

## **Insolvenz und Haftrücklass: eine Standortbestimmung**

- I. Einleitung
  1. Zum Anlass der Untersuchung
  2. Befundaufnahme
  3. Die Positionen der jüngeren Rechtsprechung
- II. Zur Funktion des Haftrücklasses
  1. Zum Synallagma des Werkvertrages
  2. Zu den durch den Haftrücklass gesicherten Ansprüchen
- III. Rechtsdogmatische Einordnung des Rücktrittsrechts und Rechtsfolgen der Rücktrittserklärung
  1. Grundlagen
  2. Conclusio

## Insolvenz und Haftrücklass: eine Standortbestimmung

### I. Einleitung

#### 1. Zum Anlass der Untersuchung

30 Jahre sind ein für die Rechtsentwicklung überschaubarer Zeitraum. Das den Schwerpunkt dieses Festschriftbeitrages bildende Thema hat trotzdem eine sehr abwechslungsreiche Geschichte hinter sich. Zahlreiche höchstrichterliche Entscheidungen belegen, dass die Handhabung von Haftrücklässen, als gängiges Sicherungsmittel in der Bauwirtschaft, in der Insolvenzpraxis nach wie vor Probleme erzeugt.<sup>1</sup> Dazu kommt ein ungebrochenes Interesse der Lehre, ausgehend von der grundlegenden Untersuchung *F. Bydlinskis*<sup>2</sup>, bis zur Darstellung einzelner Aspekte des Rücktrittsproblems<sup>3</sup>.

Der Gesetzgeber hat in § 1170b ABGB neue Sicherungsinstrumente bei Bauwerkverträgen geschaffen und neue Regelungen im Bauträgervertragsgesetz (BTVG) zum Schutz der Käufer in der Insolvenz des Bauträgers vorgekehrt<sup>4</sup>. Damit wurde auch in die im ABGB vorgefundene Risikoverteilung bei Kauf- und Werkverträgen ganz allgemein und im Zusammenhang mit dem besonders sensiblen Problemfall der Insolvenz eingegriffen. All dies ist hinreichender Anlass für eine Standortbestimmung.

#### 2. Befundaufnahme

§ 21 KO räumt dem Masseverwalter das Recht ein, von beiderseitig noch nicht oder nicht vollständig erfüllten Verträgen des Gemeinschuldners an Stelle des Gemeinschuldners den Vertrag zu erfüllen und vom anderen Teil Erfüllung zu verlangen oder vom Vertrag zurückzutreten. Die Regelung geht auf die Stammfassung des Gesetzes zurück und sollte ausweislich der Materialien den Vertragspartner des Gemeinschuldners entsprechend dem Grundgedanken des damals im Entwurf vorliegenden § 1052 S 2 ABGB davor bewahren, voll an die Masse leisten zu müssen und dennoch ihr gegenüber auf die Konkursquote beschränkt zu sein; umgekehrt solle die Masse nicht an einen Vertrag gebunden sein, dessen Einhaltung ihr nicht zum Nutzen gereicht<sup>5</sup>. Die Bestimmung bezieht sich auf Rechtsverhältnisse aus synallagmatischen Sachleistungsverträgen<sup>6</sup> und daher unstreitig auch auf Werkverträge. Die Bestimmung normiert ein Wahlrecht, das jederzeit (auch ohne Fristsetzung) und formfrei - daher auch stillschweigend - ausgeübt werden kann<sup>7</sup>. Das

---

<sup>1</sup> Eine Übersicht der aktuellen Judikatur findet sich bei *Rabl*, *ecolex* 2001, 518 ff; zuletzt OGH 27.9.2005, *ecolex* 2006, 487.

<sup>2</sup> in *Klang*<sup>2</sup>, IV/2, 541 (zum Kauf).

<sup>3</sup> zB *Zankl*, Verfall des Haftrücklasses bei Rücktritt des Masseverwalters? *ecolex* 1997, 420; *Kepplinger/Duursma*, Rücktritt des Masseverwalters im Konkurs des Werkunternehmers, *ecolex* 2001, 269.

