

# TE OGH 1992/4/28 8Ob23/90

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 28.04.1992

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Hon.Prof. Dr. Griehsler als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Huber, Dr. Graf, Dr. Jelinek und Dr. Schinko als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei \*\*\*\*\* Gesellschaft \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Peter Krömer, Dr. Peter Krömer und Dr. Friedrich Nusterer, Rechtsanwälte in St.Pölten, wider die beklagte Partei Dr. Leo \*\*\*\*\*, als Masseverwalter im Konkurs über das Vermögen der \*\*\*\*\*Gesellschaft \*\*\*\*\* wegen Herausgabe und Zahlung (S 1.663.404,- und S 3.015.267,03) infolge Revision beider Parteien gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Graz als Berufungsgerichtes vom 5.April 1990, GZ 2 R 253/89-14, womit infolge Berufung beider Parteien das Urteil des Landesgerichtes für ZRS Graz vom 29.September 1989, GZ 15 Cg 26/89-8, teilweise bestätigt und teilweise abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Keiner der Revisionen wird Folge gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit S 24.121,80 bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens (einschließlich S 4.020,30 Umsatzsteuer) binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit S 20.476,80 bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens (einschließlich S 3.412,80 Umsatzsteuer) binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Über das Vermögen der \*\*\*\*\*Gesellschaft mbH & Co KG wurde am 8.6.1988 das Ausgleichsverfahren umd am 28.12.1988 der Anschlußkonkurs eröffnet. Zum Masseverwalter wurde der nunmehrige Beklagte bestellt, der bereits ab 21.6.1988 Nachfolger des ursprünglich mit dieser Funktion betraut gewesenen Rechtsanwaltes Dr. Peter B\*\*\*\*\* Ausgleichsverwalter war. In diesem Konkurs finden die Konkursgläubiger für ihre Forderungen keine Deckung. Die Forderungen der Massegläubiger übersteigen die Masse, die jedenfalls mehr als 3,1 Millionen Schilling beträgt.

Die Ausgleichs- und Gemeinschuldnerin hatte als Generalunternehmerin vor der Ausgleichseröffnung von der S\*\*\*\*\* den Auftrag zur Verlegung von Rohrleitungen für deren Fernheizprojekt K\*\*\*\*\* mit einer Auftragssumme von rund 9 Millionen Schilling erhalten. Es waren ca 4 Trassenkilometer isolierter Rohre in der Weise zu verlegen, daß die klagende Partei auf Grund einer Vereinbarung mit der späteren Gemeinschuldnerin (Liefer- und Montagevertrag vom 11.3.1988, Anbot bzw. Auftragerteilung vom 11.4.1988 samt Nachträgen) vorisolierte Rohre samt Alarindrähten und Umschäumung anlieferte, die spätere Gemeinschuldnerin die Rohre verlegte und die klagende Partei danach die Nachisolierung und Ummantelung der Rohre nach ihrem System vornahm. Das Volumen dieses Auftrages der Gemeinschuldnerin an die klagende Partei betrug rund 5,5 Millionen Schilling. Auf die Montagearbeiten der klagenden Partei an den Baustellen und auf die Isolierung entfiel hiebei ein 30 %iger Anteil, 70 % entfielen auf die Lieferung der

Rohre. In der Kalkulation der Gemeinschuldnerin hatten die Leistungen der klagenden Partei einen Anteil von 60 % der Gesamtkosten. Im Zeitpunkt der Ausgleichseröffnung hatte die klagende Partei derartige Leistungen durch Lieferung von Rohren, Verbindungsstücken und Montagematerial sowie Durchführung von Montage (Isolier-)arbeiten im Umfang von insgesamt S 3.015.267,03 (inkl. 20 % Umsatzsteuer) bereits erbracht. Davon lag auf einem von der späteren Gemeinschuldnerin der S\*\*\*\*\* zur Verfügung gestellten Lagerplatz Material im Werte von S 1.386.170,-

zuzüglich S 277.234,- Umsatzsteuer = S 1.663.404,-; schon verschweißtes, aber noch nicht isoliertes Material im Gesamtwerte von S 204.730,05 inkl. Umsatzsteuer lag neben den Künneten.

Mit der vorliegenden Klage begeht die klagende Partei die Verurteilung des Masseverwalters zur Zahlung der im einzelnen angeführten Rechnungsbeträge von insgesamt S 3.094.669,27 samt Zinsen mit der Begründung, bei der Ausgleichseröffnung sei ein zur Gänze beiderseits nicht erfüllter Vertrag bzw. ein einheitlicher Liefer- und Montagevertrag vorgelegen, weshalb ihre obgenannte Forderung vom Ausgleichsverfahren nicht berührt worden und mangels eines Antrages der Ausgleichsschuldnerin nach § 20 b AO voll zu bezahlen sei, also keine Konkursforderung darstelle. Auch der Ausgleichsverwalter Dr. B\*\*\*\*\* habe diese Rechtsauffassung geteilt und einer Zahlungsregelung zugestimmt. Daran sei der nunmehrige beklagte Masseverwalter gebunden. Zu berücksichtigen sei auch, daß bezüglich der Lieferung der vorisolierten Rohre und sonstigen Materialien ein erweiterter Eigentumsvorbehalt vereinbart gewesen sei und daß im Zeitpunkt der Ausgleichseröffnung vorisolierte, unter Eigentumsvorbehalt gelieferte Rohre "im Ausmaß von 1,4 Millionen S" auf einem Platz der S\*\*\*\*\* gelagert gewesen seien. Weitere Rohre im Werte von ca. S 560.000,- seien "offen", aber noch nicht be- bzw. verarbeitet, neben den Gräben gelegen. Mit dem Ausgleichsverwalter und der S\*\*\*\*\* sei sodann vereinbart worden, daß dieses Material verarbeitet und weitere Lieferungen, die Zahlungen hiefür jedoch von der S\*\*\*\*\* direkt an die klagende Partei erfolgen sollten. Mit Schreiben vom 21.6.1988 habe der beklagte Masseverwalter jedoch erklärt, den Eigentumsvorbehalt nicht anzuerkennen, sich an die Erklärungen des früheren Ausgleichsverwalters Dr. B\*\*\*\*\* nicht gebunden zu fühlen und Zahlungen der S\*\*\*\*\* an die Masse zu fordern, die er auch tatsächlich in Höhe von zumindest 3 Mill Schilling erhalten habe.

