

Insolvenz-Forum 2006

**Vorträge anlässlich
des 13. Insolvenz-Forums
Grundlsee im November 2006**

herausgegeben von

Univ.-Prof. Dr. Andreas Konecny

Universität Wien
Institut für Zivilverfahrensrecht



R E C H T

Wien · Graz 2007

Bibliografische Information Der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten.

ISBN 978-3-7083-0470-0
Neuer Wissenschaftlicher Verlag GmbH
Argentinierstraße 42/6, A-1040 Wien
Tel.: ++43 1 535 61 03-24, Fax: ++43 1 535 61 03-25
e-mail: office@nwv.at

Geidorfgürtel 20, A-8010 Graz
e-mail: office@nwv.at

www.nwv.at

© NWV Neuer Wissenschaftlicher Verlag, Wien · Graz 2007

Druck: Börsedruck Ges.m.b.H., Wien
e-mail: office@boersedruck.at

**ao. Univ.-Prof. Dr. Bettina NUNNER-KRAUTGASSER,
Graz**

Haftungsverwirklichung im Konkurs und praktische Folgen

I Grundlagen

A Allgemeines

Der Konkurs wird häufig als die „Stunde der Wahrheit des Zivilrechts“¹ bezeichnet, weil er materiellrechtliche Positionen in besonderer Schärfe deutlich werden lässt. Auch dieser insolvenzrechtliche Beitrag analysiert Rechtsfragen, die genau an der Schnittstelle von materiellem und formellem Recht liegen. Im Zentrum steht die uralte Kernfrage eines jeden Insolvenzrechts, inwiefern und wie umfassend der Konkurs eines Schuldners die Rechtsstellung der persönlichen Gläubiger verändert.²

Die Rechtspositionen der persönlichen Gläubiger im Konkursverfahren werden seit jeher eher schwammig definiert: Meist wird vage davon gesprochen, dass die Gläubiger im Konkurs ihre *Forderungen* oder ihre *Ansprüche* geltend machen. In der (älteren) Literatur³ und in der Rechtsprechung⁴ tau-

- 1 Siehe statt vieler *Fenyves*, Erbenhaftung und Dauerschuldverhältnis (1982) 138.
- 2 Ausführlich zu dieser Thematik *Nunner-Krautgasser*, Schuld, Vermögenshaftung und Insolvenz (in Druck).
- 3 *Bartsch/Pollak*, Konkurs-, Ausgleichs- und Anfechtungsordnung und Geschäftsaufsichtsgesetz³ I (1937) 476 f; *Petschek/Reimer/Schiemer*, Das österreichische Insolvenzrecht (1973) 110 ff und 558 ff; *Wegan/Reiterer*, Österreichisches Insolvenzrecht (1973) 123 f und 127 f; *Bartsch/Heil*, Grundriss des Insolvenzrechts⁴ (1983) Rz 292; aus der jüngeren Literatur vgl. *Buchegger*, Mehrere Parteien im Prüfungsprozeß nach der österreichischen Konkursordnung, DIKE International 1995/2, 181 ff; *ders* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht⁴ I (2000) § 1 KO Rz 160; die Konstruktion eines Konkurssteilnahmeanspruchs ablehnend *Konecny*, Vorzeitiger Austritt im Konkurs wegen eines Entgeltrückstands, ZIK 1996, 146 (148); *ders* in *Konecny/Schubert*, Kommentar zu den Insolvenzgesetzen (1. Lfg; 1997) § 102 KO Rz 3; *ders*, Vertragsauflösung wegen Zahlungsverzugs und Schuldnerinsolvenz, Krejci-FS II (2001) 1809 (1812 ff); *Roth*, Individualleistung und Geldersatz im Rahmen der Interessenklage (1992) 166; *Kodek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*⁴ IV (2006) § 102 KO Rz 6 ff.
- 4 Etwa OGH 1 Ob 343/71 SZ 45/5 = EvBl 1972/208 = JBl 1973, 38; OGH 5 Ob 321/86 SZ 59/208; OLG Linz 2 R 89/91 EvBl 1991/204; OLG Wien 6 R 39/94 ZIK 1995, 119; OGH 8 Ob 22/94 ecolex 1995, 556 = wbl 1995, 378 = ZIK 1996, 25; OGH 8 Ob 15/95 SZ 68/187 = ecolex 1996, 191 = DRdA 1997/12 (*Kirschbaum*) = JBl 1996, 262 = ZfRV 1996, 120 = ZIK 1996, 57; OGH 8 Ob 31/95 ecolex 1996, 523 = EvBl 1996/137 = ZIK 1996, 211; OGH 8 ObS 4/96 SZ 69/106 = DRdA 1996, 521 = infas 1996 A 90 = wbl 1996, 325 = ZIK 1996, 131; OGH 9 ObA 189/99f ARD 5084/3/99 = DRdA 2000, 176 = infas 2000 A

chen recht häufig auch die *Konkursteilnahmeansprüche* als relevante Größen auf. Wirkliche Klarheit besteht hier aber nicht. Das ist insofern problematisch, als die exakte Beantwortung der Frage, welche Rechte die persönlichen Gläubiger im Konkurs eigentlich geltend machen, für die Lösung zahlreicher praktischer Probleme von grundlegender Bedeutung ist.

Nur ein Beispiel sei hier herausgegriffen: Die Europäische Insolvenzverordnung kennt ein Nebeneinander von Haupt- und Sekundärinsolvenzverfahren (Art 3 und Art 27 ff EulnsVO). Offen ist, ob die Forderungsfeststellung in einem dieser Verfahren im anderen bindet oder nicht.⁵ Insofern macht es durchaus einen erheblichen Unterschied, ob Gegenstand der Forderungsfeststellung ein „Konkursteilnahmeanspruch“ im Sinn eines bloßen verfahrensrechtlichen „Dabeiseins“ bei Abstimmungen und Verteilungen oder aber die materiellrechtliche Forderung bzw der Anspruch des Gläubigers dem Schuldner gegenüber ist.

Die exakte rechtliche Deutung der Gläubigerposition berührt mithin eine Reihe *konkursrechtlicher Phänomene*, die in Lehre und Praxis zT sehr umstritten sind und entsprechend uneinheitlich gedeutet werden. Die verschiedensten Bereiche des Konkursrechts sind davon betroffen, etwa:

- die Frage der Zulässigkeit einer Doppelverfolgung von Konkursforderungen innerhalb und außerhalb des Konkurses,
- die Zulässigkeit und die Tragweite eines Konkursverzichts,
- der Ausgleich von Verteilungsfehlern des Masseverwalters,
- der Gegenstand des konkursrechtlichen Feststellungsverfahrens und der Streitgegenstand bzw der Streitwert im Prüfungsprozess,
- die Frage, ob allgemeine Vertragsauflösungsrechte durch die Konkursöffnung beeinträchtigt werden, sowie
- das Schicksal von Anfechtungsansprüchen nach der Konkursaufhebung.

Die genannten Punkte scheinen bei erstem Zusehen nicht oder nur wenig vernetzt zu sein. Man wird daher geneigt sein, sie weitgehend isoliert zu betrachten und auch so zu lösen. Zielführender ist es aber zu versuchen, die zT verborgenen, aber gleichwohl bestehenden Zusammenhänge aufzudecken und die dahinter stehende Systematik zu ermitteln. Diese Vorgangsweise verlangt allerdings nach Grundlagenforschung im Vorfeld: Der Schlüssel zu einer stimmigen Lösung all dieser Fragen liegt nämlich in einer gründlichen Auseinandersetzung mit der Struktur des materiellen Konkursgläubigerrechts. Damit sind wiederum die Kategorien des *Anspruchs* und der *Forderung*, aber auch die Kategorie des *Konkursteilnahmeanspruchs* angesprochen.

27 = wbl 2000, 132 = ZIK 1999, 209; OGH 8 Ob 72/00x ecolx 2002/9 = GesRz 2001, 191 = ZIK 2002/26, 19; OGH 8 Ob 154/03k ZIK 2004/267, 210.

5 Gegen eine internationale Bindungswirkung der Forderungsfeststellung spricht sich *va Kodek* (Internationale Bindungswirkung der konkursrechtlichen Forderungsfeststellung? ZIK 2005/3, 6 ff; *ders* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*⁴ IV § 109 KO Rz 25 ff) aus.

B „Konkursteilnahmeanspruch“

Den Begriff „*Konkursteilnahmeanspruch*“ hat gegen Ende des 19. Jahrhunderts für das dt Recht *Friedrich Oetker* geprägt.⁶ Auch in Österreich setzte er sich in der Folge durch. Ausgesprochene Befürworter des Konkursteilnahmeanspruchs waren etwa *Pollak*⁷ und *Petschek*⁸. Der Sache nach handelt es sich dabei um nichts anderes als um eine konkursrechtliche Variante des materiellen Rechtsschutzanspruchs im Sinn *Wachs*:⁹ Dem Konkursgläubiger soll also ein *öffentlich-rechtlicher Anspruch gegen den Staat auf günstige Forderungserledigung* zustehen. Diese Sichtweise wird freilich heutzutage im Grund einhellig als überholt erachtet und daher abgelehnt.¹⁰ Den Konkursteilnahmeanspruch im technischen Sinn kann man daher nach moderner Auffassung *ad acta* legen.

Unter diesen Umständen verwundert es ein wenig, dass der Begriff des „Konkursteilnahmeanspruchs“ in Österreich – *va* in der Rechtsprechung¹¹ – nach wie vor gebräuchlich ist. Ganz allgemein ist hier freilich davor zu warnen, der bloßen Verwendung der Begriffe „Konkursteilnahmeanspruch“ bzw „Teilnahmeanspruch“ schon ein Bekenntnis zur Lehre vom materiellen Rechtsschutzanspruch entnehmen zu wollen: Zumeist handelt es sich lediglich um eine Inanspruchnahme überkommener Begriffe der Kontinuität wegen, die nicht „überinterpretiert“ werden darf.¹² Mit diesen Ausdrücken sollen im Allgemeinen bloß die auf der Forderungsfeststellung beruhenden Rechte und Befugnisse des Konkursgläubigers – also das Stimmrecht in Gläubigerversammlungen (§ 93 Abs 1 KO), das Bestreitungsrecht (§ 105 Abs 5 KO) sowie der Anspruch auf die Quote bei Verteilungen – mit einem *ökonomischen Sammelbegriff* umschrieben werden.

Gelegentlich werden aus der veralteten Konstruktion des Konkursteilnahmeanspruchs im technischen Sinn allerdings nach wie vor fragwürdige rechtliche Konsequenzen abgeleitet, wie insb im Rahmen der umstrittenen Judikatur zum Wegfall des Austrittsrechts des Arbeitnehmers gem § 26 Z 2 AngG infolge der Konkurseröffnung über das Vermögen des Arbeitgebers:¹³ Hier wird zur Untermauerung des Wegfalls des Austrittsrechts

6 Grundlegend *Oetker*, Konkursrechtliche Fragen, in Festschrift für Bernhard Windscheid zu seinem fünfzigjährigen Doctorjubiläum (1888) 1 (59 f); *ders*, Konkursrechtliche Grundbegriffe I – Die Gläubiger (1891) 184 ff.

7 In *Bartsch/Pollak*, KO³ I 476 f.

8 Insolvenzrecht 110 ff.

9 *Wach*, Handbuch des deutschen Civilprozessrechts I (1885) 19 ff; *ders*, Der Rechtsschutzanspruch, ZZP 32 (1904) 1.

10 So insb *Konecny*, ZIK 1996, 148; *ders* in *Konecny/Schubert*, KO § 102 Rz 3; *ders*, Krejci-FS II 1812 ff; *Roth*, Individualleistung 166; *Kodek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*⁴ IV § 102 KO Rz 6 ff.

11 Siehe die Nachweise in FN 4.

12 Vgl *Konecny*, ZIK 1996, 147 f.

13 Etwa OGH 8 ObS 4/96 SZ 69/106 = DRdA 1996, 521 = infas 1996 A 90 = wbl 1996, 325 = ZIK 1996, 131; OGH 8 ObS 2030/96d ARD 4862/44/97 = EvBl 1997/22 = ZIK 1997, 62; OGH 8 ObS 207/98v ArbSlg 11.772 = ARD 5021/9/99 = ZIK 1999, 29; OGH 8 ObS 208/98s ArbSlg 11.783 = ARD 5021/10/99 = ASoK 1999, 77 = DRdA 1999, 66 = infas 1999 A 7 = wbl 1999, 177 = ZAS 1999, 139 (abl *Weber*) = wbl 1999, 177 = ZIK 1999, 30; OGH 8 ObA 298/98a ArbSlg 11.887 = EvBl 1999/213; OLG Wien 7 Ra 307/99i ARD

ua ins Treffen geführt, dass sich der materielle Anspruch des Arbeitnehmers auf Bezahlung des rückständigen Lohns (wie die Ansprüche aller anderen Gläubiger) in einen Konkursteilnahmeanspruch umwandle. Diese geänderte rechtliche Qualität nehme ihm aber die Eignung, den vorzeitigen Austritt gem § 26 Z 2 AngG gegenüber dem Masseverwalter zu begründen. Dass dieser – in der Lehre heftig kritisierten¹⁴ – Judikaturlinie nicht gefolgt werden kann, wurde bereits an anderer Stelle dargelegt.¹⁵ Insgesamt zeigt sich deutlich, dass im modernen Recht für die Konstruktion eines Konkursteilnahmeanspruchs kein Platz ist.

