

chungen, die Lohn- oder Umsatzsteuern betreffen – die Frage einer bereits eingetretenen konkludenten Genehmigung prüfen.

e) Eigene Prüfungspflicht

Des Weiteren sieht *Bäumer*⁶⁸ deshalb kein Verschulden des vorläufigen Insolvenzverwalters, weil dieser nicht selbst zu prüfen habe, ob bereits eine Genehmigung vorliege. Dies sei Aufgabe der Bank. Daran ist auf den ersten Blick richtig, dass die Bank am besten beurteilen zu können scheint, ob sie etwas als genehmigt oder nicht genehmigt angesehen hat. Indes kommt es auf die subjektive Ansicht der Bank nicht an, ob der Schuldner genehmigt hat. Denn es geht um die Würdigung von Tatsachen nach objektiven Maßstäben, nämlich aus der Sicht eines verständigen Empfängers der konkludent abgegebenen Willenserklärung. Das hat der BGH⁶⁹ ausdrücklich für die konkludente Genehmigung von Lastschriftabbuchungen entschieden. Das ist keine neue Erkenntnis. Willenserklärungen waren schon immer nach diesen Kriterien auszulegen. Insofern können sich vorläufige Insolvenzverwalter nicht darauf berufen, dass die Rechtsprechung insoweit neu sei.

Eine einseitige Überbürdung der Prüfungspflicht durch den vorläufigen Insolvenzverwalter auf die Bank kommt nicht in Betracht.

Auch durch Vertrag mit dem vorläufigen Insolvenzverwalter ist die Prüfungspflicht der Bank nicht begründet. Denn der vorläufige Insolvenzverwalter tritt nicht anstelle des Schuldners in die Verträge mit der Bank ein. Die Übertragung durch einen neuen Vertrag scheidet aus, da ein solcher Vertrag wegen Verstoßes gegen das Rechtsdienstleistungsgesetz nichtig wäre.

IV. Zusammenfassung

Entgegen der Meinung von *Bäumer* haftet der vorläufige Insolvenzverwalter, wenn er die Geldbeträge der bereits genehmigten Lastschriften aus der Sphäre der Finanzkasse in die Masse schafft. Sein Zugriff auf die bereits wirksam erfolgte Steuerzahlung verursacht einen Steuerschaden. Für diese rechtswidrige und schuldhaftige Erstattung der der Masse nicht zustehenden Gelder ist die Haftung systemgewollter Ausgleich.

Ein vorläufiger Insolvenzverwalter ist zwar nicht für Steuerzahlungen Verfügungsbefugt, wenn ihm eine solche Befugnis vom Insolvenzgericht nicht ausdrücklich eingeräumt ist. Die Berechtigung zum Widerruf nicht ausdrücklich, konkludent oder fiktiv nach den AGB der Banken/Sparkassen genehmigter Lastschriften ist aber Teil seiner insolvenzrechtlichen Rechtsstellung. Da der Widerruf als Gestaltungsgeschäft Verfügungscharakter hat, ist der vorläufige Insolvenzverwalter insoweit auch Verfügungsberechtigter i.S.d. § 35 AO.

Mit einem ohne Rechtsprüfung vorgenommenen Widerruf bereits genehmigter Steuerlastschriften erlangt die zukünftige Masse eine nicht gerechtfertigte Steuererstattung.

Wegen des Ausfalls des daraus erfolgenden Steuererstattungsanspruchs haftet der vorläufige Insolvenzverwalter persönlich dem Finanzamt nach §§ 35, 69 AO.

68 ZInsO 2011, 1860, 1861.

69 BGH, Urt. v. 14.2.1989 – XI ZR 141/88, WM 1989, 520, 521 = JurionRS 1989, 13357; v. 19.12.2002 – IX ZR 377/99, ZInsO 2003, 324 und v. 20.7.2010 – XI ZR 236/07, BGHZ 186, 269, 295 = ZInsO 2010, 1538.

Aussonderung nach Insolvenzanfechtung in Deutschland und Österreich

von Professor Dr. Martin Spitzer, Wien*

I. Ausgangspunkt

Für Insolvenzverfahren ist die Ausschaltung der Privatautonomie des Schuldners charakteristisch. Ihm wird nicht nur die Möglichkeit genommen, rechtsgeschäftlich Rechte und Pflichten zu begründen, er ist auch nicht mehr Herr über die Befriedigung seiner Gläubiger.¹ Unter regulären Bedingungen liegt es ja am Schuldner, welchen Gläubiger er wann befriedigt; seine privatautonome Gestaltungs- und Entscheidungsfreiheit über die Erfüllung von Verbindlichkeiten wird nur punktuell durch das Exekutionsrecht durchbrochen. Privatautonome und zwangsweise exekutive Schuldentilgung außerhalb der Insolvenz folgen dem Prioritätsprinzip, das *Paulus* prägnant auch als Ellenbogenprinzip bezeichnet.² Wer zuerst kommt, mahlt demnach zuerst, erlangt also zuerst Befriedigung. Spätere Gläubiger können nur mehr

auf die übrig gebliebenen Vermögenswerte greifen, auch wenn deren Realisierung vielleicht aufwendiger und langwieriger ist oder ihre Forderungen nicht deckt. Schuldentilgung im Insolvenzverfahren erfolgt hingegen im Wege der Gesamtvollstreckung und nach dem Prinzip der Gläubigergleichbehandlung.

Die Verschiedenheit der Modelle schafft seit jeher Anreize, sich volle Befriedigung am Vorabend der Insolvenz zu verschaffen, statt anschließend Teil der Risiko- und vor allem

* Institut für Zivil- und Unternehmensrecht Department für Unternehmensrecht, Arbeits- und Sozialrecht, Wirtschaftsuniversität Wien.

1 Bydlinski, System und Prinzipien des Privatrechts, 1996, S. 300.

2 Chr. Paulus, FS Medicus, 2009, S. 281.

Verlustgemeinschaft aller Gläubiger zu werden.³ Solchen Versuchen begegnet das Anfechtungsrecht, das der Privatautonomie rückwirkend Grenzen setzt.⁴ Wenn sich in historischen Quellen dafür die Bezeichnung des *Präkurses* findet,⁵ ist dies durchaus illustrativ. Das Anfechtungsrecht soll als Vorwirkung der insolvenzrechtlichen Verteilungsregeln verhindern, dass der Schuldner Vermögen der Verwertung entzieht oder einzelne Gläubiger zulasten der Gemeinschaft Vorteile lukrieren. Es verfolgt somit den Zweck, die Masse wieder aufzufüllen.⁶ Aus diesen Gründen können Rechtsgeschäfte unter bestimmten Voraussetzungen (§§ 28 – 31 IO/§§ 130 – 137 InsO) angefochten „und den Insolvenzgläubigern gegenüber als unwirksam erklärt“ werden (§ 27 IO).⁷

„Seit unvordenklichen Zeiten“⁸ wird über die Rechtsnatur der Insolvenzanfechtung gestritten, ein Problem, dem Eckardt zu Recht attestiert, zum Repertoire klassisch gewordener, ewig scheinender Auseinandersetzungen zu gehören.⁹ Im anfechtungsrechtlichen Schrifttum findet sich zwar häufig die Bemerkung, dass der Streit von geringer praktischer Bedeutung und hauptsächlich dem beträchtlichen theoretischen Reiz der Fragestellung zu verdanken sei,¹⁰ als die „*eigentliche Bewährungsprobe*“ der Theorien wird jedoch gesehen,¹¹ was zu gelten hat, wenn der Anfechtungsgegner insolvent ist. Die Frage ist in Österreich die längste Zeit nicht besonders intensiv diskutiert worden.¹² Man konnte in Anbetracht des bei vergleichbarer Rechtslage seit 100 Jahren gleichen Ergebnisses in Deutschland beruhigt sein. Damit war es allerdings vorbei, als der BGH im Jahr 2003 seine Rechtsprechung aufgegeben und nach einer spektakulären Judikaturwende den Gläubigern des ersten Schuldners nicht mehr wie in Österreich¹³ nur eine Insolvenzforderung, sondern unter breiter Zustimmung der Lehre stattdessen ein Aussonderungsrecht gewährt hat.¹⁴ Wohl auch deshalb ist das Problem in Österreich wieder so ins Blickfeld gerückt, dass Nunner-Krautgasser die Frage jüngst als besonders umstritten bewertet hat.¹⁵

II. Theorienstreit und Vorwertungen für die Aussonderung

Zur Erklärung der Rechtsnatur der Anfechtung lassen sich drei Strömungen identifizieren,¹⁶ die freilich jeweils wieder in verschiedenen Ausprägungen oder Modifikationen vertreten werden. Eine vollständige Würdigung der einzelnen Theorien ist hier weder möglich noch notwendig. Die verschiedenen Positionen sollen im Hinblick auf die Frage der Aussonderung nach Anfechtung nur schlaglichtartig rekapituliert werden, soweit sie für die Problemlösung maßgebend sein können.