In der Tagsatzung vom 21.9.1989 erklärte die klagende Partei, ihr Begehren "zusätzlich auf § 44 KO im Zusammenhang mit dem Eigentumsvorbehalt auf ihr Ersatzaussonderungsrecht zu stützen" und erläuterte diese Ausführungen im Rahmen ihrer Berufungsanträge.

Der beklagte Masseverwalter bestritt seine Passivlegitimation mit der Begründung, in der mit dem Ausgleichsverwalter Dr. B\*\*\*\*\* getroffenen Vereinbarung liege eine privative Schuldübernahme der S\*\*\*\*\* und führte weiters aus: Der behauptete Eigentumsvorbehalt sei nicht wirksam vereinbart worden und jedenfalls durch den Einbau der Rohre untergegangen. Eine Masseforderung - Gelder auf Sonderkonten gebe es nicht - könne nur in dem Umfang vorliegen, als die im Zeitpunkt der Ausgleichseröffnung noch lagernden Rohre später verarbeitet wurden, zumal die Rohrlieferungen und die Nachisolierung der Rohre teilbare Leistungen darstellten; es werde die gänzliche Abweisung des Klagebegehrens beantragt.

Das Erstgericht erkannte den Masseverwalter schuldig, der klagenden Partei den Betrag von S 3.015.267,03 s.A. als "Masseforderung" zu bezahlen, davon S 1.386.170,- als Ersatzaussonderungsanspruch gemäß § 44 Abs.2 KO. Das darüber hinausgehende Ersatzaussonderungsbegehren wies es ab. Den von ihm auf S.6 bis 19 seines Urteiles festgestellten und in der Folge unbekämpft gebliebenen Sachverhalt beurteilte es in rechtlicher Hinsicht wie folgt: Der beklagte Masseverwalter sei passiv legitimiert, weil eine Schuldübernahme durch die S\*\*\*\*\* nicht vorliege und der beklagte Masseverwalter selbst unter Hinweis auf die Ungültigkeit der mit dem früheren Ausgleichsverwalter getroffenen Vereinbarung die Zahlung auch des Wertanteiles der Leistungen der klagenden Partei von der S\*\*\*\*\* erwirkt habe. Der zwischen der Gemeinschuldnerin und der klagenden Partei geschlossene Vertrag betreffe nicht teilbare Leistungen, denn die Isolierungsleistungen seien von den jeweiligen Vorlieferungen nicht zu trennen. Dieser Vertrag sei im Zeitpunkt der Ausgleichseröffnung von beiden Seiten noch nicht vollständig erfüllt gewesen. Einen Antrag nach § 20 b AO habe die Ausgleichsschuldnerin nicht gestellt. Die Forderungen aus dem Vertrag würden vom Ausgleichs- und anschließenden Konkursverfahren nicht berührt. Da die klagende Partei den Vertrag ungeachtet des laufenden Insolvenzverfahrens weiter erfüllt, nämlich im Auftrag der Gemeinschuldnerin von dieser sogar gesondert entlohnte Isolierungsarbeiten während des Ausgleichsverfahrens ausgeführt habe, liege der Fall des § 20 a Abs.1 AO vor. Der gesamte, nicht teilbare Forderungsbetrag, auch jener für die Lieferungen und Leistungen, welche die Klägerin schon vor der Ausgleichseröffnung erbracht gehabt habe, stelle eine Masseforderung dar. Der nach den Feststellungen vereinbarte Eigentumsvorbehalt rechtfertige die Geltendmachung der Forderung der klagenden Partei als

Masseforderung ebenfalls. Durch den Einbau der Rohre sei zwar ein allfälliges Vorbehaltseigentum der klagenden Partei jedenfalls untergegangen und diese habe daher keinen dinglichen Anspruch hinsichtlich des Wertanteiles ihrer vor der Ausgleichseröffnung erbrachten Leistungen. Bezuglich der Leistungen nach der Ausgleichseröffnung komme aber dem vereinbarten Eigentumsvorbehalt in Verbindung mit der bisherigen Nichtzahlung des Kaufpreises die Wirkung zu, daß die Klägerin nach § 44 KO einen Anspruch auf Aussonderung jener Waren habe, die noch nicht zusammengeschweißt (noch nicht Bestandteil des Bauwerkes) geworden waren. Soweit an die Masse für die Leistungen der Gemeinschuldnerin nach Ausgleichseröffnung von der S\*\*\*\*\* Zahlungen in der unbestrittenen Höhe von S 2,817.365,52 geleistet worden seien, betrage der 60 %ige Wertanteil der klagenden Partei mindestens S 1,663.404,- (d.i. der Wert der Lieferung der noch nicht eingebauten Rohre vor der Ausgleichseröffnung inkl. Umsatzsteuer). In diesem Umfang stehe der klagenden Partei ein Anspruch auf Ersatzaussonderung, soweit darauf in die Masse Zahlungen eingegangen seien (§ 44 Abs.2 KO), zu. Daß der Masseverwalter ungeachtet der sofort erhobenen Aussonderungsansprüche hiefür kein Sonderkonto angelegt habe, hindere die Herausgabe nicht, zumal bei Geldmengen die Individualisierbarkeit als gegeben zu erachten sei. Die 20 %ige Umsatzsteuer in Höhe von S 277.534,- (+ S 1,386.170,- ergebe S 1,663.404) sei allerdings vom Masseverwalter an die Steuerbehörde abgeführt worden und daher nicht mehr in der Masse vorhanden. Deshalb betrage der Ersatzaussonderungsanspruch der klagenden Partei nur S 1,386.170,-. Die gesamte Masseforderung der klagenden Partei sei auf Grund der schon vor der Ausgleichseröffnung gelegenen Rechnungen jedenfalls zum 1.7.1988 fällig gewesen.

