

## JUDIKATUR FÜR DEN 25.10.2017

### OGH 18.12.2006, 8 Ob 113/06k (ABGRENZUNG DER SONDERMASSEKOSTEN)

Die Gemeinschuldnerin war Eigentümerin einer Liegenschaft, die mit einem Pfandrecht belastet war. Das Konkursgericht genehmigte die kridamäßige Veräußerung der Liegenschaft. Die Liegenschaft ist mit einem gemischt genutzten Gebäudekomplex bebaut: Neben zwei Erdgeschosswohnungen besteht ein ehemals als Bürotrakt verwendeter Bereich. Auf Niveau des Kellergeschosses befinden sich Räumlichkeiten des aufgelassenen Getränkeerzeugungsbetriebes der Gemeinschuldnerin. Zum Zeitpunkt der Konkurseröffnung war das Unternehmen der Gemeinschuldnerin bereits geschlossen. Die Ehegattin des Geschäftsführers der Gemeinschuldnerin benutzte mit ihrem Kind eine der Wohnungen. Die andere Wohnung wurde von der Tochter des Geschäftsführers der Gemeinschuldnerin und deren Kind benutzt.

Der Gläubigerausschuss fasste am 17. 7. 2003 den Beschluss, die Masseverwalterin möge von den Bewohnern der Wohnungen kein Benutzungsentgelt verlangen, um kein Mietverhältnis entstehen zu lassen.

Die Liegenschaft wurde am 12. 10. 2005 vom BG Bruck an der Mur kridamäßig versteigert und dem Bestbieter um 185.000 EUR zugeschlagen. Die Masseverwalterin meldete diverse Forderungen (Gemeindeabgaben [Wasser- verbrauchsgebühr; Kanalbenützung- und Kanalbereitstellungsgebühr; Sockelbeitrag Müll und Restmüllgebühr], Gebäudeversicherungsprämien, Instandhaltungskosten für die Liegenschaft ab Konkurseröffnung [insb Heizungsreparatur], Kehrgebühren ab Konkurseröffnung) als Sondermassenforderungen iSd § 49 KO an.

Zunächst ist der mit dem klaren Wortlaut des § 49 Abs 1 KO in Einklang stehenden Auffassung beizupflichten, dass die Nutzungen einer zur Sondermasse gehörigen Sache zur Berichtigung der Kosten der besonderen Verwaltung, Verwertung und Verteilung der Sondermasse heranzuziehen sind. Daraus ergibt sich – worauf *Riel* (in *Konecny*, Insolvenzforum 2004, 184) zutreffend verweist – im Ergebnis ein Vorteil für den Absonderungsgläubiger: IdR sind die Erträge der Sondermasse vom Pfandrecht nicht umfasst. Dennoch sind sie im Konkurs – zum wirtschaftlichen Vorteil der Absonderungsgläubiger – zur Befriedigung der Kosten der besonderen Verwaltung, Verwertung und Verteilung der Sondermasse heranzuziehen.

Ausgehend von dieser klaren gesetzlichen Regelung ist die in der kritisierten E OGH 8 Ob 249/02d enthaltene Aussage, wonach durch die Liegenschaft entstandene Kosten vorrangig aus den Mieterlösen zu berichtigen sind, voll aufrechtzuerhalten.

Im hier zu beurteilenden Fall war die Pfandliegenschaft nicht vermietet. Es ist daher zu fragen, ob – der dargestellten hM folgend – für die Liegenschaft aufgewendete Betriebskosten zu den besonderen Verwaltungskosten iSd § 49 Abs 1 KO zählen, die aus der Sondermasse zu befriedigen sind.

Dabei ist nach Auffassung des Senates von folgenden Gesichtspunkten auszugehen: § 11 Abs 1 KO sieht vor, dass Absonderungsrechte durch die Konkurseröffnung nicht berührt werden. Die Rsp hat daraus abgeleitet, dass sich die Rechtsposition der Absonderungsgläubiger durch das Konkursverfahren weder verschlechtern noch verbessern darf (OGH 8 Ob 45/04g; OGH 8 Ob 24/05w je mwN). Daran ist festzuhalten, wobei allerdings *Riel* zugestehen ist, dass dieser Grundsatz durch die als *lex specialis* aufzufassende Vorschrift des § 49 Abs 1 KO in zweifacher Hinsicht durchbrochen wird. Zum einen ergibt sich eine Verbesserung der Position der Absonderungsgläubiger aus dem bereits erwähnten Umstand, dass auch nicht verpfändete Erlöse (Mieteinnahmen) aus der Liegenschaft zur Befriedigung der besonderen Verwaltungskosten heranzuziehen sind, auf die der Absonderungsgläubiger außerhalb des Konkurses keinen Anspruch erheben könnte. Zum anderen muss der Absonderungsgläubiger außerhalb eines Konkursverfahrens nur im engeren Rahmen des § 216 Abs 1 Z 1 bis 3 EO ein Heranziehen des Erlöses dulden.

