



Im Namen der Republik

Das Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht durch den Vizepräsidenten des Oberlandesgerichts Dr. Jelinek als Vorsitzenden sowie den Richter des Oberlandesgerichts Dr. Herberger und den KR Gänsdorfer in der Rechtssache der klagenden Partei C [REDACTED] m.b.H., [REDACTED], [REDACTED] im Pongau, vertreten durch Dr. Erich Schwarz, Rechtsanwalt in 5020 Salzburg wider die beklagte Partei Dr. K [REDACTED], Rechtsanwalt, [REDACTED], als Masseverwalter im Konkurs über das Vermögen der C [REDACTED] GmbH & Co KG, wegen EUR 90.183,86 sA, über die Berufung der beklagten Partei gegen das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 31.8.2011, GZ 21 Cg 183/10p-9, in nicht öffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Berufung wird **nicht Folge** gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit EUR 2.925,96 (darin EUR 487,66 USt) bestimmten Kosten der Berufungsbeantwortung binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Die ordentliche Revision ist nicht zulässig.

Entscheidungsgründe :

Die C [REDACTED] Elektrohandels GmbH & Co KG (im Folgenden: C [REDACTED] GmbH & Co KG) betrieb in zahlreichen Filialen in Österreich einen Einzelhandel mit Elektrowaren. Zwischen ihr und der Klägerin bestand folgende, zunächst bis

31.1.2010 verlängerte, als Kommissionsvertrag bezeichnete Vereinbarung:

„KOMMISSIONSVERTRAG

abgeschlossen [...] zwischen der Firma

C [REDACTED] GmbH

als Kommittent einerseits, im folgenden kurz „D [REDACTED]“ genannt, und der Firma

C [REDACTED] GmbH & Co KG

als Kommissionär andererseits, im folgenden kurz „C [REDACTED]“ genannt, wie folgt:

D [REDACTED] stellt C [REDACTED] - wie in der Vergangenheit schon - Waren über Bestellung zum kommissionsweisen Verkauf zur Verfügung.

Die gelieferten Waren bleiben bis zum Verkauf an die Kunden von C [REDACTED] Eigentum von D [REDACTED].

C [REDACTED] verpflichtet sich, die übergebenen Waren getrennt von eigenen oder Gegenständen Dritter zu verwahren und als Kommissionsgut kenntlich zu machen.

C [REDACTED] verpflichtet sich, die Waren von D [REDACTED], die sich in ihrem Besitz befinden, ausreichend gegen Feuer, Diebstahl und Beschädigung durch Dritte zu versichern.

C [REDACTED] wird D [REDACTED] im Falle eines Zugriffs Dritter auf das Kommissionsgut unverzüglich unterrichten und D [REDACTED] bei allen entsprechenden Maßnahmen zur Freigabe der Ware unterstützen.

C [REDACTED] verpflichtet sich unwiderruflich, gelagerte Waren von D [REDACTED] über jederzeitige, nicht zu begründende Aufforderung herauszugeben.

Die Abrechnung der gelieferten Waren erfolgt dekadenweise, also jeden 10., 20. und ultimo eines Monats.

C [REDACTED] verpflichtet sich, jeweils bis 9., 19. und am Tag vor Ultimo an D [REDACTED] bekanntzugeben, wieviel Stück welcher spezifischen Kommissionsware bis zu diesem Zeitpunkt verkauft wurden. D [REDACTED] wird daraufhin über diese verkauften Kommissionswaren eine Rechnung erstellen. Diese Rechnung ist innerhalb von 3 Banktagen mit 3 % Skonto zu bezahlen.

Für den Fall nicht rechtzeitiger Bezahlung auch nur einer Rechnung ist D [REDACTED] berechtigt, weitere Lieferungen einzustellen und die Herausgabe sämtlicher noch im Lager von C [REDACTED] befindlichen Kommissionsgüter zu verlangen bzw ist C [REDACTED] verpflichtet, diese unverzüglich auszufolgen. Die nicht rechtzeitige Zahlung einer Rechnung berechtigt sohin D [REDACTED] zur sofortigen Vertragsbeendigung.

[...]

Sollten einzelne Bestimmungen dieses Vertrages ganz oder teilweise unwirksam sein oder werden oder die Vereinbarung eine Lücke enthalten, so wird hiedurch die Gültigkeit der übrigen Bestimmungen nicht berührt. Die Vertragsparteien verpflichten sich, in diesen Fällen die ganz oder teilweise unwirksame Bestimmung durch eine wirksame Regelung zu ersetzen, deren wirtschaftlicher Erfolg dem der unwirksamen Bestimmung am nächsten kommt.

[...]“

Mit unter anderem an die Klägerin gerichtetem Schreiben vom 28.1.2010 (Beilage ./C) kündigte die C [REDACTED] GmbH & Co KG die Anmeldung eines Ausgleichsverfahrens und Fortsetzung der bereits Ende 2009 eingeleiteten Sanierungsmaßnahmen an, womit die Voraussetzungen für eine erfolgreiche Fortführung der Geschäftstätigkeit geschaffen würden, und ersuchte weiterhin um Unterstützung.

Mit Antwortschreiben vom selben Tag (28.1.2010) erklärte sich die Klägerin mit einer Verlängerung des Kommissionsvertrages bis 31.3.2010 einverstanden und teilte im Wesentlichen mit, dass sie von ihrem vertragli-

chen Recht, das Kommissionsgut ohne Angabe von Gründen zurückzuverlangen, Abstand nehme, um der O [REDACTED] GmbH & Co KG keinen wirtschaftlichen Schaden zuzufügen (Beilage ./D).

Am 29.1.2010 (Beschluss des HG Wien 2 Sa 1/10z) wurde über das Vermögen der O [REDACTED] GmbH & Co KG das Ausgleichsverfahren eröffnet. Der nunmehr als Masseverwalter beklagte Rechtsanwalt wurde zum Ausgleichsverwalter bestellt.