Das von beiden Parteien jeweils mit Rechtsrüge angerufene Berufungsgericht gab der Berufung der klagenden Partei nur hinsichtlich von Nebengebühren, jener des beklagten Masseverwalters dagegen teilweise statt; es änderte das erstgerichtliche Urteil im noch strittigen Umfang dahin ab, daß das Begehren (siehe dessen Klarstellung durch die Berufungsanträge) auf Herausgabe eines Betrages von S 1,663.404,-

s. A. abgewiesen, der beklagte Masseverwalter aber schuldig erkannt wurde, der klagenden Partei den Betrag von S 3,015.267,03 s. A. als Masseforderung zu bezahlen. Es sprach aus, daß die Revision gemäß § 502 Abs.1 aF ZPO zulässig sei. In seiner rechtlichen Beurteilung legte es gleich dem Erstgericht das Fehlen einer privativen Schuldübernahme zugrunde. Die Ansicht, es stehe der klagenden Partei ein Ersatzaussonderungsanspruch an dem vom beklagten Masseverwalter vereinnahmten Entgelt hinsichtlich jener Rechnungssumme (inkl. 20 % Umsatzsteuer) zu, welche auf die im Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens - hier gemäß § 2 Abs.2 und 3 KO der Tag der Ausgleichseröffnung - noch in ihrem Eigentum gestandenen Rohre entfalle, nämlich hinsichtlich des Betrages von S 1,663.404,-, lehnte es ab. Bei den in der Konkursmasse befindlichen Sachen, die dem Gemeinschuldner ganz oder zum Teil nicht gehörten, sei gemäß § 44 Abs.1 KO das dingliche Recht auf Aussonderung nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu beurteilen. Sei eine solche Sache nach der Konkurseröffnung veräußert worden, so könne der Berechtigte gemäß § 44 Abs.2 KO - unbeschadet weitergehender Ersatzansprüche - die Aussonderung des bereits geleisteten Entgeltes aus der Masse, wenn aber das Entgelt noch nicht geleistet worden sei, die Abtretung des Rechtes auf das ausstehende Entgelt, verlangen. Im vorliegenden Fall sei die Verlegung der Rohre zum Teil bereits vor der Ausgleichseröffnung insofern vollständig erfolgt, als auch die Nachisolierung und Ummantelung bereits vorgenommen worden sei. Für derart vollständige Leistungen habe die S\*\*\*\*\* an die nachmalige Gemeinschuldnerin auf Grund deren Rechnung vom 25.5.1988 bereits S 878.979,11 schon vor der Ausgleichseröffnung bezahlt. Auch die klagende Partei selbst nenne mit Stichtag 6.6.1988 den Betrag für erbrachte und bereits abgerechnete Leistungen mit rund 1 Million Schilling. Für Leistungen der Gemeinschuldnerin nach der Ausgleichseröffnung habe der beklagte Masseverwalter von der S\*\*\*\*\* zwischen dem 24.8. und 5.12.1988 Zahlungen von insgesamt S 2,817.365,52 erhalten, aus diesen jedoch keine Sondermasse für das auf die Leistungen der klagenden Partei entfallende Entgelt (60 % der Gesamtkosten) gebildet, zumal er das Vorbehaltseigentum und damit auch einen Aussonderungsanspruch der klagenden Partei bestritten habe. Das Vorbehaltseigentum sei, auch wenn es ursprünglich bestanden haben sollte, spätestens mit dem Einbau der Rohre untergegangen. Ein Anspruch auf Aussonderung des bereits geleisteten Entgeltes aus der Masse (§ 44 Abs.2 KO) bestehe entgegen der Meinung des Erstgerichtes nicht, weil ebenso wie der Aussonderungsanspruch auch der Anspruch auf Ersatzaussonderung auf einem dinglichen Recht beruhe und nur konkrete, in der Masse noch vorhandene und individualisierbare Leistungsgegenstände, nicht aber ein Geldbetrag schlechthin, ausgesondert werden könnten. Geld sei nur so lange ein geeigneter Gegenstand der Eigentumsklage, als es unterscheidbar vorhanden sei. Sei der erzielte Erlös bereits mit dem anderen Geld der Masse vermengt, so sei kein individualisierbarer Leistungsgegenstand, der ausgesondert werden könnte, mehr vorhanden, vielmehr gebe es nur noch eine Masseforderung, wenn die Vermengung durch den Masseverwalter geschehen oder wenn die Masse