1. Dingliche Theorie

Die heute kaum mehr vertretenen dinglichen Theorien¹⁷ gehen davon aus, dass das Geschäft zwischen Schuldner und Anfechtungsgegner unwirksam ist und keine dingliche Wirkung entfaltet. Da die Anfechtung aber nur eine relative Unwirksamkeit den Insolvenzgläubigern gegenüber bewirkt (§ 27 IO),¹⁸ führt diese Ansicht zu gespaltenem Eigentum.

Der Anfechtungsgegner wäre Eigentümer gegenüber allen Personen außer gegenüber den Gläubigern des Schuldners.¹⁹ Ein Vorteil der dinglichen Lösung liegt in der recht unproblematischen Beantwortung der Frage nach der Position der Gläubiger des ersten Schuldners in der Insolvenz des Anfechtungsgegners. Gewährt man ihnen gegen den Anfechtungsgegner einen dinglichen Anspruch, liegt die Konkursfestigkeit nahe.²⁰

2. Schuldrechtliche Theorie

Nach der breit vertretenen schuldrechtlichen Theorie hat die Anfechtung einer Rechtshandlung hingegen keine Aus-

3 Vgl. die Ausführungen von Jaeger, Die Gläubigeranfechtung außerhalb des Konkursverfahrens, 2. Aufl. 1938, S. 3 ff. zur *actio Pauliana* des römischen Rechts und ihrer Fortentwicklung und den illustrativen Bericht von Weishaar, Ueber Konkurs und Präkurs, 1802, S. 68 über das 16. Jahrhundert, der zeigt, dass das Problem des regelwidrigen Strebens nach persönlichen Vorteilen nicht epochengebunden ist.

4 Chr. Paulus (Fn. 2), S. 284.

5 Vgl. Titel 75 des Württembergischen Landrechts und dazu Weishaar (Fn. 3), S. 68 ff.

6 Ausführlich und differenziert zu den Fundamenten des Anfechtungsrechts jüngst Thole, Gläubigerschutz durch Insolvenzrecht. Anfechtung und verwandte Regelungsinstrumente in der Unternehmensinsolvenz, 2010, S. 279 ff.

7 In Deutschland ist diese – früher in § 29d KO positiviert – Wendung nicht mehr vorgesehen, vgl. HambKomm-InsO/Kreft, 6. Aufl. 2011, § 129 Rn. 8.

8 Gerhard, ZIP 2004, 1675.

9 Vgl. Eckardt, KTS 2005, 15. Diese Frage war in Deutschland immer in besonderem Maße kontrovers, sie war aber auch in Österreich immer wieder Gegenstand der Diskussion, vgl. König, Die Anfechtung nach der KO, 4. Aufl. 2009, Rn. 2/2 ff.

10 Gerhard, ZIP 2004, 1675; Henckel, in: Jaeger, KO, 9. Aufl. 1997, § 37 Rn. 64; Eckardt, KTS 2005, 17; zu Auswirkungen der Theorien vgl. MünchKomm-InsO/Kirchhof, 2. Aufl. 2008, Vor §§ 129 – 147 Rn. 20 ff.; Bork, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, Vor § 129 Rn. 8.

11 Henckel (Fn. 10), § 37 Rn. 64; jüngst auch Thole (Fn. 6), S. 540.

12 König (Fn. 9), Rn. 2/19.

13 OGH in SZ 52/193; OGH v. 9.11.1989 – 7 Ob 624/89; vgl. aber OGH v. 8.11.1995 – 7 Ob 606/95. Aus der Lehre s. insbesondere Bartsch/Pollak, Konkurs-, Ausgleichs-, Anfechtungsordnung, 3. Aufl. 1937, I 156; II 255; Konecny, in: Konecny, Kommentar zur InsO (IO), § 102 KO Rn. 10; König (Fn. 9), Rn. 2/19; Koziol, Grundlagen und Streitfragen der Gläubigeranfechtung, 1991, S. 50 ff.; ders./Bollenberger, in: Bartsch/Pollak/Buchegger, Österreichisches Insolvenzrecht, 14. Aufl. 2000, § 27 Rn. 15, 20; Nunner-Krautgasser, Schuld, Vermögenshaftung und Insolvenz, 2007, S. 138 Fn. 104.

14 Zum Verhältnis von Aussonderungsrecht und Absonderungsrecht in diesem Zusammenhang vgl. Henckel (Fn. 10), § 37 Rn. 64.

15 Nunner-Krautgasser (Fn. 13), S. 138 Fn. 104.

16 Ausführlich insbesondere G. Paulus, AcP 155 (1956), 279 ff.; Haas/Müller, ZIP 2003, 50 ff.; Haas, Berliner Kommentar Insolvenzrecht, 2011, § 143 Rn. 5 ff.; Henckel (Fn. 10), § 37 Rn. 2 ff.; ders. (Fn. 10), § 143 Rn. 3 ff.

17 S. aber Marotzke, KTS 1987, 2 Fn. 6, der die dingliche Theorie allerdings maßgebend modifiziert, worauf auch Koziol (Fn. 13), S. 50 hinweist. Als Untergruppen lassen sich einerseits die Rechtsgestaltungstheorie identifizieren, nach der die Anfechtung *ex tunc* rechtsgestaltend wirkt, insbesondere Hellwig, ZJP 26 (1899), 474 ff.; andererseits die Unwirksamkeitstheorie, nach der sich die Unwirksamkeit schon aus der Verwirklichung eines Anfechtungstatbestands ergibt, vgl. Lenhard, ZJP 38 (1909), 165 ff.; Geib, AcP 113 (1915), 355 ff.

18 MünchKomm-InsO/Kirchhof (Fn. 10), Vor §§ 129 – 147 Rn. 26 ff. beschäftigt sich kritisch mit der Vertretbarkeit der dinglichen Theorie nach der Neufassung des deutschen Insolvenzrechts durch die InsO.

19 S. den Überblick bei Koziol/Bollenberger (Fn. 13), § 27 KO Rn. 17.

20 So etwa Oertmann, ZJP 33 (1904), 3; vgl. aber Geib, AcP 113 (1915), 358.

wirkung auf die Vermögenszuordnung, sondern führt nur zu einem rein obligatorischen Anspruch²¹ auf Rückgabe der vom Schuldner an den Anfechtungsgegner erbrachten Leistung.²² Gewährt man dem Anfechtungsgläubiger nur ein Forderungsrecht, scheint dies in der Insolvenz des Anfechtungsgegners so stark für eine Insolvenzforderung zu sprechen, dass die Anhänger dieser Theorie ihr Ergebnis kaum je näher begründet haben.²³ Dennoch oder gerade deshalb ist die Ablehnung der Aussonderung nahezu ein identitätsstiftendes Charakteristikum der schuldrechtlichen Lehre,²⁴ der der BGH deklariert zumindest solange folgte, solange er eine Aussonderung noch ablehnte.²⁵ In Österreich wird – bei verschieden akzentuiertem systematischem Fundament der Anfechtung²⁶ – noch heute davon ausgegangen, dass ein Anfechtungsanspruch nicht zur Aussonderung berechtigt.

3. Haftungsrechtliche Theorie

Was die Konstanz der Vermögenszuordnung anlangt, gleicht die schuldrechtliche der haftungsrechtlichen Theorie, die in den letzten Jahrzehnten stark an Popularität gewonnen hat.²⁷ Ihr Verständnis verlangt eine grundsätzliche Einbettung in die Lehre vom Insolvenzrecht als Haftungsrecht.²⁸ Dieser liegt die Erkenntnis zugrunde, dass mit der Trägerschaft eines Rechts vielfältige Befugnisse und Funktionen verbunden sind. Der Eigentümer einer Sache kann sie etwa nutzen, verbrauchen oder auch darüber verfügen. Außerdem haftet die Sache grds. den Gläubigern des Eigentümers. Mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens soll diese Haftungsfunktion alle übrigen Aspekte verdrängen, das Vermögen des Gemeinschuldners nur mehr der Befriedigung der Gläubiger dienen und ihnen „haftungsrechtlich“ exklusiv so zugewiesen werden, wie eine Pfandsache dem Pfandgläubiger zur Befriedigung zugewiesen sei.²⁹ Es sei aber eben auch möglich, dass bei bestimmten Sachen keine solche haftungsrechtliche Zuweisung an die Gläubiger erfolge, sodass nicht jeder Gegenstand eines Schuldners zwangsläufig auch für seine Verbindlichkeiten hafte.³⁰ Die Gläubiger erlangten an solchen Sachen dann eben kein Befriedigungsrecht.

