

Übertragbarkeit oder Höchstpersönlichkeit von Anfechtungsrechten

Grundlagen und Folgefragen nach OGH 17 Ob 6/19k¹⁾

Martin Spitzer / Alexander Wilfinger

Die Übertragbarkeit von Insolvenzanfechtungsrechten wurde lange einhellig abgelehnt, in jüngerer Zeit vermehrt diskutiert und nunmehr vom OGH in einer Grundsatzentscheidung befürwortet. Der vorliegende Beitrag zeigt, dass dieser Umschwung sowohl den grundlegenden zivilrechtlichen Rahmenbedingungen als auch der Funktion und der Wirkungsweise des Anfechtungsrechts entspricht.

Stichwörter: Insolvenzanfechtung, Zession, Übertragbarkeit, Höchstpersönlichkeit, Gestaltungsrecht, Anfechtungstheorie, Rückgewähranspruch.

JEL-Classification: K 12, K 35.



Photo: WU Wien

Univ.-Prof. Dr. Martin Spitzer,
Institut für Zivil- und Zivilverfahrensrecht, WU Wien;
e-mail: martin.spitzer@wu.ac.at



Photo: Daniela Gruber

Dr. Alexander Wilfinger, Universität Hamburg; e-mail:
alexander.wilfinger@uni-hamburg.de

The assignment of claims arising out of antecedent transactions in insolvency proceedings was traditionally considered void. However, after discussion had emerged, the Austrian Supreme Court ruled in favor of the possibility to assign such claims in a recent landmark case. The paper shows, how civil law foundations as well as principles of insolvency law support this juridical turnaround.

1. Ausgangspunkt

1.1. Diskussionsstand

Ansprüche aus der Insolvenzanfechtung²⁾ wurden in der Literatur traditionell für unübertragbar gehalten, was ebenso traditionell so wenig Anlass zu Diskussionen war, dass die Aufmerksamkeitsschwelle zivilrechtlicher Werke zum Zessionsrecht dabei kaum je überschritten wurde.³⁾ Nachdem der BGH bereits 2011 vom scheinbar „unverrückbare[n] Dogma“ der „Unabtretbarkeit konkursrechtlicher Anfechtungsansprüche“⁴⁾ abgerückt war,⁵⁾ hat ein aktueller Fall nunmehr allerdings auch in Österreich das Schattendasein dieses Sonderproblems beendet. Der OGH hat nämlich eine dem eigentlich sehr grundsätzlichen Charakter des Nischenproblems entsprechend grundsätzliche Entscheidung gefällt.

1.2. Neuer Spezialsenat

Aufmerksamen Beobachtern fällt auf, dass es sich um eine Entscheidung des 17. Senats handelt, obwohl ab Senat 11 die Geschäftsverteilung des OGH ja ins Strafrecht wechselt. Tatsächlich handelt es sich – wie auch beim 16. Senat für Kartellsachen – beim 17. Senat um einen Fachsenat, der sich als Spezialsenat nur mit streitigen Insolvenzsachen beschäftigt.⁶⁾ Dass neben der Fachzuständigkeit keine allgemeine Zuständigkeit dieses Senats besteht, liegt daran, dass Vorsitzende des Senats die Präsidentin des OGH ist und dass bei solchen Präsidentensenaten eine volle Auslastung nicht möglich wäre.

Das Verhältnis von allgemeiner Zuständigkeit und Spezialzuständigkeit ist nicht immer unumstritten. Manches ist nur historisch erklärbar. Es gibt etwa eine Spezialzuständigkeit für Versicherungsrecht, nicht aber für Bankrecht; es gab schon lange eine Spezialzuständigkeit für das Anerbenrecht, erst seit kurzem aber für das allgemeine Erbrecht. Unzweifelhaft können Spezialmaterien vom allgemeinen Blick profitieren, was gegen zu viele Fachzuständigkeiten sprechen könnte. Ganz lässt sich die immer stärkere Spezialisierung aber eben auch nicht wegdiskutieren, sodass immer wieder mehr Fachzuständigkeiten gefordert werden. Die Diskussion kann hier nicht geführt werden, die vorliegende Entscheidung

zeigt eines aber eindrucksvoll: Die Gefahr, das Allgemeine im Besonderen zu übersehen, muss man im Insolvenzrecht auch in Hinkunft nicht fürchten, hat der 17. Senat doch im besten Sinn eine Grundsatzentscheidung getroffen und es sich dabei ganz offenkundig nicht leicht gemacht. Der OGH widmet sich ausführlich den allgemein-zivilrechtlichen Aspekten dieses Falles ebenso wie den besonderen insolvenzrechtlichen Facetten. Das Ergebnis ist eine wohlbegründete Entscheidung,⁷⁾ die auch im Ergebnis überzeugt.

1.3. Ausgangsfall

Die spätere Schuldnerin hatte der nunmehrigen Beklagten vor Insolvenzeröffnung Liegenschaften veräußert, wobei – diesbezügliche Feststellungen sind im zweiten Rechtsgang nachzuholen – offenbar Wertmissverhältnisse und familiäre Verflechtungen die Anfechtbarkeit der Geschäfte nahelegen. Da sich die Masse einen Anfechtungsprozess nicht leisten konnte, trat der Insolvenzverwalter „sämtliche bekannte und unbekanntete Forderungen der [Schuldnerin] gegenüber [der Beklagten], insbesondere, aber nicht ausschließlich aus und im Zusammenhang mit dem Verkauf der Liegenschaften“,⁸⁾ um € 5.000 an die Klägerin ab. Deren Begehren auf Wertersatz für die Liegenschaften⁹⁾ wurde von der ersten und zweiten Instanz – im Lichte der herrschenden Ansicht wenig überraschend – abgewiesen, weil die Abtretung von Ansprüchen aus der Insolvenzanfechtung unzulässig und daher unmöglich sei.

Die dafür ins Treffen geführten Argumente überzeugten den 17. Senat letztlich freilich nicht, grundsätzlich sei die „Abtretung von Anfechtungsansprüchen nach der IO“ vielmehr wirksam. Für die Einzelheiten kann auf die, wie erwähnt, ausführliche und überzeugende Entscheidung verwiesen¹⁰⁾ und damit auf ein Referat an dieser Stelle verzichtet werden. Stattdessen soll das Grundsatzurteil einerseits zum Anlass genommen werden, um Grundwertungen der Übertragbarkeit von Rechten in Erinnerung zu rufen. Andererseits wird auf im konkreten Fall nicht relevante und daher vom OGH offengelassene Fragen eingegangen, die sich aus der Wirkungsweise der Insolvenzanfechtung ergeben.

2. Grundlagen

2.1. Rechtsgeschäftliche Disponibilität von Vermögenswerten

Den Ausgangspunkt aller Überlegungen zur Übertragung von Rechten müssen die allgemeinen Regeln in Gestalt des zivilrechtlichen Vermögensrechts bilden.

Die sachen- und schuldrechtlichen Regelungen stecken dabei den normativen Rahmen für ein unzweifelhaftes Regel-Ausnahme-Verhältnis ab, weil ihnen die Basiswertung zu entnehmen ist, dass Vermögenswerte jeglicher Art grundsätzlich übertragbar sein sollen. Ausnahmen davon wären als Einschränkung der Privatautonomie begründungsbedürftig (Ausnahmen zu einem verfassungsgesetzlich geschützten Gut,¹¹⁾ weil das Grundrecht auf Eigentum seine Verwertung mitdenkt.¹²⁾

2.1.1. Körperliche Sachen

Diese Disponibilität ist für körperliche Sachen so selbstverständlich, dass sich gar keine eigenständige Anordnung dafür findet.¹³⁾ Die zentrale Bedeutung, die die Umlauffähigkeit körperlicher Sachen hat, ist der Rechtsordnung aber dennoch – nämlich im Umkehrschluss – zu entnehmen, weil die 3. Teilnovelle zum ABGB mit § 364c eine Norm geschaffen hat, die Veräußerungs- und Belastungsverbote Dritten gegenüber grundsätzlich für unwirksam erklärt. Nur in Ausnahmefällen – nämlich bei Liegenschaften und auch dann nur zur Erhaltung des Familienvermögens – kann eine Sache dem Rechtsverkehr entzogen werden, wofür sogar eine Eintragung im Grundbuch notwendig ist.

2.1.2. Forderungen

Für Forderungen findet sich demgegenüber sogar eine explizite Anordnung der Übertragbarkeit und damit ihrer Verkehrsfähigkeit, weil nach § 1393 ABGB „alle veräußerlichen Rechte [...] ein Gegenstand der Abtretung“ sind. Die gesonderte Normierung fällt heute nur im Vergleich zu den körperlichen Sachen auf, ist sonst aber nicht mehr aufsehenerregend. Niemand würde schließlich vor dem alltäglichen Hintergrund von Sicherungszessionen und Factoring bezweifeln, dass Forderungen Gegenstand des Rechtsverkehrs sind.

Die Bedeutung des in § 1393 ABGB festgeschriebenen Grundsatzes für den Gesetzgeber lässt sich heute daher nur vor dessen historischem Hintergrund verstehen. Die freie Abtretbarkeit von Forderungen ist nämlich das Ergebnis einer Entwicklung über zwei Jahrtausende, die ihren Ausgangspunkt im römisch-rechtlichen *vinculum iuris* nahm, also dem Rechtsband zwischen zwei (!) Parteien. „Die Vorstellung, daß der Gläubiger oder der Schuldner wechselt, das Forderungsrecht aber doch dasselbe bleibt“, war dem römischen Rechtsdenken daher unzugänglich.¹⁴⁾

Dem wirtschaftlichen Bedürfnis, Forderungen zu übertragen, konnte man sich freilich zu keiner Zeit verschließen, sodass alsbald durch aufwändige – mitunter

prozessuale – Umgehungskonstruktionen Abhilfen geschaffen wurden.¹⁵⁾ Das führte aber nur dazu, dass für das gemeine Recht gesichert war, dass eine Zession im Ergebnis möglich sein sollte, nicht aber, auf welchem Weg dieses Ziel erreicht werden könnte. *Zweigert/Kötz* bemerken, dazu finde sich „jede denkbare theoretische Ansicht“¹⁶⁾.

Es ist erst den großen Naturrechtslehrern von *Hugo Grotius* bis *Samuel Pufendorf* zu verdanken, dass Forderungen als gewöhnliche Vermögenswerte begriffen wurden. Ihr unmittelbarer Einfluss auf den weiten Sachbegriff des § 285 ABGB ist unverkennbar und aus dem Eigentum (also der Rechtszuständigkeit) an solchen „Forderungssachen“ fiel der Schluss auf deren Übertragbarkeit nicht mehr schwer. So brachte das Naturrecht ein modernes Zessionsverständnis auf den Weg und in die großen Kodifikationen.¹⁷⁾

Mittlerweile hat sich die Übertragbarkeit von Forderungsrechten dementsprechend universell durchgesetzt¹⁸⁾ und ist „etwas Selbstverständliches“ für „alle modernen Rechtsordnungen“.¹⁹⁾ Vorreiter war gemeinsam mit dem französischen Code civil aber das ABGB, denn schon nach *Zeiller* können „Geldforderungen, und andere Forderungen aus Verträgen oder zugefügten Beschädigungen [...] abgetreten werden; die Rechte mögen unzweifelhaft, oder zweifelhaft und streitig sein.“²⁰⁾ Damit vollzieht sich ein markanter und folgenschwerer Bruch mit dem römischen Vorbild, das das ABGB bekanntlich in vielen anderen Bereichen stark geprägt hat.

