

Insolvenz- und Sanierungsrecht

Jahrbuch 2014

herausgegeben

von

Univ.-Prof. Mag. Dr. Bettina Nunner-Krautgasser

Institut für Österreichisches und Internationales
Zivilgerichtliches Verfahren, Insolvenzrecht und Agrarrecht,
Karl-Franzens-Universität Graz

Mag. Mario Kapp

KAPP & STRIMITZER RECHTSANWÄLTE GMBH, Graz

Mag. Selena Clavora

Institut für Österreichisches und Internationales
Zivilgerichtliches Verfahren, Insolvenzrecht und Agrarrecht,
Karl-Franzens-Universität Graz;
KAPP & STRIMITZER RECHTSANWÄLTE GMBH, Graz



RECHT

Wien · Graz 2014

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.

Es darf empfohlen werden, Beiträge aus dem Jahrbuch für Insolvenz- und Sanierungsrecht wie folgt zu zitieren: „[Autor/in], Titel des Beitrags, in *Nunner-Krautgasser/Kapp/Clavara* (Hrsg), Insolvenz- und Sanierungsrecht, Jahrbuch 14 (2014) [Seitenangabe].“

Alle Rechte vorbehalten.

ISBN 978-3-7083-1007-7
NWV Verlag GmbH
Faradaygasse 6, 1030 Wien, Österreich
Tel.: +43 1 796 35 62-24, Fax: +43 1 796 35 62-25
E-Mail: office@nwv.at

Geidorfgürtel 24, 8010 Graz, Österreich
E-Mail: office@nwv.at

www.nwv.at

© NWV Neuer Wissenschaftlicher Verlag, Wien · Graz 2014

Druck: Alwa & Deil, Wien
E-Mail: office@alwa-deil.at

Bettina NUNNER-KRAUTGASSER

Aufrechnung in der Insolvenz: Grundlagen und aktuelle Rechtsfragen

Inhaltsübersicht

I.	Grundlagen.....	164
II.	Geltendmachung und Anzeigepflicht.....	165
III.	Aufrechnungsverbote in der Insolvenz	167
IV.	Anwendungsbereich der §§ 19 und 20 IO	168
V.	Erweiterungen und Einschränkungen der Aufrechnungsbefugnis im Insolvenzverfahren	170
A.	Erweiterungen der Aufrechnungsbefugnis.....	170
1.	Allgemeines.....	170
2.	Regressansprüche von Bürgen, Pfandbestellern, Mitschuldnern, Wechsel- und Scheckverpflichteten	171
3.	Gesetzlich bedingte Ansprüche – Erfüllungsansprüche aus zweiseitigen Verträgen	173
B.	Einschränkungen der Aufrechnungsbefugnis	177
1.	Allgemeines	177
2.	Gesellschaftsrechtliche Abfindungsansprüche	178
3.	Forderungserwerb in der Krise des Schuldners	179
4.	Grenzen der Aufrechnungsschranken	180
VI.	Aufrechnung und Schuldbefreiung	181
A.	Meinungsstand und Judikatur.....	181
B.	Stellungnahme	183
VII.	Aufrechnung und Masseforderungen	185
A.	Allgemeines.....	185
B.	Aufrechnung bei Masseunzulänglichkeit	186

I. Grundlagen

Gem § 1439 letzter S ABGB wird in der Insolvenzordnung bestimmt, inwieweit gegen eine Insolvenzmasse die Aufrechnung stattfindet. Die IO wiederum enthält Spezialregelungen für die Aufrechnung in ihren **§§ 19 und 20**, die – anders als die allgemeinen Regelungen der §§ 1438 ff ABGB – **zwingender Natur** sind.¹ Soweit die Spezialregelungen keine Sonderbestimmungen enthalten, gelten die Bestimmungen der §§ 1438 ff ABGB freilich auch für die Aufrechnung im Insolvenzverfahren.²

Grundsätzlich gilt, dass die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens eine bereits **bestehende** Aufrechnungsmöglichkeit **unberührt** lässt.³

Die Existenz einer Aufrechnungslage verschafft dem Aufrechnungsberechtigten im Insolvenzverfahren des Aufrechnungsgegners eine **bevorzugte Stellung**: Diese besteht iW darin, dass sich der Aufrechnungsberechtigte im Wege der „**Selbstexekution**“ im Ausmaß der Deckung durch die Forderung des Insolvenzschuldners volle Befriedigung verschaffen kann. §§ 19 und 20 IO schützen also das **Vertrauen in eine bestehende Aufrechnungslage**. Die Aufrechnungsbefugnis umfasst nach stRsp auch die Geltendmachung von **Zinsen** seit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens.⁴

Die Rechtsstellung des Aufrechnungsberechtigten wird unter diesen Umständen typischerweise mit derjenigen eines **Absonderungsberechtigten** verglichen.⁵ Erhebliche Parallelen sind hier freilich nicht von der Hand zu weisen, va weil die Gegenforderung dem Aufrechnungsberechtigten eine **pfandgleiche Deckung** verschafft. Dennoch besteht hier **keine vollständige Übereinstimmung** hinsichtlich der Rechtsstellung in der Insolvenz: So fehlt es bei der Aufrechnung schon an einer **Sondermasse**; ganz allgemein unterliegt die Aufrechnung nicht den für Absonderungsrechte geltenden **Bestimmungen** (das betrifft sowohl Vorrechte als auch Beschränkungen). Insb ist der Aufrechnungsberechtigte **nicht Ausfallsgläubiger** iSd § 93 Abs 2 IO. Er kann auch **nicht Vollzahlung** iSd § 132 Abs 1 IO, sondern nur den durch die Aufrechnung nicht gedeckten Teil der Forderung verlangen.⁶

1 *Dullinger*, Handbuch der Aufrechnung (1995) 311; *Gamerith* in *Bartsch/Pollak/Buchegger* (Hrsg), Österreichisches Insolvenzrecht I⁴ (2000) § 19 KO Rz 1, 3 und 16.

2 *Dullinger*, Handbuch 310.

3 *Gamerith* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht I⁴ § 19 KO Rz 8; *Schubert* in *Konecny/Schubert* (Hrsg), Kommentar zu den Insolvenzgesetzen (5. Lfg, 1998) §§ 19, 20 KO Rz 3.

4 OGH 16.09.1959, 5 Ob 321/59 SZ 32/105 = EvBl 1959/364; 09.03.1990, 8 Ob 49/89 ÖBA 1990, 722; 24.07.1996, 8 Ob 2042/96v; RIS-Justiz RS0051754.

5 *Rebernik* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze (22. Lfg, 2006) § 27 KO Rz 99; *Schubert* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze §§ 19, 20 KO Rz 3 mwN; RIS-Justiz RS0064257 und RS0064302.

6 *Gamerith* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht I⁴ § 19 KO Rz 8; *Schubert* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze §§ 19, 20 KO Rz 3 aE.

II. Geltendmachung und Anzeigepflicht

Entsprechend seiner Vorzugsstellung muss der Aufrechnungsberechtigte seine Forderung auch **nicht auf insolvenzspezifischem Weg (also durch Anmeldung) geltend machen**, sondern er übt sein Recht durch die **schlichte Abgabe der Aufrechnungserklärung** aus. Diese ist an **keine Frist** gebunden und kann grundsätzlich jederzeit während des Insolvenzverfahrens (gerichtlich oder außergerichtlich) – nur – **gegenüber dem Insolvenzverwalter** erklärt werden.⁷ Bei Forderungen über 100.000 Euro muss der Insolvenzverwalter ein Anerkenntnis gem § 116 Abs 1 Z 2 IO zusammen mit der Äußerung des Gläubigerausschusses dem Insolvenzgericht mindestens acht Tage im Vorhinein mitteilen. Für die Aufrechnungserklärung bestehen **keine Formvorschriften**.⁸ Da die Forderung im Insolvenzverfahren nicht angemeldet werden muss, kann ein durch die Verfahrenseröffnung **unterbrochener Rechtsstreit** nach der Aufrechnungserklärung gegen den Insolvenzverwalter mit dem Begehren fortgesetzt werden, das Erlöschen der Forderung festzustellen.⁹ Die **Anmeldung** einer Forderung im Insolvenzverfahren hindert den Gläubiger nicht daran, später noch die Aufrechnung zu verlangen.¹⁰

Eine Spezialproblematik betrifft die Frage, ob ein **aufrechnungsberechtigter Sozialversicherungsträger** iSd § 113a IO seine Aufrechnungsmöglichkeit **rechtzeitig anzeigen** muss. Damit hat sich der OGH in drei Entscheidungen auseinandergesetzt, nämlich in 10 ObS 54/11f¹¹, 10 ObS 44/12m¹² und 10 ObS 63/12f¹³.

10 ObS 54/11f und 10 ObS 63/12f betrafen die **Aufrechnung im Hinblick auf den unpfändbaren Einkommensteil**: In der ersten Entscheidung ging es um die Aufrechnung gem § 71 GVSG, im zweiten Fall um die Aufrechnung gem § 31 Abs 4 KBGG. Bei beiden handelt es sich um privilegierende Sonderbestimmungen über die Aufrechnung (wie auch § 103 Abs 2 ASVG), die als solche als **Ausnahmebestimmungen iSd § 293 Abs 3 EO** zu qualifizieren sind.¹⁴ Danach ist die Aufrechnung gegen den der Exekution entzogenen Teil der Forderung an sich nur in bestimmten Ausnahmefällen zulässig, es wird aber zusätzlich ausdrücklich auf Sondervorschriften verwiesen, nach denen Abzüge ohne Beschränkung auf den der Exekution unterliegenden Teil gestattet sind.

Der 10. Senat setzte sich nun mit der *ratio* der Anzeigepflicht des § 113a IO und seinem Zusammenhang mit § 12a Abs 2 IO auseinander und kam zu folgendem Ergebnis: Hinsichtlich der Aufrechnungsbefugnis gegen den **unpfändbaren Einkommensteil** bedarf es nach seiner Ansicht jedenfalls **keiner Anzeige des**

7 *Gamerith in Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht I⁴ § 19 KO Rz 8; *Schubert in Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze §§ 19, 20 KO Rz 3 aE; *Wegan*, Österreichisches Insolvenzrecht, Konkurs- und Ausgleichsrecht (1973) 36.

8 OGH 25.05.1994, 7 Ob 618/93 ecolex 1994, 677; 25.10.1996, 1 Ob 2231/96m SZ 69/236; 11.07.2008, 3 Ob 82/08t ZIK 2009/41; RIS-Justiz RS0064293.

9 *Gamerith in Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht I⁴ § 19 KO Rz 8 mwN.

10 OGH 25.02.1975, 3 Ob 242/74 EvBl 1975/248; 10.12.2002, 10 ObS 233/02s; 06.12.2011, 10 ObS 54/11f DRdA 2013/6 (*Nunner-Krautgasser/Anzenberger*) = ZIK 2012/149; RIS-Justiz RS0064215.

11 OGH 06.12.2011, 10 ObS 54/11f DRdA 2013/6 (*Nunner-Krautgasser/Anzenberger*) = ZIK 2012/149.

12 OGH 12.04.2012, 10 ObS 44/12m ZIK 2012/150.

13 OGH 24.07.2012, 10 ObS 63/12f ARD 6276/5/2012 = ZIK 2013/152.

14 RIS-Justiz RS0013254 und RS0110621.

Aufrechnungsberechtigten iSe ausgedehnten Anwendung des § 113a Abs 2 IO.¹⁵ Die Aufrechnung in das insolvenzfremde Schuldnervermögen verschaffe dem Aufrechnungsberechtigten nämlich eine zusätzliche Befriedigungsmöglichkeit und beeinträchtige „die Gläubiger“ nicht; daher bedürfe es auch keiner entsprechenden Informationspflicht des aufrechnungsbefugten Gläubigers.¹⁶ Weiters wird ausdrücklich auf die absonderungsähnliche Deckung verwiesen, die den aufrechnungsberechtigten Sozialversicherungsträger nicht nur insolvenzintern, sondern auch in Bezug auf das insolvenzfremde Vermögen privilegieren.