<sup>4</sup> Vgl *Böhm*, Der Mietvertrag im Konkurs des Bauträgers, *immolex* 1998, 297 (auch zu § 21 KO nach Inkrafttreten des BTVG).

<sup>5</sup> *Petschek-Reimer-Schiemer*, Österreichisches Insolvenzrecht, 278.

<sup>6</sup> Zuletzt OGH 17.4.1996, *ecolex* 1996, 756 = RdW 1997, 135 = ZIK 1997, 60.

<sup>7</sup> Zur Ausübung vgl OGH 12.7.1988, SZ 61/170 = EvBl 1989/62 = RdW 1988, 452.

Rechtsgeschäft bleibt bis zur abgegebenen Ausübungserklärung (auflösend bedingt) aufrecht<sup>8</sup>. Das Erfüllungsverlangen kann nach ständiger Rechtsprechung auch darin zum Ausdruck gebracht werden, dass der Masseverwalter eine Klage auf Zahlung einbringt<sup>9</sup> oder in einen bereits anhängigen Prozess eintritt<sup>10</sup>. Dieselbe Folge tritt ein, wenn der Masseverwalter dem Werkbesteller einen Sanierungsvorschlag unterbreitet und diesen auffordert dazu Stellung zu nehmen<sup>11</sup>.

Die zentrale Voraussetzung für die Ausübung des Rücktrittsrechts ist, dass der Vertrag im Zeitpunkt der Konkurseröffnung noch nicht oder nicht vollständig erfüllt wurde. Das Rücktrittsrecht steht dem Masseverwalter unstrittig zu, wenn die Gegenleistung – wie beim Haftrücklass – noch nicht zur Gänze bezahlt wurde<sup>12</sup>. Der OGH hat dem Masseverwalter das Wahlrecht nach § 21 Abs 1 KO aber auch dann eingeräumt, wenn der Gemeinschuldner den Werkvertrag nur mangelhaft erfüllt hat und der andere Teil noch keine oder keine vollständige Zahlung auf den Werklohn geleistet hat<sup>13</sup>.

### 3. Die Positionen der jüngeren Rechtsprechung

Die Rechtsprechung der letzten 30 Jahre zeigt ein uneinheitliches Bild zur Frage der Rechtsfolgen der Rücktrittserklärung in Ansehung eines Haftrücklasses. Strittig war vor allem, in welchem Umfang und wann die Auszahlung des Haftrücklasses begehrt werden kann:

In SZ 54/168<sup>14</sup> hält der OGH fest, dass nach einem Rücktritt des Masseverwalters nach § 21 KO für Gewährleistungsansprüche kein Raum mehr sei, sodass Sach- und Rechtsmängel der vom Gemeinschuldner erbrachten Leistungen nur mehr aus dem Titel des Schadenersatzes nach § 21 Abs 2 KO geltend gemacht werden könnten. Der Entscheidung lag eine letztlich erfolgreiche Klage des Masseverwalters auf Zahlung des Haftrücklasses zugrunde. Der Werkbesteller wandte im Hinblick auf die noch offene Gewährleistungsfrist erfolglos mangelnde Fälligkeit ein, ohne aber andere Einwendungen, insbesondere Schadenersatzansprüche geltend zu machen. Ausgangspunkt war ein als „Sicherstellung für die Erfüllung der Vertragsverbindlichkeiten durch den Auftragnehmer“ vereinbarter Haftrücklass. Ausschlaggebend war, dass der OGH davon ausging, dass zufolge des Rücktritts zwar keine Aufhebung des Vertrages eingetreten sei, aber immerhin die weitere Erfüllung unterbleibe.

<sup>8</sup> OGH 8 Ob 71/02b, AnwBl 2003, 281 (*Duursma/Kepplinger*) = ZIK 2003, 23.

<sup>9</sup> OGH 8.7.1981, EvBl 1981/223; 12.7.1988, SZ 61/170 = EvBl 1989/62 = RdW 1988, 452 = wbl 1988, 439.

<sup>10</sup> OGH 12.5.1971, SZ 44/69; 21.10.1975, SZ 48/108 = EvBl 1976/92.

<sup>11</sup> OGH 14.2.2001, RdW 2001, 672.