C „Forderung“ und „Anspruch“

Damit bleiben die zivilrechtlichen Strukturelemente „Forderung“ und „Anspruch“ übrig. Betrachtet man diese näher, so zeigt sich va, dass sie gemeinhin als *homogene Größen* angesehen werden, bei denen eine weitere Untergliederung nicht mehr möglich oder jedenfalls nicht notwendig ist. Auch im Bereich des Insolvenzrechts wird nicht versucht, das Konkursgläubigerrecht auf seine möglichen – uU abspaltbaren – Elemente zu untersuchen und die Elemente exakter auszumachen, die für die Rechtsdurchsetzung im Konkurs eigentlich maßgeblich sind.

-
- 5107/1/2000; OGH 9 ObA 132/01d; OGH 9 ObA 53/02p; ArbSlg 12.214 = ARD 5342/9/2002 = RdW 2003/639 = ZAS 2003/15 = ZASB 2002, 41 = ZIK 2002/146, 173. Vgl dazu auch die Rsp, nach der das Austrittsrecht wegen drohender Entgeltvorenthaltung bereits bei Ankündigung der Konkursantragstellung versagt wird: OGH 8 ObA 215/01b ARD 5303/5/2002 = DRdA 2002/46 (abl *Anzenberger*) = wbl 2002/225 = ZIK 2002/151, 105; OGH 9 ObA 227/01z EvBl 2002/63 = ZIK 2002/151, 105; OGH 8 ObA 198/01b ZIK 2002/249, 176. Zum Ausgleichsverfahren OGH 9 ObA 189/99f ArbSlg 11.959 = ARD 5084/3/99 = ASoK 2000, 219 = DRdA 2000, 176 und 404 (abl *Gahleitner*) = ecolex 2000, 377 (zust *Mazal*) = infas 2000 A 27 = RdW 2000, 748 = wbl 2000, 132 = ZAS 2002/1 = ZIK 1999, 209. Siehe dazu noch unten IV. D.
- 14 *Konecny*, ZIK 1996, 146 ff; *ders* in *Konecny/Schubert*, KO § 102 Rz 3; *Nunner*, Rechtsfragen der Beendigung von Arbeitsverhältnissen im Konkurs, ÖJZ 1997, 241 (249 f); *Grießer*, OGH – partiell unwirksamer Austritt im Konkurs? ecolex 1997, 515; *ders*, Die wesentlichen arbeitsrechtlichen Änderungen des IRÄG 1997, ZAS 1998, 1 (3 und 5); *Weber*, Beendigung der Arbeitsverhältnisse im Konkurs nach dem IRÄG 1997, ZIK 1997, 120 (126 f); *dies*, Arbeitsverhältnisse in Insolvenzverfahren (1998) 53 ff; *dies*, Anmerkung zu OGH 24. 8. 1998, 8 ObS 208/98s, ZAS 1999, 140 ff; *Gahleitner*, § 3a IESG: Sicherung des laufenden Entgelts – „Austrittspflicht“ und Ausfallhaftung, ZIK 1997, 201 (203 ff); *Spielbüchler*, Anmerkung zu OGH 26. 8. 1999, 8 ObS 47/97, DRdA 2000, 290 (291 f); *Gamerith* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*⁴ I § 25 KO Rz 34; *Kodek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*⁴ IV § 102 KO Rz 8; ggt *Holzer*, Austritt vor Konkurseröffnung – Zum Austritt des Arbeitnehmers wegen vorenthaltenen Entgelts in zeitlicher Nähe zur Konkurseröffnung, ASoK 1996, 7 f; *ders*, Insolvenz und Arbeitsverhältnis, DRdA 1998, 325 und 393; *Rothner*, Die Arbeitnehmer im Recht der Unternehmensfortführung nach dem IRÄG 1997, ZIK 1998, 10 (12 f); *Holzer/Reissner/Schwarz*, Die Rechte des Arbeitnehmers bei Insolvenz⁴ (1999) 454.
- 15 *Nunner*, ÖJZ 1997, 249 f; *Nunner-Krautgasser*, Schuld, Vermögenshaftung und Insolvenz (in Druck).

Das dürfte seine Ursache nicht zuletzt darin haben, dass der *Unterscheidung von Schuld und Haftung* heutzutage meist wenig bis überhaupt keine Bedeutung für die Rechtserkenntnis beigemessen wird. Dieses Werturteil mag für viele Bereiche zutreffen.

Für den Bereich der Rechtsdurchsetzung im Konkurs ist eine solche Geringschätzung jedoch fehl am Platz. Die gängigen „Einheitsgrößen“ Anspruch und Forderung stellen nämlich *kein ausreichendes Instrumentarium für die Deutung der konkurstypischen Aufspaltung der Aktiven und Passiven* in einen konkursinternen und einen konkursexternen Bereich zur Verfügung. Das ist nicht nur in dogmatischer Hinsicht bedauerlich, sondern geht vor allem auch mit erheblichen Defiziten für die praktische Rechtserkenntnis einher.

Es ist daher zu prüfen, ob die Rechtsdurchsetzung im Konkurs wirklich die Forderung bzw den Anspruch in seiner Gesamtheit erfasst, oder ob nur gewisse Elemente davon „in den Konkurs gezogen“ werden. Damit steht in erster Linie das *Verhältnis zwischen Schuld und Haftung* zur Debatte.

II Die Lehre von Schuld und Haftung

A Historische Entwicklung

Die Lehre von Schuld und Haftung wurde im Jahr 1874 durch den Romanisten *Alois von Brinz* begründet. Er rückte in seiner revolutionären Abhandlung „Der Begriff obligatio“¹⁶ erstmals die *Haftung* (und nicht die der Schuld gegenüberstehende Forderung) in den Mittelpunkt des Schuldverhältnisses.

Sein neuartiges Erklärungsmodell wurde anfangs allerdings recht wenig beachtet. *Brinz'* Zeitgenossen lehnten es durchwegs ab. Besonders negativ eingestellt war der berühmte *Bernhard Windscheid*,¹⁷ der Schöpfer des Anspruchs moderner Prägung, der auch maßgeblich an der Gesetzgebungsarbeit am deutschen BGB mitwirkte. Das erklärt ua, weshalb die damals bereits bekannte Unterscheidung von Schuld und Haftung nicht – wie man doch eigentlich annehmen müsste – im dt BGB verankert wurde.

Dass die *Brinz'schen* Ideen dennoch nicht sang- und klanglos wieder in der Versenkung verschwunden sind, beruht darauf, dass andere sie übernommen und weiterentwickelt haben: Wenig später wurde der *Brinz'sche* Ansatz nämlich von der germanistischen Forschung übernommen und entsprechend adaptiert. Eine große Rolle spielte dabei zunächst *Karl von Amira*, der sein „Nordgermanisches Obligationenrecht“¹⁸ sogar nach den Kategorien der „Schuld“ und der „Haftung“ gliederte. Später nahmen sich

16 GrünhutsZ 1 (1874) 11; s auch *Brinz*, Obligation und Haftung, AcP 70 (1886) 371.

17 Vgl insb *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts⁶ II (1887) 4 FN 2 aE; s auch noch *Windscheid/Kipp*, Lehrbuch des Pandektenrechts⁹ II (1906) 4 FN 2 aE.

18 *Von Amira*, Nordgermanisches Obligationenrecht (1882 und 1895, Nachdruck 1973).

insb *Otto von Gierke*¹⁹ und der einstige Grazer Rektor *Paul Puntschart*²⁰ dieser Lehre an.

Damit war der Weg für eine Übernahme der Lehre von Schuld und Haftung in das moderne Recht bereitet. In der Folge – insb nach der Publikation der ersten grundlegenden Untersuchung zum modernen Recht durch *Isay*²¹ – setzte eine regelrechte Welle von Arbeiten zu Grundfragen von Schuld und Haftung ein. Sie ebte allerdings etwa zum Ende des 1. Weltkriegs ziemlich jäh wieder ab, weil man die Beschäftigung mit diesem Thema nun offenbar als „müßige Gedankenspielerei und Begriffsjurisprudenz“ empfand.²²

Die Auswirkungen des Abbruchs der Diskussion sind heute nach wie vor spürbar: Zwar findet sich die Unterscheidung von Schuld und Haftung in wohl jedem Standardwerk zum Schuldrecht. Dem steht jedoch große Unsicherheit im Hinblick auf die Bedeutung dieser Begriffe gegenüber. Es wird hier also oft mit Kategorien gearbeitet, deren rechtlicher Gehalt nicht geklärt ist und deren Verhältnis zueinander überhaupt nicht feststeht.

B Die Trennung von Schuld und Haftung

Die Eckpfeiler der Lehre von Schuld und Haftung lassen sich für das moderne Recht wie folgt skizzieren:

Der Angelpunkt besteht in der grundsätzlichen *Unterscheidung zwischen der Ebene der Schuld* – genauer: des *rechtlichen Sollens* – und der *Ebene der Haftung bzw des Rechtszwangs*.²³

Die Funktion der *Schuld*, also des rechtlichen Sollens, liegt in der *Festlegung des Leistungsinhalts*: Aufgrund des rechtlichen Sollens, das an den freien Willen des Schuldners adressiert ist, gebührt dem Gläubiger eine bestimmte Leistung iWS bzw ist der Schuldner zur Erbringung dieser Leistung verpflichtet.²⁴

Ein Dauerbrenner in der rechtstheoretischen Diskussion ist die Frage, ob ein *rechtliches Sollen überhaupt für sich allein existieren kann* oder ob es erst der Rechtszwang ist, der das rechtliche Sollen konstituiert, also kurz gesagt die Frage: Gibt es überhaupt eine Rechtspflicht (bzw ein korrespondierendes Recht) ohne begleitende Sanktion? Hier sprechen insgesamt mehr Gründe für die Annahme, dass ein rechtliches Sollen auch dort existieren kann, wo begleitender Rechtszwang von vornherein fehlt oder nachträglich weggefallen ist,²⁵ wie etwa bei der verjährten Forderung in

19 *Von Gierke*, Schuld und Haftung im älteren deutschen Recht, insbesondere die Form der Schuld- und Haftungsgeschäfte, Untersuchungen zur Deutschen Staats- und Rechtsgeschichte, 100. Heft (1910).

20 *Puntschart*, Schuldvertrag und Treugelöbnis des sächsischen Rechts im Mittelalter – ein Beitrag zur Grundauffassung der altdeutschen Obligation (1896).

21 *Isay*, Schuldverhältnis und Haftungsverhältnis im heutigen Recht, JherJB 48 (1904) 187.

22 Vgl *Koziol*, Die Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte (1967) 152.

23 Ausführlich dazu und zum folgenden *Nunner-Krautgasser*, Schuld, Vermögenshaftung und Insolvenz (in Druck).

24 Statt vieler *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts AT¹⁴ (1987) 6 und 15.

25 Näheres dazu *Nunner-Krautgasser*, Schuld, Vermögenshaftung und Insolvenz (in Druck).

ihrem Zustand nach erfolgreicher Verjährungseinrede. Fehlt der begleitende Rechtszwang, so liegt keine durchsetzbare (dynamische) Rechtsmacht, sondern eine *bloße (statische) Rechtsposition des Gläubigers* vor. Diese statische Rechtsposition soll hier als „*reines Leistungsrecht*“ bezeichnet werden. Dieses reine Leistungsrecht des Gläubigers ist insb mit der Befugnis verbunden, das Geleistete zu behalten (arg § 1432 ABGB). Der fehlende Zwang wirkt sich also (nur) auf der Ebene der Rechtsdurchsetzung aus.

Diese Abgrenzungen zeitigen gerade im Bereich des Konkursrechts ganz konkrete Konsequenzen, auf die noch zurückzukommen sein wird.

