

JUDIKATUR FÜR DEN 31.10.2017

OGH 26.1.2017, 9 Ob 40/16x (RÜCKTRITT DES INSOLVENZVERWALTER VOM VORBEHALTSVERKAUF)

Die a-GmbH (in der Folge: Schuldnerin) erwarb mit Kaufvertrag vom 12.6.2012 vom Beklagten ein Unternehmen (Möbelhaus) zum Kaufpreis von 550.000 € netto zzgl 110.000 € USt. Im Kaufvertrag wurde festgehalten, dass vom Nettokaufpreis 500.000 € auf das in Punkt 1.2.b. des Vertrags genannte Umlaufvermögen (Ausstellungsstücke, Lagerware ...) und 50.000 € auf den restlichen Vertragsgegenstand sowie auf den Goodwill des Unternehmens fallen und dass das Umlaufvermögen unter Eigentumsvorbehalt veräußert werde. Die Streitparteien vereinbarten eine Ratenzahlung, wobei eine konkrete Widmung der einzelnen Raten auf das Umlaufvermögen einerseits und den restlichen Vertragsgegenstand weder vereinbart noch vorgenommen wurde. Die Schuldnerin leistete bis zum 28.11.2012 Raten von insgesamt 270.000 €. Am 17. 5. 2013 wurde das Insolvenzverfahren über ihr Vermögen eröffnet und die Klägerin zur Insolvenzverwalterin bestellt. Diese erklärte gegenüber dem Beklagten den Rücktritt vom Vertrag.

Gestützt auf die §§ 921, 1435 ABGB beehrte die Klägerin die Rückzahlung der von der Schuldnerin geleisteten Kaufpreisraten von 270.000 € sA an die Konkursmasse. Durch den Rücktritt (§ 21 IO) unterbleibe die weitere Erfüllung des Kaufvertrags. Der Beklagte habe ein Aussonderungsrecht an der unter Eigentumsvorbehalt veräußerten Ware, im Gegenzug sei er zur Herausgabe des Kaufpreises verpflichtet. Hinsichtlich jener Kaufvertragsbestandteile, für die kein Eigentumsvorbehalt vereinbart gewesen sei, sei der Vertrag von beiden Seiten erfüllt worden, sodass eine Rückabwicklung nicht vorgesehen sei.

Der Beklagte bestritt und beantragte Klagsabweisung. Nach der Rechtsprechung bestehe im Fall des (Käufer-)Rücktritts des Insolvenzverwalters nach § 21 IO kein Anspruch auf Rückzahlung schon geleisteter Zahlungen, weil der Vertrag durch den Rücktritt nicht rückwirkend beseitigt werde. Die Klägerin habe bis heute nicht den gesamten Bestand an Vorbehaltseigentumsgegenständen zurückgestellt, es werde der Zug-um-Zug-Einwand erhoben. Der Beklagte wandte überdies Bereicherungs- und Schadenersatzansprüche als Gegenforderungen ein, die er auf die nicht rückabgewickelten oder nicht mehr rückstellbaren Vermögenswerte, auf die vertragswidrige Nichtauffüllung des Warenlagers nach Abverkauf der Vorbehaltsware und auf den Ersatz seines restlichen Erfüllungsanspruchs (§ 21 Abs 2 IO) in Höhe des Restkaufpreises stütze.

Das Erstgericht wies mit Teil- und Zwischenurteil das Klagebegehren im Umfang von 25.543 € sA ab und stellte das weitere Klagebegehren in Höhe von 244.457 € sA als dem Grunde nach zu Recht bestehend fest.

Das Berufungsgericht gab den Berufungen beider Streitparteien Folge, hob das Urteil, das im Umfang der Abweisung eines Teilbegehrens von 8.219,09 € sA unbekämpft in Rechtskraft erwuchs, auf und trug dem Erstgericht eine neuerliche Entscheidung nach Verfahrensergänzung über das verbleibende Klagebegehren von 261.780,91 € sA auf.

Der dagegen gerichteten Rekurs beantragt der Klägerin ist nicht zulässig (§ 519 Abs 2 ZPO), weil die aufgeworfenen Fragen anhand der bisherigen Rechtsprechung zu lösen sind.

1. Ist ein zweiseitiger Vertrag vom Schuldner und dem anderen Teil zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens noch nicht oder nicht vollständig erfüllt worden, so kann der Insolvenzverwalter entweder an Stelle des Schuldners den Vertrag erfüllen und vom anderen Teil Erfüllung verlangen oder vom Vertrag zurücktreten (§ 21 Abs 1 IO). Im Fall des Rücktritts kann der andere Teil den Ersatz des ihm verursachten Schadens als Insolvenzgläubiger verlangen (§ 21 Abs 2 S 3 IO).

§ 21 IO kommt auch beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt zur Anwendung, denn ein Kaufvertrag, bei dem ein Teil den Kaufpreis noch nicht zur Gänze bezahlt und der andere Teil das Eigentum noch nicht übertragen, sondern sich dasselbe bis zur vollständigen Bezahlung des Kaufpreises vorbehalten hat, ist ein Vertrag, der von beiden Seiten noch nicht völlig erfüllt ist (6 Ob 208/13a; RIS-Justiz RS0051620 [T1, T2]; s auch *Widhalm-Budak in Konecny/Schubert*, KO § 21 Rz 132 mwN).

