

FESTSCHRIFT ANDREAS KONECNY



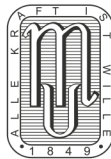
A. Konecny

Festschrift

ANDREAS KONECNY

Herausgegeben von

Jürgen C. T. Rassi
Stephan Riel
Birgit Schneider



Wien 2022

MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung

Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sowie der Übersetzung, vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form (durch Fotokopie, Mikrofilm oder ein anderes Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung des Verlages reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Sämtliche Angaben in diesem Werk erfolgen trotz sorgfältiger Bearbeitung ohne Gewähr; eine Haftung der Autorinnen und Autoren, der Herausgeber sowie des Verlages ist ausgeschlossen.

ISBN 978-3-214-03656-0

© 2022 MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH, Wien

Telefon: (01) 531 61-0

E-Mail: verlag@manz.at

www.manz.at

Bildnachweis: © Foto Wilke

Satz: EXAKTA GmbH, Wien, www.exakta.at

Druck: FINIDR, s.r.o., Český Těšín

Vorwort

Andreas Konecny vollendet – obwohl das kaum zu glauben ist – am 28. Juli 2022 sein 65. Lebensjahr. Für die Autorinnen und Autoren, den Verlag und die Herausgeber war es eine Selbstverständlichkeit, dass der Ehrentag auch mit einer Festschrift gefeiert wird. Er selbst hat das lange Zeit nicht so gesehen und musste ein wenig überredet werden. Seine Zurückhaltung ist wenig überraschend. Alle, die *Andreas Konecny* kennen, wissen um seine Bescheidenheit. Doch eine Festschrift gibt einerseits Autorinnen und Autoren Gelegenheit, ihre fachliche und freundschaftliche Verbundenheit zum Jubilar zum Ausdruck zu bringen und vielfach „Dankeschön“ zu sagen. Andererseits ist der Geburtstag Anlass, das bisherige Lebenswerk des Geehrten zu würdigen.

Nach dem Studium an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien, das er 1979 mit der Promotion zum Doktor der Rechtswissenschaften abgeschlossen hat, und der Absolvierung der Gerichtspraxis begann *Andreas Konecny* 1980 seine wissenschaftliche Karriere als Assistent von Univ.-Prof. DDr. Dr. hc *Hans W. Fasching* am Institut für Zivilgerichtliches Verfahren der Universität Wien. Beim Großmeister des österreichischen Zivilprozessrechts zeigten sich rasch Begabung und Schaffenskraft von *Andreas Konecny*. 1991 wurde ihm mit der viel beachteten Habilitationsschrift „Zum Anwendungsbereich der einstweiligen Verfügung“ die *venia docendi* für Zivilgerichtliches Verfahren verliehen. 1993 wurde er zum Universitätsprofessor an der Universität Wien ernannt.

Als Professor für Zivilgerichtliches Verfahren hat *Andreas Konecny* sein Fach in hervorragender Weise in Wissenschaft und Lehre ebenso wie in Gesetzgebung und Praxis vertreten. Dabei ist es wohl gerade der gleich zu skizzierenden Vielfältigkeit und Tiefe seiner Beschäftigung mit dem Zivilverfahrensrecht geschuldet, dass er in allen genannten Bereichen anerkannt, geschätzt, gelesen und gehört wird.

Das wissenschaftliche Werk von *Andreas Konecny* ist vielfach im Dialog mit bzw. als Reaktion auf die Bedürfnisse der Rechtspraxis entstanden; das auch und gerade dort, wo es grundlegenden, systematischen Themen gewidmet ist. Oft beschäftigt er sich als erster literarisch mit neuesten Entwicklungen in Gesetzgebung und Rechtsprechung und prägt damit die Rechtsanwendung vom ersten Tag an. Zugleich ist ihm die wissenschaftliche Aufbereitung des Verfahrensrechts für Wissenschaft und Praxis ein zentrales Anliegen. So hat *Andreas Konecny* in den letzten Jahrzehnten nicht nur unzählige eigenständige Beiträge, Buchteile und Entscheidungsanmerkungen verfasst, sondern durch die Übernahme der Herausgeberschaft des *Fasching/Konecny* ein für Praxis und Wissenschaft unverzichtbares (und vielzitiertes) Werk auf den Weg gebracht. Gleiches gilt für den ebenfalls bei Manz erscheinenden Kommentar zu den Insolvenzgesetzen, den er seit 2010 alleine herausgibt. Wer – wie viele der Autorinnen und Autoren dieser Festschrift – an einem von *Andreas Konecny* herausgegebenen Buch mitgewirkt hat, weiß, wieviel eigene Arbeit des Jubilars in diesen Kommentaren steckt!