C Haftung

1 Vermögenshaftung

Von zentraler Bedeutung für die vorliegende Untersuchung ist der Bereich der *Haftung*. Vorauszuschicken ist, dass der Ausdruck „Haftung“²⁶ hier nicht im schadenersatzrechtlichen Sinn von „Verantwortlichkeit“ verwendet wird, sondern allein im Hinblick auf die (zwangsweise) *Durchsetzung von Rechten*.

In diesem Zusammenhang ist „Haftung“ nach moderner Auffassung *rein vermögensbezogen* zu verstehen:²⁷ Für ein solches Verständnis hat sich – soweit ersichtlich: erstmals – in aller Deutlichkeit *von Tuhr* ausgesprochen, der insoweit den prägnanten Lehrsatz „Der Schuldner ist verpflichtet, sein Vermögen haftet“ geprägt hat.²⁸ „Haftung“ bezeichnet also nur die persönliche Vermögenshaftung als „zweite Dimension“ der Geldobligation.²⁹

Die persönliche Vermögenshaftung entsteht mit der Begründung einer Geldforderung *ipso iure*³⁰ und äußert sich in der *Unterworfenheit des pfändbaren Schuldnervermögens unter den Gläubigerzugriff*. Erfasst ist grundsätzlich der wechselnde Vermögensbestand des Schuldners, man spricht daher von der „*ätherischen Flüchtigkeit*“³¹ der persönlichen Haftung. Die persönliche Vermögenshaftung kann sich aber im Notfall³² – kraft der Anfechtung – auch auf Vermögenswerte erstrecken, die sich in der Rechtszuständigkeit Dritter befinden.

26 Zum schillernden Begriff „Haftung“ vgl statt vieler *Gernhuber*, Das Schuldverhältnis (1989) 64 ff.

27 So va *Larenz*, Schuldrecht AT¹⁴, 23.

28 *Von Tuhr*, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts (1910) 110 ff.

29 Vgl *Bötticher*, Prozessrecht und Materielles Recht, ZJP 85 (1972) 1 (3); *Habersack*, Die Akzessorietät – Strukturprinzip der europäischen Zivilrechte und eines künftigen europäischen Grundpfandrechts, JZ 1997, 857 (863).

30 *Spellenberg*, Zum Gegenstand des Konkursfeststellungsverfahrens (§§ 138 ff KO) – Schuld und Haftung im Konkurs (1973) 60.

31 *F. Schulz*, System der Rechte auf den Eingriffserwerb, AcP 105 (1909) 1 (231).

32 Siehe dazu *F. Bydlinski*, System und Prinzipien des Privatrechts (1996) 307, der hinsichtlich des (insb bei der Gläubigeranfechtung erkennbaren) Auseinanderfallens der Verfügungs- und der Haftungsfunktion bei der Güterzuweisung von einer „Möglichkeit der Spaltung als Lösungsmittel für Notsituationen“ spricht.

2 Materielles Haftungsrecht

Die Haftung stattet den Inhaber einer Geldforderung mit einer *besonderen materiellen Rechtsposition auf der Haftungsebene* aus, die sein Recht auf die Geldleistung untermauert: Diese besondere Rechtsposition ist das *materielle, persönliche Haftungsrecht des Gläubigers*.³³ Es handelt sich dabei sozusagen um die Kehrseite der persönlichen Haftung des Schuldners mit seinem pfändbaren Vermögen.

Dass es im Bereich der Geldobligatio irgendein materielles Recht des Gläubigers auch auf der Haftungsebene geben muss, ist in speziellen (Rand-)Bereichen wie insb der *Gläubigeranfechtung* ja bereits anerkannt; man spricht dort vom „Befriedigungsrecht“ oder vom „Zugriffsrecht“ des Gläubigers.³⁴ Was allerdings noch aussteht, ist die Erkenntnis, dass es sich dabei nicht um eine auf das Anfechtungsrecht beschränkte „Ausnahmerechtscheinung“ handelt, sondern dass hier ein allgemeines zivilrechtliches Strukturelement vorliegt.

Im Zusammenhang mit den insolvenzrechtlichen Konsequenzen ist vor allem die *Rechtsnatur des materiellen Haftungsrechts* interessant: Das materielle Haftungsrecht ist ein *Wertrecht am haftenden Vermögen (Wertposition des Gläubigers)*, und diese Wertposition ist mit einer *haftungsrechtlichen Zuordnung*³⁵ der pfändbaren Vermögenswerte des Schuldners zum Gläubiger verbunden. Mit dieser Zuordnungskomponente ist gemeint, dass die Vermögenswerte des Schuldners dem Gläubiger nicht als „Verfügungsobjekte“, sondern nur als „Haftungsobjekte“ gebühren. Der Gläubiger hat also in Ansehung der persönlichen Vermögenshaftung keinen Anspruch auf Aushändigung der Sachen, sondern einen Anspruch, durch Vermögenszugriff und -verwertung befriedigt zu werden.³⁶

Aufgrund dieser beiden Komponenten (also der Wertposition und der damit verbundenen haftungsrechtlichen Zuordnung von Vermögenswerten) hat der Gläubiger ein *Zugriffsrecht* auf das Schuldnervermögen.

Vor allem bildet die haftungsrechtliche Wertposition (bei entsprechender Feststellung) auch die *materiellrechtliche Grundlage für die zwangsweise Durchsetzung einer Geldforderung*.³⁷ Die Durchsetzung von Geldforderungen knüpft sich also nicht an die persönliche Leistungspflicht des Schuldners, sondern allein an die Haftung seines Vermögens.³⁸ In der

33 Dazu und zum folgenden *Nunner-Krautgasser*, Schuld, Vermögenshaftung und Insolvenz (in Druck) mwN.

34 Siehe etwa *Koziol*, Beeinträchtigung 165 ff; *ders*, Grundlagen und Streitfragen der Gläubigeranfechtung (1991) 4; *Koziol/Bollenberger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*⁴ I § 27 KO Rz 3; vgl auch *von Tuhr*, Allgemeiner Teil I 11; *F. Schulz*, AcP 105, 226 ff; *G. Paulus*, Sinn und Formen der Gläubigeranfechtung, AcP 155 (1956) 277 (300).

35 Vgl dazu *Koziol*, Grundlagen 5; *F. Bydlinski*, System 304.

36 Vgl *G. Paulus*, AcP 155, 282; *Gerhardt*, Die systematische Einordnung der Gläubigeranfechtung (1969) 291; *Koziol*, Grundlagen 47 f.

37 Vgl dazu bereits *Oertmann*, Das Problem der relativen Rechtszuständigkeit, JherJB 66 (1916) 130 (166 ff); *F. Schulz*, AcP 105, 238 ff; in diesem Sinn auch *Koziol*, Beeinträchtigung 168; *Spellenberg*, Gegenstand 55 ff; *Eckardt*, Zur Aufrechnungsbefugnis des Konkursverwalters, ZIP 1995, 257 (261).

38 Dazu ausführlich *Nunner-Krautgasser*, Schuld, Vermögenshaftung und Insolvenz (in Druck).

individuellen Rechtsdurchsetzung kann daher ein zusprechendes Geldleistungsurteil auch nur im Ausmaß und im Umfang der Haftung erlangt werden, was va bei den verschiedenen Ausprägungen der Naturalobligationen, aber auch im Zusammenhang mit den Fällen (betrags-)beschränkter Haftung deutlich wird.³⁹

Auf viele Einzelheiten im Zusammenhang mit der Rechtsnatur des materiellen Haftungsrechts kann im Rahmen dieses Beitrags nicht näher eingegangen werden. In insolvenzrechtlicher Hinsicht bedeutsam sind vor allem folgende Aspekte:

- Leistungs- und Haftungsrecht laufen zwar regelmäßig, aber keineswegs stets oder notwendigerweise parallel: Insb in der Anfechtung und in der Schuldnerinsolvenz kann sich das Haftungsrecht durchaus vom Leistungsrecht abspalten und ein *eigenständiges rechtliches Schicksal* haben. Auf die Abspaltung des Haftungsrechts im Konkurs wird noch zurückzukommen sein.
- Die materiellen Haftungsrechte mehrerer Gläubiger, die sich auf das Vermögen eines Schuldners beziehen, stehen untereinander grundsätzlich im Verhältnis der *Gleichrangigkeit*.⁴⁰ Eine Rangordnung wird nämlich gegebenenfalls erst im Zuge der (individuellen) Haftungsverwirklichung (also im Rahmen der Exekution) begründet. Diese Erkenntnis schlägt sich vor allem bei der Deutung des insolvenzrechtlichen Gleichbehandlungsprinzips nieder.
- Auch das von einem persönlichen Leistungsrecht losgelöste Haftungsrecht kann einen eigenständigen Anspruch – einen „*reinen Haftungsanspruch*“ – hervorbringen.⁴¹ Das ist etwa im Bereich der Gläubigeranfechtung zu beobachten, wo der Anfechtungsgegner nur mit bestimmten Vermögenswerten haftet, ohne dass ihn zugleich eine persönliche Leistungspflicht trifft.⁴² Ein solcher reiner Haftungsanspruch ist nicht die Untermauerung eines Leistensollens – also kein begleitender „Rechtsbehelf“ zur Verwirklichung der Leistungspflicht –, sondern er zielt allein auf die Erlangung eines bestimmten Wertes durch direkten (vom Schuldnerwillen unabhängigen) Vermögenszugriff ab.

3 Haftungsklage

Der reine Haftungsanspruch wird in der individuellen Rechtsdurchsetzung mit einer sog „*Haftungsklage*“ durchgesetzt, die auf die „*Duldung*“ der *Zwangsvollstreckung* abzielt.⁴³ Beispiele hierfür liefern zum einen die *Anfechtungsklagen*, zum anderen die *Pfandrechts- bzw Hypothekarklagen*.

39 *Nunner-Krautgasser*, Unzulänglichkeit der Verlassenschaft: Haftungsbeschränkung? *Zak* 2006/558, 323 mwN.

40 *F. Schulz*, *AcP* 105, 228 f; *Koziol*, *Beeinträchtigung* 166.

41 *Nunner-Krautgasser*, *Schuld, Vermögenshaftung und Insolvenz* (in Druck).

42 Vgl dazu insb *G. Paulus*, *AcP* 155, 277 ff; *Koziol*, *Grundlagen* 45 ff.

43 Zur Kategorie der „Haftungsklage“ s allg etwa *Fasching*, *Lehrbuch des österreichischen Zivilprozeßrechts*² (1990) Rz 1068; *ders* in *Fasching/Konecny*, *Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen*² III (2004) § 226 Rz 14; vgl zum deutschen Recht *Hein*, *Duldung der Zwangsvollstreckung* (1911) 152 ff; *G. Paulus*, *AcP* 155, 280 f, 302 f und 305; ausführlich *Lent*, *Das Urteil auf Duldung der Zwangsvollstreckung*, *ZZP* 70 (1957) 401 (419 ff); *Henckel*, *Partei-*

Diese Haftungsklagen sind nach dem gängigen Einteilungsschema der Klagen als *Leistungsklagen iwS* zu qualifizieren.⁴⁴ Sie sind aber *keine Duldungsklagen*: Dass hier kein Duldungsanspruch durchgesetzt wird, ergibt sich schon daraus, dass der Haftende nicht ein Verhalten des Gläubigers dulden muss, sondern er hat die staatliche Zwangsvollstreckung über sich ergehen zu lassen.⁴⁵ Daher ist die praktisch übliche Fassung des Klagebegehrens als Duldungsbegehren zumindest unexakt; angemessener wäre die Formulierung: „Der Kläger darf die Zwangsvollstreckung in folgenden Gegenstand (oder folgende Vermögensmasse) wegen der ... Forderung betreiben“.⁴⁶ Bei dieser Formulierung wird auch ungleich deutlicher, dass die Exekution nicht im Rahmen einer Duldungsexekution gem § 355 EO, sondern durch *unmittelbaren Vermögenszugriff iSd §§ 87 ff EO* erfolgt.⁴⁷ Es wird also auch im Rahmen einer Haftungsklage eine *Geldforderung* und nicht etwa ein wesensmäßig anderer Anspruch durchgesetzt.⁴⁸ Der Unterschied zu den „normalen“ Geldleistungsansprüchen, die mit einer Zahlungsklage geltend gemacht werden, besteht lediglich darin, dass bei den reinen Haftungsansprüchen nur ein Zugriffsrecht auf das Schuldnervermögen, aber keine „vorgelagerte“ persönliche Leistungspflicht des Schuldners existiert. In prozessualer Hinsicht ist das Fehlen der persönlichen Leistungspflicht aber völlig irrelevant, weil sich die Durchsetzbarkeit von Geldleistungsansprüchen (und damit die Vollstreckbarkeit) – wie erwähnt – gerade nicht an die persönliche Leistungspflicht des Schuldners, sondern nur an die Haftung seines Vermögens knüpft. Auch der reine Haftungsanspruch ist daher ein *Anspruch auf die Durchsetzung einer Geldforderung im Wege des unmittelbaren Vermögenszugriffs*.