Bei haftungsrechtlicher Betrachtung ist das Titelgeschäft ebenso wirksam wie das Verfügungsgeschäft. Die von den Parteien gewollte Übertragung und die damit einhergehende Änderung der vermögensrechtlichen Zuordnung findet also gültig statt und bleibt aufrecht. Allerdings scheiden die in den Händen des Anfechtungsgegners befindlichen Gegenstände trotzdem nicht aus dem Haftungsfonds des Schuldners aus.³¹ Es kommt vielmehr zu einem Auseinanderklaffen von Rechtszuständigkeit und Haftungsfunktion. Auch der haftungsrechtlichen Theorie traut man zu, die Basis für die Ableitung der Entscheidung über die Aussonderung zu bieten: Beide Insolvenzmassen stellen Vermögen dar, die der Verwirklichung der Haftung zum Zweck der Gläubigerbefriedigung dienen. Das „konsequente Ergebnis“ der haftungsrechtlichen Unwirksamkeit des anfechtbaren Erwerbs sei daher, dass Gegenstände, die für die Verbindlichkeiten eines der beiden Gemeinschuldners haften, auch zugunsten seiner Gläubiger verwertet werden müssen und nicht zugunsten der Gläubiger desjenigen, dem sie gehören, ohne seinen

Gläubigern zu haften.³² Dass dieses Ergebnis nicht für alle Vertreter der haftungsrechtlichen Lehre zwingend ist, zeigen indes etwa die Ansichten von *Häsemeyer* und *Kozioł*. Beide befürworten eine Insolvenzforderung und bestreiten, dass die haftungsrechtliche Theorie die Frage der Aussonderung präjudiziert.³³ Vieles ist also auch knapp 10 Jahre nach der Rechtsprechungswende des BGH noch umstritten.

III. Impulse aus BGHZ 156, 350 = ZInsO 2003, 1096?

1. Ausgangspunkt

Diese Judikaturwende markiert das Ende einer über 100 Jahre unverbrüchlich feststehenden Überzeugung des deutschen Höchstgerichts.³⁴ Noch 1990 erteilte der BGH in einer Entscheidung zum Drittwiderspruchsrecht (§ 771 ZPO) zahlreichen Stimmen der Lehre, die für Vollstreckungsschutz plädierten, eine Absage, weil der anfechtungsrechtliche Rückgewähranspruch ein schuldrechtlicher Verschaffungsanspruch und kein die Veräußerung und damit die Exekution hinderndes Recht sei. Man könne diesen Anspruch nicht mit

21 Die Details sind umstritten, *Henckel* (Fn. 10), § 37 Rn. 16 ff.; *Kozioł* (Fn. 13), S. 55 ff.

22 Vgl. *Gerhardt*, Die systematische Einordnung der Gläubigeranfechtung, 1969, S. 6 ff.

23 *Henckel* (Fn. 10), § 37 Rn. 6; *Gerhardt*, ZIP 2004, 1677.

24 *Eckardt*, KTS 2005, 29; vgl. aber *Gottwald/Huber*, Insolvenzschrift-Handbuch, 4. Aufl. 2010, § 52 Rn. 3.

25 Für ein Verständnis als obligatorischer Rückgewähranspruch: BGHZ 22, 128, 134 = JurionRS 1956, 13996; BGHZ 101, 286, 288 = JurionRS 1987, 13201; dementsprechend gegen eine Aussonderung BGH, NJW 1990, 990, 992 = JurionRS 1990, 13947; BGHZ 71, 296, 302 (zum AnFG).

26 *Bartsch/Pollak*, Österreichisches Insolvenzrecht, 13. Aufl. 1937, S. 156 verfolgen etwa klar ein schuldrechtliches Konzept; *Kozioł* (Fn. 13), S. 50 ff. geht demgegenüber von einem haftungsrechtlichen Konzept aus. *König* (Fn. 9), Rn. 2/2 ff., 2/8 spricht von Ansprüchen eigentümlicher Art, gewährt aber ebenfalls nur eine Insolvenzforderung.

27 Vgl. *Haas/Müller*, ZIP 2003, 51.

28 Grundlegend *Henckel*, FS Weber, 1975, S. 237; *ders.* (Fn. 16), § 35 Rn. 2 ff.; jüngst aus österreichischer Perspektive *Nunner-Krautgasser* (Fn. 13), S. 308 ff.

29 Die Lehre von der haftungsrechtlichen Zuweisung lässt dementsprechend eine offenkundige Nähe zur Lehre vom Beschlagnahme erkennen, wie sie von *Köhler*, Lehrbuch des Konkursrechts, 1891, S. 99 ff. entwickelt wurde, vgl. *Haas/Müller*, ZIP 2003, 55 f.

30 *Henckel* (Fn. 28), S. 237; *ders.* (Fn. 16), § 35 Rn. 2 ff.; *Stadler*, Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion, 1996, S. 262; vgl. jüngst aus der österreichischen Literatur *Nunner-Krautgasser* (Fn. 13), S. 308 ff.

31 *G. Paulus*, AcP 155 (1956), 300; *Henckel* (Fn. 10), § 37 Rn. 8; *Bork*, Einführung in das Insolvenzrecht, 5. Aufl. 2009, Rn. 224; *Chr. Paulus*, in: *Kübler/Prütting/Bork* (Fn. 10), § 1 AnFG Rn. 24 spricht anschaulich von einer Vonselbstständigkeit der Befriedigungsfunktion.

32 *Henckel* (Fn. 10), § 37 Rn. 64, vgl. nunmehr aber die ausführliche – nicht mehr rein haftungsrechtliche – Begründung, *ders.* (Fn. 16), § 143 Rn. 30 f.; s. auch *Gerhardt*, Anm. zu BGH v. 23.10.2003 – IX ZR 252/01, LMK 2004, 34. Auch die meisten anderen Vertreter einer haftungsrechtlichen Erklärung befürworten die Aussonderung, dies gilt insbesondere für ihren Entwickler, *G. Paulus*, AcP 155, 338 ff.; und *Gerhardt* (Fn. 22), S. 334 f.

33 *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, 4. Aufl. 2007, Rn. 21.13, 21.16; *Kozioł* (Fn. 13), S. 50 ff.; vgl. auch *Eckardt*, KTS 2005, 29.

34 Erstmals RGZ 13, 5, 6; danach etwa, in: RGZ 40, 5, 6; 91, 367, 369; BGHZ 71, 296, 302; NJW 1990, 990, 992 = JurionRS 1990, 13947. Vgl. aber RGZ 30, 394; 40, 371; sowie das KG, NJW 1948, 914.

dem Herausgabeanspruch des Eigentümers oder Besitzers vergleichen, sondern vielmehr mit dem Anspruch des Käufers auf Übereignung der Kaufsache.³⁵

2. Judikaturwende

2003 hat sich diese Position zur Aussonderung allerdings radikal geändert. Der BGH hat zunächst – quasi als Vorbereitung der Judikaturwende – nur erkennen lassen, dass es ungenügend sei, die Frage der Aussonderung durch eine Ableitung aus Theorien beantworten zu wollen, „*deren Zweck es nur ist, das Wesen des maßgeblichen Rechts zu erklären*“.³⁶ Nur 3 Monate nach diesen ersten Zweifeln wurde die Rechtsprechungs-wende vollzogen. Der BGH betonte nun die Notwendigkeit, auf die Wertungen abzustellen, die den einschlägigen Gesetzesnormen zugrunde liegen. Es gehe darum, wessen Vermögen die Sache teleologisch zuzuordnen sei. Sei eine teleologische Zuordnung an die Gläubiger des ersten Schuldners zu bejahen, müsse auch „*unabhängig davon, ob man den Anfechtungsanspruch als obligatorischen Rückgewähranspruch versteht, grundsätzlich ein Aussonderungsrecht*“ bestehen.³⁷ Dass das möglich sei, zeigten Vorbilder, bei denen ein nur schuldrechtlich Berechtigter eine Sache aussondern kann.³⁸ So sei etwa bei der Treuhand anerkannt, dass das Eigentum überspielt werde. Der Gesetzgeber könne eine Zuordnung an eine vom Eigentümer verschiedene Person auch dadurch zum Ausdruck bringen, dass er dem Berechtigten lediglich einen schuldrechtlichen Rückgewähranspruch einräume, wie das bei § 667 BGB der Fall sei. Der Beauftragte ist danach – ähnlich wie nach § 1009 ABGB – verpflichtet, dem Auftraggeber alles, was er zur Ausführung des Auftrags erhält, wieder zurückzugeben, ein Anspruch, der Aussonderungskraft habe.³⁹ Schließlich stützt sich der BGH noch auf den Spezialfall von Ansprüchen der BvS (der früheren „Treuhand“) nach dem DMBilanzgesetz (DMBiG).

Eine Durchbrechung der dinglichen Zuordnung bewirkt nach Ansicht des BGH auch der Anfechtungsanspruch, so dass Sachen, die der Anfechtung unterliegen, wieder der den Gläubigern des ersten Schuldners haftenden Masse zugeführt werden müssen. Auch wenn sie vermögensrechtlich in das Eigentum des Anfechtungsgegners übergegangen seien, würden sie „*als ein dem Zugriff der Gläubigersamtheit zur Verfügung stehendes Objekt der Vermögensmasse des insolventen Schuldners behandelt*“.⁴⁰ Dieses Ergebnis sei „*nach der Interessenlage der Beteiligten*“ geboten, weil nicht einzusehen wäre, wenn die anfechtbare Vermögensverschiebung den Gläubigern des zweiten Schuldners zugutekäme.

