

# I. Einleitung

---

Gehört jemandem eine Sache, hat er ein absolutes Recht. Er hat das Herrschafts- und Nutzungsrecht und kann jeden Dritten davon ausschließen. Dieses Ausschließen manifestiert sich ua darin, dass der Eigentümer seine Sache von jedem, der sie unberechtigt besitzt, herausverlangen kann (§ 366 ABGB).<sup>1</sup>

Daran ändert auch die Insolvenz grds nichts.<sup>2</sup> Gem § 44 Abs 1 IO ist die Frage, wer Sachen aus der Insolvenzmasse herausverlangen kann, „nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu beurteilen“, worunter die allgemeinen Normen des Privatrechts verstanden werden.<sup>3</sup> Va der Eigentümer kann in der Insolvenz daher aussondern. Der Insolvenzverwalter muss dem Eigentümer dann die konkrete Sache und nicht bloß eine Insolvenzquote herausgeben.<sup>4</sup>

Wird die Sache (vor Insolvenzeröffnung) veräußert, ist die Situation eine andere. Die Eigentumsklage gem § 366 ABGB kann gegen den Veräußerer nicht mehr geltend gemacht werden – die Sache befindet sich ja nicht mehr bei ihm.<sup>5</sup> Stattdessen stehen Bereicherungsansprüche (zB § 1041 ABGB) und bei Verschulden auch Schadenersatzansprüche (§§ 1293 ff ABGB) gegen den Veräußerer zu. Wird der Veräußerer in der Folge insolvent, werden diese Bereicherungs- und Schadenersatzansprüche zu Insolvenzforderungen. Der ehemalige Eigentümer muss sich dann mit der quotiellen Befriedigung seiner Forderung begnügen.<sup>6</sup>

Wird die fremde Sache nach Insolvenzeröffnung veräußert, finden sich in der IO drei Bestimmungen, die einschlägig sind: §§ 81, 46 sowie 44 IO.

Trifft den Insolvenzverwalter ein Verschulden, kann er gem § 81 IO schadenersatzpflichtig werden. Da sich diese Ansprüche gegen den

---

1 Iro, Sachenrecht<sup>6</sup> Rz 4/1 ff.

2 Vgl aber etwa § 11 IO.

3 Für viele Spitzer, Aussonderung 3.

4 Buchegger, Insolvenzrecht<sup>2</sup> 61; Dellinger/Oberhammer/Koller, Insolvenzrecht<sup>3</sup> Rz 206.

5 Vgl nur Eccher/Riss in KBB<sup>5</sup> § 366 ABGB Rz 4.

6 Buchegger, Insolvenzrecht<sup>2</sup> 58; Dellinger/Oberhammer/Koller, Insolvenzrecht<sup>3</sup> Rz 173 ff.

Insolvenzverwalter und sein Vermögen<sup>7</sup> richten, sind sie unabhängig von der Insolvenz.

§ 46 Z 6 IO bestimmt, dass „*Ansprüche aus einer grundlosen Bereicherung der Masse*“ Masseforderungen sind. Wird also eine fremde Sache nach Insolvenzeröffnung veräußert und wird die Masse dadurch bereichert, kann diese Bereicherung als Masseforderung abgeschöpft werden. Der ehemalige Aussonderungsberechtigte wäre dann gem § 47 Abs 1 IO vor allen Insolvenzforderungen zu befriedigen und hätte (außer in Fällen der Masseinsuffizienz) Anspruch auf Herausgabe der vollen Bereicherung.<sup>8</sup>

Schon durch § 46 Z 6 IO wird der Massestand bei Insolvenzeröffnung also weitgehend „festgefroren“. Gab es bei Insolvenzeröffnung ein Aussonderungsrecht an einer Sache, soll eine Bereicherung, die sich aus der Verwertung dieser Sache ergibt, nicht in der Masse bleiben. Schon durch § 46 Z 6 IO erhält der ehemalige Aussonderungsberechtigte also weitgehenden Schutz.