Daraus ergeben sich vor allem folgende *praktische Konsequenzen*: Zum einen ist auch bei solchen reinen Haftungsansprüchen die *Exekution zur Sicherstellung iSd § 370 EO* zulässig⁴⁹ bzw ist für die *Sicherung* in diesen

lehre und Streitgegenstand im Zivilprozess (1961) 65; *Rosenberg*, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts⁹ (1961) 952; *Gerhardt*, Gläubigeranfechtung 286 ff; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht¹⁶ (2004) 591 f (§ 89 Rz 8 ff). Für einen eigenständigen Klagstyp spricht sich *Blomeyer* (Zivilprozessrecht² [1985] 206 ff) aus; vgl auch *Rödiger*, Die Theorie des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens – Die Grundlinien des zivil-, straf- und verwaltungsgerichtlichen Prozesses (1973) 66; *R. Bruns*, Zivilprozessrecht² (1979) Rz 130. Gegen die Annahme eines eigenständigen Klagstyps *Schlosser*, Gestaltungsklagen und Gestaltungsurteile (1966) 109.

44 Dazu und zum folgenden *Nunner-Krautgasser*, Schuld, Vermögenshaftung und Insolvenz (in Druck) mwN.

45 Siehe dazu *Lent*, ZZP 70, 412 ff; *Jelinek*, Zwangsvollstreckung zur Erwirkung von Unterlassungen (1974) 62. Vgl auch *von Tuhr*, Allgemeiner Teil 108 sowie *G. Paulus*, AcP 155, 302.

46 Vgl *Lent*, ZZP 70, 416.

47 *Lent*, ZZP 70, 412; *Jelinek*, Zwangsvollstreckung 62.

48 Siehe dazu va *Konecny*, Der Anwendungsbereich der einstweiligen Verfügung (1992) 152 ff; *ders*, Gerichtliche Sicherungsmaßnahmen gegen exekutionsvereitelnde oder exekutionserschwerende Bestandverträge, wobl 1991, 145 (148 f); *ders*, Anmerkung zu OGH 22. 2. 1994, 6 Ob 504/94, ÖBA 1995, 311 (313), jeweils mwN.

49 *Konecny*, wobl 1991, 148 f; *Zechner*, Sicherungsexekution und einstweilige Verfügung – Kommentar (2000) § 370 Rz 3; aA OGH 3 Ob 1175/27 SZ

Fällen nicht § 381 EO, sondern § 379 EO maßgebend.⁵⁰

Zum anderen sind auch die Haftungsklagen bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen iSd §§ 244 ff ZPO als *Mahnklagen* einzubringen.⁵¹ Daher ist der Auffassung zuzustimmen, dass insoweit auch Pfandrechts- bzw Hypothekarklagen in das Mahnverfahren verwiesen sind; das ist insb für das Vorzugspfandreht gem § 27 Abs 2 WEG 2002 (vgl § 13c Abs 3 WEG 1975) relevant.⁵²

III Insolvenzzrechtliche Auswirkungen

A Insolvenzzrecht als Haftungsrecht

Die eben dargestellten Abgrenzungen von rechtlichem Sollen und Rechtszwang bzw von Leistungsrecht und Haftungsrecht liefern nun eine einheitliche Erklärungsgrundlage für zahlreiche insolvenzzrechtliche Phänomene.

Das Insolvenzzrecht ist inhaltlich und funktionell als *Haftungsrecht* angelegt.⁵³ Die Urfunktion des Konkurses liegt in der Vermeidung von Konflik-

10/17; OGH 3 Ob 216/01p ZIK 2002/299, 209; *Heller/Berger/Stix*, Kommentar zur Exekutionsordnung⁴ III (1976) 2644; *Holzhammer*, Österreichisches Zwangsvollstreckungsrecht⁴ (1993) 411.

50 *Konecny*, Anwendungsbereich 152 ff; *ders*, wobl 1991, 148 f; *ders*, ÖBA 1995, 313; diesem folgend *Zechner*, Sicherungsexekution § 378 Rz 7 und § 379 Rz 2; *König*, Einstweilige Verfügungen im Zivilverfahren² (2000) Rz 2/41; *Sailer in Burgstaller/Deixler-Hübner*, Exekutionsordnung – Kommentar (2002) § 379 Rz 3 und 5; *Kodek in Angst*, Kommentar zur Exekutionsordnung (2000) § 379 Rz 3 und § 381 Rz 2; siehe auch *Rechberger/Simotta*, Exekutionsverfahren² (1992) Rz 880 und 889; aA *Klang*, Der Schutz des Liegenschaftspfandgläubigers gegen Verschlechterungen der Pfandsache, GZ 1903, 324 (326); *Heller/Berger/Stix*⁴ III 2721; OGH 3 Ob 1175/27 SZ 10/17; OGH 3 Ob 449/37 SZ 18/137; OGH 2 Ob 194/59 SZ 32/52; OGH 6 Ob 112/59; OGH 5 Ob 182/73 EvBl 1974/153 = JBl 1974, 210; OGH 6 Ob 504/94 ÖBA 1995, 311 (*Konecny*) = RdW 1994, 314; OGH 3 Ob 216/01p ZIK 2002/299, 209; OGH 2 Ob 227/01y EFSIlg 106.115 = NZ 2004, 212 = RdW 2004/204 = ZIK 2004/36, 32; differenzierend hingegen OGH 6 Ob 529/80 SZ 53/46; OGH 2 Ob 169/00t ZIK 2000/227, 177.

51 *Stabentheiner*, Zu Einzelfragen des wohnungseigentumsrechtlichen Vorzugspfandrechts, immolex 2000, 116 (117); *Winkler*, Mahnverfahren und Konkurs, ZIK 2001/127, 74 (78); *Kodek in Fasching/Konecny*² III § 244 Rz 42 ff; vgl auch *Call*, Anmerkungen zum gesetzlichen Vorzugspfandreht gem § 13c Abs 3 bis 5 WEG im Rahmen der Wohnrechtsnovelle 1999, wobl 1999, 358 (360 f); *Illedits*, Die Wohnungseigentümergeinschaft, wobl 2000, 65 (72 FN 46); aA OGH 10 Ob 26/03a; OGH 2 Ob 276/03g, ecolex 2004,129 = EFSIlg 105.826 = EvBl 2004/94 = immolex 2004/121 = MietSIlg 55.678 = NZ 2005, 16 = RdW 2004/380.

52 *Stabentheiner*, immolex 2000, 116 ff; *Kodek in Fasching/Konecny*² III § 244 ZPO Rz 45.

53 In diesem Sinn insb *Smid*, Grundzüge des Insolvenzzrechts⁴ (2002) § 1 Rz 1 ff (1 ff); *ders*, Europäisches Internationales Insolvenzzrecht (2002) 1 f (Rz 1 f); *ders*, Strukturen der Insolvenzzrechte in den Reformstaaten Mittel- und Osteuropas, KTS 1998, 313 f; *Häsemeyer*, Insolvenzzrecht³ (2003) Rz 1.11 ff; *Delinger/Oberhammer*, Insolvenzzrecht² (2004) Rz 6 ff.

ten zwischen den andrängenden Gläubigern und damit in der Erhaltung des sozialen Friedens.⁵⁴ Im Fall der materiellen Insolvenz des Schuldners wird daher die grundsätzlich individualistisch ausgestaltete Haftungsverwirklichung durch das (zwingende) Regime einer kollektiven Haftungsordnung ersetzt. Dieses Regime erfasst sowohl den gesamten Haftungsfonds als auch alle sich darauf beziehenden Verbindlichkeiten des Schuldners. Das Insolvenzrecht ist damit ein *Instrument der (gesamtheitlichen) Haftungsverwirklichung unter Knappheitsbedingungen*.⁵⁵

Das Substrat der Haftung ist das verwertbare Schuldnervermögen, daher ist das Insolvenzrecht notwendigerweise *vermögensbezogen*.⁵⁶ Das äußert sich eindrucksvoll darin, dass an der konkurspezifischen Haftungsverwirklichung nur teilnehmen kann, wer Befriedigung in Geld verlangt.⁵⁷ Damit ist der fundamentale konkursrechtliche *Grundsatz der Geldliquidation*⁵⁸ angesprochen, der das System der Durchsetzung von Konkursforderungen entscheidend prägt. Zu betonen ist, dass der Grundsatz der Geldliquidation nur bei den *Konkursforderungen* im technischen Sinn vollständig verwirklicht ist, nicht hingegen bei anderen Anspruchsgruppen (insb Masseforderungen). Nicht zuletzt deshalb ist bei einer Anwendung der Regelungen für Konkursforderungen auf die Masseforderungen größte Vorsicht geboten. So wird neuerdings etwa (in Anlehnung an die hA in Deutschland)⁵⁹ vertreten, dass Altmassegläubiger bei Masseunzulänglichkeit nur mehr eine Feststellungsklage, aber keine Leistungsklage erheben könnten.⁶⁰ Dem ist vor allem deshalb nicht zu folgen, weil die Systematik der Durchsetzung von Konkursforderungen bei den Masseforderungen keine Parallele hat.⁶¹ Aber auch das (den Masseverwalter treffende) Zahlungsverbot des § 124a KO bietet keine ausreichende Grundlage für ein Titel-

54 *Smid* in *Smid*, Insolvenzordnung² (2001) § 1 Rz 34; *ders*, Grundzüge⁴ § 1 Rz 18 ff (8 ff); *Brehm*, Der Bereicherungsanspruch im Insolvenzverfahren – Gedanken zum Gleichbehandlungsgrundsatz, Jelinek-FS (2002) 15 (26); *Häsemeyer*, Insolvenzrecht³ Rz 2.01 ff.

55 So insb *Eidenmüller*, Unternehmenssanierung zwischen Markt und Gesetz – Mechanismen der Unternehmensreorganisation und Kooperationspflichten im Reorganisationsrecht (1999) 18; *Ganter* in Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung I (2001) vor §§ 2 bis 10 Rz 5; *Uhlenbruck* in *Uhlenbruck*, Insolvenzordnung – Kommentar¹² (2003) § 1 Rz 1; vgl auch *Dorndorf*, Zur Dogmatik des Verfahrenszwecks in einem marktadäquaten Insolvenzrecht, Merz-FS (1992) 31 (32 ff).

56 Vgl zum dt Recht *Balz*, Die Ziele der Insolvenzordnung, in Kölner Schrift zur Insolvenzordnung² (2000) 3 (8 Rz 17) mwN.

57 *Nunner*, Rechtsfragen der Nachhaltigkeit konkursbedingter Forderungsveränderung, ÖJZ 1998, 726 (728).

58 *Baur/Stürmer*, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht II Insolvenzrecht¹² (1990) Rz 5.43 ff.

59 Siehe nur BGH IX ZR 101/02 ZIP 2003, 914.

60 So zur Rechtslage seit der Einführung des § 124a KO insb *Mohr*, Insolvenzrecht 2002, 86; *Kodek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*⁴ IV § 124a KO Rz 26; aA *Konecny*, Masseunzulänglichkeit und ihre Folgen, in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2002 [2003] 61 [65 f und 82]; *Nunner-Krautgasser*, Zak 2006/558, 323 f; s auch *Engelhart* in *Konecny/Schubert*, KO § 47 Rz 11.