2. Durch die Rücktrittserklärung wird der Vertrag nicht aufgehoben, sondern es unterbleibt die weitere Erfüllung. Der Erfüllungsanspruch des Vertragspartners wird in einen Schadenersatzanspruch umgewandelt, der als Insolvenzforderung geltend gemacht werden kann (6 Ob 208/13a; RIS-Justiz RS0064493, RS0064537, RS0064453). Aus der Rücktrittserklärung kann kein Rückforderungsrecht abgeleitet werden (RIS-Justiz RS0064493 [T2]). Hat der Insolvenzverwalter den Vertragsrücktritt erklärt, steht weder ihm noch dem Vertragspartner ein Rückforderungsrecht bezüglich der dem anderen Teil bereits erbrachten Leistungen zu. Es kommt zu keiner Rückabwicklung, und jeder Teil behält die ihm bereits erbrachten Leistungen. Der Wert des bereits Empfangenen ist iSd Differenztheorie vom Schadenersatzanspruch des Insolvenzgläubigers abzuziehen (RIS-Justiz RS0064493 [T9] = 8 Ob 29/09m mwN).

3. Das Unterbleiben einer Rückabwicklung soll aber nicht zu einer ungerechtfertigten Bereicherung eines Vertragsteils führen. Der Insolvenzverwalter kann die erbrachten Leistungen dann und so weit zurückfordern, als der Vertragspartner – unter Berücksichtigung der von beiden Teilen bisher erbrachten Leistungen – auf Kosten der Insolvenzmasse bereichert wäre. Eine solche Bereicherung kann dann vorliegen, wenn der Wert der vom Gemeinschuldner bereits erbrachten Teilleistungen die Gegenleistungen des anderen Vertragsteils sowie dessen allfällige weiteren Schadenersatzansprüche nach § 21 Abs 2 S 3 IO übersteigt (8 Ob 45/09i; RIS-Justiz RS0064493 [T3]; RS0064453). Wenn nach § 21 Abs 2 letzter S IO im Fall des Rücktritts der andere Teil den Ersatz des ihm verursachten Schadens verlangen kann, so ist dieser Schaden für die Beurteilung einer allfälligen Bereicherung des Vertragspartners des Gemeinschuldners vom Wert der vom Gemeinschuldner erbrachten „Teilleistungen“ iSd „Differenztheorie“ abzuziehen (8 Ob 45/09i). Die vom Schuldner erbrachten Leistungen werden dabei nach ihrer vertragsgemäßen Vergütung bewertet, geht es doch darum, es dem Masseverwalter durch das Rücktrittsrecht zu ermöglichen, eine weitere unangemessene Belastung der Masse durch ein ungünstiges Vertragsverhältnis zu vermeiden, nicht aber rückwirkend – über das Anfechtungsrecht hinaus – das Ergebnis ungünstiger Verträge zu beseitigen (8 Ob 45/09i; 9 Ob 63/11x).

4. Das Recht des einen oder anderen Teils auf Rückforderung, das auf einem anderen, mit der Insolvenzeröffnung nicht im Zusammenhang stehenden Grund (zB Eigentumsvorbehalt) beruht, wird dadurch nicht beseitigt (s RIS-Justiz RS0064493).

5. Zum Verhältnis der Schadenersatz- und Bereicherungsansprüche des Verkäufers und seinem auf dem Eigentumsvorbehalt beruhenden Herausgabanspruch führte der OGH schon in der E 8 Ob 157/99t aus, dass der Verkäufer im Käuferkonkurs bei Rücktritt des Masseverwalters zwar ein Aussonderungsrecht auf die Vorbehaltssache hat, aber den bereits bezahlten Kaufpreis herausgeben muss. Damit droht seinen Gegenansprüchen die Kürzung auf die Konkursquote. Dem hilft teilweise die Aufrechnungsvorschrift des § 20 Abs 3 KO (IO) ab, die ua die Aufrechnung mit den auf Grund des Rücktritts nach § 21 KO (IO) entstehenden Ansprüchen gestattet. Der Verkäufer kann ungeachtet des Konkurses mit seinen Geldansprüchen (aus Schadenersatz und Bereicherung) gegen die Konditionensersatzansprüche und Aufwandersatzansprüche des Käufers bzw seiner Konkursmasse aufrechnen. Nur soweit die Ansprüche des Verkäufers die gleichartigen Ansprüche (also Geldansprüche) der Masse übersteigen, kann er bloß die Konkursquote seiner Forderung beanspruchen.