Gleichzeitig zeigt sich vor diesem historischen Hintergrund, dass der Abtretbarkeitsgrundsatz eine bewusste Wertungsentscheidung des ABGB ist, sodass Ausnahmen davon besonderer Begründung bedürfen. Die ungebrochene Aktualität dieses Grundanliegens bestätigt die vor wenigen Jahren eingeführte Regelung, dass nicht einmal die Parteien eines Schuldverhältnisses als „Eltern“ der Forderung deren Immobilisierung und damit Unabtretbarkeit beschließen können. § 1396a ABGB erteilt einem drittwirksamen Zessionsverbot nämlich eine klare Absage.²¹⁾ Der Umstand, dass diese Regelung zum Zessionsverbot aus dem Jahr 2005 datiert, zeigt die anhaltende Vitalität und Bedeutung möglichst großer Verkehrsfähigkeit von Forderungsrechten.

2.1.3. Ausnahmen von der Abtretbarkeit

Ebenso aktuell wie der Grundsatz ist die aus dem Urbestand stammende Ausnahme von der grundsätzlichen Abtretbarkeit: „Rechte, die der Person anleben, folglich mit ihr erlöschen, können

nicht abgetreten werden“ (§ 1393 ABGB). Wenn *Zeiller* als Beispiele hierfür „die Personen-Rechte und insbesondere die mit höchst persönlichen Verbindlichkeiten verknüpften Familien Rechte“ anführt,²²⁾ wird zumindest auf einen ersten Blick klar, worum es geht: Dass der Anspruch des Ehegatten auf ehelichen Beistand genauso wenig übertragbar sein kann wie der Anspruch des Kindes auf Pflege und Erziehung, leuchtet schließlich ohne weiteres ein,²³⁾ weshalb *P. Bydlinski* treffend von strenger Höchstpersönlichkeit, also zwingender Unübertragbarkeit spricht.²⁴⁾

Diese Fälle sind indes argumentativ illustrativer, als sie im Ergebnis hilfreich sind, weil die jeweilige Leistung dabei ja gerade nur dem jeweiligen Gläubiger erbracht werden kann. Derartige zwingende Unübertragbarkeit liegt indes oft nicht vor. Warum soll dann aber Arbeitnehmer A seinen Urlaubsanspruch nicht an Arbeitnehmer B abtreten können? Die Urlaubsgewährung könnte anders als die Erfüllung ehelicher Pflichten natürlich auch an einen anderen Arbeitnehmer erfolgen. Ausschlaggebend ist hier ein anderer Aspekt: Eine Abtretung würde das Ziel des ganzen Anspruchs vereiteln, nämlich die persönliche Erholung gerade des Urlaubsberechtigten.²⁵⁾

Auch bei genuin vermögensrechtlichen Ansprüchen lässt sich die Unabtretbarkeit meist kaum daraus argumentieren, dass sie nur einem bestimmten Gläubiger erbracht werden können. Es fällt etwa auf, dass sich mit den anschaulichen Beispielen aus dem Familienrecht schon die Unabtretbarkeit ebenfalls familienrechtlicher Unterhaltsansprüche nicht erklären lässt, die ein anerkannter Fall der Höchstpersönlichkeit sind.²⁶⁾ Bedenkt man dazu, dass bereits fällige Geldunterhaltsansprüche sehr wohl abgetreten werden können,²⁷⁾ zeigt sich, dass es hier offenbar doch nicht um ein besonders an der Person haftendes Rechtsgut geht. Ausschlaggebend ist viel eher ein Schutzgedanke zugunsten des Gläubigers, also des Unterhaltsberechtigten, der seine zukünftige Existenzgrundlage nicht so leicht übertragen und damit gefährden können soll.²⁸⁾

Derselbe Gedanke ist es auch, der für die Befürwortung der Unabtretbarkeit noch nicht fälliger Rentenansprüche Hinterbliebener nach § 1327 ABGB ins Treffen geführt werden kann²⁹⁾ und den letztlich auch § 12 KSchG über das Verbot der Abtretung von Gehaltsansprüchen verfolgt.³⁰⁾ Alles das liegt nicht darin begründet, dass nicht auch dritte Personen taugliche Gläubiger für solche Ansprüche wären, sondern darin, dass der konkrete Gläubiger typisiert schutzbedürftig ist, wenn es um seine Existenzgrundlage geht.

Diese Erkenntnis wird dadurch gestützt, dass sich die Unabtretbarkeit vieler Ansprüche aus einem Abtretungsausschluss im Gewand des Prozessrechts ergibt, weil § 293 Abs 2 EO die Abtretung von Ansprüchen verhindert, die zum Schutz des Verpflichteten zwangsvollstreckungsrechtlichen Pfändungsbeschränkungen unterliegen. Der Zweck dieser 1922 und damit mitten in einer wirtschaftlichen Krise eingeführten materiellrechtlichen Beschränkung „besteht offenbar darin, den Bezugsberechtigten vor Notlage zu bewahren, in die er durch solche Verfügungen geraten könnte“.³¹⁾

Nicht nur der Schutz des Gläubigers kommt aber als Argument für eine Unabtretbarkeit in Betracht. Auch der Schutz des Schuldners lässt sich bei Fällen identifizieren, die unter der Sammelbezeichnung der Höchstpersönlichkeit gehandelt werden.

Dass die Rechte des Dienstgebers auf Arbeitsleistung unabtretbar sind,³²⁾ dient etwa evident dem Arbeitnehmer als Schuldner der Arbeitsleistung, die er nicht an eine Person erbringen soll, die er sich nicht ausgesucht hat. Auch dass der Bestandnehmer sein Recht auf Nutzung der Bestandsache nicht selbständig abtreten kann, dient dem Schuldnerschutz (des Bestandgebers) und wird durch das besondere Vertrauensverhältnis zwischen Bestandnehmer und Bestandgeber begründet.³³⁾

2.1.4. Höchstpersönlichkeit

Es bedarf daher eines differenzierten und funktionalen Verständnisses der Höchstpersönlichkeit. Mit dieser gängigen Formulierung werden nämlich, wie sich gezeigt hat, ganz verschiedene teleologische Stoßrichtungen und ganz verschiedene Fallgruppen angesprochen, denen nur gemein ist, dass Forderungen „im Hinblick auf die besondere Natur des Schuldverhältnisses oder des betreffenden Anspruchs“ unabtretbar sein sollen.³⁴⁾

Dabei ist Vorsicht geboten. Wie verführerisch und gleichzeitig irreführend die Subsumtion unter „die besondere Natur“ und die Nähe zur Person als topos sein kann, zeigt die jahrzehntelange, gefestigte Rechtsprechung, nach der Schmerzensgeldansprüche höchstpersönlich und daher nicht vererblich sein sollten.³⁵⁾ Unbestreitbar sind Schmerzen natürlich auch etwas unmittelbar selbst Erlebtes und Erlittenes, was ganz aus der persönlichsten Sphäre resultiert. Ebenso unbestreitbar handelte es sich bei der alten Rsp um eine aus heutiger Perspektive gar nicht mehr einleuchtende Begünstigung des Schädigers, dem der rechtzeitige Tod des Opfers zupass kam. Die maßgebende Judikaturwende ist der Einsicht des OGH zu verdanken,

dass „Vermögensrechte [...] im allgemeinen nicht zu den höchstpersönlichen, unvererblichen Rechten [gehören]“.³⁶⁾ womit der OGH Zurückhaltung bei der Immobilisierung von Vermögensrechten einmahnt und allzu großzügigen Annahmen von Höchstpersönlichkeit eine Absage erteilt. Dementsprechend ist zwar etwa das Namensrecht selbst natürlich unabtretbar, „das vermögenswerte Recht, den eigenen Namen und das eigene Bild zu wirtschaftlichen Zwecken (etwa zu Werbezwecken) zu verwenden“, kann aber sehr wohl veräußert werden.³⁷⁾ Selbiges gilt für den Anspruch auf Ausstattung oder Heiratsgut, der mit der Geltendmachung abtretbar wird.³⁸⁾

Die zur Unabtretbarkeit führende „Höchstpersönlichkeit“ präsentiert sich somit als ausgesprochen schillernde und facettenreiche, darum aber auch äußerst inhomogene Kategorie. Unter diesem Titel finden sich Selbstverständlichkeiten (keine ehelichen Pflichten gegenüber der Neugläubigerin) neben intrikaten Schutzabwägungen, die wiederum für ganz verschiedene Personen streiten. Von der Existenzsicherung des Gläubigers bis hin zum Schutz des Vertrauens des Schuldners ist alles dabei. Die Vielfältigkeit der Fallgruppen verbietet diffuse Rekurse auf eine Höchstpersönlichkeit von Rechten, sondern verlangt die stichhaltige Begründung von Ausnahmen zum dem ABGB so wichtigen Grundsatz der Übertragbarkeit.

Wo solche Schutzzwecke nicht greifen, liegt „Höchstpersönlichkeit und damit Unabtretbarkeit nach § 1393 ABGB [...] bei Geldansprüchen typischerweise nicht vor“³⁹⁾ wenn und weil es hier gerade nicht auf die beteiligten Personen ankommt. Wer wem Geld schuldet, wirkt sich schließlich nicht auf den Umstand aus, dass Geld geschuldet wird. Und an wen das Geld zu leisten ist, kann dem Schuldner egal sein. Das wird bei Geld besonders plastisch, gilt aber gleichermaßen für andere Ansprüche auf Leistung von Sachen: An wen der Schuldner eine solche Leistung zu erbringen hat, ist in aller Regel unerheblich.

2.2. Zivilrechtliche Basiswertung

Aus all dem ergibt sich eine zivilrechtliche Basiswertung: Forderungen sind an sich abtretbar, für Forderungen auf Geldleistungen gilt das in besonderem Maße. Dabei handelt es sich nicht um eine Zufälligkeit oder spezifische Besonderheit des österreichischen Rechts, sondern um ein universelles Kulturgut jeder modernen Rechtsordnung. Das ABGB hat sich schon früh für einen modernen und einfachen Grundsatz der Übertragbarkeit von Forderungen wie anderen Sachen entschieden. „Eine Einschränkung dieses Grundsatzes bedarf – auch argumentativ – besonderer Begründung“.⁴⁰⁾ Eine solche Begründung

kann sich nicht mit einem Verweis auf eine „Höchstpersönlichkeit einer Forderung“ begnügen, weil sich gezeigt hat, dass die Kategorie der Höchstpersönlichkeit nur als Chiffre für ganz verschiedene Fallgruppen herangezogen wird.