Mit E-Mail vom 29.1.2010 (Beilage ./V) ersuchte die Klägerin die O [REDACTED] GmbH & Co KG um Bekanntgabe der Abverkaufszahlen für den Zeitraum 20.1. bis 28.1.2010. Daraufhin gab die O [REDACTED] GmbH & Co KG der Klägerin am 30.1.2010 bekannt, welche deren Produkte in welcher Anzahl in dem genannten Zeitraum verkauft worden seien.

Mit Rechnung vom 31.1.2010 (Beilage ./F), in der mehrere Rechnungsnummern zusammengefasst wurden, stellte die Klägerin der O [REDACTED] GmbH & Co KG eine Gesamtsumme in Höhe von EUR 98.171,30 in Rechnung.

Mit Schreiben vom 2.2.2010 (Beilage ./G) übermittelte der Klagevertreter dem Ausgleichsverwalter eine Kopie des Kommissionsvertrages und ersuchte darum, die darin vereinbarten Abwicklungsmodalitäten zu beachten.

Mit Schreiben vom 4.2.2010 (Beilage ./H) teilte die O [REDACTED] GmbH & Co KG durch ihren Geschäftsführer der Klägerin folgendes mit:

„[...]“

Betreff: [...] Prüfung Aussonderungsansprüche

Sehr geehrte Damen und Herren !

In dem im Betreff näher bezeichneten Ausgleichsverfahren beziehen wir uns auf die von Ihnen geltend gemachten Aussonderungsansprüche. Wir nehmen zu Ihrem Schreiben wie folgt Stellung:

1. Die von Ihnen gelieferten Waren wurden zum Stichtag der Ausgleichseröffnung inventarisiert. Wir verweisen auf den als Beilage ./1 angeschlossenen Auszug aus der Bestandsliste.

2. Alle anderen, auf der Bestandsliste nicht ausgewiesenen Waren wurden bereits vor Eröffnung des Ausgleichsverfahrens [...] veräußert, sodass ein allfälliger Eigentumsvorbehalt untergegangen ist.

3. Nach unserem Wissensstand sind zwar möglicherweise auf Ihren Lieferbedingungen Klauseln mit Eigentumsvorbehalt, jedoch haben unsere Einkaufsbedingungen dem widersprechende Klauseln mit Ausschluss des Eigentumsvorbehaltes, sodass eine Vereinbarung mit Eigentumsvorbehalt [...] nicht wirksam zustande gekommen ist. Sollten darüber hinaus gesonderte Vereinbarungen vorliegen, bitten wir, uns diese zu übersenden.

4. Wir haben in Abstimmung mit dem Ausgleichsverwalter ein Sonderkonto für unser Unternehmen errichtet, auf dem die Veräußerungserlöse für die in Rede stehenden Waren eingehen würden. Nach zügiger Prüfung werden diese innerhalb der vereinbarten Fristen an die Aussonderungsberechtigten bis zur Höhe der jeweils offenen Kaufpreise ausgeschüttet oder die Ware in Natura zur Verfügung gestellt werden.

[...]"

In Beantwortung dies Schreibens wies der Klagevertreter mit (per E-Mail übermitteltem) Schreiben an die C [REDACTED] GmbH & Co KG vom 8.2.2010 (Beilage ./J) darauf hin, dass der Eigentumsvorbehalt in dem von beiden Vertragsparteien unterfertigtem Kommissionsvertrag vereinbart worden sei. Weiters legte er dar, dass es abgesehen davon der Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts gar nicht

bedurft hätte, weil die von der Klägerin gelieferten Waren der O [REDACTED] GmbH & Co KG als Kommissionärin nur anvertraut seien. Mit dem Verkauf der Ware durch O [REDACTED] an ihre Endkunden gehe das Eigentum daran auf den Endkunden über. Der vom Endkunden gezahlte Kaufpreis werde von O [REDACTED] nur treuhändig entgegengenommen und sei - nach Abzug der der O [REDACTED] GmbH & Co KG verbleibenden Handelsspanne - in Höhe des von der Klägerin fakturierten Einkaufspreises an diese weiterzuleiten. An dem von O [REDACTED] treuhändig entgegengenommenen Kaufpreis erlange die Klägerin unmittelbar das Eigentum und könne Aussonderungsansprüche geltend machen. Unabhängig davon, ob die Kaufpreise vor oder nach Ausgleichseröffnung bei O [REDACTED] eingegangen seien, habe die Klägerin an den Kaufpreiszahlungen das Recht auf Ersatzaussonderung.

Weiters forderte der Klagevertreter in dem Schreiben die O [REDACTED] GmbH & Co KG auf, einen aus der Rechnung der Klägerin vom 31.1.2010 offenen Betrag von EUR 96.670,61 unter Inanspruchnahme von 3 % Skonto bis spätestens 9.2.2010 auf das Konto der Klägerin zu zahlen. Daneben mahnte er aus einer anderen Rechnung einen weiteren Betrag in Höhe von EUR 4.341,13 ein. Im Anschluss daran enthält das Schreiben folgende Textpassage: *„Nur unter der Voraussetzung der prompten und vertragsgemäßen Zahlung ist meine Mandantschaft bereit, die Zusammenarbeit mit Ihnen auch im Rahmen des Ausgleichsverfahrens weiter fortzusetzen. Sollte dies nicht der Fall sein, insbesondere, wenn die oben genannten Beträge nicht vertragsgemäß rechtzeitig bezahlt werden, ist meine Mandantschaft nach der Bestimmung des Kommissionsvertrages Seite 2, zweiter Absatz berechtigt, weitere Lieferung einzustellen und die Herausgabe sämtlicher noch bei Ihnen befindlicher Kommis-*

sionsgüter zu verlangen. Ich benötige von Ihnen, sehr geehrter Herr Mag. Stauder, der Sie mir als Geschäftsführer der Firma C [REDACTED] genannt wurden, eine rechtsverbindliche Erklärung dahingehend, dass Sie die beiden oben genannten Rechnungsbeträge promptly zahlen und dass sie darüber hinaus aus dem Kommissionslager entnommene Waren nach Verkauf vereinbarungsgemäß bezahlen werden.“