grundlos bereichert worden sei. Das Ersatzaussonderungsbegehren sei daher zur Gänze abzuweisen. In der Frage des Umfanges der Masseforderung der klagenden Partei sei davon auszugehen, daß diese auf Grund eines ihr vor der Ausgleichseröffnung von der nachmaligen Gemeinschuldnerin erteilten Auftrages für eine Gesamtauftragssumme von rund 5,5 Millionen Schilling vorisolierte Rohre und diverse Verbindungsstücke herzustellen und zu liefern und nach erfolgter Verlegung durch die Gemeinschuldnerin nachzisolieren und zu ummanteln hatte. Auf die Leistungen der klagenden Partei vor dem Einbau entfielen 70 % der Kosten und die restlichen 30 % auf deren Montagearbeiten auf der Baustelle. Gleichgültig, ob der zwischen den Streitteilen abgeschlossene zweiseitige Vertrag als Kaufvertrag oder als Werkvertrag zu qualifizieren sei, erschienen jedenfalls die §§ 20 a und b AO anwendbar. Dieser Vertrag sei bei der Eröffnung des Insolvenzverfahrens beiderseits noch nicht vollständig erfüllt gewesen und daher durch das Ausgleichsverfahren grundsätzlich nicht berührt worden. Gemäß § 20 a Abs.1 AO hätte die klagende Partei zu leisten gehabt, aber ihrerseits von der Ausgleichsschuldnerin grundsätzlich die volle Gegenleistung verlangen können. Bei teilbaren Leistungen gelte dieser Grundsatz allerdings nur für den noch unerfüllten Leistungsteil; die noch offene Forderung für die bereits erbrachte Teilleistung wäre also nur Ausgleichsforderung (§ 20 a Abs.2 AO) und die Ausgleichsschuldnerin hätte ex nunc vom Vertrag zurücktreten, d.h. die weitere Erfüllung des Vertrages ablehnen können (§ 20 b Abs.1 AO). Entgegen der Auffassung des beklagten Masseverwalters und trotz des Umstandes, daß die klagende Partei selbst Rohrlieferungen, Montagearbeiten und Materiallieferungen für die Montage getrennt in Rechnung gestellt habe, sei der Auffassung des Erstgerichtes beizupflichten, daß die vertraglich bedungenen Isolierungsleistungen (Leistungen der klagenden Partei nach Verlegung der Rohre durch die Gemeinschuldnerin) von der Herstellung und Lieferung der (vorisolierten) Rohre selbst wirtschaftlich nicht zu trennen gewesen seien. Nach der Rechtsprechung seien Leistungen teilbar, wenn bei ihnen eine quantitative Veränderung möglich sei und hiebei jeder Teil dieselben Eigenschaften habe wie das Ganze. Jeder Teil müsse in dieser Grenze auch dieselbe Verwendung zulassen wie das Ganze. Bei unteilbaren Leistungen habe der Teilempfang für den Gläubiger nicht den einer teilbaren Leistung entsprechenden Teilwert. An diesen Grundsätzen gemessen, sei die Nachisolierung von der Lieferung vorisolierter Rohre wirtschaftlich nicht zu trennen.

Dazu komme noch folgende Überlegung: Sobald die Gemeinschuldnerin von ihrer Auftraggeberin S\*\*\*\*\* aus ihren ursprünglichen Verpflichtungen entlassen worden sei und nur noch die Rohre zu verlegen gehabt habe, die die S\*\*\*\*\* nun bei der klagenden Partei unmittelbar bestellte, hätte sie kein eigenes Interesse daran gehabt, daß die von ihr verlegten Rohre von der klagenden Partei auch nachisoliert würden. Solange sie aber selbst den ursprünglichen Vertrag gegenüber der S\*\*\*\*\* erfüllen wollte, wären auch für sie Leistungen der klagenden Partei im oben angeführten Sinn unteilbar gewesen. Sie habe die Lieferungen und sonstigen Leistungen der klagenden Partei benötigt, um selbst den Vertrag mit der S\*\*\*\*\* erfüllen zu können. Der Ausgleichsverwalter sei gegenüber der klagenden Partei unbestrittenermaßen vom Vertrag nicht zurückgetreten. Die Ausgleichsschuldnerin habe das bei der Eröffnung des Insolvenzverfahrens auf der Baustelle und im Lager befindliche Material der klagenden Partei über Weisung des Ausgleichsverwalters eingebaut. Somit sei die Forderung der klagenden Partei für ihre Leistungen, die sie vor und nach der Ausgleichseröffnung an die Ausgleichsschuldner erbracht habe, als unteilbar anzusehen. Dieser gesamte, der klagenden Partei für ihre Lieferungen und sonstigen Leistungen an die Ausgleichsschuldnerin (nachmalige Gemeinschuldnerin) zustehende

Entgeltsanspruch von S 3,015.267,03 s.A. sei eine Masseforderung:

Gemäß § 46 Abs.2 Z 1 KO stellten in einem Anschlußkonkurs die Forderungen aus Rechtshandlungen des Schuldners oder des für ihn handelnden Ausgleichsverwalters, die ihnen nach der Ausgleichsordnung zur Fortführung des Unternehmens gestattet seien, Masseforderungen dar. Im vorliegenden Fall habe die Erfüllung des Vertrages mit der S\*\*\*\*\* zum gewöhnlichen Geschäftsbetrieb der Ausgleichsschuldnerin gehört und sei daher grundsätzlich bis zum Einspruch des Ausgleichsverwalters (§ 8 Abs.2 AO) gestattet gewesen. Es schade der klagenden Partei auch nicht, daß Ansprüche aus einer grundlosen Bereicherung der Masse (§ 46 Abs.1 Z 6 KO) nur in dem Umfang bestünden, als der Masseverwalter das ihm zugeflossene Entgelt für die Lieferung der bei der Eröffnung des Insolvenzverfahrens noch nicht verlegt gewesenen Rohre (S 1,663.404,- inkl. Umsatzsteuer) nicht aus der Masse ausgesondert bzw. mit der übrigen Masse vermengt habe (§ 46 Abs.1 Z 5 KO; SZ 34/113).