3. Rückbindung und Zusammenschau

Vor dem Hintergrund dieser allgemeinen Überlegungen ist auf den Ausgangspunkt und die Frage der Übertragbarkeit von Insolvenzanfechtungsrechten zurückzukommen, wobei zunächst wiederum auf den 17. Senat verwiesen werden kann. Da allein das verfahrenstechnisch evident sinnvolle „Anfechtungsmonopol des Insolvenzverwalters“ – also seine Zuständigkeit für die Geltendmachung von Anfechtungsrechten nach § 37 IO – nichts über die Übertragbarkeit aussagt,⁴¹⁾ kommen nämlich nur „*insolvenzspezifische Gründe als Abtretungshindernis*“⁴²⁾ in Betracht. Dass nach dem OGH dabei weder die Ausübung des Anfechtungsrechts „*im Interesse der Gesamtheit der Gläubiger*“⁴³⁾ noch die Zäsur der § Aufhebung des Insolvenzverfahrens⁴⁴⁾ oder das Erfordernis der Befriedigungstauglichkeit eine Ausnahme von der Übertragbarkeitsregel rechtfertigen, sei hier nur cursorisch und zustimmend erwähnt. Diese Kriterien beschäftigen sich mit dem Regelfall, in dem es etwa klar ist, dass ein anhängiger Anfechtungsprozess und die Aufhebung des Insolvenzverfahrens nicht miteinander in Einklang zu bringen sind, gerade weil die Anfechtung Befriedigungstauglichkeit voraussetzt. Keines dieser Kriterien trifft aber irgendeine Wertung gegen die Abtretbarkeit, von der der OGH folglich zu Recht ausgegangen ist.

4. Folgefragen

4.1. Ausgangspunkt

Soweit bisher der Einfachheit und besseren Lesbarkeit halber von der Übertragung von Insolvenzanfechtungsrechten und -ansprüchen die Rede war, ist diese Formulierung nunmehr freilich zu präzisieren, weil sie einen Blick auf die Funktionsweise der Insolvenzanfechtung nicht erspart.

Das Anfechtungsrecht soll als Vorwirkung der insolvenzrechtlichen Verteilungsregeln verhindern, dass der Schuldner Vermögen der Verwertung entzieht oder dass einzelne Gläubiger zu Lasten der Gemeinschaft Vorteile lukrieren. Es verfolgt also den Zweck, die Masse wieder aufzufüllen.⁴⁵⁾ Aus diesen Gründen können Rechtsgeschäfte unter bestimmten Voraussetzungen wegen Be-

nachteiligungsabsicht (§ 28 Z 1–3 IO), Vermögensverschleuderung (§ 28 Z 4 IO), Begünstigung (§ 30 IO) oder Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit (§ 31 IO) angefochten „und den Insolvenzgläubigern gegenüber als unwirksam erklärt“ werden (§ 27 IO). Dasselbe gilt für unentgeltliche Geschäfte (§ 29 IO).

„*Seit unvordenklichen Zeiten*“⁴⁶⁾ wird dabei über die Rechtsnatur der Insolvenzanfechtung gestritten, ein Problem, dem Eckardt zu Recht attestiert, zum Repertoire „*klassisch gewordene[r] und mittlerweile ewig scheinende[r] Auseinandersetzungen*“ zu gehören,⁴⁷⁾ wobei der Fortschritt an Erkenntnis nicht immer mit der Breite der wissenschaftlichen Auseinandersetzung Schritt gehalten hat. Darauf wird noch zurückzukommen sein.⁴⁸⁾

Einigkeit besteht zunächst nämlich darin, dass die Insolvenzanfechtung dem Insolvenzverwalter eine Rechtsgestaltung ermöglicht, die dazu führt, dass bestimmte Handlungen unwirksam werden.⁴⁹⁾ Das Insolvenzanfechtungsrecht ist also ein Gestaltungsrecht, aus dessen Ausübung sich Ansprüche ergeben können, was für die Frage der Übertragbarkeit mit zu berücksichtigen ist. Es ist nämlich nicht bloß die gewöhnliche Zession eines Anspruchs fraglich, vielmehr sind verschiedene Varianten denkbar: die Übertragung des „nackten“ Anfechtungsrechts als Gestaltungsrecht einerseits und die Übertragung des Anfechtungsrechts samt daraus resultierender Ansprüche andererseits, wobei wiederum die Forderung von Geld und die Herausgabe von Sachen in Frage kommen.

4.2. Übertragung des Gestaltungsrechts samt Wertersatzanspruchs

Im der Entscheidung zugrundeliegenden Fall war „*die Vereinbarung zwischen dem Insolvenzverwalter und der Klägerin dahin auszulegen, dass nicht nur das Gestaltungsrecht, sondern auch und gerade der aus dessen Ausübung folgende Leistungsanspruch der Masse nach § 39 Abs 1 IO übertragen wurde.*“⁵⁰⁾ Da die inkriminierten Liegenschaften zwischenzeitig hypothekarisch belastet wurden und deren Rückstellung in natura daher untunlich sei (§ 39 Abs 1 IO), machte die Klägerin dementsprechend einen Zahlungsanspruch auf Wertersatz geltend.

Während das Berufungsgericht die Klage noch unter anderem deshalb abgewiesen hatte, weil sich „*die Abtretung eines Anfechtungsanspruchs mit der selbständigen Abtretung eines Gestaltungsrechts vergleichen [lasse], die die Rechtsprechung jedoch nur in Ausnahmefällen zulasse*“⁵¹⁾ sah der OGH in der Mitübertragung des Rückforderungsanspruchs

den maßgebenden Grund für die Wirksamkeit der Abtretung. Ausgangspunkt beider Ansichten ist die grundlegende Arbeit von P. Bydlinski zur Übertragung von Gestaltungsrechten, wonach „die selbständige Übertragung des Anfechtungsrechts [gemeint: Vertragsanfechtung wegen Irrtum, List, Drohung, laesio enormis] auf einen Dritten immer dann möglich [ist], wenn dieser ein schutzwürdiges Interesse am Erhalt hat“.⁵²⁾ Diese Koppelung an ein schutzwürdiges Interesse soll verhindern, dass durch die Übertragung des „nackten“ Anfechtungsrechts – also des Gestaltungsrechts ohne daraus resultierender Ansprüche – „ein vollständig Unbeteiligter ohne eigene Interessen Rechtsverhältnisse anderer Personen [...] beeinflussen“ kann.⁵³⁾

Wie der OGH im Unterschied zum Berufungsgericht erkannte, liegt eine derartige unerwünschte „Trennung von Macht und Interesse“⁵⁴⁾ aber keinesfalls vor, wenn mit dem Gestaltungsrecht auch der daraus resultierende zukünftige Rückforderungsanspruch übertragen wird.⁵⁵⁾ Nur daran ist der Zessionar schließlich im Ergebnis interessiert. In diesem Fall vermeiden die Parteien also letztlich „den umständlichen Weg, daß zunächst der Zedent einen Anfechtungsprozeß führen müßte und erst dann der Zessionar Leistung begehren könnte“, weshalb „ganz ersichtlich Macht und Interesse in der Person des Zessionars zusammen[fallen]“.⁵⁶⁾ Dagegen ist aber ganz allgemein nichts einzuwenden.⁵⁷⁾

Die Abtretung nicht bloß des Forderungs- sondern auch des Gestaltungsrechts ist also evident sinnvoll, weil sie (mindestens)⁵⁸⁾ einen unnötigen Prozess erspart. Würde man sie nicht zulassen, müsste nämlich zunächst der Insolvenzverwalter auf Rechtsgestaltung und danach der Zessionar auf Leistung klagen, um mit doppeltem Prozessaufwand zum selben Ergebnis zu gelangen.⁵⁹⁾

Dass Anfechtungsansprüche nach herrschender Ansicht erst durch die Ausübung eines Gestaltungsrechts entstehen, steht der Abtretung von Gestaltungsrecht samt Anspruch nach allgemeinen Regeln also nicht entgegen. Mangels konstruktiver Bedenken und mangels speziell insolvenzrechtlicher Hindernisse ist die Übertragung des Anfechtungsrechts und des daraus resultierenden Wertersatzanspruchs mit dem OGH daher entsprechend der Basiswertung freier Vermögensdisponibilität unbedenklich.

4.3. Übertragung des bloßen Gestaltungsrechts

Aufgrund des konkreten Falls konnte für den OGH dabei „offen bleiben, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen auch die Übertragung

eines reinen Gestaltungsrechts (etwa auf Unwirksamklärung eines Belastungs- und Veräußerungsverbots) möglich sein könnte.“⁶⁰⁾ Da aus der Anfechtung in diesen Fällen kein Leistungsanspruch des Anfechtenden folgt – die Rechtsgestaltung selbst beseitigt ja den unerwünschten Zustand –, ist die dahinterstehende Motivation weniger deutlich, woraus sich die Skepsis gegenüber solchen Konstruktionen erklärt. Dass „ein vollständig Unbeteiligter ohne eigene Interessen Rechtsverhältnisse anderer Personen“ beeinflussen könnte,⁶¹⁾ liegt hier nämlich tatsächlich nahe. „Sollte tatsächlich bloß das Gestaltungsrecht übertragen werden“, spricht nach P. Bydlinski daher „mangels gegenteiliger Hinweise die Vermutung im Normalfall wohl für bedenkliche Motive. [...] Berechtigterweise könnte gefragt werden: Wozu sonst wurde bloß das Gestaltungsrecht übertragen?“⁶²⁾

Aus Sicht des Insolvenzverwalters könnten dabei dieselben Gründe in Frage kommen wie bei der Mitübertragung des zukünftigen Rückforderungsanspruchs, also der Wunsch, den Anfechtungsprozess „auszulagern“, wenn er selbst nicht zur Finanzierung in der Lage ist. Gerade bei Anfechtungsprozessen⁶³⁾ ist die Gewährung von Verfahrenshilfe schließlich ein sehr unsicherer Ausweg, weil die überwiegende Ansicht die Insolvenzgläubiger als „wirtschaftlich Beteiligte“ der Masse (§ 63 Abs 2 ZPO) bei der Beurteilung der Bedürftigkeit mitberücksichtigt.⁶⁴⁾

Warum sollte der Zessionar dabei aber mitspielen? Aus der Geltendmachung des Rechts würde für ihn ja nichts folgen, weil die Rechtsgestaltung allein bei der Masse eintritt. Anders als im vom OGH zu beurteilenden Fall, wo der Zessionar am aus der Anfechtung folgenden Wertersatzanspruch interessiert ist, belohnt sich die Klagsführung also nicht von selbst. Dementsprechend wird niemand bereit sein, für die selbständige Übertragung des Anfechtungsrechts zu bezahlen, vielmehr ist umgekehrt eine Belohnung für die Prozessführung notwendig.