Diese Durchbrechungen des in § 11 Abs 1 KO postulierten Grundsatzes ändern aber nichts daran, dass in Zweifelsfällen jener Auslegung des § 49 Abs 1 KO zu folgen sein wird, die sich am ehesten mit dem Grundsatz des § 11 Abs 1 KO vereinen lässt.

Bei der Abgrenzung Massekosten – Sondermassekosten ist überdies zu beachten, dass es Aufgabe des Masseverwalters ist, auch von Absonderungsrechten erfasste Vermögenswerte zu verwalten. Dabei hat der Masseverwalter das Ziel zu verfolgen, durch die Verwaltung der Sondermasse auch für die allgemeine Masse einen Nutzen zu ziehen. Andernfalls – etwa bei evidenter Überbelastung des Massegegenstandes mit Absonderungsrechten – hat er auf Ausschließung der Sondermasse gem § 119 Abs 5 KO hinzuwirken. Dieser vom Masseverwalter für die allgemeine Masse zu erzielende Nutzen kann einerseits darin bestehen, dass die Masse aus einer allfälligen Hyperocha Vorteile zieht; andererseits ist auch denkbar, dass die auf die Sondermasse bezogenen Verwaltungshandlungen des Masseverwalters zu einem höheren Verwertungserlös führen, der der allgemeinen Masse auch dann zugute kommt, wenn keine Hyperocha vorhanden ist: Je größer der Verwertungserlös für den Absonderungsgläubiger, desto geringer belastet seine – ungedeckte – Konkursforderung die Masse.

Auf der anderen Seite ist anerkannt, dass der Masseverwalter auch den Sondermassegläubigern gegenüber zu sorgfaltsgemäßem Verhalten verpflichtet ist: Beteiligte iSd § 81 Abs 3 KO sind nach stRsp auch die Absonderungsberechtigten (RS0065345).

Daraus und aus der unterschiedlichen Interessenlage der Beteiligten (vgl dazu *Schulyok in Konecny/Schubert*, KO § 49 Rz 8; SZ 74/103, 8 Ob 45/04g) wurde abgeleitet, dass für die Abgrenzung Massekosten/Sondermassekosten der durch die Verwaltungshandlung dem Absonderungsgläubiger konkret zugekommene Vorteil maßgeblich sei (vgl dazu OGH 8 Ob 24/05w mwN; s auch die Darstellung der Meinungen dazu bei *Schulyok in Konecny/Schubert*, KO § 49 Rz 12 ff).

*Schulyok* (in *Konecny/Schubert*, KO § 49 Rz 15; ebenso bereits *Baumgartner*, ÖJZ 1973, 8; *Bachmann*, Befriedigung der Masseforderungen 101) geht davon aus, dass der Masseverwalter iSd §§ 81 und 83 KO aufgrund eines gesetzlichen Auftrages die Sondermasse zu verwalten und zu verwerten und diesbezüglich die Interessen der Absonderungsgläubiger – bei sonstiger Haftung – zu beobachten habe. Da sich der Masseverwalter keineswegs in fremde Geschäfte dränge, sondern lediglich einem gesetzlichen Auftrag nachkomme, könne Maßstab für die Beurteilung des Vorliegens von Sondermassekosten lediglich sein, ob unter Anwendung der dem Masseverwalter obliegenden Sorgfaltspflichten die von ihm ergriffenen Maßnahmen der Verwaltung und Verwertung der Sondermasse objektiv notwendig und nützlich gewesen seien. Dies sei ex ante zu beurteilen. Eine „Erfolgshaftung“ für einen messbaren Nutzen für die Absonderungsgläubiger hieße die Verantwortlichkeit eines Masseverwalters überspannen und das wirtschaftliche Risiko objektiv richtiger Maßnahmen ohne sachliche Begründung auf die freie Konkursmasse zu Lasten der übrigen Gläubiger zu überwälzen. Letztlich profitierten die Absonderungsgläubiger von der Sinnhaftigkeit der Tätigkeiten des Masseverwalters, sodass ihnen auch ein allfälliges Risiko des Scheiterns dieser Maßnahmen zumutbar und daher zuzuordnen ist.

Dieser Auffassung schließt sich der Senat an: Verwaltungskosten stellen jedenfalls dann Sondermassekosten gem § 49 Abs 1 KO dar, wenn sie sich auf die Sondermasse beziehen, also – iSd Ausführungen *Riels* – durch die Sondermasse verursacht wurden und bei der gebotenen ex ante-Betrachtung nicht unzweckmäßig erscheinen. Käme es hingegen ausschließlich auf einen tatsächlich eingetretenen wirtschaftlichen Vorteil des Absonderungsgläubigers an, wären etwa Versicherungsprämien nur dann als Sondermassekosten zu qualifizieren, wenn sich im maßgeblichen Zeitraum ein Schadensfall ereignet hätte, der von der Versicherungsdeckung umfasst ist. Anhaltspunkte dafür, dass die Sondermassekosten infolge einer ungebührlichen zeitlichen Verzögerung mit der Verwertung des Absonderungsgutes entstanden – was die Zweckmäßigkeit der Sondermassekosten in Frage stellen könnte – ergeben sich weder aus dem Akteninhalt noch aus dem Vorbringen der Absonderungsgläubigerin.