Mit einem weiteren Schreiben vom 8.2.2010 (Beilage ./K) übermittelte der Klagevertreter dem Ausgleichsverwalter das Schreiben der C [REDACTED] GmbH & Co KG vom 4.2.2010 (Beilage ./H) und sein Antwortschreiben und ersuchte um Bestätigung der Richtigkeit seiner Ausführungen im Sinn seines Schreibens an die Ausgleichsschuldnerin, dass auch die vor Ausgleichseröffnung abgewickelten Geschäfte voll zu bezahlen seien, weil der Klägerin ein Anspruch auf Aussonderung des Verkaufserlöses zustehe.

Der Geschäftsführer der C [REDACTED] GmbH & Co KG teilte dem Klagevertreter mit E-Mail vom 8.2.2010 (Beilage ./5) folgendes mit:

„[...]“

Ich beziehe mich auf Ihr Schreiben vom 3.2.2010 und darf wie folgt Stellung nehmen:

1. Aus dem Verkauf der Ware Ihrer Mandantin existieren keine Forderungen (mehr). Die Ware wurde entweder in Bar oder mittels elektronischem Geldverkehr (Bankomat/Kreditkarte) bezahlt und war bereits im Zeitpunkt der Ausgleichseröffnung ununterscheidbar mit der allgemeinen Ausgleichsmasse vermengt. Bezüglich der erhaltenen Zahlungen gelten die allgemeinen Grundsätze über den Eigentumserwerb an barem Geld (§ 371 ABGB). Da uns Sonderabreden getroffen wurden [sic !],

erlangte C [REDACTED] uneingeschränktes Eigentum an den erhaltenen Geldbeträgen.

2. Die Verkaufserlöse aus den Warenverkäufen ab dem 30.1.2010, 0.00 Uhr, werden als bevorrechtete Forderungen zur Gänze bezahlt. Zur Sicherstellung der Ansprüche Ihrer Mandantin hat C [REDACTED] in Abstimmung mit dem Ausgleichsverwalter ein Sonderkonto eingerichtet, auf dem die Veräußerungserlöse für die Eigentumsvorbehalts- bzw. Kommissionsware eingehen. Die Veräußerungserlöse - bis zur Höhe der jeweils offenen Kaufpreise - werden von C [REDACTED] innerhalb der vereinbarten Fristen ausgeschüttet.

[...]“

Daraufhin stellte sich der Klagevertreter in zwei am 9.2.2010 an die C [REDACTED] GmbH & Co KG zu Händen ihres Geschäftsführers per E-Mail übermittelten Schreiben (Beilagen ./L und ./M) auf den Standpunkt, die C [REDACTED] habe die auf ihrem Konto eingegangenen Kaufpreise betreffend die vor Ausgleichseröffnung verkauften, von der Klägerin gelieferten Waren, gemäß § 415 ABGB herauszugeben, weil aufgrund der jeweiligen Fakturen die Gesamtmenge der aus dem Verkauf von Kommissionsware der Klägerin stammenden Kaufpreiszahlungen zweifelsfrei festgestellt und der der Klägerin zustehende Betrag im Sinne einer Mengenvindikation ausgesondert werden könne. Weiters forderte er die C [REDACTED] GmbH & Co KG zur unverzüglichen Zahlung des aus der Rechnung vom 31.1.2010 aushaftenden Betrages auf.

In zwei weiteren, jeweils am 9.2.2010 an den Ausgleichsverwalter übermittelten, Schreiben (Beilagen ./N und ./O) legte der Klagevertreter diesem seine Rechtsansicht dar, dass die vor Ausgleichseröffnung auf dem

Geschäftskonto der C [REDACTED] GmbH & Co KG eingegangenen Kaufpreise der von der Klägerin gelieferten Kommissionsware gemäß § 415 ABGB im Sinne einer Mengenvindikation herauszugeben seien, und drohte die Einbringung einer Aussonderungsklage und die Beendigung der laufenden Geschäftsbeziehung an.

Mit einem weiteren der C [REDACTED] GmbH & Co KG zu Handen ihres Geschäftsführers per E-Mail übermittelten Schreiben vom 10.2.2010 (Beilage ./P) forderte der Klagevertreter die C [REDACTED] GmbH & Co KG neuerlich unter Berufung auf die Geltendmachung einer Geldmengenvindikation zu Zahlung eines überfälligen Betrages von EUR 96.670,61 auf und teilte mit, dass die Klägerin weitere Bestellungen nach Ausgleichseröffnung „nicht mehr zur Auslieferung bringen wird“.

Mit am 12.2.2010 dem Ausgleichsverwalter übermitteltem Schreiben (Beilage ./Q) ersuchte der Klagevertreter um Bekanntgabe der Kontonummer, des kontoführenden Bankinstituts und des genauen Kontostandes des Geschäftskontos der C [REDACTED] GmbH & Co KG, weil er die Möglichkeit der Einbringung einer Vindikationsklage prüfe.