Im Ergebnis kann die selbständige Übertragung im Unterschied zur Mitübertragung von Ansprüchen damit zwar kein Verwertungsakt, aber ein (untypisches) Instrument der Prozessfinanzierung sein, eine Art Inkassoession. Das ist im Grundsatz schon deshalb nicht zu beanstanden, weil die Möglichkeit der Prozessfinanzierung auch im Insolvenzverfahren anerkannt ist.⁶⁵⁾ Dass ein Dritter das Kostenrisiko gegen eine Beteiligung am obsiegten Betrag übernimmt,⁶⁶⁾ ist also durchaus üblich und – sofern er nicht als „Rechtsfreund“ nach § 879 Abs 2 Z 2 ABGB eingeordnet wird⁶⁷⁾ – rechtlich unbedenklich. Im Gegensatz zur Abtretung an eine mittellose Person zur

Erlangung von Verfahrenshilfe⁶⁸⁾ oder zur Überwälzung des Kostenrisikos auf den Prozessgegner,⁶⁹⁾ werden hier nämlich keine missbilligten Zwecke verfolgt.

Zwar besteht beim reinen Rechtsgestaltungsprozess naturgemäß nicht die Möglichkeit, sich eine Quote des erstrittenen Betrags versprechen zu lassen, weil kein Betrag erstritten wird. In Frage käme aber etwa eine Entlohnung aus dem Verkauf der Liegenschaft, die nach Beseitigung des Belastungs- und Veräußerungsverbots verwertet werden kann. Wie attraktiv diese Möglichkeit im Vergleich zur schlichten Finanzierung eines vom Insolvenzverwalter selbst geführten Prozesses letztlich ist, sei hier dahingestellt, zumal es mit *P. Bydlinski* „nicht Voraussetzung für die Zulässigkeit der selbständigen Übertragung“ ist, dass „das angestrebte Ziel auf andere Weise nicht erreicht werden könnte“.⁷⁰⁾ Ganz unabhängig vom Mehrwert der Übertragungskonstruktion liegen in der Prozessfinanzierung nämlich ganz allgemein und auch im Insolvenzverfahren keine bedenklichen Motive.

Damit bleibt der Anfechtungsgegner, der von der Übertragung des Anfechtungsrechts nach zessionsrechtlichen Grundsätzen nicht nachteilig betroffen sein darf. Für ihn ändert sich freilich allein die Person des Ausübenden, was ganz allgemein unproblematisch ist. Wie der Zessus kein Recht darauf hat, dass die Forderung gegen ihn beim Zedenten verbleibt, hat nämlich auch der Gestaltungsgegner „grundsätzlich kein Recht darauf, daß die Gestaltung nur vom (ursprünglich) Gestaltungsberechtigten höchstpersönlich vorgenommen werden kann“.⁷¹⁾ Mit Blick auf die Insolvenzanfechtung gilt das umso mehr, weil der Gestaltende im Rahmen dieses gesetzlichen Verhältnisses – anders als in einer Vertragsbeziehung – im Vorhinein ohnehin nicht bekannt ist. Wer zum Insolvenzverwalter bestellt wird, ist im Zeitpunkt der Vornahme der anfechtbaren Rechtshandlung schließlich genauso ungewiss wie die Frage, ob überhaupt ein Insolvenzverfahren eröffnet wird. Ein schutzwürdiges Vertrauen des Anfechtungsgegners besteht daher nicht.

Es zeigt sich also, dass theoretisch auch die selbständige Übertragung des Insolvenzanfechtungsrechts in Frage kommt, wenn damit unbedenkliche Finanzierungszwecke verfolgt werden. Da der Mehrwert dieser Konstruktion im Vergleich zur Finanzierung eines vom Insolvenzverwalter geführten Prozesses zweifelhaft ist, wird sich ihre Attraktivität für die Praxis freilich in Grenzen halten.

4.4. Übertragung des Gestaltungsrechts samt Rückgewähranspruchs

4.4.1. Anfechtungstheorie als Vorwertung

Bestehen sowohl gegen die selbständige Übertragung des Anfechtungsrechts als auch gegen die Mitübertragung des daraus resultierenden Wertersatzanspruchs keine Bedenken, ist nunmehr auf die schwierigste Fallgruppe einzugehen. Wandelt man den vom OGH entschiedenen Fall dahingehend ab, dass keine zwischenzeitigen Belastungen der Liegenschaften erfolgten, würde sich der aus der Anfechtung folgende Anspruch der Klägerin nämlich nicht auf Wertersatz, sondern auf Rückgewähr der Liegenschaften in natura richten. Die Betonung dieser Fallgruppe mag dabei nicht unmittelbar einleuchten, schließlich unterscheiden sich Forderungen auf Sachleistungen strukturell nicht von Geldforderungen; vor allem können sie natürlich genauso zediert werden.⁷²⁾ Es wäre etwa noch niemand eingefallen, dass nur die Forderung auf den Kaufpreis, nicht aber auch jene auf die Kaufsache § 1393 unterliegt.

Problembewusstsein empfiehlt sich vor dem Hintergrund der bisher nur angedeuteten, „seit unvordenklichen Zeiten“⁷³⁾ umstrittenen Frage nach der Rechtsnatur der Insolvenzanfechtung, zu deren Erklärung sich im Wesentlichen drei Strömungen identifizieren lassen: eine dingliche, eine obligatorische und eine haftungsrechtliche.⁷⁴⁾

4.4.2. Schuldrecht – Sachenrecht

Aus der – in den letzten Jahren ins Hintertreffen geratenen – obligatorischen Theorie ergibt sich dabei zunächst kein Ergänzungsbedarf für Anfechtungsansprüche auf körperliche Sachen. Danach wirkt sich die Anfechtung nämlich nicht auf die Vermögenszuordnung aus, der Anfechtungsgegner bleibt weiterhin Eigentümer der anfechtbar erworbenen Sache. Die schuldrechtliche Theorie führt dem Namen entsprechend also auch bloß zu einem schuldrechtlichen Anspruch auf Rückgabe der erbrachten Leistung.⁷⁵⁾ Insofern ist es für die Frage der Übertragbarkeit unerheblich, ob sich dieser schuldrechtliche Herausgabeanspruch auf Geld oder auf eine Sache richtet, ein schuldrechtlicher Verschaffungsanspruch kann ja jedenfalls zediert werden.

Der Vergleich mit der mittlerweile kaum mehr vertretenen dinglichen Theorie zeigt den Unterschied. Die Anhänger dieses Ansatzes gehen nämlich von einer dinglichen Unwirksamkeit des Geschäfts zwischen Schuldner und Anfechtungsgegner aus.⁷⁶⁾ Im Detail ist die Sache durch die personelle Beschränkung

der Anfechtungswirkungen in § 27 IO etwas schwierig, weil es zu gespaltenem Eigentum kommen soll. Der Anfechtungsgegner wäre Eigentümer gegenüber allen Personen außer gegenüber den Gläubigern des Schuldners.⁷⁷⁾

Ein solches gespaltenes Eigentum durch Zession zu übertragen, erscheint allerdings ebenso wenig erfolgversprechend wie die Hoffnung, dass nach Übertragung des Rechts auf Irrtumsanfechtung der Zessionar ohne weiteres nicht nur nach § 877 ABGB vorgehen, sondern sich auch § 366 ABGB bedienen könnte. Zwischen der Übertragung eines schuldrechtlichen Anspruchs auf Herausgabe, die dann zum Eigentumserwerb führen kann,⁷⁸⁾ und der Übertragung eines dinglichen Rechts ist nämlich klar zu unterscheiden:⁷⁹⁾ Es gilt das Dogma der Untrennbarkeit des dinglichen Rechts vom daraus resultierenden Anspruch.⁸⁰⁾

Da das österreichische Recht keinen Modusersatz durch Abtretung des Herausgabeanspruchs kennt, wie ihn in Deutschland § 931 BGB anordnet,⁸¹⁾ braucht die Eigentumsübertragung vom Altgläubiger an den Neugläubiger, die die Voraussetzung für die Geltendmachung dinglicher Ansprüche ist, dementsprechend einen Modus.⁸²⁾ Bei Mobilien wäre eine Übergabe an den Neugläubiger durch Besitzausweisung vielleicht vorstellbar.⁸³⁾ Bei Liegenschaften würde die grundbücherliche Durchführung die Eintragung des – nicht eintragungsfähigen⁸⁴⁾ – gespaltenen Eigentums verlangen, weshalb die Anfechtbarkeit schon vor der Eintragung geklärt werden müsste und sich die Katze gleichsam in den Schwanz beißen würde.

4.4.3. Haftungsrecht

Während eine bloß schuldrechtliche Wirkung also keine Probleme bei der Abtretung bereitet, stieße eine dingliche Wirkung beim Neugläubiger auf sachenrechtliche Hürden. Nach der mittlerweile herrschenden haftungsrechtlichen Theorie⁸⁵⁾ liegen die Dinge indes noch komplizierter, das von *Holzner* beschworene „hybride Monster“⁸⁶⁾ zwischen obligatorischem Fisch und dinglichem Fleisch gibt es in der Insolvenz (möglicherweise?) schon.

Die haftungsrechtliche Theorie knüpft zunächst unschädlich an die Erkenntnis an, dass in der Insolvenz die Haftungsfunktion in den Vordergrund vor alle übrigen Funktionen der Trägerschaft eines Rechts tritt (etwa Benützung- und Verfügungsmöglichkeit des Eigentümers). Das Vermögen des Schuldners dient nunmehr ausschließlich der Befriedigung seiner Gläubiger.⁸⁷⁾ In der Regel folgt die haftungsrechtliche der zivilrechtlichen Vermögenszuordnung (§ 2 IO).⁸⁸⁾ Wo das nicht der Fall ist, beschreibt die

Idee einer spezifisch haftungsrechtlichen Zuordnung plastisch, dass eine Sache ausnahmsweise nicht den Gläubigern des Rechtszuständigen haftet. Anerkannte Fälle finden sich bei der Treuhand, beim Kommissionsgeschäft (§ 392 UGB), beim Verfolgungsrecht (§ 45 IO) und bei der Ersatzaussonderung (§ 44 Abs 2 IO). Aber auch bei der Anfechtung soll nach der haftungsrechtlichen – anders als nach der dinglichen – Theorie die Übertragung des Rechts wirksam sein, die haftungsrechtliche Zuordnung aber an die Insolvenzmasse stattfinden.⁸⁹⁾

Um diese Zuordnung zu realisieren, braucht der Insolvenzverwalter „einen Anspruch, dessen Erfüllung ihn berechtigt, den Gegenstand durch Veräußerung zu verwerten.“⁹⁰⁾ Dieser Rückgewähranspruch von insofern „lediglich instrumentelle[m] Charakter“⁹¹⁾ wird weithin als obligatorisch qualifiziert⁹²⁾ – Eigentümer ist ja der Gegner –, der OGH spricht von einem „Forderungsanspruch eigener Natur.“⁹³⁾ Für *Nunner-Krautgasser* folgt daraus, dass auch die haftungsrechtliche Theorie einer Abtretung von Anfechtungsansprüchen nicht entgegenstehe. „Denn anders als der aus dem Eigentum resultierende (an das Stammrecht gebundene und daher nicht isoliert übertragbare) dingliche Herausgabeanspruch stellt der anfechtungsrechtliche Leistungsanspruch einen schuldrechtlichen Anspruch dar.“⁹⁴⁾

Das ist ebenso konsequent wie die Abtretbarkeit des Rückforderungsanspruchs nach § 877 ABGB. Zu befürchten ist aber, dass es bei dieser ersten Erkenntnis vielleicht nicht bleibt.