61 In diesem Sinn *Konecny*, Insolvenz-Forum 2002, 65 f und 82; vgl auch *Engelhart* in *Konecny/Schubert*, KO § 47 Rz 11.

erwerbsverbot, wenn der Massegläubiger einen fälligen Leistungsanspruch hat.⁶²

Mit dem Grundsatz der Geldliquidation hängt eng zusammen, dass im Mittelpunkt der Rechtsdurchsetzung im Konkurs die *Gläubigerrechte am Vermögen (also die materiellen Haftungsrechte)*, nicht aber persönliche Verhaltenspflichten des Schuldners stehen. Die persönlichen Verhaltenspflichten bleiben hinsichtlich der Konkursforderungen *systematisch ausgeklammert*. Dementsprechend kollidieren im Konkurs auch nur die materiellen Haftungsrechte der Konkursgläubiger, nicht aber die Forderungen in ihrer Gesamtheit.⁶³

Das bedeutet für die *Abgrenzung des Kreises der Konkursgläubiger* folgendes: Konkursgläubiger sind nur solche Gläubiger, die aufgrund ihrer vor Konkurseröffnung begründeten haftungsrechtlichen Wertpositionen auf den persönlichen Haftungsfonds des Gemeinschuldners zugreifen dürfen. Entscheidend für den Umfang der Konkursteilnahme ist daher, ob und inwieweit der Gläubiger ein *materielles Haftungsrecht* hat.⁶⁴

Die Zuordnung zur Gruppe der Konkursgläubiger muss allerdings nicht unbedingt auf primärer Vermögenshaftung beruhen. Den Inhabern von aus dem Vermögen zu realisierenden *Naturalleistungsansprüchen* (zB Eigentumsverschaffungsansprüchen) verschafft etwa erst die Umwandlung in einen Geldleistungsanspruch, der von Vermögenshaftung untermauert ist, das Recht zur Konkursteilnahme. Leistungsinhalte, die in der Einzelvollstreckung nicht durch unmittelbaren Vermögenszugriff, sondern nur durch mittelbaren Zwang gegen die Person durchsetzbar sind (die also – wie Ansprüche auf die Vornahme unvertretbarer Handlungen, Duldungen oder Unterlassungen – überhaupt nicht aus dem Vermögen zu realisieren sind), können hingegen mangels (primärer oder sekundärer) Haftung in das konkursrechtliche System der Haftungsverwirklichung überhaupt nicht einbezogen werden. Inhaber solcher Ansprüche sind daher auch dann nicht dem Kreis der Konkursgläubiger zuzurechnen, wenn ihr Anspruch einen berechenbaren Vermögenswert hat.⁶⁵

Diese Abgrenzungen erweisen sich auch im Zusammenhang mit den „nicht anzumeldenden Konkursforderungen“ als wertvoll: So wird etwa angenommen, dass gegen die Masse gerichtete Unterlassungspflichten (zB bei Wettbewerbsverstößen) aus der Zeit vor Konkurseröffnung sich nicht gem § 14 KO in Geldforderungen verwandeln und auch nicht anzumelden sind, sondern gegen den Masseverwalter durchgesetzt werden können. Der OGH⁶⁶ nimmt hier gleichwohl Konkursforderungen an, die er

62 *Nunner-Krautgasser*, Zak 2006/558, 323 f.

63 Vgl dazu *de Boor*, Die Kollision von Forderungsrechten (1928) 46 ff; *Berges*, Die rechtlichen Grundlagen der Gläubigergleichbehandlung im Konkurs, KTS 1957, 49 (52, 54 f und 57); *Spellenberg*, Gegenstand 88 ff; *Häsemeyer*, Die Gleichbehandlung der Konkursgläubiger, KTS 1982, 507 (522 ff); *ders*, Insolvenzrecht³ Rz 2.32.

64 *Nunner-Krautgasser*, Schuld, Vermögenshaftung und Insolvenz (in Druck).

65 Vgl zum deutschen Recht *Jaeger*, Aus der Praxis des Konkursrechts, ZZP 50, 157 ff; *Henckel* in *Jaeger*, Insolvenzordnung – Großkommentar I (2004) § 38 Rz 69.

66 Siehe etwa OGH 4 Ob 335/67 EvBl 1968/164; zu den (insoweit ähnlich gelagerten) Räumungsansprüchen OGH 5 Ob 314/04v ZIK 2005/95, 95.

aber in allen maßgebenden Aspekten gerade nicht den Regelungen für Konkursforderungen unterstellt. Berücksichtigt man, dass persönliches Handeln nicht von der Haftungsverwirklichungsaufgabe des Konkurses erfasst wird, so ergibt sich ganz klar, dass die Bestimmungen für Konkursforderungen auf solche Ansprüche unanwendbar sind.

Ob über die Haftung hinaus eine persönliche Leistungspflicht des Schuldners besteht oder (wie etwa durchwegs bei Anfechtungsansprüchen) nicht, ist für die Rechtsdurchsetzung im Konkurs völlig unerheblich. Stets kann aufgrund des materiellen Haftungsrechts allein die Teilnahme, also insb die Teilhabe am Konkursergebnis begehrt werden. Hinsichtlich der Konkursforderungen ist also nur die *Haftungsebene* maßgeblich.

B Die insolvenztypische Aufspaltung von rechtlichem Sollen und Haftung

Die Konkurseröffnung geht mit einer ganz eigentümlichen *Aufspaltung von rechtlichem Sollen und Haftung* einher: Hier ist zunächst wesentlich, dass den Konkursgläubigern während des Konkurses nur die Konkursmasse, nicht aber das konkursfreie Vermögen des Gemeinschuldners haftet. Es besteht also *keine* „*Simultanhaftung*“ von Konkursmasse und konkursfreiem Vermögen für Konkursforderungen.⁶⁷

Die konkursspezifische Aufspaltung des Gläubigerrechts ist folgendermaßen beschaffen.⁶⁸

Das *reine Leistungsrecht* trifft auch nach der Konkurseröffnung unverändert den Gemeinschuldner persönlich. Es ist aber gegen ihn nicht durchsetzbar, weil das konkursfreie Vermögen nicht für Konkursforderungen haftet.

Das *materielle Haftungsrecht* richtet sich nun nicht mehr gegen den Gemeinschuldner mit seinem freien Vermögen, sondern unmittelbar gegen die Konkursmasse, also gegen den Haftungsfonds des Gemeinschuldners, der ihm nunmehr „entrückt“ ist. Die Konkursmasse befindet sich zwar nach wie vor in der Rechtszuständigkeit des Gemeinschuldners, aber sie bildet nunmehr ein Zweckvermögen mit ausschließlicher Haftungsfunktion, das seiner Verfügung entzogen ist.⁶⁹ Gegen die Konkurs-

67 *Jelinek*, Konkursfreiheit und Gläubigerrecht, Kralik-FS (1986) 229 (238); ebenso *Nunner*, Die Freigabe von Konkursvermögen (1998) 142 f; *Jakusch* in *Angst*, Kommentar § 3 Rz 52; *Schubert* in *Konecny/Schubert*, KO § 6 Rz 53; *Jelinek/Nunner-Krautgasser* in *Konecny/Schubert*, KO §§ 60, 61 Rz 60; *Schneider*, Außerstreitverfahren und Konkurs – zum neuen § 8a KO, ZIK 2006/41, 38 (39); s auch OGH 3 Ob 48/68 SZ 41/53 = EvBl 1968/384 = RPfSlgE 1968/165 = RZ 1968, 178; OGH 8 Ob 198/97v EvBl 1998/15 = RdW 1998, 20 = ZIK 1997, 225; aA *Sprung/Fink*, Privatbeteiligung des Konkursgläubigers in einem Strafverfahren gegen den Gemeinschuldner und „konkursrechtliches Titelerwerbsverbot“, Fasching-FS (1988) 491 (504 f); *Fink*, Anmerkung zu OGH 19. 5. 1988, 6 Ob 542/87, GesRZ 1989, 48 f; *Holzhammer*, Österreichisches Insolvenzrecht⁵ (1996) 145.

68 Zum Folgenden ausführlich *Nunner-Krautgasser*, Schuld, Vermögenshaftung und Insolvenz (in Druck).

69 Die überwiegende österr Ansicht schreibt der Masse Rechtssubjektivität zu (*Organtheorie*); s dazu etwa *Fasching*, Lehrbuch² Rz 341; *Buchegger*,

masse besteht also ein (reiner) Haftungsanspruch des Konkursgläubigers, der nur mit den Mitteln des Konkursverfahrens – also im Rahmen des Feststellungsverfahrens iSd §§ 102 ff KO – durchgesetzt werden kann.

Mangels parallel laufender Haftung hat der Konkursgläubiger daher *keinen Leistungsanspruch* gegen den Gemeinschuldner im Hinblick auf sein konkursfreies Vermögen; die Pflichtenebene ist während des Konkurses gleichsam „eingefroren“.⁷⁰

In verfahrensrechtlicher Hinsicht bedeutet das, dass die Leistungsklage eines Konkursgläubigers, mit der dieser eine Befriedigung (nur) aus dem konkursfreien Vermögen anstrebt, mangels eines Leistungsanspruchs abzuweisen wäre. Eine Exekution in das konkursfreie Vermögen kann in einem solchen Fall mit Oppositionsklage gem § 35 EO bekämpft werden.

C Die haftungsrechtliche Zuweisung

Die Konkurseröffnung verändert aber nicht nur die Ausrichtung, sondern auch den rechtlichen Gehalt der Haftungsrechte der Gläubiger: Mit der Konkurseröffnung wird die Konkursmasse in Beschlag genommen, dh sie wird schlagartig „fixiert“. Die konkursverfangenen Vermögenswerte haben nunmehr ausschließlich Haftungsfunktion; die Haftungsfunktion verdrängt die sonstigen Funktionen bzw Befugnisse des rechtszuständigen Gemeinschuldners. Eine „Enthftung“ von Vermögenswerten kann nur noch durch Verfügungen der Konkursorgane bewirkt werden. Die oben⁷¹ angesprochene „ätherische Flüchtigkeit“ der persönlichen Haftung hat sich also konkurspezifisch verfestigt. Genau dieses Phänomen ist gemeint, wenn mit *Henckel* von der „*haftungsrechtlichen Zuweisung*“ der Konkursmasse an die Gesamtheit der Konkursgläubiger gesprochen wird.⁷²

Mit der haftungsrechtlichen Zuweisung tritt aber gleichzeitig auch eine Verfestigung der materiellen Haftungsrechte der Konkursgläubiger ein: Sie beziehen sich nunmehr auf einen für sie gesicherten Vermögensbestand. Die Haftungsrechte werden also gewissermaßen „*verdinglicht*“;⁷³ sie sind nun mit den jeweiligen Anteilen der Gläubiger an der haftungsrechtlichen Zuweisung der Masse verbunden.

Durch diese schlagartige Verfestigung wird gleichzeitig auch die bereits erwähnte Gleichrangigkeit der persönlichen Haftungsrechte fixiert. Daher ist das konkursrechtliche *Prinzip der par condicio creditorum* auch nicht –

Die Ausgleichserfüllung (1988) 100; *ders* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*⁴ § 1 KO Rz 41; *Rechberger/Simotta*, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts⁶ (2003) Rz 170; *Dellinger/Oberhammer*, Insolvenzrecht² Rz 119. Das „Wegrücken“ des Haftungsbereichs aus der Sphäre des Gemeinschuldners lässt sich allerdings durchaus auch ohne diese Hilfskonstruktion bewältigen.

70 Vgl *Eckardt*, Die Feststellung und Befriedigung des Insolvenzgläubigerrechts, in *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*² (2000) 743 (744 Rz 1); *P. Mohrbutter*, Der Ausgleich von Verteilungsfehlern in der Insolvenz (1998) 32; s dazu auch *Berges*, KTS 1957, 54 f.

71 Bei FN 31.

72 Grundlegend *Henckel*, Wert und Unwert juristischer Konstruktion im Konkursrecht, *Weber-FS* (1975) 237; *ders* in *Jaeger*, Konkursordnung – Großkommentar⁹ (1977) § 1 Rz 3; *ders* in *Jaeger*, Insolvenzordnung I § 35 Rz 5.

73 *Eckardt* in *Kölner Schrift*², 744 Rz 2.

wie zT behauptet wird – ein bloßes Verlegenheitsprinzip,⁷⁴ sondern es ist die Konsequenz daraus, dass die Grundstruktur der persönlichen Haftung konkurspezifisch verfestigt wird.

Dem entspricht es, dass die Konkursgläubiger jetzt nur noch gleichmäßige Befriedigung im Verhältnis zu den anderen Konkursgläubigern verlangen können, idR also nur die Zuweisung der Konkursquote. Das Konkursgläubigerrecht wird damit auf der Haftungsebene *gegenständiglich* (auf die massezugehörigen Vermögenswerte) und *rechnerisch* (auf die Konkursquote) *beschränkt*.⁷⁵ Kurz gesagt: Die Masse haftet nur für die Quote. Von zentraler Bedeutung ist dabei vor allem, dass das individuelle Haftungsrecht des Gläubigers (und nicht die Forderung in ihrer Gesamtheit) den Rechtsgrund für den Empfang der Konkursquote bildet.⁷⁶

IV Praktische Konsequenzen

A Konkursverzicht

Lehre⁷⁷ und Rechtsprechung⁷⁸ sprechen sich in Österreich – soweit ersichtlich – einhellig für die Zulässigkeit und die haftungsrechtliche Wirksamkeit eines Konkursverzichts aus.

