbeigeführt hätte, nicht vorliege. Die nicht gewidmeten Teilzahlungen stellten sich daher als Akontierungen auf den gesamten noch nicht fälligen Werklohn dar, zumal auch eine Abnahme von Teilleistungen durch den Werkbesteller nicht erfolgt sei. Die Zahlung von insgesamt S 600.000 sei daher wie ein Vorschuss nicht auf die schon erbrachten einzelnen Leistungen ganz oder teilweise zu verrechnen, sondern erst bei der Endabrechnung zu berücksichtigen. Durch den Rücktritt des Masseverwalters gemäß Paragraph 21, KO trete an die Stelle des Werklohnanspruchs der Klägerin eine Schadenersatzforderung, die eine Konkursforderung darstelle. Von diesem Schadenersatzanspruch seien die Teilzahlungen abzurechnen. Der Schade des Werkunternehmers verringere sich auch in dem Umfang, in dem er - gestützt auf sein Eigentumsrecht - Aussonderungen vornehme. Sei die Aussonderung nicht mehr möglich, weil Dritte später gutgläubig an den Gegenständen Eigentum erworben haben, so sei die Konkursmasse bereichert und der Werkunternehmer habe einen Verwendungsanspruch gemäß Paragraph 1041,

ABGB. Der Einwand, der Erlös aus dem Verkauf der Wohnungen sei zur Gänze an eine Absonderungsberechtigte geflossen, sei nicht stichhaltig, weil die Bereicherung der Masse unabhängig davon sei, ob letztlich auch Konkursgläubiger im Zug der Schlussverteilung davon profitieren. Die Differenz der Gesamthöhe der vier Teilrechnungen zu den von der späteren Gemeinschuldnerin geleisteten Zahlungen ergebe eine Summe, die höher sei als der Verwendungsanspruch der Klägerin, sodass durch dessen Zuerkennung keine Bereicherung eintrete. Der Schadenersatzanspruch der Klägerin reduziere sich vielmehr um den Wert der zum Nutzen der Konkursmasse verwendeten Sachen. Der Berufung des Beklagten sei daher ein Erfolg zu versagen. Allerdings habe eine rechnerische Überprüfung durch das Berufungsgericht ergeben, dass die vom Erstgericht als irrtümlich zweimal verzeichnet angesehenen Positionen der Liste Beilage L tatsächlich nicht doppelt verrechnet worden seien, sodass in Stattgebung der Berufung der Klägerin der gesamte Klagsbetrag zuzusprechen gewesen sei.

Die dagegen erhobene Revision des Beklagten ist im Sinne des Aufhebungsantrags berechtigt.

### **Rechtliche Beurteilung**

Vorweg ist festzuhalten, dass die Klägerin die Abweisung ihres auf Herausgabe der in der Liste Beilage L genannten Gegenstände gerichteten Hauptbegehrens durch das Erstgericht nicht bekämpft hat, sodass Gegenstand des Berufungs- und Revisionsverfahrens nur mehr das auf Zahlung gerichtete Eventualbegehren ist.

Der Revisionswerber bekämpft in seinem Rechtsmittel nicht mehr die rechtliche Qualifikation der Vorinstanzen, dass zwischen der Klägerin und der späteren Gemeinschuldnerin hinsichtlich der Durchführung von Sanitär- und Heizungsinstallationen ein Werkvertrag zustande gekommen ist. Es reicht daher aus, diesbezüglich auf die zutreffenden Ausführungen im angefochtenen Urteil zu verweisen (§ 510 Abs 3 ZPO). Der Revisionswerber bekämpft in seinem Rechtsmittel nicht mehr die rechtliche Qualifikation der Vorinstanzen, dass zwischen der Klägerin und der späteren Gemeinschuldnerin hinsichtlich der Durchführung von Sanitär- und Heizungsinstallationen ein Werkvertrag zustande gekommen ist. Es reicht daher aus, diesbezüglich auf die zutreffenden Ausführungen im angefochtenen Urteil zu verweisen (Paragraph 510, Absatz 3, ZPO).

