

Herausgegeben von
RA Hon.-Prof. Dr. Peter Csoklich
Univ.-Prof. Dr. Anna Gamper
Univ.-Prof. Dr. Andreas Geroldinger
Univ.-Prof. DDr. Christoph Grabenwarter, Präsident 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
Univ.-Prof. Dr. Ulrich Torggler, LL.M.
Schriftleitung: Meinhard Lukas

Juristische Blätter

Verlag Österreich

Motto: Veritas temporis filia, non auctoritatis

Heft 2 Februar 2021 143. Jahrgang

ISSN 0022-6912 JUBLA7 143 (2) 69–136 (2021)

Juristische Blätter 143, 69–82 (2021)
<https://doi.org/10.33196/jbl202102006901>
JBl 2021, 69

JBl

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

Zur rechtlichen Qualifikation von Anfechtungsansprüchen in der Insolvenz des Anfechtungsgegners

Die rechtliche Qualifikation von Anfechtungsansprüchen in der Insolvenz des Anfechtungsgegners ist seit Langem strittig. Diskutiert wird, ob Einzelanfechtungsansprüche und Insolvenzanfechtungsansprüche in der Insolvenz des Anfechtungsgegners als bloße Insolvenzforderungen einzustufen sind oder ob diese Ansprüche Haftungsriorität im Verhältnis zu den Ansprüchen der Eigengläubiger des Anfechtungsgegners haben. Für den Fall, dass eine Haftungsriorität zu bejahen sein sollte, stellt sich zusätzlich die Frage nach einer Qualifikation als Aussonderungs- oder als Absonderungsrecht. Im folgenden Beitrag werden diese Fragen untersucht.

Deskriptoren: Absonderungsrecht; Anfechtungsanspruch; Aussonderungsrecht; Einzelanfechtung; Einzelanfechtungsanspruch; Haftungsrecht; haftungsrechtliche Unwirksamkeit; Insolvenzanfechtung; Insolvenzanfechtungsanspruch; Insolvenzforderung.
§§ 1, 7, 8, 11, 13 AnfO; §§ 27 ff, 44, 48, 51 IO.

Übersicht

- A. Einleitung
- B. Meinungsstand
 - I. Österreich
 - II. Deutschland
- C. Stellungnahme
 - I. Allgemeines
 - II. Systematische Einordnung der Anfechtung
 - 1. Allgemeines
 - 2. Dingliche Lehren
 - 3. Schuldrechtliche Lehre
 - 4. Lehre von der haftungsrechtlichen Unwirksamkeit
 - III. Charakteristika der Anfechtung in Österreich
 - IV. Haftungsriorität des Anfechtungsanspruchs in der Insolvenz des Anfechtungsgegners?
 - 1. Anfechtung und Grundstruktur der persönlichen Vermögenshaftung
 - 2. Verkehrssicherheit und Gläubigerinteressen
 - 3. Aus- oder Absonderungsrecht?
- D. Ergebnis

A. Einleitung

Die rechtliche Qualifikation von Einzel- und Insolvenzanfechtungsansprüchen in der Insolvenz des Anfechtungsgegners ist seit Langem so heftig umstritten, dass diese Thematik als die „*eigentliche Bewährungsprobe der Anfechtungstheorien*“ bezeichnet wird.¹⁾ Die zentrale Frage ist die folgende:

¹⁾ Vgl. Henckel in Jaeger, Konkursordnung⁹ (1990) § 37 Rz 64; Eckardt, Anfechtung und Aussonderung, KTS 2005, 15; Thole, Gläubigerschutz durch Insolvenzrecht – Anfechtung und verwandte Regelungsinstrumente in der Unternehmensinsolvenz (2010) 540; Spitzer, Aussonderung nach Insolvenzanfechtung in Deutschland und Österreich, ZInsO 2012, 308 (309); Nunner-Krautgasser, Haftungsrechtliche Unwirksamkeit infolge Insolvenzanfechtung und ihre Tragweite in der Insolvenz des Anfechtungsgegners, in Konecny, ZIK Spezial – Insolvenzrecht und Kreditschutz 2015 (2015) 129; Spitzer, Das persönliche Recht auf Aussonderung (2017) 288.

Haben Einzelanfechtungsansprüche bzw Insolvenzanfechtungsansprüche in der Insolvenz des Anfechtungsgegners *Haftungspriorität* im Verhältnis zu den Ansprüchen der Eigengläubiger des Anfechtungsgegners, oder sind sie in die Haftungsgemeinschaft²⁾ der einfachen Insolvenzgläubiger einzureihen? Für den Fall, dass eine Haftungspriorität zu bejahen sein sollte, stellt sich zusätzlich die Frage, ob der jeweilige Anspruch als *Aussonderungs- oder als Absonderungsrecht* zu qualifizieren ist.

Vorauszuschicken ist, dass – angesichts der beträchtlichen strukturellen Parallelen von Einzel- und Insolvenzanfechtung³⁾ – die Insolvenzanfechtung betreffende Ergebnisse grundsätzlich auch für die Einzelanfechtung verwertbar sind; konstruktive Unterschiede hinsichtlich der Rechtsnatur des dem Anfechtungsberechtigten jeweils zustehenden Anspruchs und – daraus resultierend – hinsichtlich der Klagebegehren müssen angemessen berücksichtigt werden.

B. Meinungsstand

I. Österreich

In Österreich wurde die Qualifikationsfrage in erster Linie zur Einordnung des Insolvenzanfechtungsanspruchs in der Insolvenz des Anfechtungsgegners thematisiert. Dazu wurde in der *Literatur* durchwegs vertreten, dass es sich sowohl beim anfechtungsrechtlichen Primäranspruch auf „Naturalleistung“ als auch beim Sekundäranspruch auf Geldersatz⁴⁾ um eine bloße Insolvenzforderung handeln soll.⁵⁾ Auffallend ist dabei allerdings, dass sich in Österreich – bis auf wenige (jüngere) Ausnahmen⁶⁾ – bislang kaum eingehendere Stellung-

nahmen zu diesem Thema finden; ein vertiefender Diskurs hat hier daher – ganz anders als in Deutschland⁷⁾ – noch nicht stattgefunden.

Auch die *Judikatur* zu diesem Thema ist bislang spärlich geblieben: In der (eine Insolvenzanfechtung betreffenden) Entscheidung 7 Ob 624/89⁸⁾ lehnte der OGH das Vorliegen eines Aussonderungsrechts mit einem Verweis auf die Entscheidung 3 Ob 163/79⁹⁾ ab. Die Aussagekraft der letzteren Entscheidung ist allerdings insoweit begrenzt, als in dieser zwar der Anfechtungsanspruch als Konkursforderung (nach der Terminologie seit dem IRÄG 2010, BGBl I 29/2010: als Insolvenzforderung) qualifiziert wurde. Da allerdings der Anfechtungskläger in diesem Verfahren ohnehin nur eine Konkursforderung geltend gemacht haben dürfte, stellte sich die Frage nach einer allfälligen Haftungspriorität des Anfechtungsanspruchs offensichtlich gar nicht.

In einer späteren Entscheidung (08.11.1995, 7 Ob 606/95) formulierte der OGH einigermaßen kryptisch: „Da durch die vorliegende Anfechtungsklage gleich einem Aus- bzw Absonderungsanspruch die Masse der beklagten Gemeinschuldnerin verringert werden soll, unterliegt sie der Anmeldung im Konkurs.“ Dabei ging es allerdings um die Beantwortung der zentralen Frage nach dem rechtlichen Schicksal einer nach der Konkurseröffnung gegen den Insolvenzschuldner gerichteten Anfechtungsklage; aus dem zitierten obiter dictum kann daher zu der hier interessierenden Qualifikationsfrage ebenfalls wenig gewonnen werden.

Sonstige österreichische Entscheidungen zu dieser Frage sind – soweit ersichtlich – nicht vorhanden.

II. Deutschland

In Deutschland ist die Situation eine völlig andere: Zwar gingen die ältere *Judikatur*¹⁰⁾ und die überwiegende Lehre¹¹⁾ lange Zeit von einer Qualifikation des Anfechtungsanspruchs als Insolvenzforderung aus.

Das Jahr 2003 brachte allerdings eine veritable *Judikaturwende*: Seit der bahnbrechenden Entscheidung IX ZR 252/01,¹²⁾ die durch eine Andeu-

solvenzrecht und Kreditschutz 2015, 129; König/Trenker, Anfechtung⁶⁾ Rz 2.20 ff.

⁷⁾ Dazu sogleich unter Punkt B.II.

⁸⁾ RdW 1990, 409.

⁹⁾ SZ 52/193.

¹⁰⁾ Etwa BGH IX ZR 167/86 = BGHZ 101, 286; IX ZR 112/88 = BGHZ 106, 127; BGH IX ZR 27/89 = NJW 1990, 990.

¹¹⁾ Statt vieler Jaeger, Lehrbuch des Deutschen Konkursrechts (1932) 155; derselbe, Die Gläubigeranfechtung außerhalb des Konkursverfahrens (1938) 59; Baur/Stürmer, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht II Insolvenzrecht¹²⁾ (1990) Rz 18.12; siehe auch die Nachweise bei Eckardt, KTS 2005, 16 Fn 2.

¹²⁾ BGHZ 156, 350 = NJW 2004, 214 = ZIP 2003, 2307 = WM 2003, 2479 = NZI 2004, 78 = ZInsO 2004, 1096; dazu etwa Gerhardt, Anmerkung zu BGH IX ZR 252/01, LMK 2004, 34; derselbe, Der IX. Senat des BGH auf dem Weg zur haftungsrechtlichen Anfechtungstheorie oder: „Wertungsfrage“ statt Dogmatik?, ZIP 2004, 1675; Huber, Anmerkung zu BGH IX ZR 252/01, NZI 2004, 81; Eckardt, KTS 2005, 15.

²⁾ Dazu und zur Kollision der Haftungsrechte in der Insolvenz Nunner-Krautgasser, Schuld, Vermögenshaftung und Insolvenz (2007) 334 und 339.

³⁾ Vgl Koziol, Grundlagen und Streitfragen der Gläubigeranfechtung (1991) 48; vgl auch G. Paulus, Sinn und Formen der Gläubigeranfechtung, AcP 155 (1956) 277 (323).

⁴⁾ Die rechtliche Qualifikation des Sekundäranspruchs muss einer gesonderten Untersuchung vorbehalten bleiben. Vgl zum deutschen Recht ausführlich Henckel in Jaeger/Henckel/Gerhardt, InsO IV (2008) § 143 Rz 104 ff; Eckardt, KTS 2005, 43 ff.

⁵⁾ Ehrenzweig, Kommentar zur Anfechtungsordnung und zu den Anfechtungsnormen der Konkursordnung (1916) 509; Bartsch/Pollak, Konkursordnung I³ (1937) 156; so im Ergebnis auch Petschek/Reimer/Schiemer, Das österreichische Insolvenzrecht (1973) 385 und 420; Holzhammer, Österreichisches Insolvenzrecht⁵ (1996) 98 f; Rebernik in Konecny/Schubert, Kommentar zu den Insolvenzgesetzen (2006) § 27 KO Rz 13 und 21 sowie § 39 KO Rz 73; Konecny in Konecny/Schubert, Kommentar zu den Insolvenzgesetzen (1997) § 102 KO Rz 10; Spitzer, ZInsO 2012, 308 ff; derselbe, Aussonderung 287 ff; Trenker, Insolvenzanfechtung gesellschaftsrechtlicher Maßnahmen (2012) 20 f; vgl auch Nunner-Krautgasser, Schuld 138 Fn 104 und 276 Fn 195; aA Reichmayr, Die Idee der Gläubigeranfechtung (1913) 67 (Absonderungsrecht). König/Trenker (Die Anfechtung nach der IO⁵ [2020] Rz 2.20) qualifizieren nicht nur den anfechtungsrechtlichen Leistungsanspruch, sondern auch das Gestaltungsrecht als Insolvenzforderung; insoweit aA Petschek/Reimer/Schiemer, Insolvenzrecht 385 Fn 25 (Aussonderungsanspruch).