Ebenfalls am 12.2.2010 kontaktierte der Prokurist der Klägerin Udo Herzog telefonisch den Beklagten und ersuchte um dessen Zustimmung als Ausgleichsverwalter zur umgehenden Überweisung eines offenen Betrages von EUR 97.832,81. Der Beklagte verwies darauf, dass es 900 oder 1.000 Lieferanten gäbe und er im Detail keine Ahnung habe, worum es gehe. Er sei als Ausgleichsverwalter nur dafür verantwortlich, dass das Unternehmen während des Ausgleichs nicht zerschlagen oder veräußert werde, und

habe nichts mit der Geschäftsführung der O [REDACTED] GmbH & Co KG zu tun, für diese sei nur Mag. Stauder verantwortlich und müsse dieser sie auch wahrnehmen. Auf die Frage des Prokuristen der Klägerin, ob der Beklagte wenigstens mit Mag. Stauder über die Zahlung sprechen könne, erwiderte der Beklagte, dass er am Wochenende einen Termin mit Mag. Stauder habe und dabei auch mit diesem sprechen werde, damit dies geprüft werde. Dem Beklagten war damals nicht bewusst, dass der vom Prokuristen der klagenden Partei genannte Betrag von EUR 97.832,81 als Ausgleichsforderung bezahlt werden sollte und es sich dabei genau um den Betrag handelte, auf den sich der Klagevertreter in seiner Korrespondenz bezogen hatte. Der Beklagte ging vielmehr davon aus, dass es sich dabei um die Bezahlung von Warenlieferungen nach Ausgleichseröffnung und/oder um Waren, die unter Eigentumsvorbehalt gestanden und zum Stichtag der Ausgleichseröffnung noch vorhanden gewesen waren, handeln würde. Daher wies er den Prokuristen der klagenden Partei darauf hin, dass „wie ja bereits auch mit [dem Klagevertreter] besprochen, ein Konto mit EUR 2-3 Mio. für diese Art von Zahlungen bereits eingerichtet worden sei.“ Ein derartiges Sonderkonto für die Bezahlung von Warenlieferungen nach Ausgleichseröffnung und bei Ausgleichseröffnung (noch) vorhandener Kommissionsware war auch tatsächlich einige Tage nach der Ausgleichseröffnung eingerichtet worden.

Am 4.2.2010 bestand auf dem einzigen Geschäftskonto der O [REDACTED] Elektrohandels GmbH & Co KG ein Guthaben iHv rund EUR 2,5 Mio (Beilage ./i).

Am 12.2.2010 erfolgte die Überweisung des Betrages in Höhe von EUR 97.832,81 seitens der O [REDACTED] GmbH & Co KG an die Klägerin. Die Zahlung langte bei dieser am 16.2.2010 ein. Zuvor hatte der Klagevertreter am 15.2.2010 bereits eine Klage, gestützt auf die Bestimmung

des § 415 ABGB, vorbereitet, welche aufgrund der Zahlung dann jedoch nicht mehr eingebracht wurde. Der Beklagte erfuhr erst im April 2010 von dieser Überweisung.

Aus nach Ausgleichseröffnung von der Klägerin gelieferten und von der O [REDACTED] GmbH & Co KG verkauften Waren ergab sich eine Forderung der Klägerin in Höhe des Klagsbetrages.

Am 18.2.2010 (Beschluss des HG Wien 2 S 20/10v) wurde über das Vermögen der O [REDACTED] GmbH & Co KG der Anschlusskonkurs eröffnet. Der Beklagte wurde zum Masseverwalter bestellt.

Mit der vorliegenden Klage beehrte die Klägerin Zahlung in Höhe von EUR 90.183,86 samt (gestaffelten) Zinsen für von ihr nach Ausgleichseröffnung im Zeitraum 30.1.2010 bis zur Eröffnung des Anschlusskonkurses am 18.2.2010 gelieferte Waren.

Der Beklagte stellte das Klagebegehren der Höhe nach außer Streit, beantragte die Abweisung der Klage und brachte vor, die klagsgegenständliche Forderung sei durch eine bereits außergerichtlich erklärte Aufrechnung mit einer Gegenforderung erloschen. Die Klägerin habe für von ihr im November und Dezember 2009 gelieferte, von der O [REDACTED] GmbH & Co KG im Abrechnungszeitraum 20.1.2010 bis 28.1.2010 (vor Ausgleichseröffnung) verkaufte Kommissionsware nach Ausgleichseröffnung EUR 96.832,81 in Rechnung gestellt. Am 12.2.2010 habe die O [REDACTED] GmbH & Co KG ohne Wissen des Beklagten als damaligem Ausgleichsverwalter EUR 97.832,81 an die Klägerin überwiesen, wovon EUR 96.832,81 auf die noch vor Ausgleichseröffnung verkaufte Kommissionsware entfallen seien. Lediglich ein Teilbetrag in Höhe von EUR 1.168,02 sei auf bevorrechtete Forderungen der Klägerin für

Lieferungen nach Ausgleichseröffnung entfallen. Die O [REDACTED] GmbH & Co KG habe somit gesetzwidrig, unter Verletzung der Verpflichtung zur Gleichbehandlung der Gläubiger, eine Ausgleichsforderung der Klägerin in Höhe von EUR 96.832,81 (zur Gänze) getilgt. Die Zahlung sei entweder irrtümlich erfolgt oder deswegen, weil seitens der Klägerin die Einstellung der Belieferung angekündigt worden sei und die im Ausgleich befindliche O [REDACTED] GmbH & Co KG offenbar die Geschäftsbeziehung weiter aufrechterhalten habe wollen. Der Beklagte habe in der Vorkorrespondenz mehrfach unter Berufung auf § 879 ABGB die Rückzahlung des Betrages von EUR 96.832,81 gefordert und die Aufrechnung gegen bevorrechtete Forderungen der Klägerin erklärt. Diese Aufrechnungserklärung werde ausdrücklich wiederholt. Der Klagsanspruch sei daher erloschen.

Zum Anspruchsgrund für den von ihm behaupteten Rückforderungsanspruch führte der Beklagte weiters aus, aus §§ 46 Abs 3, 47 AO ergebe sich die Pflicht zur Gleichbehandlung aller Gläubiger und das Verbot jeglicher Sonderbegünstigung. Die Anerkennung einer Ausgleichsforderung als bevorrechtete Forderung stelle eine unzulässige und damit rückforderbare Sonderbegünstigung dar.