Der haftungsrechtlichen Theorie wird nämlich zugetraut, mehr zu können als die bloße Beschreibung des oben genannten Zustandes. Sie hat einen Hang zu Größerem,⁹⁵⁾ weil aus der beschreibenden Theorie weitreichende Schlussfolgerungen gezogen werden. Dazu gehört unter anderem die These der Insolvenzfestigkeit der Position des Anfechtungsgläubigers in der Insolvenz des Anfechtungsgegners (Aussonderung durch den Anfechtungsgläubiger).⁹⁶⁾ Dem anfechtungsrechtlichen Rückgewähranspruch wird damit ein drittwirksam-dinglicher Rucksack umgehängt, aus dem haftungsrechtlichen Anspruch von angeblich lediglich instrumentellem Charakter⁹⁷⁾ wird etwas so Wirkmächtiges, dass eine Übertragung des Rückgewähranspruchs nach zessionsrechtlichen Grundsätzen schwerfallen könnte.⁹⁸⁾

Die Vermutung liegt ja nicht fern, dass eine absolute Rechtsposition durch einen absoluten, also bei körperlichen Sachen dinglichen Anspruch verteidigt wird.⁹⁹⁾ Aber je dinglicher der haftungstheoretische Rückgewähranspruch wird, desto weniger Raum bleibt für die Zession.

Dies exerziert *Henckel* vor, der als Begründer der haftungsrechtlichen Theorie besonderes Gewicht hat. Da der Rückgewähranspruch ausschließlich dazu diene, die Rechtszuständigkeit der haftungsrechtlichen Lage anzupassen, könne er nur gemeinsam mit der haftungsrechtlichen Zuordnung übertragen werden. Als dingliche Zuordnung müsse diese zwar wie das Vollrecht übertragbar sein, aber „in den Formen und nach den Regeln, die für die Übertragung des Vollrechts gelten.“¹⁰⁰⁾ Das ist konsequent,¹⁰¹⁾ wer schuldrechtliche Rechtspositionen verstärken will, hat sich, wie schon *Canaris* bemerkt, „grundsätzlich innerhalb der Grenzen zu halten, die das Sachenrecht zieht.“¹⁰²⁾

Während daraus für Deutschland angesichts des Modusersatzes nach § 931 BGB die Übertragbarkeit des Rückgewähranspruchs folgen mag,¹⁰³⁾ hat sich für Österreich allerdings schon zur dinglichen Theorie herausgestellt, dass die Anwendung dinglicher Regeln der Übertragung regelmäßig entgegensteht.¹⁰⁴⁾

Das Insolvenzrecht als Haftungsrecht ist also schillernd, immerhin macht es aber den Eindruck, dass die althergebrachte *summa divisio* in *actiones in rem* und solche *in personam* intakt ist.¹⁰⁵⁾ Wer Haftungsrecht eher obligatorisch versteht, müsste zur *actio in personam* kommen, wer es drittwirksamer begreift, zur *actio in rem*, die dann eben nicht abtretbar ist. Indes ist auch das nicht gesichert. So befürwortet *Nunner-Krautgasser* als prononcierte Vertreterin eines haftungsrechtlichen Zugangs die Aussonderungsfähigkeit des Anfechtungsanspruchs, geht aber gleichzeitig davon aus, dass dieser Anspruch nur schuldrechtlich sei.¹⁰⁶⁾ Bei dieser Kombination von schuldrechtlicher Übertragbarkeit mit dinglicher Wirkung besteht allerdings die Gefahr, dass das „Instrumentelle“ am obligatorischen Herausgabeanspruch die Überspielung sachenrechtlicher Wertungen ist. Die Gefahr ist umso größer, als sowohl die schuldrechtliche Übertragbarkeit als auch die Drittwirksamkeit auf haftungstheoretischen Überlegungen fußen, die Haftungstheorie aber weder das eine noch das andere vor Augen hat. Was sie nicht bereits vorfindet, kann die erklärende Haftungstheorie nämlich nicht begründen.¹⁰⁷⁾ „Das Haftungsrecht“ ist inhaltsleer und wertungslos.¹⁰⁸⁾

4.4.4. Folgerungen

Zusammenfassend hat sich damit gezeigt, dass die Frage der Abtretbarkeit des Rückgewähranspruchs im Unterschied zum Wertersatzanspruch stark anfechtungstheoretisch aufgeladen ist. Die genaue Ausgestaltung der Position des Anfechtungsgläubigers präjudiziert nämlich die Übertragbarkeit, ist aber

„bis heute umstritten“.¹⁰⁹⁾ Die Lehre hat verschiedene Theorien zu den spärlichen gesetzlichen Vorgaben entwickelt, die ihrerseits in verschiedenen Ausprägungen, Verästelungen und Modifikationen vertreten werden. Sie oszillieren dabei zwischen obligatorischem Rückforderungsanspruch und dinglicher Rechtsdurchsetzung, machen aber auch vor Mischformen nicht halt.

Dieses unsichere Fundament zieht Unsicherheiten bei der Übertragung zwangsläufig nach sich. Während die Zession eines schuldrechtlichen Rückgewähranspruchs nämlich unkompliziert möglich ist, erfolgt die Übertragung dinglicher Rechte und der daraus resultierenden Ansprüche nach sachenrechtlichen Regeln.

Auf Basis der haftungsrechtlichen Theorie, die ein relatives Rückforderungsrecht des Anfechtungsgläubigers begründet, unterscheidet sich der Rückgewähranspruch nicht vom Wertersatzanspruch und ist nach zessionsrechtlichen Grundsätzen übertragbar. Das von manchen befürwortete Aussonderungsrecht in der Insolvenz des Anfechtungsgegners ist durch Zession und damit ohne Äquivalent zu einem sachenrechtlichen Modus hingegen nicht übertragbar.

5. Gegenleistung

Insolvenzanfechtungsansprüche können somit entsprechend der allgemeinen Regel des § 1393 ABGB übertragen werden. Während das Berufungsgericht dabei auch die Erbringung einer angemessenen Gegenleistung an die Masse durch den Zessionar ins Spiel brachte,¹¹⁰⁾ distanzierte sich der OGH von dieser zusätzlichen Anforderung. Die Angemessenheit sei grundsätzlich kein Kriterium, ein zu niedriger Preis könne „die Abtretung nur dann unwirksam machen [...], wenn die Zession objektiv insolvenzweckwidrig war und dieser Umstand – also der Missbrauch der Vertretungsmacht durch den Insolvenzverwalter – für den Zessionar auch evident war.“¹¹¹⁾

Auch in diesem Zusammenhang verdient der 17. Senat uneingeschränkte Zustimmung. Die Idee vom *iustum pretium* verfolgt die österreichische Rechtsordnung von Extremfällen abgesehen nämlich aus gutem Grund nicht, im Insolvenzverfahren ist das nicht anders. § 83 Abs 1 IO wünscht sich schließlich eine umfassende Vertretungsmacht des Insolvenzverwalters, der „kraft seiner Bestellung befugt [ist], alle Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen vorzunehmen, welche die Erfüllung der Obliegenheiten seines Amtes mit sich bringt“. So ist er etwa „für sich allein berechtigt, Zahlungen in beliebiger Höhe zu leisten, Geld

und Waren zu übernehmen und darüber zu quittieren“.¹¹²⁾

„Diese Rechtsordnung entspricht den Bedürfnissen der Rechtssicherheit“ und wird „nur spärlich durchbrochen“,¹¹³⁾ etwa wenn die Genehmigung durch den Gläubigerausschuss oder das Insolvenzgericht verlangt wird (§ 117 IO).¹¹⁴⁾ Dementsprechend sind nicht nur „für die Masse günstige oder zweckmäßige Geschäfte des Masseverwalters von seiner Vertretungsmacht gedeckt“.¹¹⁵⁾ Vielmehr ist etwa der Vertrag über den Verkauf einer massezugehörigen Maschine natürlich auch dann gültig, wenn sich herausstellt, dass der Verwalter sie teurer verwerten hätte können. Nicht der Dritte trägt also das Risiko eines für die Masse schlechten Geschäfts, sondern der Verwalter, der nach § 81 IO haftpflichtig werden kann.¹¹⁶⁾ Das ganze Konzept erinnert somit stark an die Idee der Formalvollmacht.¹¹⁷⁾

Vor diesem Hintergrund erscheint die Annahme, die Wirksamkeit der Zession von Anfechtungsansprüchen sei aufgrund eines Insolvenzverfahrens- und Anfechtungszwecks von einer angemessenen Gegenleistung abhängig, systemwidrig. Sollen diese Sonderregeln immer gelten? Das wurde noch von niemand behauptet. Wenn das aber nicht der Fall ist, warum soll dann für Anfechtungsansprüche etwas Anderes gelten als sonst? Systematische Folgerichtigkeit und Kohärenz sind Werte für sich. Es empfiehlt sich nicht, ad-hoc-Anforderungen aufzustellen, ohne das Gesamtgefüge im Blick zu haben, in dem es nur um subjektive Äquivalenz geht.