Setzt man sich nun mit dem konkreten Problem der Einordnung der hier strittigen Positionen als Massekosten oder Sondermassekosten auseinander, bedarf es zunächst einer Klarstellung: Die in der Lehre vertretene Auffassung, „Betriebskosten, Instandhaltungskosten, Versicherungsprämien“ stellten jedenfalls Sondermassekosten dar, kann nur dann einer Überprüfung unterzogen werden, wenn man die verwendeten Begriffe näher definiert: Unter „Betriebskosten“ könnte man einerseits Betriebskosten iSd einschlägigen wohnrechtlichen Vorschriften verstehen. Dann aber würden etwa Versicherungsprämien bereits unter diesen Begriff fallen. Andererseits ist auch innerhalb dieses Betriebskostenbegriffs dahin zu differenzieren, ob es sich um Kosten handelt, die unabhängig von einem konkreten Gebrauch der Liegenschaft entstehen oder ob Kosten gemeint sind, die verbrauchsabhängig sind. Auch der Begriff „Instandhaltungskosten“ ist für sich allein nicht aussagekräftig.

Folgt man nun dem dogmatisch überzeugenden und auch praktikablen Ansatz *Riels*, wonach für die Abgrenzung maßgeblich ist, ob es sich um Masseforderungen handelt, die nicht entstanden wären, wenn die Sondermasse nicht zur Konkursmasse gehörte, ergibt sich daraus für die Entscheidung der vorliegenden Rechtssache:

Jene Betriebs- und Instandhaltungskosten, die unabhängig vom Gebrauch der Liegenschaft durch Familienmitglieder des Gemeinschuldners entstanden, stellen Sondermassekosten dar. Darunter fällt die verbrauchsunabhängige Grundgebühr beim Müll (s dazu Steiermärkisches Abfallwirtschaftsgesetz 2004 LGBl 65/2004 und die sich aus § 8 leg cit ergebenden Anschlusspflicht). Das gilt ebenso für die Kanalbereitstellungsgebühr (Sockelbetrag), nicht aber für die pro m<sup>3</sup> Wasserverbrauch entstehende Kanalbenützungsg Gebühr (vgl dazu Steiermärkisches Kanalabgabengesetz 1955 LGBl 71/1955). Die Kanalbereitstellungsgebühr ebenso wie die verbrauchsunabhängige Grundgebühr beim Müll sind somit nach der Abgrenzungsmethode *Riels* dem Vorhandensein der Sondermasse an sich, nicht aber der Benützung zweier Wohnungen auf der Liegenschaft durch Familienmitglieder des Gemeinschuldners zuzurechnen. Das gilt ebenso für die von der Masseverwalterin geltend gemachten Instandhaltungskosten, die sich nach den Rechnungsinhalten auf Reparaturen an der Heizungsanlage/dem Speicher im Haus beziehen. Auch die von der Masseverwalterin als Sondermassekosten beantragten Kehrgebühren und die Versicherungsprämien für die Gesamtliegenschaft ab Konkurseröffnung beziehen sich auf die Sondermasse an sich und nicht auf den konkreten Gebrauch zweier Objekte in der Gesamtliegenschaft durch Familienmitglieder des Gemeinschuldners. Diese Kosten sind daher als Sondermassekosten dem Grunde nach zu bestimmen. Dass die dafür getätigten Aufwendungen bei der gebotenen ex ante-Betrachtung unzweckmäßig gewesen wären, lässt sich aus dem Akteninhalt nicht ableiten. Vielmehr dient etwa gerade die Versicherung des Absonderungsgutes seiner Erhaltung. Das gilt ebenso für die – im Übrigen behördlich vorgeschriebene – regelmäßige Kehrung und die aufgelaufenen Beträge für Müll und Kanalbereitstellung, soweit die Aufwendungen verbrauchsunabhängig sind.

Das in diesem Zusammenhang vom RekursG gebrauchte Argument, die Masseverwalterin habe ein Vorbringen darüber vermissen lassen, warum sie keine Einkünfte aus der Liegenschaft erzielt habe, die mit den Liegenschaftsaufwendungen gegenzuverrechnen gewesen wären, ist nicht stichhältig: Zum einen ergibt sich aus dem Akteninhalt, dass der Gläubigerausschuss die Masseverwalterin anwies, von den Nutzern der Wohnungen kein Benützungsentgelt zu verlangen. Andererseits liegt es auf der Hand, dass eine Neuvermietung von Liegenschaftsteilen durch den Masseverwalter während des Konkursverfahrens – soweit überhaupt möglich – bei Bestehen eines Absonderungsrechtes die bestmögliche Verwertung des Absonderungsgutes gefährden könnte. Die Tatsache, dass den verbrauchsunabhängigen Aufwendungen, die die Masseverwalterin auf die Liegenschaft tätigte, keine Einnahmen gegenüberstehen, kann daher zu keinem anderen Ergebnis führen.