Der Gesetzgeber geht mit § 44 Abs 2 IO aber noch weiter:

*„Ist eine solche [aussonderbare] Sache nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens veräußert worden, so kann der Berechtigte, unbeschadet weitergehender Ersatzansprüche, die Aussonderung des bereits geleisteten Entgeltes aus der Masse, wenn aber das Entgelt noch nicht geleistet worden ist, die Abtretung des Rechtes auf das ausstehende Entgelt verlangen.“*

Der ehemalige Aussonderungsberechtigte hat demnach nicht nur einen Bereicherungsanspruch, der gem § 46 Z 6 IO in der Insolvenz bevorzugt als Masseforderung behandelt wird, sondern kann die „Aussonderung des Entgeltes“ bzw „die Abtretung des Rechts auf die Gegenleistung“ verlangen. Der Eigentümer wird bei Untergang seines Aussonderungsrechts durch Veräußerungen nach Insolvenzeröffnung also erheblich privilegiert.

Diese Privilegierung passt sich aber offensichtlich nicht ins System ein.<sup>9</sup> Ein Anspruch, der sich unmittelbar auf das für eine aussonderbare/vindizierbare Sache erzielte Entgelt richtet, ist den allgemeinen Regeln schon per se fremd. Und auch im Insolvenzverfahren wirkt § 44 Abs 2 IO wie ein Fremdkörper. Schon durch § 46 Z 6 IO würde der vereitelte Aussonderungsberechtigte ja – systemkonform mit einem insolvenzrechtlich verstärkten Bereicherungsanspruch – geschützt.

Gem § 44 Abs 2 IO soll der Aussonderungsberechtigte, dessen „eigentliche“ Aussonderung durch eine Veräußerung vereitelt wurde, aber über § 46 Z 6 IO hinaus trotzdem noch geltend machen können, dass das dabei erlöste Entgelt nicht Teil der Insolvenzmasse ist.

---

7 Gem § 269 Abs 1 Z 1 lit f IO muss der Insolvenzverwalter eine Haftpflichtversicherung haben, die solche Ansprüche dann – auch in einer Insolvenz des Insolvenzverwalter (vgl § 157 VersVG) – insolvenzfest befriedigt.

8 Vgl dazu *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht<sup>3</sup> Rz 193.

9 *Adolphsen* in *Gottwald*, Handbuch<sup>3</sup> § 41 Ersatzaussonderung Rz 2.

Im Zusammenhang mit diesem auf den ersten Blick systemwidrigen Institut stellen sich daher zahlreiche Fragen. Diese reichen von – in der Praxis kaum aufgegriffenen<sup>10</sup> – technischen Fragen (Berechtigte/Veräußerungsbegriff), bis hin zu Fragen der systemischen Auswirkung dieser sogenannten Ersatzaussonderung.

An dieser Stelle ist noch auf zwei Merkmale der Arbeit hinzuweisen. Das erste ist terminologischer Natur: Nach der IO wird der in Insolvenz Verfallene als „Schuldner“ bezeichnet. Im mehrpersonalen Verhältnis – (Ersatz-)Aussonderungsberechtigter, Erwerber (gleichzeitig Schuldner der ausstehenden Gegenleistung), Insolvenzmasse bzw -verwalter und eben „Schuldner“ – wird aus Gründen der Klarheit (mit der alten Rechtslage) vom „Gemeinschuldner“ gesprochen.

Das Zweite betrifft die Verarbeitung deutscher Literatur: Dort aufkommende Argumente (vor allem zur alten Rechtslage – § 46 dKO) lassen sich regelmäßig auch zu § 44 Abs 2 IO vertreten. Sind deutsche Meinungen schon prima facie nicht für Ö relevant, werden sie im Folgenden auch nicht besprochen. Scheinen sie auf den ersten Blick anwendbar, werden mögliche Unterschiede im Rahmen der vorliegenden Arbeit aufgearbeitet.

---

10 Fragen zur Ersatzaussonderung stellen sich – wohl auch, weil sie bislang inhaltlich in Ö kaum bearbeitet wurden – wegen des (scheinbar) weitgehend gleichlaufenden Anwendungsbereichs des § 46 Z 6 IO, hauptsächlich im Zusammenhang mit Fällen der Massearmut, *Spitzer*, RdW 2006, 678 (681 FN 27).



