

# Zivilverfahrensrecht

**Jahrbuch 2011**

herausgegeben

von

**Dr. Robert Fucik**

Bundesministerium für Justiz

**Univ.-Prof. Dr. Andreas Konecny**

Universität Wien

**Prof. Dr. Paul Oberhammer**

Universität Wien



**RECHT**

Wien · Graz 2011

Bibliografische Information Der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten.

ISBN 978-3-7083-0785-5  
Neuer Wissenschaftlicher Verlag GmbH Nfg KG  
Argentinierstraße 42/6, 1040 Wien, Österreich  
Tel.: +43 1 535 61 03-24, Fax: +43 1 535 61 03-25  
E-Mail: [office@nwv.at](mailto:office@nwv.at)

Geidorfgürtel 20, 8010 Graz, Österreich  
E-Mail: [office@nwv.at](mailto:office@nwv.at)  
[www.nwv.at](http://www.nwv.at)

© NWV Neuer Wissenschaftlicher Verlag, Wien · Graz 2011

Druck: Alwa & Deil, Wien  
E-Mail: [office@alwa-deil.at](mailto:office@alwa-deil.at)

**Martin SPITZER**

## **Bargeld, Buchgeld, Kontokorrent**

### **Drei Fragen des (Ersatz-)Aussonderungsrechts**

#### **Inhaltsübersicht**

I	Einleitung.....	216
II	Bargeld.....	216
A	Geldwertvindikation.....	217
1	These.....	217
2	Würdigung.....	217
a	Verwirklichung de lege lata.....	218
b	Sachliche Rechtfertigung de lege ferenda.....	218
B	Regeln der Geldscheinvindikation.....	219
C	Zwischenergebnis und Ausstrahlung auf das Buchgeld.....	221
III	Buchgeld als „Bargeld auf der Bank“?.....	221
A	Leitentscheidung 1 Ob 1014/28 (SZ 10/356).....	221
1	Vorgeschichte.....	221
2	Entscheidung des OGH.....	222
3	Fragestellungen.....	223
B	Formwechsel oder Identitätswechsel Bargeld-Buchgeld.....	224
IV	(Ersatz-)Aussonderung trotz Kontokorrent?.....	227
A	Wesen und Funktion des Kontokorrent.....	228
1	Grundkonzept.....	228
2	Kontokorrent und Girokonto.....	229
B	Aussonderungshindernisse.....	230
1	Österreich.....	230
2	Deutschland.....	230
a	Keine Ersatzaussonderung bei Einzahlung fremden Geldes oder nach Veräußerung massenfremder Sachen.....	231
b	Ersatzaussonderung nach Einziehung fremder Forderungen.....	231
c	Rechtsprechungswende „Turmdrehkran“.....	232
d	Unterstützung in der Lehre.....	232
C	Stellungnahme.....	233
1	Grundsätzliche Beachtlichkeit kontokorrentrechtlicher Figuren.....	233
2	Kontokorrentgebundenheit als Aussonderungshindernis.....	234
3	Auswirkungen der Verrechnung.....	235
a	(Ersatz-)Aussonderung nach Verrechnung.....	235
b	Aussonderung nach Saldoanerkennung.....	237
V	Zusammenfassung der Ergebnisse.....	238

## I Einleitung

Geld kommt in der heutigen Zeit in verschiedenen Formen vor, einerseits als Bargeld – also Scheine und Münzen – andererseits als Buch- oder Giralgeld, also Bankguthaben, über die der Berechtigte verfügen kann.<sup>1</sup> In diesem Beitrag soll drei Fragen der (Ersatz-)Aussonderung von Geld nachgegangen werden.

Am Beginn steht die Aussonderung von Bargeld. Zwar sind die Bargeld betreffenden Grundsätze weitgehend unstrittig, sie müssen aber dennoch skizziert werden, da sie nach hA auf die Behandlung von Buchgeld ausstrahlen. Bei dieser Gelegenheit kann auf die schon klassische, aber wie die jüngere Literatur zeigt immer noch aktuelle<sup>2</sup> Frage zurückgekommen werden, ob das sachenrechtliche Korsett, das die Aussonderung von Bargeld beherrscht, angemessen ist, oder ob *de lege lata vel ferenda* verstärkt der Charakter von Geld als Wertträger betont werden soll (dazu II).

Im Anschluss ist zu prüfen, nach welchen Regeln Buchgeld ausgesondert werden kann. Im Zivilrecht ist zwar klar, dass Bargeld und Buchgeld nicht dasselbe sind, der übliche Hinweis auf das Insolvenzrisiko der Bank<sup>3</sup> hat freilich nicht so verfangen, dass der Rechtsverkehr dem Unterschied zwischen den beiden Geldarten eine nennenswerte Bedeutung beigemessen hätte.<sup>4</sup> Diese praktikable Sicht der Dinge hat sich auch der OGH zu eigen gemacht, indem er bei der Aussonderung Buchgeld wie Bargeld behandelt. Dass die für Bargeld geltenden Regeln auch passen, wenn es auf ein Konto einbezahlt wird, wenn eine Überweisung von einem Konto auf ein anderes getätigt oder eine fremde Forderung auf ein Konto eingezogen wird, ist damit allerdings noch nicht gesagt (dazu III).

Schließlich ist auf eine bankrechtliche Besonderheit einzugehen, nämlich den Einfluss des Umstandes, dass Girokonten im Kontokorrent geführt werden. Forderungen verlieren aber durch die Einstellung in ein Kontokorrent grob gesprochen ihre Selbständigkeit, sodass sich die Frage stellt, ob die Kontokorrentzugehörigkeit einer Forderung einer Aussonderung entgegensteht (dazu IV).

## II Bargeld

Bargeld ist unzweifelhaft von der Person verschieden und dient dem Gebrauch des Menschen, ist also eine Sache (§ 285 ABGB). Da es mit den menschlichen Sinnen wahrnehmbar ist (§ 292 ABGB), ist Bargeld eine körperliche Sache. Da es als solche dem Sachenrecht unterliegt, spricht viel für eine insolvenzrechtliche Behandlung nach sachenrechtlichen Regeln.

---

1 Weiterführendes bei *Heermann*, Geld und Geldgeschäfte (2003) § 2 Rz 18 ff.

2 Vgl die Kommentierung von *Baldus* in MüKo, BGB<sup>5</sup> (2009) § 985 Rz 26 f.

3 Vgl nur *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht<sup>2</sup> (2008) 190.

4 Die hA ist daher zu Recht ausgesprochen großzügig bei der Annahme einer Zustimmung des Gläubigers zur Leistung von Buchgeld statt Bargeld (§ 1414 ABGB). Die Zahlung mit Buchgeld ist jedoch nach wie vor als Leistung an Zahlungs Statt zu qualifizieren, s dazu etwa *Dullinger*, SAT<sup>4</sup> (2010) Rz 2/25.

## A Geldwertvindikation

Allerdings kann nicht geleugnet werden, dass Geld nur als Wertträger interessant ist, aber heute keinen Substanzwert mehr hat. *Harry Westermann* hat daher gefordert, die rechtliche Regelung daran nicht vorbeigehen zu lassen.<sup>5</sup> Im Schuldrecht sei Geld ein gänzlich unkörperlicher Wert, „*der zwar nach den Ziffern der Geldstücke bemessen wird, aber an die Sachqualität nicht gebunden ist*“. Kein Mensch käme daher etwa auf die Idee, dass wenn A dem B „*ohne Rechtsgrund einen Zwanzig-DM-Schein gegeben hat, B dem A ebenso vier Fünf-DM Scheine [...] erst eine Aufrechnung die Schuld tilge*“.<sup>6</sup> Während das Schuldrecht daher von einem rein wertzentrierten Denken geprägt sei, hänge das Sachenrecht an der Geldvorstellung als „*zwar beliebig auswechselbare, im höchsten Maße vertretbare und zum dauernden Umlauf bestimmte*“, aber eben doch körperliche Sache.

### 1 These

Die Bedeutung des Sachenrechts soll sich bei Geld nach der Ansicht von *Westermann* deshalb auf Zuordnungsänderungen beschränken, für die es eben einen *modus* brauche. Damit sei aber noch keine Aussage über die Vindikation getroffen. Ein Herausgabeanspruch wie die Eigentumsklage schaffe auch als dinglicher Anspruch eine Leistungsbeziehung, die nach schuldrechtlichen Grundsätzen zu beurteilen sei, sodass eine Anknüpfung an sachenrechtliche Regeln „*bare Willkür*“<sup>7</sup> wäre. Ausschlaggebend müsse vielmehr die schuldrechtliche Behandlung als Wertziffer sein. Die daraus abgeleitete Geldwertvindikation soll solange zustehen, solange der Wert dem Besitzer als Geldwert in Form von Bar- oder Buchgeld erhalten geblieben sei.<sup>8</sup> Sie gebühre daher auch, wenn der fremde Geldschein gewechselt, mit eigenen vermischt oder auf ein Konto eingezahlt werde, nicht aber wenn damit Verbindlichkeiten getilgt oder Anschaffungen getätigt würden.<sup>9</sup> Damit werde die zufällige Art der Verkörperung in Bargeld oder Buchgeld für die materielle Zuordnung bedeutungslos, der Schuldner sei zur Verschaffung des Geldwertes verpflichtet.

### 2 Würdigung

Unbestreitbar richtig ist, dass die konkrete Verkörperung von Geld heute weder im unternehmerischen noch im privaten Bereich als maßgebend angesehen wird. Damit hat sich die Verkehrsauffassung gegenüber jener Zeit grundlegend geändert, aus der das sachenrechtliche Verständnis von Geld resultiert, nämlich der römischen Antike. Schon *Kaser* hat gezeigt, dass die Geldvorstellung in Rom

5 Dazu und zum folgenden *Westermann*, Sachenrecht<sup>5</sup> (1966) § 30 V (135 ff); s auch noch *Westermann/Pinger*, Sachenrecht<sup>6</sup> (1990) § 30 V 3; aA die diesbezüglich von *Gursky* bearbeitete 7. Auflage (1998) § 30 IV (197). Vgl auch – freilich *de lege ferenda* – *Kaser*, Das Geld im Sachenrecht, AcP 143 (1937) 1 ff.

6 Zur Aufrechnung in dem Zusammenhang *M. Wolff* in *Ehrenberg*, Handbuch des gesamten Handelsrechts IV (1918) § 49 3 c (627).

7 *Kaser*, AcP 143 (1937) 5.

8 So auch *Kötz*, Trust und Treuhand (1963) 143.

9 *Westermann*, Sachenrecht<sup>5</sup> § 30 V (137).

ganz verschieden war, weil die Römer „*sich nie von der Vorstellung freigemacht haben, daß das Geld seinen Tauschwert aus dem Metallwert schöpfe*“, wie sich anschaulich daran zeigt, dass Banknoten unbekannt waren.<sup>10</sup> Während das Geld also bei den Römern „*noch völlig Sache*“ war,<sup>11</sup> hat die Verbreitung unbarer Zahlungsmöglichkeiten dazu geführt, dass heute zwischen der Übergabe eines 500-Euro Scheins, der Überweisung von 500 € und der Zahlung von 500 € mittels Kreditkarte weder schuldner- noch gläubigerseitig ein besonderer Unterschied gemacht wird. Ist es daher vielleicht wirklich überlegenswert, der Sonderrolle von Geld auch bei seiner rechtlichen Behandlung Rechnung zu tragen?

#### **a Verwirklichung de lege lata**

Zunächst ist festzuhalten, dass das *de lege lata* nicht möglich ist.<sup>12</sup> Dass das ABGB Bargeld nämlich als körperliche Sache behandelt und den sachenrechtlichen Regeln unterwirft, lässt sich nicht bezweifeln. Es sieht in § 371a sogar eine besondere Regel für die Vermengung von barem Geld vor.<sup>13</sup> Man muss daher mit der hA davon ausgehen, dass für Bargeld nur eine Geldscheinindikation, nicht aber auch eine Geldwertindikation in Frage kommt. Dass das Sachenrecht nur für die Zuordnung maßgebend sein soll, kann man dagegen nicht ins Treffen führen, geht es bei der Frage der Aussonderung doch gerade um einen Reflex der Zuordnung eines Rechtsgutes.