Diese **Privilegierung** ist schon ganz allgemein bedenklich;¹⁷ sie ist aber auch insolvenzrechtlich und insb haftungssystematisch zu hinterfragen, weil die Insolvenzgläubiger eigentlich nur auf den Haftungsfonds Masse verwiesen sind und an sich gerade keinen Zugriff auf das insolvenzfremde Vermögen haben (dazu noch unten in Abschnitt IV., Seite 169). Auch kann nicht generell gesagt werden, dass die **ratio der Anzeigepflicht** iSd § 113a IO hier nicht verfange: Diese Argumentation ist an sich nachvollziehbar, allerdings wird die vom Schuldner im Zahlungsplan angebotene Quote in manchen Fällen nicht rein aus dem pfändbaren Teil des Einkommens bewältigt. Vielmehr verpflichten sich einige Schuldner (was rechtspolitisch durchaus zu hinterfragen ist) zusätzlich – „freiwillig“ – zu Zahlungen (auch) aus ihrem Existenzminimum.¹⁸ In solchen Fällen kann freilich eine nach dem Abschluss des Zahlungsplans erfolgte Aufrechnung gegen den unpfändbaren Teil des Einkommens ebenfalls zum Scheitern eines knapp bemessenen Zahlungsplans führen. Weiters ist zu bedenken, dass § 113a Abs 2 IO und § 12a Abs 2 IO (der eben gerade nicht für Aufrechnungen gegen Ansprüche auf das Existenzminimum gilt)¹⁹ wegen der letztlich doch unterschiedlichen Zielsetzungen wohl nicht völlig gleich laufen: § 12a Abs 2 IO will erreichen, dass das Einkommen des Schuldners diesem auch zur gleichmäßigen Befriedigung der Gläubiger zur Verfügung steht.²⁰ Eine Ausdehnung auf das unpfändbare Einkommen würde hier zu einer ungerechtfertigten Begünstigung des Insolvenzschuldners führen, weil diese Bezugsteile nicht zur gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung vorgesehen sind.²¹ Demgegenüber soll § 113a Abs 2 IO va „dem Gericht, dem Masseverwalter und den übrigen Gläubigern eine ausreichende Informationsgrundlage verschaffen“²² und so den Abschluss eines sachgerechten und va durchführbaren Zahlungsplans sicherstellen.²³ Dieser Zweck kann im soeben dargestellten Sonderfall wohl nur dann erreicht werden, wenn Aufrechnungsberechtigte zur Anzeige

15 RIS-Justiz RS0127355.

16 Abl *Nunner-Krautgasser/Anzenberger*, Anm zu OGH 06.12.2011, 10 ObS 54/11f, DRdA 2013, 46.

17 Die bisherigen Versuche, diese Sondervorschriften einem verfassungsgerichtlichen Normenprüfungsverfahren zu unterziehen, sind allerdings gescheitert; vgl OGH 18.08.1998, 10 ObS 245/98x; RIS-Justiz RS0110624.

18 G. *Kodek*, Handbuch Privatkonkurs (2002) Rz 193; *Nunner-Krautgasser/Anzenberger*, DRdA 2013, 51.

19 Vgl *Deixler-Hübner* in *Konecny*, Insolvenzgesetze (47. Lfg, 2012) § 12a IO Rz 9; G. *Kodek*, Handbuch Rz 193; *Konecny/Weber*, Aufrechnung durch Sozialversicherungsträger im Konkurs, ZIK 1999, 191 (194); *Mohr*, Privatkonkurs² (2007) 53; OGH 04.09.2001, 10 ObS 152/01b ZIK 2002/24.

20 Vgl ErläutRV zur KO-Nov 1993, 1218 BlgNR 18. GP 16.

21 Vgl *Konecny/Weber*, ZIK 1999, 194; vgl auch G. *Kodek*, Handbuch Rz 193.

22 ErläutRV zur InsNov 2002, 988 BlgNR 21. GP 27.

23 Vgl *Konecny* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze (15. Lfg, 2004) § 113a KO Rz 1 f.

aller ihrer Aufrechnungsbefugnisse gehalten sind, die die Erfüllung eines Zahlungsplans tangieren können. Das Anzeigen der Aufrechnungsbefugnis (auch) in den unpfändbaren Einkommensteil bedeutet im Übrigen keinesfalls einen unzumutbaren Mehraufwand für den Aufrechnungsberechtigten (hier: den Sozialversicherungsträger), weil die Aufrechnungsmöglichkeit in den pfändbaren Teil des Einkommens dem Insolvenzgericht ohnehin angezeigt werden muss.²⁴

In der Entscheidung 10 ObS 44/12m ging es sodann um die Frage einer **analogen Anwendbarkeit des § 113a Abs 2 IO** hinsichtlich einer Aufrechnung (auch) gegen den **pfändbaren** Bezugsteil gem § 103 ASVG. Diese Frage musste nach Ansicht des 10. Senats allerdings nicht abschließend beurteilt werden, weil die Aufrechnungsbefugnis bereits vor der Abstimmung über den Zahlungsplan ausreichend geltend gemacht worden war. Im Anlassfall hatte der Sozialversicherungsträger seine Forderung nämlich nicht nur angemeldet (sie wurde in diesem Fall anerkannt), sondern auch dem Schuldner gegenüber die Aufrechnung bereits vor der Zahlungsplantaufsetzung mit Bescheid ausgesprochen. Das Insolvenzgericht wurde davon schriftlich verständigt und die Aufrechnung wurde im Zahlungsplan berücksichtigt. Daher erblickte der OGH in der Beurteilung des Berufungsgerichts, dass die Aufrechnungsbefugnis insgesamt iSd § 113a IO rechtzeitig geltend gemacht worden war, keine im Einzelfall aufzugreifende Fehlbeurteilung. Grundsätzlich ist hier mE freilich umso mehr eine **Anzeige iSd § 113a Abs 2 IO geboten**.

III. Aufrechnungsverbote in der Insolvenz

Besonderes gilt dann, wenn **Aufrechnungsverbote** bestehen: **Gesetzliche Aufrechnungsverbote** gelten auch im Insolvenzverfahren.²⁵

Anderes soll hingegen für **vertragliche Aufrechnungsverbote** gelten: Nach der (noch zur alten Rechtslage ergangenen, aber nach wie vor relevanten) stRsp erstreckt sich nämlich die Vereinbarung eines Aufrechnungsverbots iZw nicht auf den Fall, dass über das **Vermögen des Schuldners der Gegenforderung** ein Insolvenzverfahren eröffnet wird. Das wird zumeist damit begründet, dass ein **Aufrechnungsverbot die volle Bezahlung beider Forderungen bezweckt**; im Insolvenzfall könne aber die volle Bezahlung der Gegenforderung gerade nicht verlangt werden.²⁶ Gelegentlich wird allerdings auch auf den **Zweck des Aufrechnungsverbots** hingewiesen, das **Vorenthalten des Entgelts für die erbrachte Leistung durch den Vertragspartner zu unterbinden und damit die rasche Geschäftsabwicklung zu sichern**.²⁷ Dieser **Zweck sei aber hinfällig**, wenn die **Geschäftstätigkeit** des durch die Klausel Begünstigten **aufgehört hat**. Mit dieser Argumentation kann man allerdings mE **keinen generellen Wegfall**

24 Nunner-Krautgasser/Anzenberger, DRdA 2013, 51.

25 Schubert in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze §§ 19, 20 KO Rz 4.

26 Dullinger in Rummel (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch II/1³ (2002/2007) § 1440 Rz 32; Gamerith in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I⁴ § 19 KO Rz 15; Griss in Koziol/Bydlinski/Bollenberger (Hrsg), Kommentar zum ABGB³ (2010) § 1440 Rz 9; Schubert in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze §§ 19, 20 KO Rz 8; RIS-Justiz RS0033930, RS0033940, RS0124178.

27 Vgl Schubert in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze §§ 19, 20 KO Rz 8 mit Hinweisen auf deutsche ältere Lehre und Rsp zur dKO.

vertraglicher Aufrechnungsverbote im Insolvenzverfahren ableiten, denn sie beruht noch auf einer antiquierten Sicht des Konkurses als „Wertvernichter schlimmster Art“²⁸ samt Schließung und Liquidierung des schuldnerischen Unternehmens, die für das moderne Insolvenzrecht längst (und erst recht seit der großen Reform durch das IRÄG 2010) nicht mehr zutrifft. Vertragliche Aufrechnungsverbote dürften dann eigentlich **nur bei Unternehmensschließung**, nicht hingegen bei Fortführung wegfallen. Ein solches Ergebnis wäre aber der **Rechtssicherheit** nicht gerade zuträglich. Vielmehr ist diese Frage durch **Vertragsauslegung** zu lösen: Es ist nämlich davon auszugehen, dass **Gläubiger für den Fall der formellen Insolvenz ihres Aufrechnungsgegners nicht auf die Aufrechnungsmöglichkeit verzichten wollen**.²⁹ Fällt danach das vertragliche Aufrechnungsverbot im Insolvenzverfahren weg, so muss eine bereits vor der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens (und daher unwirksam) abgegebene Aufrechnungserklärung jedenfalls gegenüber dem Insolvenzverwalter wiederholt werden. Der Wegfall des Aufrechnungsverbots bewirkt nach zurA keine Neuentstehung der Forderung; vielmehr liegt hier eine bereits zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens aufrechenbare Forderung vor.³⁰

IV. Anwendungsbereich der §§ 19 und 20 IO

Festzuhalten ist zunächst, dass die Bestimmungen der §§ 19 und 20 IO grundsätzlich nur auf **Aufrechnungen während des Insolvenzverfahrens** anwendbar sind.³¹

Auch erfassen §§ 19 und 20 IO nur **Forderungen, die einander zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens bereits aufrechenbar gegenüberstehen**.³² Sofern eine Forderung hingegen erst **durch** die Verfahrenseröffnung oder erst **nach** der Verfahrenseröffnung entsteht, kommt eine Anwendung nicht in Betracht (ausgenommen hiervon sind Insolvenzforderungen gem § 20 Abs 3 IO, also gem §§ 21 ff IO entstandene bzw gem § 41 Abs 2 IO auflebende Forderungen).³³

Schließlich gelten diese Normen nur für **Aufrechnungen mit einer Insolvenzforderung** (Gegenforderung) **gegen einen Anspruch des Insolvenzschuldners, der zur Insolvenzmasse gehört** (Hauptforderung). In die Kategorie der aufrechenbaren Insolvenzforderungen fallen zB auch **Prozesskostenersatzansprüche**, sofern die Prozesskosten bereits durch die Vornahme der Prozesshandlungen vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens begründet wurden; das gilt auch für gem § 8 Abs 3 IO gegen den Insolvenzschuldner fortgesetzte Prozesse.³⁴

28 *Jaeger*, Lehrbuch des deutschen Konkursrechts⁸ (1932) 216.

29 OGH 12.10.1994, 7 Ob 573/94 SZ 67/169 = EvBl 1995/105 = ÖBA 1995/484 = RdW 1995, 58 = ZIK 1995, 26.

30 OGH 12.10.1994, 7 Ob 573/94 SZ 67/169 = EvBl 1995/105 = ÖBA 1995/484 = RdW 1995, 58 = ZIK 1995, 26.

31 *Schubert* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze §§ 19, 20 KO Rz 14.

32 *Gamerith* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht I⁴ § 19 KO Rz 9.

33 Zu den Aufrechnungsbeschränkungen des § 20 IO siehe unten, Abschnitt V.B., Seite 177 ff.

34 OGH 10.02.1988, 1 Ob 710/87 SZ 61/31 = wbl 1988, 203; RIS-Justiz RS0064270.

§§ 19 f IO gelten allerdings **nicht** für die **Aufrechnung eines Insolvenzgläubigers mit der im Insolvenzverfahren festgestellten Quote** gegen massezugehörige Forderungen: Eine Schmälerung tritt hier nicht mehr ein, weil die Kürzung des Rechts des Aufrechnungsberechtigten nach Maßgabe der anderen Insolvenzforderungen bereits durchgeführt ist und daher keine Besserstellung des aufrechnenden Gläubigers eintritt.³⁵

Aus dem soeben Gesagten ergeben sich zwei weitere **negative Abgrenzungen**:

Zum einen sind Aufrechnungen betreffend **Masseforderungen** sowie **Ansprüche der Masse aus der Zeit nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens** nicht erfasst. In diesen Fällen sind die allgemeinen zivilrechtlichen Bestimmungen der §§ 1438 ff ABGB relevant.

Zum anderen von §§ 19 f IO ebenfalls nicht erfasst sind Aufrechnungen im Hinblick auf **ausgeschlossene Ansprüche** sowie im Hinblick auf (an sich oder kraft Freigabe) **insolvenzfreie Ansprüche des Insolvenzschuldners**. Hier zeigt sich also sehr deutlich, dass im Insolvenzverfahren das Erfordernis der **Gegenseitigkeit** iSd Trennung zwischen insolvenzunterworfenem und insolvenzfremem Vermögen verschärft ist; **Haupt- und Gegenforderung müssen sich also auf denselben Haftungsfonds (Masse oder insolvenzfreies Vermögen) beziehen**. Der Insolvenzverwalter wäre hier also mangels Gegenseitigkeit gar nicht zur Aufrechnung legitimiert.