## II. Historische Grundlagen

---

Interessant und für zahlreiche Probleme relevant ist, wie sich diese Privilegierungen des Eigentümers in der Insolvenz entwickelt bzw historisch ergeben haben. Dazu soll zuerst die Entwicklung in Ö beleuchtet und diese sodann mit der Entwicklung im weiteren deutschsprachigen Raum verglichen werden.

### A. Österreich

#### 1. Josefinische Concursordnung 1781

Die erste umfassende Kodifikation auf österreichischem Boden war die JCO 1781. Sie erfasste und modifizierte im Wesentlichen den gemeinrechtlichen Konkursprozess, der sich in den Jahrhunderten davor in der Gerichtspraxis entwickelt hatte.<sup>11</sup>

Darin wurden Gläubiger grds in sechs Klassen eingeteilt (§§ 15–23 JCO 1781), wobei gem § 14 JCO 1781 zwei Gruppen noch vor allen anderen Gläubigern zu befriedigen waren: *„Vor allen Gläubigern sind jene zu setzen: a) welche ihr eigenthümliches bewegliches Gut, so zur Zeit des eröffneten Concurses in der Masse annoch unverwendet gefunden worden ist, zurückfordern; b) jene, welche nach eröffnetem Concurse für die Masse selbst etwas verwendet oder für dieselbe gearbeitet haben, als Vertreter der Masse und der Verwalter des Vermögens.“*

Zum einen sollten also Eigentümer, deren Sachen noch in der Masse vorhanden waren, zum anderen Personen, die etwas für die Masse verwendet hatten oder die für die Masse gearbeitet hatten, bevorzugt sein. Wenn man § 14 JCO 1781 mit der heutigen Rechtslage vergleichen will, lassen sich demnach zwei Tatbestände unterscheiden. Lit a erfasste mit den Vindikanten die heutigen Aussonderungsberechtigten; lit b normiert Bereicherungsansprüche und Verwaltungskosten, also die Massegläubiger des § 46 IO.<sup>12</sup>

Was passieren sollte, wenn unter § 14 lit a JCO 1781 fallende Gegenstände veräußert wurden, war im Gesetz nicht geregelt. Eine explizite

---

11 Pollak in Bartsch/Pollak, Konkursordnung I 1 f; Rintelen, Konkursrecht 10.

12 Vgl dazu den Kreis der Anspruchsberechtigten nach lit b bei *Mayrhofer*, Gandtprozess 112 f.

gesetzliche Anordnung für die heute von § 44 Abs 2 IO erfassten Ersatzaussonderungsfälle kannte die JCO 1781 (noch) nicht. Die Literatur sprach sich aber (zeitlich jedoch erst deutlich später) einhellig dafür aus, dass der Vindikant, dessen Sache im Konkurs veräußert wurde, auch „vor alle anderen Gläubiger zu setzen“ sei.<sup>13</sup> Wie dieses „*Vor allen Gläubigern zu setzen*“ ausgestaltet war, wurde aber nicht einheitlich beantwortet.

*Haimerl* (1840) ging davon aus, dass die Höhe dieses bevorzugten Anspruches davon abhängt, ob der Verwalter bei der Veräußerung Kenntnis des Fremdeigentums hatte. Dabei verweist er auf §§ 335–338 sowie § 378 ABGB.<sup>14</sup> *Wanggo* (1807) ging demgegenüber (allerdings ohne Begründung) davon aus, dass bei Verkauf in der Konkursversteigerung „*dem betreffenden Gläubiger der Vorzug auch auf den Meistboth*“ gebühre.<sup>15</sup>

Festhalten lässt sich nur, dass die JCO 1781 eine gesetzlich normierte Ersatzaussonderung nicht kannte. Erst die Lehre konstruierte für den vereitelten Vindikanten ein Vorrecht und setzte ihn in einem Weiterdenken von § 14 JCO 1781 „*vor alle[n] Gläubiger*“. Eine Begründung für diese Bevorzugung des vereitelten Vindikanten lieferte die Lehre nicht. Noch viel weniger machte sich die Lehre die Mühe, den ehemaligen Vindikanten einer der beiden Gruppen (Aussonderungsgläubiger vs Massegläubiger) zu- bzw sonst irgendwie einzuordnen.