⁶⁾ Vgl Spitzer, ZInsO 2012, 308; derselbe, Aussonderung 287 ff; Nunner-Krautgasser in Konecny, ZIK Spezial – In-

tung in der Entscheidung IX ZR 228/02¹³) sowie durch literarische Äußerungen einzelner Senatsmitglieder¹⁴) vorbereitet worden war, erkennt der BGH dem *anfechtungsrechtlichen Primäranspruch in der Insolvenz des Anfechtungsgegners Haftungs-priorität* zu. Dem anfechtenden Insolvenzverwalter wird die Befugnis zuerkannt, einen iS des § 143 Abs 1 InsO in die Masse zurückzugewährenden Gegenstand im Insolvenzverfahren des Anfechtungsgegners *auszusondern*. Dieses Ergebnis wurde in der Entscheidung IX ZR 252/01 auf die den einschlägigen Gesetzesnormen zugrunde liegenden Wertungen gestützt: Es komme nämlich darauf an, welchem Vermögen der umstrittene Gegenstand nach Inhalt und Zweck der gesetzlichen Regelung im maßgeblichen Zeitpunkt zuzuordnen sei; in diesem Sinn könnten auch schuldrechtliche Ansprüche zu einer „vom dinglichen Recht abweichenden Vermögenszuweisung“ führen. Unter Bezugnahme auf die Treuhand und auf einen sondergesetzlich geregelten Aussonderungsanspruch (§ 25 Abs 5 S 1 des deutschen Gesetzes über die Eröffnungsbilanz in Deutscher Mark und die Kapitalneufestsetzung [DMBiLG]) hielt der BGH fest, auch das Insolvenzanfechtungsrecht bewirke eine entsprechende Änderung der Vermögenszuordnung, weil aufgrund anfechtbarer Rechtshandlungen aus dem Schuldnervermögen ausgeschiedene Gegenstände der den Gläubigern haftenden Masse wieder zugeführt werden müssen. Damit würden sie als ein dem Zugriff der Gläubigergesamtheit zur Verfügung stehendes Objekt der Vermögensmasse des insolventen Schuldners behandelt werden, obwohl sie schuld- und sachenrechtlich wirksam in das Eigentum des Anfechtungsgegners übergegangen sind. Dies korrespondiere nicht nur mit den Rechtsnachfolgeregeln (§ 145 Abs 1 InsO), sondern entspreche auch der Interessenlage: Es wäre nämlich nicht einzusehen, warum die Gläubiger des insolvent gewordenen Anfechtungsgegners von Rechtshandlungen profitieren sollen, die – im Hinblick auf die beiderseitige Insolvenz – als ungerechtfertigte Vermehrung der Vermögensmasse des Empfängers erscheinen.

C. Stellungnahme

I. Allgemeines

Vor dem Hintergrund dieses heterogenen Meinungsstands ist die *Einordnung des Anfechtungsanspruchs in der Insolvenz des Anfechtungsgegners* zu analysieren. Die Untersuchung kann und darf sich methodisch freilich nicht (allein) auf anfechtungsrechtliche Konstruktionsfragen stützen, sondern hat auch die Funktion der Anfechtung und insbesondere die Interessen der betroffenen Gläu-

bigergruppen gebührend zu berücksichtigen. Wertungen können ein dogmatisches Fundament allerdings nur untermauern, nicht aber ersetzen.

II. Systematische Einordnung der Anfechtung

1. Allgemeines

Die zur systematischen Einordnung der Anfechtung vertretenen Ansichten¹⁵) beantworten (auch) die Frage nach der rechtlichen Qualifikation des Anfechtungsanspruchs in der Insolvenz des Anfechtungsgegners unterschiedlich. Vorauszuschicken ist, dass der gesamte Theorienstreit in einer nach wie vor *unzulänglichen Verankerung der* (erst 1874 durch *Brinz*¹⁶) geprägten *Kategorien von Schuld und Haftung*¹⁷) in der zivilrechtlichen Dogmatik wurzelt; dies schlägt sich wiederum in einer unzureichenden gesetzlichen Umsetzung dieser zentralen Kategorien nieder.¹⁸) Aus dieser eklatanten Lücke resultieren zahlreiche offene Rechtsfragen, zu deren Lösung sich unterschiedliche Lehrmeinungen herausgebildet haben; dass die für insolvenzrechtliche (und anfechtungsrechtliche) Belange wesentliche Abgrenzung von Schuld und Haftung erst spät in die Diskussion eingeflossen ist, verstärkt die große Unsicherheit in diesem Bereich.

2. Dingliche Lehren

Mittlerweile durchwegs abgelehnt¹⁹) werden die diversen älteren „dinglichen Theorien“.²⁰) Ihr gemeinsames Charakteristikum besteht darin, dass sie das der Anfechtung unterliegende Rechtsgeschäft als (umfassend) unwirksam – also als zwischen Schuldner und Anfechtungsgegner keine dingliche Wirkung entfaltend – erachten. Dies wird zum Teil mit der rückwirkenden rechtsgestaltenden Kraft der Anfechtungserklärung²¹) und zum Teil mit einer unmittelbar kraft Gesetzes eintretenden Unwirksamkeit bereits zur Zeit der Vornahme der anfechtbaren Rechtshandlung²²) begründet.

¹⁵) Vgl den Überblick bei *Nunner-Krautgasser* in *Konecny, ZIK Spezial – Insolvenzrecht und Kreditschutz* 2015, 130 ff; *Spitzer, ZInsO* 2012, 308; ebenso *derselbe*, *Aussonderung* 289 ff.

¹⁶) *Brinz*, *Der Begriff obligatio*, *GrünhutsZ* 1 (1874) 11.

¹⁷) Dazu ausführlich *Nunner-Krautgasser*, *Schuld* 7 ff.

¹⁸) Vgl *Nunner-Krautgasser*, *Schuld* 364.

¹⁹) Eine Ausnahme bildet *Marotzke* („Dingliche“ Wirkungen der Gläubiger- und Konkursanfechtung, *KTS* 1987, 1), dessen Variante der Dinglichkeitstheorie allerdings kaum von der (noch darzulegenden) haftungsrechtlichen Lehre abgrenzbar ist.

²⁰) Nachweise etwa bei *Kirchhof/Freudenberg* in *Stürner/Eidenmüller/Schoppmeyer*, *MünchKomm InsO II*⁴ Vor §§ 129–147 Rz 13 ff.

²¹) So vor allem *Hellwig*, *Anfechtungsrecht und Anfechtungsanspruch nach der neuen Konkursordnung*, *ZZP* 26 (1899) 474 (478); *Hellmann*, *Lehrbuch des deutschen Konkursrechts* (1907) 347 und 353.

²²) Etwa *Lenhard*, *Natur und Wirkung der Gläubigeranfechtung*, *ZZP* 38 (1909) 165; *Geib*, *Die Zwangsvollstreckung in den anfechtbaren Erwerb eines Kriegsteilnehmers*, *AcP* 113 (1915) 335; *derselbe*, *Die Gläubigeranfechtung und § 864 Abs 2 ZPO*, *AcP* 115 (1917) 58; *derselbe*, *Gläubigeranfechtung durch Einrede*, *AcP* 119 (1921) 157; *Schulin*, *Das Problem der Gläubigeranfechtung (eine Kri-*

¹³) BGHZ 155, 199 = *KTS* 2003, 651 = *NJW* 2003, 3345 = *ZIP* 2003, 1554 = *NZI* 2003, 537 = *WM* 2003, 1581 = *ZInsO* 2003, 761.

¹⁴) *Kreft*, *Ausgesuchte Probleme des Anfechtungsrechts*, *ZInsO* 1999, 370; nunmehr *Ganter* in *Stürner/Eidenmüller/Schoppmeyer*, *MünchKomm InsO I*⁴ (2019) § 47 Rz 346; *Kirchhof/Freudenberg* in *Stürner/Eidenmüller/Schoppmeyer*, *MünchKomm InsO II*⁴ (2019) Vor §§ 129–147 Rz 23.

Entsprechend der Relativität der Anfechtung²³⁾ entstehe daher bei anfechtbarer Veräußerung von Haftungsvermögen relatives Eigentum.²⁴⁾ Den Insolvenzgläubigern gegenüber sei zwar nach wie vor der Schuldner Eigentümer des anfechtbar übertragenen Objekts, allen anderen gegenüber jedoch der Erwerber.

Ausgehend von einem dinglichen Ansatz sind Anfechtungsansprüche in der Insolvenz des Anfechtungsgegners jedenfalls als Aussonderungsrechte zu qualifizieren.²⁵⁾

3. Schuldrechtliche Lehre

Nach der schuldrechtlichen Lehre²⁶⁾ soll die Anfechtung hingegen keine Verschiebung in der Zuordnung des haftenden Vermögens bewirken und insbesondere keine unmittelbare dingliche Wirkung zeitigen. Vielmehr begründe die Verwirklichung eines Anfechtungstatbestands einen rein obligatorisch wirkenden Anspruch gegen den Anfechtungsgegner; dieser zielt in der Einzelanfechtung auf „Duldung“ der Befriedigung des Anfechtenden und in der Insolvenzanfechtung auf Rückgewähr des Empfangenen in das Schuldnervermögen ab.²⁷⁾ Details sind dabei strittig,²⁸⁾ so insbesondere die Frage, ob der Anfechtungsanspruch erst durch die Anfechtungserklärung entsteht (und ob die Anfechtung daher – primär – rechtsgestaltend wirken muss)²⁹⁾ oder ob dieser vielmehr unmittelbar kraft Gesetzes (in der Einzelanfechtung mit der Erfüllung der Anfechtungstatbestände, in der Insolvenzanfechtung mit der Verfahrenseröffnung) begründet wird.³⁰⁾ Die letztere Auffassung hat sich in der deutschen Lehre durchgesetzt, sodass die hM³¹⁾ in

tik der hM), LZ 1922, 601; *Goldschmidt*, Der Prozess als Rechtslage (1925) 323 und 468; *derselbe*, Zivilprozeßrecht² (1932) 328.

²³⁾ Dazu *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 2.11.

²⁴⁾ Vgl die Darstellung bei *Koziol/Bollenberger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht I⁴ (2000) § 27 KO Rz 17 und bei *Spitzer*, ZInsO 2012, 309.

²⁵⁾ Vgl etwa *Oertmann*, Die Wirkung der Gläubigeranfechtung, ZZZ 33 (1904) 1 (3).

²⁶⁾ Grundlegend *Jaeger*, Lehrbuch 152 ff; *derselbe*, Gläubigeranfechtung 51 ff; *Baur/Stürner*, Insolvenzrecht¹² Rz 18.12 ff; siehe auch die Nachweise bei *Eckardt*, KTS 2005, 16 sowie bei *Gerhardt*, Die systematische Einordnung der Gläubigeranfechtung (1969) 6 ff.

²⁷⁾ Zum Klagebegehren bei der Einzelanfechtung und zu den diesbezüglichen Unterschieden zur Insolvenzanfechtung nach österreichischem Recht vgl *Nunner-Krautgasser*, Schuld 145 und 183 ff; *dieselbe*, Die Haftungsklagen, ÖJZ 2007, 713 (713 f); siehe dazu auch *Koziol*, Grundlagen 47 ff.

²⁸⁾ Vgl *Gerhardt*, Gläubigeranfechtung 6 ff.

²⁹⁾ So die ältere Lehre, etwa *Cosack*, Anfechtungsrecht der Gläubiger eines zahlungsunfähigen Schuldners innerhalb und außerhalb des Konkurses (1884) 219 f; *Seuffert*, Deutsches Konkursprozeßrecht (1899) 220; *Kohler*, Grundriß des Zivilprozesses mit Einschluß des Konkursrechtes (1909) 161.

³⁰⁾ Näheres dazu siehe *Henckel* in *Jaeger*, KO⁹ § 37 Rz 5; *derselbe* in *Jaeger/Henckel/Gerhardt*, InsO IV § 143 Rz 7, jeweils mwN.

³¹⁾ StRsp des deutschen BGH: Vgl etwa BGH V ZR 96/53 = BGHZ 15, 333 = NJW 1955, 259; IX ZR 167/86 = BGHZ

Deutschland – anders als in Österreich (arg § 1 Anfo und § 27 IO: „[...] als unwirksam erklärt werden“³²⁾) – der Anfechtung keine rechtsgestaltende Wirkung beimisst. Die Grundlagen wurden früher zum Teil deliktsrechtlich,³³⁾ später durchwegs bereicherungsrechtlich³⁴⁾ oder zumindest kondiktionsähnlich³⁵⁾ qualifiziert. Die neuere deutsche Lehre geht beim anfechtungsrechtlichen Primäranspruch von einem kraft Gesetzes entstehenden obligatorischen (Verschaffungs-)Anspruch eigener Art aus.³⁶⁾ Im Hinblick auf diese Qualifikation wurde bis zur erwähnten Entscheidung des BGH IX ZR 252/01 in der Insolvenz des Anfechtungsgegners das Vorliegen einer Insolvenzforderung angenommen.³⁷⁾

Gerade die neuere Judikatur des deutschen BGH zeigt freilich, dass eine abweichende Deutung durchaus auch unter Zugrundelegung der schuldrechtlichen Lehre möglich ist: Denn obwohl der BGH der schuldrechtlichen Lehre in stRsp gefolgt ist³⁸⁾ und die schuldrechtliche Ausgestaltung der Anfechtung durch die am 01.01.1999 in Kraft getretene deutsche InsO sogar noch verstärkt wurde,³⁹⁾ entspricht die neuere BGH-Judikatur zur Wirkung der Anfechtung in der Insolvenz des Anfechtungsgegners⁴⁰⁾ den Ergebnissen der haftungs-

101, 286 = NJW 1987, 2821; *Gerhardt*, Gläubigeranfechtung 7 f; *Eckardt*, Die Anfechtungsklage wegen Gläubigerbenachteiligung (1994) 18 f mwN.

³²⁾ Statt vieler *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 2.10; vgl auch *Eckardt*, Anfechtungsklage 18 f Fn 62.

³³⁾ *Petersen*, Zur Lehre vom Anfechtungsrecht, ZZZ 10 (1887) 42; *Lippmann*, Die rechtliche Natur der Anfechtung, JherJB 36 (1896) 145 (153); *Fitting*, Reichs-Concursrecht und Concursverfahren² (1881) 136 und 159; *Sarwey/Bossert*, Die Konkurs-Ordnung für das Deutsche Reich vom 10. Februar 1877³ (1896) 141.