Fraglich ist, ob eine **Aufrechnung mit Insolvenzforderungen gegen insolvenzfreie Ansprüche des Insolvenzschuldners** zulässig ist. *Gamerith*³⁶ bejaht dies mit der Begründung, dass die **Masse dadurch nicht geschmälert** würde. Das trifft wohl zu; bei dieser Begründung werden allerdings nur einseitig die Interessen der Insolvenzgläubiger berücksichtigt. Diese können sich dann sowohl an den Haftungsfonds Masse (auf den sie eigentlich exklusiv verwiesen sind) als auch an den Haftungsfonds insolvenzfreies Vermögen (der ihnen aber nach hA gar nicht zum Zugriff offen steht) halten.³⁷ Zu bedenken sind dabei va auch die Interessen derjenigen Gläubiger, die exklusiv auf das insolvenzfreie Vermögen verwiesen sind (Neugläubiger, ausgeschlossene Gläubiger, Unterhaltsgläubiger aus gesetzlichen Unterhaltsansprüchen). Ihr ohnedies schmaler Haftungsfonds wird durch eine solche Auslegung an sich noch weiter ausgehöhlt. Und eigentlich **fehlt es hier an der Gegenseitigkeit**; Insolvenzgläubigern ist daher grundsätzlich eine Aufrechnungsmöglichkeit nur gegen massezugehörige Ansprüche zuzubilligen.

Das verträgt sich freilich schlecht mit der iZm der **Aufrechnung durch Sozialversicherungsträger** bereits erwähnten Regelung des § 293 Abs 3 EO: Danach ist die Aufrechnung gegen den der Exekution entzogenen Teil der Forderung nur ausnahmsweise zulässig zur Einbringung eines Vorschusses, einer im rechtlichen Zusammenhange stehenden Gegenforderung oder einer Schadenersatzforderung, wenn der Schade vorsätzlich zugefügt wurde; allgemein zulässig ist sie aber in den Fällen, wo nach bereits bestehenden Vorschriften Abzüge ohne Beschränkung auf den der Exekution unterliegenden Teil gestattet sind. Solche Fälle sind wie gesagt insb § 103 ASVG, § 71 GSVG und § 31 Abs 4 KBGG. Die

35 *Gamerith in Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht I⁴ § 19 KO Rz 27; *Schubert in Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze §§ 19, 20 KO Rz 9.

36 *Gamerith in Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht I⁴ § 19 KO Rz 9.

37 Näheres zur Haftungssystematik in der Insolvenz *Nunner-Krautgasser*, Schuld, Vermögenshaftung und Insolvenz (2007) 319 ff.

materiell-rechtlich wirkende Norm des § 293 Abs 3 EO schlägt auch im Insolvenzverfahren durch und führt dort dazu, dass in besagten Fällen eben auch eine Aufrechnung gegen insolvenzfremde Ansprüche möglich ist. Die Aufrechnungsbestimmungen des Sozialversicherungsrechts (§ 71 Abs 2 GSVG und § 103 Abs 2 ASVG) gehen der Aufrechnungssperre des § 293 Abs 3 EO als speziellere Normen vor und lassen eine Aufrechnung gegen unpfändbare Einkommensteile (hier: Pensionsansprüche) zu; es bleibt im alleinigen Ermessen des Sozialversicherungsträgers, die Höhe der Abzugsrate auf relativ niedrigem Niveau festzulegen. Dies ist im Insolvenzverfahren mE an sich **völlig systemwidrig**, muss jedoch – weil positivrechtlich statuiert – nach der derzeitigen Rechtslage hingenommen werden.

Der OGH hat sich in den bereits erwähnten Entscheidungen 10 ObS 54/11f, 10 ObS 44/12m und 10 ObS 63/12f auch mit der Anwendbarkeit des § 12a Abs 2 IO befasst und festgehalten, dass für die Aufrechnung der Forderung gegen den **unpfändbaren Einkommensteile die zeitliche Beschränkung der Aufrechnung auf zwei Jahre gem § 12a Abs 2 IO nicht gilt**. Da diese Bezüge nicht der gleichmäßigen Befriedigung der Gläubiger dienen, sind sie von den entsprechenden rechtspolitischen Zielsetzungen des § 12a IO nicht erfasst. Eine Verrechnung gegen die unpfändbaren Bezüge kann daher über den Zeitraum von zwei Jahren hinaus vorgenommen werden. Die **zeitliche Beschränkung der Aufrechnung auf zwei Jahre gilt nur für den pfändbaren Teil** des Einkommens.³⁸

V. Erweiterungen und Einschränkungen der Aufrechnungsbefugnis im Insolvenzverfahren

Im Insolvenzverfahren wird die Aufrechnungsmöglichkeit gegenüber dem allgemeinen Zivilrecht **zT erweitert, zT aber eingeschränkt**. Die Erweiterungen betreffen die **Fälligkeit**, die **Unbedingtheit** und die **Gleichartigkeit** der Forderungen; die Einschränkungen betreffen insb den **Zeitpunkt der Aufrechenbarkeit**.

A. Erweiterungen der Aufrechnungsbefugnis

1. Allgemeines

Die insolvenzspezifischen Erweiterungen der Aufrechnungsmöglichkeit sind iW **Konsequenzen aus den Umwandlungsvorschriften der §§ 14 ff IO**.³⁹

Erhebliche Modifikationen ergeben sich zunächst beim Erfordernis der **Gleichartigkeit**: Es kann nämlich auch mit **Gegenforderungen, die nicht auf eine Geldleistung gerichtet** sind, aufgerechnet werden (§ 19 Abs 2 IO). Das hängt mit der insolvenzspezifischen Umwandlungsbestimmung für Naturalleistungsansprüche (§ 14 Abs 1 IO) zusammen. Umgekehrt gilt das freilich nicht; dh

38 Siehe mit ausführlicher Begründung OGH 06.12.2011, 10 ObS 54/11f DRdA 2013/6 (Nunner-Krautgasser/Anzenberger) = ZIK 2012/149; 12.04.2012, 10 ObS 44/12m ZIK 2012/150; 24.07.2012, 10 ObS 63/12f ARD 6276/5/2012 = ZIK 2013/152.

39 Dullinger, Handbuch 313.

die **Hauptforderung** (des Insolvenzschuldners) muss also jedenfalls **auf Geld gerichtet** sein.⁴⁰

Weitere Modifikationen betreffen die **Fälligkeit** und die **Unbedingtheit** von Forderungen. Da die Eröffnung des Insolvenzverfahrens betagte Forderungen fällig stellt (§ 14 Abs 2 und 3 IO) und auch die Anmeldung (aufschiebend oder auflösend) bedingter Forderungen zulässt (§ 16 IO), entfallen konsequenter Weise auch hinsichtlich der Aufrechnung die Voraussetzungen der **Fälligkeit** und der **Unbedingtheit** (§ 19 Abs 2 IO). Das gilt nach dem expliziten Gesetzeswortlaut **sowohl für die Gegen- als auch für die Hauptforderung**. Für den Fall, dass die **Gegenforderung des Gläubigers bedingt** (und die Hauptforderung des Insolvenzschuldners unbedingt) ist, kann allerdings das Gericht gem § 19 Abs 2 S 3 IO die Aufrechnung von einer **Sicherheitsleistung** abhängig machen. Maßgebend für diese Ermessensentscheidung und für die Höhe der Sicherheitsleistung sind die **Wahrscheinlichkeit des Bedingungseintritts und die voraussichtliche Zahlungsfähigkeit des (aufrechnenden) Gläubigers hinsichtlich einer allfälligen Rückzahlung**.⁴¹ Im umgekehrten Fall, dass die Gegenforderung des Gläubigers **unbedingt** und die **Forderung des Insolvenzschuldners bedingt** ist, kann der Gläubiger sofort aufrechnen, ohne jedoch von der Masse Sicherheitsleistung für den Fall des Nichteintritts der aufschiebenden bzw Eintritts der auflösenden Bedingung fordern zu können.⁴²

Die Aufrechnungsmöglichkeit auch mit bedingten Forderungen hat **große praktische Bedeutung**, weil sie sowohl für rechtsgeschäftlich als auch für gesetzlich bedingte Forderungen gilt.⁴³

2. Regressansprüche von Bürgen, Pfandbestellern, Mitschuldnern, Wechsel- und Scheckverpflichteten

Zu den bedingten Forderungen zählen Rsp und ein Teil der Lehre etwa auch potentielle Regressansprüche von Bürgen, Pfandbestellern, Mitschuldnern sowie Wechsel- und Scheckverpflichteten. Dahinter steht, dass im Insolvenzrecht ein erheblich weiterer Bedingungsbegriff vertreten wird als im allgemeinen Zivilrecht.⁴⁴ Aus insolvenzrechtlicher Sicht kommt es nämlich nicht darauf an, ob ein Anspruch bereits vor der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens regelrecht entstanden ist. Maßgebend ist stattdessen vielmehr, ob der Anspruch in seinem Kern vor der Verfahrenseröffnung begründet wurde („Kerntheorie“),⁴⁵ ob also der Rechtsgrund für das (spätere) Forderungsentstehen bereits vor der Verfahrens-

40 *Gamerith in Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht I⁴ § 19 KO Rz 38; *Schubert in Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze §§ 19, 20 KO Rz 67.

41 *Dullinger*, Handbuch 317 ff; *Gamerith in Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht I⁴ § 19 KO Rz 27; *Schubert in Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze §§ 19, 20 KO Rz 69.

42 *Dullinger*, Handbuch 310; *Gamerith in Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht I⁴ § 19 KO Rz 25.

43 *Schubert in Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze §§ 19, 20 KO Rz 68 mwN.

44 *Petschek/Reimer/Schiemer*, Das österreichische Insolvenzrecht (1973) 485 FN 58 mwN; *Rummel in Rummel* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch II² (1992) § 1439 Rz 9 mwN; krit *Dullinger*, Handbuch 314 mwN; OGH 10.05.1973, 6 Ob 91/73 SZ 46/48; 15.11.1976, 1 Ob 738/76 SZ 49/137 = EvBl 1977/153; 31.05.1977, 5 Ob 306/76 EvBl 1978/4 = JBl 1978, 158.

45 Vgl *Dullinger*, Handbuch 314 ff und 328 f; *König*, Die Anfechtung nach der Konkursordnung⁵ (2014) Rz 14/15 mwN.

eröffnung vorhanden war bzw ob der „Schuldrechtsorganismus, der die Grundlage des Anspruchs bildet“,⁴⁶ schon vor der Verfahrenseröffnung zustande gekommen ist.

Der Unterschied zeigt sich zB eindrucksvoll bei der **Vorsteuerberichtigung**: Hier ist der Rückforderungsanspruch des Fiskus, der bereits durch den Umsatz des späteren Insolvenzschuldners vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens begründet wird, nach zutr Judikatur des OGH⁴⁷ als Insolvenzforderung (und nicht, wie der VwGH meint, als Masseforderung)⁴⁸ einzustufen.

Nach diesen Grundsätzen erwerben auch etwa **Bürgen** bereits mit dem Eingehen der Bürgschaft einen **bedingten Rückgriffsanspruch** gegen den späteren Insolvenzschuldner. Sie können daher in der Insolvenz des (Haupt-)Schuldners mit ihren aufschiebend bedingten Regressforderungen gegen Forderungen des Insolvenzschuldners aufrechnen. Zu beachten ist allerdings der Zusammenhang mit § 20 Abs 1 IO; das den Regress begründende Rechtsverhältnis muss also vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens in „unverdächtiger Zeit“ entstanden sein.⁴⁹

Gegen die Bejahung der Aufrechenbarkeit schon vor Zahlung wird eingewandt, dass sie zu einer sehr **problematischen Verdoppelung der Schuld des Insolvenzschuldners** führe; *Riel*⁵⁰ hat sich zB iZm der Bürgschaft bei Arbeitskräfteüberlassung⁵¹ gegen diese Judikatur ausgesprochen. Ein Spannungsverhältnis zu § 17 Abs 2 IO besteht hier jedenfalls: Nach dieser Bestimmung kann der Bürge seine Ansprüche nur bedingt für den Fall anmelden, dass er in Anspruch genommen wird und die Forderung vom Gläubiger im Insolvenzverfahren nicht geltend gemacht wird. Vor (vollständiger) Zahlung an den Gläubiger hat der Bürge jedenfalls keine im Insolvenzverfahren durchsetzbare Forderung.⁵² Sofern sich der Hauptgläubiger am Insolvenzverfahren beteiligt, ist eine zusätzliche Beteiligung des Bürgen im Ergebnis ausgeschlossen. Insofern ist fraglich, weshalb der Bürge auch angesichts einer möglichen Beteiligung des Gläubigers im Insolvenzverfahren aufrechnen dürfen soll. Dagegen spricht augenscheinlich der in § 17 Abs 2 IO zum Ausdruck kommende Grundsatz, dass der Bürge das Insolvenzrisiko des Hauptschuldners zu tragen hat; von diesem Grundsatz geht auch der deutsche BGH in seiner (gegenüber der OGH-Rsp gegenteiligen) Judikatur aus.⁵³ Nach der Judikatur des OGH kann der Bürge hingegen mit einer

46 Vgl dazu auch den Spruch des deutschen BFH 29.09.1970, II B 22/70 BFHE 100, 140.

47 Etwa OGH 27.11.1997, 8 Ob 2244/96z; 25.02.2000, 8 Ob 144/99f; 27.04.2000, 8 Ob 226/99i.

48 VwGH 19.10.1999, 98/14/0143.

49 *Schubert* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze §§ 19, 20 KO Rz 68 und 72 ff mwN; OGH 15.11.1976, 1 Ob 738/76 SZ 49/137 = EvBl 1977/153; 31.05.1977, 5 Ob 306/76 EvBl 1978/4 = JBl 1978, 158; RIS-Justiz RS0064281, RS0017507; vgl auch *Rabl*, Die Bürgschaft (2000) 159 ff; aA *Roth*, Die Aufrechnung im Konkurs, in *Buchegger/Holzhammer* (Hrsg), Beiträge zum Zivilprozeßrecht II (1986) 165 (170 ff); *Dullinger*, Handbuch 314 ff; vgl auch *Gamerith* in *Bartschl/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht I⁴ § 19 KO Rz 23; jeweils mwN.