Dem Berufungsgericht ist auch darin beizupflichten, dass der

Unternehmer, der das Werk aus von ihm selbst geliefertem Material

herstellen soll, verpflichtet ist, dem Besteller das Eigentum an der

hergestellten Sache zu verschaffen. In diesem Fall bedarf es bei der

Ablieferung des Werks einer Eigentumsübertragung, sofern das vom

Unternehmer angelieferte und verarbeitete Material durch die

Werkleistung mit der Hauptsache - hier mit dem Haus, in dem es zu

installieren war - nicht derart eng verbunden wird, dass es von

dieser tatsächlich nicht oder doch nur durch eine unwirtschaftliche

Vorgangsweise wieder abgesondert werden könnte. Nur in letzterem Fall

wird das Material zum unselbständigen und damit sonderrechtsunfähigen

Bestandteil der Hauptsache und wächst auf diese Weise dem Eigentümer

der Hauptsache zu (EvBl 1992/155 mwH). Es ist im Revisionsverfahren

unstrittig, dass die in der Liste Beilage L angeführten Geräte und

Werkstoffe, soweit sie von der Klägerin vor Konkurseröffnung montiert

wurden, ohne Beeinträchtigung der Substanz von Haupt- und Nebensache

wieder abgesondert werden können und dass sie darüber hinaus in nicht

mehr feststellbarem Umfang von der Klägerin lediglich auf der

Baustelle gelagert, jedoch noch nicht verarbeitet wurden. Mangels

Übergabe blieb somit die Klägerin vorerst Eigentümerin der hier

strittigen Gegenstände. Dieses Eigentumsrecht ging gemäß § 366 HGB, § 367 dritter Fall ABGB (vgl SZ 58/75; 4 Ob 1596/95 ua) durch den nach Einbau aller Materialien der Klägerin durchgeführten Verkauf der Eigentumswohnungen verloren.

Als Folge des Eigentumsübergangs auf die einzelnen Wohnungseigentümer konnte die Klägerin nun Aussonderungsrechte an den einzelnen Materialien (§ 44 Abs 1 KO) nicht mehr geltend machen. Auch die Ersatzaussonderung des Erlöses aus dem Kaufvertrag gemäß § 44 Abs 2 KO ist der Klägerin verwehrt, hat sie doch nicht einmal behauptet, dass der Erlös in der Masse noch unterscheidbar vorhanden wäre. So wie der Aussonderungsanspruch beruht auch der Anspruch auf Ersatzaussonderung auf einem dinglichen Recht, es kann daher nur der konkrete in der Masse noch vorhandene und individualisierbare Leistungsgegenstand ausgesondert werden, nicht aber ein Geldbetrag schlechthin (SZ 52/154; SZ 59/228; ÖBA 1998, 798 ua).

Gemäß § 46 Abs 1 Z 6 KO sind Masseforderungen die Ansprüche aus einer grundlosen Bereicherung der Masse. Schon in der "Denkschrift zur Einführung einer Konkursordnung, einer Ausgleichsordnung und einer Anfechtungsordnung" wurde darauf hingewiesen, dass die Aufnahme der Bereicherungsansprüche in die Konkursordnung mit der Ersatzaussonderung zusammenhängt (Denkschrift 46; Bartsch/Pollak3 I 282; vgl auch 269). Diese Gesetzesstelle gewährt dem Aussonderungsberechtigten, der die Ersatzaussonderung nicht geltend machen kann, unter bestimmten Voraussetzungen einen Bereicherungsanspruch. Wenn der Masseverwalter eine fremde Sache veräußert und den Preis so eingezogen hat, dass er in der Masse nicht mehr "ausscheidbar gesondert" vorhanden ist, liegt Bereicherung der Masse vor (Bartsch/Pollak3 I 283, Kuhn/Uhlenbruck, KO11, Rz 19 zu § 59; Karsten Schmidt, Insolvenzgesetze17 Anm 6 zu § 59 KO; SZ 34/113; SZ 52/154) Masse vor (Bartsch/Pollak3 römisch eins 283, Kuhn/Uhlenbruck, KO11, Rz 19 zu Paragraph 59 ;, Karsten Schmidt, Insolvenzgesetze17 Anmerkung 6 zu Paragraph 59, KO; SZ 34/113; SZ 52/154).

