

Haftungsrechtliche Unwirksamkeit infolge Insolvenzanfechtung und ihre Tragweite in der Insolvenz des Anfechtungsgegners

Bettina Nunner-Krautgasser

Die Frage nach der systematischen Einordnung der (Insolvenz-)Anfechtung ist ein Dauerbrenner der Insolvenzrechtsdogmatik. Die Behauptung mangelnder Praxisrelevanz der daraus ableitbaren Erkenntnisse erweist sich spätestens im Fall der Doppelin solvenz als verfehlt: Dann stellt sich nämlich die Frage, ob der anfechtende Insolvenzverwalter im Insolvenzverfahren des Anfechtungsgegners aussondern kann oder ob er sich in die Haftungsgemeinschaft der Insolvenzgläubiger einreihen muss. Der vorliegende Beitrag analysiert diese Thematik vor dem Hintergrund des in Österreich und Deutschland völlig divergierenden Meinungsstandes.

1. Problemstellung

Die seit jeher heftig umstrittene und unverändert aktuelle Frage nach der systematischen Einordnung und nach dem Wirkungsmechanismus der (Insolvenz-)Anfechtung gehört zweifellos zu den in dogmatischer Hinsicht reizvollsten Themen des Insolvenzrechts.¹ Im Brennpunkt der – va in Deutschland seit langer Zeit mit großem Enthusiasmus geführten – theoretischen Auseinandersetzung stehen bekanntlich die Qualifikation des Anfechtungsanspruchs und die Theorien zur Rechtsnatur der Insolvenzanfechtung. Entsprechend der üblichen Skepsis den Wert von Theorien betreffend gibt es freilich auch im gegebenen Zusammenhang eine starke Tendenz, den entbrannten Streit und die diversen Lösungsmodelle als *in praxi* wenig ergiebig abzustempeln.² Insoweit ist allerdings eine differenzierte Sichtweise geboten: Denn abgesehen davon, dass eine Theorie ganz allgemein schon dann wertvoll sein kann, wenn sie kohärente Ergebnisse für verschiedene, gerade auch praktisch wichtige Fragestellungen hervorbringt (und gleichzeitig komplizierte Umwege oder auf Fiktionen beruhende Konstruktionen entbehrlich macht), vermag der Streit um die „richtige“ Deutung des Anfechtungsrechts zentrale Rechtsfragen maßgeblich zu beeinflussen. Dazu zählt va die Frage nach der rechtlichen Qualifikation des Insolvenzanfechtungsanspruchs in der Insolvenz des Anfechtungsgegners, die sogar als die „eigentliche Bewährungsprobe der Anfechtungstheorien“ angesehen wird.³ Hat der Insolvenzanfechtungsanspruch in der Insolvenz des Anfechtungsgegners Haftungsriorität im Verhältnis zu den Ansprüchen der Eigengläubiger des Anfechtungsgegners oder ist er in die Haftungsgemeinschaft⁴ der einfachen Insolvenzgläubiger einzureihen?

Während diese Frage in Österreich in Rsp und Lehre seit Langem is einer einheitlichen Qualifikation als Insolvenzforderung beantwortet wird⁵ und eine vertiefende Diskussion man-

¹ Vgl dazu nur *Eckardt*, Anfechtung und Aussonderung, KTS 2005, 15 (15 f); *König*, Die Anfechtung nach der IO³ (2014) Rz 2/1 ff; *Spitzer*, Aussonderung nach Insolvenzanfechtung in Deutschland und Österreich, ZInsO 2012, 308 (309).

² Vgl etwa *Gerhardt*, Der IX. Senat des BGH auf dem Weg zur haftungsrechtlichen Anfechtungstheorie oder: „Wertungsfrage“ statt Dogmatik? ZIP 2004, 1675 (1676).

³ Vgl etwa *Henckel* in *Jaeger*, Konkursordnung⁹ (1990) § 37 Rz 64; *Eckardt*, KTS 2005, 17; *Thole*, Gläubigerschutz durch Insolvenzrecht, Anfechtung und verwandte Regelungsinstrumente in der Unternehmensinsolvenz (2010) 540; *Spitzer*, ZInsO 2012, 309.

⁴ Dazu und zur Kollision der Haftungsrechte in der Insolvenz s *Nunner-Krautgasser*, Schuld, Vermögenshaftung und Insolvenz (2007) 334 und 339.

⁵ OGH 3 Ob 310/79 SZ 52/193; 7 Ob 624/89 RdW 1990, 409; *Ehrenzweig*, Kommentar zur Anfechtungsordnung und zu den Anfechtungsnormen der Konkursordnung (1916) 509; *Bartsch* in *Bartsch/Pollak*, Konkurs-

gels Kontroverse durchwegs nicht stattfindet,⁶ hat sich in Deutschland im Jahr 2003 eine bemerkenswerte Judikaturwende⁷ ereignet, die der damals bereits überwiegenden dt Lehre Rechnung getragen hat.⁸ Vor dem Hintergrund der divergierenden Ansichten ist daher eine Überprüfung der in Österreich kaum hinterfragten⁹ Einordnung des Insolvenzanfechtungsanspruchs als bloße Insolvenzforderung angezeigt, wobei im gegebenen Zusammenhang va die anfechtbare Übertragung von Haftungsvermögen an Dritte interessiert. Die Untersuchung kann und darf sich methodisch freilich nicht (allein) auf Konstruktionsfragen der Insolvenzanfechtung stützen, sondern muss deren Funktion und insb die Interessen der betroffenen Gläubigergruppen gebührend berücksichtigen. Wertungen können ein dogmatisches Fundament allerdings nur stützen, nicht aber ersetzen.

2. Systematische Einordnung der Anfechtung

2.1. Allgemeines

Die zur systematischen Einordnung der Insolvenzanfechtung vertretenen Theorien beantworten (auch) die Frage nach der rechtlichen Qualifikation des Insolvenzanfechtungsanspruchs in der Insolvenz des Anfechtungsgegners völlig unterschiedlich. Vorauszuschicken ist, dass der gesamte Theorienstreit im Grund in einer unzulänglichen dogmatischen Aufarbeitung der (erst 1874 durch *Brinz*¹⁰ geprägten) Basiskategorien von Schuld und Haftung¹¹ wurzelt, die sich wiederum in einer nach wie vor kaum erfolgten gesetzlichen Umsetzung dieser Kategorien niederschlägt.¹² Zur Bewältigung der zahlreichen offenen Fragen hat sich daher eine Reihe von Denkansätzen herausgebildet, wobei die für insolvenzrechtliche (und anfechtungsrechtliche) Belange zentrale Abgrenzung von Schuld und Haftung erst recht spät in die Diskussion eingeflossen ist.

2.2. Dingliche Theorien

Von der modernen Lehre durchwegs abgelehnt¹³ werden die (in unterschiedlichen Ausprägungen vertretenen) älteren „dinglichen Theorien“¹⁴, deren gemeinsames Charakteristikum darin besteht, dass sie das der Anfechtung unterliegende Rechtsgeschäft als (umfassend) unwirk-

Ausgleichs-, Anfechtungsordnung, Einführungsverordnung und Geschäftsaufsichtsgesetz³ I (1937) 156; so im Ergebnis auch *Petschek/Reimer/Schiemer*, Das österreichische Insolvenzrecht (1973) 385 und 420; *Holzhammer*, Österreichisches Insolvenzrecht⁵ (1996) 98 f; *Rebernik* in *Konecny/Schubert*, Kommentar zu den Insolvenzgesetzen (22. Lfg; 2006) § 27 KO Rz 13 und 21 sowie (24. Lfg; 2006) § 39 KO Rz 73; *Konecny* in *Konecny/Schubert*, KO (1. Lfg; 1997) § 102 Rz 10; *König*, Anfechtung⁵ Rz 2/20; *Spitzer*, ZInsO 2012, 308 ff; *Trenker*, Insolvenzanfechtung gesellschaftsrechtlicher Maßnahmen (2012) 20 f; vgl auch *Nunner-Krautgasser*, Schuld 138 FN 104 und 276 FN 195; aA *Reichmayr*, Die Idee der Gläubigeranfechtung (1913) 67 (Absonderungsrecht).

⁶ Siehe allerdings *Spitzer*, ZInsO 2012, 308.

⁷ Dazu unten BGH IX ZR 252/01 BGHZ 156, 350 = NJW 2004, 214 = ZIP 2003, 2307 = WM 2003, 2479 = NZI 2004, 78 = ZInsO 2004, 1096; dazu etwa *Gerhardt*, Anmerkung zu BGH IX ZR 252/01, LMK 2004, 34; *ders*, ZIP 2004, 1675; *Huber*, Anmerkung zu BGH IX ZR 252/01, NZI 2004, 81; *Eckardt*, KTS 2005, 15.

⁸ Dazu unten 2.4.1.

⁹ Vgl *König*, Anfechtung⁵ Rz 2/20; *Spitzer*, ZInsO 2012, 309.

¹⁰ Der Begriff obligatio, GrünhutsZ 1 (1874) 11.

¹¹ Dazu ausführlich *Nunner-Krautgasser*, Schuld 7 ff.

¹² Vgl *Nunner-Krautgasser*, Schuld 364.

¹³ Eine Ausnahme bildet *Marotzke* („Dingliche“ Wirkungen der Gläubiger- und Konkursanfechtung, KTS 1987, 1), dessen Variante der Dinglichkeitstheorie allerdings kaum von der (noch darzulegenden) haftungsrechtlichen Lehre abgrenzbar ist.

¹⁴ Nachweise etwa bei *Kirchhof* in Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung³ II (2013) Vor §§ 129 bis 147 Rz 13 ff.

sam – also als zwischen Schuldner und Anfechtungsgegner keine dingliche Wirkung entfaltend – erachten. Dies wird zT mit der rückwirkenden rechtsgestaltenden Kraft der Anfechtungserklärung¹⁵ und zT mit einer unmittelbar kraft Gesetzes eintretenden Unwirksamkeit bereits zur Zeit der Vornahme der anfechtbaren Rechtshandlung¹⁶ begründet. Entsprechend der Relativität der Anfechtung¹⁷ entstehe daher bei anfechtbarer Veräußerung von Haftungsvermögen relatives Eigentum:¹⁸ Den Insolvenzgläubigern gegenüber sei zwar nach wie vor der Schuldner Eigentümer des anfechtbar übertragenen Objekts, allen anderen gegenüber jedoch der Erwerber. Ausgehend von dieser Konstruktion liegt eine Einordnung des Insolvenzanfechtungsanspruchs als Aussonderungsanspruch auf der Hand.¹⁹

2.3. Schuldrechtliche Theorie

Völlig anders beurteilen das die Anhänger der „schuldrechtlichen Theorie“²⁰: Dieser zufolge soll die Anfechtung gerade keine Verschiebung in der Zuordnung des haftenden Vermögens bewirken und insb keine unmittelbare dingliche Wirkung zeitigen; vielmehr begründe die Verwirklichung eines Anfechtungstatbestands einen rein obligatorisch wirkenden Anspruch gegen den Anfechtungsgegner, der nach der dt Insolvenzanfechtungssystematik auf Rückgewähr des Empfangenen in das Schuldnervermögen (bzw in der Einzelanfechtung auf „Duldung“ der Befriedigung des Anfechtenden) abzielt.²¹ Einzelheiten sind dabei strittig,²² so insb die (auch im Rahmen dieser Theorie aufgeworfene) Frage, ob der Anfechtungsanspruch erst durch die Anfechtungserklärung entsteht (und ob die Anfechtung daher – primär – rechtsgestaltend wirken muss)²³ oder ob dieser vielmehr unmittelbar kraft Gesetzes (in der Einzelanfechtung mit der Erfüllung der Anfechtungstatbestände, in der Insolvenzanfechtung mit der Verfahrenseröffnung) begründet wird.²⁴ Die letztere Auffassung hat sich in der dt Lehre durchgesetzt, sodass die hM²⁵ in Deutschland – ganz anders als in Österreich (arg § 27 IO: „...als unwirksam erklärt werden“) – der Anfechtung auf der Basis des Wortlauts des früheren § 29 dKO und des

¹⁵ So va *Hellwig*, Anfechtungsrecht und Anfechtungsanspruch nach der neuen Konkursordnung, ZZZ 26 (1899) 474 (478); *Hellmann*, Lehrbuch des deutschen Konkursrechts (1907) 347 und 353.