³⁴⁾ Vgl etwa *Menzel*, Das Anfechtungsrecht der Gläubiger nach österreichischem Recht (1886) 29 und 232 ff; *v. Caemmerer*, Bereicherung und unerlaubte Handlung, in FS Rabel (1954) 333 (367 ff). Subtil ist die Ansicht von *F. Schulz*, System der Rechte auf den Eingriffserwerb, AcP 105 (1909) 1 (226 ff): Dieser deutet den anfechtbaren Erwerb als Eingriff in das den Gläubigern zugeordnete Befriedigungsrecht, wobei er seinem Erklärungsmodell zwar bereicherungsrechtliche Elemente zugrunde legt, einen allein auf Bereicherungsrecht fußenden Ansatz jedoch für unzureichend erachtet; vgl auch *Steinbach*, Kommentar zu den Gesetzen vom 16. März 1884 über die Anfechtung von Rechtshandlungen³ (1905) 120; siehe dazu auch *Koziol*, Die Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte (1967) 169 ff.

³⁵⁾ Etwa *Oertmann*, ZZZ 33 (1904) 28 f.

³⁶⁾ *Kirchhof/Freudenberg* in *Stürner/Eidenmüller/Schoppmeyer*, MünchKomm InsO II⁴ Vor §§ 129–147 Rz 17 mwN; so bereits *Jaeger*, Lehrbuch 152 f; *derselbe*, Gläubigeranfechtung 51 ff.

³⁷⁾ Etwa *Jaeger*, Lehrbuch 155; *derselbe*, Gläubigeranfechtung 59; *Baur/Stürner*, Insolvenzrecht¹² Rz 18.12; so auch die ältere Rsp des deutschen RG und des BGH, etwa BGH IX ZR 167/86 = BGHZ 101, 286; IX ZR 112/88 = BGHZ 106, 127; IX ZR 27/89 = NJW 1990, 990.

³⁸⁾ Zur Insolvenzanfechtung etwa BGH V ZR 96/53 = BGHZ 15, 333; zur Einzelanfechtung BGH IX ZR 81/94 = BGHZ 130, 314.

³⁹⁾ *Ganter* in *Stürner/Eidenmüller/Schoppmeyer*, MünchKomm InsO I⁴ § 47 Rz 346.

⁴⁰⁾ Dazu oben bei Fn 12.

rechtlichen Lehre.⁴¹⁾ Auch wenn daher der BGH in diesen Entscheidungen kein ausdrückliches Bekenntnis zu einer bestimmten anfechtungsrechtlichen Dogmatik abgibt, sondern sein Ergebnis primär auf die den einschlägigen Gesetzesnormen zugrunde liegenden Wertungen stützt, ist die starke Anlehnung an eine haftungsrechtliche Deutung der Anfechtung unverkennbar.⁴²⁾

4. Lehre von der haftungsrechtlichen Unwirksamkeit

Die Lehre von der haftungsrechtlichen Unwirksamkeit geht auf G. Paulus⁴³⁾ zurück und hat insbesondere in Deutschland,⁴⁴⁾ aber auch in Österreich⁴⁵⁾ stark an Popularität gewonnen.⁴⁶⁾ Diese Ansicht setzt die *rechtliche Qualifikation des Anfechtungsrechts als Ausfluss des Befriedigungsrechts*⁴⁷⁾ bzw. *des persönlichen Haftungsrechts der Gläubiger*⁴⁸⁾ konsequent um: Ausgehend von einem systematischen Verständnis des Insolvenzrechts als Recht der Haftungsverwirklichung⁴⁹⁾ baut diese Theorie auf der (später von Henckel im Rahmen seiner das Beschlagnahmerecht Kohlers⁵⁰⁾ weiterentwickelnden Lehre von der haftungsrechtlichen Zu-

weisung⁵¹⁾ herausgearbeiteten) Erkenntnis auf, dass mit der Trägerschaft eines Rechts diverse Befugnisse und Funktionen verbunden sind, insbesondere die Gebrauchs- und Verfügungsrechte einerseits und die Haftungsfunktion andererseits: Der Eigentümer einer Sache darf diese (insbesondere) gebrauchen und über sie verfügen; die Sache haftet aber auch seinen Gläubigern im Rahmen der persönlichen Vermögenshaftung.

Die *Struktur der persönlichen Vermögenshaftung* ist folgendermaßen beschaffen: Aufgrund einer Geldforderung steht dem Gläubiger nicht nur eine (vollstreckungsrechtlich relevante) Zugriffsbefugnis gegen ihm haftende Objekte, sondern (als Basis dafür) eine Wertposition⁵²⁾ am Haftungsvermögen und damit ein materielles Haftungsrecht zu, das sich grundsätzlich gegen den Schuldner, im Notfall aber auch gegen dritte Erwerber von Haftungsvermögen richtet. Insoweit hat Koziol⁵³⁾ aufgezeigt, dass gerade die Regelungen der Anfechtung (und zwar sowohl der Einzelanfechtung nach der Anfo als auch der Insolvenzanfechtung nach der IO) nur durch die Annahme einer solchen *materiellen Rechtsposition des Gläubigers* bruchlos in unser Rechtssystem eingeordnet werden können. Diese Rechtsposition ist nach hA⁵⁴⁾ auf die Vermögenswerte des Schuldners und nicht (wie der Leistungsanspruch) gegen seine Person gerichtet. Sie kann nicht nur (wie der Leistungsanspruch) gegenüber dem Schuldner selbst, sondern – wengleich nur bei „besonderer Gefährdung“⁵⁵⁾ und in beschränktem Umfang – auch gegenüber Dritten in der Weise Wirkungen entfalten, dass bei Erschöpfung des aktuellen Haftungsfonds des Schuldners auch Vermögenswerte zur Haftung herangezogen werden können, die bereits in die Rechtszuständigkeit Dritter „verschoben“ wurden. Der dahinter stehende Grundgedanke besteht darin, dass die Begründung einer Geldobligation den Schuldner hinsichtlich der Verfügungsmacht über sein haftendes Vermögen „in eigentümlicher Weise begrenzt“⁵⁶⁾ Zwar

⁴¹⁾ Dazu sogleich unter Punkt C.II.4.

⁴²⁾ Gerhardt, ZIP 2004, 1678; Eckardt, KTS 2005, 30; Spitzer, ZInsO 2012, 311.

⁴³⁾ Grundlegend G. Paulus, AcP 155 (1956) 277.

⁴⁴⁾ Gerhardt, Gläubigeranfechtung 11 ff; Henckel in Jaeger, KO⁹ § 37 Rz 19 ff; derselbe in Jaeger/Henckel/Gerhardt, InsO IV § 143 Rz 23 ff; Häsemeyer, Insolvenzrecht⁴ (2007) Rz 21.14 ff; Allgayer, Rechtsfolgen und Wirkungen der Gläubigeranfechtung (2000) 32 ff und 64 ff; C. Paulus, Insolvenzrecht² (2012) Rz 101 und 178; vgl auch Haas/Müller, Der Insolvenzanfechtungsanspruch in der Insolvenz des Anfechtungsgegners, ZIP 2003, 49; Thole, Gläubigerschutz 525 ff; C. Paulus, Insolvenzrecht² Rz 101 und 178.

⁴⁵⁾ Vgl zum Grundgedanken dieser Theorie bereits Reichmayr, Idee 6 ff, 16 ff und 66 ff. Zur modernen Lehre siehe Koziol, Grundlagen 45 ff; Koziol/Bollenberger in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I⁴ § 27 KO Rz 18 f; Rebernick, 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 142 f und 152 f; vgl auch OGH 8 Ob 6/91 = ÖBA 1991, 829. König/Trenker (Anfechtung⁶ Rz 2.4) halten die Theorie von der haftungsrechtlichen Unwirksamkeit trotz Spezifika der österreichischen Rechtslage immerhin für ein „im Ansatz“ taugliches Erklärungsmodell. Kritisch Spitzer, Aussonderung 302 ff sowie Spitzer/Wilfinger, Übertragbarkeit oder Höchstpersönlichkeit von Anfechtungsrechten – Grundlagen und Folgefragen nach OGH 17 Ob 6/19k, ÖBA 2019, 795 (801 f).

⁴⁶⁾ Nunner-Krautgasser in Konecny, ZIK Spezial – Insolvenzrecht und Kreditschutz 2015, 132; Spitzer, Aussonderung 290; zum deutschen Recht etwa Haas/Müller, ZIP 2003, 51.

⁴⁷⁾ Dazu Koziol, Beeinträchtigung 165 ff; derselbe, Grundlagen 4 f; Koziol/Bollenberger in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I⁴ § 27 KO Rz 3; vgl auch F. Bydlinski, System und Prinzipien des Privatrechts (1996) 303.

⁴⁸⁾ Dazu ausführlich Nunner-Krautgasser, Schuld 155 ff.

⁴⁹⁾ Dazu Nunner-Krautgasser, Schuld 205 ff.

⁵⁰⁾ Kohler, Lehrbuch des Konkursrechts (1891) 98 ff; derselbe, Konkursrechtliche Studien, AcP 81 (1893) 329; für Österreich vor allem Rintelen, Handbuch des österreichischen Konkurs- und Ausgleichsrechtes (1915) 150 ff.

⁵¹⁾ Henckel, Wert und Unwert juristischer Konstruktion im Konkursrecht, in FS Weber (1975) 237; derselbe in Jaeger, KO⁹ § 1 Rz 3; derselbe in Jaeger/Henckel/Gerhardt, InsO I (2004) § 35 Rz 5; für Österreich siehe Nunner-Krautgasser, Schuld 310 ff.

⁵²⁾ Diese ist – als Ausfluss der Geldforderung, die ansonsten über eine bloße Aussicht nicht hinausginge – der eigentliche Grund für die Betrachtung der Geldforderung als gegenwärtiger Vermögenswert; Nunner-Krautgasser, Schuld 167.

⁵³⁾ Grundlagen 4 ff; Koziol/Bollenberger in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I⁴ § 27 KO Rz 3 f; siehe dazu auch OGH 5 Ob 603/84 = SZ 58/115 = EvBl 1986/129; Menzel, Anfechtungsrecht 39; Krasnopolski, Das Anfechtungsrecht der Gläubiger nach österreichischem Recht (1889) 7; F. Bydlinski, System 173 und 302 ff.

⁵⁴⁾ So zB Koziol, Beeinträchtigung 165 f; derselbe, Grundlagen 5; F. Bydlinski, System 173 und 303 ff; für Deutschland vgl etwa v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts (1910) 110 f; Spellenberg, Zum Gegenstand des Konkursfeststellungsverfahrens (§§ 138 ff KO) (1973) 47; Nunner-Krautgasser, Schuld 155 ff.

⁵⁵⁾ Koziol, Grundlagen 5.

⁵⁶⁾ G. Paulus, AcP 155 (1956) 314 f.

kann der Schuldner (außerhalb der Insolvenz) grundsätzlich beliebig über sein Vermögen verfügen, doch reicht diese Macht nicht so weit, dass er dadurch die Befriedigungsaussicht seiner Gläubiger absichtlich zerstören oder in Form von Schenkungen vernichten könnte. Die freie Verfügungsmacht des Schuldners über sein Vermögen kollidiert also unter Knappheitsbedingungen mit den haftungsrechtlichen Positionen der Gläubiger.⁵⁷⁾

Der persönliche Haftungsfonds, auf den die Gläubiger greifen können, setzt sich wiederum grundsätzlich aus den Sachen zusammen, für die der Schuldner zur Zeit der Begründung der Haftung rechtszuständig war (sofern sie nicht bis zum Gläubigerzugriff bereits wieder aus seinem Vermögenskreis ausgeschieden sind), sowie aus dem bis zum Gläubigerzugriff erlangten Neuerwerb.⁵⁸⁾ Da der Schuldner seinen persönlichen Haftungsfonds durch Verfügungen grundsätzlich schmälern kann, wird insoweit treffend von der „ätherischen Flüchtigkeit“⁵⁹⁾ der persönlichen Haftung gesprochen. Diese Flüchtigkeit hat jedoch Grenzen: Die formelle Eröffnung eines Insolvenzverfahrens bewirkt eine rigorose Verfestigung und Absicherung des Haftungsfonds im Wege der haftungsrechtlichen Zuweisung des Vermögens an die Insolvenzgläubiger, die insbesondere durch § 2 Abs 2 und § 3 IO durchgeführt wird. Und außerhalb eines Insolvenzverfahrens sind es gerade die *Anfechtungsnormen*, die eine Grenzregulierung der persönlichen Vermögenshaftung mit sich bringen.⁶⁰⁾ Sie bewirken eine *Erweiterung des persönlichen Haftungsfonds um Vermögenswerte, für die der Schuldner nicht (mehr) rechtszuständig ist*. Dahinter steht der verallgemeinerungsfähige Gedanke, dass die Zuordnung eines Vermögenswerts mittels der Figur des subjektiven Rechts nicht notwendigerweise eine einheitliche sein muss. Vielmehr ist insoweit eine Zerlegung im Wege einer funktionellen Betrachtung denkbar, die auf eine Differenzierung nach den unterschiedlichen Funktionen der Zuordnung hinausläuft.⁶¹⁾ Gerade im Anfechtungsrecht⁶²⁾ zeigt sich, dass das *Ausscheiden eines Vermögenswerts aus der Rechtszuständigkeit des Schuldners nicht notwendigerweise mit einem Ausscheiden aus „seinem“ Haftungsfonds verbunden ist*.