Die Bereicherung muss allerdings eine grundlose sein und auf einen der Bereicherungstatbestände des ABGB gestützt werden können, weil das österreichische Recht keine allgemeine Verpflichtung zur Herausgabe jeder Bereicherung kennt (SZ 44/87; SZ 52/154 ua). Diese

Voraussetzungen liegen hier vor, weil die Klägerin - wie bereits dargestellt - Eigentümerin des strittigen Installationsmaterials war und sich somit ihr Anspruch auf § 1041 ABGB im Sinne der Rechtsfortwirkung dieser ausschließlichen Zuweisung gründet (vgl Rummel in Rummel ABGB2 § 1041 Rz 6 und vor § 1431 Rz 32). Einen Rechtsgrund für den Eingriff in das ihm bekanntgegebene Aussonderungsrecht der Klägerin vermag der Beklagte nicht zu nennen und ist ein solcher auch sonst nicht ersichtlich. Voraussetzungen liegen hier vor, weil die Klägerin - wie bereits dargestellt - Eigentümerin des strittigen Installationsmaterials war und sich somit ihr Anspruch auf Paragraph

1041, ABGB im Sinne der Rechtsfortwirkung dieser ausschließlichen Zuweisung gründet vergleiche Rummel in Rummel ABGB2 Paragraph 1041, Rz 6 und vor Paragraph 1431, Rz 32). Einen Rechtsgrund für den Eingriff in das ihm bekanntgegebene Aussonderungsrecht der Klägerin vermag der Beklagte nicht zu nennen und ist ein solcher auch sonst nicht ersichtlich.

Der Klägerin steht daher ein Bereicherungsanspruch gemäß § 46 Abs 1 Z 6 KO als Masseforderung zu, wobei es - wie bereits dargestellt - geradezu zum Charakteristikum dieses Anspruches gehört, dass er auf Geldleistung schlechthin und nicht auf Herausgabe eines bestimmten individualisierten Geldbetrags gerichtet ist. Der Einwand des Beklagten, der Verwertungserlös aus dem Verkauf der Wohnungen müsse zur Gänze Absonderungsgläubigern bezahlt werden, ist daher unbeachtlich, wie bereits die Vorinstanzen zutreffend dargelegt haben, auf deren diesbezügliche Ausführungen gemäß § 510 Abs 3 ZPO verwiesen werden kann. Der Klägerin steht daher ein Bereicherungsanspruch gemäß Paragraph 46, Absatz eins, Ziffer 6, KO als Masseforderung zu, wobei es - wie bereits dargestellt - geradezu zum Charakteristikum dieses Anspruches gehört, dass er auf Geldleistung schlechthin und nicht auf Herausgabe eines bestimmten individualisierten Geldbetrags gerichtet ist. Der Einwand des Beklagten, der Verwertungserlös aus dem Verkauf der Wohnungen müsse zur Gänze Absonderungsgläubigern bezahlt werden, ist daher unbeachtlich, wie bereits die Vorinstanzen zutreffend dargelegt haben, auf deren diesbezügliche Ausführungen gemäß Paragraph 510, Absatz 3, ZPO verwiesen werden kann.

Gemäß § 44 Abs 3 KO sind dem Gemeinschuldner oder dem Masseverwalter vom Aussonderungsberechtigten diejenigen Auslagen Zug um Zug zu ersetzen, die für die zurückzustellende Sache oder zur Erzielung des Entgelts aufgewendet worden sind. Der Anspruch der Konkursmasse auf Ersatz der Aufwendungen nach § 44 Abs 3 KO hängt von der Voraussetzung ab, dass der Aussonderungsberechtigte nach der konkreten materiellrechtlichen Rechtslage zum Ersatz dieser Aufwendungen verpflichtet ist (SZ 25/227). Hätte daher die Klägerin die Ausfolgung der in ihrem Eigentum stehenden Materialien nur Zug um Zug gegen Aufwandsersatz an den Masseverwalter erlangen können, muss auch der hier zu beurteilende Bereicherungsanspruch entsprechend gekürzt werden. Es ist daher auf die Rechtsnatur der von der späteren Gemeinschuldnerin geleisteten Zahlungen und ihre - vom Beklagten behauptete - mögliche Anrechenbarkeit auf alle oder einzelne der in der Liste Beilage L enthaltenen Gegenstände einzugehen: Gemäß Paragraph 44, Absatz 3, KO sind dem Gemeinschuldner oder dem Masseverwalter vom Aussonderungsberechtigten diejenigen Auslagen Zug um Zug zu ersetzen, die für die zurückzustellende Sache oder zur Erzielung des Entgelts aufgewendet worden sind. Der Anspruch der Konkursmasse auf Ersatz der Aufwendungen nach Paragraph 44, Absatz 3, KO hängt von der Voraussetzung ab, dass der Aussonderungsberechtigte nach der konkreten materiellrechtlichen Rechtslage zum Ersatz dieser Aufwendungen verpflichtet ist (SZ 25/227). Hätte daher die Klägerin die Ausfolgung der in ihrem Eigentum stehenden Materialien nur Zug um Zug gegen Aufwandsersatz an den Masseverwalter erlangen können, muss auch der hier zu beurteilende Bereicherungsanspruch entsprechend gekürzt werden. Es ist daher auf die Rechtsnatur der von der späteren Gemeinschuldnerin geleisteten Zahlungen und ihre - vom Beklagten behauptete - mögliche Anrechenbarkeit auf alle oder einzelne der in der Liste Beilage L enthaltenen Gegenstände einzugehen:

Gemäß § 1170 ABGB ist das Entgelt in der Regel nach vollendetem Werk zu entrichten. Wird aber das Werk in gewissen Abteilungen verrichtet oder sind Auslagen damit verbunden, die der Unternehmer nicht auf sich genommen hat, so ist dieser befugt, einen verhältnismäßigen Teil des Entgelts und den Ersatz der gemachten Auslagen schon vorher zu fordern. Im Verfahren wurde weder behauptet noch ist sonst hervorgekommen, die Parteien des Werkvertrags hätten eine von der Regel des ersten Satzes der genannten Gesetzesstelle abweichende Fälligkeit des Werklohns vereinbart. Auch sind aus den Feststellungen Anhaltspunkte dafür, das Werk sei in gewissen Abteilungen zu verrichten gewesen, nicht zu gewinnen. Dem Berufungsgericht ist daher darin zuzustimmen, dass die Zahlungen der späteren Gemeinschuldnerin nicht bestimmte Teilleistungen abgelten sollten, sondern als Vorschüsse zu qualifizieren sind. Vorschüsse sind Vorauszahlungen eines noch nicht fälligen Entgelts, sie können bereits erbrachte Leistungen vor Fälligkeit der entsprechenden Forderungen vorweg entgelten oder auf noch nicht Geleistetes entfallen. Nach dem allgemeinen Sprachgebrauch ist ein Vorschuss ein Geldbetrag, der jemandem vorausgezahlt wird, obwohl er sonst erst später Anspruch auf die Leistung des Geldbetrages hätte (Krejci in Rummel ABGB2 § 1170 Rz 16; EvBl 1981/157; SZ 64/70; EvBl 1991/169). Der Vorschuss wird mit der Forderung des Unternehmers abgerechnet, nicht gegen sie aufgerechnet. Die vorherige Leistung durch den Besteller mindert einfach den Anspruch des Unternehmers, dem Besteller steht aber keine Gegenforderung zu, wie zu einer Aufrechnung notwendig wäre (EvBl 1981/157 mwH). Mag