50 *Riel*, Forderungsbetreibung bei konkursverfangenen Arbeitskräften, ZIK 2009, 2; vgl aber auch *Reckenzaun*, § 14 Abs 3 AÜG – Zur Haftung des Beschäftigten im Konkurs des Überlassers, Zak 2009, 28.

51 Vgl OGH 03.09.2008, 3 Ob 143/08p Zak 2009/40 = ZIK 2009/40.

52 Vgl *Gamerith* in *Bartschl/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht I⁴ § 17 KO Rz 4.

53 BGH 02.12.2004, IX ZR 200/03 ZIP 2005, 126; 14.07.2005, IX ZR 142/02 ZIP 2005, 1559.

Forderung aufrechnen, für die er ohne die Aufrechnungslage nicht einmal eine Quote erhalten würde. Für diese Lösung spricht allenfalls die Möglichkeit der **Sicherheitsleistung** iSd § 19 Abs 2 letzter S IO, ausschlaggebend ist va aber der Gedanke, dass die offene Schuld gegenüber der Insolvenzmasse den **einzigen Deckungsfonds des Bürgen** für seine Regressansprüche darstellt.⁵⁴

3. Gesetzlich bedingte Ansprüche – Erfüllungsansprüche aus zweiseitigen Verträgen

Wie schon oben erwähnt, zählen auch **gesetzlich bedingte Ansprüche** zu den aufschiebend bedingten Forderungen iSd IO. Als bedingt entstanden ist eine Forderung iSd § 19 Abs 2 IO schon dann anzusehen, wenn ihr Rechtsgrund vorhanden oder der rechtserzeugende Tatbestand zT gegeben ist. So entsteht der **Provisionsanspruch des Versicherungsmaklers** nach § 30 Abs 2 S 1 MaklerG etwa **bereits mit Rechtswirksamkeit des vermittelten Geschäfts** iSd §§ 19, 20 IO, **ist aber mit Zahlung der Prämie „bedingt“**; ist daher das vermittelte Geschäft (Versicherungsvertrag) vor Insolvenzeröffnung abgeschlossen worden, ist die Aufrechenbarkeit (mit dem Provisionsanspruch nach § 30 MaklerG) zu bejahen.⁵⁵

Praktisch besonders relevant ist die Aufrechnungsfrage dann, wenn es um **Erfüllungsansprüche aus zweiseitigen Verträgen iSd § 21 IO** geht, in die der Insolvenzverwalter eintritt. Das betrifft etwa **bedingte Ansprüche aus Kaufverträgen, besonders aber bedingte Werklohnansprüche in der Insolvenz des Werkunternehmers**: Hier gilt nach hA, dass der Anspruch auf Werklohn **bereits mit dem Abschluss des Werkvertrags begründet** wird, auch wenn die Fälligkeit erst mit der Vollendung des Werks eintritt.⁵⁶ Wenn daher ein vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens bestelltes Werk erst nach der Verfahrenseröffnung her- oder fertiggestellt wird, so geht die hA davon aus, dass der Werklohnanspruch des Insolvenzschuldners bereits vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens begründet wurde. Der Werkbesteller kann daher mit seinen vor Verfahrenseröffnung begründeten Forderungen gegen den Werklohnanspruch aufrechnen.⁵⁷ Dass die Werklohnforderung zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens noch bedingt ist, weil der Werkunternehmer im Fall der Verhinderung der Werkausführung durch Zufall seinen Werklohnanspruch verliert, soll der Aufrechenbarkeit nicht abträglich sein.⁵⁸ Ebensovienig schadet nach hA der insolvenzspezifische Umstand, dass erst der Eintritt des Insolvenzverwalters in den Werkvertrag iSd § 21 IO die Aufrechnungslage sozusagen fixiert.⁵⁹ Die Konsequenz ist (etwa in der Insolvenz eines Bauunternehmers) klar: Der Besteller kann mit seiner Gegenforderung gegen die Werklohnforderung aufrechnen, und zwar nach hA **auch**

54 *Reckenzaun*, Zak 2009, 29.

55 Siehe OGH 26.07.2012, 8 Ob 64/12p RdW 2012/698 = ZIK 2013/36.

56 *Gamerith* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht I⁴ § 20 KO Rz 7; *Schubert* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze §§ 19, 20 KO Rz 32; OGH 12.11.1985, 5 Ob 318/85 SZ 58/169 = JBl 1986, 321; 08.05.1987, 5 Ob 310/87 JBl 1987, 582 = RdW 1988, 195.

57 *Schubert* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze §§ 19, 20 KO Rz 32.

58 OGH 12.11.1985, 5 Ob 318/85 SZ 58/169 = JBl 1986, 321; vgl. *Schubert* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze §§ 19, 20 KO Rz 32.

59 *Schubert* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze §§ 19, 20 KO Rz 49.

gegen jene Teilforderungen des Insolvenzschuldners (Bauunternehmers), die den erst nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens hergestellten Teilen des Werks entsprechen und erst nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens fällig werden.⁶⁰ Die aufrechenbare Gegenforderung kann dabei auch **aus mangelhafter Erfüllung oder aus einer Warnpflichtverletzung des Insolvenzschuldners vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens** resultieren.

Zur Rechtfertigung dieser Ansicht wird häufig ins Treffen geführt, dass der **Auftrag an den späteren Insolvenzschuldner gerade im Hinblick auf die in der Gegenforderung liegenden Deckung** erteilt worden sein kann.⁶¹ Diese Rechtfertigung kann mE allerdings nicht vollends überzeugen, zumal die hA aufgrund der dadurch zugelassenen erheblichen **Auszehrung der Masse** ganz erhebliche Probleme aufwirft.⁶² Dieser Gedanke hat anlässlich der Insolvenzrechtsreform 2010 noch an Wichtigkeit gewonnen, weil diese Reform gerade die Verhinderung der sanierungsfeindlichen Auszehrung der Insolvenzmasse als eines der Hauptziele deklariert hat.⁶³

Besondere Probleme ergeben sich auch etwa beim **Bauen für die öffentliche Hand**. Hier ist nach der geschilderten hA eine umfassende Aufrechnung mit der Abgabeforderung gegen den Werklohnanspruch möglich; bei einem Weiterbauen durch den Insolvenzverwalter entsteht dann nur eine **höhere, der Aufrechnung unterliegende Werklohnforderung**.

Genau vor einem solchen Hintergrund hat der **BGH** bereits im Jahr 1991 judiziert, dass der **Vertragspartner nicht mit einem vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens begründeten Anspruch gegen eine Forderung der Masse aufgrund eines Erfüllungsverlangens des Verwalters (gem § 17 dKO bzw nunmehr § 103 dlnsO) aufrechnen** kann.⁶⁴ Diese Judikaturlinie hängt untrennbar mit einer anderen Sichtweise der Rechtslage des **Schicksals von zweiseitigen Verträgen** in der Insolvenz zusammen: Nach neuerer deutscher, nunmehr stRsp zu § 103 dlnsO (ähnlich früher zu § 17 dKO) bewirkt die Insolvenzeröffnung nämlich, dass der Erfüllungsanspruch des Vertragspartners erlischt; an seine Stelle tritt ein Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung. Lehnt der Verwalter dann in Ausübung seines Wahlrechts die Erfüllung ab, so wirkt sein **Rücktritt nur deklarativ**. Sofern der Verwalter hingegen die **Erfüllung** wählt, kommt dieser Erklärung nach dhA **rechtsgestaltende Wirkung** zu.⁶⁵ Nach deutscher Ansicht erlischt also der aus dem Werkvertrag entspringende Erfüllungsanspruch durch die Insolvenzeröffnung (zunächst); erst das Erfüllungsverlangen des Verwalters bewirkt, dass der untergegangene Anspruch (mit seinem bisherigen Inhalt) neu begründet wird („**Erlöschens- und Wiederbegründungstheorie**“)⁶⁶. Für die

60 OGH 12.11.1985, 5 Ob 318/85 SZ 58/169 = JBl 1986, 321; vgl schon *Bartsch/Pollak*, Konkurs-, Ausgleichs- und Anfechtungsordnung, Einführungsverordnung und Geschäftsaufsichtsgesetz I³ (1937) 117.

61 *Schubert* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze §§ 19, 20 KO Rz 49.

62 Vgl auch *Pechmann*, Fälle der unzulässigen Aufrechnung mit Konkursforderungen (1995) 22 ff.

63 Vgl ErläutRV zum IRÄG 2010, 612 BlgNR 24. GP 2.

64 BGH 21.11.1991, IX ZR 290/90 BGHZ 116, 156.

65 Vgl statt vieler *Kreft* in *Kirchhoff/Lwowski/Stürner* (Hrsg), Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung II³ (2013) § 103 Rz 8 ff.

66 Siehe *Wegener* in *Uhlenbruck* (Hrsg), Kommentar zur Insolvenzordnung¹³ (2010) § 103 Rz 134.

Annahme einer aufschiebenden Bedingung ist nach dieser Konstruktion kein Raum. Mit diesem dogmatischen Ansatz gelangt der BGH daher zu einem Ergebnis, nach dem der Werkbesteller mit seinen vor Insolvenzeröffnung begründeten Forderungen nicht gegen Werklohnansprüche der Masse aufrechnen kann, weil es an der **Aufrechenbarkeit zur Zeit der Insolvenzeröffnung mangelt**.⁶⁷

Eine solche (durchaus masseschonende) Lösung wäre freilich auch in Österreich sachgerecht. Die Begründungslinie des BGH wäre hier aber deswegen problematisch, weil nach (österreichischer) Deutung des § 21 IO bis zum Ausüben des Wahlrechts durch den Insolvenzverwalter ein **Schwebezustand** besteht.⁶⁸ Und hinsichtlich der Rechtswirkungen der Ausübung des Wahlrechts durch den Insolvenzverwalter wird in Österreich gerade die gegenteilige Ansicht zur deutschen Sichtweise vertreten: Demnach wirkt nicht die Erfüllungserklärung, sondern **primär die Rücktrittserklärung des Insolvenzverwalters rechtsgestaltend**.⁶⁹ Jedenfalls bleibt nach österreichischer Auffassung bei einer Erfüllungswahl des Insolvenzverwalters der **ursprüngliche Erfüllungsanspruch samt seinem vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens liegenden Begründungszeitpunkt erhalten**. Für das Ausgangsproblem bedeutet das, dass die Aufrechenbarkeit jedenfalls nicht am **Mangel aufrechenbarer Ansprüche zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens** scheitert.