Anders ist die Beurteilung nach Auffassung des Senates jedoch für jene Kosten, die ausschließlich durch den tatsächlichen Gebrauch der auf der Liegenschaft befindlichen Wohnungen durch Familienmitglieder des Gemeinschuldners entstanden (Wasserverbrauchsgebühren; Restmüllgebühren, verbrauchsabhängige Kanalbenützungsggebühr). Diese Kosten wurden nicht durch das Vorhandensein der Sondermasse verursacht, sondern – vergleichbar dem der E OGH 8 Ob 45/04g zugrunde liegenden Sachverhalt (Sperr- und Sondermüllansammlung durch den Gemeinschuldner) – durch ein dem Gemeinschuldner und somit der allgemeinen Masse zuzurechnendes Verhalten.

Im Revisionsrekurs bringt die Masseverwalterin dazu vor, dass für den Absonderungsgläubiger von Vorteil wäre, wenn eine Liegenschaft bis zur Verwertung des Absonderungsgutes benützt werde; der Nutzer heize die Liegenschaft, warte sie und trage dazu bei, dass sie keinen verwahrlosten Eindruck mache. Ob dieses Argument grundsätzlich geeignet wäre, eine Zuordnung der konkreten Betriebsverbrauchskosten zur Sondermasse zu rechtfertigen (wogegen nach der Abgrenzungsmethode *Riels* spräche, dass diese Kosten eben gerade nicht durch das bloße Vorhandensein der Sondermasse entstanden), braucht hier nicht näher geprüft zu werden: Insoweit ist nämlich davon auszugehen, dass sich aus der Zweifelsregel des § 47 Abs 3 Satz 1 KO ergibt, dass die Behauptungs- und Beweislast dafür, dass Aufwendungen dem Rechnungskreis „Sondermasse“ zuzuordnen sind, den Masseverwalter trifft (OGH 8 Ob 24/05w; *Schuhmacher*, JBl 1988, 441; *Maschke*, ZIK 2004/3, 10; *Riel* in *Konecny*, Insolvenzforum 2004, 189). In erster Instanz hat die Masseverwalterin zu diesem Thema kein Vorbringen erstattet.

Die verbrauchsabhängigen Betriebskosten, die ab Konkurseröffnung entstanden, stellen somit dem Grunde nach keine Sondermasseforderungen dar. Dem steht auch der Umstand nicht entgegen, dass es sich teilweise um Gemeindeabgaben handelt: Weder das Steiermärkische KanalabgabenG 1955 idgF (vgl dazu auch RZ 1993/18) noch das Steiermärkische Abfallwirtschaftsgesetz enthalten Bestimmungen über ein gesetzliches Pfand- oder Vorzugsrecht.

Klarzustellen ist, dass das KonkursG nur über die Zuordnung der hier strittigen Positionen zu entscheiden hat, nicht aber die Frage zu beantworten hat, ob diese Kosten inhaltlich (also der Höhe nach) berechtigt sind (OGH 8 Ob 45/04g).

### **OGH 20.10.2005, 3 Ob 225/05t** **(ABGRENZUNG VON ALT- UND NEUMASSEFORDERUNGEN BEI MASSEUNZULÄNGLICHKEIT)**

Das ErstG bewilligte der Betreibenden auf Grund des vollstreckbaren Anerkenntnisurteils des BGZ Graz vom 2.7.2004 - unter Abweisung eines Teils des Zinsenbegehrens – die Forderungsexekution zur Hereinbringung von 27.327,36 € sA.

Das RekursG bestätigte die Exekutionsbewilligung in Ansehung eines Teilbetrags von 12.077,42 € sA, betreffend einen Teilbetrag von 12.882,58 € sA wies es den Exekutionsantrag ab, im Übrigen – im Umfang eines Teilbetrags von 2.367,36 € sA - hob es die Exekutionsbewilligung auf und verwies die Sache insoweit zur neuerlichen Entscheidung nach Verfahrensergänzung an das ErstG zurück. Den maßgebenden Sachverhalt fasste es folgendermaßen zusammen:

Die spätere Gemeinschuldnerin war auf Grund des Vertrags vom 15.6.2002 Mieterin von Bestandräumen in Graz. Die Betreibende war Vermieterin. Dieses Bestandverhältnis wurde mit Notariatsakt vom 17.4.2003 aufgelöst. Für die Weiterverwendung der bisherigen Bestandräume (bis zu deren Räumung) hatte die vormalige Mieterin monatlich 6.240 € an Benützungsentgelt zu zahlen. Am 3.10.2003 wurde über deren Vermögen das Ausgleichsverfahren, mit Beschluss vom 2.3.2004 sodann der Anschlusskonkurs eröffnet, die Schließung des Unternehmens der Gemeinschuldnerin angeordnet „sowie die Masseunzulänglichkeit (§ 124a KO) veröffentlicht“. Mit Mahnklage vom 19.4.2004 - demnach erst nach der öffentlichen Bekanntmachung der Masseunzulänglichkeit - machte die Betreibende einen Anspruch auf Zahlung des erwähnten Benützungsentgelts zuzüglich Stromkosten geltend. Sie brachte vor, der Masseverwalter habe seit Oktober 2003 die Stromkosten und seit Jänner 2004 das Benützungsentgelt für die - nach wie vor nicht geräumten - Bestandobjekte nicht gezahlt. Es lägen Masseforderungen vor, die voll zu befriedigen seien. Der Masseverwalter, der zunächst Einspruch gegen den Zahlungsbefehl erhoben hatte, anerkannte später die klageweise geltend gemachten Forderungen. Daraufhin erging das diesem Exekutionsverfahren als Titel zugrunde liegende Anerkenntnisurteil.