6. Aus diesen Grundsätzen ergibt sich, dass der Insolvenzverwalter infolge seines Rücktritts nach § 21 IO schon erbrachte Leistungen nicht per se, sondern nur dann und so weit zurückfordern kann, als der Vertragspartner unter Berücksichtigung der wechselseitigen Ansprüche und Leistungen auf Kosten der Insolvenzmasse bereichert wäre. Wie bereits das Berufungsgericht zutreffend ausführte, ist kein Grund ersichtlich, warum dieser Abrechnungsmechanismus nicht auch im Fall des Käuferkonkurses bei Veräußerung eines Unternehmens unter teilweise Eigentumsvorbehalt gelten sollte. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Vorbehaltskäufer dem Gläubiger Kaufpreistraten geleistet hat, ohne dass ihm – wie es infolge des Rücktritts nach § 21 IO nun endgültig feststeht – dafür Eigentum am Vorbehaltsgut verschafft worden wäre. Vielmehr bleibt der Vorbehaltverkäufer endgültig (aussonderungsberechtigter) Eigentümer, wobei durch die rücktrittsbedingte Vertragsbeendigung auch das Recht des Käufers zur Innehabung der Sache entfällt (zu letzterem vgl *Riedler*, Der Eigentumsvorbehalt in der Insolvenz des Käufers nach dem IRÄG 2010, ÖJZ 2011, 904, 912).

7. Wie dargelegt (8 Ob 157/99t), kann der Verkäufer dem nun aber seine Geldansprüche aus Schadenersatz und Bereicherung, gegebenenfalls vermindert um den Wert des Aussonderungsgutes (oder eines Surrogats), entgegenhalten; nur soweit seine Ansprüche die gleichartigen Ansprüche der Masse übersteigen, unterliegt seine Forderung der quotalen Kürzung. Danach ist es aber erforderlich, vorerst die wechselseitigen Ansprüche gegenüberzustellen. Wenn das Berufungsgericht daher festhielt, dass es auch beim Rücktritt des Insolvenzverwalters vom Kauf unter Eigentumsvorbehalt zu keiner (sofortigen) Rückabwicklung, sondern – iSd „Differenztheorie“ – zu einem bereicherungsrechtlichen Ausgleich zwischen dem Vertragspartner des Schuldners und der Masse kommen muss, so ist dies zutreffend.

8. Die Klägerin bekämpft auch die Ausführungen des Berufungsgerichts, wonach sich das Erstgericht mit dem Willen der Parteien zur Teilbarkeit des Kaufvertrags zu befassen habe. Es läge jedenfalls eine teilbare Leistung (unter Eigentumsvorbehalt verkauftes Umlaufvermögen einerseits, restlicher Vertragsgegenstand andererseits) vor. Auch zur Frage der Teilbarkeit einer insolvenzverfangenen Leistung liegt Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs vor:

Da sie in den Insolvenzgesetzen nicht gesondert geregelt ist, ist auf die Regelung im bürgerlichen Recht zurückzugreifen. Die Regelungen des bürgerlichen Rechts, die sich mit der Teilbarkeit/Unteilbarkeit befassen, sind unter dem besonderen Blickwinkel des Insolvenzrechts auszulegen. Die Untunlichkeit der Teilung bzw ein weitgehender wirtschaftlicher Verlust steht der Teilbarkeit einer Leistung im Insolvenzverfahren nicht entgegen (RIS-Justiz RS0044162). Die Teilbarkeit einer Leistung beurteilt sich primär nach dem ausdrücklich oder stillschweigend erklärten Willen der Vertragsparteien, erst subsidiär nach der Verkehrsauffassung (RIS-Justiz RS0044162 [T2]).

9. Liegt Teilbarkeit vor, so erstreckt sich das Wahlrecht des Masseverwalters nur auf die im Zeitpunkt der Konkursöffnung noch nicht wechselseitig erbrachten Leistungen. Der Vertragspartner ist mit der seiner

Teilleistung entsprechenden Gegenforderung jedenfalls nur Konkursgläubiger (*Widhalm-Budak* in *Konecny/Schubert*, § 21 KO Rz 264).

10. Nach dieser Rechtsprechung hat es für die Frage der Teilbarkeit der Leistung primär auf den Willen der Vertragsparteien anzukommen. Das kann auch im vorliegenden Fall nicht anders gelten, mag auch ein Unternehmen nach der Verkehrsauffassung in der Regel als Gesamtsache anzusehen sein (vgl. RIS-Justiz RS0010033). Damit ist die vom Berufungsgericht aufgeworfene Frage aber nur anhand der – hier noch nicht feststehenden – Umstände des Einzelfalls zu beurteilen, was ihre Qualifikation als erhebliche Rechtsfrage iSd § 502 Abs 1 iVm § 519 Abs 2 ZPO ausschließt.

OGH 26.4.1995, 3 Ob 532/95 **(AUFLÖSUNG DES LEASINGVERTRAGS IM LEASINGNEHMER-KONKURS)**

Mit Beschluß des LG Innsbruck vom 10.4.1991 wurde über das Vermögen der Z-GmbH (in der Folge: Gemeinschuldnerin) der Anschlußkonkurs eröffnet; der Bekl wurde zum Masseverwalter bestellt.

Die Kl hatte mit der Gemeinschuldnerin einen Leasingvertrag über Bildschirme samt Peripherie und Zusatzgeräten geschlossen; die monatlichen Leasingraten betragen 9.278,40 S. Die Kl machte bereits im Ausgleichsverfahren in der Forderungsanmeldung aufgrund ihres Eigentumsrechts ein Aussonderungsrecht an den geleasteten Maschinen geltend. Der Bekl bestritt diesen Aussonderungsanspruch mit Stellungnahme vom 28.3.1991 im Hinblick auf einen angeblichen Eigentumsvorbehalt der L-Bank. Die Geräte wurden im Februar 1992 im Einverständnis mit der Kl veräußert. Erstmals mit Schreiben vom 2.3.1992 beehrte die Kl vom Bekl die Zahlung der Leasingraten für April 1991 bis Jänner 1992 von insgesamt 92.784 S als Benützungsentgelt.