Die an die Klägerin geleistete Zahlung sei auch nach § 8 Abs 1 AO unwirksam, weil die Zahlung des Ausgleichsschuldners an einen Gläubiger, der ein tatsächlich nicht bestehendes Absonderungsrecht (Anmerkung des Berufungsgerichts: Gemeint offenbar: Aussonderungsrecht) behauptete, der Bestellung eines Absonderungsrechtes gleichkomme. Bei der Zahlung handle es sich auch nicht um eine zum gewöhnlichen Unternehmensbetrieb gehörende Rechtshandlung im Sinn des § 8 Abs 2 AO, sodass es zu deren Wirksamkeit der

Zustimmung des Ausgleichsverwalters bedurft hätte.

Entgegen der Ansicht der Klägerin habe an den vor Ausgleichseröffnung (für von der Klägerin gelieferte und von der C [REDACTED] GmbH & Co KG verkaufte Waren) eingegangenen Kaufpreisen kein Aussonderungsrecht der Klägerin bestanden. Die Kommissionsware der Klägerin sei in 27 Filialen der C [REDACTED] GmbH & Co KG verkauft worden. Die Erlöse sämtlicher in den Filialen verkaufter Waren seien unabhängig davon, ob die Kunden in Bar, mit Bankomatkarte, mit Kreditkarte oder auf sonstige Weise bezahlt hätten, allesamt auf ein allgemeines Geschäftskonto der C [REDACTED] GmbH & Co KG gelangt, die von diesem Geschäftskonto Zahlungen geleistet habe. Es habe keine gesonderte Gestion der Verkaufserlöse von unter Fremdeigentum stehenden Waren gegeben. Bei der durch die Zahlung der Ausgleichsschuldnerin vom 12.2.2010 befriedigten Forderung der Klägerin habe es sich um eine Ausgleichsforderung gehandelt, die nicht durch Vollzahlung befriedigt werden hätte dürfen.

Die Klägerin replizierte, gemäß § 384 Abs 2 UGB sei die C [REDACTED] GmbH & Co KG als Kommissionärin verpflichtet gewesen, der Klägerin als Kommittentin alles herauszugeben, was sie aus der Geschäftsbesorgung erlangt habe. Als Kommittentin habe die Klägerin unmittelbar Eigentum an den von der C [REDACTED] GmbH & Co KG vereinnahmten Kaufpreisen erlangt, weil der Kommissionär den Kaufpreis für den Kommittenten entgegennehme. Im Konkurs oder Ausgleich des Kommissionärs stehe dem Kommittenten das Recht auf Aussonderung der vom Kommissionär vereinnahmten Kaufpreise zu. Im vorliegenden Fall wäre eine Aussonderung möglich gewesen, weil die auf dem Geschäftskonto der C [REDACTED] GmbH & Co KG eingegangenen Kaufpreise für von der Klägerin gelieferte Kommissionswaren auf dem Konto feststellbar gewesen

wären. Jedenfalls unmittelbar nach Ausgleichseröffnung wäre eine Abgrenzung der auf das Konto der O [REDACTED] GmbH & Co KG für die Kommissionsware der Klägerin gelangten Kaufpreise noch möglich gewesen. Bereits unmittelbar nach Ausgleichseröffnung habe der Klagevertreter den Beklagten kontaktiert und diesen auf die seiner Meinung nach bestehenden Aussonderungsansprüche aufmerksam gemacht. Zum Zeitpunkt der Ausgleichseröffnung, also am 29.1.2010, wäre es leicht möglich gewesen, die entsprechenden Kundeneinzahlungen aus der Woche davor festzustellen, weil die Buchhaltung der O [REDACTED] GmbH & Co KG - entsprechend dem Kommissionsvertrag - der Klägerin die einzelnen Verkäufe an Kunden detailliert bekanntgegeben habe. Es wäre daher eine Mengenvindikation iSd § 415 ABGB möglich gewesen, was der Geschäftsführer der O [REDACTED] GmbH & Co KG offenbar eingesehen und deshalb Zahlung geleistet habe. Der Beklagte, der in die Korrespondenz eingebunden gewesen sei, habe dem Geschäftsführer der O [REDACTED] GmbH & Co KG keine Weisung erteilt, dass die Zahlung nicht zu leisten sei. Die nach der vorangegangenen Korrespondenz, in der konträre Standpunkte eingenommen worden seien, erfolgte Zahlung stelle ein konstitutives Anerkenntnis unter Einschluss des Ausgleichsverwalters dar.

Weiters wäre die nunmehrige Insolvenzschuldnerin durch für den Verkauf von Kommissionsware der Klägerin auf ihr Konto gelangte Kaufpreiszahlungen im Sinne des § 46 Abs 1 Z 6 KO bereichert und stünde der Klägerin daher ein Bereicherungsanspruch zu.

Die Zahlung an die Klägerin für die von dieser gelieferte Kommissionsware stelle eine zum gewöhnlichen Geschäftsbetrieb gehörige Rechtshandlung dar und habe daher gemäß § 8 AO nicht der Zustimmung des Ausgleichsverwalters bedurft. Die Zahlung sei auch deshalb nicht nach § 8 AO unwirksam, weil die Klägerin

weder gewusst habe noch wissen habe müssen, dass die Zahlung ohne Zustimmung des Ausgleichsverwalters erfolgt sei.