Die Zurückhaltung bei der Korrektur privatautonomer Rechtsgestaltung und damit auch der Preisfestsetzung folgt aus der Privatautonomie, hinter der der Richter als „großer Bruder“ grundsätzlich nur zur Durchsetzung von Rechten und Pflichten steht, nicht aber für eine ständige Nachkontrolle. Außerdem bestehen erhebliche Zweifel, ob der Richter in einer ex-post-Beurteilung den gerechten Preis besser festsetzen kann, als es der Vertragsmechanismus vermag. „Die Richtigkeitsgewähr oder auch nur Richtigkeitschance ist bei einer privatautONOMEN Regelung durch die Beteiligten grundsätzlich höher als bei jeder Inhaltsbestimmung durch Dritte.“¹¹⁸⁾

Dass es keinen Grund dafür gibt, das bei der Abtretung von Anfechtungsansprüchen anders zu sehen, zeigt nicht zuletzt ein Blick nach Deutschland, von wo die Idee der Gegenleistung – allerdings unvollständig, wie der OGH zutreffend erkannte – importiert wurde:¹¹⁹⁾ Während der BGH lange Zeit judizierte, dass Rechtshandlungen des Verwalters unwirksam seien, die „der vornehmsten Aufgabe des Insolvenzverfahrens – der gleichmäßigen Befriedigung aller In-

solvenzgläubiger [...] – klar und eindeutig zuwiderlaufen“,¹²⁰⁾ zieht er nunmehr die allgemeinen Regeln über den Vollmachtsmissbrauch heran: „Voraussetzung für die Unwirksamkeit der Handlung des Verwalters [ist danach] außer einer objektiven Evidenz der Insolvenzzweckwidrigkeit, dass sich dem Geschäftspartner auf Grund der Umstände des Einzelfalls ohne Weiteres begründete Zweifel an der Vereinbarkeit der Handlung mit dem Zweck des Insolvenzverfahrens aufdrängen musste.“¹²¹⁾ Das entspricht der herrschenden österreichischen Ansicht, die die Grenze der Vertretungsbefugnis ebenfalls in deren evident erkennbarem Missbrauch sieht.¹²²⁾

Den Dritten trifft das Risiko eines masseschmälernden Geschäfts also nur dann, wenn ihm klar erkennbar war, dass der Verwalter seine Pflichten verletzt.¹²³⁾ Dadurch „wird den Interessen an einem hinreichenden Schutz der Masse einerseits und an dem gebotenen Vertrauensschutz des redlichen Geschäftspartners andererseits jeweils in angemessener Weise Rechnung getragen.“¹²⁴⁾

Dementsprechend unterliegt die Abtretung von Anfechtungsansprüchen keinem grundsätzlichen „Angemessenheitskorrektiv“. Wie bei allen anderen Geschäften des Insolvenzverwalters auch, kann nur ein Missbrauch der Vertretungsmacht ausnahmsweise zur Unwirksamkeit des Vertrages führen, wenn der Verstoß gegen die interne Bindung ins Außenverhältnis durchschlägt. Davon abgesehen „besteht keine Veranlassung, hier weniger als sonst [...] dem sanktionsbewehrten Verwertungsermessens des Verwalters zu vertrauen“.¹²⁵⁾ Andernfalls wäre es schließlich auch nicht erklärlich, warum Vergleiche über und Verzicht auf Anfechtungsansprüche im Gegensatz zur Abtretung möglich sein sollten.¹²⁶⁾ Eine Differenzierung zwischen Anfechtungsforderungen und anderen Vermögenswerten ist vielmehr insgesamt nicht gerechtfertigt.

6. Ergebnisse

1. Vermögenswerte sind frei übertragbar. Wer Ausnahmen von diesem Grundsatz behauptet, trägt dafür die Beweislast. Der bloße Hinweis auf die Höchstpersönlichkeit reicht dabei nicht aus, weil sich dahinter ganz verschiedene Wertungen verbergen.
2. Insolvenz- und anfechtungsrechtliche Wertungen können keine Ausnahme vom Übertragbarkeitsgrundsatz für Anfechtungsansprüche rechtfertigen. Der OGH ist den für die Höchstpersönlichkeit angeführten Argumenten zu Recht nicht gefolgt.

3. Aufgrund der Wirkungsweise der Insolvenzanfechtung sind im Einzelnen verschiedene Fallgruppen zu unterscheiden.
 - a. Die Übertragung von Gestaltungsrechten samt daraus resultierender Wertersatzansprüche ist unproblematisch, weil keine Bedenken gegen die Abkürzung der Prozesswege bestehen. Wie bei einer gewöhnlichen Forderungszession ist der Zessionar dabei nur am Wertersatzanspruch interessiert.
 - b. Die selbständige Übertragung des Gestaltungsrechts kann keine Verwertungs-, sondern allenfalls Finanzierungszwecke verfolgen, was außerhalb des Anwendungsbereichs von § 879 Abs 2 Z 2 ABGB unbedenklich und daher zulässig, wengleich von beschränktem Nutzen ist.
 - c. Die Frage der Übertragbarkeit des Rückgewähranspruchs ist anfechtungstheoretisch aufgeladen, wobei weitgehend Unsicherheit über die genaue Ausgestaltung der Position des Anfechtungsgläubigers herrscht. Die unterschiedlichen Strömungen präjudizieren die Frage der Übertragbarkeit, weil teilweise sachenrechtliche Regeln einzuhalten sind. Auf Basis der herrschenden haftungsrechtlichen Theorie, die von einem obligatorischen, nicht drittwirksamen Rückgewähranspruch ausgeht, ist die Zession möglich.
4. Die Abtretung unterliegt keinem Angemessenheitskorrektiv. Die Vertretungsmacht des Insolvenzverwalters umfasst vielmehr auch „ungünstige“ Geschäfte und endet erst beim evident erkennbaren Missbrauch. ◆

Literaturverzeichnis

- Avenarius*, Übereignung besitzloser Sachen und Vindikationszession, JZ 1994, 511.
- Bartsch/Pollak*, Kommentar zur Konkursordnung I (1916); I³ (1937).
- Bartsch/Pollak/Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht I⁴ (2000); III⁴ (2002).
- Bork*, Kann der (vorläufige) Insolvenzverwalter auf das Anfechtungsrecht verzichten? ZIP 2006, 589.
- Bork*, Einführung in das Insolvenzrecht⁹ (2019).
- Braun*, Die Unabtretbarkeit konkursrechtlicher Anfechtungsansprüche – ein unverrückbares Dogma? ZIP 1985, 786.
- Burtscher/Spitzer*, Vertretungskonzepte juristischer Personen, SPRW 2014, 201.
- F. Bydlinski*, System und Prinzipien des Privatrechts (1996).
- P. Bydlinski*, Zur Abtretbarkeit der Rechte aus einem Mietverhältnis, JBl 1985, 728.
- P. Bydlinski*, Die Übertragung von Gestaltungsrechten (1986).
- P. Bydlinski*, Der sogenannte „Mißbrauch“ unbeschränkbarer Vertretungsmacht, in FS F. Bydlinski (2002) 19.
- Canaris*, Die Verdinglichung obligatorischer Rechte, in FS Flume I (1978) 371.
- Eckardt*, Zur Abtretbarkeit anfechtungsrechtlich begründeter Ansprüche im Konkurs, KTS 1993, 585.
- Eckardt*, Anfechtung und Aussonderung, KTS 2005, 15.
- Ehrenzweig*, Kommentar zur Anfechtungsordnung und zu den Anfechtungsnormen der Konkursordnung (1916).
- Fasching*, Urteilsmäßige Rechtsgestaltung im Zivilprozeß, JBl 1975, 505.
- Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen II/1³ (2015).
- Gerhardt*, Die systematische Einordnung der Gläubigeranfechtung (1969).
- Gerhardt*, Der IX. Senat des BGH auf dem Weg zur haftungsrechtlichen Anfechtungstheorie, ZIP 2004, 1675.
- Haas/Müller*, Der Insolvenzanfechtungsanspruch in der Insolvenz des Anfechtungsgegners, ZIP 2003, 49.
- Heller/Berger/Stix*, Kommentar zur EO III⁴ (1976).
- Henckel*, Wert und Unwert juristischer Konstruktion im Konkursrecht, in FS Weber (1975) 237.
- Henckel/Gerhardt*, Jaeger Großkommentar zur Insolvenzordnung IV (2008).
- Holzner*, Abtretbarkeit des dinglichen Herausgabeanspruchs bei eigenem Erwerbstitel des „Neugläubigers“ gegenüber dem Eigentümer? JBl 2013, 552.
- Kaser*, Das Römische Privatrecht I (1955).
- Kletečka/Schauer*, ABGB-ON – Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch^{1,02} (2016, 2017).
- Kodek*, Kommentar zum Grundbuchsrecht² (2016).
- Koller/Lovrek/Spitzer*, Kommentar zur IO (2019).
- Konecny/Schubert*, Kommentar zu den Insolvenzgesetzen (1997).
- König*, Die Anfechtung nach der IO⁵ (2014).
- Korinek*, Wirtschaftliche Freiheiten, in Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa VII/1² (2014).
- Koziol*, Grundlagen und Streitfragen der Gläubigeranfechtung (1991).

Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger, Kurzkomentar zum ABGB⁵ (2017).

Kübler/Prütting/Bork, InsO. Kommentar zur Insolvenzordnung (50. Lfg. 2012).

Luig, Zur Geschichte der Zessionslehre (1966).

Marotzke, Dingliche Wirkungen der Gläubiger- und Konkursanfechtung, KTS 1987, 2.

Nunner-Krautgasser, Schuld, Vermögenshaftung und Insolvenz (2007).

Nunner-Krautgasser, Verfahrenshilfe versus Prozesskostenfinanzierung für Insolvenzmassen in Österreich, in FS Delle Karth (2013) 701.

Nunner-Krautgasser, Prozesskostenfinanzierung im und nach dem Insolvenzverfahren, in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2012 (2013) 71.

Nunner-Krautgasser, Prozesskostenfinanzierung und Organkompetenzen im Insolvenzverfahren, ZIK 2015, 87.

Nunner-Krautgasser, Haftungsrechtliche Unwirksamkeit infolge Insolvenzanfechtung und ihre Tragweite in der Insolvenz des Anfechtungsgegners, in *Konecny*, Insolvenzrecht und Kredit-schutz (2015) 129.

Nunner-Krautgasser, Zur Abtretbarkeit von Insolvenzanfechtungsansprüchen, JBI 2018, 277.

Paulus, Sinn und Formen der Gläubigeranfechtung, AcP 155 (1956) 277.

Perner/Spitzer/Kodek, Bürgerliches Recht⁶ (2019).

Pernthaler, Ungeschriebene Grundrechte und Grundrechtsprinzipien in der österreichischen Rechtsordnung, in FS Öhlinger (2004) 447.

Petschek/Reimer/Schiemer, Das österreichische Insolvenzrecht (1973).

Pflüger, Ueber das Wesen der Dinglichkeit, AcP 79 (1892) 406.

Picker, Der „dingliche“ Anspruch, in FS F Bydlinski (2002) 269.

Riel, Die Befugnisse des Masseverwalters im Zivilverfahrensrecht (1995).

G. Roth, Vom Wegfall der Geschäftsgrundlage zur richterlichen Vertragsanpassung, in FS Krejci (2001) 1251.

Rummel, Kommentar zum ABGB I³ (2000); II/1³ (2002); II/2³ (2002).

Rummel/Lukas, Kommentar zum ABGB⁴ (2016).

Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch II⁸ (2019); III⁸ (2019); VII⁷ (2017).

Schürnbrand, Gestaltungsrechte als Verfügungsgegenstand, AcP 204 (2004) 177.

Schwimann/Kodek, ABGB Praxis-kommentar VI⁴ (2016).

Shamiyeh, Die zivilrechtliche Haftung des Masseverwalters (1995).

Spickhoff, Insolvenzzweckwidrige Rechtshandlungen des Insolvenzverwalters, KTS 2000, 15.

Spielbüchler, Der Dritte im Schuldverhältnis (1973).

Spitzer, Aussonderung nach Insolvenzanfechtung in Deutschland und Österreich, ZInSO 2012, 308.

Spitzer, Das persönliche Recht auf Aussonderung (2017).

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Stand 2017).

Stürner/Eidenmüller/Schoppmeyer, Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung II⁴ (2019).

Thole, Gläubigerschutz durch Insolvenzrecht (2010).