Der Bekl lehnte dies mit Schreiben vom 3.3.1992 ab, weil der Betrieb der Gemeinschuldnerin nicht weitergeführt worden sei und die Geräte nicht benützt worden seien; die Benützungsentgeltforderung könne daher nicht anerkannt werden. Im Schreiben an die Kl vom 3.6.1992 führte der Bekl aus, er sei seines Erachtens nicht als Masseverwalter in den bestehenden Vertrag eingetreten.

Die Kl begehrt die Zahlung von 92.784 S sA als Massesforderung; eine Rücktrittserklärung des bekl Masseverwalters gem § 21 KO liege nicht vor, die Maschinen seien nicht herausgegeben worden.

Der Bekl bestritt das Klagebegehren.

Das ErstG wies die Klage ab; ergänzend zum bereits eingangs wiedergegebenen Sachverhalt führt es aus, es könne nicht festgestellt werden, daß die Kl beim KonkursG einen Antrag gem § 21 Abs 2 KO gestellt hätte, der Masseverwalter solle erklären, ob er in den Vertrag eintrete oder von diesem zurücktrete. Nach der Konkurseröffnung habe die Gemeinschuldnerin die Geräte der Kl nicht mehr benützt.

Das BerufungsG gab der Berufung der Kl nicht Folge.

Die Revision der Kl ist zulässig und berechtigt.

Die Frage nach dem weiteren Schicksal des Finanzierungsleasingvertrages im Konkurs des Leasingnehmers wurde bisher in der Judikatur des OGH nicht behandelt. ... *Iro* (Der Leasingvertrag im Konkurs des Leasingnehmers, RdW 1993, 177) vertritt - der herrschenden dt Lehre und der Rsp des BGH folgend - die Meinung, bei Konkurs des Leasingnehmers seien die Sonderregeln des § 23 KO für Bestandverträge anzuwenden. Der Masseverwalter trete daher automatisch in den Leasingvertrag ein und werde somit so lange Vertragspartner des Leasinggebers, bis er den Vertrag kündigt; daran sei er aber nicht durch die für Finanzierungsleasingverträge typische feste Laufzeit gehindert. Der Masseverwalter könne unter Einhaltung der gesetzlichen Termine und Fristen kündigen, wobei mangels einer besonderen Vorschrift die in § 1116 ABGB normierte Frist von 24 Stunden entsprechend gelte. Bis zum Wirksamwerden der Kündigung träfen den Masseverwalter voll die Pflichten aus dem Leasingvertrag und seien die Leasingraten als Masseschuld zu begleichen. Für die analoge Anwendung des § 23 KO spiele die Einordnung des Finanzierungsleasing keine entscheidende Rolle, wenn auch die doch sehr starken mietrechtlichen Elemente dafür sprächen. Ausschlaggebend sei vielmehr, daß der Leasinggeber so wie ein Bestandgeber dem Gemeinschuldner bereits vor Konkurseröffnung eine Sache zum Gebrauch überlassen habe und daher seine Leistung nicht zur Sicherung der periodischen Gegenleistungen zurückbehalten könne. Gleichgültig sei, ob der Leasingnehmer eine Kaufoption habe. Diese ändere nämlich während der Grundlaufzeit nichts an der Vergleichbarkeit der Situation mit Bestandverträgen. Um die Masse vor einem willkürlichen Entzug ihres Optionsrechts zu schützen, sei allerdings dem Leasinggeber in diesem Fall so lange kein Kündigungsrecht nach § 23 Abs 1 KO zuzubilligen, als er von der Masse die Leasingraten erhalte. Bestehe jedoch eine Pflicht des Leasingnehmers zum Kauf des Leasingobjekts oder sei die Kaufoption so ausgestaltet, daß ihre Nichtausübung wirtschaftlich unvernünftig wäre, so werde man den Leasingvertrag wie einen Kaufvertrag unter Eigentumsvorbehalt behandeln und dem Masseverwalter das Wahlrecht nach § 21 KO gewähren müssen.

Der erkennende Senat hat erwoogen:

Die Anwendung des § 23 KO ist nicht entscheidend davon abhängig, daß es sich um einen Vertrag handelt, der den gesetzlichen Vorschriften über den Mietvertrag in allem entspricht. Sinn und Zweck des § 23

KO ist es, im Interesse aller Konkursgläubiger zu vermeiden, daß die Konkursmasse durch das Fortbestehen eines Dauerrechtsverhältnisses belastet wird, ohne eine entsprechende Gegenleistung zu erhalten oder sie angemessen nutzen zu können (zum § 23 KO entsprechenden § 19 dKO: BGHZ 71, 189, 191; v. *Westphalen*, Der Leasingvertrag⁴, 434; *ders*, Leasing und Konkurs, BB 1988, 218, 221). Dies rechtfertigt es, § 23 KO nicht nur auf reine Mietverträge anzuwenden, sondern uU auch auf Verträge eigener Art oder auf solche, die Elemente mehrerer Vertragstypen enthalten (BGHZ 71, 189, 191).