Der Revisionsrekurs des Masseverwalters war unzulässig.

1. Der absolute Ausschluss des Revisionsrekurses gem § 528 Abs 2 Z 2 ZPO gilt zufolge § 78 EO - abgesehen von hier nicht relevanten Ausnahmen - auch im Exekutionsverfahren. Insofern ist ein rechtlicher und/oder tatsächlicher Zusammenhang von Ansprüchen, über die in zweiter Instanz teils bestätigend, teils abändernd entschieden wurde, nicht von Bedeutung. Ausschlaggebend ist lediglich, ob die betriebenen Forderungen ein unterschiedliches rechtliches Schicksal haben können. Bloß dann, wenn der bestätigende und der abändernde Teil in einem engen unlösbaren Sachzusammenhang stünden, könnte die Rekursentscheidung - bei Erfüllung der weiteren Voraussetzungen - insgesamt anfechtbar sein. Mangelt es an einem solchen Konnex, so ist der in zweiter Instanz bestätigte Teil der Entscheidung über einen Exekutionsantrag absolut unanfechtbar (zuletzt so 3 Ob 284/04t; s Näheres ferner bei *Zechner in Fasching/Konecny*<sup>2</sup> IV/1 § 528 ZPO Rz 63 f mwN aus der Rsp). Diese Leitlinie erfasst auch Entscheidungen über Exekutionsanträge, die unterschiedliche Forderungen iSd voranstehenden Ausführungen auf Grund eines Exekutionstitels betreffen (*Zechner in Fasching/Konecny*<sup>2</sup> IV/1 § 528 ZPO Rz 68 mwN aus der Rsp).

2. Entsprechend den bisherigen Erwägungen hängt die Anwendbarkeit des § 528 Abs 2 Z 2 ZPO auf den Revisionsrekurs des Masseverwalters davon ab, ob die von Letzterem angefochtene Teilbestätigung der Exekutionsbewilligung des ErstG in einem unlösbaren Sachzusammenhang mit der abändernden Teilabweisung des Exekutionsantrags steht, weil die beiden Teile der der Rekursentscheidung zugrunde liegenden betriebenen Forderungen kein unterschiedliches rechtliches Schicksal haben können. Ein solcher Konnex ist indes, wie sogleich zu begründen sein wird, zu verneinen.

3. Der Rechtsmittelwerber verfiht den Standpunkt, die Regelung des § 124a Abs 1 letzter Satz KO betreffe nur die Ansprüche von „Neugläubigern“, nämlich die Ansprüche auf Grund von Geschäften, die der Masseverwalter nach der öffentlichen Bekanntmachung der Masseunzulänglichkeit „neu“ abgeschlossen habe. Alle anderen Ansprüche gegen die Masse würden von der Exekutionssperre nach § 124a Abs 2 KO erfasst. Diese Sicht der Rechtslage stützten die Ausführungen von *Mohr, Konecny* und *Bock/Muhri*. Bei den beiden erstgenannten Autoren unterließ der Rechtsmittelwerber die Angabe konkreter Fundstellen.

4. *Bock/Muhri* (Das neue Insolvenzrecht<sup>2</sup> [2003] 163 f) kommentieren die Regelung des § 124a KO widersprüchlich. Zum einen wird festgehalten, dass „zu den im Interesse einer bestmöglichen Verwertung gebotenen Rechtshandlungen ... auch die Befriedigung von Forderungen aus Rechtsgeschäften zählen“ können, „die bereits vor Anzeige der Masseunzulänglichkeit geschlossen“ worden seien. „Insbesondere bei längerfristigen Verträgen, wie Mietverträgen oder Leasingverträgen, aber auch Versicherungsverträgen“ sei „nicht selten der Fall gegeben, dass der Geschäftsabschluss vor Bekanntmachung der Masseunzulänglichkeit erfolgt“ sei, „Leistungen aus diesen Verträgen aber erst nach Bekanntmachung der Masseunzulänglichkeit beansprucht“ würden. Auch solche „Altmassegläubiger“ seien „mit ihren `neuen Masseforderungen´“ für Leistungen nach Bekanntmachung der Masseunzulänglichkeit vorrangig zu befriedigen. Schließlich wird aber betont, es werde „weder der Vermieter noch ein Leasinggeber oder Versicherer ... als `Altmassegläubiger´ aufgrund von Rechtshandlungen des Masseverwalters nach Bekanntmachung der Masseunzulänglichkeit“ ein neuer Massegläubiger, der Begriff „Rechtshandlung“ sei vielmehr nur auf Rechtsgeschäfte zu beziehen, die der Masseverwalter nach jenem Zeitpunkt „neu“ eingegangen sei.