¹⁶ Etwa *Lenhard*, Natur und Wirkung der Gläubigeranfechtung, ZZZ 38 (1909) 165; *Geib*, Die Zwangsvollstreckung in den anfechtbaren Erwerb eines Kriegsteilnehmers, AcP 113 (1915) 335; *ders*, Die Gläubigeranfechtung und § 864 Abs 2 ZPO, AcP 115 (1917) 58; *ders*, Gläubigeranfechtung durch Einrede, AcP 119 (1921) 157; *Schulin*, Das Problem der Gläubigeranfechtung (eine Kritik der herrschenden Meinung), LZ 1922, 601; *Goldschmidt*, Der Prozess als Rechtslage (1925) 323 und 468; *ders*, Zivilprozeßrecht² (1932) 328.

¹⁷ Dazu *König*, Anfechtung⁵ Rz 2/11.

¹⁸ Vgl die Darstellung bei *Kozziol/Bollenberger in Bartsch/Pollak/Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht⁴ I (2000) § 27 KO Rz 17 und bei *Spitzer*, ZInsO 2012, 309.

¹⁹ Vgl etwa *Oertmann*, Die Wirkung der Gläubigeranfechtung, ZZZ 33 (1904) 1 (3).

²⁰ Grundlegend *Jaeger*, Lehrbuch des Deutschen Konkursrechts (1932) 152 ff; *ders*, Die Gläubigeranfechtung außerhalb des Konkursverfahrens (1938) 51 ff; *Baur/Stürmer*, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht II Insolvenzrecht¹² (1990) Rz 18.12 ff; s auch die Nachweise bei *Eckardt*, KTS 2005, 16 sowie bei *Gerhardt*, Die systematische Einordnung der Gläubigeranfechtung (1969) 6 ff und bei *Hirte in Uhlenbruck*, Insolvenzordnung¹³ (2010) § 143 Rz 1.

²¹ Zum Klagebegehren bei der Einzelanfechtung und zu den diesbezüglichen Unterschieden zur Insolvenzanfechtung nach österr Recht vgl *Nunner-Krautgasser*, Schuld 145 und 183 ff; *dies*, Die Haftungsklagen, ÖJZ 2007/61, 713 f; s dazu auch *Kozziol*, Grundlagen und Streitfragen der Gläubigeranfechtung (1991) 47 ff.

²² Vgl *Gerhardt*, Gläubigeranfechtung 6 ff.

²³ So die ältere Lehre, etwa *Cosack*, Anfechtungsrecht der Gläubiger eines zahlungsunfähigen Schuldners innerhalb und außerhalb des Konkurses (1884) 219 f; *Seuffert*, Deutsches Konkursprozeßrecht (1899) 220; *Kohler*, Grundriß des Zivilprozesses mit Einschluß des Konkursrechtes (1909) 161.

²⁴ Näheres dazu s *Henckel in Jaeger*, KO⁹ § 37 Rz 5; *ders in Jaeger/Henckel/Gerhardt*, Insolvenzordnung IV (2008) § 143 Rz 7, jeweils mwN.

²⁵ StRsp des BGH, etwa V ZR 96/53 BGHZ 15, 333 = NJW 1955, 259; IX ZR 167/86 BGHZ 101, 286 = NJW 1987, 2821; *Gerhardt*, Gläubigeranfechtung 7 f; *Eckardt*, Die Anfechtungsklage wegen Gläubigerbenachteiligung (1994) 18 f mwN.

²⁶ Statt vieler *König*, Anfechtung⁵ Rz 2/10; vgl auch *Eckardt*, Anfechtungsklage 18 f FN 62.

unmehrigen § 129 dInsO keine rechtsgestaltende Wirkung beimisst. Die Grundlagen wurden früher zT deliktsrechtlich²⁷, später jedoch durchwegs bereicherungsrechtlich²⁸ oder zumindest kondiktionsähnlich²⁹ qualifiziert. Die moderne dt Lehre geht – angesichts eines angenommenen Mangels an passenden Klassifikationskategorien – von einem kraft Gesetzes entstehenden schuldrechtlichen (Verschaffungs-)Anspruch eigener Art aus.³⁰

Die allen Ausprägungen der schuldrechtlichen Theorie gemeinsame Qualifikation des anfechtungsrechtlichen Primäranspruchs als obligatorischer Verschaffungsanspruch impliziert seine Einordnung als Insolvenzforderung in der Insolvenz des Anfechtungsgegners.³¹

2.4. Theorie von der haftungsrechtlichen Unwirksamkeit

2.4.1. Eckpunkte

Insb in Deutschland³², aber auch in Österreich³³ zunehmender Beliebtheit erfreut sich die Lehre von der haftungsrechtlichen Unwirksamkeit, die die Einordnung des Anfechtungsrechts als Ausfluss des Befriedigungsrechts³⁴ bzw des persönlichen Haftungsrechts der Gläubiger³⁵ konsequent umsetzt: Ausgehend von einem systematischen Verständnis des Insolvenzrechts als Recht der Haftungsverwirklichung³⁶ baut diese Theorie auf der (später von *Henckel* im Rahmen seiner das Beschlagsrecht *Kohlers*³⁷ weiterentwickelnden Lehre von der haftungsrechtlichen

²⁷ *Petersen*, Zur Lehre vom Anfechtungsrecht, ZZZ 10 (1887) 42; *Lippmann*, Die rechtliche Natur der Anfechtung, JherJb 36 (1896) 145 (153); *Fitting*, Reichs-Concursrecht und Concursverfahren² (1881) 136 und 159; *Sarwey/Bossert*, Die Konkurs-Ordnung für das Deutsche Reich vom 10. Februar 1877³ (1896) 141.

²⁸ Vgl etwa *Menzel*, Das Anfechtungsrecht der Gläubiger nach österreichischem Recht (1886) 29 und 232 ff; *von Caemmerer*, Bereicherung und unerlaubte Handlung, in FS Rabel (1954) 333 (367 ff). Besonders interessant ist die Ansicht von *F. Schulz*, System der Rechte auf den Eingriffserwerb, AcP 105 (1909) 1 (226 ff): Dieser deutet den anfechtbaren Erwerb als Eingriff in das den Gläubigern zugeordnete Befriedigungsrecht, wobei er seinem Erklärungsmodell zwar bereicherungsrechtliche Elemente zugrunde legt, einen allein auf Bereicherungsrecht fußenden Ansatz jedoch für unzureichend erachtet; vgl auch *Steinbach*, Kommentar zu den Gesetzen vom 16. März 1884 über die Anfechtung von Rechtshandlungen³ (1905) 120; s dazu auch *Kozioł*, Die Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte (1967) 169 ff.

²⁹ Etwa *Oertmann*, ZZZ 33, 28 ff.

³⁰ *Kirchhof* in MünchKommInsO³ II Vor §§ 129 bis 147 Rz 17 mwN; so allerdings bereits *Jaeger*, Lehrbuch 152 f; *ders*, Gläubigeranfechtung 51 ff.

³¹ So grundlegend *Jaeger*, Lehrbuch 155; *ders*, Gläubigeranfechtung 59; *Baur/Stürner*, Insolvenzrecht¹² Rz 18.12; so auch die ältere Rsp des dt RG und des BGH, etwa BGH IX ZR 167/86 BGHZ 101, 286; BGH IX ZR 112/88 BGHZ 106, 127; BGH IX ZR 27/89 NJW 1990, 990; für Österreich insb OGH 3 Ob 310/79 SZ 52/193; 7 Ob 624/89 RdW 1990, 409; *Ehrenzweig*, Kommentar 509; *Bartsch* in *Bartsch/Pollak*, KO³ I 156.

³² Grundlegend *G. Paulus*, Sinn und Formen der Gläubigeranfechtung, AcP 155 (1956) 277; *Gerhardt*, Gläubigeranfechtung 11 ff; *Henckel* in *Jaeger*, KO⁹ § 37 Rz 19 ff; *ders* in *Jaeger/Henckel/Gerhardt*, InsO IV § 143 Rz 23 ff; *Häsemeyer*, Insolvenzrecht⁴ (2007) Rz 21.14 ff; *Allgayer*, Rechtsfolgen und Wirkungen der Gläubigeranfechtung (2000) 32 ff und 64 ff; *C. Paulus*, Insolvenzrecht² (2012) Rz 101 und 178; vgl auch *Haas/Müller*, Der Insolvenzanfechtungsanspruch in der Insolvenz des Anfechtungsgegners, ZIP 2003, 49; *Thole*, Gläubigerschutz 525 ff.

³³ Vgl zum Grundgedanken dieser Theorie bereits *Reichmayr*, Idee 6 ff, 16 ff und 66 ff. Zur modernen Lehre s *Kozioł*, Grundlagen 45 ff; *Kozioł/Bollenberger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ I § 27 KO Rz 18 f; *Rebernig*, Konkursanfechtung des Kontokorrentkredits (1998) Rz 4; *ders* in *Konecny/Schubert*, KO § 27 Rz 13; *Bollenberger*, Anfechtung von Finanzierungsgeschäften gemäß § 31 Abs 1 Z 2 Fall 2 KO, ÖBA 1999, 409 (414); *Nunner-Krautgasser*, Schuld 142 f und 152 f; vgl auch OGH 8 Ob 6/91 ÖBA 1991, 829. *König* (Anfechtung⁵ Rz 2/4) hält die Theorie von der haftungsrechtlichen Unwirksamkeit trotz Spezifika der österr Rechtslage für ein „im Ansatz“ taugliches Erklärungsmodell.

³⁴ Dazu *Kozioł*, Beeinträchtigung 165 ff; *ders*, Grundlagen 4 f; *Kozioł/Bollenberger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ I § 27 KO Rz 3; vgl auch *F. Bydlinski*, System und Prinzipien des Privatrechts (1996) 303.

