

JUDIKATUR FÜR DEN 18.10.2017

OGH 18.4.2002, 8 Ob 143/01i (ZUR UNWIRKSAMKEIT VON GEMEINSCHULDNER-HANDLUNGEN)

Die nunmehrige Gemeinschuldnerin hat von der Klägerin ab dem Jahr 1995 an zwei Standorten Wandtafeln als Werbeflächen angemietet. Die monatliche Miete betrug einschließlich Ankündigungsabgabe und Mehrwertsteuer je Tafel 2.340 S, insgesamt daher 4.680 S. Grund für die Anmietung dieser Werbeflächen war der Umstand, dass die Beklagte mit der Vertretung einer bestimmten Automarke betraut war.

Über das Vermögen der nunmehrigen Gemeinschuldnerin wurde am 1.7.1997 der Konkurs eröffnet, der am 28.7.1998 nach Zustandekommen eines Zwangsausgleichs mit einer 25 %-igen Quote aufgehoben wurde.

Die Klägerin hat im Konkursverfahren keine Forderungen angemeldet und auch keine Rechnungen über die Bestandzinse gelegt.

Unmittelbar nach Konkurseröffnung setzte sich der Geschäftsführer der Klägerin mit dem Geschäftsführer der Gemeinschuldnerin telefonisch in Kontakt, um sich nach der Möglichkeit, einen Gebrauchtwagen zu erwerben, zu erkundigen. Bei dieser Gelegenheit gab der Geschäftsführer der Gemeinschuldnerin seinem Gesprächspartner bekannt, dass der bisher von der Gemeinschuldnerin vertretene Autohersteller den Vertrag wegen der Konkurseröffnung gekündigt habe und damit für die Gemeinschuldnerin die Anmietung der Werbetafeln hinfällig geworden sei, weshalb unter einem der mündlich vereinbarte Mietvertrag aufgekündigt werde.

Mit ihrer am 9.3.1999 beim Erstgericht eingelangten Klage begehrte die Klägerin, die nunmehrige Gemeinschuldnerin zur Zahlung des Betrages von 86.580 S sA schuldig zu erkennen. Die Klägerin habe an die nunmehrige Gemeinschuldnerin zwei Wandtafeln für Werbezwecke vermietet. Der über das Vermögen der nunmehrigen Gemeinschuldnerin am 1.7.1997 eröffnete Konkurs sei nach Abschluss eines Zwangsausgleichs am 28.7.1998 wieder aufgehoben worden. Der Masseverwalter sei vom Dauerschuldverhältnis während des anhängigen Konkursverfahrens nicht zurückgetreten. Auch der Geschäftsführer der nunmehrigen Gemeinschuldnerin habe das Bestandverhältnis nicht gekündigt. Dieses sei erst Ende November 1998 einvernehmlich aufgelöst worden. Es werde der unberichtigt aushaftende Bestandzins für die Zeit vom 1.1.1997 bis einschließlich Oktober 1998 begehrt, wobei dieser für die Monate Jänner bis Juni 1997 nur mit der 25 %-igen Ausgleichsquote geltend gemacht werde.

Die Beklagte wendete dagegen ein, ihr Geschäftsführer habe bereits im Juni 1997 mit dem Geschäftsführer der Klägerin die einvernehmliche Beendigung des Vertragsverhältnisses vereinbart.

Das Erstgericht erkannte die Beklagte zur Zahlung eines Betrages von 35.100 S sA schuldig.

Das Gericht zweiter Instanz änderte dieses Urteil dahin ab, dass es die Beklagte zur Zahlung eines Betrages von 7.020 S sA schuldig erkannte und das Mehrbegehren abwies.

Die dagegen erhobene Revision der Klägerin ist nicht berechtigt.

Dem Berufungsgericht ist darin beizupflichten, dass dem Gemeinschuldner durch die Konkurseröffnung die Verfügung über die Masse entzogen wird und dass die Konkurseröffnung eine doppelte Verfügungsbeschränkung für den Gemeinschuldner mit sich bringt, nämlich eine in der Übernahme der Verwaltung durch den Masseverwalter gelegene tatsächliche und eine unmittelbar mit der Konkurseröffnung verbundene rechtliche, die sich in der relativen Unwirksamkeit von Rechtshandlungen des Gemeinschuldners äußert. Letztere führt gem § 3 KO nicht zu einer allgemeinen Beschränkung der Handlungsfähigkeit des Gemeinschuldners. Dieser bleibt vielmehr vollkommen verpflichtungsfähig; seine die Masse betreffenden Rechtshandlungen sind allerdings den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam. Eine nach Konkurseröffnung vom Gemeinschuldner vorgenommene Rechtshandlung hat im Verhältnis zwischen dem Gemeinschuldner und dem beteiligten Dritten ihre volle Wirkung (RIS-Justiz RS0063784; EvBl 1989/70; ZIK 2001, 123).

Unter Rechtshandlungen, die die Masse betreffen, sind nicht nur Rechtsgeschäfte, sondern alle Handlungen, die rechtliche Wirkungen hervorbringen, zu verstehen (*Schubert in Konecny/Schubert*, Kommentar zu den Insolvenzgesetzen § 3 KO Rz 3; ZIK 2001, 123). So ist etwa auch die Kündigung eine rechtlich relevante Handlung, die rechtliche Wirkungen im Vermögen des Gemeinschuldners hervorrufen kann, wobei es genügt, dass diese Wirkungen auch nur mittelbar die Masse betreffen (9 ObA 292/97z ua).

Die vom Geschäftsführer der Gemeinschuldnerin während des Konkursverfahrens ausgesprochene Aufkündigung des Bestandverhältnisses stellte zweifellos eine Rechtshandlung iSd § 3 KO dar. Sie hat gegenüber der Klägerin Wirkung im eingangs dargestellten Sinn entfaltet, weil die Klägerin hier als Dritter anzusehen ist. Gem § 51 Abs 1 KO ist Konkursgläubiger, wem vermögensrechtliche Ansprüche an den Gemeinschuldner zur Zeit der Konkurseröffnung zustehen. Dies trifft zwar auf die Klägerin zu, jedoch ist aus § 3 Abs 1 KO zu erschließen, dass Rechtshandlungen des Gemeinschuldners nur jenen Konkursgläubigern gegenüber unwirksam sein können, die aus der Konkursmasse Befriedigung suchen. Dass dies auf die Klägerin zutreffen könnte, hat sie nicht vorgebracht (vgl 5 Ob 63/99x) und ist auch aus dem Akt nicht ersichtlich, hat doch die Klägerin ihre Forderungen im Konkurs nicht angemeldet und ist auch sonst in keine Beziehung zur Konkursmasse getreten.