Die Lehre an der Universität Wien gehört für einen Professor vom Schlage des Jubilars ganz selbstverständlich zu den zentralen Aufgaben (und meist Freuden) seines Berufes. Generationen von Studierenden haben sich von seiner Leidenschaft für sein Fach anstecken lassen. Er hat ihnen den teilweise als recht sperrig empfundenen Stoff stets plastisch vermittelt und verständlich beigebracht. *Andreas Konecny* hat auch zahlreiche Studierende in ihren Dissertationsvorhaben begleitet. Bei einigen von ihnen hat er sogar eine Begeisterung für weiteres wissenschaftliches Arbeiten geweckt. Und schließlich hat er als langjähriger Institutsvorstand sein Institut über viele Jahre entscheidend geprägt.

Andreas Konecny wird aber nicht nur an der Universität gerne gehört. Kaum eine insolvenzrechtliche Tagung fand und findet ohne seinen Beitrag statt. Vor allem die alljährlichen Tagungen der Fachgruppe Insolvenzrecht der österreichischen Richtervereinigung (deren Ehrenmitglied der Jubilar ist) und das traditionsreiche und vielbesuchte Insolvenz-Forum am Grundlsee hat er über Jahre als wissenschaftlicher Berater bzw Leiter geprägt. Seit 2001 gibt er auch alljährlich einen „Grundlsee“-Tagungsband heraus. Gemeinsam mit dem Manz Verlag hat *Andreas Konecny* überdies den Wiener Insolvenzrechtstag etabliert. Zahlreiche Praktiker haben so *Andreas Konecny* als Vortragenden kennen und schätzen gelernt.

Der Praxis hat *Andreas Konecny* sein Wissen nicht nur in Veröffentlichungen und Vorträgen, sondern auch und vor allem als Schriftleiter der (noch immer) einzigen österreichischen Zeitschrift zum Insolvenzrecht zur Verfügung gestellt. Man kann wohl ohne Übertreibung sagen, dass die ZIK alle insolvenzrechtlichen Themen (und das immer aktuell) abdeckt; sie ist so seit 1995 für viele Insolvenzrechtspraktiker die zentrale Informationsquelle geworden. Diese Alleinstellung ist gewiss darauf zurückzuführen, dass *Andreas Konecny* stets für Qualität und praktisch relevante Information sorgt und vor allem dann selbst zur Feder greift, wenn aktuelle Entwicklungen in Gesetzgebung oder Judikatur der Einordnung und Erläuterung bedürfen.

Sein umfassendes Wissen hat *Andreas Konecny* seit fast 30 Jahren auch dem Bundesministerium für Justiz (und dem Bundesministerium für Soziales und Konsumentenschutz) zur Verfügung gestellt. Er hat dabei stets versucht, im nicht enden wollenden Strom der oft von tagespolitischen Wünschen motivierten Gesetzgebungsvorschläge für das Exekutions- und Insolvenzrecht die grundlegenden systematischen Zusammenhänge aufzuzeigen. So konnte *Andreas Konecny* manche sich anbahnende Fehlentwicklung verhindern, wenn es auch leider unbestreitbar ist, dass seine Hinweise trotz sorgfältiger Vorbereitung und stets höflichem Vortrag nicht immer umgesetzt wurden.

Die breite Anerkennung, die der Jubilar in Lehre, Legistik und Praxis genießt und die nicht zuletzt die Liste der Mitwirkenden an dieser Festschrift widerspiegelt, ist gewiss seiner umfassenden Kenntnis und seinem Verständnis für sein Fach geschuldet, genauso aber auch seiner Fähigkeit, komplexe Rechtsfragen anschaulich und nachvollziehbar zu präsentieren. Juristen aus allen genannten Bereichen haben daher immer wieder nicht nur seine Publikationen gelesen und seine Vorträge angehört, sondern auch seinen Rat gesucht und stets ein offenes Ohr für ihre Fragen gefunden. Letzteres ist Ausdruck der besonderen Persönlichkeit des Jubilars, die neben seinen fachlichen Fähigkeiten viel zum Gelingen zahlreicher Projekte in seiner beruflichen Laufbahn beigetragen hat: Er ist zugleich ein tiefer Denker im Verfahrensrecht und ein offenherziger, leicht zugänglicher, freundlicher und stets gut gelaunter Mensch, der sich selbst nicht in den Mittelpunkt stellt.

Wenn man *Andreas Konecny* kennt, gönnt man ihm eine ruhigere Zeit. Wenn man *Andreas Konecny* kennt, weiß man allerdings auch, dass er nicht rasten wird.