³⁵ Dazu ausführlich *Nunner-Krautgasser*, Schuld 155 ff.

³⁶ Dazu *Nunner-Krautgasser*, Schuld 205 ff.

³⁷ Lehrbuch des Konkursrechts (1891) 98 ff; *ders*, Konkursrechtliche Studien, AcP 81 (1893) 329; für Österreich va *Rintelen*, Handbuch des Österreichischen Konkurs- und Ausgleichsrechtes (1915) 150 ff.

Zuweisung³⁸ präzisierten) Erkenntnis auf, dass mit der Trägerschaft eines Rechts diverse Befugnisse und Funktionen verbunden sind, insb die Gebrauchs- und Verfügungsrechte einerseits und die Haftungsfunktion andererseits: Der Eigentümer einer Sache darf diese (insb) gebrauchen und über sie verfügen; die Sache haftet aber auch seinen Gläubigern im Rahmen der persönlichen Vermögenshaftung. Die Struktur der persönlichen Vermögenshaftung ist wiederum folgendermaßen beschaffen: Aufgrund einer Geldforderung steht dem Gläubiger nicht nur eine (vollstreckungsrechtlich relevante) Zugriffsbefugnis auf ihm haftende Objekte, sondern (als Basis dafür) eine Wertposition³⁹ am Haftungsvermögen und damit ein materielles Haftungsrecht zu, das sich grundsätzlich gegen den Vermögenskreis des Schuldners, im Notfall aber auch gegen denjenigen dritter Erwerber von Haftungsvermögen richtet. Insoweit hat *Koziol*⁴⁰ aufgezeigt, dass gerade die Regelungen der Anfechtung (und zwar sowohl der Einzelanfechtung nach der AnF als auch der Insolvenzanfechtung nach der nunmehrigen IO) nur durch die Annahme einer solchen materiellen Rechtsposition des Gläubigers bruchlos in unser Rechtssystem eingeordnet werden können. Diese Rechtsposition ist nach hA⁴¹ auf die Vermögenswerte des Schuldners und nicht (wie der Leistungsanspruch) gegen seine Person gerichtet. Sie kann nicht nur (wie der Leistungsanspruch) gegenüber dem Schuldner selbst, sondern – wenn gleich nur bei „besonderer Gefährdung“⁴² und in beschränktem Umfang – auch gegenüber Dritten in der Weise Wirkungen entfalten, dass bei Erschöpfung des aktuellen Haftungsfonds des Schuldners auch Vermögenswerte zur Haftung herangezogen werden können, die bereits in die Rechtszuständigkeit Dritter „verschoben“ wurden. Der dahinter stehende Grundgedanke besteht darin, dass die Begründung einer Geldobligation den Schuldner hinsichtlich der Verfügungsmacht über sein haftendes Vermögen „in eigentümlicher Weise begrenzt“⁴³: Zwar bleibt der Schuldner (außerhalb der Insolvenz) Herr seines Vermögens und kann beliebig darüber verfügen, doch reicht diese Macht nicht so weit, dass er dadurch die Befriedigungsaussicht seiner Gläubiger absichtlich zerstören oder in Form von Schenkungen vernichten könnte. Die freie Verfügungsmacht des Schuldners über sein Vermögen kollidiert also unter Knappheitsbedingungen mit den haftungsrechtlichen Positionen der Gläubiger.⁴⁴

Der persönliche Haftungsfonds, auf den die Gläubiger greifen können, ist eine flexible Vermögensmasse, setzt sich grundsätzlich aus den Sachen zusammen, für die der Schuldner zur Zeit der Begründung der Haftung rechtszuständig war (sofern sie nicht bis zum Gläubigerzugriff bereits wieder aus seinem Vermögenskreis ausgeschieden sind), sowie aus dem bis zum Gläubigerzugriff erlangten Neuerwerb.⁴⁵ Da der Schuldner seinen persönlichen Haftungsfonds durch Verfügungen grundsätzlich schmälern kann, wird plastisch von der „ätherischen

³⁸ *Henckel*, Wert und Unwert juristischer Konstruktion im Konkursrecht, in FS Weber (1975) 237; *ders* in *Jaeger*, KO⁹ § 1 Rz 3; *ders* in *Jaeger/Henckel/Gerhardt*, InsO I (2004) § 35 Rz 5; für Österreich s *Nunner-Krautgasser*, Schuld 310 ff.

³⁹ Diese ist – als Ausfluss der Geldforderung, die ansonsten über eine bloße Aussicht nicht hinausginge – der eigentliche Grund für die Betrachtung der Geldforderung als gegenwärtiger Vermögenswert; *Nunner-Krautgasser*, Schuld 167.

⁴⁰ Grundlagen 4 ff; *Koziol/Bollenberger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ I § 27 KO Rz 3 f; s dazu auch OGH 5 Ob 603/84, SZ 58/115 = EvBl 1986/129; *Menzel*, Das Anfechtungsrecht der Gläubiger nach österreichischem Rechte (1886) 39; *Krasnopolski*, Das Anfechtungsrecht der Gläubiger nach österreichischem Recht (1889) 7; *F. Bydlinski*, System 173 und 302 ff.

⁴¹ So zB *Koziol*, Beeinträchtigung 165 f; *ders*, Grundlagen 5; *F. Bydlinski*, System 173 und 303 ff; für Deutschland vgl etwa *von Tuhr*, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts (1910) 110 f; *Spellenberg*, Zum Gegenstand des Konkursfeststellungsverfahrens (§§ 138 ff KO) (1973) 47; *Nunner-Krautgasser*, Schuld 155 ff.

⁴² *Koziol*, Grundlagen 5.

⁴³ *G. Paulus*, AcP 155, 314 f.

⁴⁴ Vgl dazu auch *Henckel* in *Jaeger/Henckel/Gerhardt*, InsO I § 35 Rz 5.

⁴⁵ *Nunner-Krautgasser*, Schuld 138 f.

Flüchtigkeit“⁴⁶ der persönlichen Haftung gesprochen. Diese Flüchtigkeit hat jedoch Grenzen: Die formelle Eröffnung eines Insolvenzverfahrens bewirkt eine rigorose Verfestigung und Absicherung des Haftungsfonds im Wege der haftungsrechtlichen Zuweisung des Vermögens an die Insolvenzgläubiger, die insb durch § 2 Abs 2 und § 3 IO durchgeführt wird. Außerhalb eines Insolvenzverfahrens sind es gerade die Anfechtungsnormen, die eine Grenzregulierung der persönlichen Vermögenshaftung mit sich bringen:⁴⁷ Sie bewirken eine Erweiterung des persönlichen Haftungsfonds um Vermögenswerte, für die der Schuldner nicht (mehr) rechtszuständig ist. Dahinter steht der verallgemeinerungsfähige Gedanke, dass die Zuordnung eines Vermögenswerts mittels der Figur des subjektiven Rechts nicht notwendigerweise eine einheitliche sein muss. Vielmehr ist insoweit eine Zerlegung im Wege einer funktionellen Betrachtung denkbar, die auf eine Differenzierung nach den unterschiedlichen Funktionen der Zuordnung hinausläuft.⁴⁸ Gerade im Anfechtungsrecht⁴⁹ zeigt sich, dass das Ausscheiden eines Vermögenswerts aus der Rechtszuständigkeit des Schuldners nicht notwendigerweise mit einem Ausscheiden aus „seinem“ Haftungsfonds verbunden ist.

Die Lehre von der haftungsrechtlichen Unwirksamkeit basiert idS darauf, dass Rechtszuständigkeit und Zugehörigkeit zum Haftungsfonds nicht zwingend deckungsgleich sind, sondern dass sich die Haftungsfunktion eines Vermögenswertes auch von seinen sonstigen Funktionen (insb von der Verfügungsfunktion) lösen kann.⁵⁰ Vermögenszuordnung kraft Rechtszuständigkeit und persönliche Haftung sind daher zwar meistens, aber keineswegs immer oder notwendigerweise miteinander verbunden. Zur Vermeidung von Missverständnissen sei auch betont, dass die hier dargelegte Ansicht von der Wertverfolgungslehre⁵¹ abzugrenzen ist: Denn während die Wertverfolgungslehre Insolvenzzurechte rein auf der Basis von Rückgabe- oder Wertvergütungsansprüchen (also ohne „haftungsrechtlichen Unterbau“) begründen will, handelt es sich bei der haftungsrechtlichen Unwirksamkeit um einen durch die Anfechtungsnormen gesetzlich untermauerten, systemimmanenten Aspekt der Vermögenshaftung.

Auf der Grundlage dieses Fundaments erlaubt die haftungsrechtliche Lehre eine flexible, der Funktion der Anfechtung und den dahinter stehenden Wertungen angemessene Rechnung tragende Sichtweise, die freilich [®] der dt Anfechtungsdogmatik entsprechend – von ihrem Ansatz her auf die anfechtbare Aufgabe von Rechtspositionen durch den Schuldner konzentriert ist: Demnach lässt die Anfechtung zwar die vermögensrechtliche Güterzuordnung kraft Rechtszuständigkeit unberührt, sodass insb eine vollzogene Rechtsübertragung an Dritte nicht tangiert wird. In haftungsrechtlicher Hinsicht bleibt der betreffende Vermögenswert jedoch nach wie vor dem Haftungsfonds des (ersten) Schuldners zugeordnet.⁵² Dieses Phänomen wird zT mit einer „hybriden“ Sachzuordnung erklärt, bei der die haftungsrechtliche Zuordnung ausnahmsweise von der vermögensrechtlichen (dinglichen) Zuordnung abweicht.⁵³ Konsequenter ist jedoch die Annahme, dass sowohl die vermögensrechtliche als auch die haftungsrechtliche Zuordnung dinglichen Charakter aufweisen.⁵⁴ Diese Deutung trägt dem kaum zu leugnenden

⁴⁶ F. Schulz, AcP 105, 231; Nunner-Krautgasser, Schuld 140, 309 und 312.

⁴⁷ Vgl dazu Henckel, Grenzen der Vermögenshaftung, JuS 1985, 836 (837), der insoweit auch auf Sicherungsübereignung und -zession hinweist.

⁴⁸ Siehe dazu F. Bydliński, System 307; Henckel in Jaeger, KO⁹ § 37 Rz 21; s auch Eckardt, KTS 2005, 25 mwN.

⁴⁹ Ein weiteres, eindrucksvolles Beispiel für das Auseinanderfallen von Verfügungs- und Haftungsfunktion liefert das Recht der Treuhandschaft.

⁵⁰ Koziol, Grundlagen 46 f; Henckel in Jaeger, KO⁹ § 37 Rz 21; pointiert F. Bydliński, System 307: „Möglichkeit der Spaltung als Lösungsmittel für Notsituationen“.

⁵¹ Grundlegend Wilburg, Gläubigerordnung und Wertverfolgung, JBl 1949, 29; für Deutschland Behr, Wertverfolgung (1986).