<sup>12</sup> OGH 18.5.1988, SZ 61/123 = JBl 1988, 647 = RdW 1988, 420; OGH 9.11.1976, SZ 49/130 = EvBl 1977/26 = JBl 1977, 261 ua (alle zum Kauf).

<sup>13</sup> OGH 10.2.1988, SZ 61/31 = wbl 1988, 203; OGH 12.7.1988, SZ 61/170 = EvBl 1989/62 = RdW 1988, 452 = wbl 1988, 439.

<sup>14</sup> OGH 17.11.1981, 4 Ob 583/90 = EvBl 1982/52.

In SZ 64/63<sup>15</sup> verwehrte der OGH dem klagenden Masseverwalter die Auszahlung des (vollen) Haftrücklasses (bzw des Realisats der vom Auftraggeber gezogenen Bankgarantie) mit der Begründung, dass ein Haftrücklass im Zweifel auch den Anspruch des Werkbesteller auf Ersatz des für die Behebung von Mängeln notwendigen Aufwandes decke. Der Entscheidung lag ein Bauvorhaben zugrunde, bei welchem schon vor der Konkurseröffnung letztlich unbehobene Mängel geltend gemacht worden waren. Der OGH begründet das Ergebnis im Wesentlichen damit, dass der Werkbesteller die Position eines Absonderungsberechtigten habe, sodass der Masseverwalter nur den nach Abzug des Deckungsaufwandes für die Mängelanieuerung verbleibenden Überschuss begehren könne. Ob dies schon vor Ablauf der Haftzeit begehrt werden kann, war in concreto nicht zu entscheiden, weil die Klage letztlich aus anderen Gründen abgewiesen wurde.

In der Entscheidung 1 Ob 135/05t<sup>16</sup> nahm der OGH zur zuletzt offen gebliebenen Frage Stellung und wies die Klage des Masseverwalters auf Auszahlung des nach Abzug des Deckungskapitals verbleibenden Überschuss mit der Begründung ab, dass auch das noch ungewisse Auftreten von Mängeln während der Haftzeit den Einbehalt des Haftrücklasses rechtfertige, sodass über die Auszahlung des Haftrücklasses erst nach Ablauf der Gewährleistungsfrist entschieden werden könne.

## II. Zur Funktion des Haftrücklasses

### 1. Zum Synallagma des Werkvertrages

Ist nach dem Gesetz oder Parteiwillen die Leistungspflicht der einen Seite die Gegenleistung für die Leistungspflicht der anderen Seite, stehen also Pflicht und Gegenpflicht beider Vertragspartner im Austauschverhältnis, so ist die Leistungspflicht beider Vertragspartner in zeitlicher Hinsicht dadurch bedingt, dass jeder seine Leistung Zug um Zug gegen Bewirkung der Gegenleistung zu erbringen hat<sup>17</sup>.

§ 1052 ABGB ist auf alle zweiseitig verbindlichen entgeltlichen Verträge anwendbar, bei denen keine Vorleistungspflicht vereinbart wurde<sup>18</sup> oder bei denen keine Sonderregelungen bestehen<sup>19</sup>. Dies ist freilich bei Werkverträgen der Fall: § 1170 ABGB geht von einer Vorleistungspflicht des Werkunternehmers aus<sup>20</sup>. Dieser trägt daher zunächst das volle Gegenleistungsrisiko, was letztlich den Gesetzgeber bewogen hat, die Bauhandwerkersicherung ins ABGB zu implementieren (§ 1170b ABGB).

<sup>15</sup> OGH 23.5.1991, 7 Ob 538/91.

<sup>16</sup> RdW 2006, 92 = ecolex 2006, 487.

<sup>17</sup> Grundlegend *Aicher* in Rummel, ABGB, § 1052, RdZ 5 mit Verweis auf *Jabornegg*, Das Zurückbehaltungsrecht (1982), 86 ff).

<sup>18</sup> OGH, JBI 1974, 146; HS 10.921.

<sup>19</sup> *Wahle* in Klang, IV/2, 68; *Bydlinski*, FS Steinwenter, 141, mwN.