Fischer-Czermak hat jüngst (Mobilienleasing 77 ff, 82) als Ergebnis einer Analyse der Rsp des OGH zutreffend aufgezeigt, daß sich den Entscheidungen kein einheitlicher Standpunkt zur Rechtsnatur des Finanzierungsleasings entnehmen läßt. Zumal mangels entsprechender Tatsachengrundlagen eine nähere Einordnung des Leasingvertrags hier unmöglich ist, kann von einer Stellungnahme zu dieser Frage Abstand genommen werden. Die Frage nach der rechtlichen Qualifizierung der Finanzierungsleasingverträge spielt nämlich für die Lösung der konkursrechtlichen Frage, ob § 21 KO oder § 23 KO anzuwenden sind, keine entscheidende Rolle (*Iro*, RdW 1993, 177; *Jaeger/Henckel*, KO⁹, § 19 Rz 17).

Entscheidend ist, ob das Schwergewicht des Vertrages in der Gebrauchsüberlassung liegt oder eine Veräußerung bezweckt, so daß die bloße Gebrauchsüberlassung nicht dem wirklichen Willen der Vertragschließung entspricht (BGHZ 71, 189, 191 f).

Auch ein Finanzierungsleasingvertrag mit Kaufoption ist zunächst auf die Gebrauchsüberlassung gerichtet; die Leasingraten werden in erster Linie als Entgelt für die Gebrauchsmöglichkeit gezahlt (*Jaeger/Henckel*, KO⁹, § 19 Rz 17). Ist das Wirtschaftsgut dem Leasingnehmer bei Konkurseröffnung bereits überlassen, so erfüllt sich der Vertrag von seiten des Leasinggebers von selbst; der Leasinggeber kann seine Leistung nicht zurückbehalten, um seinen Anspruch auf die Gegenleistung zu sichern (*Iro*, RdW 1993, 177; *Jaeger/Henckel*, KO⁹, § 19 Rz 17). In einem solchen Fall ist grundsätzlich auch bei einem Leasingvertrag mit Kaufoption die Anwendung des § 23 KO angebracht (BGHZ 71, 189, 193 ff; BGHZ 109, 368, 374 f; *Jaeger/Henckel*, KO⁹, § 19 Rz 17; *Kilger/K.Schmidt*, KO¹⁶, Anm 2 zu § 19; *Huber* in *Gottwald*, Insolvenzrechtshandbuch, Rz 20 f zu § 38; *Kuhn/Uhlenbruck*, KO¹¹, § 19 Rz 24; v. *Westphalen*, Der Leasingvertrag⁴, Rz 930; *ders*, BB 1988, 218, 221; *Fehl*, Leasing und Konkurs, BB 1989, Beil 10, 28).

Mangels entsprechenden Parteienvorbringens besteht hier kein Anhaltspunkt für das Vorliegen einer besonderen Vertragsgestaltung (Pflicht des Leasingnehmers zum Kauf des Leasingobjekts oder Kaufoption, deren Nichtausübung wirtschaftlich unvernünftig wäre), durch welche die für die Anwendung des § 23 KO maßgeblichen Kriterien derart in den Hintergrund treten könnten, daß man den Leasingvertrag wie einen Kaufvertrag unter Eigentumsvorbehalt behandeln und dem Masseverwalter das Wahlrecht nach § 21 KO gewähren müsse (*Iro*, RdW 1993, 178).

Canaris (Bankvertragsrecht² Rz 1783) vertritt den Standpunkt, daß entsprechend der kreditorischen Funktion des Finanzierungsleasing grundsätzlich darlehensrechtliche Regeln anzuwenden seien; ein Kündigungsrecht nach § 19 dKO (entsprechend § 23 KO) komme somit nicht in Betracht. Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden, weil hiebei das entscheidende Element, das der Leasinggeber nach Überlassung des Gebrauchs seine Leistung nicht mehr zur Sicherung der periodischen Gegenleistungen zurückbehalten kann, nicht entsprechend Berücksichtigung findet.

Der Masseverwalter konnte somit nur eine Kündigung des Leasingvertrags vornehmen; er hatte im Anwendungsbereich des § 23 KO nicht die Möglichkeit, eine Erklärung abzugeben, in den Vertrag nicht eintreten zu wollen (EvBl 1961/343; SZ 24/17).

Mangels Kündigung durch den Masseverwalter nach § 23 KO handelt es sich bei der eingeklagten Forderung auf Zahlung des Leasingentgelts um eine Massesforderung, sodaß dem Klagebegehren stattzugeben war.

OGH 11.7.2002, 6 Ob 65/02f

(KÜNDIGUNG VON BESTANDVERHÄLTNISSEN UND KÜNDIGUNGSTERMINE)

Die spätere Gemeinschuldnerin (als Mieterin) hatte mit der Bekl (als Vermieterin) einen Mietvertrag über Büro- und Geschäftsräumlichkeiten abgeschlossen. Das Mietverhältnis begann am 1.10.1997 und war auf unbestimmte Zeit abgeschlossen. P II des Mietvertrages berechtigt jeden der Vertragsteile zur Aufkündigung unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von 12 Monaten jeweils zum Ende eines Kalenderjahres.