*Konecny* (Masseunzulänglichkeit und ihre Folgen, in *Konecny, Insolvenz-Forum 2002* [2003] 61, 86 f) verdeutlicht dagegen in Erörterung der Gesetzesgenese und der Gesetzesmaterialien, dass zwischen den Begriffen „Rechtsgeschäft“ und „Rechtshandlung“ zu differenzieren sei. Demnach kämen „für eine Befriedigung als Neumassegläubiger“ nach § 124a Abs 1 KO „einerseits Ansprüche aus neu abgeschlossenen Geschäften in Frage, daneben solche Ansprüche aus Altverträgen, die der Masseverwalter weiter erfüllen will und muss, um sinnvoll abwickeln zu können“. Der Masseverwalter müsse etwa im Fall von Bestandverträgen, wenn er „das angemietete Geschäftslokal weiter benützen“ wolle, „am Mietvertrag festhalten“ und „dafür die nach Eintritt der Masseunzulänglichkeit fällig werdenden Mietzinse begleichen“. Er sei daher „vom Kriterium der Rechtshandlung her nicht eingeschränkt“. *Mohr* erzielt das gleiche Ergebnis (*Insolvenzrecht 2002*, 85).

Aus den Beiträgen von *Konecny* und *Mohr*, deren Auffassung der erkennende Senat beitrifft, folgt somit das Gegenteil dessen, was der Rechtsmittelwerber bei diesen Autoren gelesen haben will. Die bisherigen Erwägungen sind daher - beschränkt auf die im Anlassfall aufgeworfene Frage - wie folgt zusammenzufassen:

Nach der öffentlichen Bekanntmachung der Masseunzulänglichkeit durch das KonkursG gem § 124a Abs 2 erster Satz KO hat der Masseverwalter Forderungen aus einem Dauerschuldverhältnis oder aus einem nach dessen Auflösung faktisch andauernden Nutzungsverhältnis insoweit unverzüglich als Masseforderungen gem § 124a Abs 1 letzter Satz KO zu befriedigen, als er am Leistungsaustausch auf Grund eines Dauerschuldverhältnisses oder - trotz dessen Auflösung - an der faktischen Nutzung fremden Vermögens auch nach dem Zeitpunkt jener Bekanntmachung als - nach seiner Beurteilung gebotene - Maßnahme im Interesse der Verwaltung und (schließlichen) Verwertung des Massevermögens festhielt. In diesem Umfang kommt somit die Exekutionssperre gem § 124a Abs 2 zweiter Satz KO nicht zum Tragen. Der Masseverwalter verdeutlicht im Revisionsrekurs selbst, dass er die ehemaligen Bestandobjekte, für die bis zu deren Räumung ein Benützungsentgelt zu zahlen war, deshalb zunächst weiterverwenden müssen, weil er „keine Räumlichkeiten zur Verfügung“ gehabt habe, „in welchen die Fahrnisse der Gemeinschuldnerin untergebracht werden hätten können“, so dass „ihm die umgehende Räumung“ mangels liquider Mittel „faktisch nicht möglich“ gewesen sei.

Maßnahmen, die erforderlich sind, um Teile des Massevermögens vor dem Verderben zu retten, sind indes Rechtshandlungen gem § 124a Abs 1 KO, die im Interesse der Verwaltung des Massevermögens geboten sind. Ob solche Rechtshandlungen gleichzeitig der Fortführung des Unternehmens der Gemeinschuldnerin dienen sollten, ist im erörterten Kontext - entgegen der Ansicht des Masseverwalters - nicht wesentlich. Die Behauptung, diese Handlungen seien „im Einvernehmen und im ausschließlichen Interesse der betreibenden Partei“ erfolgt, wäre - im Fall einer Sachentscheidung über den Revisionsrekurs - als unzulässige Neuerung unbeachtlich.

5. Aus allen bisherigen Erörterungen folgt, dass die betriebenen Forderungen - entsprechend der Entscheidung des RekursG - gem § 124a Abs 1 iVm § 124a Abs 2 KO ein unterschiedliches rechtliches Schicksal haben können, je nachdem, ob sie im Zeitraum vor oder nach der öffentlichen Bekanntmachung der Masseunzulänglichkeit als Folge der Weiterverwendung der ehemaligen Bestandsobjekte durch den Masseverwalter nach Auflösung des Bestandvertrags entstanden sind. Infolgedessen erweist sich der Revisionsrekurs des Masseverwalters gegen den bestätigenden Teil der Rekursentscheidung gem § 78 EO iVm § 528 Abs 2 Z 2 ZPO als absolut unzulässig.