<sup>20</sup> *Aicher* in Straube/Aicher, Handbuch des Bauvertrags- und Bauhaftungsrechts (Bd 1), 2.1.1..

Die aus § 1052 ABGB gewonnene Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrages wird aber auch im Werkvertragsrecht entsprechend angewendet<sup>21</sup>: Hat der Werkbesteller ein mangelhaftes Werk übernommen und Verbesserung verlangt (§ 1167 ABGB), wird das (gesamte) Entgelt erst nach Behebung der festgestellten Mängel fällig<sup>22</sup>. Dies gilt auch für den in den Werkvertrag auf Unternehmenseite eingetretenen Masseverwalter<sup>23</sup>. Der Werkbesteller erhält dadurch im Falle von Leistungsstörungen die Möglichkeit, bis zur Bewirkung der vertragsgemäßen Erfüllung seine volle Gegenleistung zurückzuhalten.

Die Vereinbarung eines Haftrücklasses bewirkt eine Verlagerung der Risikoverteilung im Falle von Leistungsstörungen: Das Gegenleistungsrisiko des Werkunternehmers reduziert sich vorläufig auf den Betrag des Haftrücklasses, auch wenn natürlich eine über diesen Betrag hinausgehende Gewährleistungspflicht des Werkunternehmens grundsätzlich unberührt bleibt. Der Haftrücklass kann nämlich mangels anderweitiger Vereinbarung erst nach erfolgreicher Verbesserung begehrt werden<sup>24</sup>. Es ist aber anerkannt, dass die Regelung über die Vereinbarung eines Haftrücklasses der Auslegung zugänglich ist<sup>25</sup>, sodass durchaus denkbar ist, dass das Zurückbehaltungsrecht auf den Betrag des Haftrücklasses beschränkt ist<sup>26</sup>.

Die Vereinbarung eines Haftrücklasses bewirkt daher zweierlei: Erstens wird das Gegenleistungsrisiko des Werkunternehmers im Falle einer Übernahme des Werkes reduziert. Zweitens erhöht sich das Risiko des Werkbestellers im Falle einer Leistungsstörung. Denn der Deckungsstock des Werkbestellers beschränkt sich im Fall eines Konkurses in der Regel auf die Höhe des Haftrücklasses.

Die Parteien des (Bau-)Werkvertrages bewegen sich im Zusammenhang mit Haftrücklassklauseln grundsätzlich im Bereich der vollen Privatautonomie. Es ist daher denkbar und kommt in der Praxis gelegentlich vor, dass die Parteien Vereinbarungen schließen, wonach der bedungene Haftrücklass im Falle des Rücktritts des Masseverwalters nach § 21 KO verfällt, also endgültig beim Werkbesteller bleibt. *Zankl* hat im Anschluss an die Judikatur<sup>27</sup> unter Abwägung der Interessen des Gläubigers an der Erfüllung des Vertrages und der aus § 21 KO erfließenden Wertung die Ansicht vertreten, dass diese Vereinbarung unwirksam sei, weil das Rücktrittsrecht des Masseverwalters erschwert werde<sup>28</sup>. Dies ist zutreffend und hängt mit der eingangs bereits skizzierten Ratio des § 21 KO zusammen, auf die tiefer stehend noch einmal einzugehen ist. Allgemeine auf die Sittenwidrigkeit abstellende Überlegungen, die auf den Tatbestand einer

<sup>21</sup> *Aicher* in Rummel, ABGB, § 1052, RdZ 1.

<sup>22</sup> Für viele *Krejci* in Rummel, ABGB, § 1170, RdZ 6.

<sup>23</sup> OGH, SZ 48/108.

<sup>24</sup> OGH, JBI 1984, 204.

<sup>25</sup> *Krejci* in Rummel, ABGB, § 1170, RdZ 6.

<sup>26</sup> OGH, WBI 1987, 314.

<sup>27</sup> OGH, SZ 51/83 bzw SZ 49/109; abw aber OGH 19.12.2000, 1 Ob 170/00g für den Verfall einer Konventionalstrafe, die für den Fall der Konkurseröffnung eines ARGE-Partners vereinbart wurde.

<sup>28</sup> *ecolex* 1997, 420.