Nach Konkurseröffnung über das Vermögen der Mieterin (1.2.2001) kündigte der Masseverwalter das Bestandverhältnis unter Einhaltung der dreimonatigen Kündigungsfrist des § 560 Abs 1 Z 2 lit e ZPO zum 16.6.2001 gem § 23 Abs 1 KO auf. Er vertrat die Auffassung, die im Mietvertrag vereinbarte Kündigungsfrist vom 12 Monaten sei ebensowenig einzuhalten wie der gesetzliche Kündigungstermin.

Das ErstG hob die Aufkündigung als rechtsunwirksam auf und wies das Räumungsbegehren ab.

Das BerufungsG bestätigte diese Entscheidung.

Die ao Revision des Kl hatte Erfolg.

Nach § 23 Abs 1 KO kann der Masseverwalter den Bestandvertrag über eine vom Gemeinschuldner in Bestand genommene Sache unter Einhaltung der gesetzlichen oder der vereinbarten kürzeren Kündigungsfrist kündigen. Eine Aussage darüber, ob dabei die gesetzlich (oder vertraglich) vorgegebenen Kündigungsfristen einzuhalten sind, trifft das Gesetz nicht. Der OGH hat in seiner E 5 Ob 549/89 = SZ 62/83 die Auffassung vertreten, aus der Tatsache, dass § 23 Abs 1 KO den Masseverwalter nur hinsichtlich der einzuhaltenden Kündigungsfrist begünstige, eine ausdrückliche Aussage über Kündigungsfristen jedoch unterlasse, obgleich die Kündigung schon zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der KO nur zu bestimmten Terminen hätte erfolgen können, sei abzuleiten, dass der Masseverwalter das Mietverhältnis zum frühest möglichen Zeitpunkt solle beenden können. Dies könne je nach Zutreffen der aus den gesetzlichen Vorschriften oder der aus der Vereinbarung abgeleitete (frühere) Endzeitpunkt sein. Die Rsp zu § 25 Abs 1 KO, wonach der Masseverwalter bei Aufkündigung eines Arbeitsverhältnisses nur die gesetzlichen oder zulässigerweise vereinbarten kürzeren Kündigungsfristen, nicht aber die in verschiedenen Bestimmungen enthaltenen Kündigungsfristen einhalten müsse, könne auf die Auslegung des § 23 Abs 1 KO nicht ohne weiteres übertragen werden, weil schon bei Inkrafttreten der KO im Zusammenhang mit der Aufkündigung von Bestandverträgen - anders als bei der Aufkündigung eines Arbeitsverhältnisses - Kündigungsfristen einzuhalten gewesen seien. Der Masseverwalter könne daher Bestandverhältnisse zwar zum frühest möglichen Zeitpunkt beenden, müsse jedoch die gesetzlichen (oder vertraglich kürzeren) Kündigungsfristen einhalten.

Eine gesicherte Rsp zu dieser Frage ist - entgegen der Auffassung der Bekl - schon deshalb nicht zu erkennen, weil die Folgerung E 8 Ob 310/97i (ecolex 1998, 397) die Aufkündigung eines Bestandvertrages über eine bewegliche Sache zu beurteilen hatte. Die Frage der Einhaltung gesetzlicher Kündigungsfristen bei der Aufkündigung von Bestandverträgen über unbewegliche Sachen stellte sich daher dort nicht und wurde auch nicht neuerlich geprüft. Der in SZ 62/83 vertretene Auffassung tritt *Rathauscher* (Kündigung nach § 23 KO: Einhaltung von Kündigungsfristen? ZIK 1997, 77; *dies*, Bestandrechte und Konkurs [1999] 122 ff) mit beachtlichen Argumenten entgegen: § 23 KO ordne ebenso wie § 25 hinsichtlich der Arbeitsverhältnisse positiv an, dass die gesetzlichen beziehungsweise die vereinbarten kürzeren Kündigungsfristen beachtlich seien. Da beide Bestimmungen im Kern gleich lauten, sei nicht einzusehen, weshalb die Rsp § 25 KO offenbar als positive, § 23 KO als negative Formulierung verstehe und so zu unterschiedlichen Auslegungsergebnissen gelange. Dieser Auslegung sei entgegenzuhalten, dass beiden Bestimmungen Dauerschuldverhältnisse zugrunde lägen, die außerhalb eines Insolvenzverfahrens unter Einhaltung von Frist und Termin ordentlich gekündigt werden müssten und beide Bestimmungen im Rahmen des Konkursverfahrens denselben Zweck, nämlich die vorzeitige Auflösung des Vertrages verfolgten, um Kostenbelastungen der Konkursmasse zu vermeiden. § 23 KO müsse daher aus teleologischen Gesichtspunkten wie § 25 KO ausgelegt werden, zumal auch die Kündigung von Arbeitsverhältnissen der Einhaltung von Fristen und Terminen bedürfe. Für die Unbeachtlichkeit von Kündigungsfristen spreche auch die weitere Überlegung, wonach die Masse häufig an der (weiteren) Vertragserfüllung nicht interessiert sei und durch die gesetzlichen Regelungen in die Lage versetzt werden sollte, Vertragsverhältnisse, deren Weiterführung nicht erforderlich oder für die Masse ungünstig seien, vorzeitig zu beenden, weil nur so die außerordentliche Beendigungsmöglichkeit des § 23 KO in möglichst masseschonender Weise ausgeübt werden könne. Im Übrigen schaffe § 23 KO ein besonderes Kündigungsrecht, dessen Ähnlichkeit zur außerordentlichen Kündigung einer Heranziehung der von der Rsp für die Wirksamkeit der ordentlichen Kündigung entwickelten Elemente entgegenstehe. Die Besonderheit dieses Kündigungsrechts erfordere es, dass die Einhaltung von Fristen und Terminen geregelt werden müsse, zumal außerordentliche Vertragsbeendigungen grundsätzlich frist- und terminlos erfolgten. Das der Gesetzgeber der KO von 1914 die zwingende Einhaltung von Kündigungsfristen nicht vor Augen gehabt habe, ergebe sich auch aus § 23 Abs 2 KO; danach trete die Auflösung des Bestandverhältnisses in diesem Fall losgelöst von allfälligen Kündigungsfristen ein; maßgeblich sei nur der Zeitraum, für den der nunmehrige Gemeinschuldner die Gegenleistung schon erbracht habe. Mit Ausnahme der zitierten Autorin hat sich die Lehre bisher noch nicht eingehend mit der hier entscheidenden Frage befasst, ob bei Aufkündigung eines Bestandvertrags über eine unbewegliche Sache nach § 23 KO die gesetzlichen Kündigungsfristen des § 560 ZPO einzuhalten sind. (...)