Die Lehre von der haftungsrechtlichen Unwirksamkeit basiert in diesem Sinn darauf, dass *Rechtszuständigkeit und Zugehörigkeit zum Haftungsfonds nicht zwingend deckungsgleich sind*, sondern dass es vielmehr Fälle gibt, in denen sich die Haf-

tungsfunktion eines Vermögenswertes auch von seinen sonstigen Funktionen (insbesondere von der Verfügungsfunktion) lösen kann.⁶³⁾ Vermögenszuordnung kraft Rechtszuständigkeit und persönliche Haftung sind daher zwar meistens, aber keineswegs immer oder notwendigerweise miteinander verbunden. Zur Vermeidung von Missverständnissen sei freilich betont, dass die hier dargelegte Ansicht keine Ausprägung der (mE abzulehnenden) Wertverfolgungslehre⁶⁴⁾ ist: Denn während die Wertverfolgungslehre Insolvenzvorrechte rein auf der Basis von Rückgabe- oder Wertvergütungsansprüchen (ohne „haftungsrechtlichen Unterbau“) begründen will, handelt es sich bei der haftungsrechtlichen Unwirksamkeit um einen durch die Anfechtungsnormen gesetzlich untermauerten und insoweit *systemimmanenten Aspekt der Vermögenshaftung*.

Verfehlt ist insoweit die Behauptung, das (nicht näher definierte) „Haftungsrecht“ sei inhaltsleer und wertungslos.⁶⁵⁾ Zwar ist die dahinterstehende Intention verständlich, obskure Sonderzuweisungen und Vollstreckungsprivilegien tunlichst einzudämmen. Diese Einschätzung entbehrt jedoch eines tragfähigen dogmatischen Unterbaus: Insoweit hätte eine kritische inhaltliche Auseinandersetzung mit dem Wesensgehalt der persönlichen Haftung und der damit verknüpften haftungsrechtlichen Zuweisung von Vermögen an die Gläubiger⁶⁶⁾ – also mit den zentralen Kategorien zum Verständnis der insolvenzrechtlichen Systematik überhaupt – erfolgen müssen. Denn gerade der – richtig verstandene – haftungsrechtliche Ansatz vermag eine exakte Deutung der materiellen Rechtsposition der Gläubiger zu liefern, welche sich bei der Geldobligation in einer ganz spezifischen Vermögenszuordnung in der Form eines Wertrechts am Haftungsvermögen niederschlägt.⁶⁷⁾ Eine solche Analyse hätte konsequenterweise zu einem völlig konträren Ergebnis führen müssen, zumal die Struktur des persönlichen Haftungsrechts selbst die Basis für das insolvenzrechtliche Paritätsprinzip (und keinesfalls für Vollstreckungsprivilegien!) bildet.⁶⁸⁾ Die pauschale Abqualifizierung eines (schon begrifflich undifferenziert verwendeten) „Haftungsrechts“ ohne ausreichende Unterscheidung zwischen dem persönlichen Haftungsrecht des Gläubigers als individuelle Rechtsposition⁶⁹⁾ einerseits und dem Charakter des Insolvenzrechts als Haftungsrecht insgesamt⁷⁰⁾ an-

⁵⁷⁾ Vgl dazu auch Henckel in Jaeger/Henckel/Gerhardt, InsO I § 35 Rz 5.

⁵⁸⁾ Nunner-Krautgasser, Schuld 138 f.

⁵⁹⁾ F. Schulz, AcP 105 (1909) 231; Nunner-Krautgasser, Schuld 140, 309 und 312.

⁶⁰⁾ Vgl dazu Henckel, Grenzen der Vermögenshaftung, JuS 1985, 836 (837), der insoweit auch auf Sicherungsübereignung und -zession hinweist.

⁶¹⁾ Siehe dazu F. Bydlinski, System 307; Henckel in Jaeger, KO⁹ § 37 Rz 21; siehe auch Eckardt, KTS 2005, 25 mwN.

⁶²⁾ Ein weiteres, eindrucksvolles Beispiel für das Auseinanderfallen von Verfügungs- und Haftungsfunktion liefert das Recht der Treuhandschaft.

⁶³⁾ Koziol, Grundlagen 46 f; Henckel in Jaeger, KO⁹ § 37 Rz 21; pointiert F. Bydlinski, System 307: „Möglichkeit der Spaltung als Lösungsmittel für Notsituationen“.

⁶⁴⁾ Grundlegend Wilburg, Gläubigerordnung und Wertverfolgung, JBI 1949, 29; für Deutschland Behr, Wertverfolgung (1986) 1 ff.

⁶⁵⁾ So Spitzer, Aussonderung 303; Spitzer/Wilfinger, ÖBA 2019, 802.

⁶⁶⁾ Dazu ausführlich Nunner-Krautgasser, Schuld 134 ff (zur persönlichen Haftung) und 310 ff (zur haftungsrechtlichen Zuweisung in der Insolvenz).

⁶⁷⁾ Nunner-Krautgasser, Schuld 163 ff.

⁶⁸⁾ Ausführlich dazu Nunner-Krautgasser, Schuld 134, 273 und 333 ff.

⁶⁹⁾ Dazu Nunner-Krautgasser, Schuld 155 ff.

⁷⁰⁾ Dazu Nunner-Krautgasser, Schuld 205 ff.

dererseits ist daher nicht geeignet, eine Ablehnung der haftungsrechtlichen Lehre zu stützen.

In diesem Sinn ermöglicht die haftungsrechtliche Lehre eine der Funktion der Anfechtung und den dahinter stehenden Wertungen angemessenen Rechnung tragende Sichtweise, die von ihrem Ansatz her auf die (im konkreten Fall einschlägige) anfechtbare Aufgabe von Rechtspositionen durch den Schuldner konzentriert ist: Demnach lässt die Anfechtung zwar die vermögensrechtliche Güterzuordnung kraft Rechtszuständigkeit unberührt, sodass insbesondere eine vollzogene Rechtsübertragung an Dritte nicht berührt wird. In haftungsrechtlicher Hinsicht bleibt der betreffende Vermögenswert jedoch nach wie vor dem Haftungsfonds des (ersten) Schuldners zugeordnet.⁷¹⁾ Dieses Phänomen wird zum Teil mit einer „hybriden“ Sachzuordnung erklärt, bei der die haftungsrechtliche Zuordnung ausnahmsweise von der vermögensrechtlichen (dinglichen) Zuordnung abweicht.⁷²⁾

ME zutreffend ist die Annahme, dass sowohl die vermögensrechtliche als auch die haftungsrechtliche Zuordnung dinglichen Charakter aufweisen.⁷³⁾ Diese Deutung trägt dem Umstand Rechnung, dass die ausschließliche Zuordnung eines dinglichen Rechts zum Inhaber nicht mehr ausschließlich sein kann, wenn dieses den Gläubigern des Rechtsträgers nicht mehr exklusiv als Haftungsgrundlage dient, sodass in solchen Fällen gerade keine einheitliche dingliche Zuordnung zum Rechtsträger vorliegt.⁷⁴⁾ Bedenken, damit würde eine dem Numerus Clausus der Sachenrechte widersprechende Neukreation eines dinglichen Rechts geschaffen,⁷⁵⁾ sind angesichts der Struktur der persönlichen Vermögenshaftung unberechtigt: Denn das dem Gläubiger einer Geldobligation zustehende Wertrecht am Haftungsvermögen ist zwangsläufig mit einer entsprechenden Beschränkung der Rechtsstellung des für den haftenden Vermögenswert Rechtszuständigen verbunden.⁷⁶⁾ Wer Geldschulden begründet, gibt also bereits dadurch gewisse Ausschnitte der Herrschaft über sein Vermögen preis.⁷⁷⁾ Wegen dieser (eingeschränkten, innerhalb seiner Grenzen aber unmittel-

telbaren) Zuordnungsfunktion des forderungsimmanenten Elements des persönlichen Haftungsrechts weist die Geldobligation selbst eine „quasi-sachenrechtliche“⁷⁸⁾ Dimension auf. Gerade die Anfechtung zeigt daher, dass das Prinzip der Relativität der Forderungsrechte bei der Geldobligation nur im Hinblick auf das Element des Leistensollens, nicht aber auf das Haftungselement (vollständig) verwirklicht ist.⁷⁹⁾

Im Rahmen der Berechtigung aufgrund haftungsrechtlicher Zuordnung hat der Anfechtungsberechtigte gegen den Anfechtungsgegner grundsätzlich einen reinen Haftungsanspruch, der in der Einzelanfechtung in der Regel mit einer Klage auf (in Österreich: *Rechtsgestaltung*⁸⁰⁾ und „Duldung“ der *Exekution*⁸¹⁾ zu verfolgen ist (§§ 12 f AnFO).⁸²⁾ In der Insolvenzanfechtung ist die Lage insofern abweichend, als die von der Anfechtung betroffene Sache hier in der Regel auch der insolvenzrechtlichen Verwaltung und gegebenenfalls Verwertung zugeführt werden muss; der Insolvenzverwalter benötigt also durchwegs auch die (grundsätzlich an die Rechtszuständigkeit geknüpfte) Verfügungsbefugnis über die Sache. In der Insolvenzanfechtung bedarf es daher durchwegs (auch) eines *auf (Rück-) Übertragung abzielenden schuldrechtlichen Verschaffungsanspruchs* (§ 39 Abs 1 IO; dem entspricht funktionell der enger gefasste § 143 InsO).⁸³⁾

Hinsichtlich der Einordnung des Anfechtungsanspruchs in der Insolvenz des Anfechtungsgegners will ein kleiner Teil der Lehre⁸⁴⁾ der haftungsrechtlichen Unwirksamkeit keine dingliche Wirkung beimessen und insoweit eine Insolvenzforderung annehmen.

Der weitaus überwiegende Teil der Lehre spricht sich jedoch für eine *Haftungspriorität* jedenfalls des anfechtungsrechtlichen Primäranspruchs aus.⁸⁵⁾

als eine Art „wirtschaftlich Zuständiger“ im Hinblick auf das Schuldnervermögen erlauben würde.

⁷⁸⁾ Vgl F. Bydliński, System 304. Dass insoweit nicht von einer regelrechten „sachenrechtlichen Dimension“ des Forderungsrechts gesprochen werden kann, scheidet nicht zuletzt daran, dass sich das persönliche Haftungsrecht nicht auf spezielle Objekte, sondern auf das haftende Gesamtvermögen bezieht; siehe dazu F. Bydliński, System 318.

⁷⁹⁾ F. Bydliński, System 302.

⁸⁰⁾ Insofern abweichend die deutsche Rechtslage, zu der die hM (nunmehr auf der Basis des § 129 Abs 1 InsO; 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, Anfechtungsklage 18 f und 22 ff.

⁸¹⁾ Zu den Fällen, in denen im Rahmen der Einzelanfechtung echte Leistungspflichten begründet werden, vgl Koziol, Grundlagen 47 f; F. Bydliński, System 306 f.

⁸²⁾ Vgl Nunner-Krautgasser, Schuld 183 ff mwN.

⁸³⁾ Vgl dazu G. Paulus, AcP 155 (1956) 324 und 329 ff; Henckel in Jaeger, KO⁹ § 37 Rz 23 f und 41; Koziol, Grundlagen 47 ff; Haas/Müller, ZIP 2003, 51.

⁸⁴⁾ Für Österreich Koziol, Grundlagen 50 ff; für Deutschland insbesondere Häsemeyer, Insolvenzrecht⁴ Rz 21.13 und 21.16 sowie Eckardt, KTS 2005, 20 ff.

⁸⁵⁾ G. Paulus, AcP 155 (1956) 345 ff; Gerhardt, Gläubigeranfechtung 334 f; derselbe, ZIP 2004, 1675 ff; Henckel in Jaeger, KO⁹ § 37 Rz 64 ff; derselbe in Jaeger/Henckel/

⁷¹⁾ Vgl Spitzer, ZInsO 2012, 310.

⁷²⁾ Häsemeyer, Insolvenzrecht⁴ Rz 11.06; vgl Eckardt, KTS 2005, 24 f.

⁷³⁾ So insbesondere Henckel, Haftungsfragen bei der Verwaltungstreuhand – Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart, in FS Coing II (1982) 137 (147); derselbe, JuS 1985, 841 f; derselbe in Jaeger, KO⁹ § 37 Rz 19 ff; derselbe in Jaeger/Henckel/Gerhardt, InsO I § 47 Rz 68, § 48 Rz 5; vgl auch Gernhuber, Die fiduziarische Treuhand, JuS 1988, 355 (358 ff); Einsele, Inhalt, Schranken und Bedeutung des Offenkundigkeitsprinzips, JZ 1990, 1005 (1010).

⁷⁴⁾ Vgl Eckardt, KTS 2005, 25.

⁷⁵⁾ Vgl Eckardt, KTS 2005, 25 f.

⁷⁶⁾ Dazu Nunner-Krautgasser, Schuld 167 f. Vgl dazu auch C. Paulus, Insolvenzrecht² Rz 178, der sogar von einer (sachenrechtlichen) „Mär“ von dem einem Rechtssubjekt ausschließlich zugewiesenen Eigentum spricht, vgl auch denselben, Freiheit und Gleichheit als Grenzmarkierung zwischen Zivilrecht und Insolvenzrecht, in FS Medicus (2009) 281 (285 Fn 15).