Ungleichgewichtslage abstellen (siehe § 879 Abs 3 ABGB), bilden aber entgegen der Annahme von *Zankl* keine taugliche Argumentationsbasis.

## 2. Zu den durch den Haftrücklass gesicherten Ansprüchen

Die Haftrücklassvereinbarung ist der Auslegung in jeder Richtung hin zugänglich<sup>29</sup>. Welche Ansprüche durch einen Haftrücklass gesichert werden, ist daher gegebenenfalls mangels eindeutiger Vertragsregelung durch Auslegung im Wege des § 914 ABGB zu ermitteln<sup>30</sup>. Dies war bei der oben erwähnten Entscheidung SZ 54/108 der Fall, wo der Haftrücklass als „Sicherstellung für die Erfüllung der Vertragsverbindlichkeiten durch den Auftragnehmer“ vereinbart wurde. Würde man dies streng nach dem Wortlaut auslegen, läge ein Deckungsrücklass vor, der anders als der Haftrücklass die primäre Leistungspflicht durch den Werkunternehmer sichern soll. Es liegt auf der Hand, dass trotz des Wortlautes der Klausel gerade die sekundären Vertragsansprüche gesichert werden sollen, weil nur für diese eine Haftzeit Sinn macht.

Bei der Auslegung der Reichweite der Haftrücklassklausel ist einerseits darauf Bedacht zu nehmen, dass im Falle des Verbesserungsverzuges das Deckungskapital aus dem Titel des Schadenersatzes begehrt wird und andererseits nicht einzusehen ist, dass allfällige Mängelfolgeschäden gerade von der Sicherungsfunktion des Haftrücklasses ausgeschlossen sein sollten. Aus dem Zweck des Haftrücklasses heraus lässt sich dies nicht schlüssig begründen. Mangels gegenteiliger Anhaltspunkte im Willen der Parteien dient der Haftrücklass daher für alle aus der nicht vertragsgemäßen Erbringung der Leistung resultierenden sekundären Ansprüche, sei es aus dem Titel der Gewährleistung oder des Schadenersatzes.

## III. Rechtsdogmatische Einordnung des Rücktrittsrechts und Rechtsfolgen der Rücktrittserklärung

### 1. Grundlagen

Das in § 21 KO normierte Rücktrittsrecht soll zwei im Gefolge eines Konkurses auftretende Problemlagen einer interessengerechten Lösung zuführen. Zum einen soll der Vertragspartner des Gemeinschuldners davor bewahrt werden, seine Leistung voll erbringen zu müssen, während er sich mit der Gegenleistung auf die Konkursquote beschränken muss. Im Konkurs des Werkunternehmers wird dieses Risiko praktisch nur im Bereich der sekundären Ansprüche schlagend, also wenn der Werkbesteller seinerseits

<sup>29</sup> *Krejci* in Rummel, ABGB, § 1170, RdZ 6; OGH, WBI 1987, 314.

<sup>30</sup> Verfehlt *Karasek* in Straube/Aicher, Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht, Anm zu Vertragsmuster 2.1 (Pkt 9. Sicherheiten), welcher den Haftrücklass auf die Nichterfüllung der aus der Gewährleistung resultierenden Pflichten beschränkt; ebenso *Welser-Graff*, Rücktrittsrecht des Masseverwalters im Konkurs eines ARGE-Partners, GesRZ 1984, 128 f; vgl aber *Kropik*, aaO, Bd 2, Pkt 3.4.6, der zwar auch von den Ansprüchen aus der Gewährleistung spricht, gleichzeitig aber auch eine Schadensminderungspflicht annimmt und damit indirekt den Haftrücklass auch zur Sicherung von Schadenersatzansprüchen widmet; zutr OGH 23.5.1991, SZ 64/63.

Gewährleistungs- oder Schadenersatzansprüche gegen den Werkunternehmer (Masseverwalter) wegen mangelhafter Leistungserbringung geltend machen möchte und er bereits die Gegenleistung voll erbracht hat, etwa weil er keinen Haftrücklass ausbedungen und einbehalten hat.