Weiters sei die von der O [REDACTED] GmbH & Co KG als Ausgleichsschuldnerin bezahlte Forderung der Klägerin von der Ausgleichseröffnung gemäß § 20a AO nicht berührt worden, weil sie auf einem zweiseitigen Vertrag beruht habe, der zur Zeit der Ausgleichseröffnung noch von keinem Vertragsteil vollständig erfüllt worden sei. In Zusammenhang mit der vom Beklagten beanstandeten Zahlung seien sowohl die Aufforderung an die O [REDACTED] GmbH & Co KG zur Bekanntgabe der Verkaufszahlen der vorangegangenen Dekade als auch die entsprechende Bekanntgabe erst nach Ausgleichseröffnung erfolgt. Anschließend habe die Buchhaltung der Klägerin die entsprechende Rechnung erstellt. Erst mit der darauf folgenden Zahlung vom 12.2.2010 sei sodann der Kommissionsvertrag von beiden Teilen vollständig erfüllt worden, sodass die Zahlung rechtens erfolgt sei (Seite 1 f in ON 8).

Schließlich brachte die Klägerin noch vor, es seien auch die Kaufpreisforderungen sonstiger Lieferanten, die auf Kommissionsvertragsbasis gearbeitet hätten, auch wenn die Verkäufe deren Waren noch vor Ausgleichseröffnung erfolgt seien, anstandslos bezahlt worden, ohne dass der Beklagte zum damaligen Zeitpunkt darauf hingewiesen hätte, dass diese Zahlungen rechtswidrig seien und später zurückgefordert werden würden. Es gebe mehrere ähnliche Fälle wie den hier klagsgegenständlichen, in denen Lieferanten, die unter Kommissionsvorbehalt geliefert hätten, während des Ausgleichsverfahrens unbeanstandet Zahlungen erhalten hätten, die nunmehr nachträglich vom Masseverwalter als rechtswidrig bezeichnet würden, und in denen der Masseverwalter - wie hier - aus diesem Grund die Zahlung berechtigter MassEForderungen zurückhalte

(Seite 8 In ON 7).

Mit dem angefochtenen Urteil gab das Erstgericht der Klage statt. Es stellte im Wesentlichen auf den Seiten 7 bis 13 der Urteilsausfertigung den eingangs dargestellten (vom Berufungsgericht zur Verdeutlichung teilweise aus dem unstrittigen Urkundeninhalt ergänzten) Sachverhalt fest. Diesen beurteilte es rechtlich zusammengefasst dahin, zwischen der Klägerin und der C [REDACTED] GmbH & Co KG habe ein Kommissionsvertrag bestanden. § 384 Abs 2 UGB verpflichte den Kommissionär, dem Kommittenten dasjenige herauszugeben, das er aus dem Geschäft erlangt habe. Demnach habe er Forderungen aus dem Ausführungsgeschäft an den Kommittenten abzutreten. Im Verhältnis zwischen Kommittent und Kommissionär und dessen Gläubigern gelte die Forderung jedoch gemäß § 392 Abs 2 UGB bereits vor ihrer Abtretung als Forderung des Kommittenten. Im Konkursverfahren über das Vermögen des Kommissionärs könne der Kommittent die Forderung aussondern. Soweit es bei Geldscheinen oder Geldmünzen zu einer Vermengung mit Geldern des Gemeinschuldners gekommen sei, bestehe ein Aussonderungsrecht nur dann, wenn dieses Gemenge noch abgrenzbar und deutlich unterscheidbar vom übrigen Vermögen des Gemeinschuldners vorhanden sei und dem Gläubiger die Quantitätsvindikation gemäß § 415 ABGB zustehe. Anderenfalls komme es infolge Vermengung gemäß § 371 ABGB zu einem originären Eigentumserwerb durch den Gemeinschuldner. Nach hL und Rsp seien diese Grundsätze nicht nur dann anzuwenden, wenn die Gelder in der Kassa oder Briefftasche des Gemeinschuldners verwahrt bzw vermengt würden, sondern auch dann, wenn es sich um Giralgelder handle und es zu Einzahlungen auf Bankkonten des späteren Gemeinschuldners gekommen sei. Von der Judikatur werde als Voraussetzung für eine Aussonderung

aus dem Titel der Quantitätsvidikation gefordert, dass durch Verfolgung der Aus- und Eingänge am Konto die jeweiligen Anteile des oder der Gläubiger wie auch des Gemeinschuldners genau dargestellt werden könnten. Dies werde wohl im Regelfall möglich sein. Schwierigkeiten bei der genauen Berechnung der jeweiligen Anteile könnten dann entstehen, wenn der Gemeinschuldner nicht zuordenbare Entnahmen oder Abbuchungen vom Konto vorgenommen habe. Es erscheine sachgerecht, wenn derartige Dispositionen des Gemeinschuldners anteilig den Aussonderungsgläubigern nach Maßgabe ihrer jeweils zuvor bestandenen Anteile zugeordnet würden und somit deren anteiliges Aussonderungsrecht erhalten bleibe. Dies bedeute, dass die Aussonderungsansprüche der Gläubiger dann ungeschmälert blieben, wenn durch die Dispositionen des späteren Gemeinschuldners der Habenstand am Konto zumindest der Summe der Ansprüche sämtlicher Aussonderungsberechtigter entspreche. Sinke der Habenstand unter diesen Wert und seien die diesbezüglichen Dispositionen nicht eindeutig einem oder mehreren Aussonderungsgläubigern zuordenbar, komme es zur anteilmäßigen Kürzung sämtlicher Aussonderungsgläubiger dieses Bankguthabens. Soweit spätere Gutschriften auf diesem Konto nicht einem oder mehreren der anteilig Aussonderungsberechtigten zuordenbar seien, erhöhten diese nicht die zuvor gekürzten Anteile. Zu einem endgültigen Erlöschen der Aussonderungsansprüche komme es dann, wenn sich der Kontostand auf Null reduziere, oder das Konto gar einen Debetstand aufweise.