⁵² Vgl Spitzer, ZInsO 2012, 310.

⁵³ Häsemeyer, Insolvenzzrecht⁴ Rz 11.06; vgl Eckardt, KTS 2005, 24 f.

⁵⁴ So insb Henckel, Haftungsfragen bei der Verwaltungstreuhand, in FS Coing II (1982) 137 (147); ders, JuS 1985, 841 f; ders in Jaeger, KO⁹ § 37 Rz 19 ff; ders in Jaeger/Henckel/Gerhardt, InsO I § 47 Rz 68, § 48

Umstand Rechnung, dass die ausschließliche Zuordnung eines dinglichen Rechts zum Inhaber eben nicht mehr ausschließlich sein kann, wenn dieses den Gläubigern des Rechtsträgers nicht mehr exklusiv als Haftungsgrundlage dient, sodass in solchen Fällen gerade keine einheitliche dingliche Zuordnung zum Rechtsträger vorliegt.⁵⁵ Der hier naheliegende Einwand, damit würde eine dem Numerus Clausus der Sachenrechte widersprechende Neukreation eines dinglichen Rechts geschaffen,⁵⁶ ist angesichts der Struktur der persönlichen Vermögenshaftung nicht haltbar: Denn die Zuerkennung einer haftungsrechtlichen Zuordnung von Vermögenswerten an einen persönlichen Gläubiger ist zwangsläufig mit einer entsprechenden Beschränkung der Rechtsstellung des für den haftenden Vermögenswert Rechtszuständigen verbunden:⁵⁷ Wer Geldschulden begründet, gibt also bereits dadurch gewisse Ausschnitte der Herrschaft über sein Vermögen preis.⁵⁸ Wegen dieser (eingeschränkten, innerhalb seiner Grenzen aber unmittelbaren) Zuordnungsfunktion des forderungsimmanenten Elements des persönlichen Haftungsrechts weist die Geldobligation selbst eine „quasi-sachenrechtliche“⁵⁹ Dimension auf. Gerade die Anfechtung zeigt daher, dass das Prinzip der Relativität der Forderungsrechte bei der Geldobligation nur im Hinblick auf das Element des Leistensollens, nicht aber auf das Haftungselement (vollständig) verwirklicht ist.⁶⁰

Im Rahmen der Berechtigung aufgrund (rein) haftungsrechtlicher Zuordnung hat der Anfechtungsberechtigte gegen den Anfechtungsgegner grundsätzlich einen reinen Haftungsanspruch, der in der Einzelanfechtung idR mit einer Klage auf (in Österreich: Rechtsgestaltung⁶¹ und) „Duldung“ der Exekution⁶² zu verfolgen ist (§§ 12 f AnfO).⁶³ In der Insolvenzanfechtung ist die Lage allerdings insofern abweichend, als die von der Anfechtung betroffene Sache hier idR auch der insolvenzrechtlichen Verwaltung und ggf Verwertung zugeführt werden muss; der Insolvenzverwalter benötigt also durchwegs auch die (grundsätzlich an die Rechtszuständigkeit geknüpfte) Verfügungsbefugnis über die Sache. In der kollektiven Haftungsverwirklichung bedarf es mithin zur zweckentsprechenden Umsetzung der haftungsrechtlichen Unwirksamkeit durchwegs (auch) eines auf (Rück-)Übertragung abzielenden schuldrechtlichen Verschaffungsanspruchs (§ 39 Abs 1 IO; dem entspricht funktionell der enger gefasste § 143 dInsO), weil diese Art der Haftungsverwirklichung eine Angleichung der vermögensrechtlichen an die haftungsrechtliche Zuordnung erfordert.⁶⁴

Rz 5; vgl auch *Gernhuber*, Die fiduziarische Treuhand, JuS 1988, 355 (358 ff); *Einsele*, Inhalt, Schranken und Bedeutung des Offenkundigkeitsprinzips, JZ 1990, 1005 (1010).

⁵⁵ Vgl *Eckardt*, KTS 2005, 25.

⁵⁶ *Eckardt*, KTS 2005, 25 f.

⁵⁷ Dazu *Nunner-Krautgasser*, Schuld 167 f. Vgl dazu auch *C. Paulus*, Insolvenzrecht² Rz 178, der sogar von einer (sachenrechtlichen) „Mär“ von dem einem Rechtssubjekt ausschließlich zugewiesenen Eigentum spricht, vgl auch *dens*, Freiheit und Gleichheit als Grenzmarkierung zwischen Zivilrecht und Insolvenzrecht, in FS Medicus (2009) 281 (285 FN 15).

⁵⁸ Damit ist freilich kein solcher „Verdichtungsgrad“ erreicht, der eine Betrachtung des persönlichen Gläubigers als eine Art „wirtschaftlich Zuständiger“ im Hinblick auf das Schuldnervermögen erlauben würde.

⁵⁹ Vgl *F. Bydlinski*, System 304. Dass insoweit nicht von einer regelrechten „sachenrechtlichen Dimension“ des Forderungsrechts gesprochen werden kann, scheidet nicht zuletzt daran, dass sich das persönliche Haftungsrecht nicht auf spezielle Objekte, sondern auf das haftende Gesamtvermögen bezieht; s dazu *F. Bydlinski*, System 318.

⁶⁰ *F. Bydlinski*, System 302.

⁶¹ Insoweit abweichend die dt Rechtslage, zu der die hM (nunmehr auf der Basis des § 129 Abs 1 dInsO; abweichend früher § 29 dKO) annimmt, dass die einschlägigen Rückgewähransprüche aus der anfechtbaren Handlung selbst (und nicht aus der Anfechtung als Gestaltungserklärung) entspringen; dazu statt vieler *Eckardt*, Anfechtungsklage 18 f und 22 ff.

⁶² Zu den Fällen, in denen im Rahmen der Einzelanfechtung echte Leistungspflichten begründet werden, vgl *Koziol*, Grundlagen 47 f; *F. Bydlinski*, System 306 f.

⁶³ *Nunner-Krautgasser*, Schuld 153 und 183 ff mwN.

⁶⁴ Vgl dazu *G. Paulus*, AcP 155, 324 und 329 ff; *Henckel in Jaeger*, KO⁹ § 37 Rz 23 f und 41; *Koziol*, Grundlagen 47 ff; *Haas/Müller*, ZIP 2003, 51.

Hinsichtlich der insolvenzrechtlichen Einordnung des Insolvenzanfechtungsanspruchs in der Insolvenz des Anfechtungsgegners ist die haftungsrechtliche Lehre gespalten: Während ein Teil der Lehre⁶⁵ der haftungsrechtlichen Unwirksamkeit keine dingliche Wirkung beimisst und insoweit von einer Insolvenzforderung ausgeht, spricht sich der weitaus überwiegende Teil der Lehre für eine Einordnung jedenfalls des anfechtungsrechtlichen Primäranspruchs als Aussonderungsanspruch aus.⁶⁶

2.4.2. Spezifika des österreichischen Rechts: Haftungsrechtliche Unwirksamkeit und/oder Rechtsinstitut sui generis?

Fraglich ist, ob die Theorie von der haftungsrechtlichen Unwirksamkeit angesichts der konstruktiven Abweichungen des österr vom dt Anfechtungsrecht zumindest als Erklärungsmodell „im Ansatz“⁶⁷ auch hierzulande Geltung beanspruchen kann, oder ob die österr Anfechtungsspezifika eine „saubere“ dogmatische Einordnung überhaupt unmöglich machen, sodass die Anfechtung nur mit der kaum aussagekräftigen und mit keinem Erkenntnisgewinn verbundenen⁶⁸ Behelfskategorisierung „eigenständige Rechtsnatur“⁶⁹ versehen werden könnte. Die Beantwortung dieser Frage ist keineswegs nur von theoretischem Reiz, sondern gerade im Hinblick auf die Qualifikation des Insolvenzanfechtungsanspruchs in der Insolvenz des Anfechtungsgegners von Interesse: Während sich nämlich Rechtsfolgen bei Annahme eines Rechtsinstituts „sui generis“ relativ zwanglos nach (subjektiven) Wertungen formen lassen, kann eine genaue Analyse der Haftungsstruktur gerade in anfechtungsrechtlichen Belangen durchaus stringente Erkenntnisse hinsichtlich der Rechtsfolgen im Einzelfall liefern. Auch vor diesem Hintergrund ist daher die von den österr Verfechtern der Einordnung der Anfechtungsansprüche als Ansprüche sui generis einhellig vertretene Einordnung als Insolvenzforderungen in der Insolvenz des Anfechtungsgegners⁷⁰ zu hinterfragen.

Zu den erwähnten Spezifika gehört erstens das (systematisch als fragwürdig kritisierte)⁷¹ *Austriacum*,⁷² dass die Anfechtung nicht nur (in der Einzelanfechtung) die Wiederherstellung der Zugriffslage⁷³ bzw (in der Insolvenzanfechtung) die Wiederherstellung des Zustands der Masse vor der anfechtbaren Rechtshandlung ermöglicht: Die Rechtsfolge der Anfechtung richtet sich vielmehr nach den Regelungen der – insoweit von § 11 Abs 1 dAnfG; § 143 Abs 1

⁶⁵ Für Österreich *Koziol*, Grundlagen 50 ff; vgl auch *Spitzer*, ZInsO 2012, 311 ff; für Deutschland insb *Häsemeyer*, Insolvenzzrecht⁴ Rz 21.13 und 21.16 sowie *Eckardt*, KTS 2005, 20 ff.

⁶⁶ *G. Paulus*, AcP 155, 345 ff; *Gerhardt*, Gläubigeranfechtung 334 f; *ders*, ZIP 2004, 1675 ff; *Henckel in Jaeger*, KO⁹ § 37 Rz 64 ff; *ders in Jaeger/Henckel/Gerhardt*, InsO IV § 143 Rz 77 ff; *Ganter in MünchKommInsO³ I* (2013) § 47 Rz 346; *Kirchhof in MünchKommInsO³ II Vor §§ 129 bis 147 Rz 23* sowie § 143 Rz 20a; s auch *Haas/Müller*, ZIP 2003, 49 ff; *Thole*, Gläubigerschutz 544.

⁶⁷ Vgl *König*, Anfechtung⁵ Rz 2/4.

⁶⁸ Vgl *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzzrecht³ (2014) Rz 169.

⁶⁹ Dazu bereits *Krasnopolski*, Anfechtungsrecht 28; *Steinbach*, Kommentar 15; *Strohhal*, Über relative Unwirksamkeit, in FS zur Jahrhundertfeier des Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches II (1917) 753; *Kornitzer*, Das Problem der Gläubigeranfechtung in Recht und Wirtschaft, NZ 1914, 253 (290). Zur modernen Lehre s va die vermittelnde Ansicht *Königs* (Anfechtung⁵ Rz 2/2 ff).