Zum anderen soll § 21 KO verhindern, dass einzelne Gläubiger eine Besserstellung ihrer Position dadurch erlangen, dass ein für die Masse nicht vorteilhafter Vertrag geschlossen wurde (siehe oben bereits Pkt I.2.). Im Lichte dieser Ratio ist klar, dass § 21 KO zwingend ist und sohin allen abweichenden vertraglichen Regelungen vorgehen muss (siehe oben Pkt II.1.). Es kommt daher, was die Rechtsfolgen der Rücktrittserklärung betrifft, nicht auf die Verteilung des Risikos bei Leistungsstörungen im Werkvertrag im allgemeinen an, sondern auf die Sonderwertungen der KO, weil das in § 21 KO normierte Rücktrittsrecht völlig losgelöst von allgemeinen Leistungsstörungsfällen ist.

*F. Bydlinski* hat die Rechtslage nach § 21 KO im Falle des Kaufes unter Eigentumsvorbehalt eingehend untersucht und ist zu folgendem Ergebnis gelangt<sup>31</sup>: Für den Fall, dass kein Rücktritt vom Kaufvertrag erfolgt und der Vertrag samt allen daraus wurzelnden Ansprüchen sohin zu erfüllen ist, wird die Kaufpreisforderung zur Masseforderung (§ 46 Abs 1 Z 3 KO). Kommt es (etwa wegen Massearmut) zum Verzug, kann der Verkäufer vom Vertrag zurücktreten, damit den Kaufvertrag samt dem Recht des Käufers zum Besitz beseitigen und so die Voraussetzungen für sein Aussonderungsrecht auf Herausgabe der Vorbehaltssache und die sonstigen Rückabwicklungen schaffen. Für den Fall des Rücktritts vom Vertrag durch den Masseverwalter erwächst dem Verkäufer sogleich sein Aussonderungsrecht auf die Vorbehaltssache (§ 44 Abs 1 KO) als konkursrechtliche Sonderausprägung des Eigentumsherausgabeanspruches.

Ob der Rücktritt ex tunc oder ex nunc wirkt, ist für das Rückabwicklungsschuldverhältnis relevant (zB für die Rückerstattung schon erbrachter Leistungen bzw für ein allfälliges Benützungsentgelt) und strittig. Die freilich schon ältere Rechtsprechung<sup>32</sup> und Lehre<sup>33</sup> verneinen, dass der Rücktritt nach § 21 KO entweder überhaupt keine Rückübertragungsansprüche bezüglich der bereits erbrachten Leistungen auslöst oder doch (nur) ex nunc wirkt. *Bydlinski* hat dagegen zutreffend entgegengehalten, dass der Rücktritt zwar einerseits einen Schadenersatzanspruch sui generis auslöst, andererseits aber die Bereicherungsfolgen des § 1435 ABGB unberührt bleiben: Es gäbe nämlich keinen Grund, wegen der schadenersatzrechtlichen Sonderlösung in Ansehung der Bereicherungsfolgen – mangels konkursrechtlicher Spezialregelung – von den allgemeinen Grundsätzen abzuweichen und einen Bereicherungsanspruch sui generis zu schaffen<sup>34</sup>. Gegen diese Lösung spricht auf den ersten Anschein, dass als Rechtsfolgen des Rücktritts bloß die

---

<sup>31</sup> in Klang, IV/2, 540 ff.

<sup>32</sup> OGH 15.9.1966, SZ 39/147 = EvBl 1967/227.

<sup>33</sup> *Lehmann*, Kommentar zur KO I (1916) 149 f.

<sup>34</sup> AaO, 541, insb FN 517.

weitere Erfüllung des Vertrages unterbleibt und kein sachlicher Grund erkennbar ist, den Vertrag mit schuldrechtlicher ex tunc Wirkung zu beseitigen.