Das *Wesen des Konkursverzichts* besteht nach österr Auffassung darin, dass ein Konkursgläubiger sich dadurch zum „gewillkürt ausgeschlossenen“ Gläubiger macht: Infolge seiner – an den Masseverwalter zu richtenden⁷⁹ – Verzichtserklärung scheidet er aus der Gruppe der Konkursgläubiger aus und gehört statt dessen der Gruppe der ausgeschlossenen Gläubiger an.

Damit soll zweierlei bewirkt werden: Zum einen soll der Gläubiger nunmehr bereits während des Konkurses mit *Leistungsklage* gegen den Gemeinschuldner vorgehen können. Zum anderen soll ihm infolge seines

74 Vgl dazu insb *Wilburg*, Gläubigerordnung und Wertverfolgung, JBI 1949, 29 (30); *ders*, Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht (1950) 7.

75 Vgl dazu *Berges*, KTS 1957, 52 ff und 55 ff; *ders*, Der Konkurs als Aufgabe treuhänderischer Rechtspflege – Die Grundzüge des deutschen Konkurses, KTS 1960, 1 (7 ff); *Henckel*, Weber-FS 252; *Eckardt* in *Kölner Schrift*², 744 f Rz 2; vgl auch *Eidenmüller*, Unternehmenssanierung 583 ff.

76 *Henckel*, Weber-FS 243 ff und 252; *ders* in *Jaeger*, Konkursordnung⁹ § 3 Rz 3; *ders* in *Jaeger*, Insolvenzordnung I § 38 Rz 4; *Eckardt*, ZIP 1995, 261; *ders* in *Kölner Schrift*², 744 Rz 1.

77 Siehe etwa *Bartsch/Pollak*, KO³ I 72; *A. Lehmann*, Kommentar zur österreichischen Konkurs-, Ausgleichs- und Anfechtungsordnung I (1916) 66 f; *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 111 und 473; *Jelinek*, Kralik-FS 238; *Holzhammer*, Insolvenzrecht⁵, 14 und 27; *Nunner*, Freigabe 143 und 145; *Schubert* in *Konecny/Schubert*, KO § 6 Rz 44; *Buchegger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*⁴ I § 6 KO Rz 37; *Kodek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*⁴ IV § 109 KO Rz 23 und § 119 KO Rz 184.

78 Vgl etwa OGH 6 Ob 542/87 GesRZ 1989, 45 (*Fink*) = NRspr 1988, 241 = RdW 1988, 388.

79 *Jelinek*, Kralik-FS 238.

Konkursverzichts das *konkursfreie Vermögen als Haftungsfonds* offen stehen; er soll also nunmehr im Weg der Exekution auf das konkursfreie Vermögen zugreifen können. Der Konkursverzicht soll mithin nicht nur eine Veränderung der Art und des Weges der Geltendmachung, sondern vor allem auch eine *Verschiebung der materiellen Haftungslage* mit sich bringen.

Ganz anders ist die Rechtslage in *Deutschland*: Schon während der Geltung der dKO konnte ein Konkursgläubiger zwar wirksam auf die Konkursbeteiligung verzichten. Dieser Verzicht hatte jedoch keine haftungsverschiebenden Wirkungen.⁸⁰ Noch konsequenter ist die Ausgestaltung in der dInsO: Insolvenzgläubiger können ihre Forderungen während eines anhängigen Insolvenzverfahrens überhaupt nur mehr „insolvenzintern“ verfolgen und durchsetzen (§ 87 und § 89 Abs 1 dInsO). Die individuelle Rechtsverwirklichung ist den Insolvenzgläubigern während des Insolvenzverfahrens also generell versagt.

Auch in Österreich sprechen einige Argumente gegen die Zulässigkeit eines – im Gesetz jedenfalls nicht ausdrücklich vorgesehenen – haftungsverschiebenden Konkursverzichts.⁸¹ Erhebliche Bedenken ergeben sich *va* aus der *konkursstypischen Aufspaltung der Haftungslage* in einen konkursinternen und einen konkursexternen Bereich. Es ist nicht einzusehen, weshalb sich ein Konkursgläubiger durch einseitige Verzichtserklärung gegenüber dem Masseverwalter eigenmächtig den Zugriff auf eine (meist ohnedies schmale) Vermögensmasse eröffnen können soll, die ihm an sich gar nicht haftet und auf die andere Gläubigergruppen (insb die Neugläubiger) exklusiv verwiesen sind. In vergleichbaren Fällen dürfen Gläubiger nämlich die Befriedigungsaussichten anderer Gläubiger durch derartige einseitige Erklärungen nicht schmälern.⁸² Die Unbilligkeit solcher Vorgänge wird dadurch untermauert, dass tendenziell mehr Konkursgläubiger das Bedürfnis nach einem „Wechsel des Haftungsfonds“ überkommen dürfte, wenn sich das konkursfreie Vermögen doch als nicht so schmal entpuppt. Das kann etwa bei der Freigabe hypothekarisch überlasteter Liegenschaften aus der Masse gem § 119 Abs 5 KO der Fall sein, sofern sich diese in der Folge für die Masse doch nicht als „unbedeutenden Wertes“ erweisen. Durch solche Haftungsverschiebungen wird die *Friedensfunktion* des Konkurses, aber auch das *Gleichbehandlungsprinzip* konterkariert.

Gegen einen Konkursverzicht spricht schließlich, dass die für einen Verzicht nach allgemeinen Grundsätzen erforderliche *Zustimmung* (hier: des Masseverwalters) der konkursrechtlichen Haftungssystematik völlig zuwider läuft, weil der Masseverwalter über konkursfreies Vermögen gar nicht verfügen und dieses daher auch nicht „verhaften“ kann.⁸³

Diese Überlegungen ergeben, dass der Zugriff der Konkursgläubiger zwingend auf den Vermögenskreis beschränkt sein muss, der vom Grundsatz der *par condicio creditorum* bestimmt wird: Ein *haftungsverschiebender Konkursverzicht* ist daher auch für das österr Recht *abzulehnen*.

80 Siehe dazu statt vieler *Henckel* in *Jaeger*, Konkursordnung⁹ § 3 Rz 8, § 12 Rz 3, 8 und § 14 Rz 14.

81 Näheres dazu s *Nunner-Krautgasser*, Schuld, Vermögenshaftung und Insolvenz (in Druck).

82 Vgl dazu *Nunner*, Freigabe 161 f.

83 Dieses Argument verdanke ich Herrn o.Univ.-Prof. Dr. Peter Bydliniski.

B Ausgleich von Verteilungsfehlern des Masseverwalters

Es kommt gelegentlich vor, dass Masseverwalter im Rahmen des Verteilungsverfahrens Zahlungen an Konkursgläubiger erbringen, die die Konkursquote übersteigen. Insoweit ist fraglich, ob hier eine *Rückabwicklung nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen* möglich ist.

Dies sei an einem konkreten Fall demonstriert.⁸⁴ Ein Masseverwalter bezahlte eine Konkursforderung (in concreto: Einschaltungskosten für eine Eintragung der späteren Gemeinschuldnerin in der Wiener Zeitung) irrtümlich zur Gänze, weil er sie mit einer Masseforderung verwechselte. In der Folge forderte der Masseverwalter den bezahlten Betrag wieder zurück und wies darauf hin, dass die Zahlung irrtümlich erfolgt sei und die Kosten als Konkursforderung anzumelden gewesen wären. Die belangte Behörde vertrat jedoch die Ansicht, dass es für einen Rückersatz der Kosten keine gesetzliche Grundlage gebe. Der in der Folge angerufene VwGH teilte im Ergebnis diese Ansicht und verneinte einen Bereicherungsanspruch des Masseverwalters. Er verwies vor allem darauf, dass der Masseverwalter doch nicht etwa eine Nichtschuld bezahlt hätte. Der bloße Gleichbehandlungsgrundsatz reichte nach der Rechtsauffassung des VwGH zur Untermauerung der Rückforderbarkeit nicht aus.

Dieses Ergebnis ist zunächst *unbillig*, weil es den Masseverwalter der persönlichen Verantwortlichkeit iSd § 81 Abs 3 KO wegen der pflichtwidrigen Führung seines Amtes aussetzt.

Es ist aber auch *in dogmatischer Hinsicht unrichtig*: Der VwGH beruft sich hier auf die „an sich geschuldete Zahlung“ und damit auf die Pflichtenebene. Das ist bezeichnend für die vorherrschende Sichtweise, die auf die Forderung bzw auf die Schuld in ihrer Gesamtheit – als „homogene Größe“ – abstellt.

Diese Deutung ist aber unzutreffend, weil die Konkursmasse nicht den (vollen) Forderungsbetrag „schuldet“: Der Konkurs betrifft vielmehr – wie ausgeführt – nur die Haftungsebene und lässt die Pflichtenebene unberührt. Das undurchsetzbare Leistungsrecht gegen den Gemeinschuldner stellt daher gerade nicht den Rechtsgrund für die Zuweisung der Quote durch den Masseverwalter an die Konkursgläubiger dar. Rechtsgrund ist vielmehr das (*festgestellte*) *konkurspezifische Haftungsrecht des Konkursgläubigers*, aufgrund dessen ihm nur die Konkursquote gebührt. Man kann insoweit von der „*konkurspezifischen causa*“ sprechen.⁸⁵

Berücksichtigt man diese Abgrenzungen, so stellt sich die Rechtslage völlig anders dar: Der Masseverwalter erfüllt dann mit seiner Zahlung nicht die Forderung, sondern er löst das Haftungsrecht des Konkursgläubigers ab.⁸⁶ Sofern er irrtümlich einem Konkursgläubiger eine zu hohe Quote ausbezahlt, fehlt insoweit die konkurspezifische causa.

84 Siehe dazu VwGH 88/17/0182 AnwBl 1991, 34 (abl *Arnold*).

85 Vgl zum dt Recht *Hj. Weber*, Anmerkung zu BGH 15. 5. 1984, VII ZR 333/83, JZ 1984, 1027 f; *Henckel*, Weber-FS 244; *ders* in *Jaeger*, Konkursordnung⁹ § 6 Rz 154; *P. Mohrbutter*, Ausgleich 36 ff, 60 f, 81 ff und 149 f; *Uhlenbruck* in *Uhlenbruck*, Insolvenzordnung¹² § 188 Rz 17; *Füchsl/Weißhäupl* in *Münch-KommInsO II* (2002) § 188 Rz 11; vgl auch *Eckardt* in *Kölner Schrift*², 778 Rz 63.

86 *Henckel*, Weber-FS 244.

Daher ist hier mE grundsätzlich eine *bereicherungsrechtliche Rückabwicklung* möglich,⁸⁷ wobei gem § 1431 ABGB neben der objektiven Voraussetzung der übergebürlichen Zahlung der subjektive (schlichte) Irrtum des Masseverwalters als Organ der Masse maßgeblich ist.⁸⁸ Die irrtümliche Zahlung des Masseverwalters auf eine „Nichthaftung“ der Masse ist also insoweit der Zahlung einer Nichtschuld gleichzuhalten; in beiden Fällen mangelt es am rechtlichen Grund zum Behalten der Leistung. Der Masseverwalter kann daher den geleisteten Mehrbetrag mit der *Leistungskondition* für eine richtige Verteilung wieder zur Masse ziehen.

Das wird vor allem dann zum Tragen kommen, wenn sich die im Ergebnis überhöhte Auszahlung nach dem Vollzug der Schlussverteilung iSd § 136 KO herausstellt. Die konkursspezifische causa fehlt aber auch dann, wenn eine übergebürliche Zahlung an einen Konkursgläubiger „nur“ anlässlich einer (formlosen) Abschlagsverteilung erfolgt, denn ein entsprechend erhöhter konkursspezifischer Haftungsanspruch kann erst in der Folge – nämlich aus der Ermittlung allfälliger weiterer Abschlagsquoten bzw der Quote für die Schlussverteilung – entstehen. Es besteht in solchen Fällen auch keine Parallele zur (nicht kondizierbaren) Leistung auf eine gültige Schuld vor Fälligkeit, sondern zur Leistung auf eine noch ungewisse Schuld (§ 1434 ABGB). Der Masseverwalter kann daher den geleisteten Mehrbetrag mit der Leistungskondition für eine richtige Verteilung wieder zur Masse ziehen.⁸⁹

Einzelnen – anteilig entsprechend verkürzten – Mitgläubigern ist die individuelle Rechtsverfolgung während des Konkurses allerdings schon deshalb verschlossen, weil die Leistungskondition des Masseverwalters nach allgemeinen bereicherungsrechtlichen Grundsätzen den Vorrang hat.⁹⁰ Nach der Konkursaufhebung könnte ein Bereicherungsanspruch einzelner verkürzter Gläubiger gegen einen übergebürlich beteiligten Gläubiger allenfalls auf § 1041 ABGB gestützt werden, wenn der Quotenverlust mit einem *Eingriff in den individuellen Anteil des Gläubigers an der haftungsrechtlichen Zuweisung* verbunden ist.⁹¹ In einem solchen Verwendungsanspruch wirkt die haftungsrechtliche Zuweisung gewissermaßen fort.