Gegen die Entscheidung des Berufungsgerichtes richten sich die Revisionen beider Parteien. Die klagende Partei beantragt, die angefochtene Entscheidung derart abzuändern, daß die beklagte Partei schuldig erkannt werde, ihr den Betrag von S 1,663.404,-- s. A. gemäß § 44 Ab.2 KO herauszugeben bzw. zu bezahlen und weiters den Betrag von S

1,351.863,03 s.A. als Masseforderung zu bezahlen; hilfsweise wird hinsichtlich der Abweisung des Ersatzaussonderungsbegehrens ein Aufhebungsantrag gestellt. Der beklagte Masseverwalter beantragt, das berufungsgerichtliche Urteil so abzuändern, daß auch das Begehr, er sei schuldig, der klagenden Partei den Betrag von S 3,015.267,03 s.A. als Masseforderung zu bezahlen, abgewiesen werde. Hilfsweise wird ebenfalls ein Aufhebungsantrag gestellt.

In der Revision der klagenden Partei wird auf die Entscheidung SZ 52/154 verwiesen, in der der Oberste Gerichtshof hinsichtlich des Institutes der Ersatzaussonderung die Frage offengelassen habe, ob die bislang von der überwiegenden Rechtsprechung und Lehre vertretene Rechtsauffassung oder die von Petschek-Reimer-Schiemer, Insolvenzrecht 450 ff vertretene abweichende Meinung im Zusammenhang mit der Möglichkeit der Quantitätvindikation die richtige sei. Danach soll dem Absonderungsberechtigten aus Billigkeitsgründen, obschon das Entgelt Massebestandteil geworden sei, die Ersatzaussonderung des der Masse bereits geleisteten, wenngleich darin nicht unterscheidbar vorhandenen Entgeltes gestattet und, wenn das Entgelt noch ausstehe, das Recht auf die Abtretung der Forderung auf dieses Entgelt gewährt werden. Die von Petschek-Reimer-Schiemer aaO geschilderte Entstehungsgeschichte des § 44 Abs.2 KO spreche für deren Standpunkt wie ebenso die von Lehre und Rechtsprechung gebilligte Möglichkeit der Quantitätvindikation unterscheidbarer Mengen gleichartiger Sachen (§ 415 ABGB), wogegen bei mangelnder Unterscheidbarkeit gemäß § 371 ABGB die Eigentumsklage ausgeschlossen sei. Auch in der Entscheidung SZ 50/42 habe der Oberste Gerichtshof ausgesprochen, daß im Konkurs die Aussonderung von Geld als Treugut durch Mengenvindikation möglich sei. Der Umstand, daß der Masseverwalter kein Sonderkonto für die eingehenden Erlöse angelegt habe, dürfe die Herausgabe nicht hindern. Eine Auskunftserteilung im Sinne des § 44 Abs.2 KO sei vom Aussonderungsgläubiger im Rahmen des Eigentumsvorbehaltes in den seltensten Fällen vereinbart worden. Für den Ausgleichs- und Masseverwalter sei es zur Hintanhaltung seiner persönlichen Haftung erforderlich, daß er in allen Fällen des Eigentumsvorbehaltes Sonderkonten für die eingehenden Erlöse anlege und dies sei in der Praxis kaum durchführbar. Das Institut der Ersatzaussonderung sei daher auf der Grundlage der herrschenden Rechtsmeinung in den meisten Fällen praktisch wertlos, sondern könne höchstens zu Schadenersatzforderungen gegenüber dem Ausgleichs- oder Masseverwalter führen. Zugunsten der klagenden Partei sei nach den erstgerichtlichen Feststellungen mit der Gemeinschuldnerin ein Eigentumsvorbehalt vereinbart und es seien bei Ausgleichseröffnung noch Leistungen im Werte von S 1,663.404,- vorhanden gewesen. Dem Ausgleichsverwalter seien von der S\*\*\*\*\* auf ein von ihm für die Ausgleichsschuldnerin eingerichtetes allgemeines Ausgleichs- und Konkurssonderkonto zur Abgeltung der gegenständlichen Lieferungen und Arbeiten insgesamt S 2,817.365,52 überwiesen worden. Die erstgerichtliche Rechtsansicht, der Ersatzaussonderungsanspruch betrage nur S 1,386.170,-, weil Umsatzsteuer im Hinblick auf die vorsteuerabzugsberechtigte Gemeinschuldnerin nicht berücksichtigt werden könne, sei im Sinne der §§ 12, 16 ff Umsatzsteuergesetz 1972 unrichtig. Es sei vielmehr eine Bruttoverrechnung vorzunehmen und demgemäß ein Ersatzaussonderungsanspruch in der Höhe von insgesamt S 1,663.404,- zuzuerkennen.

In der Revision des beklagten Masseverwalters wird dessen Passivlegitimation weiterhin bestritten, weil der zunächst bestellte Ausgleichsverwalter mit der klagenden Partei als Subunternehmerin einerseits und mit der Bestellerin S\*\*\*\*\* andererseits einen "Dreivertrag" geschlossen habe, wonach unter Lösung dieser "Dreierverhältnisse" die klagende Partei unmittelbar Lieferantin der Auftraggeberin S\*\*\*\*\* geworden und die beklagte Partei aus dem Rechtsverhältnis ausgeschieden sei. Diesen Einwand habe das Berufungsgericht durch bloßen Hinweis auf die erstgerichtlichen Urteilsausführungen S 26 f abgetan. Da sich dieser Sachverhalt aber allein aus Urkunden herleite, sei die diesbezügliche Urkundenauslegung revisibel. Der Ausgleichsverwalter sei im Edikt auch mit den Rechten des Masseverwalters im Konkurs ausgestattet gewesen, für ihn habe daher nicht § 20 b AO, sondern grundsätzlich § 21 KO gegolten und er sei bei Annahme eines unteilbaren, beiderseits noch nicht vollständig erfüllten Vertrages sicher zum gänzlichen oder teilweisen Vertragsrücktritt, also zur Vertragsauflösung, berechtigt gewesen, habe diesen Rücktritt auch mit Vereinbarungen verbunden und dabei unteilbare Leistungen zu teilbaren machen dürfen. Demgemäß sei die beklagte Partei aus der Verpflichtung, von der klagenden Partei gelieferte (bereits eingebaute) oder zu liefernde Rohre zu bezahlen, ausgeschieden. Auch wenn der spätere Ausgleichsverwalter diese Vereinbarungen seines Vorgängers nicht mehr habe durchführen und sie daher nicht einhalten habe können, seien sie als solche gültig und demgemäß ein Leistungsanspruch der klagenden Partei an die Gemeinschuldnerin erloschen. Hinsichtlich der Teilbarkeit der Leistungen stelle sich zunächst die Frage, ob der zwischen der klagenden Partei und der späteren Gemeinschuldnerin geschlossene Vertrag ein Kaufvertrag oder Werklieferungsvertrag gewesen sei, wogegen ein Werkvertrag wohl von

vornherein ausscheide. Die Teilbarkeit des Vertrages sei anzunehmen, weil man Montagearbeiten ohne weiteres von Rohrlieferungen trennen und zudem nach Größe und räumlicher Ausdehnung dieser Waren nur ein Sukzessivlieferungsvertrag vorliegen könne. Somit sei die Rechtsansicht des Berufungsgerichtes, es handle sich bei der Geldforderung der klagenden Partei um eine unteilbare Masseforderung, unrichtig. Vielmehr seien die vor dem 8.6.1988 erbrachten Lieferungen und Leistungen Konkursforderungen, gegebenenfalls die zwischen 8.6. und 28.12.1988 erbrachten Lieferungen und Leistungen - bei Bejahung der Passivlegitimation - Masseforderungen, deren Unterteilung in Punkt 2 des angefochtenen Urteilspruches unterblieben sei. Der im angefochtenen Urteil zugrundegelegte Eigentumsvorbehalt ergebe sich nicht aus dem Grundvertrag, sondern nur aus einzelnen Auftragsbestätigungen usw., die Tatsache der Dauergeschäftsverbindung könne nicht maßgebend sein. Das Richterrecht der auf § 44 Abs.2 KO gegründeten Ersatzaussonderung sei nur zuzulassen, wenn es den Interessen der Volkswirtschaft und des Gläubigers und Schuldners diene; im allgemeinen und auch hier sei es zu verneinen, weshalb der Masseverwalter keine Absonderung der erzielten Eingänge vorgenommen habe, zumal er dieses Rechtsinstitut ablehne. Aus dem Zusammenhalt der §§ 44, 46 und 47 KO könne keinesfalls geschlossen werden, daß Forderungen, die nach § 44 Abs.2 KO zu qualifizieren seien und hinsichtlich deren dem Masseverwalter der Vorwurf gemacht werde, er hätte sie von der übrigen Masse trennen sollen, anders zu behandeln seien als die im § 46 KO aufgezählten Masseforderungen. Rangordnungen von Forderungen in Insolvenzverfahren könnten nicht dadurch geschaffen werden, daß eine bestimmte Forderung in einem anderen Paragraphen definiert werde als in dem die taxativ aufgezählte Masseforderung festgelegt sei. Man könne einem mit den Rechten des Masseverwalters ausgestatteten Ausgleichsverwalter, der das Unternehmen fortführen müsse, nicht auftragen, nach § 44 Abs.2 KO vorzugehen, wenn er gerade aus diesem Geschäft ins Gewicht fallende, die Liquidität des ausgleichsschuldnerischen Unternehmens fördernde und die Masse vermehrende Einnahmen ziehen könne, zu denen er im Sinne des Wortlautes des § 46 Abs.1 Z 2 KO in dem Zeitpunkt geradezu verpflichtet gewesen sei. Die Rechtsansicht, das Prozeßgericht habe zur Leistung binnen 14 Tagen zu verurteilen, obwohl schon jetzt feststehe, daß die Forderung nur quotenmäßig als Masseforderung zum Zug kommen könne und erst mit der Schlußrechnung fällig werde, sei unrichtig und widerspreche § 47 Abs.2 KO.

Keines der beiden Rechtsmittel ist gerechtfertigt.

### **Rechtliche Beurteilung**

Zur Revision der klagenden Partei:

Die Rechtsmittelwerberin führt zutreffend aus, daß ihr im Hinblick auf die nach der Konkursöffnung erfolgte Verarbeitung ihres Materials und Verrechnung durch den Masseverwalter gegenüber der S\*\*\*\*\* sowie deren Zahlung an die Masse grundsätzlich gemäß § 44 Abs.2 KO ein Anspruch auf Ersatzaussonderung dieses von der S\*\*\*\*\* geleisteten Entgeltes zusteht.