⁷⁷⁾ Damit ist allerdings kein solcher „Verdichtungsgrad“ erreicht, der eine Betrachtung des persönlichen Gläubigers

Diese Haftungsriorität führt in der *Insolvenzanfechtung* dazu, dass dem anfechtenden Insolvenzverwalter hinsichtlich des anfechtungsrechtlichen Primäranspruchs ein *Aussonderungsanspruch* zugestanden wird.⁸⁶⁾ In der *Einzelanfechtung* sind die Ansichten darüber geteilt, ob sich die Haftungsriorität des hier einschlägigen Anspruchs auf Duldung der Zwangsvollstreckung ebenfalls in der Form der *Aussonderung*⁸⁷⁾ oder aber in der Form der *Absonderung*⁸⁸⁾ niederschlägt.

III. Charakteristika der Anfechtung in Österreich

Im Hinblick auf die Qualifikation des Anfechtungsanspruchs in der Insolvenz des Anfechtungsgegners ist zu klären, ob sich die (wie erwähnt in Deutschland entwickelte) Lehre von der haftungsrechtlichen Unwirksamkeit auch mit den *Besonderheiten der österreichischen Anfechtungssystematik* vereinbaren lässt,⁸⁹⁾ oder ob die österreichischen Anfechtungsspezifika zu einer (mit keinem Erkenntnisgewinn verbundenen⁹⁰⁾ Behelfskategorisierung als „eigenständige Rechtsnatur“⁹¹⁾ zwingen. Das ist deshalb erheblich, weil eine exakte Analyse der Haftungsstruktur gerade in anfechtungsrechtlichen Belangen stringente Erkenntnisse über die Rechtsfolgen im Einzelfall liefern kann. Die Annahme eines Rechtsinstituts „sui generis“ nötig hingegen zu einer Beurteilung der Rechtsfolgen allein auf der – wenig soliden – Basis subjektiver Wertungen. Auch vor diesem Hintergrund ist übrigens die von den österreichischen Verfechtern der Einordnung der Anfechtungsansprüche als Ansprüche „sui generis“ vertretene Einordnung als Insolvenzforderungen in der Insolvenz des Anfechtungsgegners⁹²⁾ fragwürdig.

Gerhardt, InsO IV § 143 Rz 77 ff; *Ganter* in Stürner/Eidenmüller/Schoppmeyer, MünchKomm InsO I⁴ § 47 Rz 346; *Kirchhof/Freudenberg* in Stürner/Eidenmüller/Schoppmeyer, MünchKomm InsO II⁴ Vor §§ 129–147 Rz 23; siehe auch *Haas/Müller*, ZIP 2003, 49 ff; *Thole*, Gläubigerschutz 544; für Österreich *Nunner-Krautgasser* in Konecny, ZIK Spezial – Insolvenzrecht und Kreditschutz 2015, 141 ff.

⁸⁶⁾ Statt vieler *Ganter* in Stürner/Eidenmüller/Schoppmeyer, MünchKomm InsO I⁴ § 47 Rz 346 mwN.

⁸⁷⁾ In diesem Sinn etwa *Allgayer*, Rechtsfolgen 118 ff; *Eckardt*, KTS 2005, 42 f; *Thole* in K. Schmidt, Insolvenzordnung¹⁹ (2016) § 47 Rz 67 f.

⁸⁸⁾ So etwa *G. Paulus*, AcP 155 (1956) 350; *Gerhardt*, Gläubigeranfechtung 334; *Kindl*, Die Rechtsfolgen der Gläubiger- und Konkursanfechtung bei der Veräußerung von beweglichen Sachen und Forderungen, NZG 1998, 321 (330 f).

⁸⁹⁾ Vgl dazu *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 2.4: „im Ansatz durchaus taugliches Erklärungsmodell“.

⁹⁰⁾ Vgl *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht⁴ (2018) Rz 169; vgl schon *Reichmayr*, Idee 4; *F. Schulz*, AcP 105 (1909) 243.

⁹¹⁾ Dazu bereits *Krasnopolski*, Anfechtungsrecht 28; *Steinbach*, Kommentar 15; *Strohal*, Über relative Unwirksamkeit, in FS zur Jahrhundertfeier des Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches II (1917) 753; *Kornitzer*, Das Problem der Gläubigeranfechtung in Recht und Wirtschaft, NZ 1914, 253 (290). Zur modernen Lehre siehe vor allem die vermittelnde Ansicht von *König* und *Trenker* (Anfechtung⁶ Rz 2.2 ff).

⁹²⁾ Etwa *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 385 und 420; *Holzhammer*, Insolvenzrecht⁵ 98 f; *Rebernig*

Zu den zentralen österreichischen Besonderheiten gehört erstens das (aus deutscher Sicht als systematisch bedenklich kritisierte⁹³⁾) *Austriacum*, dass die Anfechtung *nicht nur Dispositionen über ehemaliges Haftungsgut*⁹⁴⁾ erfasst, sondern sich auch auf Vermögenswerte beziehen soll, die bisher gar nicht dem Haftungsfonds des Schuldners angehört haben,⁹⁵⁾ und zweitens der Umstand, dass die anfechtbare Rechtshandlung (oder Unterlassung) *auch Neugläubigern gegenüber* – also solchen, denen das Weggebene nie gehaftet hat – *für unwirksam erklärt werden kann* (so für die Einzelanfechtung ausdrücklich § 8 AnfO; für die Insolvenzanfechtung vgl § 27 IO).⁹⁶⁾ Beide Spezifika sind hier zu thematisieren, um Klarheit über die Tauglichkeit des haftungsrechtlichen Ansatzes für die österreichische Anfechtungssystematik und der daraus folgenden Erkenntnisse zu gewinnen.

Für den ersten Aspekt gilt Folgendes: Die Rechtsfolge der Anfechtung richtet sich nach den Regelungen der § 13 Abs 1 AnfO und § 39 Abs 1 IO⁹⁷⁾ nicht nur auf das, was anfechtbar aus dem Haftungsfonds ausgeschieden ist,⁹⁸⁾ sondern darüber hinaus auch auf das, was „dem Vermögen des Schuldners entgangen“ ist.⁹⁹⁾ Erfasst ist also grund-

in Konecny/Schubert, Kommentar § 27 KO Rz 13 und 21 sowie § 39 KO Rz 73; *Konecny* in Konecny/Schubert, Kommentar § 102 KO Rz 10. *König/Trenker* (Anfechtung⁶ Rz 2.20) qualifizieren nicht nur den anfechtungsrechtlichen Leistungsanspruch, sondern auch das Gestaltungsrecht als Insolvenzforderung; zum Gestaltungsrecht aA *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 385 Fn 25 (Aussonderungsanspruch).

⁹³⁾ Kritisch dazu aus deutscher Sicht („Verkennung des Anfechtungszwecks“) etwa *Jaeger*, Konkursordnung I^{6/7} (1931) § 37 Rz 40; *Lent* in Jaeger, Konkursordnung I⁸ (1958) § 37 Rz 37; *Gerhardt*, Die Anfechtung im Konkurs – Gedanken zu Gemeinsamkeiten und Abweichungen zwischen dem österreichischen und dem deutschen Anfechtungsrecht, ZZP 99 (1986) 407 (416).

⁹⁴⁾ Vgl zur deutschen Rechtslage *Kilger/Huber*, Anfechtungsrecht¹⁰ (2006) § 11 Rz 1: „Wiederherstellung der Zugriffslage“.

⁹⁵⁾ *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 2.5; dazu *Nunner-Krautgasser*, Schuld 145 ff; *dieselbe* in Konecny, ZIK Spezial – Insolvenzrecht und Kreditschutz 2015, 136 ff.

⁹⁶⁾ *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 2.6; dazu *Koziol*, Grundlagen 26 ff; *Nunner-Krautgasser*, Schuld 337 ff; *dieselbe* in Konecny, ZIK Spezial – Insolvenzrecht und Kreditschutz 2015, 138 ff.

⁹⁷⁾ Vgl demgegenüber § 11 Abs 1 AnfG; § 143 Abs 1 InsO (ebenso bereits § 37 Abs 1 dKO).

⁹⁸⁾ Von einer solchen – der deutschen Auffassung entsprechenden – Beschränkung der Anfechtung auf die Rückführung von ausgeschiedenem Vermögen in den Haftungsfonds war auch noch § 17 Abs 1 des Anfechtungsgesetzes vom 16.03.1884, RGBl 36 geprägt.

⁹⁹⁾ Dazu Denkschrift zur Einführung einer Konkursordnung, einer Ausgleichsordnung und einer Anfechtungsordnung (1914) 44 f; *Ehrenzweig*, Kommentar 52 ff und 386 ff; *Lehmann*, Kommentar zur österreichischen Konkurs-, Ausgleichs- und Anfechtungsordnung I (1916) 333; *Bartsch/Pollak*, Konkursordnung I³ 246; *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 389; *Koziol/Bollenberger* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I⁴ §§ 39, 40 KO Rz 7 und 13; *Rebernig* in Konecny/Schubert, Kommentar § 39 KO Rz 1 („Herstellung des Zustands ohne Vornahme der anfechtbaren Rechtshandlung“); *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 2.5, 3.23 ff und 15.9 ff.

sätzlich auch die – im Einzelfall durchaus umstrittene – „*Hintanhaltung eines Vermögenszuwachses*“.¹⁰⁰) Damit genügt für die Anfechtung nach österreichischem Recht grundsätzlich, dass die anfechtbare Rechtshandlung das Schuldnervermögen iS der § 1 AnfO, § 27 IO betrifft.¹⁰¹) Der anfechtungsrechtliche Primäranspruch ist daher in Österreich – anders als in Deutschland – nicht stets Rückgewähranspruch im technischen Sinn.¹⁰²)

Details hinsichtlich der Anknüpfung an die Grenzen der Vermögenshaftung sind hier strittig: So wird insbesondere darüber diskutiert, ob die Unterlassung eines Erwerbs iS des § 7 S 1 AnfO bzw § 36 S 1 IO gleich einer Hintanhaltung des Vermögenszuwachses durch positive Handlung uneingeschränkt anfechtbar ist,¹⁰³) oder ob eine Anfechtbarkeit stets (also nicht nur bei Unterlassungen, sondern auch bei positiven Erwerbsablehnungen) nur dann gegeben ist, wenn die Gläubiger im Exekutionsweg auf das entgangene Recht hätten zugreifen können.¹⁰⁴) Unklarheit besteht auch darüber, wie „konkretisiert“ die Erwerbssaussicht sein muss, um von der Anfechtung im Einzelnen erfasst zu sein; problematisch ist insbesondere die Abgrenzung zwischen der Erwerbsablehnung und der Einbuße einer Anwartschaft (als Verlust eines Rechts).¹⁰⁵)

Würde man die Anfechtung denkbar weit (und damit als über den Rechtsverlust hinausgehend) fassen,¹⁰⁶) so spräche das wohl gegen eine (umfassende) Anwendbarkeit der These von der haftungsrechtlichen Unwirksamkeit in Österreich. Allerdings bliebe dann – weil diesfalls auch keine Anknüpfung der Anfechtung an die materiellen Haftungsrechte der Gläubiger¹⁰⁷) in Betracht käme – auch die Frage offen, auf welcher Rechtsposition die anfechtungsrechtlichen Befugnisse eigentlich beruhen, was die Anfechtung zu einem recht isolierten Konstrukt im Rechtssystem machen würde. Gerade systematische Erwägungen legen vielmehr nahe, die Grenzen der Anfechtung bei dem Verlust von Rechten zu ziehen, die sonst dem Zugriff der Gläubiger unterlegen wären, also auf *die den Haftungsfonds der Gläubiger treffende Vermögensminderung* abzustellen.¹⁰⁸) Ein solches Verständnis ist mit der Annahme haftungsrechtlicher Unwirksamkeit sehr wohl vereinbar. Insoweit hat *Koziol*¹⁰⁹) –

unter Hinweis auf *G. Paulus*¹¹⁰) – aufgezeigt, dass die haftungsrechtliche Lehre auch über die Anfechtung der Veräußerung von Vermögenswerten hinaus tragfähige Ergebnisse liefert.

Das zweite österreichische Spezifikum besteht (wie erwähnt) darin, dass die anfechtbare Rechtshandlung oder Unterlassung *auch Neugläubigern* (also solchen, denen das Weggegebene nie gehaftet hat) *gegenüber für unwirksam erklärt werden kann*.¹¹¹) § 8 AnfO erklärt die Zeit der Entstehung der Forderung ausdrücklich für unerheblich (vgl für die Insolvenzanfechtung § 27 IO). Auch diese Besonderheit spricht indes nicht gegen die prinzipielle Annahme haftungsrechtlicher Unwirksamkeit: Was die Insolvenzanfechtung angeht, so handelt es sich schlicht um einen Mechanismus zur systemimmanenten Nivellierung der insolvenzverfangenen Ansprüche, in diesem Fall in zeitlicher Hinsicht.¹¹²) Gleichwohl vertritt für das österreichische Recht insbesondere *Koziol*¹¹³) (in Anlehnung an *F. Schulz*¹¹⁴)) die Ansicht, ungeachtet des nicht differenzierenden Wortlauts des § 27 IO solle die Teilhabe am Anfechtungserlös grundsätzlich nur solchen Gläubigern zustehen, deren Befriedigungsrechte zum Zeitpunkt der anfechtbaren Handlung bereits begründet waren („Altgläubiger“);¹¹⁵) eine solche Differenzierung präge auch andere Normen mit anfechtungsrechtlichem Charakter (§§ 1409, 785 Abs 2 und § 951 Abs 1 ABGB).¹¹⁶) Diese – von der hM¹¹⁷) abgelehnte – Ansicht wird auf das (grund-

¹¹⁰) AcP 155 (1956) 308 ff.