#### **b Sachliche Rechtfertigung de lege ferenda**

Gegen eine vom Sachenrecht losgelöste, isolierte Privilegierung von Geld sprechen noch andere Gründe. Gerade die besondere Umlauffähigkeit und schwere Unterscheidbarkeit von Geld hat zur Einführung großzügiger originärer Erwerbsstatbestände geführt, *Westermann* spricht selbst von Geld als einer in höchstem Maß vertretbaren Sache. Wenn schon der Beweis des Vorhandenseins spezieller Geldscheine schwierig ist, ist zu befürchten, dass der Beweis des „*Vorhandenseins eines der Identität nach gleichen Geldwertes*“<sup>14</sup> beim Besitzer kaum zu bewältigen ist. Außerdem ist das Konzept der Geldwertindikation widersprüchlich. Über die Hintertüre des „*gleichen Geldwertes*“ schleichen sich wohl Reminiscenzen an die doch eigentlich abgelehnte sachenrechtliche Spezialität in das Modell ein. Wie soll festgestellt werden, ob ein der Identität nach gleicher Geldwert vorhanden ist, wenn nicht doch irgendwie auf das Schicksal bestimmter Geldstücke gesehen wird?<sup>15</sup> Anders kann nicht beurteilt werden, welches Geld etwa zur Schuldentilgung verwendet wurde und welches auf das Sparbuch gelegt wurde.

---

10 *Kaser*, AcP 143 (1937) 6.

11 *Kaser*, AcP 143 (1937) 6.

12 Vgl *Gursky* in *Staudinger*, BGB (2006) § 985 Rz 92.

13 Was das BGB anlangt, sprechen die Motive III 360 (*Mugdan* III 200) explizit über die Vermengung von Geld in Zusammenhang mit § 948 BGB. Siehe *Medicus* in *MüKo*<sup>4</sup> (2004) § 985 Rz 19; *Baldus* in *MüKo*<sup>5</sup> § 985 Rz 27.

14 *Westermann*, Sachenrecht<sup>5</sup> § 30 V (138) will eine Beweislastumkehr annehmen. Der Besitzer müsse beweisen, dass er diesen Geldwert ohne Ersparung anderer Geldwerte ausgegeben habe, sonst bleibe er zur Herausgabe verpflichtet.

15 Vgl *Medicus*, Ansprüche auf Geld, JuS 1983, 900; *Häde*, Die Behandlung von Geldzeichen in Zwangsvollstreckung und Konkurs, KTS 1991, 372.

Die Geldwertvindikation kann daher nicht nur was ihren Tatbestand, sondern auch was ihre potentiellen Rechtsfolgen anlangt, nicht überzeugen. *Medicus* gibt in diesem Zusammenhang zu bedenken, dass es zu einer sachwidrigen Privilegierung von Bargeld gegenüber Buchgeld käme. Während bei Bargeld eine Identität des Geldwertes noch feststellbar sein könnte, sei das bei der Einzahlung auf ein Konto grundsätzlich nicht mehr möglich.<sup>16</sup> Der wohl am schwersten wiegende Einwand gegen die Geldwertvindikation ist aber, dass der Geldeigentümer durch sie gegenüber sonstigen Sacheigentümern in auffälliger und erstaunlicher Weise privilegiert würde.<sup>17</sup> Während Verfügungen über fremde Sachen nur zu schuldrechtlichen Ausgleichsansprüchen führen, hätte der Geldeigentümer größtmögliche Sicherheit. *Gursky* hält es zu recht für rätselhaft, wieso gerade beim Geld die Vindikation den Untergang des Eigentums überstehen sollte.<sup>18</sup> So würden die Grundwertungen des Sachenrechts und die *par conditio creditorum* ausgehöhlt.<sup>19</sup> Die Geldwertvindikation hat damit auffallende Ähnlichkeit mit der Idee der Wertverfolgung,<sup>20</sup> die sich in Österreich nicht durchsetzen konnte.<sup>21</sup> Im Ergebnis ist sie wie diese abzulehnen,<sup>22</sup> da sonst die in § 371 ABGB zum Ausdruck gebrachte Wertung, den Geldeigentümer tendenziell zu benachteiligen, in systemwidriger Weise und auf Kosten der Insolvenzgläubiger geradezu ins Gegenteil verkehrt würde.

## B Regeln der Geldscheinvindikation

Für Bargeld gilt daher das Regelungsregime für bewegliche körperliche Sachen. Solange das Eigentum daran nicht verloren ist und der Eigentümer seine Scheine oder Münzen individualisieren kann, steht einer Aussonderung nichts im Weg. Das kann sich freilich durch § 371 zweiter Fall ABGB rasch ändern, da darin nach hA ein originärer, vom guten Glauben unabhängiger Erwerbstatbestand vorgesehen ist, nach dem – bei strenger Auslegung – die Vermengung fremden Geldes mit eigenem zum Alleineigentum des Vermengenden führt. In jüngster

16 *Medicus*, JuS 1983, 900.

17 Ausführlich *Wieling*, Sachenrecht<sup>2</sup> § 12 I 2 d (539); *Medicus*, JuS 1983, 900; *ders* in MüKo<sup>4</sup> § 985 Rz 19; *Stadler* in *Soergel*, BGB<sup>13</sup> (2006) § 985 Rz 22; *Baldus* in MüKo<sup>5</sup> § 985 Rz 25, 27; *Henckel* in *Jaeger*, InsO (2004) § 47 Rz 24.

18 *Westermann*, Sachenrecht<sup>7</sup> § 30 IV (197).

19 So auch *Medicus* in MüKo<sup>4</sup> § 985 Rz 19; *Baldus* in MüKo<sup>5</sup> § 985 Rz 25, 27.

20 *Wilburg*, Gläubigerordnung und Wertverfolgung, JBl 1949, 29. Die noch ganz allgemein gehaltenen Thesen von *Wilburg* wurden von *Behr*, Wertverfolgung: Rechtsvergleichende Überlegungen zur Abgrenzung kollidierender Gläubigerinteressen (1986) 122 ff und *Kozioł*, Grundlagen und Streitfragen der Gläubigeranfechtung (1991) 53 f sowie *Kozioł*, Zur Abschwächung des Gleichbehandlungsgrundsatzes im Konkursverfahren, in FS Wesener (1992) 270 ff weiter entwickelt. Zur Entstehung und Entwicklung der Wertverfolgungslehre s ausführlich *Bollenberger*, Irrtum über die Zahlungsunfähigkeit. Aussonderung durch Anfechtung (1994) 130.

21 1 Ob 208/99s ÖBA 2000/869 (*Apathy*) = *ecolex* 2000/4 (*Wilhelm*).

22 Ausführlich *Wolff/Raiser*, Sachenrecht<sup>10</sup> (1957) § 66 V (233). Siehe auch *Andres* in *Nerlich/Römermann*, InsO (2011) § 47 Rz 6; *Bäuerle* in *Braun*, InsO<sup>4</sup> (2010) § 47 Rz 12; *Füller*, Eigenständiges Sachenrecht? (2006) 35; *dens* in MüKo<sup>5</sup> § 948 Rz 7; *Pikart* in RGRK, BGB<sup>12</sup> (1979) § 985 Rz 55 (das Umwecheln soll nach ihm freilich unschädlich sein; dagegen wiederum *Medicus*, JuS 1983, 900 und *Häde*, KTS 1991, 372 f); *Schwerdtner*, Verzug im Sachenrecht (1973) 154.

Zeit wurde allerdings das herrschende Verständnis von § 371 ABGB als Erwerbstatbestand grundsätzlich in Frage gestellt. *Hödl* vermutet in § 371 ABGB eine rein prozessuale Regel, wofür schon die Marginalrubrik „*Was dem Kläger zu beweisen obliegt?*“ spreche.<sup>23</sup> Eine sachliche Rechtfertigung für eine solche Regelung sei nicht ersichtlich, die Regeln der §§ 414 ff ABGB könnten stattdessen unproblematisch in allen Vermengungssituationen angewendet werden.

Über die Berechtigung von § 371 ABGB kann natürlich gestritten werden, die Lehre bemüht sich ja auch nach Kräften, den Anwendungsbereich einzuschränken. Der Gesetzgeber hat sich § 371 ABGB aber ursprünglich wohl doch als Erwerbstatbestand vorgestellt. Ähnliche Fälle haben eine lange Tradition. So war der originäre Erwerb von Geld schon dem römischen Recht bekannt,<sup>24</sup> das sonst einen sofortigen Erwerb bekanntlich ausgeschlossen hat und die Regeln über die Ersitzung zur Anwendung brachte. Die *ratio* des unkomplizierten originären Erwerbs wurde nicht allein in der allenfalls unmöglichen Identifizierung einzelner Geldstücke gesehen, sondern auch darin, Geschäftsleuten eine freie Kassaführung zu sichern, die nicht von Eigentumsansprüchen Dritter blockiert werden konnte.<sup>25</sup> Eine solche Sonderregel zur Vermengung von Geld<sup>26</sup> fand sich dann auch im Codex Thesianus, der dafür eine Ausnahme vom sonst bei Vermengung eintretenden Miteigentum vorsah, weil „*bei dem baaren Geld in Handel und Wandel nicht so viel auf dessen Wesenheit, als auf dessen Werth gesehen wird, welchen der Vermischende dem Anderen für den vermischten Betrag zu erstatten in alle Wege verbunden bleibt*“,<sup>27</sup> eine Begründung, die dem Gläubiger in der Insolvenz allerdings nicht viel weiterhilft. Über den Entwurf *Martini*<sup>28</sup> gelangte diese Sonderregel in das ABGB, dabei wurde aber ihr Charakter als *lex specialis* verwischt, wie die systematische Stellung von §§ 371 und 415 im ABGB zeigt.<sup>29</sup> So wurde das ursprünglich klare Verhältnis beider Normen – die Alleineigentum anordnende Vermengungsregel für Geld als *lex specialis* zur Miteigentum vorsehenden allgemeinen Vermengungsregel – unklar.<sup>30</sup>

Das Verständnis von § 371 ABGB als *lex specialis* ist infolgedessen zur Mindermeinung geworden.<sup>31</sup> Überwiegend wird die Vermengungsregel des § 371 ABGB dahingehend abgemildert, dass auch bei Geld eine Quantitätsvindikation

23 *Hödl*, Der Lieferantenpool (2010) 47; ebenso nunmehr *Iro*, Sachenrecht<sup>4</sup> (2010) Rz 6/25.

24 *Kaser*, Römisches Privatrecht<sup>2</sup> I (1971) § 102 III 5 (430).

25 *Karner*, Gutgläubiger Mobiliärerwerb. Zum Spannungsverhältnis von Bestandschutz und Verkehrsinteressen (2006) 81.

26 Zur Anwendung auf Inhaberpapiere *Micheler*, Wertpapierrecht zwischen Schuld- und Sachenrecht (2004) 53.

27 *Harras v Harrasowsky*, Der Codex Thesianus und seine Umarbeitungen II (1884) 92.

28 Entwurf *Martini* II. Teil 3. Hauptstück § 16. *Harras v Harrasowsky*, Codex Thesianus V (1886) 91.

29 Vgl *Holzner*, Vermengung und Eigentum. Zur Abgrenzung von § 371 gegen § 415 ABGB, JBI 1988, 565. Dem Entwurf Horten II 2, § 12; 4, §§ 10 ff war dieser Charakter noch völlig bewusst, er lehnte die Regel aber an sich ab, weil nicht einzusehen sei, wieso dem Geldeigentümer nur eine Konkursforderung zustehe.

30 Anders noch *Randa*, Eigentumsrecht<sup>2</sup> (1893) 352 f (der allerdings die völlige Streichung der Norm bevorzugt hätte); OGH ZBI 1927, 211.

31 Vgl aber *Gamauf*, Eigentumswerb an Geld durch Vermengung im römischen Recht (D 46.3.78) und in § 371 ABGB, JAP 1997/98, 219; *Rabl*, Die Aussonderung von Buchgeld, ÖBA 2006, 579.

nach § 415 ABGB möglich sein soll. Selbst wenn der Berechtigte daher seine Scheine nicht individualisieren kann, kann er noch die *rei vindicatio* haben, die sich dann nicht auf bestimmte Scheine, sondern eine bestimmte Menge von Geldstücken richtet. Dazu ist es nach manchen notwendig, dass das Gemenge – nicht mehr die konkreten Scheine – vom sonstigen Vermögen des Vermengenden abgegrenzt und unterschieden werden kann.<sup>32</sup> Nach einer von *Holzner* entwickelten, im Vordringen befindlichen Ansicht reicht es auch, wenn sich der Anteil am Gemenge bestimmen lässt.<sup>33</sup>

### C Zwischenergebnis und Ausstrahlung auf das Buchgeld

Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden, dass der Geldeigentümer für die Aussonderung auf allgemeine sachenrechtliche Regeln verwiesen ist. Seine Aussonderung ist dementsprechend Geldscheinaussonderung, nicht Geldwertaussonderung. Je nachdem, welchen Gedanken man betont, wenn man mit der hA § 371 ABGB als Erwerbstatbestand versteht, führt die Vermengung von Bargeld entweder zu Alleineigentum des Vermengenden (§ 371 Satz 2 ABGB) oder zu Quantitätseigentum (§ 415 ABGB).

Erst die mehrheitliche Abkehr vom Alleineigentum des Vermengenden hat freilich den Anreiz geschaffen, sich beim Buchgeld am Bargeld zu orientieren. Solange die Vermengung zum Untergang des Eigentumsrechts geführt hat, wären Anleihen beim Bargeld nicht fruchtbringend gewesen. Erst der höhere Bestandsschutz durch die Annahme von Miteigentum machte eine Orientierung am Bargeld attraktiv und war eine Initialzündung für die Aussonderung von Buchgeld.

## III Buchgeld als „Bargeld auf der Bank“?

Der Beginn dieser Entwicklung ist weder der Lehre, die bei der praktisch nicht so erheblichen Frage der Vermengung von Scheinen und Münzen stehen geblieben ist, noch dem Gesetzgeber zu verdanken; er lässt sich vielmehr auf eine Entscheidung des OGH aus 1928 zurückverfolgen.

### A Leitentscheidung 1 Ob 1014/28 (SZ 10/356)

#### 1 Vorgeschichte

Die Feuerversicherung hatte dem Versicherten nach einem Schadensfall 20.561,11 öS ausbezahlt. Am nächsten Tag zahlte der Versicherte 20.700 öS „in

32 Vgl etwa *Ehrenzweig*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts<sup>2</sup> I/2 (1957) 215 f; *Klicka* in *Schwimmann*, ABGB<sup>3</sup> II (2005) § 371 Rz 7; OGH EvBl 1959/141; SZ 50/42.

33 *Holzner*, JBl 1988, 632 ff; *ders* in ABGB ON (2010) § 371 Rz 2; ihm folgend *Spielbühler* in *Rummel*, ABGB<sup>3</sup> (2000) § 371 Rz 2; *Eccher* in *KBB*, ABGB<sup>3</sup> (2010) § 371 Rz 2 (der bereits von der „wohl hM“ spricht) Der OGH zitiert seit Anfang der neunziger Jahre beide Ansätze, vgl OGH *ecolex* 1992, 558 = RdW 1992, 342; JBl 1995, 520 (*Holzner*) = *ecolex* 1994, 812 (*Wilhelm*) = wobl 1995, 101 (*Niedermayr*). Auf der alten Linie (deutlich abgegrenztes Gemenge) demgegenüber wieder OGH SZ 70/63.

die Sparkasse auf das eine Einlage von 900 S aufweisende Einlagebuch“ ein.<sup>34</sup> Nach einer Verurteilung des Versicherten wegen Brandstiftung verlangte die Versicherung den ausbezahlten Betrag zuzüglich Zinsen zurück. Da der Brandstifter in der Zwischenzeit in Konkurs gefallen war, sollte der Masseverwalter diesen Betrag vom Sparbuch aussondern. Während das Erstgericht der Klage stattgab, wies das OLG Innsbruck als Berufungsgericht sie ab, weil das Geld bei der Sparkasse „mit dem übrigen, dort befindlichen Gelde ununterscheidbar vermengt wurde“ und damit diese nach § 371 ABGB Eigentümerin geworden sei.

Der Ansicht der Klägerin, es gehe nur darum, ob der geleistete Geldbetrag noch unterscheidbar in der Konkursmasse vorhanden sei, hielt das Berufungsgericht entgegen, „daß diese Frage zu verneinen ist, weil der bezeichnete ‚Geldbetrag‘ in der Konkursmasse überhaupt nie vorhanden war. Es steht nur fest, daß er [vom Brandstifter] seinerzeit in die Sparkasse eingelegt wurde; wo er sich heute befindet, ist unbekannt; es wäre sogar denkbar, daß einzelne Noten wieder in den Besitz der Klägerin zurückgelangt sind.“

## 2 Entscheidung des OGH

Der OGH stellte demgegenüber das erstinstanzliche Urteil wieder her. Die Klägerin habe einen Anspruch nach § 1431 ABGB. Ein solcher berechne die Aussonderung, wenn die Sache noch vorhanden sei. Hätte der Gemeinschuldner das Geld „so wie es war, in einen Behälter (Schränk, Kassetten, Büchse) gegeben“ und wäre dieser noch völlig unberührt, stünde einer Aussonderung nichts im Weg. Diesem Fall sei jener gleichzuhalten, dass in dem Behälter schon Geld vorhanden sei, zu dem die Versicherungssumme dazugelegt werde, „weil es wirtschaftlich unbefriedigend wäre, die Grundsätze des Miteigentums bis in die letzten Folgerungen anzuwenden“. Bemerkenswert – und etwas überraschend – ist die Schlussfolgerung: „Aus dem gleichen Grunde muß der Fall die gleiche rechtliche Behandlung erfahren, wo statt der Einlegung in einen besonderen Behälter die Einlage in ein Sparkassenbuch erfolgt“. Mangels weiterer Bewegungen auf dem Sparbuch sei „jener Vermögenswert, den das erhaltene Geld oder die Sparkasseneinlage darstellt [...] somit vollkommen unterscheidbar vorhanden“.

Die vom OGH in dieser Entscheidung begonnene Gleichsetzung von Behälter und Bank hat sich in der Rsp bald durchgesetzt.<sup>35</sup> Ausgesondert werden

---

34 Im konkreten Fall erfolgte die Abwicklung durch einen Stellvertreter. Dieser Umstand ist allerdings bedeutungslos, sodass der Sachverhalt hier dahingehend gestrafft wurde.

35 In SZ 27/26 referierte der OGH die Ausgangsentscheidung, wies auf die Kritik in der Lehre hin, ersparte sich eine Stellungnahme aber mit dem Hinweis darauf, dass selbst wenn die Kritik zuträfe im konkreten Fall nichts gewonnen wäre. In SZ 48/21 wies der OGH auf das Erfordernis der Individualisierbarkeit hin, es könne nicht schlechthin ein Geldbetrag ausgesondert werden, „dies hat umso mehr für das auf ein Bankkonto erlegte Geld zu gelten“. In SZ 32/161 und SZ 34/113 sollte es bei einer Ersatzaussonderung darauf ankommen, ob der Erlös noch unterscheidbar vorhanden war und nicht vom Masseverwalter „mit dem übrigen ‚Massebetrag‘ vermengt wurde“. Interessant ist SZ 40/155, in der die Aussonderung bewilligt wurde, obwohl das Konto durch Einzahlungen und Auszahlungen verändert wurde. Dieser Umstand sei mangels entsprechenden Vorbringens des Masseverwalters aber nicht streitentscheidend, solange sich im Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Streitverhand-

können danach nicht nur Scheine und Münzen, sondern auch Forderungen, die der über fremdes Bargeld Verfügende durch Einzahlung gegen seine Bank erworben hat. Zuletzt beschäftigte sich der OGH in 8 Ob 131/07h mit dem Thema.<sup>36</sup> Die Aussonderungsklägerin überwies nach Konkursöffnung versehentlich Geld an die Gemeinschuldnerin, das auf dem Konkursanderkonto des Masseverwalters landete. Weitere Bewegungen gab es auf diesem Konto nicht. Der OGH gewährte – in Einklang mit seiner Rsp – die Aussonderung. Besonders interessant ist freilich das Referat der gegenüber der Gleichsetzung von Bargeld und Buchgeld grundsätzlich kritischen Lehre, der der OGH in der Entscheidung nichts entgegengesetzt. Ob das ein erstes Indiz für eine Abkehr von dieser Rechtsprechungslinie ist, kann noch nicht beurteilt werden.

### 3 Fragestellungen

Die Rsp zum Buchgeld wirft sehr grundsätzliche Fragen auf, die nichts an Aktualität eingebüßt haben.

Zunächst interessiert, wie aus massefremdem Bargeld – dem Versicherungsnehmer aus 1 Ob 1014/28 SZ 10/356 fehlte ja mangels Anspruchs der Titel zum Eigentumserwerb, der Versicherer hatte irrtümlich eine Nichtschuld bezahlt – eine massefremde Forderung wird. Der Vorgang der Einzahlung hat bei unbefangener Betrachtung zumindest einen Formwechsel des Geldes bewirkt, vielleicht aber sogar einen Identitätswechsel des Aussonderungsgegenstandes. Ist die Buchforderung genauso massefremd wie das Bargeld?

---

lung ein den Klagsanspruch deckender Geldbetrag auf dem Konto befunden habe. In *ecolex* 1992, 558 = RdW 1992, 342 lehnte der OGH entgegen der Auffassung von *Petschek/Reimer/Schiemer*, Das österreichische Insolvenzrecht (1973) 451, die meinen, dass es darauf aus Billigkeitsgründen nicht ankomme, eine Aussonderung mangels Unterscheidbarkeit ab, weil der Erlös aus verkauften Waren des Klägers auf das Konto des Masseverwalters überwiesen wurde, der eine Absonderung dieses Geldes von den übrigen Zahlungsein- und -ausgängen nicht vorgenommen hatte. Dass dann noch ein bestimmbarer Anteil an einem konkret vorhandenen Gemenge feststellbar sei, müsse verneint werden.

Die Gleichsetzung findet sich auch in 1 Ob 521/82, wobei der von *Rabl*, ÖBA 2006, 580 referierte Sachverhalt nicht ganz mit den Feststellungen übereinstimmt. Der Vater der Kläger hatte nach deren Vorbringen nicht das Geld, sondern das Sparsbuch gestohlen. Der OGH führt jedenfalls dennoch aus, dass Gelder verschiedener Eigentümer nicht nur voneinander abgrenzbar seien, wenn sie in einer Kassette verwahrt würden, sondern auch dann, wenn sie auf einem Girokonto oder Sparkonto erlegt wurden.

Eine gewisse Ausnahme bildet ein *obiter dictum* in OGH ÖBA 1999, 911 = NZ 1999, 346: „Nur ergänzend ist im übrigen zu bemerken, daß die vom Berufungsgericht vertretene Rechtsmeinung auch nach dem von ihm allein angewendeten österreichischen Sachenrecht unzutreffend ist: Übernimmt nämlich eine Bank bar eingezahlte Gelder, somit nicht unterscheidbare Sachen iSd § 371 ABGB, entweder zur Verwaltung oder als Einlage, geht in aller Regel nicht nur die tatsächliche Verfügungsmacht, sondern gleichzeitig auch das Eigentum am Geld auf die Bank über; im Falle der Überweisung von Buchgeld scheidet hingegen eine sachenrechtliche Betrachtungsweise von vornherein völlig aus.“

36 OGH ÖBA 2009/1534, 221 (*Rabl*) = ZIK 2008, 170 (dazu *Mair* 185).

Die nächste Frage ist, ob man Buchgeld überhaupt wie körperliche Sachen aus einem Gemenge heraustrennen kann, sodass es einen tauglichen Gegenstand für eine Aussonderung gibt. 5 von 10 Geldscheinen heraus zu verlangen erscheint recht unproblematisch. Ob dasselbe auch für eine Forderung gilt, wird in Anbetracht der speziellen kontokorrentrechtlichen Ausgestaltung von Bankkonten zu prüfen sein.

## **B Formwechsel oder Identitätswechsel Bargeld-Buchgeld**

Die erste Weichenstellung erfolgt bei der Frage, wie aus massefremdem Bargeld massefremdes Buchgeld wird. Dass sie nachvollziehbar geglückt wäre, kann nicht behauptet werden. Vielmehr waren gerade die diesbezüglichen Defizite der SZ 10/356 der Grund, warum die Reaktion darauf zunächst durchaus kritisch war.<sup>37</sup> *Durig* störte die Gleichsetzung von körperlichen Geldscheinen in einem Verhältnis mit Buchgeld auf der Bank. Sie gehe offenbar zu weit und beruhe auf Billigkeitserwägungen, die einer näheren juristischen Überprüfung nicht Stand halten.<sup>38</sup> Auch *Klang* monierte, dass dem Zahler an der Forderung des Gemeinschaftschuldners gegen die Sparkasse eben kein Recht zustehe.<sup>39</sup>

Nach dieser Kritik, die in der Rsp wiederum kaum Niederschlag gefunden hat,<sup>40</sup> ist es um das Thema der Aussonderung von Buchgeld in der Literatur ruhig geworden. Erst *Holzner* und *Gamauf* haben die Gleichsetzung von Verhältnis und Bankkonto wieder kritisch betrachtet. *Gamauf* schließt sich in seiner Kritik *Durig* an,<sup>41</sup> *Holzner* hegt Zweifel, ob das für Bargeld entwickelte Vermengungskonzept für Buchgeld „überhaupt paßt“. Während es bei Bargeld um eine Sachverfolgung gegenüber jedermann gehe, erscheine bei Buchgeld nur eine Wertverfolgung gegenüber dem Kontoinhaber denkbar.<sup>42</sup> Auch *Schulyok* fragt, wie ein (anteiliges) Aussonderungsrecht des wirklich Berechtigten entstehen soll.<sup>43</sup> Zuletzt hat schließlich *Rabl* eindringlich darauf hingewiesen, dass die Kritik von *Durig* nach wie vor aktuell und eine Aussonderung von Buchgeld über die Vermengungsregeln unerklärlich sei.

Die nie widerlegte Kritik von *Durig* ist uneingeschränkt zu teilen. Körperliche Sachen in einem Verhältnis sind eben nicht dasselbe wie Forderungen gegen einen Dritten. Es wechselt nicht nur die Form des Geldes, es wechselt die Identität der Sache. Dabei ist nicht das Problem, wie Bargeld zu Buchgeld wird, dieser

---

37 Unklar bleibt die Position von *Bartsch/Pollak*<sup>3</sup> II (1937) 252 FN 7, die die Entscheidung im Ergebnis für richtig, in der Begründung aber für falsch halten, freilich ohne eine taugliche Begründung für das Ergebnis mitzuliefern. Dieser Kommentar steht in Zusammenhang mit dem Hinweis, dass Geld nur ausgesondert werden könne, wenn das Eigentum daran nicht nach § 371 ABGB untergegangen sei. „*Ein Einlagebuch ist keine Geldsumme, es kann daher ausgesondert werden, dagegen nicht das daraus behobene, mit anderem Geld des Schuldners vermengte Geld*“.

38 *Durig*, Anm zu 1 Ob 1014/28, ZBl 1929, 287.

39 *Klang* in *Klang*, ABGB<sup>2</sup> II (1950) 233.

40 Vgl allerdings 2 Ob 504/54.

41 *Gamauf*, JAP 1997/98, 220 f, insb in FN 76.

42 *Holzner*, Anm zu OGH 31. 8. 1994, 8 Ob 4/94 JBl 1995, 522; *ders* in *Kletecka/Schauer*, ABGB ON § 371 Rz 4.

43 *Schulyok* in *Konecny/Schubert*, Kommentar zu den Insolvenzgesetzen (14.Lfg, 2002) § 44 Rz 16.

Vorgang erschöpft sich in der Einzahlung. Die Frage ist vielmehr, wie dabei die Massefremdheit gewahrt bleiben soll, die notwendige Voraussetzung jeder Aussonderung ist.

Bei der Einzahlung fremden Geldes auf das Konto des späteren Gemeinschuldners sind die Geldscheine ursprünglich natürlich nicht dem Gemeinschuldner zugeordnet, sie könnten ohne weiteres ausgesondert werden, wenn es nicht schon zum Eigentumserwerb des Gemeinschuldners durch Vermengung gekommen ist. Mit der Einzahlung des Geldes erlischt das Eigentum daran jedoch jedenfalls durch originären Erwerb der Bank. Wäre dieser Erwerb bloß ein originärer Erwerb durch Vermengung, käme es immerhin zu Bereicherungsansprüchen (§ 1041 ABGB) gegen die Bank.<sup>44</sup> Die hA zu § 371 ABGB führt aber in aller Regel zum gutgläubigen Erwerb der Bank, da einerseits nur grobe Fahrlässigkeit schadet<sup>45</sup> und andererseits auf das Vorliegen einer der drei Alternativvoraussetzungen des § 367 ABGB verzichtet wird.<sup>46</sup> Damit scheidet Ansprüche gegen die Bank aus.

Reflex der Einzahlung des Geldes und damit des Eigentumserwerbs der Bank ist das Entstehen einer Forderung des Kontoinhabers gegen die Bank. Diese Forderung unterliegt aber nicht ohne weiteres ihrerseits der Aussonderung, setzt diese doch voraus, dass gerade der auszusondernde Vermögenswert – nicht nur das früher eingezahlte Geld – massefremd ist. Hier könnte ohne weiteres an das OLG Innsbruck angeknüpft werden, das gemeint hat, einem Anspruch auf Aussonderung der Forderung des Versicherten gegen die Sparkasse würde „im Wege stehen, daß [die Einlage] nur den Hinterleger berechtigt, die Rückgabe von Sachen gleicher Menge und Beschaffenheit zu begehren. Es würde sich daher nicht um die Aussonderung einer der Klägerin zustehenden Forderung, sondern einer in die Konkursmasse gehörigen Forderung handeln“.

Wer dennoch die Aussonderung der Forderung befürwortet, muss daher begründen, wieso auch sie massefremd sein, also vermögensrechtlich das Schicksal der Geldscheine teilen soll. Das dafür nötige sachenrechtlich wirksame Austauschen einer Sache durch eine andere wäre freilich nichts anderes als ein Fall drittwirksamer, also dinglicher Surrogation.<sup>47</sup> Während die schuldrechtliche Surrogation nur ein relatives Forderungsrecht auf das Surrogat (etwa beim stellvertretenden commodum) begründet, beschreibt *Manfred Wolf* als Wesensmerkmale der dinglicher Surrogation: „(1) die dingliche Rechtslage findet am Ersatzgegenstand ihre Fortsetzung; (2) diese Fortsetzung erfolgt kraft Gesetzes ohne Rücksicht auf abweichende Willenserklärungen; (3) der Erwerb vollzieht sich

44 Vgl *Eccher* in *KBB*<sup>3</sup> § 371 Rz 2.

45 *Karner*, *Mobiliarerwerb* 397 f.

46 *Frotz*, *Gutgläubiger Mobiliarerwerb und Rechtsscheinprinzip*, in *FS Kastner* (1972) 153; *Iro*, *Besitzerwerb durch Gehilfen* (1982) 152; *Karner*, *Mobiliarerwerb* 397 f.

47 *Strauch*, *Mehrheitlicher Rechtsersatz* (1972) 21: es bestehe Einigkeit „die obligatorische von der dinglichen Surrogation zu scheiden und den Namen der dinglichen Surrogation den Fällen vorzubehalten, in denen ein absolutes Recht zugeordnet wird und nicht nur ein Anspruch darauf besteht“. Bisweilen findet sich auch das Begriffspaar der Surrogation im Innen- und Außenverhältnis (vgl *Kastner*, *Die Treuhand im österreichischen Recht*, *JBl* 1949, 423). In dieser Terminologie wäre die obligatorische Surrogation im Innenverhältnis angesiedelt und die absolut wirkende drittwirksam im Außenverhältnis.

*ohne Durchgangserwerb durch das Vermögen eines Dritten*.<sup>48</sup> Die Lösung der hier interessierenden Fälle hängt somit offenkundig maßgebend davon ab, ob nur *inter partes* – also obligatorisch – oder *erga omnes* – also absolut – surrogiert wird.

Ein allgemeines dingliches Surrogationsprinzip ist der österr Rechtsordnung aber fremd. Zwar wird in Einzelfällen von dinglicher Surrogation ausgegangen (zB in § 455 ABGB,<sup>49</sup> § 100 VersVG,<sup>50</sup> § 22 NotwegeG, § 34 EisbEG<sup>51</sup> und § 29 Abs 5 BStG<sup>52</sup>), allerdings kann dies nicht darüber hinwegtäuschen, dass der Gesetzgeber eine andere Grundsatzentscheidung getroffen hat, wie sich leicht am dinglichen Vollrecht Eigentum zeigt. So führt der Verkauf einer fremden Sache anerkannt nur zum Bereicherungsanspruch des Eigentümers gegen den Verkäufer, nicht aber zu einer Surrogation der durch Gutgläubenserwerb des Dritten untergegangenen Sache durch die Kaufpreisforderung oder den Kaufpreis.<sup>53</sup> Gäbe es eine Surrogation, hätte man auch die Rechtsfigur des „verlängerten Eigentumsvorbehalts“ nicht erfinden müssen, da bei einer Veräußerung des Vorbehaltsguts an dessen Stelle die Gegenleistung treten müsste. Neben dieser impliziten Ablehnung der Surrogation hat vor allem die Regelung der Ersatzaussonderung in § 44 Abs 2 IO besondere Aussagekraft. Werden aussonderungsfähige Sachen nach (!) Konkurseröffnung veräußert, kann das geleistete Entgelt ausgesondert werden. Werden solche Sachen hingegen vor der Konkurseröffnung veräußert, scheidet die Aussonderung. Schon daraus folgt zwingend, dass ein allgemeines Surrogationsprinzip der österr Rechtsordnung fremd ist. Es gibt auch keine Rechtfertigung, es für Geld einzuführen, da Geld sonst zu einer „Supersache“<sup>54</sup> würde, deren Schutz erheblich weiter ginge als bei sonstigen Sachen.

Das Buchgeldprivileg verwundert auch deshalb, weil der OGH ähnlichen insolvenzrechtlichen Begünstigungen sonst negativ gegenüber steht. So wird die Wertverfolgungslehre von *Wilburg* von der Rsp explizit abgelehnt.<sup>55</sup> Greift man mit der *Wilburg'schen* „Ringparabel“ auf ein Beispiel zurück, das den Gerechtigkeitsgehalt der Wertverfolgung demonstrieren soll, wird der Wertungswiderspruch offenkundig. *Wilburg* befürwortet – der OGH aber verneint – eine bevorzugte Befriedigung desjenigen, dessen Geld gestohlen und zur Anschaffung eines Ringes verwendet wird, aus diesem Ring. Obwohl die Rsp ein solches Privileg auf bevorzugte Befriedigung ablehnt, überholt sie *Wilburg* beim Buch-

---

48 Wolf, Prinzipien und Anwendungsbereich der dinglichen Surrogation, JuS 1975, 645.

49 Vgl *Oberhammer/Domej* in *Kletecka/Schauer*, ABGB ON § 455 Rz 6.

50 *Grassl-Palten*, Feuerversicherung und Realkredit (1992) 16 ff.

51 *Koch* in *KBB*<sup>3</sup> § 457 Rz 4.

52 Dies wäre für das NotwegeG, das EisBEG und das BStG freilich zu überprüfen. Die gesetzliche Formulierung legt das nicht zwingend nahe.

53 Zur Wertverfolgung s schon oben.

54 *Rabl*, ÖBA 2006, 581.

55 Dies mag erklären, warum *Wilburg* in einem Vortrag im Jahr 1973 – freilich durchaus anerkennend – von der einmaligen Kühnheit der Entscheidung gesprochen hat. Der OGH habe lediglich vergessen, „*daß gar nicht mehr das Geld, sondern bereits eine Forderung gegen die Sparkasse anstelle des Geldes da ist. Er hat dann den großen Satz ausgesprochen, daß das Geld bzw der Wert deutlich wirtschaftlich verfolgbar ist, und hat die Aussonderung gewährt*“, *Wilburg*, Die „Subsidiarität“ des Verwendungsanspruches, JBI 1992, 556.

geld sogar, indem sie dem Verkürzten eine Aussonderung wegen Massefremdheit gestattet.<sup>56</sup> Der BGH ist demgegenüber ungleich zurückhaltender.<sup>57</sup> Zutreffend bemerkt er bei der Einzahlung fremden Geldes auf ein Konto, dass das Aussonderungsbegehren sich „*allenfalls auf diejenigen Geldscheine richten könnte*“, die der Gemeinschuldner vom Gläubiger erhalten habe. „*Diese Banknoten befinden sich aber weder in der Masse, noch steht dem Kläger an ihnen jetzt noch ein Recht [...] zu*“.<sup>58</sup> Sein Eigentum habe er durch die Einzahlung der Geldscheine verloren, damit scheide die Aussonderung jedenfalls aus.<sup>59</sup>

Die Massefremdheit von Buchgeld setzt daher voraus, dass die Forderung gegen die Bank nach allgemeinen Regeln nicht dem Gemeinschuldner zusteht. Die österr Rechtsordnung kennt kein allgemeines Surrogationsprinzip, das dies bewerkstelligen könnte. So reduzieren sich die Fälle, in denen eine Aussonderung von Buchgeld in Betracht kommt, erheblich. Zu denken ist daher vor allem an zwei Konstellationen:<sup>60</sup> Einerseits das Bestehen einer Treuhandbindung, andererseits, dass der Erwerb der Forderung gegen die Bank den Tatbestand des § 44 Abs 2 IO erfüllt, also eine Ersatzaussonderung zusteht.<sup>61</sup>

#### IV (Ersatz-)Aussonderung trotz Kontokorrent?

Die Frage, ob eine Forderung massefremd ist, ist nur das erste Problem. Überprüfungsbedürftig ist auch, ob die Forderung, die durch eine Gutbuchung auf einem Konto entsteht, überhaupt selbständig ausgesondert werden kann. Schwierigkeiten könnte das bei Girokonten bereiten, die in „laufender Rechnung“, also im Kontokorrent geführt werden.

Das Problem der Selbständigkeit des Aussonderungsobjektes hat unabhängig davon Bedeutung, ob man der hA in Österreich zum „Formwechsel“ folgt oder – wie hier – ihre Unhaltbarkeit vertritt. Folgt man ihr, könnte eine fehlende Selbständigkeit der auf das Konto eingestellten Forderung den Aussonderungsanspruch dennoch zunichte machen. Lehnt man sie ab, hätte die Frage der Selbständigkeit trotzdem Bedeutung, da nach einhelliger Rsp und ganz überwie-

56 *Rabl*, ÖBA 2006, 581.

57 Einen Überblick gibt *Liesecke*, Das Bankguthaben in Gesetzgebung und Rechtsprechung, WM 1975, 216; BGHZ 21, 148, 150 = WM 1956, 1129 (Einzahlung eines Verkaufserlöses auf ein Sonderkonto); BGHZ 23, 307, 316 (zur Einziehung einer fremden Forderung).

58 BGHZ 58, 257, 258.

59 Zu bedenken ist allerdings, dass die Ersatzaussonderung nach § 48 InsO in Deutschland einen weiteren Anwendungsbereich hat als in Österreich nach § 44 Abs 2 IO. § 48 InsO erfasst auch die Veräußerung massefremder Gegenstände vor Insolvenzeröffnung, vgl zum Verhältnis zur Vorgängerbestimmung des § 46 dKO *Henckel* in *Jaeger*, InsO § 48 Rz 1.

60 Vgl die berechtigt zurückhaltende Position von *Rabl*, ÖBA 2009/1534 (227) zur Fehlüberweisung.

61 Über das Ziel hinausschießen würde man hingegen, wenn man wie *Schulyok* in *Konecny/Schubert*, KO § 44 Rz 16 für eine Aussonderung verlangt, dass ein „*Jediglich auf einem Forderungsrecht gründender Aussonderungsanspruch nur Bestand haben kann, wenn der Kontoinhaber selbst im Falle der Insolvenz der kontoführenden Bank bezüglich dieses Kontos einen Aussonderungsanspruch hätte*“. Dagegen auch *Rabl*, ÖBA 2006, 580.

gender Lehre auch die Ersatzaussonderung das Bestehen eines individualisierbaren Anspruchsgegenstandes verlangt,<sup>62</sup> sodass sich das Problem auf einer anderen Ebene wieder stellt.

## A Wesen und Funktion des Kontokorrent

### 1 Grundkonzept

Vereinbaren die Parteien ein Kontokorrentverhältnis, sollen die aus einer Geschäftsverbindung entstehenden beiderseitigen Ansprüche samt Zinsen nicht einzeln geltend gemacht, sondern in regelmäßigen Zeitabschnitten verrechnet werden, wobei sich ein Saldo zugunsten einer Partei ergibt.<sup>63</sup> Dieser am Ende jeder Abrechnungsperiode gezogene Saldo kann (selbständig) geltend gemacht werden, wenn er nicht als neuer Rechnungsposten in die nächste Periode vorge-tragen und so neuerlich in das Kontokorrent eingestellt wird.

Indem den Parteien erspart wird, einzelne Geschäftsfälle auch gesondert abzuwickeln, bezweckt das Kontokorrent vor allem eine Vereinfachung und Vereinheitlichung durch die Zusammenfassung der Abrechnung und Verringerung von Zahlungsflüssen.<sup>64</sup> Sobald sich Forderungen gegenüber stehen, ergibt sich eine der Aufrechnung ganz ähnliche Situation, sodass jede Partei im Umfang des Bestehens von Gegenforderungen gesichert ist. Da die Kontokorrentvereinbarung dazu verpflichtet, bis zu ihrer Beendigung weitere Forderungen einzubringen, ist auch eine Verrechnung mit zukünftigen Forderungen gegen zukünftige Verbindlichkeiten möglich,<sup>65</sup> das Kontokorrentverhältnis bewirkt also eine weitgehende Sicherung der Teilnehmer.<sup>66</sup>

---

62 Für Österreich: OGH SZ 32/161; SZ 52/154; SZ 72/211; SZ 73/39; EvBl 2000/103; *Schulyok in Konecny/Schubert*, KO § 44 Rz 73.

Für Deutschland: BGHZ 58, 257, 260; *Gerhardt*, Der Surrogationsgedanke im Konkursrecht – dargestellt an der Ersatzaussonderung, KTS 1990, 1 ff; *Ganter in MüKo, Inso*<sup>2</sup> (2007) § 48 Rz 5. Bei der Ersatzaussonderung – und damit richtig verortet – beschäftigt diese Frage auch die dt Diskussion.

63 Zur Entwicklungsgeschichte *Schermer*, Wandlungen im Bild des Kontokorrents, in FS Bärmann (1975) 171 ff.

64 *Hefermehl in Schlegelberger*, HGB<sup>5</sup> (1982) § 355 Rz 2; *Canaris in Staub*, Großkommentar HGB<sup>4</sup> (2004) § 355 Rz 3 f.

65 *Canaris in Staub*, Großkommentar HGB<sup>4</sup> § 355 Rz 6 f; *Apathy in Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht<sup>2</sup> II (2008) Rz 2/2. Siehe auch *Kalss/Schauer*, Allgemeines Handelsrecht (2002) Rz 9/40; *Grundmann in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn*, Handelsgesetzbuch<sup>2</sup> (2009) § 355 Rz 3.

66 Die Diskussion um das Bestehen einer Kreditierungsfunktion kann hier dahinstehen. Anerkannt dürfte sein, dass das Kontokorrent keine grundsätzliche Kreditierungsfunktion hat, dass aber der Umstand, dass meist kein sofortiger Ausgleich eines allfälligen Debetsaldos erfolgen soll, eine gewisse Kreditierung beim Kontokorrent mit sich bringt, vgl *Hefermehl in Schlegelberger*, HGB<sup>5</sup> § 355 Rz 7; *Canaris in Staub*, Großkommentar HGB<sup>4</sup> § 355 Rz 7 f, 10; *Langenbacher in MüKo*, HGB<sup>2</sup> (2009) § 355 Rz 6; anders etwa noch RGZ 22, 148 und *Grünhut in Endemann*, Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts III (1885) 936, bei dem das Kontokorrent als Kreditgeschäft und „*juristischer Ausdruck des besonderen Bedürfnisses der Handelswelt nach Kredit*“ (937) geführt wird.

Das Kontokorrent kann seine Funktionen, alle kontokorrentzugehörigen<sup>67</sup> Forderungen zwischen zwei Personen aus Gründen der Einfachheit zusammenzufassen, einheitlich zu behandeln und abzurechnen, sowie eine Sicherheit zu bieten, allerdings nur unter gewissen Voraussetzungen erfüllen:<sup>68</sup> Die kontokorrentzugehörigen Forderungen müssen auch tatsächlich in die offene Rechnung eingestellt und dort – wie *Julius von Gierke* formuliert hat – „gelähmt“ werden.<sup>69</sup> Der Gläubiger kann über die Forderung auf Grund dieser kontokorrentrechtlichen Lähmung nicht isoliert verfügen.<sup>70</sup> Das heißt insb, dass er sie nicht abtreten oder verpfänden darf,<sup>71</sup> sogar eine exekutive Pfändung ist ausgeschlossen.<sup>72</sup> Die Lähmung der kontokorrentgebundenen Forderung wirkt absolut,<sup>73</sup> die teilweise Abschwächung der Wirkung von Verfügungsbeschränkungen durch § 1396a ABGB<sup>74</sup> hat daran nach dem eindeutigen Willen des Gesetzgebers nichts geändert.<sup>75</sup>

## 2 Kontokorrent und Girokonto

Die Beurteilung der Auswirkungen des Kontokorrent auf die Aussonderung von Buchgeld fällt aus verschiedenen Gründen überaus schwer. Zunächst ist das Kontokorrent ein Kind seiner Zeit, das Kaufleuten im 19. Jahrhundert zweifellos gute Dienste geleistet und ihnen erspart hat, viele Geschäftsfälle einzeln abzurechnen und gesondert zu bezahlen. Die Zeiten haben sich allerdings geändert, Zahlungen müssen nicht mehr mit der Kutsche überbracht werden, das händische Führen langer Buchungsblätter ist obsolet geworden, das Ziehen tagesaktueller Salden fällt computerbedingt ganz leicht und konterkariert – anders als vor 200 Jahren – das Wesen der beabsichtigten Geschäftsbeziehung nicht mehr. Wo damals aufwendige Rechenarbeit schon für die Kapitalposten notwendig war – zu der dann noch Verzinsungen hinzukamen –, reicht heute ein Knopfdruck.

67 Dazu *Canaris* in *Staub*, Großkommentar HGB<sup>4</sup> § 355 Rz 76 ff. Man spricht auch von Kontokorrentpflicht und Kontokorrentgebundenheit.

68 *K. Schmidt*, Handelsrecht<sup>5</sup> (1999) § 21 III 1 (621 ff).

69 *J. v. Gierke*, Handelsrecht und Schifffahrtsrecht<sup>7</sup> (1955) § 63 IV 3 (496).

70 *Canaris* in *Staub*, Großkommentar HGB<sup>4</sup> § 355 Rz 47, 10; *Hefermehl* in *Schlegelberger*, HGB<sup>5</sup> § 355 Rz 32.

71 *Canaris* in *Staub*, Großkommentar HGB<sup>4</sup> § 355 Rz 47; *Hefermehl* in *Schlegelberger*, HGB<sup>5</sup> § 355 Rz 33.

Zum Geltungsgrund im österr Recht *P. Bydlinski*, Sittenwidrigkeit des Ausschlusses der Forderungsabtretung, ÖBA 1995, 858; *P. Bydlinski/Vollmaier*, Die gesetzliche Entschärfung vertraglicher Abtretungsverbote und Abtretungsausschlüsse (§ 1396a ABGB), JBI 2006, 218 f.

72 *Dullinger* in *Jabornegg/Artmann*, UGB<sup>2</sup> (2010) § 355 Rz 10; § 357 Rz 1. Möglich ist schon auf Grund gesetzlicher Anordnung die Pfändung des Saldos, § 357 UGB.

73 Ausführlich *P. Bydlinski*, ÖBA 1995, 858; *Dullinger* in *Jabornegg/Artmann*, UGB<sup>2</sup> § 355 Rz 10.

74 Vgl *Lukas* in *Kletecka/Schauer*, ABGB ON § 1396a Rz 7ff; *Neumayr* in *KBB*<sup>3</sup> § 1396a Rz 2 f.

75 EBRV 861 BlgNR 22. GP 4; *Lukas*, (Neu-)Regelung des Zessionsverbots, ÖBA 2005, 703 (705); *P. Bydlinski/Vollmaier*, JBI 2006, 218 f; *Dullinger* in *Jabornegg/Artmann*, UGB<sup>2</sup> § 355 Rz 10. Dasselbe gilt in Deutschland trotz § 354a HGB; zum damit allenfalls einhergehenden Umgehungsproblem *K. Schmidt* in *MüKo*, HGB<sup>2</sup> § 354a Rz 33.