Im vorliegenden Fall seien schon nach dem Vorbringen des Beklagten die Erlöse aus den verkauften Kommissionswaren auf das einzige Geschäftskonto der C [REDACTED] GmbH & Co KG gelangt. Dass durch Verfolgung der Kontoaus- und -eingänge die jeweiligen Anteile der

Gläubiger am Guthaben nicht genau dargestellt werden könnten, sei nicht ersichtlich und sei im Verfahren auch nicht vorgebracht worden. Nicht zuordenbare Entnahmen bzw Abbuchungen vom Konto seien nicht behauptet worden. Ebenso wenig sei vorgebracht worden, dass der Habenstand am Konto durch Dispositionen unter die Summe der Aussonderungsansprüche sämtlicher Aussonderungsberechtigter gesunken wäre. Vielmehr sei im Hinblick auf den unmittelbar nach Ausgleichseröffnung auf dem Geschäftskonto der C [REDACTED] GmbH & Co KG vorhandenen Guthabensstand in Höhe von rund EUR 2,5 Mio davon auszugehen, dass der Klägerin der gegenständliche Aussonderungsanspruch zugeordnet werden habe können und ihr damit ungeschmälert zugestanden sei. Damit erweise sich die vom Beklagten vorgenommene Aufrechnung als unberechtigt, weshalb der Klage stattzugeben sei.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung des Beklagten wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag, es in klagsabweisendem Sinn abzuändern. Hilfsweise stellt der Berufungswerber einen Aufhebungsantrag.

Die Klägerin beantragt, der Berufung nicht Folge zu geben.

Die Berufung ist nicht berechtigt.

Vorweg ist festzuhalten, das im Hinblick auf das Konkurseröffnungsdatum 18.2.2010 noch die alte Rechtslage vor dem IRÄG 2010 anzuwenden ist (§ 273 Abs 1 IO).

Der Berufungswerber wendet sich gegen die Rechtsansicht des Erstgerichtes, bei dem Vertrag, auf dessen Grundlage die Warenlieferungen der Klägerin an C [REDACTED] erfolgt seien, handle es sich um einen Kommissionsvertrag und macht geltend, es fehle an für einen Kommissionsvertrag essentiellen Voraussetzungen. So habe C [REDACTED] von der Klägerin keinerlei Vorgaben betreffend den Preis, zu dem

an die Endkunden zu verkaufen sei, erhalten, sondern sei in der Preisgestaltung völlig frei gewesen. Ebenso wenig sei O■■■■ ein Provisionsanspruch oder ein Anspruch auf Auslagenersatz zugestanden. Der tatsächliche rechtliche Gehalt in der geschlossenen Vereinbarung bestehe in der Lieferung von Waren unter Eigentumsvorbehalt. Als sekundären Feststellungsmangel rügt der Berufungswerber in diesem Zusammenhang das Fehlen einer Feststellung, dass die O■■■■ GmbH & Co KG in der Gestaltung ihrer Verkaufspreise an keine Vorgaben der Klägerin gebunden, sondern völlig frei gewesen sei.

Abgesehen davon, dass die Streitteile in erster Instanz übereinstimmend davon ausgegangen sind, dass es sich bei den Warenlieferungen der Klägerin um Kommissionsgeschäfte handelte, stellen die vom Berufungswerber genannten Kriterien keine notwendigen Elemente eines Kommissionsvertrages dar.

Nach der Legaldefinition des § 383 Abs 1 UGB ist Kommissionär, wer es übernimmt, Waren oder Wertpapiere für Rechnung eines anderen (des Kommittenten) im eigenen Namen zu kaufen oder zu verkaufen. Nach Satz zwei der genannten Bestimmung gelten die Vorschriften des UGB über das Kommissionsgeschäft auch für andere Geschäfte, die ein Unternehmer für Rechnung eines anderen im eigenen Namen zu schließen übernimmt.

Das Kommissionsgeschäft ist entgeltlicher Geschäftsbesorgungsvertrag, der durch das Handeln im eigenen Namen, jedoch für Rechnung des Kommittenten gekennzeichnet ist. Die Abgrenzung zum Eigengeschäft erfolgt nach dem Merkmal „für Rechnung eines anderen“. Hierbei kommt es nicht so sehr auf die Art der Kalkulation, sondern vielmehr darauf an, wer das Risiko der Unverkäuflichkeit trägt. Wer auf der Ware „sitzen bleiben“ kann, handelt nicht für fremde Rechnung (1 Ob

196/98z).

Nach der hier vorliegenden Vereinbarung konnte die Klägerin von der von ihr an die O [REDACTED] GmbH & Co KG gelieferten Ware nur jene in Rechnung stellen, die O [REDACTED] an Endkunden verkauft hatte. Das Risiko der Unverkäuflichkeit trug somit die Klägerin. Daran änderte sich nichts, wenn das der O [REDACTED] GmbH & Co KG zustehende Entgelt nicht in einer von der Klägerin zu zahlenden Provision, sondern darin bestand, dass O [REDACTED] einen auf den von der Klägerin vorgegebenen Preis vorgenommenen Preisaufschlag einbehalten durfte. Darin, dass das Ertgericht das Vertragsverhältnis als Kommissionsvertrag beurteilte, ist bei der gegebenen Sachlage kein Rechtsirrtum zu erblicken.

Als weiteren sekundären Feststellungsmangel rügt die Berufung das Fehlen einer Feststellung, dass die Kunden von O [REDACTED] die von ihnen gekauften Waren bei Übergabe Zug um Zug bezahlt hätten. Die Relevanz einer solchen Feststellung erblickt der Berufungswerber darin, dass zwar gemäß § 392 Abs 2 UGB Forderungen aus dem Ausführungsgeschäft, auch wenn sie nicht an den Kommittenten abgetreten wurden, im Verhältnis zwischen dem Kommittenten und dem Kommissionär oder dessen Gläubigern als Forderungen des Kommittenten gelten, im vorliegenden Fall aber Forderungen im Sinn dieser Bestimmung aus den Ausführungsgeschäften aufgrund der Zug um Zug Zahlungen durch die Endkunden gar nicht entstanden seien.