Hinsichtlich einer solchen Ersatzaussonderung (vgl SZ 24/138) wurde in den von der Rechtsmittelwerberin zitierten Entscheidungen SZ 50/42 und SZ 52/154 auch auf die Möglichkeit einer Quantitäts vindikation (hiezu bereits SZ 10/356) verwiesen. In der erstgenannten Entscheidung wurde ausgeführt, daß die Aussonderung von Geld aus einer Konkursmasse dann nicht mehr möglich sei, wenn es infolge Vermengung im Sinne des § 371 ABGB nicht mehr der Eigentumsklage unterliege. Dies sei jedoch nicht nur anhand der Regelung des § 371 ABGB, sondern auch jener des § 415 ABGB zu beurteilen, die im Falle einer Vereinigung abgegrenzter Mengen gleichartiger Sachen dem Eigentümer eine Eigentumsklage auf die bestimmte (von ihm stammende Quantität gewähre (Quantitäts- oder Mengenvindikation), die auf Abtrennung eines entsprechenden Teiles des im Miteigentum stehenden Gemenges gerichtet sei. Umstritten sei allerdings das Verhältnis zwischen der Vermengungsregel des § 371 ABGB und jener des § 415 ABGB. Nach der im Schrifttum überwiegend vertretenen Ansicht beziehe sich § 415 ABGB auf solche Fälle, in denen die vermengte Sache vom sonstigen Vermögen des Erwerbers noch abgrenzbar sei. § 371 ABGB komme hingegen nur dann zur Anwendung, wenn eine solche Abgrenzung nicht mehr möglich sei, sondern sich die Sache im Vermögen des anderen (hier Gemeinschuldners) "verloren" habe. Im zugrundeliegenden Fall sei der begehrte Geldbetrag, eine Treuhandeinlage, aber in der Konkursmasse noch abgrenzbar vorhanden, weil sich die Treuhandeinlage auf einem für Treuhandeinlagen geführten Bankkonto befindet. In der Entscheidung SZ 52/154 wurde darauf verwiesen, daß auch beim Ersatzaussonderungsanspruch nach § 44 Abs.2 KO nicht eine Geldforderung in Höhe des Erlöses gegen die Konkursmasse geltend gemacht, sondern nur der konkrete, in der Masse noch vorhandene und individualisierbare Leistungsgegenstand abgesondert werden könne - also nicht ein Geldbetrag schlechthin -, weil der Anspruch auf Ersatzaussonderung wie der Primäranspruch nach § 44 Abs.1 KO auf einem dinglichen Recht beruhe (ebenso SZ

32/161; SZ 48/21; SZ 59/228). Der in Geld bestehende Erlös aus der auszusondernden Sache sei aber nur solange Gegenstand der Eigentumsklage, als er unterscheidbar (§ 371 ABGB) vorhanden sei. Für die abweichende Meinung von Petschek-Reimer-Schiemer, wonach dem Aussonderungsberechtigten die Ersatzaussonderung des an die Masse geleisteten, wenngleich darin nicht unterscheidbar vorhandenen Entgeltes gestattet sei, spreche die Möglichkeit der Quantitäts vindikation und der Umstand, daß die Ersatzaussonderung bei Zugrundelegung der herrschenden Meinung in den allermeisten Fällen praktisch wertlos sei. Welcher Ansicht der Vorzug gegeben werden sollte, könne aber für den gegenständlichen Fall aus den im einzelnen angeführten Gründen dahingestellt bleiben.

Auch in dieser vorgenannten Entscheidung hat der Oberste Gerichtshof demnach ausdrücklich darauf verwiesen, daß eine Ersatzaussonderung nur hinsichtlich eines konkreten in der Masse noch vorhandenen und individualisierbaren Leistungsgegenstandes erfolgen könne, weil der Anspruch auf diese Ersatzaussonderung auf einem dinglichen Recht beruhe.

Petschek-Reimer-Schiemer, Österreichisches Insolvenzrecht 451, führen lediglich Billigkeitsgründe für die Gestattung einer Ersatzaussonderung an, legen selbst zugrunde, daß das Entgelt ununterscheidbarer Massebestandteil geworden ist und erklären nicht, wie ein Aussonderungsanspruch ohne dingliches Recht an der auszusondernden Sache begründbar erscheint. Ihre (aaO 450 FN 30) von der Revisionswerberin ins Treffen geführte Darstellung der Entstehungsgeschichte des § 44 Abs 2 KO zeigt die widersprüchlichen Standpunkte schon zum ursprünglichen Referentenentwurf, ohne daß hieraus Anhaltspunkte für eine Auslegung in der von ihr gewünschten Richtung, insbesondere für eine die Voraussetzungen eines dinglichen Rechtes verneinende Interpretation dieser Gesetzesstelle gewonnen werden könnten.

Die in den Entscheidungen SZ 50/42 und SZ 52/154 (in diesem Sinne auch6 Ob 731/78; SZ 52/67; 1 Ob 521/82) genannte Möglichkeit der Quantitäts vindikation gemäß § 415 ABGB setzt also, wie obenstehend ausgeführt, voraus, daß die Sache in einem deutlich abgegrenzten Gemenge gleichartiger Sachen (verschiedener Eigentümer) noch vorhanden ist und der entsprechende Teil daher aus dem Gemenge abgetrennt werden kann oder zumindest (vgl. Holzner JBI 1988, 635 ff; Spielbüchler in Rummel ABGB2 Rz 2 zu § 371; Koziol Welser9 I 70), daß die Anteile feststellbar sind. Gelder verschiedener Eigentümer sind nicht nur dann im Sinne der §§ 371, 415 ABGB von ihrem sonstigen Vermögen abgrenzbar und ch unterscheidbar und lassen Mengeneigentum als Unterfall von Miteigentum entstehen, wenn sie in einer Kassette oder Brieftasche verwahrt werden, sondern auch dann, wenn sie auf einem Giro- oder Sparkonto erlegt wurden (SZ 10/356; 1 Ob 521/82; 1 Ob 675/78; 6 Ob 731/78; 8 Ob 1524/89 ua). Wenn sich kein bestimmter Anteil am Gemenge mehr nachweisen läßt, weil vor Feststellung seines Umfanges Geld in unbestimmter Höhe entnommen wurde, dann scheitert die Eigentumsklage (Spielbüchler aaO).