## **OGH 26.2.2004, 8 Ob 155/03g**

### **(ERSATZVORNAHMEKOSTEN FÜR ABFÄLLE: MASSE-/KONKURSFORDERUNG?)**

Mit Beschluss des LG Korneuburg vom 18.7.2002 wurde über das Vermögen der T-GmbH das Konkursverfahren eröffnet und der Kl zum Masseverwalter bestellt. Die Gemeinschuldnerin, ein Recyclingunternehmen, war Mieterin einer Lagerfläche am Bahnhof W, auf der Hausmüll bzw hausmüllähnlicher Gewerbemüll sowie sonstige Abfälle gelagert waren. Das Magistratische Bezirksamt für den 12. Bezirk ordnete mit Bescheid vom 11.6.2002 an, dass die auf der erwähnten Liegenschaft gelagerten Abfälle binnen einer Frist von einer Woche zu beseitigen seien. Die dagegen von der Gemeinschuldnerin erhobene Berufung wies die Berufungsbehörde, Amt der Wiener Landesregierung MA 22 - Umweltschutz mit Bescheid vom 12.7.2002 ab und bestätigte den angefochtenen Bescheid. Nach Eröffnung des Konkursverfahrens drohte die MA 6 dem Kl mit Schreiben vom 22.7.2002 die Ersatzvornahme an. Der Kl teilte mit Schreiben vom 23.7.2002 mit, der Räumungsverpflichtung nicht nachkommen zu können. Mit Bescheid der MA 6 vom 29.7.2002 wurde die Ersatzvornahme beginnend ab 30.7.2002 angedroht und im Weiteren vollzogen. Mit Bescheid vom 29.7.2002 trug die MA 6 der Gemeinschuldnerin "zu Händen des Kl die Vorauszahlung der Ersatzvornahmekosten in Höhe von 78.726 € auf. Der dagegen erhobenen Berufung des Kl wurde mit der Begründung, es liege eine Masseforderung vor, nicht Folge gegeben. Am 30.1.2003 erhob der Kl gegen diesen Bescheid vom 30.12.2002 eine Beschwerde an den VwGH, über die nach der Aktenlage bisher nicht entschieden wurde.

Mit der am 13.1.2003 beim ErstG eingelangten Klage begehrt der Kl die Feststellung, dass die Kosten der Ersatzvornahme keine Masseforderung darstellen. Er habe ein rechtliches Interesse an der begehrten Feststellung, weil die zuständige Behörde davon ausgehe, dass eine Masseforderung vorliege. Ersatzvornahmekosten stellten jedenfalls dann keine Masseforderung dar, wenn die Gefahr, die über Veranlassung der Behörde nach Konkurseröffnung beseitigt werde, schon vor Konkurseröffnung entstanden sei. Die Gemeinschuldnerin habe die Abfälle bereits vor Konkurseröffnung gelagert. Der Beseitigungsanspruch hätte als Konkursforderung gem § 14 KO geltend gemacht werden können.

Das ErstG gab dem Feststellungsbegehren statt.

Über Berufung der bekl P bestätigte das BerufungsG das Urteil des ErstG.

Die Revision der bekl P hatte keinen Erfolg.

Ob eine Forderung Masseforderung ist, hat - als Hauptfrage - ausschließlich das G nach Maßgabe der Bestimmungen des Insolvenzrechts zu entscheiden (OGH 8 Ob 20/93; 8 Ob 12/94; VwGH AnwBl 1992/4250; *Mohr in Achatz*, Umsatzsteuer in der Insolvenz 30). Dem Masseverwalter wird nach hRsp (SZ 58/191; SZ 60/247; 8 Ob 608/89; 8 Ob 20/93; 8 Ob 12/94; s auch *Mohr in Achatz*, Umsatzsteuer 30) ein rechtliches Interesse an der alsbaldigen Feststellung zugebilligt, dass eine als Masseforderung geltend gemachte Forderung nicht zu den nach § 46 KO vorrangig zu befriedigenden Ansprüchen gehört. Dass hier dem Kl mit den genannten Bescheiden die Bezahlung der Ersatzvornahmekosten aufgetragen wurde, steht der Bejahung des rechtlichen Interesses nicht entgegen: Abgesehen von der im § 38 zweiter Satz AVG aufgezeigten Berechtigung der Behörde, das Verfahren bis zur rechtskräftigen Entscheidung der Vorfrage auszusetzen, wenn die Vorfrage schon den Gegenstand eines anhängigen Verfahrens bei der zuständigen Behörde bildet oder ein solches Verfahren gleichzeitig anhängig gemacht wird, stellt es gem § 69 Abs 1 Z 3 AVG einen Wiederaufnahmsgrund dar, wenn der Bescheid gem § 38 AVG von Vorfragen abhängig war und nachträglich über eine solche Vorfrage von der hierfür zuständigen Behörde (G) in wesentlichen Punkten anders entschieden wurde.