Wer sich ein dogmatisch-systematisches Bekenntnis zum Fundament der Anfechtung und damit zur schuld- oder doch zur haftungsrechtlichen Theorie erwartet hat, wurde insofern enttäuscht, als der BGH seine Rechtsprechungs-wende deklariert wertungsorientiert und explizit ohne Festlegung in dieser Frage vollzieht. Eine haftungsrechtliche Schlagseite ist freilich unverkennbar,⁴¹ Gerhardt findet die Urteilsbegründung „*geradezu dekuvierend*“, was den Rückgriff auf

die haftungsrechtliche Zuordnung angehe.⁴² Grds. ist ein auf Wertungen und Interessenlagen statt Konstruktionsfragen gerichteter Blick natürlich zu begrüßen.⁴³ Zu fragen ist aber, ob die Wertungen einleuchten und auch für Österreich so überzeugen können, dass sie eine Richtungsänderung erforderlich machen.

IV. Stellungnahme

Die Begründung des BGH lässt das Augenmerk auf zwei Aspekte richten. Erstens die Parallele zu anderen Fällen obligatorischer Aussonderung und damit die Aussagekraft der Aussonderung bei Auftrag und der Treuhand; zweitens die teleologische Stimmigkeit der Verkürzung der Gläubiger des Anfechtungsgegners.

1. Aussagekraft sonstiger Aussonderungsfälle

Die vom BGH angezogenen Parallelen zu anderen, von ihm für vergleichbar gehaltenen Aussonderungsfällen stellen sich als wenig zielführend heraus. Beim Rekurs auf § 25 DMBiG ist das besonders augenfällig. Einerseits ergibt sich die Aussonderungskraft aus dem Gesetz,⁴⁴ andererseits betont Gerhardt zu Recht den sehr speziellen Hintergrund und Charakter dieser Bestimmung,⁴⁵ sodass auf eine Einbeziehung in die folgenden Überlegungen ohne Nachteil verzichtet werden kann.

a) Keine Parallele zum Auftragsrecht

Interessanter ist der Vergleich von Anfechtungsansprüchen mit schuldrechtlichen Herausgabeansprüchen wie jenen des Auftraggebers. Auch er führt aber nicht ans Ziel. Während nach der Anfechtung gerade keine vermögensrechtlich massefremde Sache herausverlangt wird,⁴⁶ ist die Massefremdheit für obligatorische Herausgabeansprüche konstitutiv.⁴⁷ Dies zeigt anschaulich die Verwahrung, bei der dem Hinterleger ein schuldrechtliches Aussonde-

35 BGH, NJW 1990, 990, 992 = JurionRS 1990, 13947.

36 BGHZ 155, 199, 203 = ZInsO 2003, 761; dazu Haas/Müller, EWiR 2004, 347; Häsemeyer, LMK 2003, 214.

37 BGHZ 156, 350, 359 = ZInsO 2003, 1096; dazu Gerhardt, LMK 2004, 34; Hess, WuB VI C., § 134 InsO 1.04; Huber, NZI 2004, 81; Eckardt, KTS 2005, 15.

38 Zur Argumentation mit § 145 InsO s. Gerhardt, ZIP 2004, 1678; Bork (Fn. 31), Rn. 224 Fn. 83; ausführlich Eckardt, KTS 2005, 35 ff. und zuletzt Thole (Fn. 6), S. 541.

39 Statt aller MünchKomm-InsO/Ganter, 2. Aufl., § 47 Rn. 341.

40 BGHZ 156, 350, 360 = ZInsO 2003, 1096.

41 So auch Eckardt, KTS 2005, 30; Bork (Fn. 31), Rn. 224 Fn. 83.

42 Gerhardt, ZIP 2004, 1678.

43 K. Schmidt, JZ 1990, 620; Eckardt, KTS 2005, 30; Haas (Fn. 16), § 143 Rn. 9; Gerhardt, ZIP 2004, 1678 erinnert im Zusammenhang damit allerdings auch an die Vorteile der Deduktion aus einem breiteren dogmatischen Fundament.

44 MünchKomm-InsO/Ganter (Fn. 39), § 47 Rn. 429 ff. und zur Aussonderungskraft BGH, ZInsO 2003, 797.

45 ZIP 2004, 1677.

46 Anderes gilt für die dingliche Theorie.

47 Ebenso Gerhardt, ZIP 2004, 1678.

rungsrecht gewährt wird. Im Sonderfall des *depositum irregulare* soll das jedoch nicht gelten. Weil der Verwahrer dabei Eigentümer der hinterlegten Sache wird, wird ein Aussonderungsrecht vielmehr einhellig ausgeschlossen.⁴⁸ Dasselbe gilt grds. auch für den Anspruch des Auftraggebers nach § 667 BGB.⁴⁹ Die Aussonderungskraft schuldrechtlicher Herausgabeansprüche (*reddere*-Ansprüche) sollte historisch nicht etwa die Masse verringern, sondern hatte zunächst den Zweck, dem Eigentümer selbst durch Beweiserleichterungen entgegenzukommen. In einem zweiten Schritt wurden dann auch Personen berechtigt, die zwar einen schuldrechtlichen Herausgabeanspruch hatten, aber nicht selbst Eigentümer waren, wie etwa der Hinterleger oder Verleiher fremder Sachen. Bei dieser Entwicklung ging es primär um den Schutz des Eigentümers,⁵⁰ die vermögensrechtliche Fremdheit wurde für Vollstreckungsschutz immer vorausgesetzt. Das persönliche Aussonderungsrecht des § 47 InsO/§ 44 IO, das dem Auftraggeber zustehen kann, kann somit nicht für eine Begründung genuin haftungsrechtlich basierter Aussonderungsrechte ins Treffen geführt werden, da es eigentumszentriert ist.⁵¹ Aus demselben Grund ist die vom BGH angedeutete Vergleichbarkeit solcher schuldrechtlicher Herausgabeansprüche mit der Treuhand nicht gegeben, da bei dieser eine Sache ausgesondert werden soll, die gerade nicht im vermögensrechtlichen Sinn massefremd ist.⁵² Eine Zusammenschau dieser beiden Tatbestände ist daher nicht geeignet, ein solides Fundament für die Beurteilung der Anfechtung zu schaffen.

b) Keine Verwertbarkeit der Treuhand

Damit bleibt die Möglichkeit einer isolierten Parallele zwischen Anfechtung und Treuhand, bei der das Eigentum nach Ansicht des BGH in vergleichbarer Weise „überspielt“ wird. Die Entscheidung sagt allerdings nicht, was aus der Bezugnahme auf die Treuhand folgen soll und worin die Vergleichbarkeit liegt. Beides wäre für deduktive Schlüsse aber von großer Bedeutung. Zweierlei ist denkbar: Einerseits die Hoffnung, in der Treuhand einen Beleg für den Umstand zu haben, dass ein schuldrechtlicher Anspruch überhaupt ausnahmsweise die Vermögenszuordnung durchbrechen kann; andererseits der Versuch, sie als Stütze für Vollstreckungsprivilegien auch bei der Anfechtung heranzuziehen.

Die erste Hoffnung wird zweifellos erfüllt. Es steht zwar fest, dass grds. die vermögensrechtliche Zuordnung auch über die Schuldenhaftung Auskunft gibt. Ebenso steht aber fest, dass dieses Prinzip punktuell durchbrochen wird und dass es Fälle gibt, in denen eine Sache haftungsrechtlich nicht ihrem Eigentümer zugewiesen wird. Dann steht sie den Gläubigern einer anderen Person zur Befriedigung zur Verfügung. In diesem Zusammenhang ist der Hinweis auf die Treuhand natürlich nicht falsch, aber auch nicht besonders ergiebig. Es gibt schließlich sogar Fälle, in denen eine besondere haftungsrechtliche Zuweisung ausdrücklich positiviert ist, und die sich für die Beweisführung daher besser eignen würden.⁵³ Dies gilt z.B. für § 392 Abs. 2 HGB/

UGB über das Kommissionsgeschäft, der Forderungen, die in der Person des Kommissionärs entstehen, haftungsrechtlich dem Kommittenten zuweist. Solche Forderungen fallen anerkannt in die Rechtszuständigkeit des Kommissionärs, dennoch können seine Gläubiger nicht darauf greifen.