Versucht man trotzdem eine Zuordnung, so spricht die Ansicht von *Wanggo*, der dem Vindikanten den Vorzug „*auf den Meistboth*“ geben will,<sup>16</sup> für einen Vindikationsanspruch. Dafür spricht das Abstellen auf den individualisierten Erlös. Es soll genau das Meistboth – also eine konkrete Sache – verlangt werden können.

Die differenzierteren Überlegungen von *Haimerl* sprechen eher für eine Einordnung als Masseforderung. Wenn die Höhe des Anspruchs von der Kenntnis, also der Redlichkeit des Masseverwalters abhängig ist, steht dem ehemaligen Vindikanten wohl kein individualisierter bestimmter Betrag zu, sodass es sich nach der heutigen Diktion nur um eine Masseforderung handeln könnte.<sup>17</sup>

Eine endgültige Lösung der Frage, wie der Anspruch einzuordnen war, kann hier aber offen bleiben.<sup>18</sup> Gesichert ist jedenfalls, dass der JCO

---

13 *Haimerl*, Vorträge über den Conkurs 113; *Spath*, Verhandlung eines Konkurses 77; *Wanggo*, Allgemeine Gerichts- und Concursordnung 418.

14 *Haimerl*, Vorträge über den Conkurs 113.

15 *Wanggo*, Allgemeine Gerichts- und Concursordnung 418.

16 *Wanggo*, Allgemeine Gerichts- und Concursordnung 418.

17 *Haimerl*, Vorträge über den Conkurs 113.

18 Und war auch damals offenbar nicht notwendig: Sowohl „Aussonderungsberechtigte“ gem lit a, als auch „Massegläubiger“ gem lit b wurden vor alle anderen Gläubiger gesetzt; die Frage des Verhältnisses zwischen den beiden bevorrechteten Gruppen wäre nur in Fällen der Massearmut relevant gewesen. Diese war aber der JCO 1781 unbekannt und wurde – soweit ersichtlich – auch von der Lehre nicht behandelt.

1781 eine Ersatzaussonderung, wie man sie heute aus § 44 Abs 2 IO kennt, fremd war. Zumindest von der (späteren) Lehre wird aber jedenfalls angenommen, dass der Vermögensstand bei Konkurseröffnung festgefroren sein sollte. Ein nach Konkurseröffnung verkürzter Eigentümer sollte jedenfalls „*vor alle Gläubiger*“ zu setzen sein.

## 2. Reichskonkursordnung 1869

Der Ursprung einer expliziten Ersatzaussonderung in Österreich findet sich in § 26 RKO 1869. Während in S 1 die Vorgängerbestimmung der Aussonderung zu finden ist, beschreiben S 2 und 3 die – im Kern mit § 44 Abs 2 IO inhaltsgleiche – Ersatzaussonderung:

*„Befinden sich in der Concurssmasse bestimmte Sachen, welche dem Gemeinschuldner ganz oder zum Theile nicht eigenthümlich gehören, so ist das Recht deren Rückstellung oder die Ausscheidung des in die Masse nicht gehörigen Anteils nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu beurtheilen. Ist eine solche Sache nach Eröffnung des Concurses veräußert worden, so tritt das erzielte Entgelt an die Stelle der veräußerten Sache. Dem Rückfordernden steht das Recht zu, das Entgelt aus der Masse, wenn es derselben bereits geleistet wurde, oder von demjenigen zu fordern, der es noch schuldet.“*

Obwohl nach den Mat zum Referentenentwurf zur RKO 1869 „*nebst dem Beispiele anderer Gesetze*“<sup>19</sup> „*unleugbar [...] die höchste Billigkeit dafür*“<sup>20</sup> sprach, die Aussonderung „*zu Gunsten des Vindicanten auch auf den noch ausstehenden Kaufpreis eines durch den Gemeinschuldner oder durch die Masse veräußerten fremden Gutes*“<sup>21</sup> zu erstrecken, enthielt der Referentenentwurf noch keine Ersatzaussonderung (aber wohl eine Masseforderung!).<sup>22</sup>

Die Ersatzaussonderung wurde erst vom Ausschuss des Abgeordnetenhauses hinzugefügt. Begründet wurde diese Erweiterung – neben den schon angeführten Gründen – ua damit, „*daß die Masseverwaltung eine fremde Sache nur als Geschäftsführer ohne Auftrag im Namen des Rückforderungsberechtigten veräußern konnte und daher in einem solchen Falle der Grundsatz: ‚Pretium succedit in locum rei‘ [der Preis tritt an die Stelle der Sache] volle Anwendung finden müsse.*“<sup>23</sup> Während die Hinweise auf die „*höchste Billigkeit*“ bzw auf das Vorbild anderer Gesetze leicht verständlich sind, sind die Erläuterungen des Ausschusses des Abgeordnetenhauses zu einer GoA schwerer zu verstehen.