Nun kann es ohnedies als notorisch angesehen werden, dass Verkäufe in Filialen von Elektrohandsketten - abgesehen von Teilzahlungsvereinberungen bei teureren Geräten - in aller Regel an der Kassa Zug um Zug „Ware gegen Geld“ abgewickelt werden. Daraus ist für den Standpunkt der Berufung jedoch nichts gewonnen, weil nach

der Rechtsprechung die Bestimmung des § 392 Abs 2 UGB (vormals HGB) analog auf Gegenstände anzuwenden ist, die in Erfüllung der Forderung aus dem Ausführungsgeschäft geleistet wurden (RIS-Justiz RS0062789, 7 Ob 561/86). Demgemäß ist der Kommittent Eigentümer des vom Kommissionär aus dem Ausführungsgeschäft vereinnahmten Kaufpreises, allerdings nur unter der Voraussetzung, dass Letzterer ihn unvermengt verwahrt (2 Ob 631/30 in SZ 12/160). Unter dieser Voraussetzung stünde dem Kommittenten im Insolvenzverfahren des Kommissionärs das Recht auf Aussonderung des Kaufpreises zu.

Nun wurden die von der C [REDACTED] GmbH & Co KG für den Verkauf der Kommissionsware der Klägerin vereinnahmten Kaufpreise nicht unvermengt verwahrt. Auszugehen ist davon, dass die Kunden in den Filialen - wie dies üblich ist - teils mit Bargeld, teils mit Bankomatkarte, teils mit Kreditkarte und möglicherweise teilweise auch mit von C [REDACTED] vorweg verkauften Gutscheinen bezahlt haben. Fest steht, dass die Kundenzahlungen, in welcher Form auch immer sie erfolgten, letztlich dem einzigen Geschäftskonto der C [REDACTED] GmbH & Co KG gutgebucht wurden und am 4.2.2010 auf diesem Konto ein Guthaben in Höhe von rund EUR 2,5 Mio bestand.

Die Quantitätsvindikation nach § 415 ABGB setzt voraus, dass die Sache in einem deutlich abgegrenzten Gemenge gleichartiger Sachen verschiedener Eigentümer noch vorhanden ist und der entsprechende Teil daher aus dem Gemenge abgetrennt werden kann oder zumindest, dass die Anteile feststellbar sind. Nach der Rechtsprechung sind Gelder verschiedener Eigentümer nicht nur dann im Sinne der §§ 371, 415 ABGB von ihrem sonstigen Vermögen abgrenzbar und unterscheidbar und lassen Mengeneigentum als Unterfall von Miteigentum entstehen, wenn sie in einer Kassette oder Brieftasche verwahrt werden, sondern

auch dann, wenn sie auf einem Giro- oder Sparkonto erlegt wurden (8 Ob 23/90). Die Eigentumsklage scheidet nur dann, wenn sich kein bestimmter Anteil am Gemenge feststellen ließe, etwa weil vor Klageeinbringung Geld in unbestimmter Höhe entnommen wurde (6 Ob 2352/96t).

Im Einklang mit diesen Grundsätzen hat das Erstgericht plausibel dargelegt, wieso es davon ausgeht, dass am 12.2.2010, als die C [REDACTED] GmbH & Co KG von ihrem Geschäftskonto EUR 97.832,81 an die Klägerin überwies, der dieser als Kommittentin zustehende Anteil am Kontoguthaben feststellbar war, sodass auf dessen zutreffende Rechtsausführungen verwiesen werden kann (§ 500a ZPO). Dem setzt die Berufung nichts Überzeugendes entgegen.

Der Berufungswerber meint, aus § 44 Abs 2 KO ergebe sich, dass nur bei einem Verkauf nach Insolvenzeröffnung ein Aussonderungsanspruch bestehen könne, während es bei Verkäufen von Waren unter Eigentumsvorbehalt oder sonstigem Fremdeigentum vor Insolvenzeröffnung nur eine Insolvenzforderung und keinen Aussonderungsanspruch gebe.

§ 44 Abs 2 KO und der im Wesentlichen gleichlautende § 21 Abs 2 AO besagen Folgendes:

Ist eine dem Schuldner nicht gehörige Sache nach Eröffnung des Konkurs- bzw Ausgleichsverfahrens veräußert worden, so kann der Berechtigte, unbeschadet weitergehender Ersatzansprüche, die Aussonderung des bereits geleisteten Entgeltes, wenn dieses aber noch nicht geleistet wurde, die Abtretung des Rechts auf das ausstehende Entgelt verlangen.

Diese Bestimmungen betreffen den - hier nicht vorliegenden - Fall, dass eine dem Insolvenzschuldner nicht gehörige Sache nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens unter Missachtung des Fremdeigentums vom Masseverwalter bzw vom Ausgleichsschuldner veräußert

wird. Sie haben mit dem sich aus § 392 Abs 2 UGB ergebenden Aussonderungsrecht des Kommittenten überhaupt nichts zu tun, weshalb für den Beklagten daraus nichts zu gewinnen ist.

Zusammengefasst hat das Erstgericht eine unzulässige Sonderbegünstigung der Klägerin im Sinn des § 47 AO durch die an sie am 12.2.2010 geleistete Zahlung zu Recht verneint, weil der Klägerin ein Aussonderungsanspruch in dieser Höhe zustand. Damit bestand der Rückforderungsanspruch, mit dem der Beklagte die Aufrechnung gegen die klagsgegenständliche Forderung erklärt hat, nicht zu Recht und hat das Erstgericht der Klage zu Recht stattgegeben.

Der Berufung war daher nicht Folge zu geben.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf §§ 41, 50 ZPO.

Die ordentliche Revision war nicht zuzulassen, weil eine Rechtsfrage im Sinn des § 502 Abs 1 ZPO nicht zu lösen war.

Oberlandesgericht Wien
1011 Wien, Schmerlingplatz 11
Abt. 3, am 26. Juli 2012

Dr. Gerhard Jelinek
Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG