

Herausgegeben von  
RA Hon.-Prof. Dr. Peter Csoklich  
em. o. Univ.-Prof. Dr. Peter Doralt  
Univ.-Prof. Dr. Anna Gamper  
Univ.-Prof. DDr. Christoph Grabenwarter, VPräs. des VfGH  
Univ.-Prof. Dr. Stefan Griller  
Univ.-Prof. Dr. Clemens Jabloner, Präsident des VwGH i. R.  
Univ.-Prof. Dr. Meinhard Lukas, Rektor der JKU  
Univ.-Prof. Dr. Susanne Reindl-Krauskopf  
em. o. Univ.-Prof. Dr. Peter Rummel  
Schriftleitung: Peter Rummel und Meinhard Lukas

# Juristische Blätter

Verlag Österreich

Motto: Veritas temporis filia, non auctoritatis

**Heft 5 Mai 2018 140. Jahrgang**

ISSN 0022-6912 JUBLA7 140 (5) 277-344 (2018)

Juristische Blätter 140, 277-285 (2018)  
<https://elibrary.verlagoesterreich.at>  
JBl 2018, 277

**JBl**

Univ.-Prof. Dr. **Bettina Nunner-Krautgasser**, Graz

## Zur Abtretbarkeit von Insolvenzanfechtungsansprüchen\*)

*Seit langem wird in Österreich – ganz anders als in Deutschland – nahezu einhellig die Auffassung vertreten, dass das Anfechtungsrecht iS der §§ 27 ff IO nicht abgetreten (und auch nicht durch Massegläubiger gepfändet) werden könne. Dieses Dogma von der Unabtretbarkeit insolvenzrechtlicher Anfechtungsansprüche bereitet allerdings praktische Schwierigkeiten, zumal eine Übertragung durchaus geeignet sein kann, die Abwicklung eines Insolvenzverfahrens zu erleichtern und zu beschleunigen. Im folgenden Beitrag wird daher analysiert, ob die gegen eine Abtretbarkeit vorgebrachten Einwände in dogmatischer Hinsicht überzeugen.*

**Deskriptoren:** Anfechtungsanspruch, Insolvenzanfechtungsanspruch, Anfechtungsmonopol, Anfechtungszweck, Insolvenzzweck, Befriedigungstauglichkeit, Ausscheidung, Abtretung, Zession, Gestaltungsrecht.

§§ 19, 20, 27, 37 Abs 1, § 39 Abs 1, §§ 41, 43, 119 Abs 5, §§ 138, 157i, 172 Abs 1 Z 1, § 189 IO; §§ 1, 12, 13 AnfO.

### Übersicht:

- A. Einleitung
- B. Meinungsstand in Österreich
- C. Meinungsstand in Deutschland
- D. Stellungnahme
  - I. Rechtsnatur des Anfechtungsanspruchs nach der IO und möglicher Gegenstand der Abtretung
  - II. Mögliche Bedenken gegen die Abtretbarkeit von Anfechtungsansprüchen
    - 1. Unabtretbarkeit wegen einer Akzessorietät des Anfechtungsanspruchs?
    - 2. Unabtretbarkeit wegen der Unübertragbarkeit der haftungsrechtlichen Zuweisung?
    - 3. Unabtretbarkeit wegen mangelnder Eignung des Anfechtungsanspruchs zur Ausscheidung?
    - 4. Unabtretbarkeit wegen der Rechtszuständigkeit der Insolvenzmasse und des Anfechtungsmonopols des Insolvenzverwalters?
    - 5. Unabtretbarkeit im Hinblick auf den Zweck des Insolvenzverfahrens im Allgemeinen und der Anfechtung im Besonderen?
    - 6. Unabtretbarkeit im Hinblick auf die Befriedigungstauglichkeit zugunsten aller Gläubiger?

7. Unabtretbarkeit wegen des Erfordernisses gerichtlicher Geltendmachung?

8. Unabtretbarkeit im Hinblick auf die Wahrung schutzwürdiger Interessen des Anfechtungsgegners?

E. Ergebnis

### A. Einleitung

Die *Doktrin von der Unabtretbarkeit insolvenzrechtlicher Anfechtungsansprüche* zählt seit langem zu den Konstanten der österreichischen<sup>1)</sup> Insolvenzrechtsdogmatik. In praktischer Hinsicht ist dies allerdings bedauerlich, zumal die materiellrechtlichen Anforderungen und die zum Teil schwierige Beweislage dem Insolvenzverwalter die

\*) Dieser Beitrag basiert auf einem Rechtsgutachten im Auftrag von RPK Rastegar Panchal. Mein Dank gilt Herrn RA Dr. *Keyvan Rastegar*, LL.M (Harvard) und seinem Team für das Zurverfügungstellen ihrer Vorarbeiten und Recherche.

<sup>1)</sup> Zur gegenteiligen hM in Deutschland siehe unten C.

Durchsetzung von Insolvenzanfechtungsansprüchen oft nicht leicht machen; die Möglichkeit einer entgeltlichen Abtretung an zahlungskräftige, risikofreudige Interessenten wäre daher einer Optimierung der Insolvenzabwicklung in vielen Fällen überaus zuträglich. Vor diesem Hintergrund ist im Folgenden zu untersuchen, inwieweit die Bedenken, die typischerweise gegen eine Abtretung von Insolvenzanfechtungsansprüchen geäußert werden, in dogmatischer Hinsicht Bestand haben.

## B. Meinungsstand in Österreich

Seit langem hält die österreichische hA *Anfechtungsansprüche nach der IO*<sup>2)</sup> für *unabtretbar* und (insbesondere für Massegläubiger) für *unpfändbar*.<sup>3)</sup>

Begründet wurde diese Rechtsansicht bereits durch Stellungnahmen zur Frage der Übertragbarkeit von Anfechtungsansprüchen nach dem Anfechtungsgesetz 1884,<sup>4)</sup> welches sowohl die „Anfechtung von Rechtshandlungen im Concursverfahren“ (§§ 1 ff AnfG 1884) als auch die „Anfechtung von Rechtshandlungen außerhalb des Concursverfahrens“ (§§ 28 ff AnfG 1884) regelte. Zunächst leitete *Menzel*<sup>5)</sup> die mangelnde Übertragbarkeit des Anfechtungsanspruchs vor allem aus dem Wortlaut des Gesetzes ab: Nach §§ 1 und 28 AnfG 1884 erfolge die Anfechtung nämlich zu Gunsten der Gläubiger oder des Gläubigers; die Rückgewähr erfolge an die Masse (§ 17 AnfG 1884) und das Zurückgewährte werde Teil der Masse (§ 23 AnfG 1884). Auch die angenommene akzessorische Natur des Anfechtungsanspruchs spreche gegen eine Übertragbarkeit. Zwar bestehe für die Anfechtung im Konkurs ein praktisches Bedürfnis für eine selbständige Zession des Anfechtungsanspruchs; die oben genannten Bedenken würden im Ergebnis aber zur Verneinung der Zulässigkeit führen.

Nach *Krasnopolski*<sup>6)</sup> spreche zwar weder die angenommene Akzessorietät des Anfechtungsanspruchs noch die ausschließliche Berechtigung des Masseverwalters zur Geltendmachung, wohl aber vor allem der Zweck der Anfechtung gegen eine Übertragbarkeit des Anfechtungsanspruchs.

Auch *Ehrenzweig*<sup>7)</sup> verneint die Abtretbarkeit von Anfechtungsansprüchen: Das Anfechtungsrecht diene nämlich nur den Konkurszwecken und sei daher an die Gesamtheit der Konkursgläubiger gebunden.

<sup>2)</sup> Die davon abzugrenzende (und keineswegs notwendigerweise parallel zu beantwortende) Frage der Abtretbarkeit von *Einzelanfechtungsansprüchen nach der Anfo* muss hier weitgehend ausgeklammert bleiben; auf solche Anfechtungsansprüche ist im gegebenen Zusammenhang nur insoweit einzugehen, als es der Gang der Untersuchung erfordert.

<sup>3)</sup> Statt vieler *König*, Die Anfechtung nach der IO<sup>5</sup> (2014) Rz 15/37 mwN.

<sup>4)</sup> RGBl 35/1884 und 36/1884.

<sup>5)</sup> *Menzel*, Das Anfechtungsrecht der Gläubiger nach österreichischem Rechte (1886) 301 f.

<sup>6)</sup> *Krasnopolski*, Das Anfechtungsrecht der Gläubiger nach österreichischem Recht (1889) 109.

<sup>7)</sup> *Ehrenzweig*, Kommentar zur Anfechtungsordnung und zu den Anfechtungsnormen der Konkursordnung (1916) 344.

*Bartsch*<sup>8)</sup> will die Unabtretbarkeit von Anfechtungsansprüchen aus dem Umstand ableiten, dass der Anfechtungsanspruch nur vom Masseverwalter im Interesse der Gesamtheit der Gläubiger ausgeübt werden könne. Eine Abtretung sei weder an einzelne Gläubiger noch an Dritte und ebenso wenig an den Schuldner möglich.

*Petschek/Reimer/Schiemer*<sup>9)</sup> bezeichnen den Anfechtungsanspruch als höchstpersönliches Recht der Konkursmasse, weil er deren Umfang künstlich nur für die Dauer des Konkursverfahrens vermehre. Daher seien der Masse privatrechtliche Verfügungen über den Anfechtungsanspruch verwehrt; dieser bilde auch kein Vollstreckungsobjekt für die Massegläubiger. Keine Begründung für die Unabtretbarkeit sehen diese Autoren hingegen im Anfechtungsmonopol des Masseverwalters, denn nur dieser sei bei allen Massebestandteilen zur privatrechtlichen Ausübung und prozessualen Geltendmachung berechtigt.

Auch die neuere österreichische Lehre lehnt eine Abtretung von Anfechtungsansprüchen durchwegs ab: Nach *Koziol/Bollenberger*<sup>10)</sup> sei das Anfechtungsrecht aktiv unübertragbar (und unpfändbar), weil es nur vom Masseverwalter im Interesse der Gesamtheit der Gläubiger ausgeübt werden könne; eine Übertragung komme weder an einzelne Gläubiger noch an Dritte und ebenso wenig an den Schuldner bei Konkursaufhebung in Frage.

*Riel*<sup>11)</sup> will offenbar aus einer mangelnden Übertragbarkeit des Anfechtungsanspruchs auf die fehlende Tauglichkeit zur Ausscheidung gemäß § 119 Abs 5 IO schließen.

Gegen eine Abtretbarkeit spricht sich auch *Reber-nig*<sup>12)</sup> aus: Der Anspruch stehe der Masse, nicht aber der Gesamtheit der Konkursgläubiger oder dem Schuldner zu. Daher seien Verfügungen des Masseverwalters über den Anfechtungsanspruch – wie Verkauf, Abtretung oder Verpfändung – unzulässig.

Ähnliches vertritt *Thöni*.<sup>13)</sup> Der Anfechtungsanspruch sei ein höchstpersönliches, allein durch den Insolvenzverwalter ausübbares und daher unabtretbares Recht, das vom Zweck her auf die Masse-mehrung zu Gunsten der Gläubigergemeinschaft ausgerichtet sei.

Auch *König*<sup>14)</sup> qualifiziert den Anfechtungsanspruch als ein allein durch den Insolvenzverwalter (oder einen Insolvenzgläubiger bei Eigenverwaltung; § 189 IO) ausübbares, vom Zweck her auf die Masse-mehrung zu Gunsten der Gläubigergemeinschaft ausgerichtetes Recht der Insolvenzmasse. Die Unzulässigkeit der Abtretung sei wohl schon

<sup>8)</sup> *Bartsch* in *Bartsch/Pollak*, Konkursordnung I<sup>3</sup> (1937) 159 f und 233.

<sup>9)</sup> *Petschek/Reimer/Schiemer*, Das österreichische Insolvenzrecht (1973) 379.

<sup>10)</sup> *Koziol/Bollenberger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht I<sup>4</sup> (2000) § 27 KO Rz 56.

<sup>11)</sup> *Riel* in *Konecny/Schubert*, Kommentar zu den Insolvenzgesetzen (2001) § 119 KO Rz 46.

<sup>12)</sup> *Reber-nig* in *Konecny/Schubert*, Kommentar zu den Insolvenzgesetzen (2006) § 27 KO Rz 16.

<sup>13)</sup> *Thöni* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang<sup>3</sup> (2011) § 1393 ABGB Rz 18.

<sup>14)</sup> *König*, Anfechtung<sup>5</sup> Rz 15/37.

deshalb gerechtfertigt, weil die Lebensdauer des Anfechtungs(klags)anspruchs grundsätzlich mit der Dauer des Insolvenzverfahrens begrenzt sei und es allein dem Gericht obliege, vor der Aufhebung des Insolvenzverfahrens bei dann noch aktuellem Interesse der Insolvenzgläubiger das Erlöschen des Klagerechts zu verhindern und für die weitere Verfolgung zu sorgen; diese Entscheidung wäre durch die Abtretung präjudiziert.

Allerdings gibt es in der neueren österreichischen Literatur auch Gegenstimmen. Zu erwähnen ist insoweit die kritische Stellungnahme zum Dogma der Unabtretbarkeit von Anfechtungsansprüchen nach der IO von U. Torggler/Trenker:<sup>15)</sup> Demnach schließe das Anfechtungsmonopol des Masseverwalters eine Zession ebenso wenig aus wie der Umstand, dass die Anfechtung ihre Berechtigung ausschließlich aus den Interessen der Gläubigergesamtheit ableitet. Auch das Erfordernis gerichtlicher Geltendmachung sei kein Hindernis für eine Abtretung. Zu verlangen sei allerdings, dass eine gleichwertige Geldleistung an die Insolvenzmasse erbracht werde.

### C. Meinungsstand in Deutschland

In Deutschland wurde der Anfechtungsanspruch zur Zeit des Inkrafttretens der dKO von 1877<sup>16)</sup> noch weithin für abtretbar erachtet.<sup>17)</sup> Im Gefolge einer Entscheidung des deutschen RG<sup>18)</sup> vertrat die deutsche hM sodann jedoch lange Zeit die Ansicht, dass der Konkursanfechtungsanspruch unabtretbar sei.<sup>19)</sup> Mittlerweile ist diese Meinung allerdings völlig überholt: Stattdessen vertritt sowohl die stRsp<sup>20)</sup> als auch die hL<sup>21)</sup> nunmehr die Auffassung, dass Anfechtungsansprüche nach der dInsO – wie grundsätzlich alle Forderungen – abgetreten werden können.

### D. Stellungnahme

#### I. Rechtsnatur des Anfechtungsanspruchs nach der IO und möglicher Gegenstand der Abtretung

Grundlage einer Stellungnahme zur Abtretbarkeit von Anfechtungsansprüchen muss zunächst

eine Klarlegung der *Rechtsnatur* sein: Anfechtungsansprüche nach der IO sind *Rechtsbehelfe zur Haftungsmaximierung im Interesse der (Insolvenz-) Gläubiger*. Sie fallen von Anfang an in die Rechtszuständigkeit der Insolvenzmasse und werden allein durch den Insolvenzverwalter (§ 37 Abs 1 und § 172 Abs 1 Z 1 IO) bzw bei Eigenverwaltung im Schuldenregulierungsverfahren durch einen Insolvenzgläubiger (§ 189 IO) ausgeübt. Der Insolvenzschnuldner ist hingegen für Anfechtungsansprüche nie rechtszuständig.<sup>22)</sup>

Die *Deutung der Anfechtung* und damit des Anfechtungsanspruchs ist umstritten: Nach der Rsp<sup>23)</sup> ist der Anfechtungsanspruch ein „*Forderungsanspruch eigener Natur*“, dessen Ziel die Herstellung des Zustands ist, in dem sich die Masse befände, wenn die anfechtbare Rechtshandlung nicht vorgenommen worden wäre. In der Literatur wird – neben älteren, mittlerweile als überholt geltenden dinglichen Theorien und der sogenannten schuldrechtlichen Theorie – in jüngerer Zeit auch in Österreich<sup>24)</sup> zunehmend vor allem die *Theorie von der haftungsrechtlichen Unwirksamkeit*<sup>25)</sup> vertreten. Ausgehend von einem systematischen Verständnis des Insolvenzrechts als Recht der Haftungsverwirklichung<sup>26)</sup> baut diese Theorie auf der (von Henckel<sup>27)</sup> begründeten) *Lehre von der haftungsrechtlichen Zuweisung* auf. Demnach sind Rechtszuständigkeit und Zugehörigkeit zum Haftungsfonds nicht zwingend deckungsgleich; vielmehr gibt es Fälle, in denen sich die Haftungsfunktion eines Vermögenswerts von seinen sonstigen Funktionen (insbesondere von der Verfügungsfunktion) lösen kann.<sup>28)</sup> Ausgehend von dieser zentralen Erkenntnis wird die Anfechtung so gedeutet, dass sie zwar die vermögensrechtliche Güterzuordnung kraft Rechtszuständigkeit unberührt lässt (sodass insbesondere eine vollzogene Rechtsübertragung an Dritte durch die Anfechtung nicht be-

<sup>22)</sup> König, Anfechtung<sup>5</sup> Rz 15/35 und 17/1.

<sup>23)</sup> RIS-Justiz RS0050372.

<sup>24)</sup> Koziol, Grundlagen und Streitfragen der Gläubigeranfechtung (1991) 45 ff; Koziol/Bollenberger in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I<sup>4</sup> § 27 KO Rz 18 f; Rebernig, Konkursanfechtung des Kontokorrentkredits (1998) Rz 4; derselbe in Konecny/Schubert, Kommentar § 27 KO Rz 13; Bollenberger, Anfechtung von Finanzierungsgeschäften gemäß § 31 Abs 1 Z 2 Fall 2 KO, ÖBA 1999, 409 (414); Nunner-Krautgasser, Schuld, Vermögenshaftung und Insolvenz (2007) 142 f und 152 f; dieselbe, Haftungsrechtliche Unwirksamkeit infolge Insolvenzanfechtung und ihre Tragweite in der Insolvenz des Anfechtungsgegners, in Konecny, Insolvenzrecht und Kreditschutz 2015 (2015) 129 (130 ff); vgl auch OGH 8 Ob 6/91 = ÖBA 1991, 829. König (Anfechtung<sup>5</sup> Rz 2/4) bezeichnet die Theorie von der haftungsrechtlichen Unwirksamkeit trotz Spezifika der österreichischen Rechtslage als ein „im Ansatz“ taugliches Erklärungsmodell.

<sup>25)</sup> Grundlegend G. Paulus, Sinn und Formen der Gläubigeranfechtung, AcP 155 (1956) 277.

<sup>26)</sup> Dazu Nunner-Krautgasser, Schuld 205 ff.

<sup>27)</sup> Henckel, Wert und Unwert juristischer Konstruktion im Konkursrecht, in FS Weber (1975) 237; derselbe in Jaeger/Henckel/Gerhardt, InsO (2004) § 35 Rz 5; für Österreich siehe Nunner-Krautgasser, Schuld 310 ff.

<sup>28)</sup> Koziol, Grundlagen 46 f; Henckel in Jaeger, KO<sup>9</sup> (1991) § 37 Rz 21.

<sup>15)</sup> U. Torggler/Trenker, Zur Organhaftung für Gläubigerbevorzugung gemäß § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG, § 84 Abs 3 Z 6 AktG, JB1 2013, 613 (621).

<sup>16)</sup> DRGBl 1877, 351.

<sup>17)</sup> Statt vieler Cosack, Das Anfechtungsrecht der Gläubiger eines zahlungsunfähigen Schuldners innerhalb und außerhalb des Konkurses nach deutschem Reichsrecht (1884) 304 ff, 329 f und 363; weitere Nachweise bei Eckardt, Zur Abtretbarkeit anfechtungsrechtlich begründeter Ansprüche im Konkurs, KTS 1993, 585.

<sup>18)</sup> RG Rep VI 228/92 = RGZ 30, 71.

<sup>19)</sup> Etwa Kohler, Leitfaden des Konkursrechts<sup>2</sup> (1903) 140; Jaeger, KO<sup>67</sup> (1931/36) § 29 Rz 28; Gerhardt, Die systematische Einordnung der Gläubigeranfechtung (1969) 140 f; Baur/Stürner, Insolvenzrecht<sup>12</sup> (1990) Rz 20.2.

<sup>20)</sup> BGH IX ZR 91/10 = ZIP 2011, 1114; BGH IX ZR 172/11 = ZIP 2013, 531.

<sup>21)</sup> Bereits zur dKO Braun, Die Unabtretbarkeit konkursrechtlicher Anfechtungsansprüche – ein unverrückbares Dogma?, ZIP 1985, 786; Eckardt, KTS 1993, 585; zur dInsO statt vieler Henckel in Jaeger, InsO IV (2008) § 143 Rz 101 f; Kayser in MünchKomm InsO II<sup>3</sup> (2013) § 129 Rz 214 ff.

rührt wird<sup>29)</sup>, sich aber sehr wohl haftungsrechtlich auswirkt, sodass ein anfechtbar übertragener Vermögenswert infolge der Anfechtung in haftungsrechtlicher Hinsicht nach wie vor dem Haftungsfonds des (ersten) Schuldners zugeordnet bleibt.<sup>30)</sup> Die haftungsrechtliche Zuordnung weist dabei nach zutreffender Ansicht (ebenso wie die vermögensrechtliche Zuordnung) dinglichen Charakter auf.<sup>31)</sup> Dem Anfechtungsberechtigten steht damit der (erweiterte) Zugriff auf Vermögenswerte zu, die zum Zeitpunkt des Zugriffs nicht (mehr) in der Rechtszuständigkeit seines Schuldners, sondern in derjenigen eines Dritten stehen. Die Anfechtung ist also ein Lösungsmittel für eine Notsituation, bei dem die zu erzielende Anreicherung des Haftungsfonds rechtstechnisch durch eine Spaltung von Verfügungsfunktion und Haftungsfunktion realisiert wird.<sup>32)</sup>

Im Rahmen der Berechtigung aufgrund haftungsrechtlicher Zuordnung hat der Anfechtungsberechtigte gegen den Anfechtungsgegner grundsätzlich einen *reinen Haftungsanspruch*: Den Anfechtungsgegner trifft kein „Leistensollen“, sondern er haftet nur mit bestimmten Vermögenswerten. In der *Einzelanfechtung* nach der AnFO ist dieser Anspruch daher richtigerweise mit einer Klage auf (in Österreich: Rechtsgestaltung<sup>33)</sup> und) „Duldung“ der Exekution<sup>34)</sup> zu verfolgen (§§ 12 f AnFO),<sup>35)</sup> die Rsp<sup>36)</sup> verlangt hier allerdings (mE systemwidrig) durchwegs lediglich ein Leistungsbegehren.

In der *Insolvenzanfechtung* nach der IO ist die Lage jedoch abweichend: Denn hier muss die von der Anfechtung betroffene Sache in der Regel auch der insolvenzrechtlichen Verwaltung und gegebenenfalls Verwertung zugeführt werden; der Insolvenzverwalter benötigt zur Verwirklichung des Anfechtungsziels also durchwegs auch die (grundsätzlich an die Rechtszuständigkeit geknüpfte) Verfügungsbefugnis über die Sache. Bei der Anfechtung nach der IO bedarf es mithin zur zweckentspre-

chenden Umsetzung der haftungsrechtlichen Unwirksamkeit (als Primäranspruch) durchwegs auch *eines auf (Rück-)Übertragung abzielenden (schuldrechtlichen) Verschaffungsanspruchs* (§ 39 Abs 1 IO; dem entspricht funktionell der enger gefasste § 143 dInsO), weil diese Art der Haftungsverwirklichung eine Angleichung der vermögensrechtlichen an die haftungsrechtliche Zuordnung erfordert.<sup>37)</sup>

Nach der österreichischen hM ist die Anfechtung im Ergebnis (jedenfalls) auf *Rechtsgestaltung* gerichtet (§ 27 IO; § 1 AnFO),<sup>38)</sup> je nach Sachverhalt (also etwa bei anfechtbarer Veräußerung von Sachen) wird das Gestaltungsrecht in der Insolvenzanfechtung gegebenenfalls um einen (echten) *Leistungsanspruch*, also *einen auf (Rück-)Gewährung abzielenden schuldrechtlichen Verschaffungsanspruch*<sup>39)</sup> bzw einen allfälligen *Geldersatzanspruch* ergänzt (§ 39 Abs 1 IO).<sup>40)</sup> Die Rsp hält zwar hinsichtlich der Insolvenzanfechtung an der Natur als Gestaltungsrecht fest, jedoch sei die Rechtsgestaltung in der Geltendmachung eines Leistungsbegehrens bereits inkludiert.<sup>41)</sup>

Insoweit ist vorweg klarzustellen, dass die Natur des Anfechtungsrechts als *Gestaltungsrecht* per se eine Übertragung an Gläubiger bzw Dritte keineswegs hindert, denn grundsätzlich sind durchaus auch Gestaltungsrechte analog den Bestimmungen über die Zession von Forderungen übertragbar.<sup>42)</sup> Allerdings wird sich die Frage der Abtretbarkeit

<sup>37)</sup> Vgl dazu etwa G. Paulus, AcP 155 (1956) 324 und 329 ff; Henckel in Jaeger, KO<sup>9</sup> § 37 Rz 23 f und 41; Koziol, Grundlagen 47 ff.

<sup>38)</sup> Statt vieler König, Anfechtung<sup>5</sup> Rz 2/10. Hinsichtlich der – bei Bejahung einer Abtretbarkeit wohl implizierten – Pfändbarkeit von Insolvenzanfechtungsansprüchen (insbesondere zugunsten von Massegläubigern) wären daher mE die Bestimmungen der §§ 331 ff EO maßgebend.

<sup>39)</sup> Zum grundsätzlichen „Duldungsanspruch“ in der Einzelanfechtung siehe Nunner-Krautgasser, Schuld 183 ff.

<sup>40)</sup> König, Anfechtung<sup>5</sup> Rz 2/10 und 2/14 f, Rz 15/1 ff und Rz 17/15 ff; Koziol, Grundlagen 104 ff; Koziol/Bollenberger in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I<sup>4</sup> § 39 KO Rz 1 ff; Rebernik in Konecny/Schubert, Kommentar § 39 KO Rz 1 f; Widhalm-Budak, Anfechtungsrecht<sup>2</sup> (2013) 24 f; Buchegger, Insolvenzrecht<sup>2</sup> (2013) 88; Dellinger/Oberhammer/Koller, Insolvenzrecht<sup>3</sup> (2014) Rz 167 f.

<sup>41)</sup> Leistungsurteil als „verdecktes Gestaltungsurteil“ bzw „inzidenter vorgenommene Rechtsgestaltung“; vgl etwa OGH 3 Ob 83/12w = ZIK 2012/265 und 6 Ob 114/17h = wbl 2017, 655 (Harrer); dazu Geroldinger in Fasching/Konecny, ZPG III/1<sup>3</sup> (2017) § 226 ZPO Rz 66 ff; König, Gestaltungsbegehren bei der Konkursanfechtung, in FS Fasching (1988) 291 (295). Dies steht mit der Ansicht in Zusammenhang, dass die Gestaltung auch außergerichtlich erklärt werden könne; so insbesondere Konecny, Zum Klagebegehren und zum Inhalt der Anfechtungsklagen im Konkurs, ÖBA 1987, 311 (316 ff); Koziol, Grundlagen 106; aA insbesondere König, Anfechtung<sup>5</sup> Rz 15/1 ff.

<sup>42)</sup> Grundlegend P. Bydlinski, Die Übertragung von Gestaltungsrechten (1986) 290 (siehe dort auch zum mangelnden Zustimmungserfordernis des Gestaltungsgegners, sofern seine Rechtsposition nicht beeinträchtigt wird); RIS-Justiz RS0032642. Zur Zulässigkeit der Übertragung von sich aus der Nichtigkeit eines Vertrags ergebenden Ansprüchen bereits vor erfolgreich durchgeführter Anfechtung vgl OGH 6 Ob 20/68 = SZ 41/57.

<sup>29)</sup> Zur zutreffenden Begrenzung der Anfechtung auf die Einbuße von Rechten, die sonst dem Zugriff der Gläubiger unterliegen wären, siehe Koziol, Grundlagen 95 ff; Rebernik in Konecny/Schubert, Kommentar § 39 KO Rz 5; Nunner-Krautgasser in Konecny, Insolvenzrecht 136 ff.

<sup>30)</sup> Nunner-Krautgasser in Konecny, Insolvenzrecht 134; vgl auch Spitzer, Aussonderung nach Insolvenzanfechtung in Deutschland und Österreich, ZInsO 2012, 308 (310).

<sup>31)</sup> Nunner-Krautgasser in Konecny, Insolvenzrecht 134 f mwN.

<sup>32)</sup> Vgl F. Bydlinski, System und Prinzipien des Privatrechts (1996) 304 ff.

<sup>33)</sup> Dazu König, Anfechtung<sup>5</sup> Rz 17/34 mwN. Insoweit abweichend die deutsche Rechtslage, zu der die hM (nunmehr auf der Basis des § 129 Abs 1 dInsO; abweichend früher § 29 dKO) annimmt, dass die einschlägigen Rückgewähransprüche aus der anfechtbaren Handlung selbst (und nicht aus der Anfechtung als Gestaltungserklärung) entspringen; dazu statt vieler Eckardt, Die Anfechtungsklage wegen Gläubigerbenachteiligung (1993) 18 f und 22 ff.

<sup>34)</sup> Zu den Fällen, in denen im Rahmen der Einzelanfechtung echte Leistungspflichten begründet werden, vgl Koziol, Grundlagen 47 f.

<sup>35)</sup> Nunner-Krautgasser, Schuld 153 und 183 ff mwN.

<sup>36)</sup> RIS-Justiz RS0050318 und RS0050448.

von Anfechtungsansprüchen primär nur dann stellen, wenn das *anfechtungsspezifische Gestaltungsrecht durch einen Verschaffungs- bzw Geldersatzanspruch ergänzt* wird. Soweit es nämlich (wie insbesondere bei der Anfechtung in Zusammenhang mit einem Veräußerungs- und Belastungsverbot) um reine Rechtsgestaltung geht, wird eine Übertragung wohl schon am durchwegs fehlenden (wirtschaftlichen) Interesse eines potentiellen Zessionars scheitern.

Soweit allerdings – wie etwa bei der anfechtbaren Übertragung von Vermögenswerten – das *anfechtungsspezifische Gestaltungsrecht durch einen (einen Vermögenswert darstellenden) Verschaffungs- bzw Geldersatzanspruch ergänzt* wird, sprechen – da wie erwähnt sowohl Gestaltungsrechte als auch Forderungen prinzipiell übertragbar sind – die allgemeinen Grundsätze zunächst für eine Übertragbarkeit sowohl des Gestaltungselements als auch des Leistungselements der Insolvenzanfechtung.<sup>43)</sup> Auch die oft ganz erheblichen praktischen Bedürfnisse – namentlich bei Ansprüchen, deren Bestand von beweisintensiven Tatsachen abhängt – sprechen für die Abtretbarkeit von Insolvenzanfechtungsansprüchen.<sup>44)</sup> Es bedarf demnach nicht die Bejahung, sondern im Gegenteil die Verneinung der Abtretbarkeit einer besonderen Begründung. Daher ist im Folgenden zu analysieren, ob spezielle Gründe einer Abtretung von Insolvenzanfechtungsansprüchen entgegenstehen.

## II. Mögliche Bedenken gegen die Abtretbarkeit von Anfechtungsansprüchen

### 1. Unabtretbarkeit wegen einer Akzessorietät des Anfechtungsanspruchs?

Vor allem in der älteren Lehre<sup>45)</sup> wurde gegen die selbständige Abtretbarkeit von Anfechtungsansprüchen ins Treffen geführt, dass der *Anfechtungsanspruch akzessorischer Natur* sei.

Dies trifft indes nur für die *Einzelanfechtung nach der AnFO* zu: Denn der Anfechtungsanspruch nach der AnFO ist dem tatbestandlich vorausgesetzten Anspruch des Gläubigers gegen einen vom Anfechtungsgegner verschiedenen Dritten insofern akzessorisch, als das Gesetz diesen Anspruch dem Gläubiger nach § 1 AnFO nur „zum Zwecke der Befriedigung“ bestimmter Forderungen gegen einen vom Anfechtungsgegner verschiedenen Dritten einräumt.<sup>46)</sup> Daher kann er nicht von der Schuld, für die im Rahmen der Anfechtung die Haftung geltend gemacht wird, getrennt werden. Der Einzelanfechtungsanspruch nach der AnFO ist daher nicht isoliert, sondern nur gemeinsam mit dem Anspruch gegen den „eigentlichen“ Schuldner abtretbar.<sup>47)</sup>

Anderes gilt hingegen für den *Anfechtungsanspruch nach der IO*: Zwar dient auch die Insolvenzanfechtung der Verwirklichung der Vermögenshaftung für die Gesamtheit der Insolvenzforderungen gegenüber haftungsvereitelnden Rechtsänderungen. Entsprechend dem Charakter des Insolvenzverfahrens als Instrument zur kollektiven Rechtsdurchsetzung wird jedoch die „Forthaftung“ von anfechtungsrelevanten Vermögenswerten – nicht anders als die Haftung der Vermögenswerte des Insolvenzschuldners – losgelöst von den einzelnen Forderungen der Gläubiger realisiert.<sup>48)</sup> Daher wird (auch) die anfechtungsspezifische Verwirklichung des Haftungszwecks gerade nicht durch die einzelnen Gläubiger,<sup>49)</sup> sondern (gebündelt) durch den Insolvenzverwalter ausgeübt. Insolvenzanfechtungsansprüche sind daher – anders als Einzelanfechtungsansprüche nach der AnFO – nicht mit einzelnen Gläubigerforderungen verknüpft, sondern verwirklichen die erweiterte „Notfallhaftung“ – dem Wesen des Insolvenzverfahrens entsprechend – ebenfalls auf kollektive und daher gebündelte Weise.

Die mangelnde Akzessorietät von Insolvenzanfechtungsansprüchen wird dadurch untermauert, dass die Zugriffsbefugnis des Insolvenzverwalters im Rahmen der Insolvenzanfechtung nicht (wie in der Einzelanfechtung gemäß § 13 Abs 1 AnFO) auf den Betrag einer betroffenen Forderung und den Umfang ihrer Beeinträchtigung begrenzt ist. Wegen der Kollektivierung der Haftungsverwirklichung ist die anfechtungsrechtliche Zugriffsbefugnis des Insolvenzverwalters vielmehr in der Regel *vollständig* und *wertausschöpfend*.<sup>50)</sup> Der Anfechtungsgegner muss daher nicht nur die Exekution wegen der Insolvenzforderungen in einen der Anfechtung unterliegenden Vermögenswert zulassen, sondern er hat den *Vermögenswert an die Masse (zurück) zu übertragen*. Im Ergebnis kommt dem Insolvenzanfechtungsanspruch daher *keine akzessorische Rechtsnatur* zu.

### 2. Unabtretbarkeit wegen der Unübertragbarkeit der haftungsrechtlichen Zuweisung?

Wie bereits ausgeführt wurde,<sup>51)</sup> lässt die Anfechtung nach der weithin vertretenen *Theorie von der haftungsrechtlichen Unwirksamkeit* zwar die vermögensrechtliche Güterzuordnung kraft Rechtszuständigkeit unberührt, sie wirkt sich vielmehr (nur) in haftungsrechtlicher Hinsicht aus, indem ein anfechtbar übertragener Vermögenswert<sup>52)</sup> infolge der Anfechtung nach wie vor dem Haftungsfonds

<sup>43)</sup> Eckardt, KTS 1993, 593.

<sup>44)</sup> Anderes gilt nur für die Eigenverwaltung im Schuldenregulierungsverfahren (§ 189 IO). Auch hier agiert der anfechtungslegitimierte Gläubiger aber nicht für sich allein bzw nur im Eigeninteresse, sondern er wird stets für die Masse und damit für die Gläubigersamtheit tätig.

<sup>45)</sup> Eckardt, KTS 1993, 593.

<sup>46)</sup> Oben D.I.

<sup>47)</sup> In anderen Fällen stellt sich das Problem mangels Auseinanderfallen von haftungsrechtlicher und vermögensrechtlicher Zuordnung erst gar nicht, siehe dazu Eckardt, KTS 1993, 596.

<sup>43)</sup> Zur internationalen Zuständigkeit für Anfechtungsklagen des Zessionars vgl EuGH 19.04.2012, Rs C-213/10 (F-Tex/Lietuvos) = ZIP 2012, 1049.

<sup>44)</sup> So bereits Menzel, Anfechtungsrecht 301 f; Braun, ZIP 1985, 786; Eckardt, KTS 1993, 588 f; U. Torggler/Trenker, JBl 2013, 621.

<sup>45)</sup> Insbesondere Menzel, Anfechtungsrecht 301 f.

<sup>46)</sup> OGH 6 Ob 599/85 = SZ 58/132 = JBl 1986, 249.

<sup>47)</sup> König, Anfechtung<sup>5</sup> Rz 15/38; für Deutschland Eckardt, KTS 1993, 592.

des (ersten) Schuldners zugeordnet bleibt.<sup>53)</sup> Insofern könnte gegen eine Abtretbarkeit ins Treffen geführt werden, dass diese spezielle haftungsrechtliche Zuordnung jedenfalls bei der Masse verbleiben müsse und nicht isoliert auf den Zessionar übertragen werden könne.<sup>54)</sup>

Auch dieses Argument hält indes einer Überprüfung nicht stand: Wie Henckel<sup>55)</sup> überzeugend ausführt, kann der Insolvenzverwalter nämlich sehr wohl die haftungsrechtliche Zuordnung auf einen Zessionar übertragen; damit geht auch der anfechtungsrechtliche, auf (Rück-)Übertragung abzielende Verschaffungsanspruch über. Aber selbst wenn man eine isolierte Übertragung der haftungsrechtlichen Zuordnung für unzulässig hielte, würde daraus keineswegs die Unzulässigkeit der Übertragung des anfechtungsrechtlichen Verschaffungsanspruchs oder gar des sekundären Wertersatzanspruchs iS des § 39 Abs 1 IO folgen.<sup>56)</sup> Denn anders als der aus dem Eigentum resultierende (an das Stammrecht gebundene und daher nicht isoliert übertragbare) dingliche Herausgabeanspruch stellt der anfechtungsrechtliche Leistungsanspruch einen *schuldrechtlichen Anspruch* dar. Für die Übertragbarkeit spricht überdies die Parallele zur Treuhänder: Auch bei dieser kann der schuldrechtliche Verschaffungsanspruch auf Rückübertragung des Treuguts isoliert (also ohne Eintritt des Erwerbers in das Treuhandverhältnis) übertragen werden.<sup>57)</sup>

Zu ergänzen ist, dass auch die von der Rsp<sup>58)</sup> vertretene Qualifikation des Anfechtungsanspruchs als „Forderungsanspruch eigener Natur“ keineswegs ein Argument gegen, sondern (wegen der prinzipiellen Abtretbarkeit schuldrechtlicher Ansprüche) viel eher für eine Übertragbarkeit darstellt.

### 3. Unabtretbarkeit wegen mangelnder Eignung des Anfechtungsanspruchs zur Ausscheidung?

In der Lehre wird die Unabtretbarkeit von Anfechtungsansprüchen zum Teil auch mit dem Umstand verknüpft, dass Anfechtungsansprüche *nicht gemäß § 119 Abs 5 IO aus der Insolvenzmasse ausgeschieden* (und dem Insolvenzschuldner zur freien Verfügung überlassen) werden können.<sup>59)</sup>

Hier ist allerdings zu differenzieren: Die fehlende Eignung von Insolvenzanfechtungsansprüchen zur Ausscheidung<sup>60)</sup> trifft sicherlich zu. Denn erstens sind Insolvenzanfechtungsansprüche zwar insoweit massezugehörig, als die Masse für Anfechtungsan-

sprüche rechtszuständig ist. Insolvenzanfechtungsansprüche sind aber keine Teile des „verwertungsfähigen“ Haftungsfonds selbst; vielmehr führt erst ihre erfolgreiche Geltendmachung zu einer Erweiterung des Haftungsfonds. Anfechtungsansprüche stehen daher der Insolvenzmasse zu, sie haften aber nicht selbst, sondern sind *Rechtsbehelfe zur Haftungsmaximierung im Interesse der Gläubiger*.<sup>61)</sup> Und zweitens *stehen Anfechtungsansprüche* – wie erwähnt<sup>62)</sup> – *nie dem Schuldner selbst*, sondern in der Einzelanfechtung nach der AnFO dem betreffenden Gläubiger und in der Insolvenzanfechtung nach der IO der Insolvenzmasse zu.<sup>63)</sup> Daraus folgt zweifellos, dass sie nicht aus der Masse ausgeschieden und den Schuldner überlassen werden können. Mangels Vergleichbarkeit lassen sich daraus aber *keinerlei Rückschlüsse über die Frage der Abtretbarkeit von Insolvenzanfechtungsansprüchen an Gläubiger bzw an Dritte* ziehen.

### 4. Unabtretbarkeit wegen der Rechtszuständigkeit der Insolvenzmasse und des Anfechtungsmonopols des Insolvenzverwalters?

Zur Untermauerung einer mangelnden Übertragbarkeit von Anfechtungsansprüchen wird oft das Argument bemüht, dass für Insolvenzanfechtungsansprüche allein die Insolvenzmasse rechtszuständig sei<sup>64)</sup> bzw dass dem Insolvenzverwalter das Anfechtungsmonopol zukomme.<sup>65)</sup> Hier gilt Folgendes: Das Anfechtungsmonopol des Insolvenzverwalters ist in § 37 Abs 1 IO normiert. Sein Zweck besteht indes nicht etwa darin, die Insolvenzanfechtungsbefugnis als regelrechtes „höchstpersönliches Recht“<sup>66)</sup> des Insolvenzverwalters auszustatten, sondern allein darin, die Anfechtungsbefugnis während des Insolvenzverfahrens beim Insolvenzverwalter zu bündeln und konsequenter Weise alle Insolvenzgläubiger an jede Art der Ausübung oder Nichtausübung des Anfechtungsanspruchs durch den Verwalter zu binden.<sup>67)</sup> Dies geht auch unmissverständlich aus der historischen Entwicklung dieser Bestimmung hervor: Nach der Denkschrift<sup>68)</sup> stellt (auch) § 37 KO (nunmehr IO) lediglich eine verkürzte und einfachere stilisierte, dem damals

<sup>61)</sup> Nunner-Krautgasser, Schuld 147 Fn 163.

<sup>62)</sup> Siehe oben IV.B.

<sup>63)</sup> König, Anfechtung<sup>5</sup> Rz 15/35 und 17/1. Das gilt auch dann, wenn – mangels Verwalterbestellung – Insolvenzanfechtungsansprüche durch einzelne Gläubiger ausgeübt werden (§ 189 IO).

<sup>64)</sup> Etwa Petschek/Reimer/Schiemer, Insolvenzrecht 379; Rebernik in Konecny/Schubert, Kommentar § 27 KO Rz 16.

<sup>65)</sup> Etwa Bartsch in Bartsch/Pollak, KO F<sup>3</sup> 159 f und 233; Koziol/Bollenberger in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I<sup>4</sup> § 27 KO Rz 56; Thöni in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang<sup>3</sup> § 1393 ABGB Rz 18; König, Anfechtung<sup>5</sup> Rz 15/37; aA Petschek/Reimer/Schiemer, Insolvenzrecht 379; U. Torggler/Trenker, JBl 2013, 621.

<sup>66)</sup> Zur mangelnden Übertragbarkeit höchstpersönlicher Gestaltungsrechte vgl OGH 3 Ob 507/95 = JBl 1995, 525.

<sup>67)</sup> So zutreffend RIS-Justiz RS0112593.

<sup>68)</sup> Denkschrift zur Einführung einer Konkursordnung, einer Ausgleichsordnung und einer Anfechtungsordnung (1914) 44.

<sup>53)</sup> Nunner-Krautgasser in Konecny, Insolvenzrecht 134; vgl auch Spitzer, Aussonderung nach Insolvenzanfechtung in Deutschland und Österreich, ZInsO 2012, 308 (310).

<sup>54)</sup> So noch Henckel in Jaeger, KO<sup>9</sup> § 37 Rz 83; aA nunmehr allerdings Henckel in Jaeger, InsO IV § 143 Rz 102 mwN zur deutschen hM.

<sup>55)</sup> Henckel in Jaeger, InsO IV § 143 Rz 102.

<sup>56)</sup> Instrukтив Eckardt, KTS 1993, 594 ff.

<sup>57)</sup> Eckardt, KTS 1993, 595 f.

<sup>58)</sup> RIS-Justiz RS0050372.

<sup>59)</sup> Riel in Konecny/Schubert, Kommentar § 119 KO Rz 46; OLG Wien 02.10.1996, 28 R 128/96s, zitiert nach Mohr, IO<sup>11</sup> § 119 IO E 185.

<sup>60)</sup> So auch OLG Wien 02.10.1996, 28 R 128/96s.

neuen Prozess- und Exekutionsrecht angepasste Wiedergabe der entsprechenden Bestimmung des AnfG 1884 dar. Gemäß § 16 AnfG 1884 war zur „Anfechtung von Rechtshandlungen im Concursverfahren“ die Gläubigerschaft, vertreten durch den Masseverwalter, berufen. Dahinter stand freilich noch das der CO 1868<sup>69)</sup> zugrunde liegende Konzept der Gläubigerherrschaft über das Konkursverfahren, wonach der Masseverwalter als Vertreter der Gläubiger angesehen wurde.<sup>70)</sup> Ausgehend von der Annahme, dass das Anfechtungsrecht (auch) im Konkursverfahren der Gesamtheit der Gläubiger zustehe, bezweckte § 16 AnfG 1884 also nur, das Anfechtungsrecht beim Masseverwalter als Vertreter der Gläubigergesamtheit zu konzentrieren (und gleichzeitig eine subsidiäre Ausübung des Anfechtungsrechts durch einzelne Gläubiger zu unterbinden).<sup>71)</sup> Zumal die „Gläubigervertretungstheorie“ heutzutage – weil nicht dem Konzept der KO bzw nunmehr der IO entsprechend – überholt ist, können aus der Formulierung des nunmehrigen § 37 Abs 1 IO keinesfalls überschießende Schlussfolgerungen gezogen werden. Vielmehr dient auch § 37 Abs 1 IO allein der – die *par condicio creditorum* sicherstellenden<sup>72)</sup> – Klarlegung, dass einzelne Insolvenzgläubiger keine Anfechtungsbefugnis haben.<sup>73)</sup> Dieser Norm ist aber weder ein besonderes „Ausübungserfordernis“ durch den Insolvenzverwalter selbst noch eine Beschränkung der Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters über den Anfechtungsanspruch zu entnehmen.<sup>74)</sup>

Im Übrigen kann der Insolvenzverwalter infolge seines Anfechtungsmonopols nach hA sogar auf einen Anfechtungsanspruch verzichten bzw sich darüber vergleichen.<sup>75)</sup> Weshalb daher die (für die Gläubiger wohl durchwegs vorteilhaftere) Verfügung über solche Ansprüche durch *entgeltliche Abtretung* unzulässig sein sollte, ist nicht ersichtlich. Vielmehr ist mE – gerade angesichts der Verzicht- und Vergleichsbefugnis des Insolvenzverwalters – auch eine *Abtretung von Anfechtungsansprüchen mit angemessenen (Risiko-)Abschlägen* zulässig.<sup>76)</sup>

##### 5. Unabtretbarkeit im Hinblick auf den Zweck des Insolvenzverfahrens im Allgemeinen und der Anfechtung im Besonderen?

Häufig wird zur Begründung einer Unabtretbarkeit von Anfechtungsansprüchen auf den *Zweck des Insolvenzverfahrens*<sup>77)</sup> und/oder auf den *Zweck der Anfechtung*<sup>78)</sup> verwiesen.

Der zentrale *Zweck des Insolvenzverfahrens* besteht nach wie vor in der *optimalen gesamtheitlichen Verwirklichung der Vermögenshaftung* eines insolventen Schuldners.<sup>79)</sup> Die Art und Weise, wie das geschieht, ist freilich durchaus variabel; neben einer Vermögensverwertung kommt als Mittel zur Erzielung einer bestmöglichen Haftungsverwirklichung insbesondere auch eine vermögenserhaltende Sanierung durch Sanierungsplan in Betracht. Im Hinblick auf den Insolvenz zweck ist es also unerheblich, ob im Insolvenzverfahren überhaupt Vermögenswerte realisiert werden, solange nur das bestmögliche Ergebnis für die Gläubiger erzielt wird. Umso mehr muss es hinsichtlich des Insolvenz zwecks unerheblich sein, wie vorhandene Massebestandteile realisiert werden, vorausgesetzt, es wird das optimale wirtschaftliche Ergebnis für die Gläubiger erwirtschaftet. Daher kann der Insolvenzverwalter insbesondere auch Verschaffungs- oder Herausgabeansprüche gegen Dritte entweder durch Durchsetzung des Verschaffungs- oder Herausgabeanspruchs selbst samt anschließender Verwertung der erlangten Sache oder aber bereits „vorweg“ durch entgeltliche Zession des auf die Erlangung der Sache gerichteten Anspruchs verwerten.<sup>80)</sup> Weshalb dieses sinnvolle Verwertungsermessens ausgerechnet bei Anfechtungsansprüchen nicht gegeben sein sollte, ist nicht ersichtlich.

Auch der *Zweck der Anfechtung* liefert keine argumentative Stütze gegen die Abtretbarkeit von Anfechtungsansprüchen: Dieser liegt darin, haftungsverteilende Rechtshandlungen zum Zweck der Massemehrung in haftungsrechtlicher Hinsicht rückgängig zu machen.<sup>81)</sup> Auch insoweit ist jedoch nicht der betreffende Massebestandteil als solcher, sondern vielmehr nur *der in diesem verkörperte Vermögenswert* von Relevanz.<sup>82)</sup> Unter diesem Gesichtspunkt wäre es unverständlich (und dem Anfechtungszweck geradezu widersprechend), wollte man den Insolvenzverwalter dazu nötigen, Anfechtungsansprüche in jedem Fall selbst aktiv betreiben zu müssen. Dies wird dadurch untermauert, dass eine Abtretung die Insolvenzabwicklung gegebenenfalls sogar erheblich erleichtern, beschleunigen und verbilligen kann;<sup>83)</sup> man denke insbesondere an massearme Insolvenzen, in denen weder die Inanspruchnahme von Verfahrenshilfe noch von Prozesskostenfinanzierung<sup>84)</sup> in Frage kommen. Sofern daher eine Realisierung des im Anfechtungsanspruch verkörperten Vermögenswerts auch durch (entgeltliche) Zession des Anfechtungsanspruchs erreicht werden kann, ist dem Insolvenzverwalter

<sup>69)</sup> RGBl 1/1969.

<sup>70)</sup> Dazu statt vieler Riel, Die Befugnisse des Masseverwalters im Zivilverfahrensrecht (1995) 10 ff.

<sup>71)</sup> Vgl dazu Menzel, Anfechtungsrecht 285 f.

<sup>72)</sup> Vgl U. Torggler/Trenker, JBl 2013, 621.

<sup>73)</sup> Anderes gilt – wie erwähnt – nur im Schuldenregulierungsverfahren bei Eigenverwaltung (§ 189 IO).

<sup>74)</sup> So für Deutschland auch Eckardt, KTS 1993, 597 ff.

<sup>75)</sup> Statt vieler König, Anfechtung<sup>5</sup> Rz 17/6.

<sup>76)</sup> Vgl U. Torggler/Trenker, JBl 2013, 622 Fn 104.

<sup>77)</sup> Etwa Ehrenzweig, Kommentar 344.

<sup>78)</sup> Etwa Krasnopolski, Anfechtungsrecht 109; vgl auch Thöni in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang<sup>3</sup> § 1393 ABGB Rz 18.

<sup>79)</sup> Ausführlich dazu Nunner-Krautgasser, Schuld 243 ff.

<sup>80)</sup> Eckardt, KTS 1993, 600.

<sup>81)</sup> Statt vieler Widhalm-Budak, Anfechtungsrecht<sup>2</sup> 1 ff.

<sup>82)</sup> Vgl Eckardt, KTS 1993, 600 f.

<sup>83)</sup> Vgl BGH IX ZR 91/10 = ZIP 2011, 1114; Kayser in MünchKomm InsO II<sup>3</sup> § 129 Rz 216.

<sup>84)</sup> Dass bei dieser Option (neben dem von Anbietern gewerblicher Prozessfinanzierung verlangten Mindeststreitwert) auch die Erlösbeteiligung zu bedenken ist, sei nur am Rande erwähnt.

auch hier ein pflichtgemäßes Verwertungsermessen zuzubilligen.

Sowohl der Zweck des Insolvenzverfahrens als auch der Zweck der Anfechtung gebieten es freilich, dass im Zuge der Abtretung eine *ausgleichende Gegenleistung* erzielt wird.<sup>85)</sup> Auch der Umstand, dass die Gegenleistung uU niedriger ausfallen kann,<sup>86)</sup> schadet schon deshalb nicht, weil mit der Geltendmachung des Anfechtungsanspruchs Risiken, Zeitaufwand und Mühen verbunden sind, die dann der Zessionar zu tragen hat.

## 6. Unabtretbarkeit im Hinblick auf die Befriedigungstauglichkeit zugunsten aller Gläubiger?

Einzugehen ist auch auf die Ansicht, die mit einer Abtretung des Insolvenzanfechtungsanspruchs verbundene Leistungsverpflichtung des Anfechtungsgegners gegenüber nur einem Gläubiger (dem Zessionar) widerspreche der allgemeinen *Anfechtungsvoraussetzung der Befriedigungstauglichkeit zugunsten aller Gläubiger*.

In diese Richtung geht auch das Argument, der Anfechtungsanspruch könne nur vom Masseverwalter *im Interesse der Gesamtheit der Gläubiger* ausgeübt werden.<sup>87)</sup>

Auch diese Ansätze halten allerdings einer näheren Überprüfung nicht stand: Denn das Kriterium der *Befriedigungstauglichkeit der Anfechtung* besagt (dem Zweck der Anfechtung entsprechend) nur, dass die Beseitigung des Erfolgs der angefochtenen Rechtshandlung (bzw Unterlassung) geeignet sein muss, die Befriedigungsaussichten der Gläubiger (auch der Massegläubiger)<sup>88)</sup> zu fördern.<sup>89)</sup> Nach der Rsp liegt Befriedigungstauglichkeit vor, wenn die Anfechtung den Gläubigern zumindest eine teilweise Befriedigung ihrer Forderungen ermöglicht,<sup>90)</sup> wobei jede Erweiterung der Zugriffsmöglichkeiten ausreicht.<sup>91)</sup> Auch das Kriterium der Befriedigungstauglichkeit impliziert aber nicht, dass die der Masse (wieder) zufließenden Vermögenswerte unmittelbar aus der (gerichtlichen) Geltendmachung des Anfechtungsanspruchs durch den Insolvenzverwalter selbst resultieren müssen, vielmehr kommt es auch hier allein auf das *wirtschaftliche Ergebnis* – nämlich die *Massemehrung* – an. Insoweit entspricht die entgeltliche Abtretung eines Insolvenzanfechtungsanspruchs sogar genau dem Kriterium der Befriedigungstauglichkeit zugunsten aller Gläubiger: Denn auf diese Weise kann der Insolvenzverwalter (und zwar sogar früher und „sicherer“) Vermögen für die Masse lukrieren, wel-

ches in weiterer Folge – den Vorgaben des Insolvenzverfahrens entsprechend – allen Gläubigern zukommt. Entsprechendes gilt für das *Interesse der Gesamtheit der Gläubiger*: Diesem wird im Zuge einer entgeltlichen Abtretung durchaus entsprochen, sofern der Zessionar eine angemessene Gegenleistung an die Insolvenzmasse erbringt.<sup>92)</sup>

Zu ergänzen ist in diesem Zusammenhang, dass auch die entgeltliche Zession des Anfechtungsanspruchs an einen Insolvenzgläubiger *nicht dem Grundsatz der par condicio creditorum widerspricht*, weil der Erwerber ja – wie erwähnt<sup>93)</sup> – eine entsprechende Gegenleistung zu erbringen hat (und eine Aufrechnung wegen § 19 Abs 1 iVm § 20 Abs 1 IO nicht in Frage kommt). Diese Gegenleistung fließt vollständig in die Insolvenzmasse, und im Rahmen des Verteilungsverfahrens wird der Zessionar (der Insolvenzgläubiger ist) wie alle anderen Insolvenzgläubiger quotenmäßig befriedigt. Das *Paritätsprinzip* bleibt also auch bei einem solchen Vorgang gewahrt.

## 7. Unabtretbarkeit wegen des Erfordernisses gerichtlicher Geltendmachung?

Da zur Wahrung der (durch Vereinbarung zwischen Insolvenzverwalter und Anfechtungsgegner um maximal drei Monate verlängerbaren) Anfechtungsfrist des § 43 Abs 2 IO jedenfalls nach einem Teil der Lehre die gerichtliche Geltendmachung erforderlich ist,<sup>94)</sup> ist zu überlegen, ob die *gerichtliche Geltendmachung notwendigerweise durch den Verwalter selbst* erfolgen muss. Eine Bejahung dieser Frage würde die Möglichkeit der Abtretung zwar nicht gänzlich ausschließen, jedoch auf die Zeit nach der Einbringung der Anfechtungsklage durch den Insolvenzverwalter beschränken.<sup>95)</sup>

Die Frage ist jedoch zu verneinen: Denn erstens können die Anfechtungsrechtsfolgen durchaus auch außerprozessual geltend gemacht werden; bloß zur Erhaltung über die Frist des § 43 Abs 2 IO hinaus bedarf es (soweit nicht eine Anfechtung mittels Einrede in Betracht kommt) der gerichtlichen Geltendmachung dieser Rechtsfolgen.<sup>96)</sup> Und zweitens dient das Erfordernis gerichtlicher Geltendmachung nicht etwa dem Schutz des Insolvenzverwalters vor übereilter Geltendmachung der Anfechtungsrechtsfolgen, sondern (nur) dem *Rechtssicherheitsbedürfnis des Anfechtungsgegners und des Rechtsverkehrs*.<sup>97)</sup> Der Anfechtungsgegner soll innerhalb der Frist des § 43 Abs 2 IO erfahren, ob er mit anfechtungsrechtlichen Rechtsfolgen belastet werden soll, und Dritte sollen erfahren, ob sie auf den haftungsrechtlichen Bestand der vermögensrechtlichen Berechtigung des Insolvenzschuldners vertrauen können oder nicht.<sup>98)</sup> Diesen Zwecken wird aber auch dann entsprochen, wenn die An-

<sup>85)</sup> Kayser in MünchKomm InsO II<sup>3</sup> § 129 Rz 217.