Wie sich aus § 23 KO ergibt, werden Bestandverträge durch die Konkursöffnung grundsätzlich nicht berührt, sondern tritt der Masseverwalter mit der Konkursöffnung in den Bestandvertrag ein (RIS-Justiz RS0020908). Wie die Klägerin im Verfahren selbst vorgebracht hat, hat der Masseverwalter - schon mangels Kenntnis vom Bestandverhältnis - von seinem Kündigungsrecht gem § 23 Abs 1 KO nicht Gebrauch gemacht. Die vom Gemeinschuldner ausgesprochene Kündigung des Bestandverhältnisses entfaltete für das Konkursverfahren mangels Genehmigung durch den Masseverwalter keine Wirkung (vgl *Schubert/Konecny*, KO Rz 12).

Die mangelnde Verfügungsfähigkeit des Gemeinschuldners erlischt allerdings mit rechtskräftiger Aufhebung des Konkurses. Seine Rechtshandlungen werden mit diesem Zeitpunkt wirksam (RIS-Justiz RS0063803; *Schubert/Konecny*, KO Rz 14 mwH). Sie erstrecken sich mit Wirkung ex tunc auf das zuvor konkursunterworfenen Vermögen (SZ 66/52). Auf die in diesem Zusammenhang von der Revisionswerberin aufgeworfene Frage der Bedingungsfeindlichkeit von Kündigungen (vgl *Schubert/Konecny*, KO Rz 12; MietSlg 36.383; HS 20.106), muss hier aus folgenden Erwägungen nicht näher eingegangen werden:

Das Berufungsgericht hat zutreffend darauf verwiesen, dass die Klägerin nach Ausspruch der Kündigung durch den Geschäftsführer der Gemeinschuldnerin keine weiteren Rechnungen mehr gelegt und ihre Forderungen im Konkursverfahren weder angemeldet noch - für die Zeit der Verfahrensdauer - als Masseforderungen geltend gemacht hat. Da die Kündigung auch sonst unwidersprochen blieb, ist iSd § 863 ABGB vom Vorliegen eines Aufhebungsvertrags auszugehen, der rückwirkend mit dem Tag seines Abschlusses nach Aufhebung des Konkursverfahrens wirksam wurde. Dass iZm dieser Regelung auch Kündigungsfristen und -termine zu beachten gewesen wären, wird in der Revision erstmals und damit unzulässig vorgebracht.

OLG Wien 16.4.2007, 3 R 7/07g ZIK 2007/159, 87 (UNWIRKSAMKEIT VON ZAHLUNGEN NACH KONKURSERÖFFNUNG)

Am 13.1.2006 wurde über das Vermögen der Gemeinschuldnerin der Konkurs eröffnet, ein Masseverwalter bestellt und noch am selben Tag der Beschluss über die Konkursöffnung in der Insolvenzdatei veröffentlicht.

Im Zeitpunkt der Konkursöffnung bestand bei der bekl Bank ein Bankkonto der Gemeinschuldnerin mit einem Guthaben von 20.238 €.

Am 16.1.2006 wurde um 7.34 Uhr von einem Mitarbeiter in der Zentrale der Bekl die Liste der Neueintragungen in der Insolvenzdatei abgerufen und, wie bei der Bekl üblich, die einzelnen Eintragungen der Reihe nach bearbeitet. Die Insolvenzdatei beinhaltete für den 13.1.2006 44 Eintragungen, davon 15 Konkursöffnungen und 18 Eintragungen von Nichteröffnungsbeschlüssen mangels kostendeckenden Vermögens, das die Gemeinschuldnerin betreffende Konkursverfahren befand sich auch S 17 des Ausdrucks. In der Zentrale der bekl P besteht kein Unterschied in der Bearbeitung von bereits eröffneten Insolvenzverfahren und Abweisungen mangels kostendeckenden Vermögens. Zuerst erfolgt ein Abgleich mit den Kundendaten, wobei nach Namen und Geburtsdatum als auch nach Firmenbuchnummer und Firmenwortlaut gesucht wird. Dabei wird überprüft, ob es sich bei den von der Insolvenz Betroffenen überhaupt um Bankkunden handelt. Danach wird in die KSV-Insolvenzdatei Einsicht genommen und auf etwaige Abweichungen zur Ediktsdatei geachtet. Findet sich ein Kunde der Bekl in der Insolvenzdatei, wird in der Kundendatei ein Vermerk über die Insolvenz gesetzt, mit dem jedoch keine Kontosperrung verbunden ist. Die Sachbearbeiter in der Zentrale, welche mit der Prüfung von Insolvenzen betraut sind, verfügen über keine Berechtigung, Konten zu sperren. Kontensperrungen aufgrund von Insolvenzen erfolgen ausschließlich durch die Kundenbetreuer der jeweiligen Filialen. Die durchschnittliche Bearbeitungszeit einer Insolvenzdateieintragung beträgt fünf Minuten. Nach Überprüfung sämtlicher Eintragungen werden die jeweiligen Filialen von der Zentrale mittels E-mail, dem die Ediktsdatei als Anhang angefügt ist, von der Insolvenz der Bankkunden in Kenntnis gesetzt.

Am 16.1.2006 verständigte die Zentrale um 11.06 Uhr per E-mail die zuständige Filiale von der Konkursöffnung, welche sofort ihre Kundendaten abfragte und herausfand, dass unter dem Namen der Gemeinschuldnerin mehrere Einträge bestanden. Die Kontosperrung erfolgte aufgrund von anfallender Kundenbetreuung erst um 12.14 Uhr.

Am 16.1.2006 behob die Gemeinschuldnerin um 11.15 Uhr am Geldausgabeautomaten 3.000 €, um 11.23 am Kassaschalter 17.000 €.

Der Masseverwalter sprach um ca 10.30 Uhr mit den Mitarbeitern der Gemeinschuldnerin wobei er darauf hinwies, dass vom Konto keine Abhebungen mehr durchgeführt werden dürfen. Mit der bekl Bank trat der Masseverwalter wegen der Eröffnung des Konkurses nicht in Kontakt, um eine Sperre des Kontos zu erwirken.

Das ErstG gab dem Klagebegehren des Masseverwalters auf Zahlung von 20.000 € zur Gänze statt, ein Mitverschulden des Masseverwalters aufgrund unterlassener Mitteilung der Insolvenz an die Bekl wurde nicht angenommen.

Der Berufung der bekl P blieb der Erfolg versagt.

Gem § 3 Abs 2 KO wird der Verpflichtete durch Zahlung einer Schuld an den Gemeinschuldner nach der Konkursöffnung nicht befreit, es sei denn, dass das Geleistete der Konkursmasse zugewandt worden ist oder dass dem Verpflichteten zur Zeit der Leistung die Konkursöffnung nicht bekannt war und dass die Unkenntnis nicht auf eine Außerachtlassung der gehörigen Sorgfalt beruht. Die Beweislast für das Vorliegen eines Ausnahmetatbestandes nach dieser Bestimmung trifft denjenigen, der sich darauf beruft.