¹¹¹) *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 2.6.

¹¹²) Dazu *Nunner-Krautgasser*, Schuld 337 ff.

¹¹³) Grundlagen 33 ff; in diesem Sinn auch *Koziol/Bollenberger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ § 27 KO Rz 11 f und 55.

¹¹⁴) AcP 105 (1909) 246 ff.

¹¹⁵) Eine solche Differenzierung fand sich im gemeinen Recht: Die Anfechtungsklage kam dem curator bonorum überhaupt nur dann zu, wenn wenigstens ein „älterer Gläubiger“ vorhanden war, in dessen Rechtsposition durch die anfechtbare Rechtshandlung eingegriffen wurde; vgl dazu *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts II⁶ (1887) 782 f (Fn 25); *Kaserer*, Die Gesetze vom 16. März 1884 betreffend die Anfechtung von Rechtshandlungen zahlungsunfähiger Schuldner und Aenderung des Concurs- und Executionsverfahrens mit Materialien (1884) 101.

¹¹⁶) Historische Anfechtungsmodelle richteten das Recht der Einzelanfechtung hingegen durchaus an der Abgrenzung zwischen Alt- und Neugläubigern aus: § 953 ABGB gestand die Schenkungsanfechtung nur den Gläubigern zu, deren Forderungen älter als die Schenkung waren; anderes galt nur für hinterlistige Einverständnisse. Das preußische Recht unterschied insoweit bereits zwischen Einzel- und Konkursanfechtung und gewährte zwar den Erlös aus der Konkursanfechtung unterschiedslos den Alt- und Neugläubigern, das Recht der Einzelanfechtung jedoch nur einem Gläubiger, dessen Forderung bereits vor der anfechtbaren Rechtshandlung begründet wurde (§ 9 des preußischen Anfechtungsgesetzes); siehe dazu *Goltdammer*, Kommentar und vollständige Materialien zur Konkurs-Ordnung vom 08. Mai 1855 (1858) 553.

¹¹⁷) Die hM geht sowohl bei der Einzelanfechtung iS des § 8 AnfO (im gleichen Sinne bereits § 32 AnfG 1884) als auch bei der Insolvenzanfechtung iS des § 27 IO davon aus, dass (bei der Einzelanfechtung sowie auch bei Eigenverwaltung im Konkurs [§ 189 IO]) das Anfechtungsrecht

¹⁰⁰) Denkschrift 44.

¹⁰¹) *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 299.

¹⁰²) *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 2.5.

¹⁰³) In diesem Sinn vor allem *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 3.16 ff und 15.7 mwN.

¹⁰⁴) So vor allem *Koziol*, Grundlagen 95 ff; *Koziol/Bollenberger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht I⁴ § 36 KO Rz 4 ff. Siehe dazu insbesondere auch *Ehrenzweig*, Kommentar 320 f; *Petschek*, Rezension von Jaeger, Kommentar zur Konkursordnung und den Einführungsgesetzen, ZBl 1932, 693 (694); *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 300 f.

¹⁰⁵) Vgl etwa *Ehrenzweig*, Kommentar 58.

¹⁰⁶) So insbesondere *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 2.5, 3.23 ff und 15.9 ff.

¹⁰⁷) Vgl oben bei Fn 47 ff.

¹⁰⁸) *Koziol*, Grundlagen 95 ff; *Rebernic* in *Konecny/Schubert*, Kommentar § 39 KO Rz 5.

¹⁰⁹) Grundlagen 49.

sätzlich zutreffende) Argument gestützt, dass die Anfechtung dem Schutz des Befriedigungsrechts des Gläubigers dient. Befriedigungsrechte könnten aber durch Vermögensverschiebungen, die bereits vor ihrer Begründung stattgefunden haben, überhaupt nicht beeinträchtigt werden.

Diese Auffassung mutet zwar bei erstem Zusehen konsequent an, im Ergebnis ist ihr aber nicht beizupflichten: Das folgt bei der Insolvenzanfechtung allerdings nicht bereits daraus, dass eine entsprechende Bildung von Sondermassen gesetzlich nicht ausdrücklich vorgesehen ist oder in ihrer praktischen Durchführbarkeit zu schwierig wäre;¹¹⁸⁾ hierin liegt kein unüberwindliches Hindernis.¹¹⁹⁾ Die Differenzierung zwischen „Altgläubigern“ und „Neugläubigern“ ist vielmehr schon deshalb abzulehnen, weil die insolvenzbedingte Gleichrangigkeit der Haftungsrechte¹²⁰⁾ notwendigerweise auch die unterschiedlichen Begründungszeitpunkte der einzelnen Haftungsrechte egalisiert. Die Kollektivierung der Haftungsverwirklichung bringt hier mit sich, dass der Eingriff in einzelne Haftungsrechte auch zugunsten solcher (der Haftungsgemeinschaft zugehöriger) Gläubiger „wirkt“, deren Position bei rein individualistischer Sicht unter Umständen gar nicht betroffen ist. Eine differenzierende Behandlung von „Altgläubigern“ und „Neugläubigern“ im Hinblick auf die Teilhabe am Anfechtungserlös ist daher auch im Hinblick auf die Theorie von der haftungsrechtlichen Unwirksamkeit nicht geboten.¹²¹⁾

Die – gerade auch die Einzelanfechtung betreffende – Grundfrage lautet hier freilich, ob ein Anfechtungsrecht auch dann bestehen kann, wenn die *anfechtbare Rechtshandlung* bereits vor der Begründung der Forderung des anfechtenden Gläubigers (in der Einzelanfechtung) bzw vor der Begründung sämtlicher Insolvenzforderungen (in der Insolvenzanfechtung), mithin *bereits vor der Begründung der maßgebenden Haftungsrechte der Gläubiger* vorgenommen wurde. Der weite Wortlaut des § 8 Anfo

bzw (bei der Insolvenzanfechtung) der Anfechtungserlös unterschiedslos auch solchen Gläubigern zusteht, deren Forderungsrechte erst nach der anfechtbaren Handlung begründet wurden; siehe etwa OGH 1 Ob 322/99f = ecolex 2000, 578 = ZIK 2001, 138; *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 2.6; zum deutschen Recht *G. Paulus*, AcP 155 (1956) 297; *Gerhardt*, Gläubigeranfechtung 187 ff; *Thole*, Gläubigerschutz 307 ff. Das entspricht auch bereits der erklärten Auffassung des Gesetzgebers des AnfG 1884, der insbesondere das Abstellen auf das Vorhandensein eines „älteren Gläubigers“ als ein „ganz nebensächliches, mit der durch die Concurseröffnung eingeleiteten Gesamtexecution in gar keinen ursächlichen Zusammenhang zu bringendes Moment“ ansah; siehe *Kaserer*, Anfechtung 101 ff.

¹¹⁸⁾ Der Gesetzgeber des AnfG 1884 hat eine solche Vorgangsweise ausdrücklich abgelehnt; siehe die EB zu dem Entwurfe des Anfechtungsgesetzes, abgedruckt bei *Kaserer*, Anfechtung 101 f; zum Vorbild des preußischen Anfechtungsgesetzes siehe *Goldammer*, Kommentar 553.

¹¹⁹⁾ Zutreffend *Koziol*, Grundlagen 33.

¹²⁰⁾ Dazu *Nunner-Krautgasser*, Schuld 134, 273 und 333 ff. Zur grundsätzlichen Gleichrangigkeit der Haftungsrechte siehe bereits *F. Schulz*, AcP 105 (1909) 228 f.

¹²¹⁾ Näheres dazu *Nunner-Krautgasser* in *Konecny*, ZIK Spezial – Insolvenzrecht und Kreditschutz 2015, 138 ff.

legt eine solche Deutung nahe (ebenso für die Insolvenzanfechtung § 27 IO). Fraglich ist nun, wie dieser Befund mit der Ansicht vereinbar ist, dass das Anfechtungsrecht den Eingriff in (zumindest) ein bestehendes Haftungsrecht „neutralisieren“ soll. Das konstruktive Problem besteht insoweit in der Annahme, dass der Erwerb von Vermögenswerten – was die persönliche Haftung anlangt – grundsätzlich lastenfrei erfolgen würde.¹²²⁾ Das entspricht jedoch nicht der Grundstruktur der persönlichen Haftung: Vielmehr zeigt gerade die Anfechtung, dass der Übergang von Vermögenswerten aus dem persönlichen Haftungsfonds einer Person in denjenigen einer anderen Person nicht geeignet ist, die ursprüngliche (persönliche) „Haftungslast“ völlig abzuschütteln. Es wäre widersinnig anzunehmen, dass die Haftungsgebundenheit eines Vermögenswerts mit dem Wechsel der Rechtszuständigkeit zunächst völlig erlischt und dann (bei Erfolg der Anfechtung) wieder auflebt; eine solche Konstruktion würde der Anfechtung zugleich die materiell-rechtliche Grundlage entziehen. Der Erwerber übernimmt den Vermögenswert vielmehr grundsätzlich in belastetem Zustand; bloß ist diese „erweiterte“ persönliche Haftung vorerst ruhend gestellt bzw subsidiär. Der Vermögenswert haftet also (nur) „für den Notfall“ für Geldforderungen gegen den Veräußerer weiter.¹²³⁾

Berücksichtigt man in diesem Sinn, dass ein Vermögenswert mit seinem Übergang in die Rechtszuständigkeit eines Dritten nicht schon grundsätzlich aus dem Haftungsfonds eines Schuldners ausscheidet, so löst sich auch der vermeintliche Widerspruch zwischen der Erstreckung des Anfechtungsrechts auf „Neugläubiger“ und dem Ursprung des Anfechtungsrechts aus dem Schutz des Haftungsrechts auf: Berücksichtigt man nämlich diese Notfallhaftung von Vermögenswerten, die in die Rechtszuständigkeit Dritter verschoben wurden, so bleibt das haftungsrechtliche Band zu solchen Objekten auch im Hinblick auf „Neugläubiger“ erhalten: Es besteht kein Anlass, zwar das in der Rechtszuständigkeit des Schuldners befindliche Vermögen (samt seinem Neuerwerb) unterschiedslos dem Haftungsfonds für die persönlichen Gläubiger zuzuordnen, hinsichtlich der „ruhenden“ Haftung von Vermögenswerten in der Zuständigkeit Dritter jedoch solche Unterscheidungen zu treffen. Eine zum Zeitpunkt der Forderungsbegründung bereits vollzogene Vermögensverschiebung beeinträchtigt daher das Haftungsrecht eines Gläubigers zwar nicht im technischen Sinn, jedoch wird man auch solchen Gläubigern bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen das Recht zugestehen müssen, die auf solchen Vermögenswerten „ruhende“, auf den Notfall beschränkte Haftung durch Anfechtung zu aktualisieren bzw am Anfechtungserfolg zu partizipieren.

In der Einzelanfechtung ist daher – abweichend von *Koziol*¹²⁴⁾ – keine teleologische Reduktion des

¹²²⁾ Vgl *Koziol*, Beeinträchtigung 169.

¹²³⁾ Vgl dazu auch *Trenker*, Insolvenzanfechtung 15 f; *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 2/6, wo die latente Notfallhaftung von Vermögenswerten mit dem Schutz potentieller Befriedigungsrechte erklärt wird.

¹²⁴⁾ *Koziol*, Grundlagen 29 ff.

(vom Gesetzgeber absichtlich weit gefassten) Wortlauts des § 8 Abs 1 AnFO geboten. Vielmehr ist auch das Einzelanfechtungsrecht – wie das Insolvenzanfechtungsrecht – nicht an eine Begründung eines Gläubigerrechts vor der anfechtbaren Rechtshandlung gebunden.

Im Ergebnis ist daher die Lehre von der haftungsrechtlichen Unwirksamkeit durchaus *mit den Besonderheiten des österreichischen Rechts vereinbar*.

IV. Haftungspriorität des Anfechtungsanspruchs in der Insolvenz des Anfechtungsgegners?

1. Anfechtung und Grundstruktur der persönlichen Vermögenshaftung

Im Folgenden ist zu untersuchen, ob die in Deutschland zur Untermauerung einer Haftungspriorität vorgebrachten Argumente auch in Österreich Geltung haben, oder ob die österreichischen Anfechtungsspezifika vielmehr ein Festhalten an der überkommenen Qualifikation des Anfechtungsanspruchs als bloße Insolvenzforderung gebieten.