auch die Klägerin die vier Teilrechnungen entsprechend dem Arbeitsfortschritt gelegt und sich an ihren internen Aufzeichnungen über die erbrachten Leistungen orientiert haben, hat sie dies jedenfalls nicht nach außen kenntlich gemacht, sondern jeweils unter Schlagworten (wie Heizungsanlage, Sanitäranlage) nicht weiter aufgeschlüsselte Beträge begehrt. Die spätere Gemeinschuldnerin hat nicht die jeweiligen (unrunden) Rechnungsbeträge bezahlt, sondern vielmehr jeweils niedrigere runde Pauschalbeträge und hat damit deutlich zu erkennen gegeben, dass es ihr gerade nicht um die Zurechnung der Zahlungen zu bestimmten Leistungen ging. Die Klägerin hat diese Zahlungen widerspruchlos entgegengenommen, sodass ohne weiteres davon ausgegangen werden kann, beide Parteien haben die Zahlungen der späteren Gemeinschuldnerin als möglicherweise am allgemeinen Baufortschritt orientiert, nicht jedoch auf bestimmte Leistungen bezogen, betrachtet. Damit verbietet sich aber die vom Beklagten auch noch in der Revision geforderte Prüfung "welche Gegenstände (Beilage L) mit den Teilzahlungen bezahlt waren und daher im Zeitpunkt der Konkurseröffnung nicht mehr im Eigentum der Klägerin standen". Gemäß Paragraph 1170, ABGB ist das Entgelt in der Regel nach vollendetem Werk zu entrichten. Wird aber das Werk in gewissen Abteilungen verrichtet oder sind Auslagen damit verbunden, die der Unternehmer nicht auf sich genommen hat, so ist dieser befugt, einen verhältnismäßigen Teil des Entgelts und den Ersatz der gemachten Auslagen schon vorher zu fordern. Im Verfahren wurde weder behauptet noch ist sonst hervorgekommen, die Parteien des Werkvertrags hätten eine von der Regel des ersten Satzes der genannten Gesetzesstelle abweichende Fälligkeit des Werklohns vereinbart. Auch sind aus den Feststellungen Anhaltspunkte dafür, das Werk sei in gewissen Abteilungen zu verrichten gewesen, nicht zu gewinnen. Dem Berufungsgericht ist daher darin zuzustimmen, dass die Zahlungen der späteren Gemeinschuldnerin nicht bestimmte Teilleistungen abgelten sollten, sondern als Vorschüsse zu qualifizieren sind. Vorschüsse sind Vorauszahlungen eines noch nicht fälligen Entgelts, sie können bereits erbrachte Leistungen vor Fälligkeit der entsprechenden Forderungen vorweg entgelten oder auf noch nicht Geleistetes entfallen. Nach dem allgemeinen Sprachgebrauch ist ein Vorschuss ein Geldbetrag, der jemandem vorausgezahlt wird, obwohl er sonst erst später Anspruch auf die Leistung des Geldbetrages hätte (Krejci in Rummel ABGB2 Paragraph 1170, Rz 16; EvBl 1981/157; SZ 64/70; EvBl 1991/169). Der Vorschuss wird mit der Forderung des Unternehmers abgerechnet, nicht gegen sie aufgerechnet. Die vorherige Leistung durch den Besteller mindert einfach den Anspruch des Unternehmers, dem Besteller steht aber keine Gegenforderung zu, wie zu einer Aufrechnung notwendig wäre (EvBl 1981/157 mwH). Mag auch die Klägerin die vier Teilrechnungen entsprechend dem Arbeitsfortschritt gelegt und sich an ihren internen Aufzeichnungen über die erbrachten Leistungen orientiert haben, hat sie dies jedenfalls nicht nach außen kenntlich gemacht, sondern jeweils unter Schlagworten (wie Heizungsanlage, Sanitäranlage) nicht weiter aufgeschlüsselte Beträge begehrt. Die spätere Gemeinschuldnerin hat nicht die jeweiligen (unrunden) Rechnungsbeträge bezahlt, sondern vielmehr jeweils niedrigere runde Pauschalbeträge und hat damit deutlich zu erkennen gegeben, dass es ihr gerade nicht um die Zurechnung der Zahlungen zu bestimmten Leistungen ging. Die Klägerin hat diese Zahlungen widerspruchlos entgegengenommen, sodass ohne weiteres davon ausgegangen werden kann, beide Parteien haben die Zahlungen der späteren Gemeinschuldnerin als möglicherweise am allgemeinen Baufortschritt orientiert, nicht jedoch auf bestimmte Leistungen bezogen, betrachtet. Damit verbietet sich aber die vom Beklagten auch noch in der Revision geforderte Prüfung "welche Gegenstände (Beilage L) mit den Teilzahlungen bezahlt waren und daher im Zeitpunkt der Konkurseröffnung nicht mehr im Eigentum der Klägerin standen".