19 Kaserer, Commentar 65; vor allem § 23 PKO 1855.

20 Kaserer, Commentar 65.

21 Kaserer, Commentar 65.

22 Kaserer, Commentar 68 ff.

23 Kaserer, Commentar 66.

„Im Namen des Rückforderungsberechtigten“ wird der Masseverwalter wohl kaum veräußern, zumal er, wenn er von dem Rückforderungsrecht weiß, im Normalfall gar nicht veräußern darf.<sup>24</sup>

Ebenso unmöglich wäre die Subsumierung unter die (in §§ 1036 ff ABGB beschriebene) Geschäftsführung ohne Auftrag: Der Masseverwalter hat zwar Fremdgeschäftsführungswillen, aber wohl kaum für den Rückforderungsberechtigten, sondern immer nur zugunsten der Masse.<sup>25</sup> Wenn also davon ausgegangen wird, dass die Ersatzaussonderung gerechtfertigt ist, weil der Masseverwalter „als Geschäftsführer ohne Auftrag im Namen des Rückforderungsberechtigten“ handelt, so darf man diese Ausführungen wohl nicht dogmatisch, sondern muss sie mMn als eher programmatischer Natur verstehen.<sup>26</sup>

Der Ausschuss des Abgeordnetenhauses konstruiert nur eine (weder in sonstigen gesetzlichen Bestimmungen vorgesehene, noch vom veräußernden Masseverwalter intendierte) Geschäftsführung ohne Auftrag, um dem ungewollt „Vertretenen“ einen vorrangigen Anspruch auf das Entgelt zu gewähren. Dafür spricht auch, dass der Gesetzgeber<sup>27</sup> die Veräußerung durch den vom fremden Recht wissenden Masseverwalter explizit auch von § 44 Abs 2 IO umfasst sehen wollte.<sup>28</sup>

Eine systematische oder auch historische Begründung der Ersatzaussonderung gibt die RKO 1869 samt Mat also nicht. Übrig bleiben daher die schon im Referentenentwurf angeführten Überlegungen der „höchsten Billigkeit“ sowie der Verweis auf andere Rechtsordnungen (insb die PKO 1855).

### 3. Konkursordnung 1914 und Folgenovellen

Auch im Rahmen der Schaffung der KO 1914 finden sich weder im Gesetz noch in den Mat darüber hinausgehende Erwägungen. Während die KO 1914 das Konkursverfahren erheblich änderte, blieb bzgl der Ersatzaussonderung alles beim Alten.<sup>29</sup> Vorschlägen aus der Lehre, die Ersatzaus-

---

24 Veräußert er (zulässigerweise) im Namen des Rückforderungsberechtigten und nimmt er die Gegenleistung für ihn entgegen, bedarf es keiner Ersatzaussonderung, weil der Rückforderungsberechtigte unmittelbar Eigentum an der Gegenleistung erwirbt. Vgl nur *Iro*, Sachenrecht<sup>6</sup> Rz 2/45. Eine Sonderregel wie § 26 RKO 1869 wäre daher überflüssig.

25 Vgl dazu auch *Hochmuth*, Ersatzaussonderung 24 sowie (in anderem Zusammenhang) *Schneider*, Ersatzaussonderungsanspruch 30 f.

26 In diesem Sinne sind wohl auch die Ausführungen von *Kißling*, Concursordnung mit Commentar 79 zu verstehen.

27 Jedenfalls der Gesetzgeber der späteren KO 1914, Denkschrift 46.

28 *Rabl*, ÖBA 2006, 575 (576).

29 *Lehmann*, Kommentar 361 f.