Insoweit ist wiederum an der *Rechtsnatur der Anfechtung* anzusetzen: Entsprechend der österreichischen hM ist diese (jedenfalls) auf *Rechtsgestaltung* gerichtet (§ 1 AnFO; § 27 IO). Je nach Sachverhalt wird das Gestaltungsrecht in der Einzelanfechtung um einen *Anspruch auf Duldung der Exekution*¹²⁵⁾ und in der Insolvenzanfechtung um einen (*echten*) *Leistungsanspruch* (also einen auf [Rück-]Gewährung abzielenden schuldrechtlichen Verschaffungsanspruch)¹²⁶⁾ bzw einen *allfälligen Geldersatzanspruch* (§ 13 AnFO; § 39 Abs 1 IO) ergänzt.¹²⁷⁾

Was zunächst das gestaltende Element der Anfechtung angeht, kommt eine Einordnung als Insolvenzforderung von vornherein nicht in Betracht:¹²⁸⁾ *Gestaltungsrechte* können schon deshalb *keine In-*

solvenzforderungen sein, weil sie nicht selbst Ansprüche sind oder enthalten; vielmehr können Ansprüche erst aus ihrer Ausübung erwachsen.¹²⁹⁾ Insoweit sind *Gestaltungsrechte grundsätzlich insolvenzfest*, sofern sie nicht durch ausdrückliche Regelung (wie insbesondere im Anwendungsbereich des § 25a IO) insolvenzspezifisch beschnitten werden. Das anfechtungsrechtliche Gestaltungsrecht kann daher auch in der Insolvenz des Anfechtungsgegners unverändert ausgeübt werden.¹³⁰⁾

Damit bleibt zu klären, wie der anfechtungsrechtliche Primäranspruch auf Duldung der Exekution (in der Einzelanfechtung) bzw auf Leistung (in der Insolvenzanfechtung) einzuordnen ist. Kein Argument gegen eine Haftungspriorität (in Form der Aussonderung) ist der Hinweis auf den Charakter als schuldrechtlicher Anspruch: Schon grundsätzlich stellt die *Aussonderungskraft auch schuldrechtlicher Ansprüche* keineswegs eine Ausnahme¹³¹⁾ vom Grundkonzept der Aussonderung dar. Entscheidend für die Berechtigung zur Aussonderung ist nämlich iS des § 44 Abs 1 IO nicht die Rechtsnatur des Anspruchs (als dinglich oder schuldrechtlich). Ausschlaggebend ist vielmehr, ob *die fehlende (haftungsrechtliche) Zuordnung einer Sache zur Sollmasse* geltend gemacht wird, weil die Aussonderung der Bestimmung der Grenzen der haftungsrechtlichen Vermögenszuweisung an die Insolvenzgläubiger dient.¹³²⁾ Gerade die in diesem Zusammenhang ins Auge fallende (im Ergebnis dem Schutz des Eigentümers dienende) Aussonderungskraft auch obligatorischer Herausgabeansprüche¹³³⁾ (sogenannte Reddere-Ansprüche) etwa des Verleihers, Hinterlegers oder Vermieters ist mit Blick auf die Anfechtung allerdings unergiebig, weil mit ihnen (wenn auch nicht durch den Eigentümer selbst) sowohl die mangelnde vermögensrechtliche als auch die mangelnde haftungsrechtliche Zuordnung zum Vermögenskreis des Insolvenzschuldners geltend gemacht wird.¹³⁴⁾ Insoweit besteht keine Parallele zur Anfechtung, denn bei dieser geht es im Gegensatz dazu gerade um ein Auseinanderfallen von vermögensrechtlicher und haftungsrechtlicher Zuordnung. Wesentlich ist vielmehr, dass auch mit dem anfechtungsrechtlichen Primäranspruch – ähnlich wie bei der Treuhand – die fehlende Haftungszuordnung geltend gemacht wird.

¹²⁵⁾ Zum grundsätzlichen „Duldungsanspruch“ in der Einzelanfechtung siehe *Nunner-Krautgasser*, Schuld 183 ff.

¹²⁶⁾ Dazu oben bei Fn 83.

¹²⁷⁾ *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 2.10 und 2.14 f, 15.9 ff; *Koziol*, Grundlagen 104 ff; *Koziol/Bollenberger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht I⁴ § 39 KO Rz 1 ff; *Rebermig* in *Konecny/Schubert*, Kommentar § 39 KO Rz 1 f; *Widhalm-Budak*, Anfechtungsrecht² (2013) 24 f; *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht⁴ Rz 167 f. Die Rsp hält zwar an der Natur als Gestaltungsrecht fest, jedoch sei die Rechtsgestaltung in der Geltendmachung eines Leistungsbegehrens bereits inkludiert (Leistungsurteil als „verdecktes Gestaltungsurteil“; vgl etwa OGH 3 Ob 83/12w = ZIK 2012/265 = NZ 2012/145; RIS-Justiz RS0064373; dazu *König*, Gestaltungsbegehren bei der Konkursanfechtung, in *FS Fasching* (1988) 291 (295). Dies steht in Zusammenhang mit der Ansicht, 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/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 15.1 ff.

¹²⁸⁾ AA *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 2.20. Die von *Petschek/Reimer/Schiemer* (Insolvenzrecht 385 Fn 25) vertretene Einordnung als Aussonderungsanspruch zielt – wenn auch mittels anspruchbezogener Systematisierung – auf das zutreffende Ergebnis, nämlich die Insolvenzfestigkeit ab.

¹²⁹⁾ *Henckel* in *Jaeger/Henckel/Gerhardt*, InsO I § 38 Rz 64; *Nunner-Krautgasser*, Schuld 276 Fn 198; zur Abgrenzung von Anspruch und Gestaltungsrecht *P. Bydlinski*, Die Übertragung von Gestaltungsrechten (1986) 11 ff.

¹³⁰⁾ Vgl *Henckel* in *Jaeger/Henckel/Gerhardt*, InsO I § 38 Rz 64.

¹³¹⁾ Vgl aber *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht⁴ Rz 203.

¹³²⁾ *Häsemeyer*, Insolvenzrecht⁴ Rz 11.02; *Eckardt*, KTS 2005, 20 ff; vgl auch *Schulyok* in *Konecny/Schubert*, Kommentar (2002) § 44 KO Rz 1 f; *C. Paulus*, Insolvenzrecht² Rz 17 ff.

¹³³⁾ Dazu instruktiv *Berger*, Zur Aussonderung aufgrund obligatorischer Herausgabeansprüche, in *FS Kreft* (2004) 191.

¹³⁴⁾ Dazu *Eckardt*, KTS 2005, 20 ff; *Spitzer*, ZInsO 2012, 311 f.

Hier ist das Augenmerk wiederum auf die *Wirkungsweise der Anfechtung in Verbindung mit der Grundstruktur der persönlichen Vermögenshaftung* zu richten: Entsprechend dem oben Gesagten bewirkt die mit der Anfechtung verbundene Rechtsgestaltung, dass der davon betroffene Vermögenswert (*wieder*) dem Haftungskreis des (*ursprünglichen*) Schuldners zugeführt wird. Die damit angesprochene haftungsrechtliche Unwirksamkeit muss jedenfalls bereits zum Zeitpunkt der Vornahme der anfechtbaren Rechtshandlung gegeben sein, denn andernfalls könnte die Anfechtung ihre Aufgabe nicht erfüllen.¹³⁵⁾ Dieses Ergebnis wird nach überwiegender Ansicht mit der rückwirkenden Kraft der Anfechtung erklärt;¹³⁶⁾ eine Mindermeinung geht davon aus, dass die anfechtbare Rechtshandlung bereits mit ihrer Vornahme (bedingt) haftungsrechtlich unwirksam ist, sodass sich eine Rückwirkung erübrigen würde.¹³⁷⁾ In jedem Fall bewirkt die anfechtungsrechtliche Gestaltung, dass der *erfasste Vermögenswert von Anfang an nicht in den Haftungsfonds des Anfechtungsgegners, sondern in denjenigen des (ursprünglichen) Schuldners fällt*; er ist also – zumal eine Doppelzuweisung dem Grundkonzept der persönlichen Haftung widerspricht – (nur) dessen Gläubigern haftungsrechtlich zugewiesen. Insoweit wirkt sich auch auf der Grundlage der österreichischen Anfechtungsdogmatik¹³⁸⁾ bereits die Anfechtbarkeit als solche (und nicht erst die Durchsetzung des Anfechtungsanspruchs) auf die Haftungszuordnung aus.

Zu hinterfragen ist allerdings die *Qualität dieser Sonderform der haftungsrechtlichen Zuweisung*.¹³⁹⁾ Denn anders als der Insolvenzschuldner hinsichtlich der Sollmasse (§ 2 Abs 2 iVm § 3 Abs 1 IO) kann der Anfechtungsgegner einem Dritten grundsätzlich auch nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens wirksam die dingliche Rechtsstellung an einer der Anfechtung unterliegenden Sache verschaffen. Dessen ungeachtet gehört die betreffende Sache aber grundsätzlich weiterhin zur Haftungsmasse des (ersten) Insolvenzschuldners: Gemäß § 11 AnFO bzw § 38 IO erstreckt sich die Anfechtung nämlich nicht nur auf Gesamtrechtsnachfolger wie insbesondere Erben,¹⁴⁰⁾ sondern auch auf Einzelrechtsnachfolger,¹⁴¹⁾ deren Rechtserwerb als weniger

schutzwürdig erachtet wird. Die Sache haftet also auch nach dem Übergang auf den Rechtsnachfolger des Anfechtungsgegners prinzipiell für die Verbindlichkeiten des (ursprünglichen) Schuldners (subsidiär) weiter, jedoch kann gutgläubiger entgeltlicher Erwerb eine Enthftung bewirken.¹⁴²⁾ Es handelt sich also zunächst um eine abgeschwächte Form der (vorerst subsidiären) haftungsrechtlichen Zuweisung, die sich erst durch die mit der Rechtsgestaltung ausgelöste Rückwirkung zu einer „vollwertigen“ haftungsrechtlichen Zuweisung verdichtet. Diese Konstruktion, die nicht zuletzt auf Verkehrssicherheitsüberlegungen¹⁴³⁾ beruht, erklärt sich jedoch aus dem Charakter der Anfechtung als Notfallinstrument und stellt nicht die grundsätzliche (Weiter-)Haftung für Schulden des (ursprünglichen) Schuldners in Frage. Auch dieser Aspekt spricht daher tendenziell ebenso für die *Haftungspriorität des anfechtungsrechtlichen Primäranspruchs* wie das zentrale Ziel der Anfechtung, den Gläubigern des (ursprünglichen) Schuldners den in der Sache liegenden Substanzwert zu erhalten.¹⁴⁴⁾

2. Verkehrssicherheit und Gläubigerinteressen

Zu überprüfen bleibt, ob etwaige *Verkehrssicherheitsaspekte* gegen eine Haftungspriorität des Anfechtungsanspruchs sprechen und ob die *Interessen der Gläubiger des (insolventen) Anfechtungsgegners* durch eine solche ungerechtfertigt beeinträchtigt würden. Insoweit werden vor allem zwei Aspekte thematisiert, nämlich erstens das Problem der *Publizität* und zweitens die *par condicio creditorum*.¹⁴⁵⁾

Zur *Publizität* wird vorgebracht, mangels Offenkundigkeit würde die Zubilligung der Haftungspriorität für den Anfechtungsanspruch eine *de facto* rückwirkende Verminderung des Haftungsfonds und die Enttäuschung berechtigter Erwartungen der Eigengläubiger des Anfechtungsgegners bewirken.¹⁴⁶⁾ Dieses Argument beruht jedoch auf einer *petitio principii*: Erwartungen können im gegebenen Zusammenhang nämlich nur dann berechtigt – und damit schutzwürdig – sein, wenn sie auf einer rechtlichen Grundlage beruhen. Die Erwartung aber, dass der zur Verfügung stehende Haftungsfonds das gesamte vorhandene (vollstreckungsunterworfenene) Schuldnervermögen umfasse, ist angesichts der seit jeher existierenden Ausnahmen¹⁴⁷⁾ – und insbesondere in Anbetracht der dargelegten anfechtungsrechtlichen Struktur der Vermögens-

biger des Anfechtungsgegners, die vertragliche oder exekutive Pfandrechte erworben haben) siehe *Koziol/Bollenberger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, *Insolvenzrecht I* § 38 IO Rz 7 ff; *Rebernik* in *Konecny/Schubert*, *Kommentar* (2006) § 38 KO Rz 12 ff.

¹⁴²⁾ Vgl *Henckel* in *Jaeger*, *KO* § 40 Rz 4.

¹⁴³⁾ *Petschek/Reimer/Schiemer*, *Insolvenzrecht* 368; *König/Trenker*, *Anfechtung* § 4.19.

¹⁴⁴⁾ Vgl *Thole*, *Gläubigerschutz* 544.

¹⁴⁵⁾ *Spitzer*, *ZInsO* 2012, 314 f; *derselbe*, *Aussonderung* 295 ff; *Trenker*, *Insolvenzanfechtung* 21; *König/Trenker*, *Anfechtung* § 2.20.

¹⁴⁶⁾ *Eckardt*, *KTS* 2005, 31 f; *Spitzer*, *ZInsO* 2012, 314 f; vgl auch *Koziol*, *Grundlagen* 39 f; *Trenker*, *Insolvenzanfechtung* 21.

¹⁴⁷⁾ Vgl *Spitzer*, *ZInsO* 2012, 312.

¹³⁵⁾ Treffend *König/Trenker*, *Anfechtung* § 2.19.

¹³⁶⁾ *Petschek/Reimer/Schiemer*, *Insolvenzrecht* 383 ff; instruktiv *König/Trenker*, *Anfechtung* § 2.19; aA *Ehrenzweig*, *Kommentar* 392 f.