⁷⁰ Etwa *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzzrecht 385 und 420; *Holzhammer*, Insolvenzzrecht⁵ 98 f; *Rebernick in Konecny/Schubert*, KO § 27 Rz 13 und 21 sowie § 39 Rz 73; *Konecny in Konecny/Schubert*, KO § 102 Rz 10. *König* (Anfechtung⁵ Rz 2/20) qualifiziert nicht nur den anfechtungsrechtlichen Leistungsanspruch, sondern auch das Gestaltungsrecht als Insolvenzforderung; zum Gestaltungsrecht aA *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzzrecht 385 FN 25 (Aussonderungsanspruch).

⁷¹ Krit dazu aus dt Sicht („Verkenntung des Anfechtungszwecks“) etwa *Jaeger*, KO⁶⁷ I (1931) § 37 Rz 40; *Lent in Jaeger*, KO⁸ I (1958) § 37 Rz 37; *Gerhardt*, Die Anfechtung im Konkurs – Gedanken zu Gemeinsamkeiten und Abweichungen zwischen dem österreichischen und dem deutschen Anfechtungsrecht, ZZP 99 (1986) 407 (416).

⁷² *König*, Anfechtung⁵ Rz 2/5.

⁷³ Vgl zur dt Rechtslage *Kilger/Huber*, Anfechtungsrecht¹⁰ (2006) § 11 Rz 1.

dInsO (ebenso bereits § 37 Abs 1 dKO) abweichenden – § 13 Abs 1 AnfO und § 39 Abs 1 IO nicht nur auf das, was anfechtbar aus dem Haftungsfonds ausgeschieden ist,⁷⁴ sondern darüber hinaus auch auf das, was „dem Vermögen des Schuldners entgangen“ ist.⁷⁵ Erfasst ist also grundsätzlich auch die – im Einzelfall durchaus umstrittene – „Hintanhaltung eines Vermögenszuwachses“⁷⁶. Damit genüge für die Anfechtung nach österr Recht grundsätzlich, dass die anfechtbare Rechtshandlung das Schuldnervermögen iSd § 1 AnfO, § 27 IO „betrifft“.⁷⁷ Der anfechtungsrechtliche Primäranspruch wird daher in Österreich – anders als in Deutschland – nicht stets Rückgewähranspruch im technischen Sinn aufgefasst.⁷⁸

Details, die die Anbindung an die Grenzen der Vermögenshaftung betreffen, sind hier freilich nach wie vor strittig: So wird insb darüber diskutiert, ob die Unterlassung eines Erwerbs iSd § 7 S 1 AnfO bzw § 36 S 1 IO gleich einer Hintanhaltung des Vermögenszuwachses durch positive Handlung uneingeschränkt anfechtbar ist,⁷⁹ oder ob eine Anfechtbarkeit stets (also nicht nur bei Unterlassungen, sondern auch bei positiven Erwerbsablehnungen) nur dann gegeben ist, wenn die Gläubiger auf das entgangene Recht im Wege der Zwangsvollstreckung hätten greifen können.⁸⁰ Unklarheit besteht allerdings auch darüber, wie „konkretisiert“ die Erwerbsaussicht sein muss, um von der Anfechtung im Einzelnen erfasst zu sein; problematisch ist insb die Abgrenzung zwischen der Erwerbsablehnung und der Einbuße einer Anwartschaft (als Verlust eines Rechts).⁸¹

Fasste man die Anfechtung denkbar weit (und damit als über den Rechtsverlust hinausgehend) auf,⁸² so spräche das wohl gegen eine (umfassende) Anwendbarkeit der These von der haftungsrechtlichen Unwirksamkeit in Österreich; insoweit bliebe allerdings – weil dann wohl auch keine Anknüpfung der Anfechtung an die materiellen Haftungsrechte der Gläubiger⁸³ in Betracht kommt – auch die Frage offen, auf welcher Rechtsposition die anfechtungsrechtlichen Befugnisse eigentlich beruhen, was die Anfechtung zu einem recht isolierten Konstrukt im Rechtssystem machen würde. Gerade systematische Erwägungen deuten vielmehr dahin, die Grenzen der Anfechtung bei der Einbuße von Rechten zu ziehen, die sonst dem Zugriff der Gläubiger unterlegen wären, also auf die den Haftungsfonds der Gläubiger treffende Vermögensminderung abzustellen.⁸⁴ Ein solches Verständnis ist mit der Annahme haftungsrechtlicher Unwirksamkeit durchaus vereinbar. Insoweit hat *Koziol*⁸⁵ – unter Bezugnahme auf *G. Paulus*⁸⁶

⁷⁴ Von einer solchen – der dt Auffassung entsprechenden – Beschränkung der Anfechtung auf die Rückführung von ausgeschiedenem Vermögen in den Haftungsfonds war auch noch § 17 Abs 1 des Anfechtungsgesetzes v 16.3.1884 RGBI 36 geprägt.

⁷⁵ Dazu Denkschrift zur Einführung einer Konkursordnung, einer Ausgleichsordnung und einer Anfechtungsordnung (1914) 44 f; *Ehrenzweig*, Kommentar 52 ff und 386 ff; *Lehmann*, Kommentar zur österreichischen Konkurs-, Ausgleichs- und Anfechtungsordnung I 333; *Bartsch/Pollak*, KO³ I 246; *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzzrecht 389; *Koziol/Bollenberger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzzrecht⁴ I §§ 39, 40 KO Rz 7 und 13; *Rebernik* in *Konecny/Schubert*, KO § 39 Rz 1 („Herstellung des Zustandes ohne Vornahme der anfechtbaren Rechtshandlung“); *König*, Anfechtung⁵ Rz 2/5 und 15/9 ff.

⁷⁶ Denkschrift 44.

⁷⁷ *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzzrecht 299.

⁷⁸ *König*, Anfechtung⁵ Rz 2/5.

⁷⁹ In diesem Sinn va *König*, Anfechtung⁵ Rz 3/16 ff und 15/7 mwN.

⁸⁰ So va *Koziol*, Grundlagen 95 ff; *Koziol/Bollenberger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzzrecht⁴ I § 36 KO Rz 4 ff. Siehe dazu insb auch *Ehrenzweig*, Kommentar 320 f; *Petschek*, ZBI 1932, 693 (694) (Buchbesprechung); *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzzrecht 300 f.

⁸¹ Vgl etwa *Ehrenzweig*, Kommentar 58.

⁸² So insb *König*, Anfechtung⁵ Rz 2/5, 3/23 ff und 15/8 ff.

⁸³ Vgl oben bei FN 39 ff.

⁸⁴ *Koziol*, Grundlagen 95 ff; *Rebernik* in *Konecny/Schubert*, KO § 39 Rz 5.

⁸⁵ Grundlagen 49.

⁸⁶ AcP 155, 308 ff.

– aufgezeigt, dass die haftungsrechtliche Lehre auch über die Anfechtung der Veräußerung von Vermögenswerten hinaus tragfähige Ergebnisse liefert.

Entsprechendes gilt aber auch für den zweiten Einwand, dass nämlich die anfechtbare Rechtshandlung oder Unterlassung gem § 27 IO auch Neugläubigern gegenüber – also solchen, denen das Weggegebene nie gehaftet hat – für unwirksam erklärt werden kann.⁸⁷ Auch das spricht nicht gegen die prinzipielle Annahme haftungsrechtlicher Unwirksamkeit, denn dabei handelt es sich um nichts anderes als um einen Mechanismus zur systemimmanenten Nivellierung der insolvenzverfangenen Ansprüche, in diesem Fall in zeitlicher Hinsicht.⁸⁸ Gleichwohl vertritt für das österr Recht insb *Koziol*⁸⁹ (in Anlehnung an *F. Schulz*)⁹⁰ die Ansicht, ungeachtet des nicht differenzierenden Wortlauts des § 27 IO solle die Teilhabe am Anfechtungserlös grundsätzlich nur solchen Insolvenzgläubigern zustehen, deren Befriedigungsrechte zum Zeitpunkt der anfechtbaren Handlung bereits begründet waren („Altgläubiger“);⁹¹ eine solche Differenzierung präge auch andere Normen mit anfechtungsrechtlichem Charakter (§§ 1409, 785 Abs 2 und § 951 Abs 1 ABGB).⁹² Diese – von der hM⁹³ abgelehnte – Ansicht wird auf das (grundsätzlich freilich zutreffende) Argument gestützt, dass die Anfechtung dem Schutz des Befriedigungsrechts des Gläubigers diene. Befriedigungsrechte könnten aber durch Vermögensverschiebungen, die bereits vor ihrer Begründung stattgefunden haben, überhaupt nicht beeinträchtigt werden. Dieser (an sich konsequenten) Auffassung ist im Ergebnis jedoch nicht beizupflichten: Das folgt bei der Insolvenzanfechtung allerdings nicht bereits daraus, dass eine entsprechende Bildung von Sondermassen gesetzlich nicht ausdrücklich vorgesehen ist oder in ihrer praktischen Durchführbarkeit zu schwierig wäre;⁹⁴ herein liegt kein unüberwindliches Hindernis.⁹⁵ Die Differenzierung zwischen „Altgläubigern“ und „Neugläubigern“ ist vielmehr

⁸⁷ *König*, Anfechtung⁵ Rz 2/6.

⁸⁸ Dazu *Nunner-Krautgasser*, Schuld 337 ff.

⁸⁹ Grundlagen 33 ff; idS auch *Koziol/Bollenberger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ I § 27 KO Rz 11 f und 55.

⁹⁰ AcP 105, 246 ff.

⁹¹ Eine solche Differenzierung fand sich im gemeinen Recht: Die Anfechtungsklage kam dem curator bonorum überhaupt nur dann zu, wenn wenigstens ein „älterer Gläubiger“ vorhanden war, in dessen Rechtsposition durch die anfechtbare Rechtshandlung eingegriffen wurde; vgl dazu *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts⁶ II (1887) 782 f (FN 25); *Kaserer*, Die Gesetze vom 16. März 1884 betreffend die Anfechtung von Rechtshandlungen [...] (1884) 101.

⁹² Historische Anfechtungsmodelle richteten das Recht der Einzelanfechtung hingegen durchaus an der Abgrenzung zwischen Alt- und Neugläubigern aus: § 953 ABGB gestand die Schenkungsanfechtung nur den Gläubigern zu, deren Forderungen älter als die Schenkung waren; anderes galt nur für hinterlistige Einverständnisse. Das preußische Recht unterschied insoweit bereits zwischen Einzel- und Konkursanfechtung und gewährte zwar den Erlös aus der Konkursanfechtung unterschiedslos den Alt- und Neugläubigern, das Recht der Einzelanfechtung jedoch nur einem Gläubiger, dessen Forderung bereits vor der anfechtbaren Rechtshandlung begründet wurde (§ 9 des preußischen Anfechtungsgesetzes); s dazu *Goldammer*, Kommentar und vollständige Materialien zur Konkurs-Ordnung vom 8. Mai 1855 (1858) 553.