Torggler/Trenker, Zur Organhaftung für Gläubigerbevorzugung gemäß § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG, § 84 Abs 3 Z 6 AktG, JBI 2013, 613.

Trenker, Verfahrenshilfe für die Insolvenzmasse unter besonderer Berücksichtigung von Art 6 MRK, Art 47 Abs 3 GRC, ZIK 2014, 13.

Wilburg, Gläubigerordnung und Wertverfolgung, JBI 1949, 29.

Zeiller, Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesamten deutschen Erbländer der oesterreichischen Monarchie IV (1813).

Zenger, Die Insolvenzanfechtung aus zivilrechtlicher Perspektive (2016).

Zimmermann, The Law of Obligations (1996).

Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung³ (1996).

- 1) Der Erstverfasser erstattete im Rahmen des Revisionsverfahrens ein Rechtsgutachten für die dann obsiegende Klägerin.
- 2) Zur Unterscheidung zwischen dem Anfechtungsrecht als Gestaltungsrecht und dem daraus resultierenden Anspruch noch unter Pkt 4.
- 3) Vgl die Übersicht in OGH 17.6.2019, 17 Ob 6/19k (Abdruck der E in diesem Heft S ###). Die Ausnahme bildet dabei die Arbeit von *Torggler/Trenker*, JBI 2013, 613 (622). Der Beitrag von *Nunner-Krautgasser*, JBI 2018, 277 (282 f) hat sich der Frage anlässlich dieses Verfahrens gewidmet.
- 4) *Braun*, ZIP 1985, 786 (786).
- 5) BGH 17.2.2011, IX ZR 91/10 NZI 2011, 486.
- 6) Details unter www.ogh.gv.at/der-oberstegerichtshof/geschaeftsverteilung/.
- 7) Das gilt unabhängig vom Hinweis in FN 1.
- 8) Wie glücklich die Formulierung der Vereinbarung war, kann hier dahinstehen.
- 9) Die Rückstellung der Liegenschaften in natura sei aufgrund zwischenzeitig

- erfolgter hypothekarischer Belastungen untunlich (§ 39 Abs 1 IO).
- 10) Siehe auch *Nunner-Krautgasser*, JBl 2018, 277 (277 ff).
- 11) Art 5 StGG, Art 1 1. ZProtEMRK.
- 12) *Korinek* in Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer, HB Grundrechte VII/12 § 16 Rz 22; *Pernthaler* in FS Öhlinger 447 (450 ff).
- 13) Zu einer Andeutung in § 1393 ABGB siehe etwa *Lukas* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 1393 Rz 1.
- 14) *Kaser*, Privatrecht I 545.
- 15) Forderungen konnten zwar weiterhin nicht wirklich abgetreten werden, der „Neugläubiger“ konnte sie aber einklagen und einziehen und war somit zufriedengestellt; *Kaser*, Privatrecht I 546 f; *Luig*, Zessionslehre 3 ff; eingehend auch *Zimmermann*, Obligations 58 ff.
- 16) *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung³ 439.
- 17) Siehe *Spitzer*, Persönliche Aussonderung 125 ff mwN.
- 18) Neben § 1393 ABGB insbesondere § 398 BGB, Art 164 OR, Art 1689 Code civil, Art 1260 Codice civile; zum common law siehe *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung³ 440 f, 449 ff.
- 19) *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung³ 439.
- 20) *Zeiller*, Kommentar IV 84.
- 21) Zum Anwendungsbereich *Lukas* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 1396a Rz 3 ff.
- 22) *Zeiller*, Kommentar IV 84.
- 23) Auch das zessionsrechtliche Verschlechterungsverbot spielt hier eine Rolle. Da der Schuldner der Zession nicht zustimmen muss, darf er dadurch auch nicht benachteiligt werden. Das wäre aber der Fall, wenn sich der Gläubigerwechsel auf den Inhalt der Forderung auswirken würde; vgl *Busche* in Staudinger, BGB (2017) § 399 Rz 7. Höchstpersönlichkeit und Verschlechterungsverbot gehen hier somit Hand in Hand; *Neumayr* in KBB⁵ § 1393 Rz 3; *Lukas* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 1393 Rz 2; OGH 11.9.2003, 6 Ob 106/03m.
- 24) *P. Bydlinski*, JBl 1985, 728 (731).
- 25) Vgl OGH 1.6.1988, 9 ObA 90/88.
- 26) *Lukas* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 1393 Rz 5.
- 27) OGH 29.6.1983, 1 Ob 635/83 EFSIlg 43.555.
- 28) Vgl *Neumayr* in KBB⁵ § 1393 Rz 4.
- 29) *Ertl* in Rummel, ABGB³ § 1393 Rz 2.
- 30) *Krejci* in Rummel, ABGB³ § 12 KSchG Rz 1.
- 31) *Heller/Berger/Stix*, EO III⁴ 2100.
- 32) *Krejci* in Rummel, ABGB³ § 1153 Rz 4.
- 33) *Lukas* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 1393 Rz 9; anders freilich etwa *P. Bydlinski*, JBl 1985, 728 (732 f) mwN; siehe auch *Neumayr* in KBB⁵ § 1393 Rz 5.
- 34) *G. Roth/Kieninger* in MüKoBGB⁸ § 399 Rz 1.
- 35) Zur alten Rsp JB 204 alt; SZ 54/25 mwN; SZ 61/144; 64/51.
- 36) OGH 30.9.1996, 6 Ob 2068/96b.
- 37) OGH 31.8.2010, 4 Ob 124/10d.
- 38) SZ 64/120; *Heidinger* in Schwimann/Kodek, ABGB⁴ § 1393 Rz 5.
- 39) *P. Bydlinski*, JBl 1985, 728 (729).
- 40) *Eckardt*, KTS 1993, 585 (589 f); für Gestaltungsrechte *Schürnbrand*, AcP 204, 177 (185).
- 41) Die Annahme eines „höchstpersönlichen Rechts für Dritte“ wäre mit dem OGH vielmehr „ein Widerspruch in sich“; vgl Pkt 3.2.3. der E. Eingehend zur fehlenden Aussagekraft des Anfechtungsmonopols für die Frage der Abtretbarkeit *Eckardt*, KTS 1993, 585 (597 ff); siehe auch *Torgger/Trenker*, JBl 2013, 613 (622); *Nunner-Krautgasser*, JBl 2018, 277 (282 f).
- 42) Pkt 3.3. der E.
- 43) Entgegen *Ehrenzweig*, Kommentar 344; *Bartsch/Pollak*, Kommentar I³ 159 f, 233.
- 44) Entgegen *König*, Anfechtung⁵ Rz 15/37.
- 45) Ausführlich und differenziert *Thole*, Gläubigerschutz 279 ff.
- 46) *Gerhardt*, ZIP 2004, 1675 (1675).
- 47) *Eckardt*, KTS 2005, 15 (15).
- 48) Siehe unten Pkt 4.4.
- 49) Für Österreich *König*, Anfechtung⁵ Rz 2/10; siehe für Deutschland aber *Kirchhof/Piekenbrock* in MüKoInsO⁴ § 143 Rz 14.
- 50) Pkt 3.4.2. der E.
- 51) Siehe die Zusammenfassung in der E des OGH.
- 52) *P. Bydlinski*, Übertragung 52 (Hervorhebung nicht übernommen).
- 53) *P. Bydlinski*, Übertragung 37; dazu gleich unten Pkt 4.3.
- 54) *P. Bydlinski*, Übertragung 37.
- 55) Zur Zulässigkeit der Zession künftiger Forderungen, wenn die Forderung bestimmbar oder bestimmt ist, etwa *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht⁶ 638.
- 56) *P. Bydlinski*, Übertragung 52 f.
- 57) *P. Bydlinski*, Übertragung 52.
- 58) Vgl *P. Bydlinski*, Übertragung 53 FN 35, wonach sonst schlimmstenfalls sogar insgesamt drei Prozesse zu führen wären.
- 59) Schon diese Überlegungen zeigen, dass auch die Notwendigkeit der gerichtlichen Geltendmachung des Insolvenzanfechtungsrechts (vgl *König*, Anfechtung⁵ Rz 15/3 mwN zur teilweise abweichenden Lehre) dessen Übertragung nicht im Weg steht. Das wäre nur der Fall, wenn die gerichtliche Geltendmachung durch den Insolvenzverwalter persönlich nötig wäre, wofür es keinen Grund gibt. Das Erfordernis dient schließlich dem „Rechtssicherheitsbedürfnis des Anfechtungsgegners und des Rechtsverkehrs“, das unabhängig davon gewährt wird, wer die Klage einbringt; siehe *Eckardt*, KTS 1993, 585 (599 f); außerdem *Fasching*, JBl 1975, 505 (507); *P. Bydlinski*, Übertragung 34; *Torgger/Trenker*, JBl 2013, 613 (622); *Nunner-Krautgasser*, JBl 2018, 277 (284f).
- 60) Pkt 3.4.2. der E.
- 61) *P. Bydlinski*, Übertragung 37.
- 62) *P. Bydlinski*, Übertragung 37.
- 63) Vgl *Trenker*, ZIK 2014, 13 (17).
- 64) Im Detail ist freilich vieles strittig; siehe etwa *M. Bydlinski* in *Fasching/Konecny*, ZPG³ § 63 ZPO Rz 11, 15; *Riel*, Befugnisse 140ff; *Trenker*, ZIK 2014, 13 (13ff); jeweils mwN.
- 65) Vgl OGH 25.11.2014, 8 Ob 89/14t EvBl 2015/58 (*Riel*); OLG Wien 7.11.2002, 28 R 70/02y ZIK 2003/136; *Nunner-Krautgasser* in FS Delle Karth 701 (705 ff); *dies* in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2012, 71 (71 ff); *dies*, ZIK 2015, 87 (87 ff).
- 66) Siehe dazu und zur Besicherung *Nunner-Krautgasser* in FS Delle Karth 701 (708 f) mwN.
- 67) Siehe *Bollenberger* in KBB⁵ § 879 Rz 16 mwN.
- 68) Siehe *P. Bydlinski*, Übertragung 37.
- 69) RIS-Justiz RS0016540, auch zur Erlangung der Zeugenstellung; siehe auch Pkt 3.5.2. der E.
- 70) *P. Bydlinski*, Übertragung 38 FN 178.
- 71) *P. Bydlinski*, Übertragung 37.
- 72) *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht⁶ 638.
- 73) *Gerhardt*, ZIP 2004, 1675 (1675).
- 74) Etwa *Koziol/Bollenberger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger* I⁴ § 27 Rz 17 ff.