87 Dazu ausführlich *Nunner-Krautgasser*, Schuld, Vermögenshaftung und Insolvenz (in Druck).

88 Vgl *Arnold*, AnwBl 1991, 36. Zum Irrtum bei der Leistungskondition vgl allg *Wilburg* in *Klang*, Kommentar² VI (1951) 456 ff; *Rummel* in *Rummel*, Kommentar³ II/3 (2003) § 1431 Rz 5; *Mader* in *Schwimann*, Praxiskommentar³ VI (2006) § 1431 Rz 4 ff.

89 Zum dt Recht s *P. Mohrbutter*, Ausgleich 60 und 90.

90 Vgl dazu *Henckel*, Weber-FS 245; *Hj. Weber*, JZ 1984, 1028; *P. Mohrbutter*, Ausgleich 39 ff (insb 56); *Eckardt* in *Kölner Schrift*², 778 f Rz 63; *Füchsl/Weishäupl* in *MünchKommInsO* II § 188 Rz 11; *Uhlenbruck* in *Uhlenbruck*, Insolvenzordnung¹² § 188 Rz 17; vgl auch *Häsemeyer*, KTS 1982, 527; *ders.*, Insolvenzrecht³ Rz 7.65.

91 Vgl zum dt Recht etwa *Füchsl/Weishäupl* in *MünchKommInsO* II § 188 Rz 11.

C Gegenstand des Feststellungsverfahrens und Streitgegenstand im Prüfungsprozess

Die konkurstypische Abkoppelung der Haftung vom Leistensollen wirkt sich notwendigerweise auch auf die Beurteilung des *Gegenstands des Feststellungsverfahrens* aus: Gegenstand des konkursrechtlichen Feststellungsverfahrens ist mE weder ein öffentlich-rechtlicher Konkursteilnahmeanspruch noch die materiellrechtliche Forderung in ihrer Gesamtheit, sondern lediglich das *konkursspezifische, individuelle Haftungsrecht des Konkursgläubigers an der Masse*, das (nur) einen Anspruch auf die Zuweisung der Quote begründet.⁹² Der Bestand des konkursexternen Leistungsrechts gegen den Gemeinschuldner hat demgegenüber nur Vorrangcharakter.⁹³ Folgt man daher der überkommenen Ansicht,⁹⁴ die der Forderungsfeststellung urteilsgleiche Wirkungen zubilligt, so ist das persönliche Leistungsrecht bzw die korrespondierende Leistungspflicht des Gemeinschuldners als Vorfrage gerade nicht von der materiellen Rechtskraft erfasst.⁹⁵

Das wirkt sich insb dann aus, wenn für eine Konkursforderung ein *Absonderungsrecht* besteht: Sieht man die materiellrechtliche Forderung in ihrer Gesamtheit als Gegenstand des Feststellungsverfahrens an, so könnte der Masseverwalter in einem späteren Rechtsstreit um das Absonderungsrecht den Bestand der zuvor festgestellten Forderung nicht mehr

- 92 *Nunner-Krautgasser*, Schuld, Vermögenshaftung und Insolvenz (in Druck). Zum deutschen Recht siehe va *Spellenberg*, Gegenstand 81 ff; *Henckel*, Der Gegenstand des Verfahrens zur Feststellung von Konkursforderungen, Michaelis-FS (1972) 151 ff; *ders*, Weber-FS 252; *ders* in *Jaeger*, Konkursordnung⁹ § 3 Rz 3 und § 29 Rz 19; *ders* in *Jaeger*, Insolvenzordnung I § 38 Rz 4; *Eckardt*, „Unanmeldbare“ Forderungen im Konkursfeststellungsverfahren nach §§ 138 ff KO, ZIP 1993, 1765 (1771 f); *ders*, ZIP 1995, 261; *ders* in *Kölner Schrift*², 744 f Rz 1 f, 763 ff Rz 39 ff und 772 f Rz 53; *Carl*, Teilnahmerechte im Konkurs (1998) 70 ff; *Schumacher* in *MünchKommInsO II* § 178 Rz 11 ff (15).
- 93 So insb *Eckardt*, ZIP 1993, 1771; *ders* in *Kölner Schrift*², 763 f Rz 39 und 772 Rz 53; *Carl*, Teilnahmerechte 77; vgl auch *Henckel*, Michaelis-FS 152 f und 167; *Schumacher* in *MünchKommInsO II* § 178 Rz 15.
- 94 *Bartsch/Pollak*, KO³ I 490 ff; *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 573; *Chalupsky/Ennöckl/Holzzapfel*, Handbuch des österreichischen Insolvenzrechts (1986) 60; OGH 5 Ob 332/86 SZ 59/196 = EvBl 1987/205 = JBl 1987, 254; OGH 8 Ob 594/87 EvBl 1988/102 = HS 19.162; OGH 2 Ob 529,530/89 AnwBl 1989, 759 (*Giesinger*); OGH 1 Ob 529/91 SZ 64/55 = AnwBl 1991, 748 = EvBl 1991/160 = HS 22.751 = JBl 1992, 53 = ÖBA 1992, 484 = RdW 1991, 328.
- 95 Nach einer neueren Auffassung – der zuzustimmen ist – fehlt es hier freilich ohnedies an einer rechtskraftfähigen Entscheidung. Die Forderungsfeststellung ist vielmehr als nur konkursintern bindende Erledigung der Forderung eines Konkursgläubigers zu deuten, an die Teilnahmerechte in Form von Tatbestandswirkungen geknüpft sind. Grundlegend *Konecny*, Bekämpfung vollstreckbarer oder festgestellter Konkursforderungen, JBl 1995, 409 (417); *ders* in *Konecny/Schubert*, KO § 109 Rz 14; diesem folgend *Kodek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*⁴ IV § 109 KO Rz 9; s auch *Jelinek*, Forderungsfeststellung und Wiederaufnahme im Konkursverfahren, Fasching-FS (1988) 245 f und 247 f; *Holzhammer*, Insolvenzrecht⁵, 145.

wirksam bestreiten. Das führt tendenziell zu vorsorglichen Bestreitungserklärungen, die den eigentlichen Zweck des Feststellungsverfahrens untergraben, ein ökonomisches Verfahren zur Klärung der Konkursteilnahme bereitzustellen. Sieht man hingegen das konkurspezifische Haftungsrecht des Gläubigers als Feststellungsgegenstand an, so wird der Bestand des Leistungsrechts nur als Vorfrage beurteilt, sodass hier gerade keine Rechtskraftbindung entsteht.⁹⁶

Auswirkungen ergeben sich aber auch im Zusammenhang mit der allfälligen *Feststellung nachrangiger Forderungen* iSd § 57a KO: Auch hier wird nicht die Forderung als solche festgestellt, sondern das nachrangige Haftungsrecht des Gläubigers im Hinblick auf die Konkursmasse.⁹⁷

Ähnliches gilt auch für die Frage, ob die Forderungsfeststellung *internationale Bindungswirkung* entfaltet: Geht man von der Haftung der Masse (und nicht dem Bestand der Gesamtforderung) als Feststellungsgegenstand aus, so untermauert das grundsätzlich die (bereits von *Kodek* geäußerte)⁹⁸ Ansicht, dass eine internationale Bindungswirkung nicht anzunehmen ist.

Entsprechendes gilt schließlich auch für den *Streitgegenstand im Prüfungsprozess*: Auch hier ist nicht die Forderung in ihrer Gesamtheit, sondern allein das *konkurspezifische Haftungsrecht* maßgebend.⁹⁹

Das wirkt sich notwendigerweise auf den *Streitwert* aus: Nicht gefolgt werden kann der Rechtsprechung,¹⁰⁰ die meint, die Prüfungsklage sei nicht zu bewerten, sondern es sei einfach die volle Forderungshöhe zugrunde zu legen. Vielmehr ist insoweit eine Bewertung erforderlich (§ 171 KO iVm § 56 Abs 2 JN), weil die Prüfungsklage auf die Feststellung des bestrittenen Haftungsrechts des Gläubigers im Hinblick auf die Masse gerichtet ist.¹⁰¹ Die Bewertung hat sich außerdem nicht am (Nominal-)Wert der Forderung, sondern am Wert des Haftungsrechts des Gläubigers – also an der zu erwartenden Quote – zu orientieren.¹⁰² Das entspricht zugleich dem Grundsatz,

96 *Eckardt* in *Kölner Schrift*², 765 Rz 42; *Schumacher* in *MünchKommInsO* II § 178 Rz 14 f.

97 Siehe dazu (zu § 39 iVm § 174 Abs 3 dInsO) *Eckardt*, ZIP 1993, 1772; *ders* in *Kölner Schrift*², 765 f Rz 43 und 773 Rz 53; *Schumacher* in *MünchKommInsO* II § 178 Rz 14 f.

98 *Kodek*, ZIK 2005/3, 6 ff; *ders* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*⁴ IV § 109 KO Rz 25 ff.

99 So für das dt Recht *Spellenberg*, Gegenstand 81 ff; *Eckardt* in *Kölner Schrift*², 772 f Rz 53; *Schumacher* in *MünchKommInsO* II § 179 Rz 7; vgl auch *Henckel*, Michaelis-FS 151 ff (167); *ders* in *Jaeger*, Konkursordnung⁹ § 29 Rz 19.

100 OGH 5 Ob 459/58 SZ 31/159 = EvBl 1959/80; OGH 8 Ob 288/99g JBl 2001, 62 = ÖBA 2001, 347 = ÖBA 2001, 177 = RdW 2000, 738 = ZIK 2000/220, 173; OGH 8 Ob 310/99t RdW 2000/734 = ZIK 2000/220, 173; OGH 1 Ob 214/00b ZIK 2001/112, 62; OGH 9 Ob 17/03w ZIK 2004/221, 174; zust *Kodek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*⁴ IV § 110 KO Rz 64.

101 *Bartsch/Pollak*, KO³ I 530; *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 584; *Konecny* in *Konecny/Schubert*, KO § 110 Rz 36; *ders*, Krejci-FS II 1812 ff (insb FN 12); VwGH 2033/63; VwGH 89/16/0022 AnwBl 1990, 517 = JBl 1991, 129 = ÖStZB 1991, 284 = SWK 1990 R 103.

102 So im Ergebnis *Konecny* in *Konecny/Schubert*, KO § 110 Rz 36; *ders*, Krejci-FS II 1814 FN 12; vgl auch *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 584; aA *Bartsch/Pollak*, KO³ I 530.

dass zwischen der wirtschaftlichen Bedeutung des Prozesses und der aus ihm entspringenden Kostenbelastung ein Gleichgewicht bestehen muss.¹⁰³

D Beeinträchtigung allgemeiner Vertragsauflösungsrechte

Der konkurspezifische Haftungsanspruch kann – wie bereits erwähnt wurde – nur mit den Mitteln des Konkursverfahrens durchgesetzt werden. Konkursgläubiger müssen ihre Ansprüche also zwingend durch Anmeldung nach den Bestimmungen der § 102 ff KO geltend machen. Diese konkursbedingte Veränderung in der Rechtsdurchsetzung hat in jüngerer Zeit im Bereich des Arbeitsvertragsrechts eine durchaus problematische Judikaturlinie hervorgebracht: Arbeitnehmern, deren Arbeitgeber in Konkurs verfallen ist, wird demnach das *Austrittsrecht gem § 26 Z 2 AngG* wegen Entgeltrückständen aus der Zeit vor der Konkurseröffnung versagt. Diese Ansicht wird zum einen mit der überholten Konstruktion des Konkursteilnahmeanspruchs,¹⁰⁴ zum anderen aber damit begründet, dass der Masseverwalter doch gar nicht berechtigt sei, die Arbeitnehmerforderungen außerhalb der konkursrechtlichen Abwicklung sofort und vollständig auszubezahlen.¹⁰⁵

Diese Judikatur wurde in der Lehre bereits wiederholt kritisiert,¹⁰⁶ so dass an dieser Stelle lediglich einige weitere Überlegungen anzubringen sind. So ist vor allem überhaupt nicht einsichtig, weshalb der zwingende Übergang von der individuellen Rechtsdurchsetzung auf die kollektive Rechtsdurchsetzung im Konkurs verzugsheilende Kraft haben sollte.¹⁰⁷ Im Hinblick auf das System der Haftungsverwirklichung im Konkurs muss es dem Masseverwalter untersagt sein, Konkursforderungen sofort und vollständig zu bezahlen. Das ist eine unmittelbare Konsequenz daraus, dass die Rechtsdurchsetzung nunmehr notwendigerweise auf kollektive Weise erfolgen muss. Diese Umstellung ist aber allein der Sphäre des insolventen Arbeitgebers zuzurechnen.