Der Senat sieht sich veranlasst, angesichts der dargestellten Argumentation von der in SZ 62/83 vertretenen Auffassung abzugehen: § 23 KO findet sich in einem systematischen Zusammenhang mit jenen Regelungen (§ 21 ff KO), die eine vorzeitige Auflösung noch nicht erfüllter, zweiseitig verbindlicher Verträge und von Dauerschuldverhältnissen nach Konkurseröffnung ermöglichen. Aus diesen Bestimmungen ist die Tendenz abzuleiten, die vorzeitige Auflösung des Vertragsverhältnisses im Interesse der Masse und damit auch in jenem der Gläubiger zu erleichtern. Der Masseverwalter soll in die Lage versetzt werden, Vertragsverhältnisse, deren Fortbestehen nicht erforderlich oder für die Konkursmasse sogar ungünstig ist, vorzeitig zu beenden, um dem Erfordernis des Masseerhalts Rechnung tragen zu können (*Rathauscher*, ZIK 1997, 79; *Gamerith* in *Bartsch/Pollak/Buchegger* KO I⁴ § 23 Rz 1). Während § 21 KO den Rücktritt von beiderseits verbindlichen Verträgen ermöglicht, deren Beendigung nicht an Fristen und Termine gebunden ist, regeln die §§ 23 bis 25 KO die Beendigung von Vertragsverhältnissen, die außerhalb des Konkurses nur unter Einhaltung von Fristen und Terminen aufgekündigt werden können. In diesen Fällen nimmt der Gesetzgeber nur auf die dabei einzuhaltende Kündigungsfrist ausdrücklich Bezug, trifft jedoch keine Aussage zu allfälligen anzuwendenden Kündigungsfristen.