Dennoch gab es **in der Literatur** bereits zur Rechtslage vor dem IRÄG 2010⁷⁰ **kritische Stimmen** gegen diese großzügige Bejahung der Aufrechnungsmöglichkeit gegen Werklohnforderungen, die von dem **Schutz der Masse** Rechnung tragen: So meinen *Schubert*⁷¹ und ihm folgend auch *Gamerith*⁷², der Grundgedanke des § 21 IO (wie auch des noch näher zu erörternden § 20 Abs 1 IO) impliziere, dass der Masse dann, wenn gegenseitige Verträge aus ihr zu erfüllen sind, auch die ungeschmälerete Gegenleistung zukommen soll. Sofern daher etwa der Insolvenzverwalter in einen bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens bereits teilweise erfüllten Werkvertrag iSd § 21 IO eintritt, solle der Werkbesteller grundsätzlich nicht mit seiner Gegenforderung gegen die aus der Fertigstellung des Werks resultierende Forderung der Masse aufrechnen können; vielmehr müsse er voll an die Masse leisten. Eine **Aufrechnungsmöglichkeit** solle nach dieser Ansicht vielmehr nur sehr **eingeschränkt** bestehen, und zwar **nur im Hinblick auf jene Teilforderung des Insolvenzschuldners, die aus der teilweisen Erfüllung des Werkvertrags vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens resultiert**. Allfällige Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüche aus nach der Verfahrenseröffnung von Insolvenzverwaltern erbrachten Leistungen sind ohnedies Masseforderungen.

ME ist dieser Ansicht **zu folgen**. **Das ergibt sich nicht nur aus dem** Grundgedanken der §§ 21 und 20 Abs 1 IO, sondern folgt zudem daraus, dass auch

67 *Schubert in Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze §§ 19, 20 KO Rz 49 aE mwN.

68 Etwa *Nunner-Krautgasser/Pateter*, Die Neuregelungen über Verträge im österreichischen Insolvenzrecht, ZInsO 2011, 2068 (2074); *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 278; *Widhalm-Budak in Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze (26. Lfg, 2007) § 21 KO Rz 159.

69 *Gamerith in Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht I⁴ § 21 KO Rz 14; *Widhalm-Budak in Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 21 KO Rz 156.

70 Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2010, BGBl I 2010/29.

71 *Schubert in Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze §§ 19, 20 KO Rz 49.

72 *Gamerith in Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht I⁴ § 20 KO Rz 5.

der **Erfüllungswahl eine gewisse rechtsgestaltende Wirkung** zukommt: Sie bewirkt nämlich nach der Systematik des § 21 IO, dass der Vertragspartner dadurch grundsätzlich in die Gruppe der Massegläubiger „aufrückt“.⁷³ Mit dieser doch vorhandenen Rechtsgestaltung ist nach österreichischem Recht zwar keine regelrechte Neubegründung des Anspruchs, aber wohl doch eine gewisse **Diskontinuität gegenüber der Rechtslage vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens** verbunden. Die gesamtheitliche Einstufung der Ansprüche des Werkbestellers als aufrechenbare bedingte Insolvenzforderungen ist damit nicht gut vereinbar. Insgesamt ist daher der Ansicht zu folgen, dass eine **Aufrechnungsmöglichkeit nur im Hinblick auf jene Teilforderung des Insolvenzschuldners besteht, die aus der teilweisen Erfüllung des Werkvertrags vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens resultiert.**

Mit diesem Ergebnis wird auch eine gewisse Harmonie zur Aufrechnung bei **Dauerschuldverhältnissen** (insb bei **Bestand- und Arbeitsverhältnissen**) hergestellt: Auch bei diesen könnte man an sich vertreten, dass das Rechtsgeschehen, aus dem die einzelnen Ansprüche entfließen (also der Bestand- bzw Arbeitsvertrag als solcher), aus der Zeit vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens stammt und dass daher die daraus entspringenden Ansprüche (betagte bzw bedingte) und somit der Aufrechnung unterliegende Forderungen seien. Solches ist aber abzulehnen: *Fenyves* meint hier zutr, dass Dauerschuldverhältnisse, die stets neue Leistungspflichten hervorrufen und fortdauernd erfüllt werden, nicht als bereits bestehende, nur noch nicht fällige Verbindlichkeiten angesehen werden können;⁷⁴ das va unter dem Aspekt, dass ihre **zukünftige Entwicklung noch völlig unsicher** ist. Der Aspekt der Unsicherheit lässt sich freilich ebenso (und umso mehr) bei den bedingten Forderungen ins Treffen führen. Ausschlaggebend ist auch hier der **Schutz der Masse**: Dieser gebietet es, nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens anfallende Forderungen aus Dauerschuldverhältnissen als erst nach der Verfahrenseröffnung begründet zu behandeln. Das ist insofern systemkonform, als die Masse in Dauerschuldverhältnisse mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens automatisch eintritt und ihr daher auch die ungeschmälerete Gegenleistung zukommen soll. Die hA lehnt daher zutr eine Anwendung des § 19 Abs 2 IO (der §§ 14 und 15 IO für die Aufrechnung für anwendbar erklärt) für Bestand- und Arbeitsverhältnisse ab.⁷⁵ Vielmehr wird hier gemeinhin davon ausgegangen, dass die aus den genannten Dauerschuldverhältnissen entspringenden Ansprüche nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens jeweils neu begründet werden. Daher kann zB ein Mieter des Insolvenzschuldners nicht mit seiner Insolvenzforderung gegen nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens fällig gewordene Mietzinsforderungen der Masse aufrechnen.

Im Ergebnis ist also sowohl bei den Dauerschuldverhältnissen als auch bei **bedingten Ansprüchen aus Zielschuldverhältnissen (insb bei Werklohnansprüchen)** der entscheidende Gesichtspunkt, dass der **Masse jedenfalls die ungeschmälerete Gegenleistung aus von ihr zu erfüllenden Verträgen zukommen** soll. In beiden Fällen kommt es damit zu einem gewissen „**Splitting**“, nach dem nur die für Leistungen des Insolvenzschuldners vor der Eröffnung des

73 *Gamerith in Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzzrecht I⁴ § 21 KO Rz 14; *Widhalm-Budak in Konecny/Schubert*, Insolvenzzgesetz § 21 KO Rz 156.

74 *Fenyves*, Erbenhaftung und Dauerschuldverhältnis (1982) 125 ff.

75 Vgl etwa *Gamerith in Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzzrecht I⁴ § 19 KO Rz 9; *Schubert in Konecny/Schubert*, Insolvenzzgesetz §§ 19, 20 KO Rz 34.

Insolvenzverfahrens zustehende Forderungen bzw Teilforderungen der Aufrechnung unterliegen.

B. Einschränkungen der Aufrechnungsbefugnis

1. Allgemeines

Es gibt zahlreiche Einschränkungen der Aufrechnungsmöglichkeit im Insolvenzverfahren. Diese sind in § 20 IO geregelt und sollen verhindern, dass einzelne Gläubiger gegen einen bereits materiell insolventen Schuldner Forderungen erwerben, um sich vor den übrigen Gläubigern Vorteile zu verschaffen. Es geht darum, „die ‚künstliche‘ oder gar dolose Herbeiführung von Aufrechnungslagen“ zu verhindern,⁷⁶ also iW um die **Wahrung des Paritätsprinzips** im Insolvenzverfahren.⁷⁷

Die Aufrechnung ist danach in mehrerer Hinsicht gegenüber dem allgemeinen Zivilrecht erschwert:

Erstens **genügt die Aufrechenbarkeit im Zeitpunkt der Abgabe der Aufrechnungserklärung nicht**, diese muss vielmehr schon im Zeitpunkt der **Eröffnung des Insolvenzverfahrens** vorgelegen haben (§ 20 Abs 1 IO). Eine Aufrechnung kommt also nicht in Betracht, wenn Haupt- oder Gegenforderung erst durch die oder nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens begründet werden.⁷⁸

Daher kommt eine Aufrechnung nicht in Frage, wenn ein **Insolvenzgläubiger erst nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens Schuldner der Masse** wird (§ 20 Abs 1 S 1 F 1 IO),⁷⁹ etwa indem er Sachen aus der Masse erwirbt oder Masseobjekte in Bestand nimmt. Ob der Erwerb rechtsgeschäftlich, im Wege der Gesamtrechtsnachfolge oder auch durch exekutiven Erwerb erfolgt ist, ist hierfür ohne Belang.⁸⁰ Erwirbt die Masse die **Forderung eines Dritten** gegen den Insolvenzgläubiger, so kommt grundsätzlich auch keine Aufrechnung in Betracht. Anderes gilt allerdings dann, wenn der Dritte aufrechnungsberechtigt war; die Aufrechnungsmöglichkeit muss dann ungeachtet des Forderungsübergangs erhalten bleiben.

Andererseits kommt eine Aufrechnung aber auch dann nicht in Frage, wenn die **Gegenforderung gegen den Insolvenzschuldner erst nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens erworben** wird (§ 20 Abs 1 S 1 F 2 IO).

Die (Gegen-)Forderung, mit der aufgerechnet werden soll, darf außerdem nicht erst **durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens entstanden** sein.⁸¹

Gerade die Tragweite dieser Aufrechnungsbeschränkungen wird freilich durch die vorhin erwähnte **weitgehende Annahme bedingter Forderungen** ziemlich gemindert,⁸² denn bei bedingten Forderungen kommt der Aufrechnungsausschluss des § 20 Abs 1 IO gerade nicht zum Tragen. Das betrifft nicht nur die

76 König, Anfechtung⁵ Rz 14/4.

77 Schubert in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze §§ 19, 20 KO Rz 20.

78 RIS-Justiz RS0054332.

79 RIS-Justiz RS0113488.

80 Schubert in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze §§ 19, 20 KO Rz 28.

81 Schubert in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze §§ 19, 20 KO Rz 22; OGH 17.06.1980, 4 Ob 139/79; RIS-Justiz RS0064363.

82 Gamerith in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I⁴ § 20 KO Rz 3.

besprochenen **Werklohnforderungen**, sondern etwa auch **Forderungen aus Kaufverträgen**.⁸³

2. Gesellschaftsrechtliche Abfindungsansprüche

Umstr ist die Rechtslage va bei einer weiteren Anspruchskategorie, nämlich bei den durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens ausgelösten **gesellschaftsrechtlichen Abfindungsansprüchen**: Hier ist zunächst zu betonen, dass seit der Schaffung der §§ 25a und 25b Abs 2 IO str ist, ob an die Insolvenz geknüpfte vertragliche Aufgriffsrechte in Gesellschaftsverträgen überhaupt noch wirksam vereinbart bzw ausgeübt werden können.⁸⁴ Unter der Annahme, dass dies weiterhin der Fall ist, muss gefragt werden, ob es sich bei solchen Abfindungsansprüchen um bedingte Forderungen handelt oder nicht.⁸⁵

Die (noch zur alten Rechtslage vorgebrachte) Argumentation läuft hier allerdings bemerkenswerter Weise völlig konträr zu den Werklohnansprüchen: Der **OGH**⁸⁶ verneint nämlich in stRsp das Vorliegen bedingter Forderungen und beruft sich (für die KG, die GesBR und für die Genossenschaft) darauf, dass der **Abfindungsanspruch** des Insolvenzschuldners **erst im Zeitpunkt des Ausscheidens des Insolvenzschuldners** (also mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens) **entsteht**. Zwar entspringe der Anspruch aus dem Gesellschaftsvertrag, er entstehe jedoch erst durch das einseitige Ausscheiden. Daher könne der Gesellschafter den Anspruch vor Feststellung der Abfindung auch nicht zur Aufrechnung verwenden.

Dem hält *König* zu Recht die gegenteilige Sichtweise (auch) der Rsp zu den Regressforderungen der Bürgen entgegen. Zutr verweist er darauf, dass bei richtiger Sicht auch bei den gesellschaftsrechtlichen Abfindungsansprüchen gelten muss, dass diese bereits mit dem Abschluss des Gesellschaftsvertrags (also vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens) in ihrem Kern begründet vorhanden, wenn auch noch bedingt sind.⁸⁷ Daher ist seiner Ansicht nach eine Aufrechnung möglich. Der OGH hat sich dem in der Entscheidung 8 Ob 16/94 – allerdings in einer etwas modifizierten Fallkonstellation – angeschlossen.⁸⁸

Eine jüngere Entscheidung (**8 Ob 117/07z**) setzt allerdings die Linie der stRsp nahtlos fort.⁸⁹ Darin ging es um den Abfindungsanspruch eines ausscheidenden Genossenschafters, und auch hier vertrat der OGH, dass es sich um einen ge-

83 *Gamerith* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht I⁴ § 20 KO Rz 8 ff.

84 Das hängt insb mit der Frage zusammen, ob §§ 25a und 25b Abs 2 IO auf mehrseitige Verträge anwendbar sein sollen; vgl etwa *Taufner*, Gesellschaftsvertragliche Ausschluss- und Aufgriffsrechte nach dem IRÄG 2010, GesRZ 2011, 157; *Umlauf*, Gesellschaftsvertragliche Aufgriffsrechte in der Insolvenz des Gesellschafters, NZ 2012, 289.