¹³⁷⁾ *Trenker*, *Insolvenzanfechtung* 21 f.

¹³⁸⁾ Zur deutschen Dogmatik vgl *Haas/Müller*, *ZIP* 2003, 58.

¹³⁹⁾ Vgl *Eckardt*, *KTS* 2005, 35 ff. Klarzustellen ist, dass Anfechtungsansprüche als solche kein Teil des „verwertungsfähigen“ Haftungsfonds sind: Für sie ist zwar die Insolvenzmasse rechtszuständig, sie haften aber nicht selbst, sondern sind Rechtsbehelfe zur Haftungsmaximierung im Interesse der Gläubiger; *Nunner-Krautgasser*, *Schuld* 147 Fn 163.

¹⁴⁰⁾ Diese Erstreckung der Anfechtung untermauert nach dem BGH (IX ZR 252/01 = BGHZ 156, 350 = NJW 2004, 214 = ZIP 2003, 2307 = WM 2003, 2479 = NZI 2004, 78 = ZInsO 2004, 1096) die Aussonderungskraft des Anfechtungsanspruchs.

¹⁴¹⁾ Zu den damit angesprochenen Rechtsnachfolgern und Rechtsnehmern (dazu zählen insbesondere auch Gläu-

haftung – gerade nicht berechtigt. Insoweit ist das Publizitätsproblem ein scheinbares: Denn im Gegensatz zur Treuhand¹⁴⁸⁾ beruht das Auseinanderfallen von Rechtszuständigkeit und haftungsrechtlicher Zuordnung bei der Anfechtung nicht auf Vereinbarung. Es liegt also keine Abweichung vom „Normalzustand“ vor, die publiziert werden müsste. Vielmehr handelt es sich um einen *systemimmanenten Grenzziehungsmechanismus der persönlichen Haftungsstruktur*, der unmittelbar aus den anfechtungsrechtlichen Normen selbst resultiert. Ein Publizitätsproblem liegt daher bei richtiger Beurteilung nicht vor.

Zur *par condicio creditorum* wird argumentiert, sowohl der bzw die Gläubiger des ursprünglichen Schuldners als auch die Gläubiger des insolventen Anfechtungsgegners seien am flüchtigen Haftungsfonds (des Anfechtungsgegners) durch ihre relativen Forderungsrechte berechtigt und hätten daher die gleiche Ausgangsposition; daher müsse die *par condicio* greifen.¹⁴⁹⁾ Diese – bei erstem Zusehen konsequent wirkende – Annahme ist jedoch unrichtig: Da die Flüchtigkeit des Haftungsfonds gerade durch die Anfechtung begrenzt wird und ein übertragener Vermögenswert infolge anfechtungsrechtlicher Gestaltung rückwirkend wieder dem Haftungsfonds des ursprünglichen Schuldners zugeführt wird, ist die Rechtsposition der beiden Gläubigergruppen gerade nicht gleich! Die Sache haftet dem Gläubiger bzw den Gläubigern des ursprünglichen Schuldners, aber nicht (mehr) denjenigen des Anfechtungsgegners. Auch dieser Aspekt spricht daher keineswegs für eine Gleichbehandlung, sondern vielmehr für die *Haftungspriorität des anfechtungsrechtlichen Primäranspruchs*. Daher ist auch das (den Fall der Doppelinsolvenz betreffende) Argument verfehlt, das Befriedigungsrecht eines ungesicherten Gläubigers in der Insolvenz des Anfechtungsgegners (in der er nur eine Insolvenzforderung hat) könne nicht weiter reichen als in der Insolvenz seines ursprünglichen Schuldners.¹⁵⁰⁾ Denn der Insolvenzanfechtungsanspruch wurzelt zwar in den haftungsrechtlichen Positionen der Gläubiger, er ist aber nicht deren unmittelbare „Verlängerung“ und steht (originär) der Insolvenzmasse¹⁵¹⁾ zu. Die Einordnung der Gläubigerrechte als Insolvenzforderungen lässt insoweit keinen Schluss darauf zu, wie im Fall der Doppelinsolvenz das Verhältnis der beiden Insolvenzmassen zueinander ist.¹⁵²⁾ Gerade die Funktion der Anfechtung – die Maximierung des Haftungsfonds durch das Rückgängigmachen haftungsvereitelnder Rechtshandlungen – stützt vielmehr die Einordnung als Anspruch mit Haftungspriorität in eindrucksvoller Weise.

Schließlich untermauert gerade die *Interessenlage* die Bejahung einer Haftungspriorität des Anfechtungsanspruchs: Denn für die Gläubiger des insolventen Anfechtungsgegners wäre es ein überaus glücklicher Zufall, wenn sie von einem anfechtbaren Erwerb ihres Schuldners profitieren könnten.¹⁵³⁾ Auch die Interessenlage ist daher keinesfalls ein Argument gegen, sondern ganz im Gegenteil für die Zuerkennung einer Haftungspriorität des Anfechtungsanspruchs.

Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass dem anfechtungsrechtlichen Primäranspruch in der Insolvenz des Anfechtungsgegners *Haftungspriorität* zukommt.

3. Aus- oder Absonderungsrecht?

Die – eben dargelegte – Haftungspriorität schlägt sich in der *Insolvenzanfechtung* darin nieder, dass der Leistungsanspruch des anfechtenden Insolvenzverwalters als *Aussonderungsrecht iS des § 44 IO* zu qualifizieren ist.¹⁵⁴⁾

Heikler ist die rechtliche Einordnung in der *Einzelanfechtung*: Hier ist – wie erwähnt – umstritten, ob die Haftungspriorität des Anspruchs auf Duldung der Exekution im Insolvenzverfahren des Anfechtungsgegners ebenfalls zur Zuerkennung eines *Aussonderungsrechts*¹⁵⁵⁾ führt oder ob es sich insoweit um einen Fall der *Absonderung*¹⁵⁶⁾ handeln muss.

Bei erstem Zusehen liegt hier – angesichts des Behagens auf Duldung der Exekution – eine Einordnung als Absonderungsrecht nahe. *Gerhardt*¹⁵⁷⁾ argumentiert insoweit, das Anfechtungsgut gebühre dem Berechtigten nur haftungsmäßig und damit seinem Haftungswert nach, nicht aber hinsichtlich der übrigen Funktionen des subjektiven Rechts, insbesondere nicht im Hinblick auf die Rechtszuständigkeit.

Dagegen wird zu Recht vorgebracht, es wäre nicht gerechtfertigt, den Anfechtungsberechtigten mit den Sicherungsnehmern in einen Topf zu werfen.¹⁵⁸⁾ Problematisch ist auch der Umstand, dass bei einer solchen Qualifikation – zur Erzielung eines der Funktion der Anfechtung entsprechenden Ergebnisses – das Verwertungsrecht des Insolvenzverwalters (künstlich) ausgeschlossen werden müsste.

Vor allem aber würden bei einer solchen Qualifikation sowohl der *Charakter der haftungsrechtlichen Zuordnung* als auch die *Funktionen von Aus- und Absonderung* vernachlässigt: Denn entscheidend für die Zuordnung zu einem Haftungsfonds ist letztlich nicht die Rechtsträgerschaft, sondern die *haftungsrechtliche Zuordnung*; diese liegt aber infolge anfechtungsrechtlicher Gestaltung rückwirkend wieder beim Haftungsfonds des ursprüng-

¹⁴⁸⁾ Dazu etwa (für Aussonderung bei Insolvenzanfechtung) *Haas/Müller*, ZIP 2003, 52 ff; (gegen Aussonderung bei Insolvenzanfechtung) *Spitzer*, ZInsO 2012, 312.

¹⁴⁹⁾ *Spitzer*, ZInsO 2012, 315 f; *Trenker*, Insolvenzanfechtung 21; vgl auch *Koziol*, Grundlagen 39 und 51 ff; *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 2.20.

¹⁵⁰⁾ *Koziol*, Grundlagen 39 f und 51 ff.

¹⁵¹⁾ Statt vieler *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 286 ff.

¹⁵²⁾ *Trenker*, Insolvenzanfechtung 20 f.

¹⁵³⁾ So zutreffend *Kindl*, NZG 1998, 330.

¹⁵⁴⁾ So bereits *Nunner-Krautgasser* in *Konecny*, ZIK Spezial – Insolvenzrecht und Kreditschutz 2015, 141 ff.

¹⁵⁵⁾ In diesem Sinn etwa *Allgayer*, Rechtsfolgen 118 ff; *Eckardt*, KTS 2005, 42 f; *Thole* in *K. Schmidt*, Insolvenzordnung¹⁹ § 47 Rz 67 f.

¹⁵⁶⁾ So etwa *G. Paulus*, AcP 155 (1956) 350; *Gerhardt*, Gläubigeranfechtung 334; *Kindl*, NZG 1998, 330 f.

¹⁵⁷⁾ Gläubigeranfechtung 334.

¹⁵⁸⁾ *Eckardt*, KTS 2005, 43.

lichen Schuldners. Und während ein Absonderungsberechtigter iS des § 48 IO Vorzugsrechte an einem zur Sollmasse gehörenden Objekt hat, wird mit einem Aussonderungsrecht *die mangelnde Zugehörigkeit eines Objekts zur Sollmasse des Insolvenzschuldners* geltend gemacht. Letzteres ist auch bei der Einzelanfechtung der Fall, denn auch hier geht es um die *Geltendmachung der Nichtzugehörigkeit eines anfechtbar weggegebenen Vermögenswerts zum Haftungsfonds des insolventen Anfechtungsgegners*. Dass das Klagebegehren in der Einzelanfechtung (auch) auf Duldung der Exekution zu lauten hat, spricht keineswegs gegen die Qualifikation als Aussonderungsrecht: Denn es ist anerkannt, dass nicht die Art des Klagebegehrens, sondern die Geltendmachung der Massefremdheit eines Objekts wesentypisch für die Aussonderung ist.¹⁵⁹⁾ Und anders als in der Insolvenzanfechtung muss die mangelnde Zugehörigkeit zum Haftungsfonds des insolventen Anfechtungsgegners hier nicht mit einem Begehren auf (Rück-)Leistung prozessual umgesetzt werden; vielmehr reicht das Begehren auf Duldung der Exekution aus, um das Anfechtungsziel zu erreichen. Materiell-rechtliche Grundlage für die Zulassung der Exekution ist hier auch kein (dingliches) Sicherungsrecht, sondern der Umstand, dass die betreffende Sache kraft Anfechtung (wieder) der Haftungsmasse des ursprünglichen Schuldners angehört, was ebenfalls auf Aussonderung hinausläuft.

Die Einordnung des Anfechtungsanspruchs als Aussonderungsrecht führt schließlich auch nicht dazu, dass das der Anfechtung unterliegende Objekt den Gläubigern des Anfechtungsgegners als Haftungssubstrat jedenfalls entzogen wird: Da der anfechtende Gläubiger angesichts der Begrenztheit des Haftungsrechts in der Einzelanfechtung (vgl § 13 Abs 1 AnfO) nicht mehr erlangen darf, als ihm nach dem Wert seines Haftungsrechts zusteht, fällt ein etwaiger *Übererlös in die Insolvenzmasse des*

Anfechtungsgegners und kommt dann dessen Gläubigern zugute.¹⁶⁰⁾

Im Ergebnis steht daher auch in der Einzelanfechtung dem anfechtenden Gläubiger in der Insolvenz des Anfechtungsgegners ein *Aussonderungsrecht iS des § 44 IO* zu.

D. Ergebnis

Das Anfechtungsrecht ist ein Ausfluss des Befriedigungsrechts bzw des persönlichen Haftungsrechts der Gläubiger. Entsprechend der – auch für das österreichische Recht aussagekräftigen – Lehre von der haftungsrechtlichen Unwirksamkeit lässt eine anfechtbare Aufgabe von Rechtspositionen zwar die Rechtszuständigkeit unberührt. In haftungsrechtlicher Hinsicht bewirkt die Anfechtung jedoch, dass der betreffende Vermögenswert (rückwirkend wieder) dem Haftungsfonds des (ursprünglichen) Schuldners zugeordnet wird. Der betreffende Vermögenswert fällt damit von Anfang an nicht in den Haftungsfonds des Anfechtungsgegners, sondern in denjenigen des (ursprünglichen) Schuldners.

Dem anfechtungsrechtlichen Primäranspruch kommt in der Insolvenz des Anfechtungsgegners Haftungsriorität zu. In der Insolvenz des Anfechtungsgegners ist der Leistungsanspruch des anfechtenden Insolvenzverwalters iS des § 39 Abs 1 IO als Aussonderungsrecht iS des § 44 IO zu qualifizieren. Der dem Anfechtungsberechtigten bei der Einzelanfechtung zustehende Anspruch auf Duldung der Exekution iS des § 13 Abs 1 AnfO begründet in der Insolvenz des Anfechtungsgegners ebenfalls ein Aussonderungsrecht iS des § 44 IO.

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.

¹⁵⁹⁾ Zutreffend *Spitzer* in Koller/Lovrek/Spitzer, Insolvenzzordnung (2019) § 44 Rz 17; für Deutschland *Berger* in FS Kreft 192; *Brinkmann* in Uhlenbruck, Insolvenzzordnung I⁵⁵ (2019) § 47 Rz 9.

¹⁶⁰⁾ So für das deutsche Recht zutreffend *Eckardt*, KTS 2005, 43.