Im vorliegenden Fall hat daher die Bekl zu beweisen, dass ihr die Rechtstatsache der Konkurseröffnung im Zeitpunkt der beiden Bargeldbehebungen ohne ihr Verschulden (noch) nicht bekannt war (*Schubert* in *Konecny/Schubert*, Kommentar zu den Insolvenzgesetzen § 3 KO Rz 37,63).

Die Sorgfaltspflichten der Banken in Zusammenhang mit der Kenntnisnahme von und der gebotenen Reaktion auf die Eröffnung von Insolvenzverfahren wurde von der Rsp im Laufe der Zeit – im Einklang mit der laufend fortschreitenden Modernisierung der Informations- und Kommunikationstechnik – sukzessive erhöht. Während in der älteren Rsp (vgl SZ 55/3) eine Verfolgung der Veröffentlichungen der Insolvenzen in den Amtsblättern als ausreichende Vorkehrung für die Überwachung der Konkurseröffnungen angesehen wurde, trug bereits die E 9 Ob 2009/96 (= ZIK 1996, 169) der technischen Entwicklung und den damit verbundenen Erleichterungen bei der Informationsbeschaffung Rechnung. Wegen der Existenz von Online-Datennetzen, die stets am neusten Stand seien und einen unmittelbaren Zugriff ermöglichten – konkret Teletext, die Datenbank des Kreditschutzverbandes (KSV) sowie das Internet – wurde eine Sorgfaltsverletzung der Bank bejaht, weil im Zeitpunkt der Auszahlung vom Konto des Gemeinschuldners seit dem Tag der Konkurseröffnung weit mehr als zwei Tage vergangen waren, die Konkurseröffnung aber schon ab 16.00 Uhr des ihr folgenden Tages über Teletext abfragbar gewesen wäre. *Schumacher* (ÖBA 1997, 303) vertrat in Besprechung dieser E die Ansicht, dass Banken nach – möglichst rascher – Kenntnisnahme von neuen Konkurseröffnungen eine entsprechende Zeit für die Zuordnung der – wenn auch elektronisch vermittelten – Insolvenzdaten zu den eigenen Bankkunden und für die Sperre der Konten gewährt werden müsse. An dem der Konkurseröffnung folgenden Tag sollte ein Sorgfaltsverstoß noch nicht, am zweiten Tag nach der Eröffnung nicht schon grundsätzlich angenommen werden. *Buchegger* (in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht⁴ § 3 KO Rz 72) stimmte dieser Ansicht zu.

Seit dieser – vor mehr als zehn Jahren ergangenen – Entscheidung musste der Bekl aber bewusst sein, dass sie ihre Organisationsabläufe zur Beschaffung von Informationen über und die Reaktion auf die Eröffnung von Insolvenzverfahren den jeweiligen technischen Neuerungen anzupassen und für eine möglichst rasche Kenntnisnahme und Reaktion zu sorgen hat.

In der E 4 Ob 65/01i (=RdW 2001/662), die zwar einen vergleichbaren Sachverhalt betraf, der sich aber ebenfalls noch vor Einführung der Insolvenzdatei (1.1.2000) ereignete, bejahte der OGH einen Sorgfaltsverstoß der Bank mit im wesentlichen folgender Begründung: „Hat sich nämlich eine Bank eine - wie hier: zweckmäßige - Organisation geschaffen, die es ihr ermöglicht, sich unter Wahrung der Interessen ihrer Kunden Informationen darüber zu verschaffen, ob über einen ihrer Kunden ein Konkursverfahren eröffnet worden ist, muss sie in weiterer Folge noch dafür Sorge tragen, dass auch unverzüglich sämtliche auf Grund dieser Kenntnis erforderlichen Maßnahmen getroffen werden, die eine Verfügung des Gemeinschuldners oder unberechtigter Dritter über jene Teile des konkursunterworfenen Vermögens hindern, das von der Bekl verwaltet wird. Bedarf es dazu einer Anordnung der kontoführenden Zweigstelle, ist zwischen Zentrale und Zweigstelle zur Weitergabe der erforderlichen Informationen wegen der gebotenen Dringlichkeit ein Kommunikationsweg zu wählen, der eine vorrangige Durchführung der erforderlichen Maßnahmen sicherstellt. Zu verlangen ist, dass die Information zuverlässig und ohne Verzögerung beim Empfänger einlangt und von diesem unmittelbar nach Eintreffen auch zur Kenntnis genommen wird. Die Übermittlung solcher Informationen im Wege eines internen E-mails ist daher nicht zweckmäßig, wenn nicht gleichzeitig gewährleistet ist, dass der Empfänger dessen Inhalt umgehend nach Einlangen zur Kenntnis nimmt, sofern andere übliche Kommunikationswege (zB Telefon) zur Verfügung stehen, bei denen diese Bedingung erfüllt ist.“

In dieser E neigte der OGH schließlich der Meinung von *Iro* (Banken und Wissenszurechnung, ÖBA 2001, 3 [19 f und 122]) zu und sprach aus, dass die Bekl sich auch unter Zugrundelegung dieser Lehrmeinung das Wissen des in der Zentrale eingesetzten Sachbearbeiters über die Konkurseröffnung mit der Wirkung zurechnen lassen müsse, dass allen danach erfolgten Verfügungen über das Konto der Gemeinschuldnerin keine schuldbefreiende Wirkung mehr zukomme.

Mit 1.1.2000 wurde die Insolvenzdatei eingeführt. In Insolvenzverfahren ergehende Beschlüsse sind seither durch Aufnahme in diese – über Internet allgemein zugängliche – Datenbank bekannt zu machen. Die Rechtswirkungen der Konkurseröffnung treten gem § 2 Abs 1 iVm § 173a KO mit Beginn des Tages ein, der der Aufnahme in die Insolvenzdatei folgt. Die Einbringung der Daten in die Insolvenzdatei erfolgt dabei an jedem Werktag zwischen 23.00 und 0.00 Uhr (Glossar zur Insolvenzdatei, www.edikte.justiz.gv.at), sodass diese spätestens um 0.00 Uhr dieses Tages abrufbar sind (vgl 8 Ob 2/06m, wonach im Regelfall eine Abrufbarkeit sogar bereits ab 23.00 gegeben ist).