⁹³ Die hM geht sowohl bei der Einzelanfechtung iSd § 8 AnFO (iglS bereits § 32 AnfG 1884) als auch bei der Konkursanfechtung iSd § 27 IO davon aus, dass (bei der Einzelanfechtung sowie auch bei Eigenverwaltung im Konkurs (§ 189 IO)) das Anfechtungsrecht bzw (bei der Insolvenzanfechtung) der Anfechtungserlös unterschiedslos auch solchen Gläubigern zusteht, deren Forderungsrechte erst nach der anfechtbaren Handlung begründet wurden; s etwa OGH I Ob 322/99f ecolex 2000, 578 = ZIK 2001/226, 138; *König*, Anfechtung⁵ Rz 2/6; zum dt Recht *G. Paulus*, AcP 155, 297; *Gerhardt*, Gläubigeranfechtung 187 ff; *Thole*, Gläubigerschutz 307 ff. Das entspricht auch bereits der erklärten Auffassung des Gesetzgebers des AnfG 1884, der insb das Abstellen auf das Vorhandensein eines „älteren Gläubigers“ als ein „ganz nebensächliches, mit der durch die Concurseröffnung eingeleiteten Gesamtexecution in gar keinen ursächlichen Zusammenhang zu bringendes Moment“ ansah; s *Kaserer*, Anfechtung 101 ff.

⁹⁴ Der Gesetzgeber des AnfG 1884 hat eine solche Vorgangsweise ausdrücklich abgelehnt; s die EB zu dem Entwurfe des Anfechtungsgesetzes, abgedruckt bei *Kaserer*, Anfechtung 101 f; zum Vorbild des preußischen Anfechtungsgesetzes s *Goldammer*, Kommentar 553.

⁹⁵ Zutreffend *Koziol*, Grundlagen 33.

schon deshalb abzulehnen, weil die fixierte Gleichrangigkeit der Haftungsrechte⁹⁶ notwendigerweise auch die unterschiedlichen Begründungszeitpunkte der einzelnen Haftungsrechte egalisiert: Genauso wie es unschädlich ist, dass ein Vermögenswert zum Zeitpunkt der Begründung einer Insolvenzforderung noch nicht Bestandteil des Haftungsfonds war, ist es unerheblich, wenn ein Vermögenswert bereits vor der Begründung einer Insolvenzforderung anfechtbar aus dem Haftungsfonds ausgeschieden ist: Dass der Vermögenswert im ersten Fall haftet, beruht auf der Einbeziehung des Neuerwerbs in den allgemeinen Haftungsfonds. Im zweiten Fall ergibt sich die Haftung des Vermögenswerts auch für Forderungen der „Neugläubiger“ daraus, dass der Insolvenzverwalter das Anfechtungsrecht nicht speziell zugunsten der „Altgläubiger“, sondern notwendigerweise zugunsten der bereits angesprochenen Haftungsgemeinschaft der Gläubiger ausübt, innerhalb derer wegen der (auf den Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens bezogenen) Gleichrangigkeit nicht zwischen „Altgläubigern“ und „Neugläubigern“ zu differenzieren ist.⁹⁷ Anspruch auf die Teilhabe am Anfechtungserfolg haben also auch jene Insolvenzgläubiger, deren individuelle Haftungsrechte erst nach der anfechtbaren Handlung begründet wurden. Ein Widerspruch zur Theorie von der haftungsrechtlichen Unwirksamkeit ergibt sich daraus nicht, wenn ihre Verzahnungen mit dem insolvenzspezifischen System der kollektiven Haftungsverwirklichung ausreichend gewürdigt werden: Gerade die Vergemeinschaftung der Gläubigerrechte bewirkt zunächst, dass ganz allgemein der Eingriff in die Haftungsrechte einiger Gläubiger ausreichen muss, um den betroffenen Vermögenswert nicht aus dem Haftungskreis ausscheiden zu lassen, der allen Insolvenzgläubigern gemeinschaftlich zugewiesen ist. Die Kollektivierung der Haftungsverwirklichung bringt also mit sich, dass der Eingriff in einzelne Haftungsrechte auch zugunsten solcher (der Haftungsgemeinschaft zugehöriger) Gläubiger „wirkt“, deren Position bei rein individualistischer Sicht uU gar nicht betroffen wäre. Eine differenzierende Behandlung von „Altgläubigern“ und „Neugläubigern“ im Hinblick auf die Teilhabe am Anfechtungserlös ist daher auch im Hinblick auf die Theorie von der haftungsrechtlichen Unwirksamkeit nicht geboten.

Die noch zu klärende Grundfrage lautet freilich, ob ein Insolvenzanfechtungsrecht auch dann bestehen kann, wenn die anfechtbare Rechtshandlung bereits vor der Begründung sämtlicher Insolvenzforderungen (und damit der Haftungsrechte der Gläubiger) vorgenommen wurde. Nimmt man an, dass das Anfechtungsrecht den Eingriff in zumindest ein bestehendes Haftungsrecht neutralisieren soll, so bleibt bei erstem Zusehen in diesem Fall für eine Anfechtung kein Raum. Das eigentliche Problem besteht hier allerdings in der Ansicht, dass der Erwerb von Vermögenswerten – was die persönliche Haftung anlangt – grundsätzlich lastenfrei erfolge.⁹⁸ Das entspricht jedoch nicht der Grundstruktur der persönlichen Haftung: Vielmehr zeigt gerade die Anfechtung, dass der Übergang von Vermögenswerten aus dem persönlichen Haftungsfonds einer Person in denjenigen einer anderen Person nicht geeignet ist, die ursprüngliche (persönliche) „Haftungslast“ völlig abzuschütteln. Es ist nicht anzunehmen, dass die Haftungsgebundenheit eines Vermögenswerts mit dem Wechsel der Rechtszuständigkeit zunächst völlig erlischt und dann (bei Erfolg der Anfechtung) wieder auflebt, denn eine solche Konstruktion würde der Anfechtung zugleich die materiell-rechtliche Grundlage entziehen. Der Erwerber übernimmt den Vermögenswert vielmehr grundsätzlich in belastetem Zustand; bloß ist diese „erweiterte“ persönliche Haftung vorerst ruhend gestellt bzw. subsidiär. Der Vermögenswert haftet also (nur) „für den Notfall“ für Geldforderungen gegen den Veräußerer weiter.

⁹⁶ Dazu Nunner-Krautgasser, Schuld 134, 273 und 333 ff. Zur grundsätzlichen Gleichrangigkeit der Haftungsrechte s. bereits F. Schulz, AcP 105, 228 f.

⁹⁷ In diesem Sinn bereits die EB zu dem Entwurfe des Anfechtungsgesetzes, abgedruckt bei Kaserer, Anfechtung 104.

⁹⁸ Vgl. Koziol, Beeinträchtigung 169.

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

Dieser Gedanke gilt für die Insolvenzanfechtung wie für die Einzelanfechtung. Daher ist zum einen keine teleologische Reduktion des absichtlich weit gefassten Wortlauts des § 8 Abs 1 AnfO angezeigt. Zum anderen muss der Insolvenzverwalter zur Begründung seines Insolvenzanfechtungsrechts nicht (wie im gemeinen Recht) einen „älteren Gläubiger“ auffinden. Schließlich sind „Altgläubiger“ und „Neugläubiger“ hinsichtlich der Zuweisung des Anfechtungserlöses gleich zu behandeln: Die insolvenzbedingte Fixierung der Gleichrangigkeit der Haftungsrechte betrifft also notwendigerweise auch „Neugläubiger“ im Hinblick auf den Anfechtungserlös. Es bleibt daher auch im Rahmen der spezifischen Insolvenzanfechtungstatbestände (§§ 30 und 31 IO; vgl § 30 dKO sowie nunmehr §§ 130 bis 132 dInsO) kein Raum für Differenzierungen nach Maßgabe der Schutzwürdigkeit der Mitgläubiger.

Im Ergebnis ist somit weder das Anfechtungsrecht noch die Teilhabe am Anfechtungserlös an eine Begründung des Gläubigerrechts vor der anfechtbaren Rechtshandlung gebunden. Auch dieser Aspekt kann daher eine Unvereinbarkeit der Lehre von der haftungsrechtlichen Unwirksamkeit mit dem österr Recht nicht untermauern.

3. Haftungsrechtliche Unwirksamkeit und Doppelinsolvenz

3.1. Meinungsstand

In Österreich ist die Einordnung des Insolvenzanfechtungsanspruchs in der Insolvenz des Anfechtungsgegners als Insolvenzforderung – wie erwähnt – weithin akkordiert;⁹⁹ das gilt sowohl für den Primäranspruch auf „Naturalleistung“ als auch für den Sekundäranspruch auf Geldersatz.¹⁰⁰

⁹⁹ OGH 3 Ob 310/79 SZ 52/193; 7 Ob 624/89 RdW 1990, 409; *Ehrenzweig*, Kommentar 509; *Bartsch* in *Bartsch/Pollak*, KO³ I 156; so im Ergebnis auch *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 385 und 420; *Holzhammer*, Insolvenzrecht⁵ 98 f; *Rebernik* in *Konecny/Schubert*, KO § 27 Rz 13 und 21 sowie § 39 Rz 73; *Konecny* in *Konecny/Schubert*, KO § 102 Rz 10; *König*, Anfechtung⁵ Rz 2/20; *Spitzer*, ZInsO 2012, 308 ff; *Trenker*, Insolvenzanfechtung 20 f; vgl auch *Nunner-Krautgasser*, Schuld 138 FN 104 und 276 FN 195; aA *Reichmayr*, Idee 67 (Absonderungsrecht).

¹⁰⁰ Eine detaillierte Untersuchung auch des Sekundäranspruchs würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen und muss daher einer gesonderten Untersuchung vorbehalten bleiben. Zum dt Recht ausführlich *Henckel* in *Jaeger/Henckel/Gerhardt*, InsO IV § 143 Rz 104 ff; *Eckardt*, KTS 2005, 43 ff.