Allerdings kann auch der Beurteilung des Erstgerichtes, der Klägerin sei es freigestanden, durch die Zahlungen die Arbeitsleistungen und jene (nicht klagsgegenständlichen) Materialien, welche in feste Verbindung mit dem Haus gebracht wurden, als abgegolten zu betrachten, nicht gefolgt werden, weil nach der Übung des redlichen Verkehrs nicht einmal der Schuldner berechtigt ist, nach Zahlung eine bestimmte Widmung derselben zu verfügen (Reischauer in Rummel ABGB2 § 1416 Rz 5; SZ 40/119). Der Gläubiger bestimmt grundsätzlich die Widmung durch die Einforderung (Reischauer aaO Rz 10 und Rz 13) und kann darüber hinaus nicht einseitig Widmungsänderungen vornehmen. Abgesehen von der bereits dargestellten unwidersprochenen ungewidmeten Pauschalzahlung der späteren Gemeinschuldnerin enthalten die vier Teilrechnungen keinerlei Hinweis darauf, sie stellten lediglich Arbeitsleistung und untrennbar mit dem Haus verbundene Materialien in Rechnung. Mangels Zuordenbarkeit hat es daher bei dem Grundsatz zu verbleiben, dass innerhalb einer Geschäftsverbindung mehrere Schuldposten insofern ein Ganzes bilden, als die einzelnen Teilzahlungen nicht auf bestimmte Posten, sondern auf das Ganze geleistet werden (SZ 40/119; 3 Ob 549/76 ua). Allerdings kann auch der Beurteilung des Erstgerichtes, der Klägerin sei es freigestanden, durch die Zahlungen die Arbeitsleistungen und jene (nicht klagsgegenständlichen) Materialien, welche in feste Verbindung mit dem Haus gebracht wurden, als abgegolten zu betrachten, nicht gefolgt werden, weil nach der Übung

des redlichen Verkehrs nicht einmal der Schuldner berechtigt ist, nach Zahlung eine bestimmte Widmung derselben zu verfügen (Reischauer in Rummel ABGB2 Paragraph 1416, Rz 5; SZ 40/119). Der Gläubiger bestimmt grundsätzlich die Widmung durch die Einforderung (Reischauer aaO Rz 10 und Rz 13) und kann darüber hinaus nicht einseitig Widmungsänderungen vornehmen. Abgesehen von der bereits dargestellten unwidersprochenen ungewidmeten Pauschalzahlung der späteren Gemeinschuldnerin enthalten die vier Teilrechnungen keinerlei Hinweis darauf, sie stellten lediglich Arbeitsleistung und untrennbar mit dem Haus verbundene Materialien in Rechnung. Mangels Zuordenbarkeit hat es daher bei dem Grundsatz zu verbleiben, dass innerhalb einer Geschäftsverbindung mehrere Schuldposten insofern ein Ganzes bilden, als die einzelnen Teilzahlungen nicht auf bestimmte Posten, sondern auf das Ganze geleistet werden (SZ 40/119; 3 Ob 549/76 ua).

Damit zeigt sich aber, dass die bloße Tatsache der Leistung ungewidmeter Vorschüsse keinesfalls ausschließt, diese zumindest teilweise auch dem Aufwand für Material zuzuordnen. Vielmehr ist - erforderlichenfalls unter Anwendung der Bestimmung des § 273 ZPO - in einer fiktiven, etwa auf Grund des Kostenvoranschlags zu erstellenden, Gesamtabrechnung das Verhältnis zwischen den Kosten der zur untrennbaren Verbindung mit dem Bauwerk bestimmten Materialien sowie der Arbeitsleistung einerseits und der Kosten der als selbständige Bestandteile im Sinne des Klagevorbringens zu beurteilenden Gegenstände andererseits zu ermitteln. Der dem Prozentsatz des Anteils der zuletzt genannten Materialien am Gesamtauftragsvolumen entsprechende Teil der von der späteren Gemeinschuldnerin geleisteten Vorschusszahlungen bildet sodann den im Sinn des § 44 Abs 3 KO auf den Bereicherungsanspruch der Klägerin anzurechnenden Aufwand. Damit zeigt sich aber, dass die bloße Tatsache der Leistung ungewidmeter Vorschüsse keinesfalls ausschließt, diese zumindest teilweise auch dem Aufwand für Material zuzuordnen. Vielmehr ist - erforderlichenfalls unter Anwendung der Bestimmung des Paragraph 273, ZPO - in einer fiktiven, etwa auf Grund des Kostenvoranschlags zu erstellenden, Gesamtabrechnung das Verhältnis zwischen den Kosten der zur untrennbaren Verbindung mit dem Bauwerk bestimmten Materialien sowie der Arbeitsleistung einerseits und der Kosten der als selbständige Bestandteile im Sinne des Klagevorbringens zu beurteilenden Gegenstände andererseits zu ermitteln. Der dem Prozentsatz des Anteils der zuletzt genannten Materialien am Gesamtauftragsvolumen entsprechende Teil der von der späteren Gemeinschuldnerin geleisteten Vorschusszahlungen bildet sodann den im Sinn des Paragraph 44, Absatz 3, KO auf den Bereicherungsanspruch der Klägerin anzurechnenden Aufwand.