Seit der Einführung der Insolvenzdatei kann sich der vom OGH in der zuletzt genannten E statuierte Sorgfaltsmaßstab für Kreditinstitute nicht verringert, sondern nur erhöht haben. Nach Ansicht *Mohrs* (Wann ist die Einsicht in die Ediktsdatei geboten? ZIK 2000, 3) haben insb die (oben wiedergegebenen) Ausführungen *Schumachers* mit der Einführung der Insolvenzdatei ihre Bedeutung verloren. Aufgrund der im Internet abrufbaren Insolvenzdatei sei – anders als noch bei Teletext – ein technischer Abgleich der Daten möglich. Dies ermögliche eine schnellere Reaktion, und zwar noch vor Arbeitsbeginn in der Früh, weil die Daten in der Insolvenzdatei bereits vor Mitternacht abrufbar seien.

Dieser Ansicht ist zu folgen. Die Bekl hat angesichts des Umstandes, dass die Rechtstatsache der Eröffnung des Insolvenzverfahrens bereits zwischen 23.00 und 0.00 Uhr des Tages ihrer Bekanntmachung in der Insolvenzdatei abrufbar ist, eine Organisation einzurichten, die es ermöglicht, dass bereits bei Öffnung ihrer Filialen am nächsten Tag eine Verfügung über die von ihr geführten Kundenkonten, die von der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens betroffen sind, nicht mehr möglich ist. Dem Vorbringen der Bekl ist auch nicht zu entnehmen, weshalb eine Kontosperre nur durch die Kundenbetreuer in den einzelnen Filialen – und nicht etwa anlässlich der Prüfung der Insolvenzfälle bereits in der Zentrale – möglich sein sollte. Schließlich weist der Kl zutreffend darauf hin, dass betreffend die im Firmenbuch

eingetragenen Kunden der Bekl angesichts der österreichweit nur einmal vergebenen Firmenbuchnummer, die zweifellos auch die Bekl in ihrem EDV-System erfassen kann, Verwechslungen kaum denkbar sind und ein händischer Abgleich daher nicht erforderlich erscheint.

Selbst wenn man aber mit *Schumacher* nach wie vor der Ansicht ist, den Banken sei eine gewisse Zeit zur Verarbeitung der Informationen über Konkursöffnungen zuzugestehen, wäre für die Bekl im konkreten Fall nichts gewonnen. *Iro* vertritt in der zitierten Abhandlung zusammengefasst die Meinung, dass immer dann, wenn der Einsatz von Gehilfen eine Verschlechterung der vom Gesetzgeber als eines gerechten Interessenausgleichs vorgesehene Rechtsposition Dritter mit sich brächte, der Geschäftsherr so zu behandeln sei, als wäre er selbst tätig geworden. Dies gelte insb auch für tatbestandsrelevantes Wissen und Wissenmüssen. Daher müsse sich der Geschäftsherr das Wissen, das der Gehilfe im Zuge der ihm aufgetragenen Tätigkeit erlangt habe oder erlangen hätte können, im Rahmen von Wissenstatbeständen zurechnen lassen. Durch den Einsatz von Gehilfen dürfe die Rechtsposition des Dritten nicht verschlechtert werden.

Nach dieser überzeugenden Lehrmeinung muss die Bekl sich das Wissen ihres in der Zentrale eingesetzten Sachbearbeiters über die Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen der Gemeinschuldnerin zurechnen lassen. Dieser Wissenstatbestand auf Seiten der Bekl lag aber unstrittig (die Gemeinschuldnerin befand sich auf S 17 der Liste der Neueintragungen) bereits geraume Zeit vor den in Rede stehenden Abhebungen vor. Alle nach diesem Zeitpunkt erfolgten Verfügungen über das Konto der Gemeinschuldnerin erfolgten daher nicht mehr mit schuldbefreiender Wirkung.

Auf die von der Berufungswerberin im Rahmen der Rechtsrüge begehrten zusätzlichen Feststellungen über die Arbeitsbelastung in der das Konto der Gemeinschuldnerin führenden Filiale kommt es für die rechtliche Beurteilung nicht an.

Auch aus dem Verweis auf die dt Rechtslage ist für die Berufungswerberin nicht zu gewinnen. Gem § 82 dInsO wird der Leistende stets von der Verpflichtung zur neuerlichen Leistung befreit, wenn er von der Eröffnung des Insolvenzverfahrens keine Kenntnis hatte. Fahrlässige (auch grob fahrlässige) Unkenntnis schließen den Schutz der Bestimmung nicht aus (*Ott*, MünchKommInsO § 82 Rz 13). Anders als nach österr Recht liegt es auch am Insolvenzverwalter, dem Leistenden die Kenntnis der Eröffnung des Insolvenzverfahrens im Leistungszeitpunkt nachzuweisen.

Das ErstG hat daher im Ergebnis zu Recht eine Zahlungsverpflichtung der Bekl nach § 3 Abs 2 KO bejaht. Nach zutreffender Rechtsansicht des ErstG ist ein Mitverschulden des Kl zu verneinen. Eine Verständigung der das Konto der Gemeinschuldnerin führenden Bank von der Eröffnung des Konkursverfahrens und/oder die Veranlassung einer Kontosperrung zählt nicht zu den Sorgfaltspflichten des Masseverwalters nach den §§ 81f KO.

OGH 10.7.2008, 8 Ob131/07h **(AUSSONDERUNG VON GELDBETRÄGEN AUF EINEM GIROKONTO)**

Über das Vermögen des Gemeinschuldners (Schlossermeister) wurde am 2.11.2005 der Konkurs eröffnet und der Bekl zum Masseverwalter bestellt. Mit Beschluss vom 10.8.2006 wurde die Schließung des Unternehmens angeordnet. Mit Beschluss vom 21.8.2006, der am 25.9.2006 in der Insolvenzdatei veröffentlicht wurde, stellte das KonkursG fest, der Masseverwalter habe Masseunzulänglichkeit angezeigt.

Die Kl befand sich sowohl mit dem Gemeinschuldner als auch mit einer ihrer Firma ähnlich lautenden Schlosserei GmbH, bei der der Gemeinschuldner allerdings weder Organ noch Gesellschafter oder Prokurist ist, in Geschäftsbeziehung. Die Schlosserei GmbH legte am 20.10.2006 eine zweite Teilrechnung über 12.000 € brutto, die in weiterer Folge auf den nunmehrigen Klagsbetrag von 9.847,68 € brutto korrigiert wurde. Die Kl überwies diesen Betrag am 10.11.2006, verwendete dabei jedoch irrtümlich die in ihrem System gespeicherte Kontonummer des Gemeinschuldners, sodass der Betrag am Konkursanderkonto des bekl Masseverwalters einlangte. Der Bekl lehnte eine Rücküberweisung mit der Begründung ab, der Kl stehe nur eine Masseforderung zu, die aber wegen Massearmut nicht befriedigt werden könne. Seit dem Eingang der Fehlüberweisung gab es auf dem Konkursanderkonto keine Ein- und Ausgänge mehr. Der Kontostand übersteigt jedenfalls den von der Kl geforderten Betrag.