85 Bejahend *König*, Aufrechnung mit dem gesellschaftsrechtlichen Abfindungsanspruch im Konkurs des Gesellschafters, wbl 1987, 52; OGH 09.02.1995, 8 Ob 16/94 SZ 68/28; verneinend *Dullinger*, Handbuch 328; OGH 08.09.1983, 6 Ob 621/83 SZ 56/128; 15.10.1986, 3 Ob 504/86 wbl 1987, 65; vgl *Gamerith* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht I⁴ § 20 KO Rz 12; *Schubert* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze §§ 19, 20 KO Rz 51.

86 RIS-Justiz RS0061727.

87 *König*, wbl 1987, 52.

88 OGH 09.02.1995, 8 Ob 16/94 SZ 68/28.

89 RIS-Justiz RS0061727.

setzlichen Anspruch handle, der zwar dem Gesellschaftsvertrag entspringe, aber erst durch das einseitige Ausscheiden des Gesellschafters entstehe. Nur der Zeitpunkt der Fälligkeit des Anspruchs wurde in einer jüngeren Entscheidung (**6 Ob 39/10v**)⁹⁰ ausdrücklich offengelassen; diese betraf aber nicht die Aufrechnung in der Insolvenz.

3. Forderungserwerb in der Krise des Schuldners

Sehr eingeschränkt ist die Aufrechnung auch beim **Forderungserwerb in der Krise des Schuldners** (§ 20 Abs 1 letzter S, § 20 Abs 2 IO):

Demnach besteht keine Aufrechnungsbefugnis, wenn die **Gegenforderung zwar vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens, aber in Kenntnis oder schuldhafter Unkenntnis der materiellen Insolvenz** erworben wurde. Betroffen ist nach dem Gesetzeswortlaut nur der Fall, dass jemand, der bereits **Schuldner des späteren Insolvenzschuldners** ist, in der Krise (aber noch vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens) eine Gegenforderung gegen den Insolvenzschuldner erwirbt.⁹¹ Das kommt etwa auch deutlich in der Entscheidung **3 Ob 183/09x** zum Ausdruck.⁹² Die Aufrechnungslage ist hier mit dem Erwerb der Forderung und der Aufrechenbarkeit der Forderungen gegeben. § 20 Abs 1 F 3 IO ergänzt hier, wie insb *Rebernig*⁹³ anschaulich aufzeigt, das Anfechtungsrecht, denn mangels Gläubigerdeckung würde das Anfechtungsrecht allein in solchen Fällen keine Abhilfe schaffen. Der umgekehrte Fall, dass **zuerst die Gläubigerposition** erworben und danach ein Deckungsfonds in Form von Aufrechnungspotential geschaffen wird, unterliegt hingegen nicht § 20 IO, sondern nur der **Anfechtung**.⁹⁴ Hier kommt also das Wechselspiel dieser Normengruppen besonders deutlich zum Ausdruck.

Von diesem Aufrechnungsverbot bestehen allerdings **Ausnahmen** (die sich allerdings nur auf den Erwerb einer Gegenforderung durch einen Schuldner der Masse beziehen):⁹⁵ Zulässig ist die Aufrechnung zum einen, wenn die **Gegenforderung früher als sechs Monate vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens erworben** wurde (§ 20 Abs 2 F 1 IO). Zum anderen kann aufgerechnet werden, wenn eine **Verpflichtung zur Übernahme der Gegenforderung** bestand und der Erwerber beim Eingehen dieser Verpflichtung von der materiellen Insolvenz weder Kenntnis hatte noch Kenntnis haben musste (§ 20 Abs 2 F 2 IO).

Eine gegen § 20 IO verstößende Aufrechnung hat **keine Wirkung**;⁹⁶ die betreffenden Forderungen bleiben also als solche bestehen.

Eine Änderung der insolvenzrechtlichen Aufrechnungsbestimmungen durch **Parteienvereinbarung** ist unwirksam. Der Insolvenzschuldner kann nicht entgegen den insolvenzrechtlichen Aufrechnungsbestimmungen die Aufrechenbarkeit auch

90 OGH 01.09.2010, 6 Ob 39/10v GesRZ 2011, 35 (*Artmann*); RIS-Justiz RS0061727 (T 5).

91 *Dullinger*, Handbuch 333 ff; *Schubert* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze §§ 19, 20 KO Rz 54.

92 OGH 30.09.2009, 3 Ob 183/09x ecolex 2010/17 = ÖBA 2010/1605 = RdW 2010/76 = ZIK 2010/91.

93 *Rebernig*, Konkursanfechtung der Aufrechnung, ZIK 1998, 185 (186).

94 Vgl *Dullinger*, Handbuch 335.

95 *Gamerith* in *Bartschl/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht I⁴ § 20 KO Rz 27.

96 OGH 14.01.1982, 7 Ob 807/81 SZ 55/3.

in Fällen herbeiführen, in denen die Gegenseitigkeit nicht zum maßgeblichen Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung vorhanden war.⁹⁷

4. Grenzen der Aufrechnungsschranken

Eine weitere Frage zu den Aufrechnungsbeschränkungen des § 20 IO ist, wie lange und wem gegenüber diese überhaupt wirken, wo also die **Grenzen der Aufrechnungsschranken des § 20 IO** liegen.

Eher unproblematisch sind hier zunächst die **zeitlichen Grenzen** der Aufrechnungsschranken: § 20 IO greift – seinem Zweck entsprechend – **nur während der Dauer des Insolvenzverfahrens** ein, dh er gilt ab der Eröffnung des Insolvenzverfahrens, und sein Regime endet mit der rechtskräftigen Verfahrensaufhebung.⁹⁸ Danach kann sich weder der Schuldner auf die insolvenzspezifischen Aufrechnungsbeschränkungen noch der Gläubiger auf die Erweiterung der Aufrechnung in der Insolvenz berufen. Dieser Fall ist allerdings deswegen wenig praxisrelevant, weil Insolvenzverwalter Forderungen der Masse grundsätzlich geltend machen (müssen) und die Aufrechnungslage daher idR nicht das Insolvenzverfahren überdauert.

Interessant ist idZ eine **Entscheidung des LG Feldkirch**⁹⁹, wonach die **Schranken** des § 20 IO auch im **Abschöpfungsverfahren weiterwirken**: Im Anlassfall entschied das LG Feldkirch völlig zutr, dass eine Aufrechnung einer Forderung eines Insolvenzgläubigers, der erst nach Eröffnung des Schuldenregulierungsverfahrens Schuldner des Insolvenzschuldners wurde, mit einer von ihm im Schuldenregulierungsverfahren angemeldeten und nicht bestrittenen Forderung während des laufenden Abschöpfungsverfahrens auch nach rechtskräftiger Aufhebung des Insolvenzverfahrens unzulässig ist.

Interessant sind auch die **persönlichen Grenzen** der Aufrechnungsbeschränkungen: Fraglich ist va, ob die Aufrechnungsschranken nur das **Verhältnis zwischen dem Aufrechnungsberechtigten und** (dem Insolvenzschuldner bzw) **dem Insolvenzverwalter** betreffen, oder ob bei einem Forderungsübergang auf einen Dritten auch der **Erwerber der Forderung (Zessionar) von den Aufrechnungsschranken betroffen** ist.

Dazu hat der 2. Senat des OGH in seiner Entscheidung **2 Ob 2/07v**¹⁰⁰ judiziert, dass die Rechtsstellung des Schuldners durch eine Zession weder verbessert noch verschlechtert werden darf.¹⁰¹ Ausgehend davon bejahte er eine Weiterwirkung der Aufrechnungsschranken des § 20 IO auch nach Forderungsverkauf durch den Insolvenzverwalter. Das Verbot der Verbesserung bzw Verschlechterung der Rechtsposition durch Zession iZm der Aufrechnung in der Insolvenz hat im Übrigen auch der 8. Senat in seiner Entscheidung **8 Ob 82/09f**¹⁰² wieder explizit hervorgehoben.

97 *Gamerith in Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht I⁴ § 20 KO Rz 2.

98 *Schubert in Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze §§ 19, 20 KO Rz 14.

99 LG Feldkirch 19.09.2012, 3 R 232/12h ZIK 2012/328; RIS-Justiz RFE0100016.

100 OGH 18.06.2007, 2 Ob 2/07v RdW 2007/574 = ZIK 2007/163.

101 RIS-Justiz RS0032793.

102 OGH 22.04.2010, 8 Ob 82/09f ecolex 2010/342 = ZIK 2011/98.

VI. Aufrechnung und Schuldbefreiung

A. Meinungsstand und Judikatur

Eine besondere insolvenzspezifische Problematik ergibt sich iZm der Frage nach dem **Verhältnis zwischen Aufrechnung und Schuldbefreiung**. Grundsätzlich gilt, dass die Eröffnung des Insolvenzverfahrens eine bestehende Aufrechnungsmöglichkeit nicht tangiert. Auch eine **Schuldbefreiung** berührt die **Aufrechnungsmöglichkeit als solche** nicht.¹⁰³

Umstr sind allerdings die **Auswirkungen einer Schuldbefreiung auf den Umfang der Aufrechnungsmöglichkeit**. Diskutiert wurde die Frage insb iZm den Auswirkungen der Bestätigung eines **Zwangsausgleichs** bzw **Ausgleichs** auf die Rechtsstellung eines aufrechnungsberechtigten (Insolvenz-)Gläubigers; entsprechendes gilt nach der neuen Rechtslage freilich für die Schuldbefreiung mit **Sanierungsplan** nach der IO. Das Rechtsproblem ist aber für die übrigen Schuldbefreiungsvarianten (also den **Zahlungsplan** und die **Restschuldbefreiung im Abschöpfungsverfahren**) gleichermaßen bedeutsam.

Klarheit besteht hier nur für den Fall, dass der Gläubiger bereits **vor einer Schuldbefreiung**, etwa infolge einer rechtskräftigen Bestätigung eines Sanierungsplans, **die Aufrechnung erklärt**: Die Wirkungen einer Schuldbefreiung können seine Rechtsstellung dann nicht (mehr) beeinträchtigen.

Die heiklere Frage lautet jedoch, ob die Aufrechnung **jedenfalls vor** einer rechtskräftigen Entscheidung über die Schuldbefreiung **erklärt werden muss**, damit der Inhaber der Gegenforderung noch mit dem **vollen Forderungsbetrag** aufrechnen kann, und ob das Unterlassen der Aufrechnung bis zu diesem Zeitpunkt notwendigerweise eine **Kürzung der Aufrechnungsbefugnis auf die zu zahlende Quote** mit sich bringt.¹⁰⁴

Die **Rsp** zu dieser Frage ist uneinheitlich; vielmehr kann man eher von zwei völlig **gegensätzlichen, aufeinander nur unzulänglich Bezug nehmenden Judikaturlinien** sprechen.¹⁰⁵

Nach dem weitaus **überwiegenden Teil der Judikatur**¹⁰⁶ muss der Gläubiger die gesetzliche Aufrechnungsmöglichkeit iSd §§ 19 f IO **vor der Schuldbefreiung** – also insb noch während des Sanierungsplanverfahrens – wahrnehmen, widrigenfalls er nach der Verfahrensbeendigung **nur mehr mit der Quote seiner Forderung aufrechnen** kann. Dahinter steht der Grundsatz, dass die Wirkungen einer Schuldbefreiung, insb eines Sanierungsplans, prinzipiell (auch) die Aufrechnungsbefugnis betreffen. Abweichendes (also ein Weiterbestehen der vollen Aufrechnungsmöglichkeit) wird nur für den Fall vertreten, dass die **Erklärung der Aufrechnung während des Sanierungsplanverfahrens nicht möglich** ist.¹⁰⁷

103 Vgl statt vieler *Schubert* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze §§ 19, 20 KO Rz 3.

104 Ausführlich und mwN *Lovrek* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze (31. Lfg, 2008) § 156 KO Rz 56 ff; vgl auch *Gamerith* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht I⁴ § 19 KO Rz 19.

105 Vgl *Nunner-Krautgasser*, Aufrechnung und Zwangsausgleich, ZIK 2009, 4.

106 RIS-Justiz RS0051601; siehe va OGH 11.07.2008, 3 Ob 82/08t ZIK 2009/41.

107 So etwa OGH 03.12.1958, 5 Ob 404/58 SZ 31/149; 19.03.1963, 8 Ob 44/63 SZ 36/40 = JBI 1963, 530 = RZ 1963/109; 23.03.1988, 2 Ob 630/87 EvBl 1989/8; RIS-Justiz RS0051601.