Kritisch wäre hingegen der Gehalt der Treuhand als Vorbild für eine Aussonderung bei der Anfechtung zu sehen.⁵⁴ Die Aussonderung von Treugut wird nach wie vor für ein „juristisches Mirakel“⁵⁵ und „mit den bestehenden Grundsätzen unvereinbar“ gehalten.⁵⁶ Da Grund und Grenzen dieses Phänomens damit aber im Dunkeln liegen, ist bei Ähnlichkeitsschlüssen besondere Vorsicht geboten.⁵⁷ Nur weil bei der Treuhand das Eigentum mit den Worten des BGH „überspielt“ wird, muss das nicht auch für die Anfechtung gelten. Nicht der Umstand, dass bei der Treuhand ausgesondert wird, kann für die Beurteilung dieser Frage bei der Anfechtung helfen, sondern allenfalls die tragenden Gründe, warum das der Fall ist. Gerade darüber scheiden sich aber die Geister, was Schlussfolgerungen für die Anfechtung problematisch macht. Dies soll an den wichtigsten Begründungsansätzen demonstriert werden.

aa) Positivrechtliche Anerkennung

Die m.E. plausibelste Erklärung der Vollstreckungsprivilegien des Treugebers ist die gesetzliche Anerkennung dieses Zustands. Verlässt man das Kernprivatrecht, findet sich nämlich eine Fülle sondergesetzlicher Bestimmungen, die die gesetzgeberische Anerkennung des an sich regelwidrigen Aussonderungsrechts zum Ausdruck bringen. Das ist

48 Bartsch/Pollak (Fn. 26), S. 255 f.: „Da eine Aussonderung nur stattfindet, wenn die Sache dem Schuldner nicht gehört, ist zu unterscheiden zwischen Ansprüchen, die auf Verschaffung einer Sache gerichtet sind und solchen, die auf Herausgabe einer Sache gehen“.

49 Die h.A. lehnt eine Ausdehnung auf die mittelbare Stellvertretung ja ab und versucht eine Abgrenzung zur Treuhand, wo keine Treuhand gegeben sei, gibt es unter Zugrundelegung dieser Position auch keinen Vollstreckungsschutz.

50 Vgl. zur Entwicklung bei der Exszindierung die tiefeschürfende historische Aufarbeitung bei Picker, Die Drittwiderspruchsklage in ihrer geschichtlichen Entwicklung als Beispiel für das Zusammenwirken von materiellem Recht und Prozessrecht, 1981, S. 387 ff.

51 S. auch Eckardt, KTS 2005, 24.

52 So auch Gerhardt, ZIP 2004, 1678; ders., LMK 2004, 34; Eckardt, KTS 2005, 22.

53 Vgl. Eckardt, KTS 2005, 23 mit Hinweis u.a. auf das Verfolgungsrecht und die Ersatzaussonderung.

54 Eckardt, KTS 2005, 34.

55 Bydlinski (Fn. 1), S. 336.

56 Wilburg, JBl. 1949, 31.

57 A.A. Haas/Müller, ZIP 2003, 57 f., die als maßgebenden Grund für die Aussonderung bei Treugut den Umstand sehen, dass das Treugut dem Treugeber trotz dessen nur schuldrechtlichen Anspruchs so zugeordnet werde, dass darin eine Güterzuordnung liege. Bei der Anfechtung erfolge diese Zuordnung durch die Wertung, dass ein bestimmter Vermögenswert dem Anfechtungsgegner vorenthalten werden solle, s. auch Haas (Fn. 16), § 143 Rn. 115. S. zuletzt auch Thole (Fn. 6), S. 53 f., der meint, *cum grano salis* seien Treuhand und Anfechtung vergleichbar, da dem Treuhänder die Sache vorenthalten werde und der Anfechtungsgegner über sie nicht fehlerfrei verfügen könne.

nicht nur in Österreich der Fall,⁵⁸ auch für Deutschland ist dieser Weg gangbar,⁵⁹ über den *Henssler* pragmatisch meint, die Aussonderung sei nicht nur aufgrund einer gewohnheitsrechtlichen Fundierung, sondern auch aufgrund einer Reihe von kodifizierten Regelungen ein hinzunehmendes Axiom.⁶⁰ Dass dieser Zugang den Vollstreckungsschutz von Treugut nicht auf einer prinzipiellen Ebene zu rechtfertigen vermag, sondern ihn vielmehr zum Zustand erklärt, mag man durchaus als Manko empfinden, das angesichts der Problemstellung aber hinnehmbar erscheint. Wer erwartet, das System auch noch systemkonform sprengen zu können, erwartet zu viel. Das ist – wie schon *Heinrich Klang* erkannt hat – eben der Geburtsfehler der Treuhand.⁶¹

Während es für die Treuhand aber immerhin einen positiven Normenbestand gibt, fehlen vergleichbare Grundlagen für die Anfechtung vollkommen, sodass unter Zugrundelegung dieser Ansicht keine Parallele gezogen werden kann. Nicht anders verhält es sich mit dem für die Treuhand prominent vertretenen Rekurs auf Gewohnheitsrecht oder Rechtsfortbildung.⁶² Eine belastbare *consuetudo* zur Aussonderung bei Anfechtungsansprüchen wird nicht einmal behauptet und liegt in Anbetracht der langjährigen gegenteiligen Rechtsprechung auch zweifellos nicht vor.

bb) Verschwimmen der Grenzen von Sachenrecht und Schuldrecht

Auch die Aussagekraft der sonst für die Treuhand vertretenen Begründungsansätze hält sich in Grenzen. Immer wieder wird die Theorie der Wertverfolgung ins Treffen geführt. *Walter Wilburg* hat im Jahr 1949 die Ansicht entwickelt, dass ein Gläubiger, „dessen Anspruch sich auf Rückgabe oder Vergütung eines Werts richtet, der von ihm in das Vermögen des Schuldners gelangt ist“, ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus diesem Wert habe.⁶³ Diese noch sehr allgemein gehaltene Theorie haben *Kozio* und *Behr* maßgebend vertieft, dabei aber auch verschiedene Aspekte verändert oder verschieden betont. Während für *Wilburg* etwa auch die freiwillige Vorleistung eines Gläubigers kein Hindernis für Insolvenzvorräte war, wollen *Behr* und *Kozio* darauf abstellen, dass kein Kreditierungsrisiko übernommen wurde. Wenn aber demjenigen Schutz versagt werden soll, der selbst ein Risiko eingeht, wird gerade ein Schutz des Treugebers durchaus problematisch.⁶⁴ Davon abgesehen ist die Berechtigung der Wertverfolgung an sich fraglich. Für sie spricht *de lege lata* wenig,⁶⁵ vielmehr ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber eine gegenteilige Systementscheidung getroffen hat. Auch *de lege ferenda* ist die Vorzugswürdigkeit der Wertverfolgung aber keineswegs erwiesen. Dass deren Ablehnung „die Gerechtigkeit verspotte“⁶⁶ kann jedenfalls entgegen *Wilburg* nicht behauptet werden. Für die hier interessierende Frage kommt noch erschwerend hinzu, dass selbst die Anhänger der Wertverfolgung die Tauglichkeit der Begründung eines Aussonderungsrechts gerade bei der Insolvenzanfechtung leugnen.⁶⁷

Ebenso wäre es zum Scheitern verurteilt, die Anfechtung in die von *Wolfgang Wiegand* skizzierte Aufweichung der Fronten von Sachenrecht und Schuldrecht einzuordnen.

Dass es eine solche „unverkennbare Tendenz, die strikte Trennung [...] aufzuheben“ gibt, konstatiert – durchaus bedauernd – auch *Astrid Stadler*.⁶⁸ Gerade vor dem Hintergrund des deutschen Abstraktionsprinzips lässt sich ja tatsächlich eine Vielzahl von Durchbrechungen der vom Gesetzgeber ursprünglich gewollten kategorialen Trennung von Sachenrecht und Schuldrecht feststellen.⁶⁹ Sie bilden für

58 Eine Anerkennung erfolgt für Österreich teilweise explizit, wie das in den § 31a MaklerG, § 43 Abs. 2 VersVG zum Ausdruck kommt, die für bestimmte, von Versicherungsvermittlern treuhändig geführte Kundenkonten eigens anordnen, dass „zugunsten der berechtigten Versicherungskunden das Widerspruchsrecht gem. § 37 EO sowie das Aussonderungsrecht gem. § 44 IO“ gelten. In anderen Fällen sprechen zumindest die Materialien von der Aussonderung bei der Treuhand, so etwa bei der Kautio im Heimvertragsrecht, die nach § 27 KSchG auf einem Treuhandkonto anzulegen ist und an der ausweislich der Materialien dem Heiminsassen ein Aussonderungsrecht zukommen soll, EB RV 202 BlgNR 22. GP 11.

59 In Deutschland hat jüngst *Löhnig*, Treuhand. Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte, 2006, S. 771 ff. an den Treuhänder nach § 292 InsO angeknüpft, s. davor schon *Henssler*, AcP 196 (1996), 51 und auch *Eckardt*, KTS 2005, 26.

60 *Henssler*, AcP 196 (1996) 51.

61 *Klang*, JBl. 1931, 357.