Mit ihrer am 7.2.2007 eingebrachten Klage begehrt die Kl zuletzt, den Bekl schuldig zu erkennen, den von der Kl am 10.11.2006 irrtümlich auf das Konkursanderkonto überwiesenen Betrag von 9.847,68 € samt Zinsen herauszugeben. Hilfsweise stellte sie ein entsprechendes Zahlungsbegehren in selber Höhe, gestützt auf eine Quantitätsvindikation. Das Geld sei noch abgrenzbar und unterscheidbar, da auf dem Konkursanderkonto keine anderen Ein- oder Ausgänge mehr verbucht worden seien.

Das ErstG gab dem Klagebegehren in der Hauptsache zur Gänze statt, wies jedoch das Zinsenbegehren, soweit es 4% übersteigt, unbekämpft ab.

Das BerufungsG gab der Berufung des Bekl Folge und änderte das Urteil dahingehend ab, dass es das Hauptklagebegehren abwies und nur dem eventualiter erhobenen Zahlungsbegehren stattgab.

Die Revision der Kl hatte Erfolg.

Allgemein ist vorweg festzuhalten, dass sich der Massegläubiger iSd §§ 46, 47 KO vom Aussonderungsberechtigten nach § 44 KO dadurch unterscheidet, dass der Massegläubiger die Zugehörigkeit zur Sollmasse (*Bartsch/Pollak*, Österreichisches Insolvenzrecht [1973] § 44 Anm 3) nicht bestreitet, sondern lediglich eine bevorzugte Befriedigung vor den anderen Konkursgläubigern aus der Verwertung der Masse geltend macht (Näheres s ua *Engelhart* in *Konecny/Schubert*, Kommentar zu den Insolvenzgesetzen § 46 KO Rz 14 ff).

Nach der Rsp sind Guthaben auf einem Giro- oder Sparkonto Geldscheinen in den hier wesentlichen Aspekten gleichzusetzen und ist die Quantitätsvindikation nach den Miteigentumsregeln des § 415 ABGB auch auf Buchgeld anzuwenden, weil der Gemeinschuldner daran nicht originär Eigentum erworben hat, soweit es nicht infolge Vermengung nicht mehr der Eigentumsklage unterliegt (RIS-Justiz RS0010924 mwN; 8 Ob 4/94 = JBl 1995, 520; 8 Ob 29/95 = JBl 1996, 662; 6 Ob 2352/96t = SZ 70/63). In der E 6 Ob 2352/96t (SZ 70/63) wurde etwa festgehalten, dass der Aussonderungsanspruch voraussetzt, dass sich ein bestimmter Anteil am Gemenge feststellen ließe (allgemein zum Erfordernis der Unterscheidbarkeit RIS-Justiz RS0064764 mwN).

Schulyok (in *Konecny/Schubert*, KO § 44 Rz 16) kritisiert die Rsp und weist darauf hin, dass es bei der Überweisung von Buchgeld nicht zu einem Eigentumserwerb durch den Kontoinhaber komme, sondern bloß die kontoführende Bank Eigentümerin werde. Eine sachenrechtliche Betrachtung scheide aus; der Gemeinschuldner könne nur ein Forderungsrecht gegen die kontoführende Bank erwerben. Ein auf einem Forderungsrecht gründender Aussonderungsanspruch könne aber nur dann Bestand haben, wenn der Gemeinschuldner im Falle der Insolvenz der kontoführenden Bank einen Aussonderungsanspruch habe. Da eine diesbezügliche Forderung jedoch nur eine Konkursforderung darstelle, könne der Gläubiger des Gemeinschuldners nicht besser gestellt sein als dieser selbst.

Rabl (Die Aussonderung von Buchgeld, ÖBA 2006, 575 [580 ff]) lehnt diese Argumentation *Schulyoks* als nicht überzeugend ab. Die Aussonderung der Forderung gegen die Bank im Konkurs des Gemeinschuldners setze nicht zwingend voraus, dass die Forderung auch im Verhältnis zur Bank Aussonderungsqualität besitze, da sonst Forderungen stets als Aussonderungsobjekt auszuschließen wären. *Rabl* spricht sich allerdings ebenfalls gegen eine Gleichsetzung von Bar- und Buchgeld aus. Eine Aussonderung von Buchgeld sei aus dem materiellen Recht heraus nicht zu begründen. Die Aussonderung nach § 44 KO setze grundsätzlich voraus, dass das Buchgeld als Forderung gegen die Bank dem Kl nach den allgemeinen Grundsätzen iSd § 44 Abs 1 KO oder über § 44 Abs 2 KO zugewiesen sei.

Unter Berücksichtigung der Besonderheiten des vorliegenden Falls ist aber hier ein Aussonderungsanspruch im Konkursverfahren iSd bisherigen Rsp weiter zu bejahen.

Voraussetzung für einen Aussonderungsanspruch nach § 44 KO ist es, dass sich in der Konkursmasse eine „Sache“ befindet, die dem Gemeinschuldner nicht (oder nur teilweise nicht) gehört und deshalb nicht zur Sollmasse zählt. Der Aussonderungsanspruch kann sich auf Sachen und Rechte im weiteren Sinne beziehen und ist nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu beurteilen (*Schulyok* in *Konecny/Schubert*, KO § 44 Rz 3 mwN). Zweck der Bestimmung ist es, vom Konkursverfahren nur solche Vermögenswerte zu erfassen, die dem Gemeinschuldner tatsächlich gehören. Das vom Masseverwalter bei Eröffnung des Konkursverfahrens vorgefundene Vermögen (Istmasse) entspricht im Regelfall nicht der Sollmasse, weil zur Sollmasse zählende Vermögenswerte sich bei Dritten befinden oder von diesen beansprucht werden bzw Vermögen der Istmasse dem Gemeinschuldner weder rechtlich noch wirtschaftlich zuzuordnen ist, aus diesem Grunde obliegt es dem Masseverwalter, die Istmasse der Sollmasse anzugleichen und nicht zur Konkursmasse gehörende Vermögenswerte auszusondern (*Schulyok* in *Konecny/Schubert*, KO § 44 Rz 1).

Andererseits sieht § 46 Abs 1 Z 6 KO vor, dass zu begünstigten Masseforderungen auch Ansprüche aus einer „grundlosen Bereicherung“ der Konkursmasse, die auf einen der Bereicherungstatbestände des ABGB gestützt werden können, gehören (RIS-Justiz RS0065108 mwN). Der historische Gesetzgeber wollte dem Berechtigten gem § 46 Abs 1 Z 6 KO einen Bereicherungsanspruch als Masseforderung etwa für den Fall einräumen, dass der Masseverwalter eine fremde Sache veräußert und den Erlös ununterscheidbar mit der Masse vermengt hat (*Schulyok* in *Konecny/Schubert*, KO § 44 Rz 75; *Rabl*, ÖBA 2006, 557 f; 8 Ob 157/99t = EvBl 2000/103 mwN).