Wie der Oberste Gerichtshof bereits mehrfach ausgesprochen hat, wird durch die Rücktrittserklärung des Masseverwalters nach § 21 Abs 1 KO der Vertrag nicht aufgehoben, es unterbleibt nur die weitere Erfüllung (SZ 61/170; SZ 64/63; 2 Ob 114/99z ua). Der Vertragspartner des Gemeinschuldners kann den Ersatz des ihm durch die unterbliebene Erfüllung verursachten Schadens gemäß § 21 Abs 2 KO als Konkursgläubiger verlangen. Der Schlussfolgerung des Berufungsgerichtes, der geltend gemachte Anspruch sei der Klägerin solange in voller Höhe zuzusprechen, als er sich innerhalb der Höhe dieses Schadenersatzanspruches abzüglich der geleisteten Teilzahlungen bewege, kann in dieser Form nicht gefolgt werden, weil der Schadenersatzanspruch schon nach der ausdrücklichen gesetzlichen Anordnung eine Konkursforderung darstellt und jedenfalls beachtet werden muss, dass - wie oben ausgeführt - der Bereicherungsanspruch der Klägerin nicht weitergehen kann als das ihr ursprünglich zustehende durch die Bestimmung des § 44 Abs 3 KO eingeschränkte Aussonderungsrecht. Wie der Oberste Gerichtshof bereits mehrfach ausgesprochen hat, wird durch die Rücktrittserklärung des Masseverwalters nach Paragraph 21, Absatz eins, KO der Vertrag nicht aufgehoben, es unterbleibt nur die weitere Erfüllung (SZ 61/170; SZ 64/63; 2 Ob 114/99z ua). Der Vertragspartner des Gemeinschuldners kann den Ersatz des ihm durch die unterbliebene Erfüllung verursachten Schadens gemäß Paragraph 21, Absatz 2, KO als Konkursgläubiger verlangen. Der Schlussfolgerung des Berufungsgerichtes, der geltend gemachte Anspruch sei der Klägerin solange in voller Höhe zuzusprechen, als er sich innerhalb der Höhe dieses Schadenersatzanspruches abzüglich der geleisteten Teilzahlungen bewege, kann in dieser Form nicht gefolgt werden, weil der Schadenersatzanspruch schon nach der ausdrücklichen gesetzlichen Anordnung eine Konkursforderung darstellt und jedenfalls beachtet werden muss, dass - wie oben ausgeführt - der Bereicherungsanspruch der Klägerin nicht weitergehen kann als das ihr ursprünglich zustehende durch die Bestimmung des Paragraph 44, Absatz 3, KO eingeschränkte Aussonderungsrecht.

Die rechtlichen Überlegungen des Berufungsgerichts basieren offenkundig auf dem Gedanken, dass gemäß § 20 Abs 3 KO Ansprüche, die nach der Konkurseröffnung auf Grund der §§ 21 bis 25 KO entstehen, entgegen der allgemeinen Regel des § 20 Abs 1 KO aufgerechnet werden können. Zu diesen der Aufrechnung zugänglichen Ansprüchen zählt