Diese Argumentation ist freilich zu kurz gegriffen<sup>35</sup>: § 1435 ABGB, der nach heute einhelliger Ansicht eine schuldrechtliche ex tunc Rückabwicklung zugrunde legt<sup>36</sup>, greift unter anderem auch bei Störungen in der Abwicklung eines Schuldverhältnisses ein, also gerade auch in Fällen, wo konkursbedingt die geschuldete Gegenleistung nicht bzw nicht vollständig erbracht wird. Die einzige Abweichung besteht darin, dass § 21 KO aus der eingangs dargestellten Ratio heraus dem Masseverwalter des säumigen Gemeinschuldners ein eigenständiges Rücktrittsrecht einräumt. Das Rückabwicklungsschuldverhältnis ändert sich dadurch nicht. Der Rücktritt nach § 21 KO führt daher zur schuldrechtlich ex tunc wirkenden Rückabwicklung. Der Rücktritt zieht keinen vom Verschulden unabhängigen Schadenersatzanspruch auf das Erfüllungsinteresse nach sich, da der Masseverwalter von seinem gesetzlichen Rücktrittsrecht Gebrauch macht. Anstelle dieser Rechtsfolgen tritt aber der Schadenersatzanspruch des § 21 Abs 2 S 2 KO. Dieser entspricht dem als Differenz berechneten Schadenersatz wegen Nichterfüllung (vgl § 921 S 1 ABGB). Dieser Anspruch ist dogmatisch gesehen kein Schadenersatzanspruch, weil ja kein Verschulden des Masseverwalters vorliegt, sondern ein Fall einer Eingriffshaftung, weil der Masseverwalter Kraft § 21 KO berechtigt ist, in Rechte des Gläubigers einzugreifen. Des Weiteren bleiben Aufrechnungsmöglichkeiten (§ 20 Abs 3 KO) und der Herausgabeanspruch unberührt.

Für den Fall des Verkäuferkonkurses (der dem Konkurs des Werkunternehmers entspricht) gelangt *Bydlinski* zwar auch zum Rücktrittsrecht nach § 21 KO. Das unbillige Ergebnis (der Kaufpreis ist bereits weitgehend bezahlt, die Sache hat durch den Gebrauch an Wert verloren) löst er dadurch, dass er dem Vorbehaltskäufer ein Absonderungsrecht an der Vorbehaltssache zubilligt und ihn damit, wie im Falle eines Zurückbehaltungsrechtes, stellt (§ 10 Abs 2 KO)<sup>37</sup>, welches die Käuferansprüche nach dem Rücktritt sichert.

Dieser zutreffende, für den Vorbehaltskauf entwickelte Ansatz, lässt sich auf Werkvertragssachverhalte mit Vereinbarung eines Haftrücklasses übertragen. *Bydlinski* hat nämlich an anderer Stelle nachgewiesen, dass zwischen Kauf- und Werkvertrag hinsichtlich der Erfüllungsansprüche (Zahlungsanspruch bzw Leistungsstörungsfolgen) keine grundsätzlichen Strukturunterschiede bestehen, die es rechtfertigen würden, die aus § 1052 ABGB abgeleiteten, für die Einrede des nicht bzw nicht ordnungsgemäß erfüllten Vertrages im Falle von (vereinbarten) Vorleistungspflichten geltenden Grundsätze im Werkvertragsrecht nicht anzuwenden<sup>38</sup>.

<sup>35</sup> Verfehlt daher *Pitkowitz*, ÖJZ 1990, 677; dagegen *Hock*, ÖJZ 1991, 297.

<sup>36</sup> Vgl nur *Koziol* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB, § 1435, RdZ 1.

<sup>37</sup> AaO, 546, auch zur Gegenansicht von *Frotz*, Aktuelle Probleme des Kreditsicherungsrechts, GA zum 4. Österreichischen Juristentag, 1970, 178.

<sup>38</sup> JBI 1973, 281 ff.

Bevor auf die Konsequenzen dieser Grundpositionen einzugehen ist, bedarf noch ein Nebenaspekt näherer Erläuterung. Hält der Masseverwalter am Vertrag fest, kann der Werkbesteller zweifellos bei unvollständiger Erfüllung durch den Gemeinschuldner oder den Masseverwalter die Verbesserung verlangen und bis zur gehörigen Erfüllung des Vertrages den gesamten Werklohn zurückbehalten<sup>39</sup>. Tritt der Masseverwalter hingegen vom Vertrag zurück, wandelt sich der Erfüllungsanspruch in einen Schadenersatzanspruch sui generis<sup>40</sup>. Für die Geltendmachung von Verbesserungsansprüchen, die ihrer Natur nichts anderes als fortwirkende Erfüllungsansprüche sind, ist dann – wegen Wegfall des Vertrages – im Sinne des § 1435 ABGB keine Rechtsgrundlage mehr vorhanden.