62 *Bauer*, DZWIR 2007, 191; *Bydliński* (Fn. 1), S. 350; *Canaris*, NJW 1973, 831; *Coing*, Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts (1973), S. 44, 177; *Gernhuber*, JuS 1988, 358; *Gruber*, JBl. 2001, 207; *Haas/Müller*, ZIP 2003, 52; *Hämmerle*, Gutachten über die Frage: Empfiehlt sich eine Regelung des Treuhänderverhältnisses, 36. DJT (1930), S. 681; *Henssler*, AcP 196 (1996), 51; *Jaeger*, Anm. zu RG v. 5.11.1918 – 202/18 VII, JW 1919, 107; *Kastner*, FS Hämmerle, 1972, S. 164; *Kuhn*, WM 1964, 1005; *Jaeger/Lent*, KO, 8. Aufl. 1958, § 43 Anm. 41; *Staudinger/Martinek*, InsO, 2006, § 675 Rn. A 69; *Serick*, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung III, 1970, § 35 II 2a (S. 294); *ders.*, Festgabe 50 Jahre BGH, 2000, S. 758; *Stadler* (Fn. 30), S. 107; *Uhlenbruck/Uhlenbruck*, InsO, 12. Aufl. 2003, § 47 Rn. 32.

63 *Wilburg*, JBl. 1949, 29.

64 *Gruber*, JBl. 2001, 211; vgl. auch *Fridgen*, ZInsO 2004, 537. Dies erkennt natürlich auch *Kozio* (FS Wesener, 1992, S. 274), er will aber dennoch Schutz gewähren, da der Treugeber nur die Einräumung der Verfügungsmöglichkeit beabsichtige, aber keine umfassende Eingliederung in das Vermögen des Treuhänders, vgl. *Bollenberger*, Irrtum über die Zahlungsunfähigkeit. Aussonderung durch Anfechtung, 1994, S. 136.

65 Jüngst hat *Butschek*, ÖBA 2011, 101, der 1991 noch die Wertverfolgung in Betracht gezogen hat (Die Rechtsstellung des Treugebers bei der uneigennützigen Treuhand, JBl. 1991, 369) ihre Tauglichkeit zur Begründung des Aussonderungsrechts des Treugebers endgültig verneint. Ein solches Prinzip werde hauptsächlich aus Treuhand und Kommissiongeschäft abgeleitet, sodass die Gefahr eines Zirkelschlusses bestehe, wenn damit die Treuhand begründet werde. Auch der OGH hat sich explizit gegen die Wertverfolgung gewendet (OGH in ÖBA 2000/869 [Apathy] = ecollex 2000/4 [Wilhelm]).

66 *Wilburg*, JBl. 1949, 29.

67 *Kozio* (Fn. 13), S. 53.

68 *Stadler* (Fn. 30), S. 102, 110 (im Zusammenhang mit der Treuhand).

69 Der Eigentumserwerb setzt nach dem BGB aufgrund des Abstraktionsprinzips ja grds. nur die dingliche Einigung voraus. Dies macht an sich die Prüfung erforderlich, ob sich ein Fehler des Titelgeschäftes im sachenrechtlichen Geschäft wiederholt oder ob die Unwirksamkeit des Grundgeschäftes die Einigungserklärung sonst in gleicher Weise ergreift, *Stadler* (Fn. 30), S. 82 ff. Dabei kommt die deutsche h.A. zu einer – nicht im juristischen Sinn – nahezu „österreichischen Lösung“, gelte es doch, das Abstraktionsprinzip zwar „als geltendes Recht anzuerkennen, aber nicht zu übertreiben“, *Wolff/Raiser*, Sachenrecht, 10. Aufl. 1957, § 66 I 2 (S. 237). Anerkannt sind jedenfalls die Auswirkung von Drohung und List sowie in manchen Fällen der Gesetz- und Sittenwidrigkeit auf das Verfügungsgeschäft. Auch bei bestimmten Irrtumsfällen wird eine Ausstrahlung vom Titelgeschäft auf die Übereignung bejaht. Umstritten ist nach wie vor die einvernehmliche Verknüpfung von Grundgeschäft und dinglichem Vertrag, *Wieling*, Sachenrecht, 2. Aufl. 2006, § 1 III 4c bb (S. 43 ff.); vgl. aber *Wolff/Raiser*, Sachenrecht, 10. Aufl. 1957, § 66 I 2 (S. 238); *MünchKomm-BGB/Busche*, 5. Aufl., § 139 Rn. 20; BGHZ 112, 376 = JurionRS 1990, 14323.

Wiegand einzelne Mosaiksteine, aus denen sich zusammen das Bild einer teilweisen Annäherung der beiden Pandekten ergibt. Daraus folgert Wiegand die Anerkennung zweckgebundenen Eigentums⁷⁰ und versteht die Treuhand als Reflex dieser Zweckgebundenheit.⁷¹ Auch wenn darüber durchaus diskutiert werden könnte – so wird bei der Treuhand nicht eigentlich das Abstraktionsprinzip durchbrochen, sondern die Abstraktheit des Rechts selbst – lässt sich all das für die Anfechtung offenkundig ohnehin nicht fruchtbar machen.⁷² An der notwendigen privatautonomen Zweckbindung fehlt es gerade.⁷³

Das Fehlen einer solchen Zweckbindung schließt es auch aus, vertragliche Lastwirkungen zur Begründung der Aussonderung heranzuziehen, wie Grundmann das für die Treuhand versucht hat. Für ihn ist „die Wirkung der (vertraglichen) Treubindung, den Vollstreckungszugriff zu beschränken“⁷⁴ eine grds. zulässige Reflexwirkung der Parteienvereinbarung.⁷⁵ Eine solche vertragliche Lastwirkung hilft bei der Anfechtung aber nicht, da es gerade keinen gemeinsamen Parteiwillen gibt, eine Sache dem Haftungsfonds ihres Eigentümers vorzuenthalten.⁷⁶

cc) Publizität

Keiner dieser für die Treuhand entwickelten Begründungsansätze spricht dafür, dass es auch bei der Anfechtung zur Aussonderung kommen müsste. Ein ganz erhebliches Problem ist schließlich noch das Fehlen der Offenkundigkeit des Vollstreckungsprivilegs. Eine wichtige Strömung in der Lehre begründet die Aussonderung bei der Treuhand mit der Offenkundigkeit fremder Geschäftsbesorgung und nimmt dafür Anleihen beim Kommissionsgeschäft, bei dem die Protokolle (allerdings) zum BGB in diese Richtung deuten.⁷⁷ An der Stichhaltigkeit dieses Ansatzes ist zwar zu zweifeln, da die gesetzgeberischen Entwicklungen der letzten Jahre es immer schwerer gemacht haben, die der „Aussonderung qua offenkundiger Geschäftsbesorgung“ entgegenstehenden Hindernisse – vor allem die Gewährung von Vollstreckungsschutz beim Gelegenheitskommissionär – weg zu interpretieren. Das Kriterium der Offenkundigkeit kann jedoch, wenn schon nicht als Begründung, so doch als Begrenzung der haftungsrechtlichen Durchbrechungen des Vermögensrechts wertvoll sein. Zu Recht fordert der BGH etwa bei der Liegenschaftstreuhand die grundbuchliche Offenkundigkeit.⁷⁸ Wenngleich sich die h.A. in Österreich dem noch nicht angeschlossen hat, mehren sich die Stimmen, die Offenkundigkeit als Voraussetzung für Vollstreckungsschutz des Treuhänders fordern.⁷⁹ Die Ausgangssituation ist dafür noch günstiger als in Deutschland, hat Österreich doch bei der Sicherungsübertragung einer publizitätslosen Umgehung des Pfandrechts widerstanden⁸⁰ und so den Schutz des Rechtsverkehrs höher bewertet.

Verlangt man aber bei der Treuhand Offenkundigkeit, schützt man den Rechtsverkehr vor der Gefahr, die sich aus der Diskrepanz von Haftung und Vermögenszuordnung ergibt. Sie besteht bei der Anfechtung genauso, wenn man die Aussonderung bejaht. Der durch eine Aussonderung von

Anfechtungsansprüchen angestrebte Erfolg steht in Widerspruch zum Schutz der Interessen der Eigengläubiger des Anfechtungsgegners. Dies entspricht der Situation bei der Treuhand unmittelbar, sodass auch bei der Anfechtung das notwendige Fehlen der Publizität gegen eine Aussonderung spricht.⁸¹ Bemerkenswert ist dabei zweierlei:

Der BGH stellt in seiner Entscheidung auch auf privilegierte Ansprüche nach § 25 DMBilG ab, nach dem die BvS (die frühere „Treuhand“) einen Aussonderungsanspruch hat. Die Bestimmung ist für die Gesamtdiskussion zwar unergiebig.⁸² Auffällig ist jedoch, dass das Problem der Gläubigergefährdung im DMBilG erkannt und gelöst wurde, da nach § 25 Abs. 5 Satz 2 DMBilG die Gläubiger des insolventen Schuldners vor einem Entzug von Vermögen geschützt werden.⁸³ Diesen Aspekt hat der BGH bei seinen Überlegungen nicht berücksichtigt. Außerdem fällt auf, dass der Gläubigerschutz trotz der schwächeren Verwirklichung der kreditsicherungsrechtlichen Publizität mit ganz vergleichbarer Begründung auch für Deutschland als Hindernis einer Aussonderung nach Anfechtung ins Treffen geführt wird. Eckardt bringt es auf den Punkt: Die Zubilligung der Haftungspriorität für den Anfechtungsanspruch bedeute nichts anderes als die de facto rückwirkende Verminderung des

70 Wiegand, AcP 190 (1990), 126.

71 Wiegand, AcP 190 (1990), 136.

72 Dies gilt unabhängig von den Bedenken, die gegen die Lösung grds. und vor dem Hintergrund des spezifisch österreichischen Normenumfeldes bestehen.