Inhaltlich teilt der OGH die Rechtsauffassung der Vorinstanzen: Der an die Gemeinschuldnerin gerichtete Beseitigungsauftrag der Behörde vom 11.6.2002 gründet sich auf § 45 Abs 2 des Wiener Abfallwirtschaftsgesetzes (WrAWG) LGBl 13/1994 iFd LGBl 49/2001. Danach hat der Magistrat demjenigen, der Abfälle entgegen den Bestimmungen dieses Gesetzes verwertet, sammelt, abführt, lagert oder ablagert, die zur Herstellung des gesetzmäßigen Zustandes erforderlichen Maßnahmen aufzutragen. Auch die bekl P bezweifelt nicht, dass der Beseitigungsanspruch bereits vor Konkurseröffnung entstand. Wie das BerufungsG zutreffend erkannte, führte die Nichtbefolgung des zum

Zeitpunkt der Konkurseröffnung schon bestehenden Beseitigungsanspruchs zur Anwendbarkeit des § 4 Abs 1 und 2 VVG (Ersatzvornahme; Vorauszahlungsauftrag bezüglich der Ersatzvornahmekosten). Damit ist aber der bereits zum Zeitpunkt der Konkurseröffnung bestehende Beseitigungsanspruch der Behörde unter § 14 Abs 1 KO zu subsumieren, wonach Forderungen, die nicht auf eine Geldleistung gerichtet sind oder deren Geldbetrag unbestimmt oder nicht in inländischer Währung festgesetzt ist, nach ihrem Schätzwert in inländischer Währung zur Zeit der Konkurseröffnung geltend zu machen sind. Sowohl nach Lehre (*Apathy* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzwert<sup>4</sup> I § 14 KO Rz 4) als auch nach der Rsp (SZ 55/61) fallen Ansprüche auf Beseitigung und Wiederherstellung des vorigen Zustandes unter § 14 Abs 1 KO. Es ist daher mit den dazu in Österreich vertretenen Literaturmeinungen (*Nunner*, Die Freigabe von Konkursvermögen 80 ff; insb 84 f; *Berger/Riel*, Gefährliche Abfälle im Konkurs, RdW 1995, 90; *Prochaska*, Umweltrechtliche Ersatzvornahmekosten: Konkurs- oder Masseforderungen? ZIK 1998, 83 ff) davon auszugehen, dass bereits zum Zeitpunkt der Konkurseröffnung bestehende Beseitigungsansprüche als iSd § 51 Abs 1 KO bereits vor der Konkurseröffnung begründete Forderungen anzusehen sind, weshalb auch die Ersatzvornahmekosten als Konkursforderungen dem § 14 Abs 1 KO unterliegen (vgl auch BGH NJW 2001, 2966 zum Anspruch des Vermieters auf Beseitigung von Abfällen von einem gemieteten Grundstück; ferner 8 Ob 294/01w zu Behebungskosten am Mietobjekt betreffend bereits vor Konkurseröffnung entstandene Schäden). Das gilt uneingeschränkt jedenfalls für den - hier vorliegenden Fall - dass die Gefahrenlage vor der Konkurseröffnung verwirklicht wurde und der umweltwidrige Zustand nach der Konkurseröffnung weder vergrößert wurde noch eine andere (neue) Gefahr nach Konkurseröffnung entstand (vgl *Nunner*, Freigabe 91). Dass hier nach Konkurseröffnung eine Vergrößerung oder Veränderung des umweltwidrigen Zustandes eintrat, behauptet nicht einmal die bekl P. Soweit der VwGH von einer anderen Rechtsauffassung ausgeht, wird sie daher vom OGH nicht geteilt. Die Revisionsbeantwortung verweist allerdings zutreffend darauf, dass die in verwaltungsgerichtlichen Erkenntnissen behandelte Frage der Zulässigkeit der Erlassung eines Beseitigungsauftrages iSd § 32 AWG (vergleichbar dem § 45 Abs 2 WrAWG) auch gegen den Masseverwalter (vgl dazu VwGH wbl 1997, 176) nichts mit der Frage der Einordnung der Ersatzvornahmekosten als Masse- oder Konkursforderungen zu tun hat.

Letztlich überzeugt auch das Argument nicht, das öffentliche Interesse gebiete eine Einordnung der Ersatzvornahmekosten als Masseforderung. Die Befürchtung, dass die wirtschaftlichen Folgen aus einer geschaffenen Gefahrenlage der „Allgemeinheit“ aufgebürdet, die Gläubiger hingegen „entlastet“ werden, erweist sich als zu eng: Auch die „Allgemeinheit“ ist, wenn sie Gläubiger ist, in die Schicksalsgemeinschaft der Gläubiger eingereiht. Ob sie ihre Position dem Privatrecht oder dem öffentlichen Recht verdankt, ist gerade kein zur Bewältigung des Verteilungskampfs geeignetes Kriterium. Öffentlich-rechtliche Pflichten sind den privatrechtlichen Pflichten gleichwertig (*Nunner*, Freigabe 85).

Schließlich ist auch das Argument, es liege eine Masseforderung iSd § 46 Abs 1 Z 6 KO vor, nicht stichhältig: Ein Anspruch nach § 46 Abs 1 Z 6 KO kann nur dann erfolgreich geltend gemacht werden, wenn die Bereicherung der Masse im Zuge des Konkursverfahrens Platz gegriffen hätte (RIS-Justiz RS0111103; SZ 72/72). Besteht - wie hier - aufgrund eines bereits zum Zeitpunkt der Konkurseröffnung gegebenen Beseitigungsanspruches eine Konkursforderung in Höhe der Ersatzvornahmekosten, ist es dem Gläubiger verwehrt, die Differenz zum „vollen“ Anspruch als Bereicherungsanspruch iSd des § 46 Abs 1 Z 6 KO geltend zu machen.