<sup>86)</sup> Sofern der Insolvenzverwalter den Anfechtungsanspruch für eine unangemessen niedrige Gegenleistung zediert, wäre er nach allgemeinen Grundsätzen iS des § 81 Abs 3 IO dafür verantwortlich.

<sup>87)</sup> Bartsch in Bartsch/Pollak, KO I<sup>3</sup> 159 f und 233.

<sup>88)</sup> RIS-Justiz RS0064343.

<sup>89)</sup> Koziol/Bollenberger in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I<sup>4</sup> § 27 KO Rz 50; Rebernik in Konecny/Schubert, Kommentar § 27 KO Rz 106; König, Anfechtung<sup>5</sup> Rz 5/4; Widhalm-Budak, Anfechtungsrecht<sup>2</sup> 7; vgl auch RIS-Justiz RS0064354.

<sup>90)</sup> RIS-Justiz RS0050591.

<sup>91)</sup> RIS-Justiz RS0064354 (T5 und T7).

<sup>92)</sup> Ebenso U. Torggler/Trenker, JBI 2013, 621.

<sup>93)</sup> Oben D.II.5.

<sup>94)</sup> Petschek/Reimer/Schiemer, Insolvenzrecht 381 ff; König, Anfechtung<sup>5</sup> Rz 15/3; aA Konecny, ÖBA 1987, 312; Koziol, Grundlagen 106.

<sup>95)</sup> Vgl Eckardt, KTS 1993, 599.

<sup>96)</sup> Vgl Eckardt, KTS 1993, 599.

<sup>97)</sup> U. Torggler/Trenker, JBI 2013, 621.

<sup>98)</sup> Eckardt, KTS 1993, 599.

fechtungsklage nicht vom Insolvenzverwalter, sondern von einem Zessionar erhoben wird.<sup>99)</sup>

Auch das Erfordernis gerichtlicher Geltendmachung spricht daher nicht gegen eine Abtretbarkeit von Anfechtungsansprüchen.

### 8. Unabtretbarkeit im Hinblick auf die Wahrung schutzwürdiger Interessen des Anfechtungsgegners?

Was die Wahrung schutzwürdiger Interessen des Anfechtungsgegners angeht, ist vor allem das Prinzip zu beachten, dass die *Rechtsstellung des Zessus durch die Abtretung rechtlich nicht verschlechtert werden darf*.<sup>100)</sup>

Dies ist hier jedoch nicht der Fall: Denn erstens müssen dem Anfechtungsgegner die aus § 41 IO allenfalls resultierenden *Gegenansprüche wegen seiner eigenen Leistung auch nach einer Abtretung erhalten bleiben*.<sup>101)</sup>

Und zweitens muss die *Anfechtungsfrist des § 43 Abs 2 IO auch im Fall einer Abtretung von der Eröffnung des Insolvenzverfahrens an berechnet werden*.<sup>102)</sup>

Aus dem Verschlechterungsverbot folgt auch nicht, dass der Anfechtungsanspruch mit der Aufhebung des Insolvenzverfahrens untergeht. Zwar sind Insolvenzanfechtungsansprüche grundsätzlich an die Dauer des Insolvenzverfahrens gebunden, bei besonderer Betrauung (vgl §§ 138 und 157i IO) können sie aber auch noch danach geltend gemacht werden.<sup>103)</sup> Nach zutreffender Ansicht besteht daher kein schützenswertes Interesse des Anfechtungsgegners, dass der Anfechtungsprozess während des Insolvenzverfahrens anhängig gemacht oder gar beendet wird.<sup>104)</sup> Nichts anderes kann aber für die Klagsführung durch einen Zessionar gelten.

Des Weiteren kann aus der Regelung des § 157i IO nicht etwa geschlossen werden, dass eine Über-

tragung von Anfechtungsansprüchen nur nach dieser Bestimmung (an einen Treuhänder) erfolgen dürfte. Zweck dieser – durch das IRÄG 2010, BGBl I 29/2010 eingeführten – Regelung war es nämlich lediglich, die bereits zuvor praktizierte<sup>105)</sup> Übertragung der Geltendmachung von Anfechtungsansprüchen an einen (nach damaliger Terminologie) Sachwalter der Gläubiger zur Rechtssicherheit ins Gesetz aufzunehmen.<sup>106)</sup> Die Regelung hat aber keinen negativen Regelungsgehalt in dem Sinn, dass sie eine Übertragung nach anderen Bestimmungen ausschließen würde. Im Übrigen bedarf es nach zutreffender Auffassung<sup>107)</sup> auch im Anwendungsbereich des § 157i IO – jedenfalls seit der Neufassung dieser Norm durch das IRÄG 2010 – keiner speziellen gerichtlichen Betrauung des Treuhänders mit der Durchsetzung des Anfechtungsanspruchs im Aufhebungsbeschluss. Insoweit kann eine Unzulässigkeit der Abtretung auch nicht durch das Argument gestützt werden, die Lebensdauer des Anfechtungs(klags)anspruchs sei grundsätzlich mit der Dauer des Insolvenzverfahrens begrenzt und es obliege allein dem Gericht, vor der Aufhebung des Insolvenzverfahrens bei dann noch aktuellem Interesse der Insolvenzgläubiger das Erlöschen des Klagerrechts zu verhindern und für die weitere Verfolgung zu sorgen.<sup>108)</sup>

Im Ergebnis werden also im Zuge einer Abtretung auch *keine schutzwürdigen Interessen des Anfechtungsgegners verletzt*.

### E. Ergebnis

Die gegenständliche Untersuchung hat ergeben, dass sämtliche gegen die Abtretbarkeit von Insolvenzanfechtungsansprüchen vorgebrachten *Einwände* bei näherer Betrachtung *keinen Bestand* haben. Gerade angesichts des erheblichen praktischen Bedürfnisses ist vielmehr zu betonen, dass die infolge der Verwirklichung eines Anfechtungstatbestands entstehenden Rechte durch den (auch) insoweit verfassungsbefugten Insolvenzverwalter gegen eine angemessene Gegenleistung *abgetreten werden können*.

**Korrespondenz:** Univ.-Prof. Dr. Bettina Nunner-Krautgasser, Institut für Zivilverfahrensrecht und Insolvenzrecht, Universität Graz, Universitätsstraße 15, 8010 Graz, Österreich; E-Mail: bettina.nunner@uni-graz.at.

<sup>99)</sup> Ebenso Eckardt, KTS 1993, 599; U. Torggler/Trenker, JBl 2013, 621.

<sup>100)</sup> Statt vieler Ertl in Rummel, ABGB<sup>3</sup> § 1394 ABGB Rz 1.

<sup>101)</sup> Ausführlich zum deutschen Recht Eckardt, KTS 1993, 604 f.

<sup>102)</sup> Eckardt, KTS 1993, 605; U. Torggler/Trenker, JBl 2013, 622.

<sup>103)</sup> Dazu Nunner-Krautgasser, Haftungsverwirklichung im Konkurs und praktische Folgen, in Konecny, Insolvenz-Forum 2006 (2007) 125 (147 ff); Trenker, Treuhänderüberwachung der Sanierungsplanerfüllung (2017) 120 f.

<sup>104)</sup> U. Torggler/Trenker, JBl 2013, 622.

<sup>105)</sup> Vgl OGH 2 Ob 243/05g = ZIK 2006/24.

<sup>106)</sup> ErlRV 612 BlgNR XXIV. GP 27.

<sup>107)</sup> Trenker, Treuhänderüberwachung 120.

<sup>108)</sup> König, Anfechtung<sup>5</sup> Rz 15/37.