Die jederzeitige rechnerische Verfügbarkeit des „Kontostandes“ relativiert allerdings auch die geradezu mystische Bedeutung der Saldofeststellung, also des Verrechnungsvorgangs am Ende der jeweiligen Rechnungsperiode. Der durchschnittliche Bankkunde wird zwischen dem Tagessaldo als buchtechnischem Postensaldo, dem kausalen Saldo als Ergebnis der Verrechnung und dem abstrakten Saldo als Ergebnis der Anerkennung des kausalen Saldos vermutlich keinen großen Unterschied sehen. Das verwundert auch nicht. Soll beim klassischen Kontokorrent erst nach der Saldofeststellung eine Geltendmachung des Guthabens möglich sein, findet beim Bankkonto entgegen der ursprünglichen Idee des Kontokorrents – wenn auch nur buchmäßig – eine ständige Saldo-berechnung statt, deren Ergebnis auch noch jederzeit verfügbar sein soll.<sup>76</sup> Das moderne Bankkonto ist daher – aus der Perspektive der ursprünglichen Kontokorrentidee – reichlich atypisch.

## **B Aussonderungshindernisse**

Trotz der fehlenden Typizität des Bankkontos kann aber nicht geleugnet werden, dass auch beim Buchgeld jedes der Wesensmerkmale des Kontokorrent, nämlich „*die Unselbständigkeit der Forderungen und Leistungen, die Verrechnung und die Saldoanerkennung*“<sup>77</sup> der Aussonderung von kontokorrentzugehörigen Forderungen entgegenstehen könnte. Wenn eine kontokorrentgebundene Forderung ihre Selbständigkeit verliert und zum bloßen Abrechnungsposten wird, könnte eine Aussonderung der Forderung schon daran scheitern, dass es nichts mehr auszusondern gibt. Selbst wenn das nicht der Fall sein sollte, wäre eine Aussonderung durch die Verrechnung und Saldoziehung gefährdet.<sup>78</sup>

### **1 Österreich**

Trotz der Vielzahl an potenziellen Aussonderungshindernissen wurde dem Kontokorrent im Insolvenzrecht unter dem spezifischen Blickwinkel der Aussonderung in Österreich bisher kaum Beachtung geschenkt.<sup>79</sup> *Rabl* weist allerdings darauf hin, dass maßgebend sei, ob das Kontokorrentverhältnis die Aussonderung ausschliesse, weil kein abtretbares Recht mehr vorhanden sei.<sup>80</sup> Dazu knüpft er an die dt Diskussion an, die maßgebend durch den BGH bestimmt war.

### **2 Deutschland**

Die Rsp hat sich in Deutschland mit den Problemen des Kontokorrent nämlich sehr ausführlich beschäftigt. Der BGH behandelt ausschließlich die Ersatzaussonderung, in Deutschland wurde ja zutreffend erkannt, dass mangels außenwirksamer Surrogation eine Aussonderung im eigentlichen Sinn nicht möglich ist. Allerdings bedarf es für die Ersatzaussonderung als Form der Aussonderung wie

---

76 *Hefermehl* in *Schlegelberger*, HGB<sup>5</sup> § 355 Rz 51.

77 *Canaris* in *Staub*, Großkommentar HGB<sup>4</sup> § 355 Rz 58.

78 BGHZ 58,257, 260. Vgl auch *Häde*, KTS 1991, 374; *Rabl*, ÖBA 2006, 583.

79 Vgl zum häufiger diskutierten Problem der Anfechtung hingegen *Rebernik*, Konkursanfechtung des Kontokorrentkredites (1998) und *Widhalm*, Kontokorrentkredit und Konkursanfechtung (2001).

80 Vgl aber *Rabl*, ÖBA 2006, 583 f; *dens*, Anm zu ÖBA 2009/1534 (228).

bereits erwähnt nach ganz hA ebenfalls einer selbständigen Sache,<sup>81</sup> sodass sich dieselben Probleme stellen, auf die die hA auch in Österreich bei gebührender Berücksichtigung der kontokorrentrechtlichen Besonderheiten stoßen müsste.

**a Keine Ersatzaussonderung bei Einzahlung fremden Geldes oder nach Veräußerung massenfremder Sachen**

Das Vorliegen einer aussonderungsfähigen Sache hat der BGH noch 1972 in einer dem Feuerversicherungsfall ähnlichen Konstellation verneint. Eine Ersatzaussonderung<sup>82</sup> nach der Einzahlung fremden Geldes scheitere jedenfalls daran, dass der Rückzahlungsanspruch, den der spätere Gemeinschuldner durch die Einzahlung des Geldbetrages erwirbt, „nach der Einstellung in das [...] Kontokorrent seine rechtliche Selbständigkeit als Einzelforderung verloren hatte und damit bei Konkurseröffnung ein abtretbares Recht auf die Gegenleistung nicht mehr bestand“.<sup>83</sup> Es entspreche gerade dem Wesen des Kontokorrents, „daß die in die laufende Rechnung aufgenommenen beiderseitigen Ansprüche und Leistungen durch Anerkennung des Saldos als Einzelforderung untergehen und den Beteiligten nur ein etwaiger Anspruch aus dem Saldoanerkenntnis als neue, auf selbständigem Verpflichtungsgrund beruhende, vom früheren Schuldgrund losgelöste Forderung verbleibt“.<sup>84</sup> Diese Linie verfolgte die Rsp auch bei der Veräußerung aussonderungsfähiger Gegenstände.<sup>85</sup>

**b Ersatzaussonderung nach Einziehung fremder Forderungen**

In auffallendem Widerspruch dazu stand stets die Rsp zur Einziehung fremder Forderungen auf ein Bankkonto.<sup>86</sup> In diesen Fällen bejahte der BGH eine Ersatzaussonderung auf den noch unterscheidbar in der Masse vorhandenen Leistungsgegenstand ohne besonderes Problembewusstsein und ohne Konfrontation mit seiner widersprechenden Judikaturlinie.<sup>87</sup> „Sollte die Zahlung [...] durch Überweisung auf ein Bank- oder Postscheckkonto des Konkursverwalters oder ein seiner Verfügung unterliegendes Konto der Gemeinschuldnerin ausgeführt

81 Siehe schon oben.

82 Eine Aussonderung verneint der BGH richtigerweise ohnehin, s schon oben.

83 Das sei beim Staffeltkontokorrent im Moment der Einstellung der Fall, sonst „spätestens mit Erstellung des periodischen Rechnungsabschlusses und dem entsprechenden Saldoanerkenntnis“.

84 BGHZ 58, 259 f = NJW 1972, 872. Der BGH meint in derselben Entscheidung, eine Ersatzaussonderung scheitere jedenfalls mit der Saldofeststellung.

85 Vgl die im Zuge eines großen Konkursverfahrens ergangenen „Barsortimenter-Entscheidungen“ OLG Köln, WM 1978, 146; OLG Stuttgart, WM 1978 149. Zum Barsortimenter-Fall vgl weiterführend *Serick*, Zur sicherungsrechtlichen Vorausabtretung der Schlussaldoforderung – eine grundsätzliche und überfällige konkursrechtliche Erörterung, BB 1978, 873; zustimmend zur restriktiven Rsp *Grundmann* in *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn*, Handelsgesetzbuch<sup>2</sup> § 355 Rz 31.

Anders hat die Rsp stets entschieden, wenn sich der Erlös auf einem Sonderkonto befand, vgl BGHZ 10, 376, 384; 30, 173; 139, 319.

86 Zur Einziehung einer fremden Forderung als Fall der Ersatzaussonderung *Gundlach*, Die „Veräußerung“ im Sinne des § 46 KO, KTS 1996, 508; *ders*, Notwendigkeit einer wirksamen Veräußerung für die Ersatzaussonderung, KTS 1997, 219.

87 Vgl auch den Befund bei *Gundlach*, Anm zu BGH 11. 3. 1999- IX ZR 164/98 DZWIR 1999, 336.

worden sein, so wären grundsätzlich die Unterscheidbarkeit und auch die Aussonderungsmöglichkeit zu bejahen“.<sup>88</sup>

### **c**      **Rechtsprechungswende „Turmdrehkran“**

Im Jahr 1999 hat der BGH seine Rsp allerdings im Turmdrehkranfall auf eine einheitliche Linie gebracht. Wenn die Rsp zur Einziehung fremder Forderungen „richtig ist, kann für die auf das Konkurskonto gezahlte Gegenleistung für einen sonstigen vom Konkursverwalter veräußerten Gegenstand nichts anderes gelten“.<sup>89</sup> Das ist für sich genommen nicht verwunderlich, könnte jedoch mit derselben Berechtigung auch umgekehrt behauptet werden. Wenn bei zwei widersprechenden Judikaturlinien eine stimmt, ist das bei der zweiten eben nicht der Fall. Was spricht aber gerade für die (ersatz-)aussonderungsfreundliche Lösung?

Bezüglich der Kontokorrentbindung distanzierte sich der BGH von seiner Vorentscheidung, weil „aus der Art und Weise, wie die sich aus Rechnungsabschluß und Saldoanerkennung regelmäßig ergebenden Rechtsfolgen begründet werden [...] nicht ohne weiteres Konsequenzen für die Lösung von Interessenkonflikten gezogen werden [dürfen], die bei der Aufstellung jener Regeln keine Rolle gespielt haben“. Das Recht auf Ersatzaussonderung könne nicht von dem abhängig gemacht werden, was zwischen Bank und Kunden vereinbart sei. Es sei kein wirtschaftlich vernünftiger Grund erkennbar, warum das auf ein Konto gelangte Geld, solange ein entsprechend hohes Guthaben vorhanden ist,<sup>90</sup> nicht dem Ersatzaussonderungsberechtigten gebühren solle.<sup>91</sup>

### **d**      **Unterstützung in der Lehre**

Die Rezeption dieser Entscheidung war überaus positiv.<sup>92</sup> *Gundlach*, dessen Konzept der BGH für seine Judikaturwende prominent aufgegriffen hatte, lobt, dass der BGH Wertungsgesichtspunkte über die rechtliche Konstruktion stellt und betont, dass Billigkeitsgesichtspunkte und die Intention des Gesetzgebers

---

88 BGH WM 1971, 71; WM 1989, 225 = ZIP 1989,118 = WuB VI B. § 46 KO 1.89 *Johlke*). Vgl auch schon RGZ 98, 143, 149 f, mit der Überlegung, die Individualisierbarkeit (im Rahmen von § 46 dKO, also der Ersatzaussonderung) großzügiger zu handhaben.

Sympathie für diese Überlegungen findet sich bei *Raiser*, Probleme des Versicherungs- und Konkursrechts zur Feuerversicherung sicherungsübereigneter Sachen, VersR 1954, 203 („soll dann wirklich eine (Ersatz-)Aussonderung daran scheitern, daß für diesen Betrag kein besonderes Konto geführt wird? Läßt sich nicht aus einem Bankguthaben jeder beliebige Teil jederzeit ‚sondern‘? Hier scheint ein Stück Rechtsrealismus abbaureif zu sein.“)

89 BGHZ 141, 116, 119 = EWiR § 46 KO 1/99 (707; *Canaris*) = WuB VI B. § 46 KO 1.00 (*Bitter*); LM § 46 KO Nr 23 (*Gerhardt*) = ZInsO 1999, 284 (*Krull*). Vgl ähnlich schon *Gundlach*, Die Unterscheidbarkeit im Aussonderungsrecht, DZWIR 1998, 18.

90 Hinter diesem Passus steckt die Einführung der sog Bodensatztheorie. Die Aussonderung ist danach nur bis zum niedrigsten zwischenzeitlichen Tagessaldo möglich, spätere Auffüllungen nützen dem Gläubiger dabei nicht, BGHZ 141, 116, 123 im Anschluss an *Gundlach*, DZWIR 1998, 18.

91 Als Grundlage für einen Rückgriff auf Einzelforderungen nannte der BGH insb § 356 HGB, nach dem eine Sicherheit, die für eine kontokorrentzugehörige Forderung bestellt worden ist, auch für den Saldo bestehen bleibt.