73 Häsemeyer (Fn. 33), Rn. 21.16 Fn. 69; vgl. aber Haas/Müller, ZIP 2003, 57, nach denen nur maßgebend sei, dass dem Insolvenzschuldner der Substanzwert vorenthalten ist.

74 Grundmann, Der Treuhandvertrag, 1997, S. 300 f.

75 Die Stichhaltigkeit dieses Ansatzes für die Treuhand kann hier dahinstehen. Die Frage, ob durch Vertrag die Sollmaße oder das der Vollstreckung unterworfen Vermögen überhaupt eingeschränkt werden kann, bleibt aber jedenfalls offen, wenn man diese Wirkung zur Lastwirkung erklärt und dieser Überlegung die Zulässigkeit von Lastwirkungen zugrunde legt, vgl. die Kritik bei Haas/Müller, ZIP 2003, 54; Fridgen, ZInsO 2004, 358; Bitter, Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung, 2006, S. 288; Löhnig (Fn. 59), S. 744.

76 Vgl. ebenso krit. Eckardt, KTS 2005, 34 f.

77 Prot II 360 ff. (Mugdan II 947 ff.). Darauf stellt prominent Canaris, FS Flume, 1978, S. 407 ab, auch Oertmann, JherJB 66, 174 und Friedmann, Gutachten über die Frage: Empfiehlt sich eine gesetzliche Regelung des Treuhänderverhältnisses, 36. DJT, S. 890 ff. haben diesen Aspekt schon betont. Krit. hingegen z.B. Hager, AcP 180 (1980), 250 Fn. 42; s. auch Bydlinski (Fn. 1), S. 340.

78 BGHZ 155, 227, 231 = ZInsO 2003, 797 = WuB VI C., § 47 InsO 1.03 (Bitter), dazu Henssler/Rubner, LMK 2003, 2376; Armbrüster, DZWIR 2003, 485; krit. Stürner, KTS 2004, 260 f.

79 Vgl. zuletzt König, Anm. zu OGH v. 21.12.2009 – 8 Ob 12/09m, JBl. 2010, 244, der dem Treugeber mit Selbstverständlichkeit Vollstreckungsschutz nur bei Offenkundigkeit gewähren will.

80 Vgl. etwa Perner/Spitzer/Kodek, Bürgerliches Recht, 2. Aufl. 2008, S. 450 f.

81 Auf der Prämisse aufbauend, dass bei der Treuhand eine Aussonderung auch ohne Offenkundigkeit der Rechtsposition möglich ist, hat Koziol (Fn. 13), S. 52 f. die argumentativ schwierigere Aufgabe, den Unterschied zur Anfechtung darzulegen. Er sieht ihn im Gedanken der Wertverfolgung. Dieser Begründungsschritt bleibt der hier vertretenen Auffassung erspart.

82 S. schon oben IV. 1.

83 „Soweit Gläubiger, deren Ansprüche nach dem 1.7.1990 entstanden sind, durch die Übertragung benachteiligt werden, sind sie von der Treuhandanstalt bis zur Höhe des Verkehrswerts der übertragenen Vermögensgegenstände schadlos zu stellen“.

Haftungsfonds und die Enttäuschung berechtigter Erwartungen der Eigengläubiger des Anfechtungsgegners. Gerade diese Erwartungen würden aber durch die InsO geschützt, die die haftungsrechtliche und dingliche Zuordnung grds. gleichschalte.⁸⁴

2. Berücksichtigung beider Gläubigergruppen

Damit ist die Brücke zur Frage geschlagen, ob die Gläubiger des ersten Schuldners wertungsmäßig besser stehen sollten als jene des zweiten. Der BGH geht davon ganz offenkundig aus, wenn er meint, dass Sachen nach Anfechtung wieder der den Gläubigern haftenden Masse zugeführt werden müssten. „Damit wird infolge der insolvenzrechtlichen Anfechtung das zunächst rechtmäßig begründete Eigentum in ähnlicher Weise überspielt wie dasjenige des insolvent gewordenen Treuhänders“. „Damit“ wird indes bei näherer Betrachtung wohl eigentlich nichts überspielt,⁸⁵ vielmehr wird ein Zusammenhang suggeriert, mit dem der BGH in das Schema verfällt, das er selbst kritisiert: die Ableitung aus einer Theorie.⁸⁶

Die Frage ist ja gerade, ob der Anfechtungsanspruch Aussonderungskraft hat. Dann steht aber die Begründung eben dieser Aussonderungskraft damit, dass das, was dem Anfechtungsgegner nicht zusteht, auch seinen Gläubigern nicht zusteht, unter dem Verdacht einer *petitio principii*.⁸⁷ Eckardt warnt dementsprechend davor, aus dem „zugegebenermaßen verführerischen“ Begriff einer haftungsrechtlichen Unwirksamkeit mehr herauszuholen als an anfechtungsrechtlicher Teleologie darin enthalten ist.⁸⁸ Auch bei grundsätzlicher Billigung der haftungsrechtlichen Theorie geht es bei diesem Problem gerade um die Grenzziehung, die nur gelingen kann, wenn der Blick auch auf die Gläubiger des Anfechtungsgläubigers gerichtet wird.⁸⁹ Sie haben ganz evident ebenso ein Interesse am Vermögenswert.⁹⁰

Die Interessen der Eigengläubiger des Anfechtungsgegners sind auch den Befürwortern der Aussonderung natürlich nicht verborgen geblieben. Häufig findet sich daher die Wertung, dass die Gläubiger des ersten Schuldners die Vermögenswerte als Haftungsfonds mehr verdient hätten als jene des zweiten,⁹¹ eine Ansicht, die letztlich auch hinter der Entscheidung des BGH steckt. Träfe das zu, spräche das für den Vorzug vor den Eigengläubigern und damit für eine Aussonderung. Diese Wertung nimmt das Ergebnis freilich nur vorweg, begründet es aber nicht.⁹² Wenn der BGH meint, nur die Aussonderung führe zu einem billigen und interessengerechten Ergebnis,⁹³ setzt das eine Vorstellung von Billigkeit und Interessengerechtigkeit und somit eine entsprechende Wertung zugunsten der Gläubiger des ersten Schuldners bereits voraus.⁹⁴ Deren sachliche Rechtfertigung ist nicht gesichert. Da die Aussonderung eine Abweichung vom Prinzip wäre, dass die haftungsrechtliche Zuordnung mit der vermögensrechtlichen Zuordnung einhergeht, liegt die „argumentative Bringschuld“ für diese Ausnahme bei ihren Befürwortern.⁹⁵ Sie wird nicht durch den Hinweis eingelöst, es sei nicht einsichtig, „warum die Gläubiger des insolvent gewordenen Anfechtungsgegners von Rechtshand-

lungen sollten profitieren können, die – im Hinblick auf die beiderseitige Insolvenz – als ungerechtfertigte Vermehrung der Vermögensmasse des Empfängers erscheinen. Nur die Änderung der Güterzuordnung mittels Anfechtung führt daher zu einem billigen und interessengerechten Ergebnis“.⁹⁶

Gegen eine Ausnahme vom Prinzip spricht nicht nur die Berufung auf ein *non liquet*. Die einander gegenüberstehenden Gläubigergruppen haben eines gemeinsam: Beide haben keine dinglichen Vorzugsrechte an den Vermögensgegenständen ihres jeweiligen Schuldners erworben, sondern im Vertrauen oder auch nur der Hoffnung darauf Kredit gewährt, dass ihnen Haftungsfonds zur Befriedigung zur Verfügung stehen. Beide hätten es somit in der Hand gehabt, sich Sicherheit zu verschaffen: Hätten die Gläubiger des ersten Schuldners nämlich ein stärkeres Befriedigungsrecht erworben, müssten sie den Konflikt nicht fürchten. Dasselbe gilt für die Gläubiger des Anfechtungsgegners, die an den der Anfechtung unterliegenden Gegenständen durchaus anfechtungsfeste Pfandrechte erwerben hätten können (§ 38 Abs. 2 Nr. 1 IO/§ 145 Abs. 2 InsO).