zweifelsohne auch der Schadenersatzanspruch des § 21 Abs 2 KO. Bydlinski in Klang2 IV/2, 543 und ihm folgend Schubert in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze §§ 19, 20 KO Rz 46 (mwH) lehren, dass der Verkäufer im Käuferkonkurs bei Rücktritt des Masseverwalters zwar ein Aussonderungsrecht auf die Vorbehaltssache hat, aber den bereits bezahlten Kaufpreis herausgeben müsse. Damit drohe seinen Gegenansprüchen die Kürzung auf die Konkursquote. Dem helfe wenigstens teilweise die Aufrechnungsvorschrift des § 20 Abs 3 KO ab, die unter anderem die Aufrechnung mit den auf Grund des Rücktritts nach § 21 KO entstehenden Ansprüchen gestatte. Der Verkäufer könne also ungeachtet des Konkurses mit seinen Geldansprüchen (aus Schadenersatz und Bereicherung) gegen die Kondiktions- und Aufwandsersatzansprüche des Käufers bzw seiner Konkursmasse aufrechnen. Nur soweit die Ansprüche des Verkäufers die gleichartigen (also Geld-)Ansprüche der Masse übersteigen, könne er bloß die Konkursquote seiner Forderung beanspruchen. Nach diesen zu billigenden Ausführungen stünde der Klägerin tatsächlich ihr Aussonderungs- bzw Bereicherungsanspruch ungeschmälert zu, wenn sie mit zumindest gleich hohen Schadenersatzansprüchen gegenüber dem Anspruch auf Aufwandsersatz aufrechnen könnte. Allerdings wurde im Verfahren weder ein entsprechendes Vorbringen zum Bestehen von Schadenersatzansprüchen erstattet noch die Aufrechnung erklärt (vgl Rummel in Rummel ABGB2 § 1438 Rz 11 f), sodass die Grundlage für die Tilgung des vom Beklagten mit ausreichender Deutlichkeit erhobenen Anspruchs auf Ersatz der auf die Aussonderungsgegenstände entfallenden Teilzahlungen fehlt. Die rechtlichen Überlegungen des Berufungsgerichts basieren offenkundig auf dem Gedanken, dass gemäß Paragraph 20, Absatz 3, KO Ansprüche, die nach der Konkurseröffnung auf Grund der Paragraphen 21 bis 25 KO entstehen, entgegen der allgemeinen Regel des Paragraph 20, Absatz eins, KO aufgerechnet werden können. Zu diesen der Aufrechnung zugänglichen Ansprüchen zählt zweifelsohne auch der Schadenersatzanspruch des Paragraph 21, Absatz 2, KO. Bydlinski in Klang2 IV/2, 543 und ihm folgend Schubert in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze Paragraphen 19,, 20 KO Rz 46 (mwH) lehren, dass der Verkäufer im Käuferkonkurs bei Rücktritt des Masseverwalters zwar ein Aussonderungsrecht auf die Vorbehaltssache hat, aber den bereits bezahlten Kaufpreis herausgeben müsse. Damit drohe seinen Gegenansprüchen die Kürzung auf die Konkursquote. Dem helfe wenigstens teilweise die Aufrechnungsvorschrift des Paragraph 20, Absatz 3, KO ab, die unter anderem die Aufrechnung mit den auf Grund des Rücktritts nach Paragraph 21, KO entstehenden Ansprüchen gestatte. Der Verkäufer könne also ungeachtet des Konkurses mit seinen Geldansprüchen (aus Schadenersatz und Bereicherung) gegen die Kondiktions- und Aufwandsersatzansprüche des Käufers bzw seiner Konkursmasse aufrechnen. Nur soweit die Ansprüche des Verkäufers die gleichartigen (also Geld-)Ansprüche der Masse übersteigen, könne er bloß die Konkursquote seiner Forderung beanspruchen. Nach diesen zu billigenden Ausführungen stünde der Klägerin tatsächlich ihr Aussonderungs- bzw Bereicherungsanspruch ungeschmälert zu, wenn sie mit zumindest gleich hohen Schadenersatzansprüchen gegenüber dem Anspruch auf Aufwandsersatz aufrechnen könnte. Allerdings wurde im Verfahren weder ein entsprechendes Vorbringen zum Bestehen von Schadenersatzansprüchen erstattet noch die Aufrechnung erklärt vergleiche Rummel in Rummel ABGB2 Paragraph 1438, Rz 11 f), sodass die Grundlage für die Tilgung des vom Beklagten mit ausreichender Deutlichkeit erhobenen Anspruchs auf Ersatz der auf die Aussonderungsgegenstände entfallenden Teilzahlungen fehlt.

Das Erstgericht wird daher im fortgesetzten Verfahren das Gesamtvolumen des Werkauftrags sowie den davon auf als selbständige Bestandteile zu behandelnde Materialien entfallenden Anteil festzustellen und sodann nach der vorstehend erläuterten Berechnungsmethode den auf den Bereicherungsanspruch der Klägerin anzurechnenden Anteil der Teilzahlungen zu ermitteln haben.

Der Revision ist Folge zu geben.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 52 Abs 1 ZPO. Die Kostenentscheidung gründet sich auf Paragraph 52, Absatz eins, ZPO.

#### **Anmerkung**

E56390 08A01579

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:1999:0080OB00157.99T.1222.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19991222\_OGH0002\_0080OB00157\_99T0000\_000

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

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