Es gibt allerdings auch **gegenteilige Judikatur**: Diese ist – va was die ältere Rsp angeht – erheblich weniger klar fassbar, zumal **abweichende Stellungnahmen häufig als obiter dicta** getroffen wurden. Gleichwohl kristallisiert sich hier folgende Gegenposition heraus, die in jüngerer Zeit in erster Linie der 7. Senat vertreten hat:¹⁰⁸ Die Schuldbefreiung soll die **Aufrechnungsbefugnis** eines Insolvenzgläubigers demnach auch dann **unberührt** lassen, wenn während des Insolvenzverfahrens eine Aufrechnung zwar möglich war, aber nicht erklärt wurde. Diese Rechtsansicht wurde zuerst va mit der angeblichen – in der neueren Lehre allerdings zunehmend abgelehnten¹⁰⁹ – **Rückwirkung** der Aufrechnung begründet.¹¹⁰ Vom (Zwangs-)Ausgleich (nunmehr: Sanierungsplan) könne nämlich nur der im Zeitpunkt seines Abschlusses noch nicht getilgte Forderungsteil betroffen sein. ZT wurde auch vorgebracht, der Aufrechnungsberechtigte habe eine **ähnliche Stellung wie ein Absonderungsgläubiger** und sei daher von einem Nachlass im (Zwangs-)Ausgleich (nunmehr Sanierungsplan) ausgeschlossen.¹¹¹ Das entspricht iW auch der deutschen Rechtslage (§ 215 dBGB).¹¹² In der neueren österreichischen Judikatur wird insoweit verstärkt auf den **Sicherungszweck** der Aufrechnung verwiesen.¹¹³ Dieser werde konterkariert, wollte man für die volle Aufrechnungsbefugnis eine rechtzeitige Aufrechnungserklärung verlangen: Der Gläubiger müsste sich dann nämlich sehr wohl am Insolvenzverfahren beteiligen; § 19 IO würde dadurch zu einer inhaltsleeren Bestimmung.

Die gegensätzlichen Auffassungen in der Judikatur spiegeln die **Spaltung in der Lehre** wider: Während ein Teil der Lehre für eine **Beschränkung der Aufrechnungsbefugnis** durch die Schuldbefreiung auf die Quote eintritt,¹¹⁴ will ein anderer Teil der Lehre auch danach die **volle Aufrechnungsmöglichkeit** gewähren.¹¹⁵ Für Letzteres wird – va in der neueren Lehre – weniger das tradierte Rückwirkungsargument als der zentrale **Sicherungszweck** der Aufrechnung – also iW die **pfandrechtsähnliche Wirkung** der Aufrechnungsbefugnis und die **Schutzwürdigkeit** dieser gesicherten Rechtsposition – ins Treffen geführt.

108 OGH 24.09.2008, 7 Ob 118/08s EvBI 2009/46 (*Konecny*); RIS-Justiz RS0051601 (T 3).

109 Vgl P. *Bydliński*, Die Aufrechnung: Verjährung, Rückwirkung und § 414 Abs 3 HGB, RdW 1993, 238 f; *Dullinger* in *Rummel*, ABGB II/1³ § 1439 Rz 12 mwN.

110 OGH 26.01.1971, 8 Ob 1/71 SZ 44/7; 25.11.1998, 3 Ob 76/97s JBI 1999, 815 (*Dullinger*) = ZIK 1999, 96.

111 OGH 25.02.1975, 3 Ob 242/74 = EvBI 1975/248.

112 Vgl etwa *Grothe* in *Säcker/Rixecker* (Hrsg), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch I⁶ (2012) § 215 Rz 1.

113 OGH 24.09.2008, 7 Ob 118/08s EvBI 2009/46 (*Konecny*).

114 *Bartsch/Pollak*, Konkursordnung II³ (1937) 435; *Buchegger*, Die Ausgleichserfüllung (1988) 79 f; *Heidinger* in *Schwimmann* (Hrsg), Praxiskommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch VII³ (1997) § 1439 Rz 16; *Lovrek* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetz § 156 KO Rz 58 f; *Nunner-Krautgasser*, ZIK 2009, 4; *Rummel* in *Rummel*, ABGB II² § 1439 Rz 11; *Wegan*, Insolvenzrecht 226.

115 *Dullinger*, Handbuch 312 f; *dies* in *Rummel*, ABGB II/1³ § 1439 Rz 12; *Gamerith* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht I⁴ § 19 KO Rz 18; *Griss* in *Kozioll/Bydliński/Bollenberger*, ABGB³ § 1439 Rz 5; G. *Kodek*, Ausgewählte Fragen des Zwangsausgleichs, in *Konecny* (Hrsg), Insolvenz-Forum 2004 (2005) 105 ff; *Lehmann*, Kommentar zur österreichischen Konkurs-, Ausgleichs- und Anfechtungsordnung I (1916) 125; *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 478; *Reiterer*, Die Aufrechnung (1976) 24 ff; *Schubert* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetz §§ 19, 20 KO Rz 13.

Für die Praxis sind diese Meinungsdivergenzen überaus unangenehm, va weil die konträren Judikaturlinien einzelner Senate des OGH für **Rechtsunsicherheit** sorgen.¹¹⁶ Nach wie vor ist es daher jedenfalls ratsam, eine bestehende **Aufrechnungsbefugnis iSd § 19 IO vor einer Schuldbefreiung auszuüben**; auf diese Weise wird die Aufrechnungsmöglichkeit mit dem vollen Forderungsbetrag sicher gewahrt. Es bleibt zu hoffen, dass sich der OGH künftig (ggf im Wege eines verstärkten Senats) auf eine einheitliche Judikaturlinie festlegt.

B. Stellungnahme

Was zunächst die (angebliche) **Rückwirkung** der Aufrechnung, die für ein Weiterbestehen der vollen Aufrechnungsbefugnis oft ins Treffen geführt wird, angeht, räumen selbst Vertreter der (umstr) Rückwirkungsthese ein, dass die Aufrechnungsvoraussetzungen im Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung (nach wie vor) gegeben sein müssen.¹¹⁷ Das ist allerdings für die Lösung der Ausgangsfrage gar nicht entscheidend:¹¹⁸ Eine allfällige **Rückwirkung** wird nämlich **erst durch die tatsächliche Erklärung der Aufrechnung ausgelöst** (vgl oben, Abschnitt VI.A., Seite 181); diese erfolgt in der hier interessierenden Fallkonstellation jedoch **erst nach der Schuldbefreiung** – also insb nach der rechtskräftigen Bestätigung eines Sanierungsplans – und damit nach dem Eintritt seiner Wirkungen.¹¹⁹ Die spätere Aufrechnungserklärung könnte daher allenfalls ein Herabsinken des die Quote übersteigenden Teils der Gegenforderung zu einer Naturalobligation wieder rückgängig machen. Die Rückwirkung hat daher wohl Bedeutung für den Zeitpunkt des Eintritts der Tilgungswirkung, nicht hingegen für das Ausmaß der Aufrechnungsbefugnis.

Die (vorgelagerte) Kernfrage lautet mithin, ob die Wirkungen einer Schuldbefreiung, insb eines Sanierungsplans, die Rechtsposition eines aufrechnungsberechtigten Gläubigers überhaupt betreffen können. Hier ist zu beachten, dass dem Aufrechnungsberechtigten im Insolvenzverfahren eine – der Rechtsposition eines absonderungsberechtigten Insolvenzgläubigers insoweit vergleichbare – **Doppelstellung** zukommt: Er ist zum einen **Aufrechnungsberechtigter** und muss daher seine Forderung – soweit Deckung vorliegt – nicht iSd §§ 102 ff IO anmelden. Zum anderen ist er auch **Insolvenzgläubiger**, was für die Anmeldung eines allfälligen Ausfalls im Insolvenzverfahren relevant ist. Nun spricht freilich schon die **Qualifikation der Gegenforderung als Insolvenzforderung** dafür, dass diese trotz bestehender Aufrechnungslage von den Wirkungen der Schuldbefreiung erfasst und damit nach zutr hA¹²⁰ zT zur **Naturalobligation** wird. Eine Aufrechnung mit einer Naturalobligation wird aber von der hM¹²¹ wie erwähnt

116 Krit auch *Fruhstorfer*, Rechtsunsicherheiten bei Aufrechnungen (*Der Standard* 13.04.2011).

117 Vgl *Dullinger*, Anm zu OGH 25.11.1998, 3 Ob 76/97s, JBI 1999, 815; vgl auch *Lovrek* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 156 KO Rz 58.

118 So auch G. *Kodek* in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2004, 106; *Lovrek* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 156 KO Rz 58.

119 Siehe dazu *Reiterer*, Aufrechnung 25. Die spätere Aufrechnungserklärung könnte daher allenfalls ein Herabsinken des die Quote übersteigenden Teils der Gegenforderung zur Naturalobligation wieder rückgängig machen.

120 Statt vieler *Lovrek* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 156 KO Rz 49 ff; *Nunner-Krautgasser*, Schuld 44 f.

121 *Dullinger*, Handbuch 284 f; *dies* in *Rummel*, ABGB II/1³ § 1438 Rz 4; G. *Kodek* in

zutr abgelehnt, weil die Aufrechnung – als (außergerichtlicher) Zwang – eine „vollwertige“ Gegenforderung erfordert, es im Fall einer Naturalobligation aber gerade an dem für die Durchsetzung essentiellen Element der Vermögenshaftung mangelt.¹²²

Das Weiterbestehen der vollen Aufrechnungsbefugnis ließe sich uU damit begründen, dass die Aufrechnungsbefugnis wegen ihres **pfandrechtsähnlichen Charakters** im Sanierungsplan gleich wie das Absonderungsrecht zu behandeln sei.¹²³ Dass die Stellung eines Aufrechnungsberechtigten und eines Absonderungsberechtigten einander zwar ähneln, aber keineswegs miteinander übereinstimmen, wurde zuvor bereits dargelegt (siehe oben, Abschnitt I., Seite 164). Gegen diese Deutung hat daher auch *Lovrek*¹²⁴ mit Recht eingewandt, dass die gesicherte Rechtsstellung der Absonderungsberechtigten im Zwangsausgleich (bzw nunmehr im Sanierungsplan) ausdrücklich geregelt ist (§ 149 Abs 1 IO). Für eine analoge Anwendung dieser Norm auf Aufrechnungsberechtigte **fehlt es me schon an einer Gesetzeslücke**: Für ein planwidriges „Übersehen“ der Aufrechnungsberechtigten in § 149 Abs 1 IO sind keine Anhaltspunkte ersichtlich. Gegen eine Analogie spricht auch der Umstand, dass – anders als beim Pfandrecht – die **Sicherung** zwar einen wesentlichen, aber doch nur **einen von mehreren Aufrechnungszwecken** (dazu oben, Abschnitt I., Seite 164) (und hierbei keineswegs den zentralen Zweck) darstellt. Auch die Bestimmung des § 150 Abs 2 IO, in der die Aufrechnungsberechtigten nicht von den Wirkungen eines Sanierungsplans ausgenommen sind, lassen eine Gleichbehandlung von Pfandrecht und Aufrechnungsbefugnis nicht als sachgerecht erscheinen.¹²⁵

Das Weiterbestehen der vollen Aufrechnungsbefugnis nach bestätigtem Sanierungsplan könnte nun auch mit **teleologischen Erwägungen** oder mit **Billigkeitsargumenten** untermauert werden. Das wirft die Frage nach dem Wesenskern der in § 19 Abs 1 IO umschriebenen Vorzugsstellung des aufrechnungsberechtigten Insolvenzgläubigers auf: Dieser besteht wie gesagt in der Befugnis, sich aus der Forderung des Insolvenzschuldners ohne Rücksicht auf andere Gläubiger zu befriedigen. Dem Gläubiger kommt deshalb aber **keine vom Vorgang der insolvenzrechtlichen Haftungsverwirklichung völlig abgekoppelte Rechtsposition** zu. IdS bezieht sich auch die Wendung des § 19 Abs 1 IO, wonach zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens aufrechenbare Forderungen im Insolvenzverfahren nicht geltend gemacht werden brauchen, lediglich auf die **insolvenzspezifische Forderungsdurchsetzung iSd §§ 102 ff IO**. Das ergibt sowohl die **systematische**¹²⁶ als auch die **historische Interpretation**: Die (inhaltlich iW übernommene)¹²⁷ Vorgängerbestimmung des § 20 S 1 CO 1868 sprach nämlich noch ausdrücklich davon, dass der Aufrechnung unterliegende Forde-

Konecny, Insolvenz-Forum 2004, 106. Die Frage der Aufrechnung mit verjährten Forderungen nimmt eine Sonderstellung ein, weil hier erst die Verjährungseinrede den Wegfall der Haftung und damit der Durchsetzbarkeit bewirkt (*Nunner-Krautgasser*, Schuld 46 ff).

122 *Nunner-Krautgasser*, Schuld 44 und 166.

123 IdS G. *Kodek* in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2004, 106 f.

124 *Lovrek* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 156 KO Rz 59.