Beide Gläubigergruppen sind daher am flüchtigen, weil durch Verfügungen des Schuldners jederzeit veränderbaren, Haftungsfonds durch ihre relativen Forderungsrechte berechtigt.⁹⁷ Wieso aus dieser gleichen Ausgangsposition ein drittwirksames Recht werden soll, bedürfte einer besonderen Rechtfertigung. Dieses Recht soll ja gegen die zweite Gläubigergruppe durchgesetzt werden, die in derselben Position ist wie die Gläubiger des ersten Schuldners. Das Vorrecht soll die Folgen eigener Dispositionen auf andere abschieben,⁹⁸ weswegen Koziol und Häsemeyer es in dieser Situa-

84 Eckardt, KTS 2005, 31 f.

85 So schon Eckardt, KTS 2005, 33; Thole (Fn. 6), S. 540 kritisiert die blasse Argumentation.

86 Die Argumentation des BGH ähnelt jener, die Henckel (Fn. 10), § 37 Rn. 64 ursprünglich vertreten hat, der meinte, Gegenstände, die für die Verbindlichkeiten eines Gemeinschuldners haften, müssten auch zugunsten seiner Gläubiger verwertet werden und nicht zugunsten der Gläubiger desjenigen, dem sie gehören, ohne seinen Gläubigern zu haften. Die daran geübte Kritik von Eckardt hat Henckel jedoch veranlasst, in der Neuauflage ausführlich nachzulegen und seine Ansicht historisch zu untermauern, Henckel (Fn. 16), § 143 Rn. 30 ff.

87 Eckardt, KTS 2005, 33 und jüngst auch Thole (Fn. 6), S. 541.

88 Eckardt, KTS 2005, 31.

89 Dies betont auch Koziol (Fn. 13), S. 39, 51 f.

90 Zu Verkehrsinteressen als Begrenzung der Insolvenzanfechtung Thole (Fn. 6), S. 301 ff.

91 Uhlenbruck/Hirte (Fn. 62), § 129 Rn. 140 (vor der Judikaturwende); Glatt, in: Mohrbutter/Ringstmeier, Handbuch Insolvenzverwaltung, 8. Aufl. 2007, § 9 Rn. 181; HambKomm-InsO/Rogge, 2007, § 143 Rn. 87; vgl. schon G. Paulus, AcP 155 (1956), 336 ff.; Gerhardt (Fn. 22), S. 334.

92 Ähnlich Eckardt, KTS 2005, 32, der kritisch fragt, ob es sich dabei nicht eher um ein Postulat als eine tragfähige Begründung handelt.

93 BGHZ 156, 350, 361 = ZInsO 2003, 1096.

94 Das herangezogene Billigkeitskriterium wird von Eckardt, KTS 2005, 33 scharf kritisiert.

95 So auch Eckardt, KTS 2005, 32.

96 BGHZ 156, 350, 361 = ZInsO 2003, 1096.

97 Eckardt, KTS 2005, 32 f.

98 Häsemeyer, KTS 1982, 531.

tion bedenklich fänden, wenn die Anfechtungsrechte stärker wirkten als die relativen Befriedigungsrechte, deren Schutz sie dienen.⁹⁹ Stattdessen wollen sie die *par conditio creditorum* einhalten und die Forderungen unbesicherter Anfechtungsgläubiger als Insolvenzforderungen behandeln. Sonst käme es zur seltsamen Situation, dass zur Aufrechterhaltung der Gläubigergleichbehandlung im ersten Konkurs derselbe Grundsatz im zweiten Konkurs verletzt werden sollte.¹⁰⁰

3. Schlussfolgerungen für die Anfechtung

Die Anfechtung einer Rechtshandlung kann zu Ansprüchen auf Rückgewähr anfechtbar übertragener Sachen führen. Davon profitieren die Gläubiger des Schuldners. Da diese Gläubiger vor Insolvenzeröffnung aber keine absolut wirkenden Befriedigungsrechte erworben haben, stehen sie in der Insolvenz des Anfechtungsgegners einer Gruppe von Gläubigern gegenüber, die sich in derselben Position wie sie befinden, nämlich den Eigengläubigern des Anfechtungsgegners.

Wie der BGH betont hat, kann die Frage, ob Anfechtungsansprüche Aussonderungsrechte begründen sollen, nicht durch Ableitung aus den zur Rechtsnatur der Insolvenzan-

fechtung entwickelten Theorien beantwortet werden. Da diese nicht für die Entscheidung über einen solchen Grenzbereich der Anfechtung entwickelt wurden, wäre damit die Gefahr sachwidriger Ergebnisse verbunden.

Eine Entscheidung erfordert stattdessen die wertende Einbeziehung beider Gläubigergruppen. Bedenkt man deren gleiche Ausgangsposition, ist für eine Aufwertung der Ansprüche der Gläubiger des ersten Schuldners gegenüber jenen der Gläubiger des zweiten Schuldners eine besondere Rechtfertigung notwendig, die aber nicht in Sicht ist. Beide Gläubigergruppen haben im Vertrauen auf den Haftungsfonds ihres Schuldners Kredit gewährt. Es wäre nicht einzusehen, warum die Rechtsposition einer der beiden Gruppen verabsolutiert werden und damit größeren Schutz genießen sollte als ihr als Gläubiger einer ungesicherten Forderung je zugestanden wäre. Eine Abweichung vom Gleichbehandlungsgrundsatz ist damit nicht zu begründen.

99 Häsemeyer (Fn. 33), Rn. 21.16; Koziol (Fn. 13), S. 39, 51 ff.

100 Koziol (Fn. 13), S. 39. Ob der dagegen von Thole (Fn. 6), S. 542 erhobene Einwand der *petitio principii* gerechtfertigt ist, erscheint zweifelhaft. Immerhin steht ja die Grundregel in Form der *par conditio* fest, es geht nur um die Begründung einer Ausnahmeregel, vgl. dazu auch Eckardt, KTS 2005, 27.

Der unter rechtlicher Betreuung stehende Schuldner

von Richter am Amtsgericht (Insolvenzgericht) Dr. Stephan Beth, M.C.L., Ludwigshafen am Rhein¹

Seit dem Inkrafttreten des Betreuungsgesetzes zum 1.1.1992, das die Rechtsinstitute der Entmündigung, Vormundschaft über Volljährige und Pflegschaft für Gebrechliche durch die gesetzliche Betreuung ersetzt hat, steigt die Anzahl der Betroffenen jährlich an. Allein im Zeitraum von 1995 – 2007 ist es im gesamten Bundesgebiet zu einer Verdoppelung der Betreuungen auf über 1,2 Mio. gekommen.² Vor diesem Hintergrund werden auch im Insolvenzverfahren immer häufiger Fragen im Zusammenhang mit betreuten Schuldnern aufgeworfen. Dabei verzichtet die InsO auf eigenständige Regelungen im Hinblick auf Betreute. Der folgende Beitrag will zum einen die Grundzüge der rechtlichen Betreuung darstellen und zum anderen die konkreten Auswirkungen auf das Insolvenzverfahren beleuchten.

I. Grundzüge des Betreuungsverfahrens

1. Begriffsklärung

Ähnlich wie das Insolvenzrecht, bewegt sich auch das Betreuungsrecht im Spannungsfeld von Fürsorge und Entrechtung. Dabei ist zunächst klarzustellen, dass sich die rechtliche Betreuung nicht in erster Linie mit rein tatsächlichen Betreuungsdefiziten befasst, sondern die Begründung einer Vertretungskompetenz regelt. Der Betreuer soll rechtlich in die Lage versetzt werden, eine tatsächliche Betreuung für den Betreuten zu organisieren.

Soweit im allgemeinen Sprachgebrauch häufig die Begriffe der *Entmündigung* oder *Vormundschaft* für Betreuungssachverhalte verwendet werden, hinkt allerdings die Wahrnehmung der gesetzlichen Neukonzeption hinterher. Das Betreuungsgesetz hat nämlich den Begriff der *Entmündigung* durch den Begriff der *Betreuung* ersetzt. Der Gesetzgeber beabsichtigte dabei keine bloß terminologische Änderung,

sondern konzipierte die Betreuung primär als Hilfeleistung in Bezug auf rechtliche Angelegenheiten. Dementsprechend tritt der Betreuer mit seiner Entscheidungsbefugnis grds. nur neben den Betreuten. Auf die Geschäftsfähigkeit des Betreuten hat die Einrichtung einer Betreuung im Regelfall keinen Einfluss.

Die Betreuung ist weiterhin abzugrenzen von der *Vormundschaft*, die gem. § 1773 BGB nur für Minderjährige angeordnet wird, obwohl das für Betreuungen zuständige Gericht bis zum Inkrafttreten des FamFG noch als VormG bezeichnet worden ist. Eine Betreuung wird demgegenüber gem. § 1896 BGB nur für Volljährige eingerichtet.³

1 Der Beitrag beruht auf einem Vortrag, den der Verfasser bei der Einführungstagung für Insolvenzrichterinnen und Insolvenzrichter der Länder Baden-Württemberg und Rheinland-Pfalz am 5.5.2011 in Dannenfels gehalten hat.

2 Pardey, Betreuungs- und Unterbringungsrecht, 4. Aufl. 2009, Rn. 39.

3 Eine Ausnahme sieht § 1908a BGB vor, der eine vorsorgliche Betreuerbestellung nach Vollendung des 17. Lebensjahres ermöglicht. Gleichwohl treten deren Wirkungen erst mit der Volljährigkeit ein.