Auch die ältere Rsp¹⁰¹ und die überwiegende Lehre¹⁰² in Deutschland gingen lange Zeit von einer solchen insolvenzrechtlichen Qualifikation aus. Im Jahr 2003 gab der BGH jedoch seine Rechtsprechungstradition zu dieser Frage auf: Seit seiner (geradezu spektakulären) E 23.10.2003 IX ZR 252/01,¹⁰³ die durch eine erste Andeutung in der E IX ZR 228/02¹⁰⁴ sowie durch literarische Äußerungen einzelner Senatsmitglieder¹⁰⁵ vorbereitet worden war, billigt der BGH dem anfechtungsrechtlichen Primäranspruch in der Insolvenz des Anfechtungsgegners Haftungsriorität zu: Dem anfechtenden Insolvenzverwalter wird die Befugnis zuerkannt, einen iSd § 143 Abs 1 dInsO in die Masse zurückzugewährenden Gegenstand im Insolvenzverfahren des Anfechtungsgegners auszusondern. Dieses Ergebnis wurde in IX ZR 252/01 auf die den einschlägigen Gesetznormen zugrunde liegenden Wertungen gestützt: Es komme nämlich darauf an, welchem Vermögen der umstrittene Gegenstand nach Inhalt und Zweck der gesetzlichen Regelung im maßgeblichen Zeitpunkt zuzuordnen sei; in diesem Sinn könnten auch schuldrechtliche Ansprüche zu einer „vom dinglichen Recht abweichenden Vermögenszuweisung“ führen. Unter Bezugnahme auf die Treuhand und auf einen sondergesetzlich geregelten Aussonderungsanspruch (§ 25 Abs 5 S 1 des dt Gesetzes über die Eröffnungsbilanz in Deutscher Mark und die Kapitalneufestsetzung [DMBilG]) hielt der BGH fest, auch das Insolvenzanfechtungsrecht bewirke eine entsprechende Änderung der Vermögenszuordnung, weil aufgrund anfechtbarer Rechtshandlungen aus dem Schuldnervermögen ausgeschiedene Gegenstände der den Gläubigern haftenden Masse wieder zugeführt werden müssen. Damit würden sie als ein dem Zugriff der Gläubigergesamtheit zur Verfügung stehendes Objekt der Vermögensmasse des insolventen Schuldners behandelt, obwohl sie schuld- und sachenrechtlich wirksam in das Eigentum des Anfechtungsgegners übergegangen sind. Dies korrespondiere nicht nur mit den Rechtsnachfolgeregeln (§ 145 Abs 1 dInsO), sondern entspreche auch der Interessenlage: Es wäre nämlich nicht einzusehen, warum die Gläubiger des insolvent gewordenen Anfechtungsgegners von Rechtshandlungen sollen profitieren können, die – im Hinblick auf die beiderseitige Insolvenz – als ungerechtfertigte Vermehrung der Vermögensmasse des Empfängers erscheinen. Wenn der BGH damit auch kein ausdrückliches Bekenntnis zur haftungsrechtlichen Lehre abgab, so ist doch eine enge Verbundenheit mit der haftungsrechtlich-dinglichen Deutung der Anfechtung unverkennbar.¹⁰⁶

3.2. Qualifikation des Insolvenzanfechtungsanspruchs in der Insolvenz des Anfechtungsgegners

Im Folgenden ist zu untersuchen, ob die in Deutschland pro Aussonderung vorgebrachten Argumente auch in Österreich zu einem Umdenken Anlass geben sollten, oder ob die österr Anfechtungsspezifika vielmehr ein Festhalten an der überkommenen Qualifikation des Anfechtungsanspruchs als Insolvenzforderung gebieten.

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

¹⁰² Statt vieler *Jaeger*, Lehrbuch 155; *ders*, Gläubigeranfechtung 59; *Baur/Stürner*, Insolvenzrecht¹² Rz 18.12; s auch die Nachweise bei *Eckardt*, KTS 2005, 16 FN 2; zur abweichenden Ansicht zahlreicher Vertreter der Lehre von der haftungsrechtlichen Unwirksamkeit s oben FN 32 und 66.

¹⁰³ BGHZ 156, 350 = NJW 2004, 214 = ZIP 2003, 2307 = WM 2003, 2479 = NZI 2004, 78 = ZInsO 2004, 1096; dazu etwa *Gerhardt*, LMK 2004, 34; *ders*, ZIP 2004, 1675; *Huber*, NZI 2004, 81; *Eckardt*, KTS 2005, 15.

¹⁰⁴ BGHZ 155, 199 = KTS 2003, 651 = NJW 2003, 3345 = ZIP 2003, 1554 = NZI 2003, 537 = WM 2003, 1581 = ZInsO 2003, 761.

¹⁰⁵ *Kreft*, Ausgesuchte Probleme des Anfechtungsrechts, ZInsO 1999, 370; nunmehr *Ganter* in MünchKommInsO³ I § 47 Rz 346; *Kirchhof* in MünchKommInsO³ II Vor §§ 129 bis 147 Rz 23.

¹⁰⁶ *Gerhardt*, ZIP 2004, 1678; *Eckardt*, KTS 2005, 30; *Spitzer*, ZInsO 2012, 311.

Insoweit ist wiederum an der Rechtsnatur der Anfechtung anzusetzen: Entsprechend der österr hM ist diese (jedenfalls) auf Rechtsgestaltung gerichtet (§ 27 IO; § 1 AnfO), je nach Sachverhalt (also etwa bei anfechtbarer Veräußerung von Sachen) wird das Gestaltungsrecht in der Insolvenzanfechtung ggf um einen (echten) Leistungsanspruch, also einen auf (Rück-)Gewährung abzielenden schuldrechtlichen Verschaffungsanspruch¹⁰⁷ bzw einen allfälligen Geldersatzanspruch ergänzt (§ 39 Abs 1 IO).¹⁰⁸

Was zunächst das gestaltende Element der Anfechtung angeht, kommt eine Einordnung als Insolvenzforderung von vornherein nicht in Betracht.¹⁰⁹ Gestaltungsrechte können schon deshalb keine Insolvenzforderungen sein, weil sie nicht selbst Ansprüche sind oder enthalten; vielmehr können Ansprüche erst aus ihrer Ausübung erwachsen.¹¹⁰ Insoweit sind Gestaltungsrechte grundsätzlich insolvenzfest, sofern sie nicht durch ausdrückliche Regelung (wie insb im Anwendungsbereich des § 25a IO) insolvenzspezifisch beschnitten werden. Das anfechtungsrechtliche Gestaltungsrecht kann daher auch in der Insolvenz des Anfechtungsgegners unverändert ausgeübt werden.¹¹¹

Damit bleibt zu klären, wie der anfechtungsrechtliche (primäre) Leistungsanspruch in der Insolvenz des Anfechtungsgegners einzuordnen ist. Kein Argument gegen eine Aussonderung ist hier – entgegen dem ersten Anschein – der Umstand, dass es sich dabei um einen schuldrechtlichen (Verschaffungs-)Anspruch handelt: Schon grundsätzlich stellt die Aussonderungskraft auch schuldrechtlicher Ansprüche keineswegs eine Ausnahme¹¹² vom Grundkonzept der Aussonderung dar. Entscheidend für die Berechtigung zur Aussonderung ist nämlich iSd § 44 Abs 1 IO nicht die Rechtsnatur des Anspruchs als dinglich oder schuldrechtlich. Ausschlaggebend ist vielmehr, ob die fehlende (haftungsrechtliche) Zuordnung einer Sache zur Sollmasse geltend gemacht wird, weil die Aussonderung der Bestimmung der Grenzen der haftungsrechtlichen Vermögenszuweisung an die Insolvenzgläubiger dient.¹¹³ Gerade die in diesem Zusammenhang ins Auge fallende (im Ergebnis dem Schutz des Eigentümers dienende) Aussonderungskraft auch obligatorischer Herausgabeansprüche¹¹⁴ (sog *reddere*-Ansprüche) etwa des Verleihers, Hinterlegers oder Vermieters ist mit Blick auf die Anfechtung allerdings unergiebig, weil mit ihnen (wenn auch nicht durch den Eigentümer selbst) sowohl die mangelnde vermö-

¹⁰⁷ Dazu oben bei FN 64. Zum grundsätzlichen „Duldungsanspruch“ in der Einzelanfechtung s *Nunner-Krautgasser*, Schuld 183 ff. Zur dt Diskussion hinsichtlich der Haftungsriorität in der Einzelanfechtung *Eckardt*, KTS 2005, 42 f und 49 mwN.

¹⁰⁸ *König*, Anfechtung⁵ Rz 2/10 und 2/14 f, Rz 15/1 ff und Rz 17/15 ff; *Koziol*, Grundlagen 104 ff; *Koziol/Bollenberger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ I § 39 Rz 1 ff; *Rebernick* in *Konecny/Schubert*, KO § 39 Rz 1 f; *Widhalm*, Anfechtungsrecht² (2013) 24 f; *Buchegger*, Insolvenzrecht² (2013) 88; *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht³ Rz 167 f. Die Rsp hält zwar an der Natur als Gestaltungsrecht fest, jedoch sei die Rechtsgestaltung in der Geltendmachung eines Leistungsbegehrens bereits inkludiert (Leistungsurteil als „verdecktes Gestaltungsurteil“); vgl etwa OGH 3 Ob 83/12w; RIS-Justiz RS0064373; dazu *König*, Gestaltungsbegehren bei der Konkursanfechtung, in FS Fasching (1988) 291 (295). Dies steht in Zusammenhang mit der Ansicht, dass die Gestaltung auch außergerichtlich erklärt werden könne; so insb *Konecny*, Zum Klagebegehren und zum Inhalt der Anfechtungsklagen im Konkurs, ÖBA 1987, 311 (316 ff); *Koziol*, Grundlagen 106; aA insb *König*, Anfechtung⁵ Rz 15/1 ff.

¹⁰⁹ AA *König*, Anfechtung⁵ Rz 2/20. Die von *Petschek/Reimer/Schiemer* (Insolvenzrecht 385 FN 25) vertretene Einordnung als Aussonderungsanspruch zielt – wenn auch mittels anspruchbezogener Systematisierung – auf das zutreffende Ergebnis, nämlich die Insolvenzfestigkeit, ab.

¹¹⁰ *Henckel* in *Jaeger/Henckel/Gerhardt*, InsO I § 38 Rz 64; *Nunner-Krautgasser*, Schuld 276 FN 198; zur Abgrenzung von Anspruch und Gestaltungsrecht *P. Bydlinski*, Die Übertragung von Gestaltungsrechten (1986) 11 ff.

¹¹¹ Vgl *Henckel* in *Jaeger/Henckel/Gerhardt*, InsO I § 38 Rz 64.

¹¹² Vgl aber *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht³ Rz 203.

¹¹³ *Häsemeyer*, Insolvenzrecht⁴ Rz 11.02; *Eckardt*, KTS 2005, 20 ff; vgl auch *Schulyok* in *Konecny/Schubert*, KO (14. Lfg; 2002) § 44 Rz 1 f; *C. Paulus*, Insolvenzrecht² Rz 17 ff.

¹¹⁴ Dazu instruktiv *Berger*, Zur Aussonderung aufgrund obligatorischer Herausgabeansprüche, in FS Krefit (2004) 191.

gensrechtliche als auch die mangelnde haftungsrechtliche Zuordnung zum Vermögenskreis des Insolvenzschuldners geltend gemacht wird.¹¹⁵ Insoweit besteht also keine Parallele zur Anfechtung, bei der es im Gegensatz dazu gerade um das Auseinanderfallen von vermögensrechtlicher und haftungsrechtlicher Zuordnung geht, dessen Konsequenzen einzuordnen sind. Wesentlich ist vielmehr, dass auch mit dem anfechtungsrechtlichen Leistungsanspruch – ähnlich wie bei der Treuhand – die fehlende Haftungsordnung releviert wird.