In der Rsp ist anerkannt, dass der Masseverwalter bei der nach § 25 KO vorgesehenen Kündigung nur die gesetzliche oder zulässigerweise vereinbarte kürzere Kündigungsfrist einzuhalten hat, nicht aber die in verschiedenen gesetzlichen Bestimmungen vorgesehenen Kündigungstermine (SZ 53/34; SZ 57/145; ZIK 1997, 62; weitere Nachweise bei *Mohr*, KO⁹ § 25 E 12 und 12a; RIS-Justiz RS0028779). Diese Auslegung (siehe dazu im Einzelnen SZ 57/145) kann auch auf die Auslegung des § 23 Abs 1 KO betreffend die Aufkündigung von Bestandverhältnissen an unbewegliche Sachen übertragen werden. Beide Bestimmungen lauten im hier wesentlichen Kern gleich. Es ist daher nicht einzusehen, weshalb § 25 KO jene Voraussetzungen (positiv) regeln sollte, die für eine vorzeitige Auflösung erforderlich sind (Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist), während § 23 KO dem gegenüber nur eine Begünstigung des Masseverwalters enthalten sollte, indem jene Voraussetzungen angeführt werden (vertragliche Fristen), deren Einhaltung nicht erforderlich ist. §§ 23 und 25 KO weisen neben der im Kern gleichen Formulierung des Kündigungsrechts noch weitere Ähnlichkeiten auf. In beiden Fällen wirkt sich die Konkurseröffnung nicht unmittelbar auf das Bestand- bzw Arbeitsverhältnis aus, dieses wird durch die Konkurseröffnung zunächst nicht berührt, bleibt aufrecht und wird mit der durch den Masseverwalter vertretenen Konkursmasse fortgesetzt; sein Weiterbestand während des Konkurses führt zum Entstehen von Masseforderungen nach § 46 Abs 1 Z 3 und 4 KO (*Gamerith in Bartsch/Pollak/Buchegger*⁴ I § 23 Rz 10; *Wirth in Rummel*, ABGB² Rz 24; *immolex* 2000/48). Die möglichst rasche Beendigung durch Kündigung trägt nicht nur dem Umstand Rechnung, dass die Masse häufig an der Erfüllung dieser Verträge nicht interessiert ist, sie dient auch dem Erhalt der Masse und damit dem Interesse der Konkursgläubiger (*Gamerith in Bartsch/Pollak/Buchegger*⁴ I § 23 Rz 1; ZIK 1997, 184) und steht mit den Aufgaben des Masseverwalters, unnötige Masseforderungen zu vermeiden (*Riel*, Die Mietwohnung des Gemeinschuldners, WoBl 1995, 40; *Gamerith in Bartsch/Pollak/Buchegger*⁴ I § 23 Rz 1) in Einklang. Die §§ 23 und 25 KO verfolgen daher gleichermaßen den Zweck, dem Masseverwalter eine möglichst rasche Auflösung des trotz Konkurseröffnung aufrecht gebliebenen, kündbaren Vertragsverhältnisses zu ermöglichen, um eine weitere Belastung der Masse durch seinen Weiterbestand im Interesse der Konkursgläubiger zu vermeiden. Diesem von Lehre und Rsp anerkannten Zweck des § 23 KO würde es aber zuwider laufen, wollte man über die gesetzlichen Kündigungsfristen hinaus eine Kündigung nur unter der weiteren Voraussetzung der Einhaltung gesetzlicher Kündigungstermine zulassen. Dadurch würde der Bestandsgeber mehr geschützt werden, als ein vom Konkurs des Arbeitgebers betroffener Dienstnehmer. Er könnte - über den Ablauf der Kündigungsfrist hinaus - bis zum gesetzlichen Kündigungstermin Masseforderungen geltend machen, während dem Arbeitnehmer Masseforderungen nur bis zum Ablauf der Kündigungsfrist zustehen.

Eine unterschiedliche Auslegung der in Bezug auf die Erfordernisse der Aufkündigung gleichlautenden §§ 23 und 25 KO wäre auch angesichts ihrer inhaltlichen Übereinstimmung und im Anbetracht der für beide Fälle vorgesehene Einhaltung von Kündigungsterminen bei Auflösung des Vertragsverhältnisses außerhalb eines Konkurses nicht gerechtfertigt. Dass zur Zeit der Erlassung der KO für die Kündigung von Bestandverhältnissen (anders als für die Kündigung von Dienstverträgen) gesetzliche Kündigungstermine vorgesehen waren, kann daran nichts ändern. Die Auslegung dieser seit langem geltenden Bestimmungen hat sich auch an der gegenwärtig geltenden Rechtsordnung zu orientieren (*Bydlinski in Rummel*, ABGB³ § 6 Rz 26). Danach erfordert auch die ordentliche Aufkündigung von Arbeitsverhältnissen die Einhaltung von Frist und Termin. Die Rsp müsste daher - würde sie § 25 KO ebenso verstehen wie § 23 KO iS SZ 62/83 - die Einhaltung von Kündigungsterminen (anders als bisher) auch im Zusammenhang mit der Auflösung nach § 25 KO verlangen, weil ihre Einhaltung in § 25 nicht explizit ausgenommen wird. Dies ist aber nicht der Fall. Dass auch der Gesetzgeber § 25 KO immer als positive Anordnung der Voraussetzungen für eine vorzeitige Kündigung verstand (und nach wie vor versteht) und die Einhaltung von Kündigungsterminen eben nicht vorsehen will, ergibt sich schon daraus, dass er trotz zahlreicher Novellierungen des § 25 KO seit Inkrafttreten der KO eine Änderung dieser Bestimmung in diesem Sinn nicht vorsah (vgl *Rathauscher*, ZIK 1997, 79).

Der Rechtssatz, wonach der Masseverwalter bei Aufkündigung eines Arbeitsverhältnisses (§ 25 KO) nur die gesetzlichen oder zulässigerweise vereinbarten kürzeren Kündigungsfristen, nicht aber die in verschiedenen Bestimmungen vorgesehenen Kündigungstermine einhalten müsse, kann daher auf die Auslegung des § 23 Abs 1 KO betreffend die Aufkündigung von Bestandverhältnissen übertragen werden.

Für die Unbeachtlichkeit der Kündigungstermine spricht auch der Umstand, dass die §§ 23 und 25 KO ein außerordentliches Kündigungsrecht schaffen, ein Umstand, der einer Heranziehung der für die Wirksamkeit einer ordentlichen Kündigung erforderlichen Voraussetzungen (Frist und Termin) ohne ausdrückliche Anordnung entgegensteht (*Rathauscher*, ZIK 1997, 80).

Der Masseverwalter hat daher auch bei Aufkündigung eines Bestandverhältnisses über eine unbewegliche Sache nach § 23 KO nur die gesetzlichen Kündigungsfristen, nicht aber auch die im Gesetz vorgesehenen Kündigungstermine einzuhalten.