Im vorliegenden Falle wurde der Erlös für die nach Konkursöffnung verarbeiteten Materialien der klagenden Partei von der S\*\*\*\*\* auf das Bankkonto des Masseverwalters überwiesen und dieser hat nach den Feststellungen eine - an sich durchaus mögliche - Absonderung dieses Geldes von den übrigen Zahlungsein- und -ausgängen nicht vorgenommen; er hat ihn vielmehr im Sinne der SZ 32/161 mit dem übrigen "Massebetrag" vermengt. Daß sich der Erlös dennoch nicht in der aus wechselnden Geldern bestehenden Masse gänzlich "verloren" hat, sondern noch ein bestimmbarer Anteil konkret an einem konkret vorhandenen Geldmenge gegeben und feststellbar sei, muß unter diesen Umständen aber verneint werden und wurde von der klagenden Partei auch selbst gar nicht behauptet. Damit fehlt es der klagenden Partei aber an einem dinglichen Recht auf den in die Konkursmasse gelangten Erlös, sodaß ihr erhobenes Ersatzaussonderungsbegehren vom Berufungsgericht zu Recht abgewiesen wurde.

Zur Revision des beklagten Masseverwalters:

Den umfangreichen Rechtsmittelausführungen über den aus den vorliegenden Urkunden hervorgehenden Abschluß eines "Dreier-Vertrages", der angeblich den Mangel der Passivlegitimation begründet, ist zu entgegnen, daß der Rechtsmittelwerber im Zuge des Insolvenzverfahrens selbst erklärt hatte, sich an die vom früheren Ausgleichsverwalter getroffenen, vom Ausgleichsgericht und Gläubigerbeirat nicht genehmigten (vgl. § 30 Abs.5 AO, §§ 83, 116 Z 5 KO) Abprachen über Vertragsänderungen nicht gebunden zu erachten, ein vom Ausgleichsgericht zu genehmigender Rücktritt vom ursprünglichen Vertrag im Sinne des § 20 b AO bzw ein Rücktritt gemäß § 21 KO nicht erklärt wurden, sondern dieser Vertrag tatsächlich weiterhin auch durch Verarbeitung des von der klagenden Partei angelieferten, ihr gehörigen Materials vom Masseverwalter wie er in der Revision selbst zugesteht, erfüllt wurde und daß er alle diese Leistungen an die S\*\*\*\*\* direkt verrechnete und auch deren Zahlung hiefür vereinnahmte. Das Verhalten des

Masseverwalters hinsichtlich seiner im Sinne des § 21 Abs.1 KO zu treffenden Wahl (vgl RZ 1988/61 S.277) war somit eindeutig und das Vorliegen einer privativen Schuldübernahme durch die S\*\*\*\*\* wurde schon deswegen von den Vorinstanzen zu Recht verneint.

Auch der weitere Einwand, der gegenständliche Vertrag zwischen der klagenden Partei und der Gemeinschuldnerin beziehe sich jedenfalls auf im Sinne des § 21 Abs.4 KO teilbare Leistungen, ist nicht gerechtfertigt. Teilbar ist eine Leistung dann, wenn sie sich in Teilleistungen zerlegen läßt, die zusammengenommen den Wert der ganzen Leistung ausmachen. Unteilbarkeit liegt vor, wenn die Einzelleistungen für sich allein für den Leistungsempfänger nicht von Wert sind (Bartsch Pollak II 230; 3 Ob 533/81).

Nach den unbekämpften erstgerichtlichen Feststellungen (Urteil S 10 letzter Absatz und S 11 Absatz 1) umfaßte der an die klagende Partei ergangene Auftrag die Lieferung vorisolierter Rohre samt Alarindrähten in der Umschalung und die - nach der durch die Gemeinschuldnerin vorgenommenen Verlegung der Rohre - nach dem System der klagenden Partei durchzuführende Nachisolierung und Ummantelung dieser Rohre. Eine getrennte Vergabe dieser Aufträge einerseits an die klagende Partei als Rohrlieferant und andererseits an einen anderen Nachisolierungshersteller ist zwar theoretisch möglich, aber nicht wirtschaftlich und auch aus Gründen der Gewährleistung unüblich. Die Nachisolierung hätte von einer anderen Firma nach einem anderen System erfolgen müssen, bei einer solchen geänderten Nachisolierung hätte das über ein mit Alarindrähten in der Umschalung versehenes Eisenrohr zu schiebende Rohr (= Kunststoffummantelung) dann nicht mehr gepaßt.

Unter diesen Umständen ist es aber nicht zweifelhaft, daß hier eine den besonderen Wünschen des Bestellers entsprechende Sache herzustellen war (JBI 1952, 17; SZ 24/171; SZ 49/208; SZ 41/133; SZ 38/69 ua), daß die Lieferung der Rohre und deren - nach Verlegung durch die Gemeinschuldnerin - nach dem System der klagenden Partei erforderliche Weiterbearbeitung als unteilbare Leistung anzusehen sind und daß die Forderung der klagenden Partei daher eine Masseforderung im Sinne des § 46 Abs 1 Z 4 KO darstellt.

Der vom beklagten Masseverwalter vertretenen Ansicht, er könne nicht zur Leistung binnen 14 Tagen verurteilt werden, steht die nunmehr einhellige gegenteilige Rechtsprechung entgegen (SZ 43/34; EvBl 1973/81 S.186; SZ 56/148; 14 Ob A 14/87 ua).

Somit war keiner der Revisionen Folge zu geben.

Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens gründet sich auf die §§ 41 und 50 ZPO.

#### **Anmerkung**

E29026

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

ECLI:AT:OGH0002:1992:0080OB00023.9.0428.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19920428\_OGH0002\_0080OB00023\_9000000\_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)