Hier ist das Augenmerk wiederum auf die Wirkungsweise der Anfechtung in Verbindung mit der Grundstruktur der persönlichen Vermögenshaftung zu richten: Entsprechend dem oben Gesagten bewirkt die mit der Anfechtung verbundene Rechtsgestaltung, dass der davon betroffene Vermögenswert (wieder) dem Haftungskreis des Insolvenzschuldners zugeführt wird. Die damit angesprochene haftungsrechtliche Unwirksamkeit muss jedenfalls bereits zum Zeitpunkt der Vornahme der anfechtbaren Rechtshandlung gegeben sein, denn andernfalls könnte die Anfechtung ihre Aufgabe nicht erfüllen.¹¹⁶ Dieses Ergebnis wird nach überwiegender Ansicht mit der rückwirkenden Kraft der Anfechtung erklärt;¹¹⁷ eine Mindermeinung geht davon aus, dass die anfechtbare Rechtshandlung bereits mit ihrer Vornahme (bedingt) haftungsrechtlich unwirksam ist, sodass sich eine Rückwirkung erübrigen würde.¹¹⁸ In jedem Fall bewirkt die anfechtungsrechtliche Gestaltung, dass der erfasste Vermögenswert von Anfang an nicht in den Haftungsfonds des Anfechtungsgegners, sondern in denjenigen des (ersten) Insolvenzschuldners fällt; er ist also – zumal eine Doppelzuweisung dem Grundkonzept der persönlichen Haftung widerspricht – (nur) dessen Gläubigern haftungsrechtlich zugewiesen. Insoweit wirkt sich auch auf der Grundlage der österr. Anfechtungsdogmatik¹¹⁹ bereits die Anfechtbarkeit als solche (und nicht erst die Durchsetzung des Anfechtungsanspruchs) auf die Haftungszuordnung aus.

Zu hinterfragen ist allerdings die Qualität dieser Sonderform der haftungsrechtlichen Zuweisung:¹²⁰ Denn anders als der Insolvenzschuldner hinsichtlich der Sollmasse (§ 2 Abs 2 iVm § 3 Abs 1 IO) kann der Anfechtungsgegner einem Dritten grundsätzlich auch nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens wirksam die dingliche Rechtsstellung an einer der Anfechtung unterliegenden Sache verschaffen. Dessen ungeachtet gehört die betreffende Sache aber grundsätzlich weiterhin zur Haftungsmasse des (ersten) Insolvenzschuldners: Gem § 38 IO (vgl § 145 dInsO) erstreckt sich die Anfechtung nämlich nicht nur auf Gesamtrechtsnachfolger wie insb Erben,¹²¹ sondern auch auf Einzelrechtsnachfolger,¹²² deren Rechtserwerb als weniger schutzwürdig erachtet wird. Die Sache haftet also auch nach dem Übergang auf den Rechtsnachfolger des Anfechtungsgegners prinzipiell für die Verbindlichkeiten des (ersten) Insolvenzschuldners (subsidiär) weiter, jedoch kann gutgläubiger entgeltlicher Erwerb eine

¹¹⁵ Dazu Eckardt, KTS 2005, 20 ff; Spitzer, ZInsO 2012, 311 f.

¹¹⁶ Treffend König, Anfechtung⁵ Rz 2/19.

¹¹⁷ Petschek/Reimer/Schiemer, Insolvenzrecht 383 ff; instruktiv König, Anfechtung⁵ Rz 2/19; aA Ehrenzweig, Kommentar 392 f.

¹¹⁸ Trenker, Insolvenzanfechtung 21 f.

¹¹⁹ Zur dt Dogmatik vgl Haas/Müller, ZIP 2003, 58.

¹²⁰ Vgl Eckardt, KTS 2005, 35 ff. Klarzustellen ist, dass Anfechtungsansprüche als solche kein Teil des „verwertungsfähigen“ Haftungsfonds sind: Für sie ist zwar die Insolvenzmasse rechtszuständig, sie haften aber nicht selbst, sondern sind Rechtsbehelfe zur Haftungsmaximierung im Interesse der Gläubiger; Nunner-Krautgasser, Schuld 147 FN 163.

¹²¹ Diese Erstreckung der Anfechtung untermauert nach dem BGH (IX ZR 252/01 BGHZ 156, 350 = NJW 2004, 214 = ZIP 2003, 2307 = WM 2003, 2479 = NZI 2004, 78 = ZInsO 2004, 1096) die Aussonderungskraft des Anfechtungsanspruchs.

¹²² Zu den damit angesprochenen Rechtsnachfolgern und Rechtsnehmern (dazu zählen insb auch Gläubiger des Anfechtungsgegners, die vertragliche oder exekutive Pfandrechte erworben haben) s Koziol/Bollenberger in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ I § 38 KO Rz 7 ff; Rebernik in Konecny/Schubert, KO § 38 Rz 12 ff.

Enthftung bewirken.¹²³ Es handelt sich also zunächst um eine abgeschwächte Form der (vorerst subsidiären) haftungsrechtlichen Zuweisung, die sich erst durch die mit der Rechtsgestaltung ausgelöste Rückwirkung zu einer „vollwertigen“ haftungsrechtlichen Zuweisung verdichtet. Diese Konstruktion, die nicht zuletzt auf Verkehrssicherheitsüberlegungen¹²⁴ beruht, erklärt sich jedoch aus dem Charakter der Anfechtung als Notfallinstrument und stellt nicht die grundsätzliche (Weiter-)Haftung für Schulden des (ersten) Insolvenzschuldners in Frage. Auch dieser Aspekt spricht daher tendenziell ebenso für die Aussonderungskraft des anfechtungsrechtlichen Primäranspruchs wie das zentrale Ziel der Anfechtung, den Gläubigern des Insolvenzschuldners den in der Sache liegenden Substanzwert zu erhalten.¹²⁵

Somit bleibt zu überprüfen, ob sonstige Verkehrssicherheitsaspekte gegen eine Haftungspriorität sprechen und ob die Gläubiger des (insolventen) Anfechtungsgegners durch eine solche in ihren Interessen ungerechtfertigt beeinträchtigt würden. Insoweit wurde insb das Problem der mangelnden Publizität thematisiert:¹²⁶ Mangels Offenkundigkeit des Vollstreckungsprivilegs würde die Zubilligung der Haftungspriorität für den Anfechtungsanspruch eine *de facto* rückwirkende Verminderung des Haftungsfonds und die Enttäuschung berechtigter Erwartungen der Eigengläubiger des Anfechtungsgegners bedeuten.¹²⁷ Dieses Argument beruht jedoch auf einer *petitio principii*: Denn Erwartungen können im gegebenen Zusammenhang nur dann berechtigt (und schutzwürdig) sein, wenn sie auf einer rechtlichen Grundlage beruhen. Die Erwartung aber, dass der zur Verfügung stehende Haftungsfonds das gesamte[®] vorhandene (vollstreckungsunterworfenen) Schuldnervermögen umfasse, ist angesichts der seit jeher existierenden Ausnahmen¹²⁸ und namentlich angesichts der dargelegten anfechtungsrechtlichen Struktur der Vermögenshaftung gerade nicht berechtigt. Insoweit ist auch das Publizitätsproblem zu relativieren: Denn im Gegensatz zur Treuhand¹²⁹ beruht das Auseinanderfallen von Rechtszuständigkeit und haftungsrechtlicher Zuordnung hier nicht auf Vereinbarung; es handelt sich also um keine (zu publizierende) Abweichung, sondern um einen systemimmanenten Grenzziehungsmechanismus der persönlichen Haftungsstruktur, der unmittelbar in den anfechtungsrechtlichen Normen selbst wurzelt.

Nicht tragfähig ist weiters das Argument, sowohl die Gläubiger des ersten Insolvenzschuldners als auch die Gläubiger des insolventen Anfechtungsgegners seien am flüchtigen Haftungsfonds (des Anfechtungsgegners) durch ihre relativen Forderungsrechte berechtigt und hätten daher die gleiche Ausgangsposition, sodass die *par condicio* greifen müsse:¹³⁰ Da die Flüchtigkeit des Haftungsfonds gerade durch die Anfechtung begrenzt wird und ein übertragener Vermögenswert infolge anfechtungsrechtlicher Gestaltung rückwirkend wieder dem Haftungsfonds des ersten Insolvenzschuldners zugeführt wird, ist die Rechtsposition der beiden Gläubigergruppen eben nicht gleich: Die Sache haftet den Gläubigern des ersten Insolvenzschuldners, jedoch nicht (mehr) denjenigen des Anfechtungsgegners. Auch dieser Aspekt spricht daher nicht für eine Gleichbehandlung, sondern vielmehr für die Haftungspriorität des anfechtungsrechtlichen Primäranspruchs. Dem kann schließlich auch nicht entgegengehalten werden, dass das Befriedigungsrecht eines ungesicherten Gläubigers in der Insolvenz des Anfechtungs-

¹²³ Vgl Henckel in Jaeger, KO³ § 40 Rz 4.

¹²⁴ Petschek/Reimer/Schiemer, Insolvenzrecht 368; König, Anfechtung⁵ Rz 4/19.

¹²⁵ Vgl Thole, Gläubigerschutz 544.

¹²⁶ Spitzer, ZInsO 2012, 314 f.

¹²⁷ Eckardt, KTS 2005, 31 f; Spitzer, ZInsO 2012, 314 f; vgl auch Koziol, Grundlagen 39 f; Trenker, Insolvenzanfechtung 21.

¹²⁸ Vgl Spitzer, ZInsO 2012, 312.

¹²⁹ Dazu etwa (für Aussonderung bei Insolvenzanfechtung) Haas/Müller, ZIP 2003, 52 ff; (gegen Aussonderung bei Insolvenzanfechtung) Spitzer, ZInsO 2012, 312.

¹³⁰ Spitzer, ZInsO 2012, 315 f; Trenker, Insolvenzanfechtung 21; vgl auch Koziol, Grundlagen 39 und 51 ff; König, Anfechtung⁵ Rz 2/20.

gegners nicht weiter reichen könne als in der Insolvenz seines ursprünglichen Schuldners:¹³¹ Denn der Insolvenzanfechtungsanspruch wurzelt zwar in den haftungsrechtlichen Positionen der Gläubiger, er ist aber nicht deren unmittelbare „Verlängerung“ und steht (originär) der Insolvenzmasse¹³² zu. Auch hier sind vielmehr die Besonderheiten der kollektiven Haftungsverwirklichung gebührend zu berücksichtigen.¹³³ Insoweit wurde zutreffend eingewandt, dass die Einordnung der Gläubigerrechte als Insolvenzforderungen keinen Schluss darauf zulässt, wie im Fall der Doppelinsolvenz das Verhältnis der beiden Insolvenzmassen zueinander ist.¹³⁴ Gerade die Funktion der Anfechtung – die Maximierung der Masse in ihrer Gesamtheit durch das Rückgängigmachen haftungsvereitelnder Rechtshandlungen – untermauert vielmehr die hier vertretene Einordnung als Aussonderungsanspruch.

Als Ergebnis ist daher festzuhalten, dass dem anfechtungsrechtlichen (primären) Leistungsanspruch in der Insolvenz des Anfechtungsgegners Haftungsriorität zukommt.



¹³¹ *Koziol*, Grundlagen 39 f und 51 ff.

¹³² Statt vieler *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 286 ff.

¹³³ Vgl dazu schon oben bei FN 87 ff.

¹³⁴ *Trenker*, Insolvenzanfechtung 20 f.