125 Vgl *Rummel* in *Rummel*, ABGB II² § 1439 Rz 11; OGH 03.12.1958, 5 Ob 404/58 SZ 31/149.

126 *Lovrek* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 156 KO Rz 59.

127 Denkschrift zur Kaiserlichen Verordnung über die Einführung einer Konkursordnung, einer Ausgleichsordnung und einer Anfechtungsordnung (1925) 25.

rungen „keiner Anmeldung im Concourse“ bedürfen. Aus § 19 Abs 1 IO kann also keinesfalls überschießend gefolgert werden, der Aufrechnungsbefugte müsse sein Recht während des Insolvenzverfahrens überhaupt nicht entsprechend wahrnehmen bzw seine Stellung sei selbst im Fall mangelnder „Aktivierung“ seines Rechts im Insolvenzverfahren unberührbar.

Gerade Billigkeitserwägungen sprechen vielmehr dafür, vom Aufrechnungsberechtigten eine **rechtzeitige Betätigung seines Rechts** zu verlangen. Der bloße Sicherungszweck der Aufrechnung rechtfertigt den Schutz eines untätigen Gläubigers nicht: Es wäre im Gegenteil – gerade im Hinblick auf den ausgeprägten Sanierungscharakter des österreichischen Insolvenzverfahrens – höchst unbillig, wenn die Erfüllung eines Sanierungsplans bzw eines anderen Schuldbefreiungsinstruments durch später abgegebene Aufrechnungserklärungen noch vereitelt werden könnte.¹²⁸ Die insoweit zu bejahende Obliegenheit des Gläubigers, zur Wahrung seiner vollen Aufrechnungsbefugnis die entsprechende Erklärung bereits vor einer Schuldbefreiung – insb vor rechtskräftiger Bestätigung eines Sanierungsplans – abzugeben, ist ihm angesichts der öffentlichen Bekanntmachung der Verfahrenseröffnung als Erschwernis durchaus zumutbar.¹²⁹ Ähnliches gilt für die Aussage, es ginge nicht an, dass der Gläubiger entgegen § 19 Abs 1 IO doch zur Forderungsanmeldung genötigt wäre, um im Sanierungsplanverfahren mitstimmen (und die Beschränkung seiner Aufrechnungsmöglichkeit zu verhindern versuchen) zu können.¹³⁰ Der Aufrechnungsbefugte muss zur Wahrung seiner Rechtsposition seine (volle) Forderung keineswegs anmelden, sondern er hat lediglich auf die **rechtzeitige Abgabe der Aufrechnungserklärung** zu achten.

Im Ergebnis ist daher jene Ansicht zutr, wonach sich die Schuldbefreiung auf den Umfang der Aufrechnungsbefugnis auswirkt und eine **Beschränkung auf die jeweilige Quote** bewirkt.

VII. Aufrechnung und Masseforderungen

A. Allgemeines

Für die **Aufrechnung mit Masseforderungen** (zB Beiträge zur Sozialversicherung aus der Zeit nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens, der Entlohnungsanspruch des Verlassenschaftskurators in der Nachlassinsolvenz) gelten andere Regeln als für die Aufrechnung mit Insolvenzforderungen. Insb unterliegt die **Aufrechnung mit Masseforderungen gegen Forderungen der Masse** (auch aus einer erfolgreichen Anfechtung von Rechtshandlungen des Gläubigers) **keinen insolvenzrechtlichen Sonderbestimmungen**.¹³¹ Das ergibt sich zum

128 IdS auch *Rummel* in *Rummel*, ABGB II² § 1439 Rz 11; aA *Dullinger*, Handbuch 312; zu ähnlichen Wertungen bei § 113a IO vgl *Nunner-Krautgasser/Anzenberger*, DRdA 2013, 50 f.

129 So auch *Lovrek* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 156 KO Rz 59; siehe dort auch zum Sonderfall des § 156 Abs 6 KO; aA *Gamerith* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht I⁴ § 19 KO Rz 18.

130 So noch zum Zwangsausgleich *Lehmann*, Kommentar I 125; *Schubert* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze §§ 19, 20 KO Rz 13.

131 OGH 03.11.1981, 5 Ob 575/81 SZ 54/153 = JBl 1983, 199 (*Iro*); 31.05.1990, 8 Ob

einen aus dem **Wortlaut** des § 20 Abs 1 IO (der vom Schuldner der Insolvenzmasse bzw einer Forderung gegen den Insolvenzschuldner spricht). Va ergibt sich das aber aus dem **Zweck** des § 20 IO, der nur die **gleichmäßige Behandlung der Insolvenzgläubiger** sichern soll. Diese Norm zielt daher nicht auf Massegläubiger ab, die bei Fälligkeit ihrer Ansprüche vorweg (also nicht nach dem Paritätsprinzip) zu befriedigen sind (§§ 46, 47 IO).

Das hat etwa Relevanz für die Frage, inwieweit einem **vertraglichen Aufrechnungsverbot** im Insolvenzverfahren noch Bedeutung zukommt. Für die Insolvenzforderungen gilt (wie bereits erwähnt wurde) (vgl oben, Abschnitt III., Seite 167 f), dass vertragliche Aufrechnungsverbote in der Insolvenz nicht wirken und dass daher dennoch aufgerechnet werden kann. Bei Aufrechnung mit Masseforderungen ist ein **vertragliches Aufrechnungsverbot hingegen sehr wohl zu berücksichtigen**.¹³²

Für die Aufrechnung mit Masseforderungen gelten insgesamt die **allgemeinen Bestimmungen der §§ 1438 ff ABGB**.¹³³

Der Massegläubiger kann insoweit mit seiner Masseforderung gegen die gegen ihn gerichtete Forderung der Masse aufrechnen, ebenso aber auch umgekehrt der Masseverwalter mit der Forderung der Masse.¹³⁴ Da Massegläubiger vollständig zu befriedigen sind, können sie **sowohl gegen vor als auch gegen nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens begründete Forderungen der Masse aufrechnen**.¹³⁵

Bei **Abgabenforderungen als Masseforderungen** sind die Verrechnungsregeln der §§ 214 ff BAO anzuwenden.¹³⁶ Was die Zulässigkeit der Aufrechnung von Abgabenforderungen mit Forderungen der Masse betrifft (zB Rückzahlung eines Abgabenguthabens), so gehen die Bestimmungen der Insolvenzordnung den Bestimmungen der BAO vor.¹³⁷

B. Aufrechnung bei Masseunzulänglichkeit

Fraglich ist, ob eine **Masseunzulänglichkeit** die Aufrechnungsbefugnis zu beeinträchtigen geeignet ist. Zur alten Rechtslage (vor Einführung des § 124a IO) vertrat die **Rsp** die Ansicht, dass die Unzulänglichkeit der Masse zur Befriedigung aller Masseforderungen gleichen Rangs die Aufrechnung nicht beschränkt.¹³⁸

8/90 JBI 1991, 529 = NZ 1992, 67 = RdW 1991, 120; 11.10.1995, 8 Ob 10/93 ÖBA 1996, 487 = ZIK 1996, 97.

132 OGH 05.08.2003, 7 Ob 184/03i RdW 2004/77 = ZIK 2004/24.

133 OGH 11.10.1995, 8 Ob 10/93 ÖBA 1996, 487 = ZIK 1996, 97; OLG Wien 04.09.1996, 3 R 52/96 ZIK 1996, 209.

134 *Bartsch/Pollak*, Konkursordnung I³, 112 f; OGH 11.10.1995, 8 Ob 10/93 ÖBA 1996, 487 = ZIK 1996, 97.

135 OGH 11.10.1995, 8 Ob 10/93 ÖBA 1996, 487 = ZIK 1996, 97; OLG Wien 04.09.1996, 3 R 52/96 ZIK 1996, 209; vgl auch BGH 02.07.1959, VIII ZR 194/58 NJW 1959, 1874.

136 VwGH 08.10.1985, 85/14/0086 ÖJZ 1986, 573.

137 VwGH 30.09.1952, Z 1025/51 VwSIGNF 2659; 27.01.1981, ZI 14/0842/80 HS 13.405 = RZ 1981/59.

138 OGH 03.11.1981, 5 Ob 575/81 SZ 54/153 = JBI 1983, 199 (*Ira*); 02.12.1986, 2 Ob 639/85 SZ 59/213 = RdW 1987, 80; 31.05.1990, 8 Ob 8/90 JBI 1991, 529 = NZ 1992, 67 = RdW 1991, 120; *Bartsch/Pollak*, Konkursordnung I³, 112 f, 118, 290.

Dem schloss sich auch ein Teil der **Lehre** an: So meinten etwa *Bachmann*¹³⁹ und *Schubert*¹⁴⁰, gerade bei Masseunzulänglichkeit sei die in der Gegenforderung liegende Deckung für den Massegläubiger besonders wertvoll. Sie bewahre ihn in gleicher Weise wie den aufrechnungsbefugten Konkursgläubiger vor der bloß anteilsweisen Befriedigung seiner Forderung.¹⁴¹

In der **deutschen Lehre** vertrat allerdings *Uhlenbruck*¹⁴² schon während der Geltung der dKO die Auffassung, das Aufrechnungsverbot des § 55 Z 1 dKO (das § 20 Abs 1 KO entspricht) greife ein, wenn die Konkursmasse nicht ausreicht, um alle Massegläubiger vollständig zu befriedigen, und wenn der Konkursverwalter dies angezeigt habe. Entsprechendes wird auch für die Rechtslage nach der dInsO vertreten.¹⁴³

Auch in Österreich gab es bereits zur alten Rechtslage abweichende Auffassungen. So äußerte etwa *Müller*¹⁴⁴ bereits 1981 die Ansicht, dass die Aufrechnung mit einer Masseforderung dann unzulässig sei, wenn die Masse zur **Befriedigung aller Massegläubiger nicht ausreicht** und daher eine Aliquotierung (vgl § 47 Abs 2 IO) stattzufinden hat.

Nunmehr ist in Österreich (seit der InsNov 2002¹⁴⁵) die Bestimmung des **§ 124a KO** (nunmehr IO) zu berücksichtigen, in deren Gefolge bei Masseinsuffizienz hinsichtlich der Rechtsstellung der betroffenen Gläubiger – ähnlich wie seit jeher zwischen Konkurs- und Massegläubigern – zwischen den „**Altmassegläubigern**“ und den „**Neumassegläubigern**“ zu unterscheiden ist. „Altmassegläubiger“ sind dabei jene Massegläubiger, deren Forderungen vor dem Eintritt der Masseunzulänglichkeit entstanden sind, „Neumassegläubiger“ hingegen diejenigen mit erst danach begründeten Forderungen. Die Rechtsstellung der „Altmassegläubiger“ wurde nun zwar keineswegs vollständig, aber doch in weiten Teilen derjenigen der Insolvenzgläubiger angeglichen; man denke nur an Exekutionssperre oder Verteilungsentwurf. Eine ausdrückliche Aufrechnungsbeschränkung statuiert § 124a IO freilich nicht; auch gilt das Paritätsprinzip bei Masseunzulänglichkeit nur innerhalb der einzelnen Gläubigergruppen des § 47 Abs 2 IO.

Dennoch greift die **ratio des § 20 Abs 1 IO auch im Fall der Masseinsuffizienz** ein. Das ergibt sich *va* aus dem Zweck des § 47 Abs 2 und § 124a IO, eine **bestmögliche Restabwicklung im Interesse aller Beteiligten** zu gewährleisten.¹⁴⁶

Nach der neuen Rechtslage ist daher **§ 20 Abs 1 IO bei Masseunzulänglichkeit sinngemäß anzuwenden**; aufrechnungsbefugt sind daher nur jene Massegläubiger, hinsichtlich deren Forderungen die **Aufrechnungslage bereits im Zeitpunkt des Eintritts der Masseunzulänglichkeit bestanden** hat.¹⁴⁷

139 *Bachmann*, Befriedigung von Masseforderungen (1993) 123 f.

140 *Schubert* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze §§ 19, 20 KO Rz 17.

141 Vgl auch *Jaeger/Lent*, Konkursordnung I⁸ (1958) § 55 KO Rz 4.

142 *Kuhn/Uhlenbruck*, Konkursordnung¹¹ (1994) § 55 KO Rz 7g.

143 *Sinz* in *Uhlenbruck*, InsO¹³ § 94 Rz 72 f; *Uhlenbruck* in *Uhlenbruck*, InsO¹² (2003) § 94 Rz 4.

144 *Müller*, Probleme der Aufrechnung mit Konkurs- und Masseforderungen (1981) 97 ff.

145 Insolvenzrechts-Novelle 2002 (BGBl I 2002/75).

146 *G. Kodek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht IV⁴ (2006) § 124a KO Rz 21.

147 Ebenso *G. Kodek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht IV⁴ § 124a KO Rz 21.