92 Vgl aber *Gerhardt*, Anm zu BGH 11. 3. 1999 – IX ZR 164/98 LMK 1999, 1357.

für den Schutz des ursprünglich Aussonderungsberechtigten sprächen.<sup>93</sup> Auch *Bitter* hat der „*begrüßenswerten*“ Entscheidung applaudiert, die es elegant vermeide, „*begriffsjuristisch aus den zu anderen Fragen [des Kontokorrents] entwickelten Streitgegenständen Schlußfolgerungen*“ zu ziehen. Würde man das Kontokorrent als Hindernis betrachten, hätten die Parteien es in der Hand, jede Ersatzaussonderung zu unterbinden.<sup>94</sup> Auch *Canaris* hat die neue Judikatur zumindest im Ergebnis gebilligt.<sup>95</sup>

## C Stellungnahme

Als mögliche kontokorrentbedingte Hindernisse einer (Ersatz-)Aussonderung haben sich einerseits schon das Einstellen in das Kontokorrent, andererseits die Verrechnung herausgestellt, der gern der salvatorische Annex hinzugefügt wird, sie hindere die Aussonderung „*jedenfalls*“ oder „*spätestens*“. Noch später als die Verrechnung erfolgt nur noch das Saldoanerkennnis, das seinerseits einer Aussonderung im Weg stehen könnte.

### 1 Grundsätzliche Beachtlichkeit kontokorrentrechtlicher Figuren

All diese Hindernisse überwindet, wer wie *Canaris* meint, die Ersatzaussonderung solle nicht „*auf Grund von Absonderlichkeiten der kontokorrentrechtlichen Dogmatik*“ scheitern.<sup>96</sup> Besonders instruktiv ist auch die Mahnung von *Bitter*, man möge es nicht der Disposition der am Kontokorrent Beteiligten überlassen, eine Ersatzaussonderung zu verhindern.

Beide Kritikpunkte sind indes nicht zu teilen. Dass das Kontokorrent an sich absonderlich ist, mag schon zutreffen; es würde in der heutigen Zeit so wohl auch nicht mehr entstehen. Man könnte daher auch durchaus nachvollziehen, wenn die Änderung der teleologischen Grundlagen zu einer restriktiven Interpretation führte und das Kontokorrent als „Fremdkörper“ empfunden würde, der keine Aussonderungsrechte zunichte machen sollte. Der österr Gesetzgeber hat

93 *Gundlach* vertritt die Meinung, dass das Kriterium der Unterscheidbarkeit grundsätzlich anders zu beurteilen sei, weil der Gesetzgeber durch § 46 KO „*ohne Einschränkung*“ eine Bereicherung der Masse ausgleichen wollte, DZWIR 1998, 16.

94 *Bitter*, Anm zu BGH 11. 3. 1999 – IX ZR 164/89, WuB VI B. § 46 KO 1.00.

95 Einer von *Canaris*' Kritikpunkten war, dass der BGH auf § 356 HGB Bezug genommen hat, um den Zugriff auf Einzelforderungen zu argumentieren. § 356 HGB, dem § 356 UGB entspricht, regelt das Schicksal von für Einzelforderungen bestellten Sicherheiten und normiert, dass trotz der Einstellung in ein Kontokorrentverhältnis „der Gläubiger durch die Anerkennung des Rechnungsabschlusses nicht gehindert wird, aus der Sicherheit insoweit Befriedigung zu suchen, als sein Guthaben aus der laufenden Rechnung und die Forderung sich decken“. Tatsächlich erscheint die Vorgehensweise nicht stringent. Der BGH verwirft einerseits eine Argumentation aus spezifisch kontokorrentrechtlichen Überlegungen zur Verrechnung und Saldoanerkennung, die zur Unzulässigkeit der Ersatzaussonderung führen würde, weil diese Regeln andere Interessenkonflikte im Auge hätten. Andererseits stützt er den Rückgriff auf Einzelforderungen – als Voraussetzung für die Ersatzaussonderung – auf ein spezifisch kontokorrentrechtliches Problem, nämlich das Schicksal der Sicherheiten, bei dem zweifellos auch andere Interessenlagen als der Schutz eines Ersatzaussonderungsberechtigten im Vordergrund stehen.

96 *Canaris*, Anm zu BGH 11. 3. 1999 – IX ZR 164/98 EWIR 1999, 708.

jedoch das Kontokorrentverhältnis bei der rezenten Unternehmensrechtsreform nicht nur intakt gelassen, er hat den Anwendungsbereich sogar ausgeweitet<sup>97</sup> und die zentralen Rechtsfragen der Verrechnung und des Saldoanerkenntnisses – die zweifellos zu den besonders absonderlichen Rechtsfolgen zählen – ausführlich neu geregelt.<sup>98</sup> Dies – verbunden mit dem Umstand, dass Girokonten im Kontokorrent geführt werden und solche Verhältnisse schon deshalb praktisch extrem häufig sind<sup>99</sup> – macht es schwer, kontokorrentrechtliche Rechtsfiguren zu Nebensächlichkeiten zu degradieren. Da die §§ 355 ff UGB keine Rechtsquellen zweiter Klasse sind, können sie – auch wenn dies für den Gläubiger wünschenswert sein mag – nicht beiseite geschoben werden.

## 2 Kontokorrentgebundenheit als Aussonderungshindernis

Daher erweist sich auch die kontokorrentbedingte Lähmung der Forderung als Hindernis. Der Gesetzgeber hat klar zum Ausdruck gebracht, dass das Abtretungsverbot kontokorrentgebundener Forderungen absolut ist und gegenteilige Wertungen wie § 1396a ABGB keine Gültigkeit haben sollen.<sup>100</sup> Ist der gesetzgeberische Wille so deutlich erkennbar wie hier, kann er *de lege lata* nicht außer Betracht bleiben.

Daran ändert auch die Befürchtung nichts, die Rechte eines Dritten stünden dann zur Parteiendisposition. Dass das ohnehin der Fall ist, liegt nicht erst am Kontokorrent, sondern ist geradezu ein Wesensmerkmal der Ersatzaussonderung.<sup>101</sup> Nach § 44 Abs 2 IO und § 48 InsO hat der vormals Aussonderungsberechtigte Anspruch auf die Gegenleistung oder auf das Recht auf die Gegenleistung. Ist der Anspruch auf ein Recht gerichtet, ist der Ersatzaussonderungsberechtigte der Parteiendisposition notwendig ausgeliefert. Gibt es eine sehr späte Fälligkeit oder eine sehr kurze Verjährung, ist das Recht einredebehaftet oder kann es durch Aufrechnung beseitigt werden, immer muss es der Dritte so nehmen, wie es eben ist. Es ist daher in Deutschland in Lehre und Rsp sogar explizit anerkannt, dass ein gültiges Abtretungsverbot (§ 399 BGB)<sup>102</sup> auch die Abtretung des Anspruchs auf die noch ausstehende Gegenleistung nach § 48 InsO hindert.<sup>103</sup> Der BGH führt selbst zutreffend aus, die Ersatzaussonderung setze die Übertragbarkeit der Forderung voraus, könne sie aber nicht erst herbeiführen.<sup>104</sup> Warum das beim Kontokorrent anders sein soll, ist nicht ersichtlich

---

97 Schauer in *Krejci*, Reformkommentar (2007) § 355 UGB Rz 1.

98 Dullinger in *Jabornegg/Artmann*, UGB<sup>2</sup> § 355 Rz 1, 15 ff, 25 ff.

99 Zur Unterstellung des Bankkontokorrents unter die §§ 355 ff HGB s *Gamerith* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht<sup>4</sup> I (2000) § 20 Rz 11.

100 Siehe schon oben.

101 Dasselbe gilt auch im rechtsgeschäftlichen Bereich, vgl zu Kontokorrent und verlängertem Eigentumsvorbehalt *Flume*, Der verlängerte und erweiterte Eigentumsvorbehalt, NJW 1950, 848.

102 Zu dessen Einschränkung im unternehmerischen Bereich s § 354a dHGB.

103 BGHZ 56, 228, 233 ff = NJW 1971, 1750; *Ganter* in MüKo, InsO<sup>2</sup> § 48 Rz 50 ff.

104 BGHZ 56, 228, 233 = NJW 1971, 1750. Ist das der Fall und weiß der Insolvenzverwalter schon von diesem Umstand, muss er die Gegenleistung bei Fälligkeit allerdings unterscheidbar verwahren, vgl *Dieckmann*, Zur Reform des Ersatzaussonderungsrechts, in FS Henckel (1995) 98 f; *Ganter* in MüKo, InsO<sup>2</sup> § 48 Rz 52.

und konnte der BGH auch nicht erklären.<sup>105</sup> Bei aufrechem Kontokorrent scheidet die (Ersatz-)Aussonderung einer kontokorrentzugehörigen Forderung daher an der Lähmung der Forderung und damit an einem übertragbaren Aussonderungsobjekt.

### 3 Auswirkungen der Verrechnung

Wie erwähnt dient die Lähmung der Forderungen den Zwecken der Vereinfachung der Abwicklung, der Sicherung des Kontokorrentpartners bis zur Verrechnung und der anschließenden Vereinheitlichung der Forderungen in einer Saldoforderung. Da die Eröffnung des Insolvenzverfahrens das Kontokorrentverhältnis nach hA aber beendet,<sup>106</sup> kommt es durch sie zur Verrechnung und Bildung eines (kausalen) Saldos.

#### a (Ersatz-)Aussonderung nach Verrechnung

Vom Vorgang der Verrechnung erwartet der unbefangene Betrachter keine besonders anspruchsvollen Rechtsfragen, sondern allenfalls, dass die Forderungen so weit erlöschen, wie es durch eine Saldierung möglich ist und dass das Ergebnis dieser Überschussrechnung als „Saldo“ eingefordert werden kann. Tatsächlich hat der Verrechnung beim Kontokorrent aber immer die meiste Aufmerksamkeit gegolten. Sie war die längste Zeit fast von einer gewissen Aura des Geheimnisvollen umgeben,<sup>107</sup> ihr Verständnis wurde zusätzlich kompliziert, dass die Verrechnung oft mit der Wirkung des Anerkenntnisses des Verrechnungsergebnisses vermischt wird, obwohl es sich dabei um zwei Vorgänge handelt, die zu trennen sind.<sup>108</sup> Die Verrechnung hat Tilgungswirkung und führt zum kausalen Saldo, erst ein Anerkenntnis dieses Saldos erzeugt den abstrakten Saldo.

Zunächst ist zu klären, ob die Verrechnung für sich genommen einer Aussonderung entgegensteht. Lange war heftig umstritten, wie sie erfolgen und damit, wie sich der kausale Saldo zusammensetzen sollte.<sup>109</sup> Zahlreiche Anhänger hat die Theorie der verhältnismäßigen Gesamtaufrechnung.<sup>110</sup> Gleichen sich die Soll- und Habenposten nicht aus, werden nach dieser Auffassung die Posten der größeren Seite in dem Verhältnis getilgt, in dem die Summe der Forderungen dieser Seite im Verhältnis zur Summe der Forderungen der kleineren Seite steht.

105 Vgl auch die Zweifel von *Gerhardt*, LMK 1999, 1357.

106 *Hefermehl* in *Schlegelberger*, HGB<sup>5</sup> § 355 Rz 98 ff; *K. Schmidt*, Handelsrecht<sup>5</sup> § 21 VI (639); *Gamerith* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht<sup>4</sup> § 20 Rz 11, § 21 Rz 45.

107 Vgl *Canaris* in *Staub*, Großkommentar HGB<sup>4</sup> § 355 Rz 117.

108 Vgl *Dullinger* in *Jabornegg/Artmann*, UGB<sup>2</sup> § 355 Rz 15; *Langenbacher* in *MüKo*, HGB<sup>2</sup> § 355 Rz 77.

109 Vgl ausführlich *Canaris* in *Staub*, Großkommentar HGB<sup>4</sup> § 355 Rz 117 ff; *Hefermehl* in *Schlegelberger*, HGB<sup>5</sup> § 355 Rz 53 ff; *K. Schmidt*, Handelsrecht<sup>5</sup> § 21 IV (625 f) *Langenbacher* in *MüKo*, HGB<sup>2</sup> § 355 Rz 78 ff. Für Österreich: *Apathy* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht<sup>2</sup> II Rz 2/27 ff; *Rebernick*, Konkursanfechtung des Kontokorrentkredites Rz 40 f; *Widhalm*, Kontokorrentkredit und Konkursanfechtung 133 ff.

110 Vgl RGZ 56, 19; 32, 218; BGHZ 49, 24; *Hefermehl* in *Schlegelberger*, HGB<sup>5</sup> § 355 Rz 54; die Theorie wird heute noch etwa von *Hadding/Häuser* in *MüKo*, HGB<sup>2</sup> Zahlungsverhältnisse Rz A 221 vertreten.