- 75) Dazu *Paulus*, AcP 155, 277 (279 ff); *Gerhardt*, Gläubigeranfechtung 6ff; *Henckel* in Jaeger, InsO § 143 Rz 7 f; *Bork* in Kübler/Prütting/Bork, InsO Vor § 129 Rz 6; jeweils mwN.
- 76) *Marotzke*, KTS 1987, 2, wenngleich mit maßgebenden Modifikationen, worauf *Koziol*, Grundlagen 50 ff hingewiesen hat; jüngst wieder *Zenger*, Insolvenzanfechtung 189 ff; weitere Nachweise bei *Spitzer*, ZInsO 2012, 308 (309); *Bork*, Insolvenzrecht⁹ Rz 267. Dem Ergebnis könnte man nur ausweichen, indem man – wohl etwas gekünstelt – den Herausgabensanspruch bei der dinglichen Theorie als obligatorischen Anspruch versteht (zu den Folgen daraus FN 78).
- 77) *Spitzer*, ZInsO 2012, 308 (309).
- 78) *Holzner* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 425 Rz 6.
- 79) Dies betonen schon *Spielbüchler*, Der Dritte 135 f und *Holzner*, JBl 2013, 552 (554).
- 80) *Holzner*, JBl 2013, 552 (553).
- 81) Vgl *Oechlser* in MüKoBGB⁷ § 931 Rz 1 ff; *Avenarius*, JZ 1994, 511. Aus österreichischer Sicht *Holzner*, JBl 2013, 552 (554).
- 82) Insofern ist OGH 4.3.2013, 8 Ob 45/12v kritisch zu sehen, wo der Erbe dem Vermächtnisnehmer „sämtliche möglicherweise bestehend[e] Rechte“ am vermachten, im Besitz eines Dritten befindlichen Gemälde abgetreten hatte und der Vermächtnisnehmer die Herausgabeklage gegen den Dritten in der Folge auf § 366 ABGB stützte. Dabei handle es sich nach dem OGH nicht um die unzulässige, vom Eigentum losgelöste Übertragung des Vindikationsanspruchs, sondern um die Übertragung des vollen Eigentums in Erfüllung der Pflichten des Erben gegenüber dem Vermächtnisnehmer, weshalb der Klage stattgegeben wurde. Eingehend dazu *Holzner*, JBl 2013, 552 (552 ff); ihm zustimmend *Eccher/Riss* in KBB⁵ § 366 Rz 2; *Neumayr* in KBB⁵ § 1393 Rz 4; *Lukas* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 1393 Rz 1 FN 3.
- 83) Vgl aber OGH 4.3.2013, 8 Ob 45/12v und – nur diesbezüglich zustimmend – *Holzner*, JBl 2013, 552 (552), wonach der besitzanweisende Veräußerer im Veräußerungszeitpunkt zumindest mittelbarer Besitzer sein muss, was man hier bezweifeln könnte.
- 84) Vgl *Rassi* in *Kodek*, Grundbuchsrecht² § 10 GBG Rz 26 ff.
- 85) Grundlegend *Paulus*, AcP 155, 277 (294 ff); außerdem *Koziol*, Grundlagen 45 ff; *Henckel* in Jaeger, InsO § 143 Rz 10 ff, 23 ff; *Nunner-Krautgasser*, Schuld 308 ff.
- 86) *Holzner*, JBl 2013, 552 (554).
- 87) *Henckel* in FS Weber 237 (237 ff).
- 88) *Spitzer*, Persönliche Aussonderung 301.
- 89) Siehe *Spitzer*, ZInsO 2012, 308 (310).
- 90) *Haas/Müller*, ZIP 2003, 49 (51).
- 91) *Thole*, Gläubigerschutz 526.
- 92) Etwa *Eckardt*, KTS 1993, 585 (595); *Haas/Müller*, ZIP 2003, 49 (51 f); *Henckel* in Jaeger, InsO § 143 Rz 53; *Bork* in Kübler/Prütting/Bork, InsO Vor § 129 Rz 9.
- 93) RIS-Justiz RS0050372; vgl auch *König*, Anfechtung⁵ Rz 2/8.
- 94) *Nunner-Krautgasser*, JBl 2018, 277 (282); siehe auch *Eckardt*, KTS 1993, 585 (595 f).
- 95) Kritisch dazu *Spitzer*, Persönliche Aussonderung 301 ff.
- 96) So *Nunner-Krautgasser* in *Konecny*, Insolvenzrecht und Kreditschutz 129 (140 ff); BGH 23.10.2003, IX ZR 252/01 NJW 2004, 214; dagegen die herrschende österreichische Ansicht: OGH 18.12.1979, 5 Ob 310/79; *Koziol*, Grundlagen 38 ff, 54; *König*, Anfechtung⁵ Rz 2/20; *Spitzer*, Persönliche Aussonderung 287 ff.
- 97) *Thole*, Gläubigerschutz 526.
- 98) Wo die Grenze zwischen Schuld- und Sachenrecht derart verschwimmt, werden traditionell gerne Parallelen zur Treuhand gezogen; siehe dementsprechend *Eckardt*, KTS 1993, 585 (595); ihm folgend *Nunner-Krautgasser*, JBl 2018, 277 (282). Die Aussagekraft des „juristischen Mirakels“ der Treuhand (*F. Bydlinski*, System 336), das „mit den bestehenden Grundsätzen unvereinbar“ ist (*Wilburg*, JBl 1949, 29 [31]), ist freilich ganz allgemein beschränkt; siehe *Spitzer*, Persönliche Aussonderung 57 ff, 165 f. Grund und Grenzen sind bis heute weitgehend unklar. Die Argumentation mit einem aus allgemeinen Grundsätzen kaum zu rechtfertigenden Zustand muss die maßgeblichen Wertungsfragen dementsprechend zwangsläufig übergehen, weshalb sie auch im vorliegenden Zusammenhang nicht weiterführt; vgl auch *Spitzer*, ZInsO 2012, 308 (312 ff) zur fehlenden Aussagekraft der Treuhand für die Aussonderung in der Insolvenz des Anfechtungsgegners.
- 99) Dass es sich nicht um ein dingliches Vollrecht und damit nicht um einen klassisch dinglichen Anspruch handelt, ist für diese Überlegungen belanglos. Man könnte auch – ohne dadurch aber mehr Klarheit zu erzeugen – von einem quasidinglichen oder schlicht drittwirksamen Anspruch sprechen; siehe *Picker* in FS F. Bydlinski 269 (277, 312), wonach die „fruchtlosen definitiven Klärungsversuche“ zum dinglichen Anspruch durch eine „funktionale Bestimmung seiner konkreten Gebilde“ ersetzt werden sollten.
- 100) *Henckel* in Jaeger, InsO § 143 Rz 101 f; vgl auch *Eckardt*, KTS 1993, 585 (596), der die unkomplizierte Übertragbarkeit der haftungsrechtlichen Zuordnung aber aus den weitreichenden anerkannten Verfügungsmöglichkeiten des Verwalters ableitet.
- 101) Vgl zur parallelen Situation bei der Treuhand *Spitzer*, Persönliche Aussonderung 179 ff.
- 102) *Canaris* in FS Flume I 371 (376).
- 103) Siehe *Henckel* in Jaeger, InsO § 143 Rz 102.
- 104) Siehe oben Pkt 4.4.2.
- 105) Vgl Inst 4, 6, 1 und dazu *Pflüger*, AcP 79, 406 (424).
- 106) *Nunner-Krautgasser*, JBl 2018, 277 (282); dies in *Konecny*, Insolvenzrecht und Kreditschutz 129 (140 ff).
- 107) *Henckel* in FS Weber 237 (251); *Eckardt*, KTS 2005, 15 (30); *Spitzer*, Persönliche Aussonderung 303.
- 108) *Spitzer*, Persönliche Aussonderung 355.
- 109) *Bollenberger* in Koller/Lovrek/Spitzer, IO § 27 Rz 8.
- 110) Siehe auch *Nunner-Krautgasser*, JBl 2018, 277 (284).
- 111) Pkt 3.5.6. der E.
- 112) *Bartsch/Pollak*, Kommentar I 522.
- 113) *Bartsch/Pollak*, Kommentar I 522.
- 114) Inwieweit solche Genehmigungserfordernisse bei der Abtretung von Anfechtungsrechten bestehen können, soll hier dahinstehen. Siehe auch Pkt 3.5.7. der E zur – für die Wirksamkeit des Geschäfts nicht maßgeblichen – Frage, ob eine Mitteilung an das Insolvenzgericht nach § 116 IO notwendig ist.

- 115) *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert* § 83 KO Rz 16; *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger III*⁴ § 83 KO Rz 13; *Reisch* in *Koller/Lovrek/Spitzer*, IO § 83 Rz 5; jeweils mwN.
- 116) Geschäfte, die „*ihrer Art nach in einem Konkurs nicht vorkommen*“, sind von der Vertretungsmacht nach hA freilich nicht gedeckt. Dabei handelt es sich im Wesentlichen um Schenkungen, vgl *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert* § 83 KO Rz 16; *Riel*, Befugnisse 72 f; *Shamiyeh*, Haftung 147 ff; *Spickhoff*, KTS 2000, 15 (25); weitergehender *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 160.
- 117) Dazu *Burtscher/Spitzer*, SPRW 2014, 201 (207 ff).
- 118) *Schubert* in *MüKoBGB*⁸ § 242 Rz 527; siehe auch *G. Roth* in *FS Krejci* 1251.
- 119) Siehe *Henckel* in *Jaeger*, InsO § 143 Rz 102 zur Rsp des Reichsgerichts.
- 120) BGH 25.4.2002, IX ZR 313/99 NJW 2002, 2783 mwN.
- 121) BGH 10.1.2013, IX ZR 172/11 NJW-RR 2013, 610; grundlegend BGH 25.4.2002, IX ZR 313/99 NJW 2002, 2783. Da ein eindeutiger Widerspruch zum Insolvenz-zweck auch davor nur angenommen wurde, wenn er „für jeden verständigen Beobachter ohne weiteres ersichtlich ist“ (BGH 25.4.2002, IX ZR 313/99 NJW 2002, 2783), dürfte sich der Unterschied im Ergebnis freilich in Grenzen halten. Ausführlich zum Ganzen *Spickhoff*, KTS 2000, 15 (27 ff).
- 122) *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger III*⁴ § 83 KO Rz 17; *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert* § 83 KO Rz 16 f; jeweils mwN. Allgemein zum Vollmachtsmissbrauch *P. Bydlinski* in *FS F. Bydlinski* 19, der sogar Kenntnis des Dritten von der Pflichtverletzung fordert; außerdem *Perner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 1017 Rz 11; *Burtscher/Spitzer*, SPRW 2014, 201 (209); jeweils mwN.
- 123) Eingehend *Spickhoff*, KTS 2000, 15 (31 ff).
- 124) BGH 25.4.2002, IX ZR 313/99 NJW 2002, 2783; 10.1.2013, IX ZR 172/11 NJW-RR 2013, 610.
- 125) *Eckardt*, KTS 1993, 585 (604).
- 126) Siehe *Eckardt*, KTS 1993, 585 (604); *Torggler/Trenker*, JBl 2013, 613 (623 FN 104); *Nunner-Krautgasser*, JBl 2018, 277 (283); zur in der evidenten Insolvenz-zweckwidrigkeit liegenden Grenze der Verzichtsmöglichkeit *Bork*, ZIP 2006, 589 (591 ff).