## 2. Conclusio

Die Vereinbarung eines Haftrücklasses stellt zwar keine dinglich wirkende Sicherstellung dar, weil sie lediglich die Fälligkeitsregelung hinsichtlich des Entgelts tangiert. Dort wo der Haftrücklass durch eine Bankgarantie abgelöst wird, zeigt sich aber deutlich die Parallele zum Fall des Vorbehaltskaufes. Die von *Bydlinski* für den Verkäuferkonkurs dargelegte Lösung lässt sich daher auf die Haftrücklassfälle anwenden. Dies bedeutet, dass im Falle des Rücktritts nach § 21 KO ein Zurückbehaltungsrecht des Auftraggebers (Werkbestellers) am Haftrücklass entsteht, welches zu einem Absonderungsrecht führt<sup>41</sup>. Das Befriedigungsrecht muss sich der Gläubiger nach allgemeinen Grundsätzen aber erst durch Klage verschaffen<sup>42</sup>, auch wenn Absonderungsrechte im Sinne des § 10 KO durch die Konkurseröffnung nicht berührt werden. Daraus folgt, dass der Gläubiger seine Forderung (wegen der Prozesssperre) beim Konkursgericht anzumelden hat, nämlich jene Forderung die ihm zufolge des § 21 Abs 2 KO zusteht, wenn der Gläubiger (Werkbesteller) etwa das Vorliegen von Mängeln behauptet.

Sind im Zeitpunkt der Rücktrittserklärung keine Mängel vorhanden, hat der Masseverwalter einen unbedingten, das heißt fälligen Anspruch auf den Haftrücklass. Dies folgt daraus, dass zufolge des Rücktritts die weitere Erfüllung des Vertrages unterbleibt, also keine Verbesserungsansprüche des Werkbestellers mehr geltend gemacht werden können. Übrig bleiben lediglich die aus § 21 Abs 2 KO abgeleiteten Ersatzansprüche (sui generis). bzw Bereicherungsansprüche. Zurückbehaltungsrechte wegen allfälliger in der ursprünglich vereinbarten Haftzeit auftretender Mängel können nicht (mehr) die Fälligkeit hinausschieben, weil die Haftzeit ja mit den Erfüllungsansprüchen aus dem Vertrag endet. Die Lösung der Judikatur, die während der Haftzeit die Fälligkeit des Haftrücklasses trotz Rücktritt wegen allfälliger später zu Tage tretender Mängel verneint, missachtet die Unterschiede zwischen dem Fall, dass der Masseverwalter in den Vertrag eintritt und dem Fall des Rücktritts vom

<sup>39</sup> Etwa OGH 21.10.1975, SZ 48/108 = EvBl 1976/92.

<sup>40</sup> *Bydlinski* in Klang, IV/2, 542; OGH 13.7.1994, EvBl 1995/79 = ÖBA 1995, 307 (Arnold) = RdW 1995, 97; OGH 12.7.1988, SZ 61/170 = RZ 1988/61; OGH 17.11.1981, SZ 54/168 = EvBl 1982/52 ua.

<sup>41</sup> In diesem Sinn auch der Hinweis in OGH 23.5.1991, SZ 64/63.

<sup>42</sup> ZB OGH 15.5.1986, SZ 59/84.

Vertrag. Im Übrigen kommt es gewährleistungsrechtlich ausschließlich darauf an, ob im relevanten Zeitpunkt der Gewährleistung ein Mangel tatsächlich vorhanden war, egal wann er zu Tage tritt. Es ist daher grundsätzlich Sache des Gewährleistungsberechtigten dies unter Beweis zu stellen. Für den Fall, dass solche Mängel vorliegen, besteht der Anspruch des Masseverwalters nur in Ansehung des den Behebungsaufwand übersteigenden Betrages.