Im vorliegenden Fall kam es erst nach Konkurseröffnung zur irrtümlichen Überweisung des der Höhe nach unstrittigen Betrags. § 44 KO bestimmt nicht ausdrücklich, ob der (Aussonderungs-)Anspruch vor oder nach Konkurseröffnung entstanden sein muss. In den bisher entschiedenen Fällen betreffend Aussonderungsansprüche bei Buchgeld wurden die Überweisungen freilich regelmäßig vor Konkurseröffnung getätigt (*Rabl*, ÖBA 2006, 581 f).

In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass auch *Rabl* und *Schulyok* die Aussonderungsmöglichkeit jedenfalls bei treuhändig gehaltenen Forderungen bejahen (*Rabl*, ÖBA 2006, 581; *Schulyok* in *Konecny/Schubert*, KO § 44 Rz 3 mit Hinweis auf eine wirtschaftliche Betrachtungsweise; ferner RIS-Justiz RS0107635 und RS0010499 jeweils mwN; vgl zur Inkassozeession auch RIS-Justiz RS0113774 und 3 Ob229/99v = SZ 73/99).

Der bekl Masseverwalter ist – wie bereits ausgeführt – verpflichtet, Sachen, die nicht zur Masse gehören, auszuscheiden. Dies umfasst aber auch die Verpflichtung, Sachen, die sich nie in der Masse befunden haben und auch nicht zur Masse gehören, nach Konkurseröffnung gar nicht in diese aufzunehmen.

Dass im hier zu behandelnden Fall der Überweisungsbetrag direkt auf dem Konto des Gemeinschuldners in dessen Verfügung gelangt wäre, wurde nicht festgestellt. Der Kontovertrag des Gemeinschuldners erlischt regelmäßig mit der Konkurseröffnung (*Weber-Wilfert/Widhalm-Budak* in *Konecny/Schubert*, KO § 26 Rz 40 mwN; *Lovrek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht IV⁴ § 114 Rz 3; RIS-Justiz RS0033010), jedoch kann der Masseverwalter die Kontoverbindung fortsetzen (*G. Kodek*, Handbuch Privatkonkurs, Rz 222) und damit wohl auch die Überweisung auf sein „Anderkonto“ verfügen. Es geht hier also um den Anspruchserwerb des Masseverwalters selbst. Der Masseverwalter unterliegt einer umfassenden Pflichtbindung auch gegenüber den Aussonderungsgläubigern

(*Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollack/Buchegger* III³ § 81 Rz 81; RIS-Justiz RS0110546; zur unzulässigen Berücksichtigung von Sonderinteressen RIS-Justiz RS0065386). Dementsprechend hat er das Entstehen einer Zugehörigkeit von Forderungen zur Masse, wenn diese Forderungen keinerlei Bezug zur Masse oder zum Gemeinschuldner haben – also unstrittig eine Grundlage dafür, dass der Gemeinschuldner diese Forderung iSd § 1 Abs 1 KO nach Konkurseröffnung noch „erlangt“ (*Buchegger* in *Bartsch/Pollack/Buchegger* I⁴ § 1 KO Rz 117; *Petschek/Reimer/Schiemer*, Das österreichische Insolvenzrecht [1973] 228 ff), nicht besteht – zu unterbinden. Er hat abgrenzbare Forderungen, soweit die Zugehörigkeit zur Masse entgegen dieser allgemeinen Verpflichtung des Masseverwalters nach der Konkurseröffnung begründet wurde, wieder auszuschneiden. Dies gilt daher fallbezogen auch, soweit bloß durch das irrtümliche Anführen einer unrichtigen Kontonummer eine unstrittig nicht dem Gemeinschuldner zustehende und für diesen bestimmte Geldforderung auf das Anderkonto („Treuhandkonto“) des Masseverwalters gelangt. Das die Vereinbarungen des Kontovertrags diesem Ergebnis hier entgegenstehen würden (*Rabl*, ÖBA 2006, 583), releviert der Bekl nicht. Dass es seit dem Eingang der Fehlüberweisung auf dem Konkursanderkonto keine Ein- und Ausgänge mehr gab und der Kontostand jedenfalls den von der Kl geforderten Betrag übersteigt, steht fest. Der Aussonderungsanspruch ist daher zu bejahen.

OGH 23. 4. 2008, 7 Ob 228/07s

(KEINE ABSOLUTE WIRKUNG ÜBLICHER VINKULIERUNGSVEREINBARUNGEN)

Der nunmehrige Gemeinschuldner (in der Folge: Versicherungsnehmer) schloss mit der Nebenintervenientin in den Jahren 1995 bis 1998 drei Lebensversicherungsverträge und mit der Kl zwischen 1999 und 2003 mehrere Kreditverträge ab.

Im April 1999 nahm die Nebenintervenientin iSd Ersuchens der Kl und des Versicherungsnehmers eine Vinkulierung der Lebensversicherungsverträge zugunsten der Kl vor. Die Nebenintervenientin bestätigte ua, das Bezugsrecht für den Er- und Ablebensfall auf die Dauer der Vormerkung (Vinkulierung) zugunsten der Kl zu ändern, in bestimmten Fällen, wie etwa Bezugsrechtsänderung, Verpfändung, Abtretung oder Einstellung der Prämienzahlung, die Kl schriftlich zu verständigen und ua für den Fall eines Rückkaufs die entsprechenden Versicherungsleistungen dem Kreditkonto der Kl gutzubringen. Eine Verpfändung von Forderungen war von den Parteien nicht beabsichtigt.

Im Frühjahr 2001 sowie im Herbst 2002 beantragte der Versicherungsnehmer die Prämienfreistellung.

Am 15.5.2005 wurde der Konkurs über das Vermögen des Versicherungsnehmers eröffnet und der Bekl zum Masseverwalter bestellt. Mit Schreiben vom 3. 6. 2005 gab dieser gegenüber der Nebenintervenientin die Erklärung ab, gem § 21 KO nicht in die Versicherungsverträge einzutreten und ersuchte um Anweisung der Rückkaufswerte. Die Nebenintervenientin überwies den Klagsbetrag am 10.6.2005 auf das Massekonto.

Die Kl meldete im Konkurs des Versicherungsnehmers die Forderung aus den Kreditverträgen an, ohne gleichzeitig ein Absonderungsrecht hinsichtlich der Leistungen aus den Lebensversicherungsverträgen geltend zu machen.

Die Kl begehrt nun die Auszahlung der Rückkaufswerte unter Hinweis darauf, dass ihr daran ein Absonderungsrecht infolge des aus der Vinkulierung resultierenden Retentionsrechts zustehe. Die Kl habe den Masseverwalter aufgefordert, aus den von der Nebenintervenientin aus den Versicherungsverträgen erbrachten Leistungen eine Sondermasse zu bilden. Sie könne mittelbar die Einlösung ihrer Forderung durch den Masseverwalter nach § 120 Abs 1 KO erzwingen. Weiters werde das Klagebegehren auf den Rechtsgrund der Bereicherung nach § 46 Abs 1 Z 6 KO und den einer Masseforderung gem § 46 Abs 1 Z 5 KO (Anspruch aus Rechtshandlungen des Masseverwalters) gestützt.

Das ErstG wies das Klagebegehren ab.

Das BerufungsG bestätigte die angefochtene Entscheidung.

Den ordentlichen Revisionen der Kl und der Nebenintervenientin hatten keinen Erfolg.

Forderungen des Versicherungsnehmers „aus der Versicherung“ (§ 15 VersVG) können als Geldforderungen im Allgemeinen ohne weiteres abgetreten, verpfändet oder gepfändet werden und sind daher als Kreditsicherungsmittel geeignet. Der Versicherungsnehmer kann in der Lebens- und Unfallversicherung auch den Gläubiger als Begünstigten (Bezugsberechtigten) einsetzen. Neben diesen drei „klassischen“ Sicherungsformen hat sich in der österreichischen Vertragspraxis, insb zur Lebensversicherung, noch die sogenannte „Vinkulierung“ von Versicherungsforderungen herausgebildet, die gesetzlich nicht geregelt ist (7 Ob 304/99b = SZ 73/19; 7 Ob 105/06a). Ihr Inhalt richtet sich nach der Vereinbarung der Parteien (RIS-Justiz RS0106149) und ergibt sich mangels individueller Absprachen in der Regel aus Formularen, die von der Kreditwirtschaft und der Versicherungswirtschaft verwendet werden. Nach hA ist darunter als „fester Kern“, also als Charakteristikum und unumgänglicher Mindestinhalt, eine Zahlungssperre zugunsten des Vinkulargläubigers mit der Wirkung zu verstehen, dass Leistungen des Versicherers an den Versicherungsnehmer nur mit Zustimmung des Vinkulargläubigers möglich sind (7 Ob 2087/96d, 7 Ob 304/99b, 7 Ob 105/06a; RIS-Justiz RS0106148, RS0086331). Die üblichen Vinkulierungsvereinbarungen, insb in der Lebensversicherung, enthalten ausdrücklich gar keine Abtretungs- oder Pfändungsverbote, sondern nur eine „Zahlungssperre“. Zahlungssperren, die von den Parteien eines Schuldverhältnisses zugunsten Dritter (also vom Versicherungsnehmer und dem Versicherer zugunsten eines Vinkulargläubigers) vereinbart werden, wirken nicht absolut, sondern nur relativ (RIS-Justiz RS0113295), also nur zwischen den Parteien. Sie stehen einer späteren Verpfändung der Forderung nicht entgegen (7 Ob 304/99b).

Die Vinkulierung allein schließt nicht aus, dass der Versicherungsnehmer Ansprüche aus dem Vertrag - allerdings nur zur Zahlung an den Vinkulierungsberechtigten, solange keine Zustimmungserklärung vorliegt - selbst einklagen kann (7 Ob 45/06b).

Die Vinkulierung wurde auch als ein Sicherungsmittel iSd § 1358 ABGB qualifiziert, das auf den zahlenden Bürgen übergeht (7 Ob 105/06a = RIS-Justiz RS0121098).

Auch im vorliegenden Fall haben die Parteien lediglich eine Zahlungssperre vereinbart, wird doch in der Vinkulierungserklärung weder ein Abtretungs- noch ein Pfändungsverbot genannt, sondern lediglich eine Verständigungspflicht des Versicherers im Fall einer Verpfändung, Abtretung oder Bezugsrechtsänderung (das Bezugsrecht wurde dem Kreditgeber eingeräumt).

Der OGH hat in der E 7 Ob 75/05p (SZ 2005/71 = RdW 2005/624, 546 = ZIK 2005/147, 137 = ZIK 2005/175, 150 [G. Kodek] = ÖBA 2005, 1317, 911 = VR 2006/713, 170 = RIS-Justiz RS0119919) zu einem solchen Fall die Rechtsansicht dargelegt, dass bei Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Versicherungsnehmers der Rückkaufswert grundsätzlich in die Masse falle, aber zu beachten sei, dass Rechtsgeschäfte des Gemeinschuldners durch die Konkursöffnung grundsätzlich in ihrer Gültigkeit nicht berührt werden. Die Konkursöffnung tangiere also eine inter partes wirksame Vinkulierungsvereinbarung nicht; die Vinkulierung erlösche dadurch ebenso wenig wie andere vertragliche Vereinbarungen des nunmehrigen Gemeinschuldners. Daraus drohe eine „Pattstellung“. Der Versicherungsnehmer habe im Konkurs wegen des Wegfalls der Verfügungsbefugnis über sein Vermögen nicht mehr die Möglichkeit, die Forderung des Vinkulargläubigers zu tilgen. Dem Vinkulargläubiger wiederum stehe aber aus der reinen Zahlungssperre kein Verwertungsrecht zu. Er könne die Versicherungsforderung nach Konkursöffnung wegen des Exekutionsverbots nach § 10 Abs 1 KO auch nicht mehr pfänden. Diese „Pattstellung“ sei so zu lösen, dass die Vinkulierung im Konkurs in analoger Anwendung des § 10 Abs 2 KO gleich einem Zurückbehaltungsrecht und daher „wie ein Pfandrecht“ zu behandeln sei, weil die Situation des Retentionsberechtigten der des Vinkulargläubigers augenfällig ähnlich sei (so auch *Kömürücü-Spielbüchler*, Die Vinkulierung von Versicherungen 45 f; *Grassl-Palten*, Anmerkung zu 7 Ob 2087/96d, ÖBA 1997/626, 469, [478], *Feil*, Konkursordnung⁵ § 10 Rz 25; *Apathy* in *Bartsch-Pollak/Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht I § 10 KO Rz 16; kritisch dazu hingegen *Fenyves*, Absolute Wirkung der Zahlungssperre aufgrund der Vinkulierung einer Versicherungsforderung? ÖBA 1998, 337, [343 ff]). Die Behandlung des Zurückbehaltungsrechts nach § 10 Abs 2 KO im Konkurs „wie Pfandrechte“ heiße nach hM allerdings nicht, dass sich das Retentionsrecht in ein Verwertungsrecht verwandle. Es erfolge keine inhaltliche Gleichstellung mit dem Pfandrecht, sondern lediglich eine formale. Dies bedeute nichts anderes, als dass der Retentionsberechtigte ein Absonderungsrecht geltend machen und dadurch mittelbar die Einlösung seiner Forderung durch den Masseverwalter nach § 120 Abs 1 KO erzwingen könne. Sei aber der Vinkulargläubiger, weil er die Ausübung der Rechte des Gemeinschuldners (und damit auch des Masseverwalters) aus dem Versicherungsvertrag in ganz ähnlicher Weise blockieren könne wie der Zurückbehaltene die Ausübung des Eigentumsrechts, einem Retentionsberechtigten gleichzustellen und die Vinkulierung daher „wie ein Pfandrecht“ zu behandeln, müsse auch dem Vinkulargläubiger ein Absonderungsrecht und ein Vorgehen nach § 120 Abs 2 KO zugebilligt werden. Demnach könne vom Masseverwalter nur eine allfällige Differenz zwischen der durch ihn eingelösten Forderung des Vinkulargläubigers und der Versicherungsforderung für die Masse beansprucht werden.

An der E 7 Ob 75/05p wurde von *G. Kodek*, Die Wirkung der Vinkulierung von Versicherungsforderungen im Konkurs, ZIK 2005/175, 150 (ihm folgend *Ladon*, Die petitio principii zur Vinkulierung von Versicherungsforderungen - nun salonfähig? Zak 2008/38, 23), Kritik geübt. Er meint im Wesentlichen, dass sich der OGH ausschließlich auf Lehrmeinungen und *Jud* stütze, die durch die Grundsatzentscheidung 7 Ob 304/99b (SZ 73/90), mit der die relative Wirkung der Zahlungssperre ausgesprochen worden sei, „überholt“ seien. Es bestehe ein Widerspruch zwischen dieser Entscheidung und der E 7 Ob 75/05p. Es sei auf die im *ZessRÄG* zum Ausdruck kommende Wertung des Gesetzgebers Bedacht zu nehmen. Unabhängig davon werde wegen der inhaltlichen Unterschiede kein Zurückbehaltungsrecht begründet. Der Masseverwalter habe nach den Wertungen der Konkursordnung bloß obligatorische Verwertungsschranken, denen der Schuldner unterworfen sei, nicht zu beachten.

Der Kern der vorliegenden Rechtsfrage ist, ob die zwischen den Parteien vereinbarte Vinkulierung als vereinbartes Retentionsrecht zu beurteilen ist, das im Konkursfall des Versicherungsnehmers gleich einem Pfandrecht analog § 10 Abs 2 KO zu behandeln ist oder nicht. Der erkennende Senat, der dies in seiner E 7 Ob 75/05p bejaht hat, will sich der Kritik an seiner Rechtsansicht nicht verschließen. Schon *Fenyves* ÖBA 1998, 343 ff, ihm folgend *G. Kodek*, ZIK 2005/175, 150 und ihm folgend nunmehr *Ladon*, Zak 2008/38, 23, vertreten die Ansicht, dass die Unterschiede zwischen Vinkulierung und Retentionsrecht nach § 471 ABGB so groß seien, dass das Sperrrecht des Vinkulargläubigers nicht als Retentionsrecht zu bewerten sei. Der typische Zurückbehaltene halte eine körperliche Sache zurück, die sich in seiner Gewahrsame befinde und auf die er Aufwendungen gemacht oder die ihm Schaden gestiftet habe. Der Vinkulargläubiger wolle dagegen eine Forderung „sperrern“, die noch gar nicht vorhanden sei, ja vielleicht nie entstehe, an der er naturgemäß keine Gewahrsame ausüben könne und auf die er auch keine Aufwendungen gemacht habe; er gebe den Kredit ja nicht, damit ein Versicherungsvertrag geschlossen werde, sondern wolle einen schon bestehenden oder erst zu schließenden Versicherungsvertrag dazu verwenden, um einen Kredit zu sichern, den der Versicherungsnehmer zu einem ganz anderen Zweck verwendet habe.

Wie schon das BerufungsG ausführt, erscheint es im vorliegenden Fall um so mehr problematisch, die Vinkulierung einem - nur zugunsten von körperlichen Sachen zulässigen (*Deixler/Hübner* in *Konecny/Schubert*, Kommentar zu den Insolvenzgesetzen § 10 KO Rz 31) - Retentionsrecht gleichzuhalten, als die Kl hier ihre Forderung zunächst im Konkurs angemeldet und das von ihr im Hinblick auf die Vinkulierung reklamierte Absonderungsrecht erst zu einem

Zeitpunkt geltend gemacht hat, als die Rückkaufswerte bereits in die allgemeine Konkursmasse geflossen waren. Einer anlagen Anwendung des § 10 Abs 2 KO hinsichtlich der Vinkulierung einer Versicherungsforderung im Konkurs steht auch entgegen, dass für die analoge Anwendung dieser Bestimmung mangels einer entsprechenden Gesetzeslücke gar kein Anlass besteht. Den Parteien stünde es jederzeit frei, statt einer - (ehemals) steuerschonenden - Vinkulierung den Weg einer sicheren, absolut wirkenden Verpfändung zu wählen. Zutreffend weist jüngst auch *Ladon*, Zak 2008/38, 23 im Anschluss an *Fenyves* und *G. Kodek* darauf hin, dass im Konkursrecht, welches auch als Gesamtvollstreckungsrecht bezeichnet werden kann, durch die Eröffnung des Konkurses das gesamte der Exekution unterworfenene Vermögen, das dem Gemeinschuldner zu dieser Zeit gehört oder das er während des Konkurses erlangt (Konkursmasse), dessen freier Verfügung entzogen wird. Es ist konsequent, die Beschlagswirkung über die gesamte Konkursmasse zur gemeinschaftlichen Befriedigung aller Konkursgläubiger vorzusehen, also auch gegenüber dem Vinkulargläubiger. Auch wenn die Konkursöffnung Verträge, aus denen dem Gläubiger Forderungen gegen den Gemeinschuldner zustehen, nicht berührt, ändert dies zufolge der Beschlagswirkung des Konkurses nichts daran, dass die betreffenden Forderungen im Konkurs in die Masse fallen.

Entgegen 7 Ob 75/05p wird also nunmehr - in Fortführung der grundlegenden Erwägungen der E SZ 73/19 - die Rechtsansicht vertreten, dass bei einer Vinkulierungsvereinbarung, bei der die Parteien - wie hier - lediglich eine Verständigungspflicht im Fall der Verpfändung usw vereinbaren, der Zahlungssperre auch idS relative Wirkung zukommt, dass sie, weil sie kein Zurückbehaltungsrecht zugunsten des Vinkulargläubigers bewirkt, den (anderen) Konkursgläubigern gegenüber wirkungslos ist. Die betreffende Forderung aus dem Versicherungsvertrag fällt bei Konkurs des Versicherungsnehmers in die Masse.