Außerdem wird der *rechtswidrige Dauerzustand* des Vorenthalten von Entgelt durch die Umstellung der Rechtsdurchsetzungsart doch nicht ex nunc beseitigt: Hier kann es richtigerweise nicht auf die (per se rechtmäßige) Nichtzahlung des Entgelts durch den Masseverwalter ankommen, sondern es muss auf das rechtswidrige Vorenthalten durch den späteren Gemeinschuldner vor Konkurseröffnung abgestellt werden.¹⁰⁸

Entsprechendes gilt auch für das Kriterium der *Vorwerfbarkeit*: Es kommt hier nur darauf an, dass der spätere Gemeinschuldner das Entgelt bewusst vorenthalten hat. Das durch die Konkurseröffnung ausgelöste, den Masseverwalter treffende Zahlungsverbot ist insoweit nicht maß-

103 *Konecny* in *Konecny/Schubert*, KO § 110 Rz 36; ausführlich *Henckel*, Michaelis-FS 156 ff.

104 Dazu bereits oben I. B.

105 Siehe die Nachweise in FN 13.

106 Siehe die Nachweise in FN 14.

107 *Nunner-Krautgasser*, Schuld, Vermögenshaftung und Insolvenz (in Druck).

108 Dazu etwa *Konecny*, ZIK 1996, 146 f; *ders.*, Krejci-FS II 1815 ff; *Nunner*, ÖJZ 1997, 250; *R. Weber*, ZAS 1999, 141; *Spielbüchler*, DRdA 2000, 291; abweichend *Rothner*, ZIK 1998, 13.

gebend; schon gar kann man hier auf ein „bewusstes“ Vorenthalten von Entgelt durch den Masseverwalter abstellen.¹⁰⁹

Berücksichtigt man zusätzlich, dass die KO keinerlei Bestimmungen über eine Beseitigung bereits eingetretener materiellrechtlicher Verzugsfolgen enthält, so folgt daraus, dass das den Masseverwalter treffende Zahlungsverbot *keine verzugsheilende Wirkung* hat.¹¹⁰ Der rechtswidrige Dauerzustand, den der spätere Gemeinschuldner durch das vorwerfbare Vorenthalten von Entgelt ausgelöst hat, dauert daher ungeachtet der Konkursöffnung an, solange der Rückstand besteht. Die Konkursöffnung bringt daher *keinen Wegfall des Austrittsrechts* des Arbeitnehmers gemäß § 26 Z 2 AngG mit sich.¹¹¹

Diese Grundsätze sind auch auf *sonstige allgemeine Vertragsauflösungsrechte* übertragbar; insb werden durch den konkursbedingten Übergang von individueller auf kollektive Rechtsdurchsetzung weder das Rücktrittsrecht des Vorbehaltsverkäufers gem § 918 ABGB noch vertragliche Rücktrittsrechte beschnitten. Entsprechendes gilt auch für gesetzliche und vertragliche Vertragsauflösungsrechte des Bestandgebers.¹¹²

E Konkursanfechtungsansprüche nach Konkursaufhebung

Abschließend sei in diesem Zusammenhang das *Schicksal von Konkursanfechtungsansprüchen bei Konkursaufhebung* angesprochen, also die Frage, was mit Konkursanfechtungsansprüchen geschieht, die bei Konkursaufhebung noch nicht durchgesetzt sind. Hier interessiert zum einen, ob erst nach der Konkursaufhebung ermittelte Konkursanfechtungsansprüche nachträglich noch geltend gemacht werden können. Zum anderen steht auch das weitere Schicksal von Konkursanfechtungsprozessen, die bei Konkursaufhebung anhängig sind, zur Debatte. Hier tendierte die überwiegende Ansicht¹¹³ bislang dahin, eine nachträgliche Geltendmachung bzw eine Fortsetzung des Konkursanfechtungsprozesses nur im *Anwendungsbereich einer Nachtragsverteilung gem § 138 KO* zuzulassen. Unproblematisch ist die Fortsetzung eines Konkursanfechtungsprozesses also jedenfalls bei einer *Konkursaufhebung nach Verteilung* (§ 139 KO), wobei der Masseverwalter nach der hA vom Gericht mit der weiteren Verfolgung des Anfechtungsprozesses zu betrauen ist.¹¹⁴

109 Nunner, ÖJZ 1997, 250.

110 Konecny, Krejci-FS II 1818 f.

111 Ausführlich dazu Konecny, ZIK 1996, 148; ders, Krejci-FS II 1819 ff; aA Rothner, ZIK 1998, 13; vgl auch Spielbüchler, DRdA 2000, 291 f. Entsprechendes gilt auch für die Eröffnung eines Ausgleichsverfahrens nach der AO; Konecny, Krejci-FS II 1821 ff.

112 OGH 2 Ob 213/99h wobl 2001/167 = ZIK 2001/106, 58; Konecny, Krejci-FS II 1823 ff mwN; ders, wobl 2001, 241 ff.

113 Siehe etwa OGH 3 Ob 613/86 SZ 60/3 = JBI 1987, 667 = RdW 1987, 198; König, Die Anfechtung nach der Konkursordnung³ (2003) Rz 18/16 f; Jelinek/Nunner-Krautgasser in Konecny/Schubert, KO § 59 Rz 41; vgl auch Koziol/Bollenberger in Bartsch/Pollak/Buchegger⁴ I § 37 KO Rz 32; Reberig in Konecny/Schubert, KO § 37 Rz 27 und § 43 Rz 60.

114 Siehe die Nachweise in FN 113.

Entsprechendes wird aber auch für die *Konkursaufhebung infolge der Bestätigung eines Zahlungsplans* (§ 196 Abs 1 KO) zu gelten haben, sofern man hier – dem Wesen des Zahlungsplans als Kombination aus Elementen des Zwangsausgleichs und des Verwertungskonkurses Rechnung tragend – mit der Rechtsprechung¹¹⁵ und *Konecny*¹¹⁶ eine Nachtragsverteilung für zulässig erachtet. Die Fortführung eines Konkursanfechtungsprozesses kommt schließlich wohl auch dann in Frage, wenn es sich um eine *Konkursaufhebung infolge der Einleitung eines Abschöpfungsverfahrens* (§ 200 Abs 4 KO) handelt.¹¹⁷ Insoweit ist freilich einiges strittig bzw noch ungeklärt.

Ganz allgemein ist allerdings anzumerken: Lässt man eine Nachtragsverteilung auch in solchen Fällen – insb noch nach der Erteilung der Restschuldbefreiung – zu, so wird klar, dass die Schuldbefreiung (also die Haftungsfreistellung) ohne Gläubigerzustimmung nur das zukünftige Vermögen, mithin nur die Nachhaftung des Schuldners erfasst.¹¹⁸ Es findet dabei aber kein staatlicher Eingriff in eine bereits begründete Haftungszuweisung von Objekten an die Gläubiger statt; eine schon bestehende, konkursspezifisch „fixierte“ Vermögenshaftung wird also nicht gegen den Gläubigerwillen beschnitten.

Außerhalb des Anwendungsbereichs des § 138 KO ist die Fortsetzbarkeit von Konkursanfechtungsprozessen umstritten: Ganz abgelehnt wird sie bei einer *Konkursaufhebung gem § 167 KO*;¹¹⁹ bei einer *Konkursaufhebung mangels Masse* (§ 166 KO) wird die Frage der Fortsetzbarkeit hingegen überwiegend bejaht.¹²⁰

Besonders interessant ist die Angelegenheit vor allem im Zusammenhang mit der *Konkursaufhebung infolge der Bestätigung eines Zwangsausgleichs* (§ 152b Abs 2 KO): Die hM¹²¹ geht hier dahin, die Fortführung eines Konkursanfechtungsprozesses im Fall einer Konkursaufhebung nach Zwangsausgleich nicht zuzulassen, weil hier eine Nachtragsverteilung nicht in Betracht kommt. In der (noch zur Rechtslage vor der GIN 2006

115 OGH 8 Ob 232/00a EvBl 2001/72 = ZIK 2001/49, 27.

116 *Konecny*, Zahlungsplan und Nachtragsverteilung, ZIK 2001/241, 146; aA *Kodek*, Nachträgliches Hervorkommen von Schuldnervermögen beim Zahlungsplan, RdW 2001, 329; *ders*, Handbuch Privatkonkurs (2002) Rz 376; *ders* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*⁴ IV § 138 KO Rz 24 ff.

117 Siehe *Kodek*, Privatkonkurs Rz 307; *ders* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*⁴ IV § 138 KO Rz 29.

118 Vgl *Kodek*, Privatkonkurs Rz 307; *ders* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*⁴ IV § 138 KO Rz 29.

119 *König*, Anfechtung³ Rz 18/15 und 18/17; *Jelinek/Nunner-Krautgasser* in *Konecny/Schubert*, KO § 59 Rz 41.

120 Siehe dazu OGH 3 Ob 613/86 SZ 60/3 = JBl 1987, 667 = RdW 1987, 198; *Bartsch/Pollak*, KO³ I 602 und 676; *König*, Anfechtung³ (2003) Rz 18/15 und 18/17; *Jelinek/Nunner-Krautgasser* in *Konecny/Schubert*, KO § 59 Rz 41; *Rebernik* in *Konecny/Schubert*, KO § 43 Rz 60; vgl auch *Bachmann*, Befriedigung der Masseforderungen (1993) 178.

121 *Rebernik* in *Konecny/Schubert*, KO § 43 Rz 60; zu § 157 KO aF s *König*, Anfechtung³ Rz 18/15 und 18/17; *Jelinek/Nunner-Krautgasser* in *Konecny/Schubert*, KO § 59 Rz 41; vgl aber auch OLG Innsbruck 1 R 124/88 EvBl 1989/35.

BGBI I 2006/8 ergangenen) E 2 Ob 243/05g¹²² wird allerdings die Fortsetzbarkeit eines Konkursanfechtungsprozesses auch für den Fall bejaht, dass anlässlich einer *Konkursaufhebung infolge eines Liquidationszwangsausgleichs* (§ 157e KO) der Sachwalter der Gläubiger mit der Weiterführung des vom Masseverwalter begonnenen Prozesses betraut wird.

Für diese Ansicht spricht zunächst, dass sie mit den Intentionen des Gesetzgebers der GIN 2006¹²³ konform geht, das Zwangsausgleichsverfahren zu straffen und eine frühere Konkursaufhebung zu ermöglichen.

Sie ist aber auch in dogmatischer Hinsicht einleuchtend: Konkursanfechtungsansprüche sind Massebestandteile in dem Sinn, dass die Konkursmasse für die Anfechtungsansprüche rechtszuständig ist. Sie sind aber nicht Teile des „verwertbaren“ Haftungsfonds selbst, sondern bloße Mittel zur Massemehrung im Interesse der Gläubiger. Mit ihnen wird durchwegs die Haftung von Objekten aktualisiert, die sich in der Rechtszuständigkeit dritter Personen befinden.¹²⁴ Es ist daher nur konsequent, eine *Querverbindung zwischen einer möglichen „Enthftung“ dieser Ansprüche und dem (mehrheitlichen) Gläubigerwillen* zu ziehen. Daher kann mE im Rahmen eines Zwangsausgleichs durchaus vorgesehen werden, dass die „Verhaftung“ der Konkursanfechtungsansprüche durch die Konkursaufhebung nicht aufgelöst wird. Für die Konkursanfechtungsansprüche dauern die Konkurswirkungen dann (in sinngemäßer Anwendung der Regeln des § 138 KO) fort; der Masseverwalter bleibt insoweit im Amt und führt den Anfechtungsprozess weiter. Die Fortsetzung von Konkursanfechtungsprozessen ist beim Zwangsausgleich damit auch nicht an Ausgestaltungen gebunden, in denen zur Ausgleichserfüllung Vermögen an Sachwalter der Gläubiger übergeben wird, sondern auch sonst möglich.

122 OGH 2 Ob 243/05g ecollex 2006/123, 288 = RdW 2006/340, 342 = ZIK 2006/24, 25.

123 ErläutRV 1168 BlgNR 22. GP 4 f und 20 f.

124 Dazu *Nunner-Krautgasser*, Schuld, Vermögenshaftung und Insolvenz (in Druck).