Es bleiben sohin alle Forderungen der summenmäßig größeren Seite existent, sie werden aber alle quotal gekürzt.<sup>111</sup> Da der kausale Saldo sich nach dieser Ansicht aus allen Einzelforderungen zusammensetzt, wird häufig auch von der Mosaiktheorie gesprochen. Gegenüber diesem Verrechnungsmodell wird die erfreuliche Einfachheit des Staffekontokorrents betont, die sobald sich zwei Posten verrechnungsfähig gegenüberstehen, eine Saldierung annimmt.<sup>112</sup>

Der österr Gesetzgeber hat sich im Zuge der UGB-Reform in § 355 Abs 3 UGB für ein drittes Modell entschieden.<sup>113</sup> Die Verrechnung soll nach den allgemeinen Tilgungsregeln der §§ 1415 f ABGB erfolgen.<sup>114</sup> Es kommt danach zur (gänzlichen) Tilgung der gesetzlich bestimmten Forderungen soweit die Gegenforderungen reichen, die übrigen Forderungen bleiben zur Gänze bestehen. Da § 1415 ABGB explizit den Primat der Parteienvereinbarung anordnet,<sup>115</sup> ist für Bankkonten zu prüfen, ob die Allgemeinen Bedingungen für Bankgeschäfte (ABB) Abweichendes normieren. Denkbar wäre insb die Vereinbarung eines Staffekontokorrents, das nach manchen das Bankkonto geradezu charakterisiert.<sup>116</sup> Eine solche Vereinbarung sehen die ABB allerdings nicht vor. Z 61 modifiziert die gesetzlichen Tilgungsregeln beim Kontokorrent nur ganz grundsätzlich zugunsten der Bank dahingehend, dass zuerst ungesicherte Forderungen erlöschen sollen.<sup>117</sup> Diese Vereinbarung wird gemeinhin als unproblematisch erachtet. Ein gewichtiges Indiz dafür, dass sie nicht als gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB angesehen werden kann, liegt in § 366 Abs 2 BGB, der eine solche Reihenfolge ebenfalls vorsieht.<sup>118</sup>

Der kausale Saldo besteht nach der vom UGB gewählten Verrechnungsmethode aus allen nicht getilgten Forderungen, wobei es natürlich möglich ist, dass Forderungen nur teilweise getilgt werden.<sup>119</sup> Da der kausale Saldo somit nur ein Bündel von Einzelforderungen ist, bildet er noch keine selbständige, einheitliche Forderung,<sup>120</sup> er ist vielmehr einfach das, was „unterm Strich“ als Ergebnis der Rechnung steht. Dementsprechend wäre wenn einerseits Massefremdheit vorliegt und andererseits die Kontokorrentbindung einer Übertragung nicht (mehr) im Wege steht die (Ersatz-)Aussonderung einer solchen Forderung möglich.<sup>121</sup> Dass sie im kausalen Saldo enthalten ist, stört nicht.

111 Ein instruktives Beispiel findet sich bei *Langenbacher* in MüKo, HGB<sup>2</sup> § 355 Rz 78.

112 Vgl *Langenbacher* in MüKo, HGB<sup>2</sup> § 355 Rz 78 ff, die aber betont, dass es für die Annahme eines Staffekontokorrents einen hinreichend deutlichen Parteiwillen brauche, und sonst die gesetzliche Tilgungsordnung anwenden will.

113 *Schauer* in *Krejci*, Reformkommentar § 355 UGB Rz 5.

114 Grundlegend für das österr Recht *F. Bydlinski* in *Klang*<sup>2</sup> IV/2 (1978) 683 ff; diesem folgend OGH JBI 1981, 256 (*F. Bydlinski*); für das dt Recht *Canaris* in *Staub*, Großkommentar HGB<sup>4</sup> § 355 143 ff, 155 ff (zur Anwendung der §§ 366, 396 BGB).

115 *Gschnitzer* in *Klang*<sup>2</sup> VI (1951) 386.

116 Vgl *J. Hager*, zu BGH 13.11.1997 – IX ZR 289/96 JR 1998, 421; dagegen *Canaris* in *Staub*, Großkommentar HGB<sup>4</sup> § 355 Rz 150.

117 Ausführlich *Iro* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht<sup>2</sup> I (2007) Rz 1/346; *Apathy* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht<sup>2</sup> II Rz 2/32 ff.

118 *Koziol* in *Iro/Koziol*, ABB (2001) Z 61 Rz 1.

119 Ausführlich zur Tilgungsregel *Reischauer* in *Rummel*<sup>3</sup> (2002) § 1416 Rz 11 ff.

120 *Schuhmacher* in *Straube*, UGB § 355 Rz 21; *Dullinger* in *Jabornegg/Artmann*, UGB<sup>2</sup> § 355 Rz 18; *Hadding/Häuser* in MüKo, HGB<sup>2</sup> ZahlungsV A 218.

121 Davon geht auch *Canaris* in *Staub*, Großkommentar HGB<sup>4</sup> § 355 Rz 249 aus.

### **b Aussonderung nach Saldoanerkennung**

Das Kontokorrent erfüllt seine Funktion nur dann bestmöglich, wenn die Saldoforderung vereinheitlicht und rechtlich verselbständigt wird. Dies vermag der bloß kausale Saldo nicht zu leisten, erst das Saldoanerkennnis erzeugt eine solche Vereinheitlichung und eine von den Überresten einzelner, kontokorrentzugehöriger Ansprüche befreite, unabhängige „Forderung auf Spitzenausgleich“<sup>122</sup> in Gestalt des abstrakten Saldos.

Die genauen Wirkungen des Saldoanerkennnisses waren indes stets umstritten. In Deutschland wird überwiegend von einem abstrakten Schuldanerkennnis ausgegangen,<sup>123</sup> in Österreich hat sich der OGH zur Ansicht angeschlossen, es handle sich dabei um ein deklaratives Anerkennnis mit antizipierter Novationsvereinbarung.<sup>124</sup> Die UGB-Reform hat sich gegen diese Lösung gewendet<sup>125</sup> und sieht nunmehr ein abgeschwächt abstraktes Schuldanerkennnis vor.<sup>126</sup> Diese Konstruktion wirft manche Fragen auf,<sup>127</sup> hier interessiert nur, ob die den kausalen Saldo bildenden Teilforderungen das abgeschwächt abstrakte Schuldanerkennnis „überleben“, da sonst das (Ersatz-)Aussonderungsobjekt in Gefahr wäre.

Für die Beurteilung dieser Frage kann auf klare Vorstellungen des Gesetzgebers zurückgegriffen werden. § 355 Abs 4 Satz 2 UGB spricht nämlich davon, dass der aus dem Saldo Berechtigte sich wenn ein festgestellter Rechnungsabschluss vorliegt „auch auf diesen berufen kann“. Daraus folgt zwanglos, dass der kausale Saldo das Saldoanerkennnis unbeschadet übersteht, da der Gläubiger sonst nicht die Wahl zwischen den Salden haben könnte. Nach dem Wunsch der Materialien soll der abstrakte Saldo nämlich nur neben den kausalen Saldo treten,<sup>128</sup> ihn aber nicht ersetzen oder ablösen. Daraus wird etwa zutreffend gefolgert, dass es dem Berechtigten frei steht, sich auf den höheren kausalen Saldo zu berufen, wenn der anerkannte Saldo zu niedrig ist.<sup>129</sup> Bleibt der kausale Saldo wie hier ausgeführt von der Anerkennung unberührt, gibt es auch nach dem Saldoanerkennnis die Möglichkeit, auf nicht getilgte Forderungen zurückzugreifen. Diese können dann bei Vorliegen der Voraussetzungen auch Gegenstand einer (Ersatz-)Aussonderung sein.<sup>130</sup>

122 *Langenbacher* in MüKo, HGB<sup>2</sup> § 355 Rz 88.

123 *K. Schmidt*, Handelsrecht<sup>5</sup> § 21 V (628 f); *Hefermehl* in *Schlegelberger*, HGB<sup>5</sup> § 355 Rz 43 ff; *Canaris* in *Staub*, Großkommentar HGB<sup>4</sup> § 355 Rz 175 ff.

124 OGH SZ 74/80 im Anschluss ua an *Apathy*, Das Saldoanerkennnis nach österreichischem Recht, ÖBA 1999, 679; aA zB *Schuhmacher* in *Straube*, HGB<sup>3</sup> § 355 Rz 31. Vgl zum Meinungsstand zum HGB ausführlich die erwähnte E sowie *Schauer* in *Krejci*, Reformkommentar § 355 UGB Rz 10.

125 Krit *Graf*, Bankgeschäfte und HGB-Reform, in *Harrer/Mader*, Die HGB-Reform in Österreich (2005) 79 ff.

126 EBRV 1058 BlgNR 22. GP 57.

127 Vgl *Dullinger* in *Jabornegg/Strasser*, UGB<sup>2</sup> § 355 Rz 28 ff.

128 EBRV 1058 BlgNR 22. GP 57.

129 *Graf* in *Harrer/Mader*, HGB-Reform 80; *Schauer* in *Krejci*, Reformkommentar § 355 UGB Rz 18; *Schuhmacher* in *Straube*, UGB § 355 Rz 28; *Apathy* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht<sup>2</sup> II Rz 2/46.

130 So auch *Canaris* in *Staub*, Großkommentar HGB<sup>4</sup> § 355 Rz 249.

## V Zusammenfassung der Ergebnisse

1. Die Aussonderung von Bargeld folgt sachenrechtlichen Regeln und ist somit Geldscheinaussonderung, da bestimmte Gegenstände, nicht nur Geldwerte ausgesondert werden. Eine Geldwertvindikation ist *de lege lata* nicht vorgesehen und *de lege ferenda* abzulehnen, da sie – neben der unvermeidlichen Masse-aushöhlung als Folge aller Vorrechte – zu einer grundlosen Bevorzugung des Geldeigentümers vor sonstigen Sacheigentümern führte.
2. Bei der Aussonderung von Bargeld nach sachenrechtlichen Regeln ist die Auswirkung einer Vermengung mit anderem Bargeld umstritten. Sieht man § 371 ABGB nur als prozessuale Norm, ist die Vermengung nur nach den §§ 414 ff ABGB zu beurteilen. Sieht man § 371 ABGB mit der hA als eigenständigen Erwerbstatbestand, führt die Vermengung von Bargeld je nachdem welcher Gedanke betont wird entweder zu Alleineigentum des Vermengenden (§ 371 ABGB) oder zu Quantitätseigentum (§ 415 ABGB).
3. Die Behandlung von Buchgeld als „Bargeld auf der Bank“ ist grundlegend verfehlt. Die Aussonderung von Buchgeld kann stets nur Aussonderung einer massefremden Forderung sein, niemals die Verfolgung eines (ehemals) massefremden Geldscheines. Aus der Einzahlung oder Einziehung fremden Geldes resultiert keine solche massefremde Forderung, da der österr Rechtsordnung ein allgemeines Surrogationsprinzip, das verschiedene Gegenstände drittwirksam austauschen würde, fremd ist. Die Massefremdheit bei Forderungen kann sich außer in Treuhandfällen insb dadurch ergeben, dass der Tatbestand der Ersatzaussonderung (§ 44 Abs 2 IO) erfüllt ist.
4. Forderungen, die kontokorrentzugehörig sind, können nicht abgetreten und damit auch nicht ausgesondert werden. Der Aussonderung steht die spezifisch kontokorrentrechtliche Lähmung der Forderung entgegen.
5. Die kontokorrentrechtliche Verrechnung erzeugt den kausalen Saldo, der sich aus den nach den Tilgungsregeln des ABGB ermittelten Forderungen ergibt, mit denen keine Gegenforderungen getilgt wurden. Der (Ersatz-)Aussonderung einer solchen Forderung steht die Verrechnung nicht entgegen.
6. Das Saldoanerkennnis ist seit der UGB-Reform ein abgeschwächt abstraktes Schuldanerkennnis. Nach dem Wunsch des Gesetzgebers bringt das Entstehen des abstrakten Saldos, der eine einheitliche Forderung darstellt, die dem kausalen Saldo zugrundeliegenden Einzelforderungen nicht zum Erlöschen. Beide Salden bestehen vielmehr neben einander, sodass auch nach einer Saldoanerkennung eine (Ersatz-) Aussonderung möglich bleibt.