Abschließend danken wir dem Verlag Manz, insb Frau Mag. *Katharina Auböck* und Frau Mag. *Kathrin László*, und den Autorinnen und Autoren für die angenehme Zusammenarbeit und wünschen unserem Meister im Namen aller, die zum Entstehen dieser Festschrift beigetragen haben, das Allerbeste zu seinem Geburtstag!

Wien, im Mai 2022

Jürgen C. T. Rassi
Stephan Riel
Birgit Schneider

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
<i>Philipp Anzenberger</i> Zum rechtlichen Interesse des Nebenintervenienten	1
<i>Oskar J. Ballon</i> Gedanken verfassungsrechtlicher Natur zur Zulässigkeit des Rechtswegs	19
<i>Ludwig Bittner</i> Eineinhalb Jahrzehnte neues Verlassenschaftsverfahren – von der Schwachstelle zum Dogma. Eine Kritik	29
<i>Michael Bydlinski</i> Richterablehnung im Rechtsmittel	37
<i>Astrid Deixler-Hübner</i> Gesetzliche Normen zur Begegnung von Beweisschwierigkeiten im Zivilprozess	53
<i>Tanja Domej</i> Was kann der kollektive Rechtsschutz vom Insolvenzrecht lernen? Eine Annäherung	67
<i>Thomas Engelhart</i> Das Konkursantragsmonopol der FMA Ein verfahrensrechtlicher Überblick	77
<i>Irene Faber</i> Der Zugang zum OGH bei Eingriffen in Persönlichkeitsrechte Überlegungen aus Anlass von § 549 ZPO	89
<i>Philipp Fidler und Olaf Riss</i> Übertragung von Höchstbetragshypotheken im Insolvenzverfahren	101

Constanze Fischer-Czermak

Mobilienleasing in der Insolvenz des Leasingnehmers
Zur Anwendung des § 21 oder § 23 IO 125

Ulrike Frauenberger-Pfeiler

Zur „direkten“ Vollstreckbarkeit von Mediationsvergleichen
nach dem Übereinkommen von Singapur
Idee, Skepsis und ein Ausblick – auf den Spuren der Zurückhaltung
aus österreichischer Sicht 137

Robert Fucik

Wiederaufnahme im Exekutionsverfahren? 153

Thomas Garber

Zur Anwendung des Art XLII EGZPO im Außerstreitverfahren 163

Andreas Geroldinger

Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen in Verträgen
mit Schutzwirkung zugunsten Dritter 175

Edwin Gitschthaler

Prozesskostenvorschuss: Vernunft oder Waffengleichheit? 187

Wolfgang Jelinek

Die streitgegenstandsändernde Kraft des § 113 IO 197

Susanne Kalss

Unternehmerisches Ermessen und Außerstreitverfahren 205

Sabine Kanduth-Kristen

Entwicklungen und Problemlagen im Insolvenzsteuerrecht 223

Anneliese Kodek

Die „titellose“ Exekution nach § 356 EO – das unbekannte Wesen
Ein bloßes Anhängsel oder doch eine selbständige Exekutionsart? 233

Georg Kodek

Methodische Fragen beim Zahlungsplan 241

Christian Koller

Parteiwechsel und Parteiautonomie im Zivilprozess 253

Bernhard König

Dringlichkeit/Eilbedürftigkeit einstweiliger Verfügungen 267

<i>Pawel Kuglarz</i> Insolvenzanfechtung und actio Pauliana im polnischen Recht mit besonderer Berücksichtigung der unentgeltlichen Rechtshandlungen des Schuldners	277
<i>Max Leitner</i> Gibt es Gewohnheitsrecht im geltenden österreichischen Recht?	285
<i>Michael Lentsch</i> Die Unternehmensfortführung im Restrukturierungsverfahren Parallelen und Unterschiede zur IO	295
<i>Elisabeth Lovrek</i> Zwischen den Welten Insolvenzeröffnung nach Schluss der Verhandlung erster Instanz und Prüfungsprozess	311
<i>Peter G. Mayr</i> Neuigkeiten beim gerichtlichen Vergleichsversuch	327
<i>Caroline Meller-Hannich</i> Grenzüberschreitende Verbandsklagen und internationale Zuständigkeit	341
<i>Franz Mohr</i> Das vereinfachte Bewilligungsverfahren – ein wesentlicher Baustein zur Verfahrensstraffung	351
<i>Marco Nademleinsky und Matthias Neumayr</i> Zur Sperrwirkung eheauflösender Verfahren in Drittstaaten Aus Anlass der Entscheidung 6 Ob 156/20i	365
<i>Bettina Nunner-Krautgasser</i> Zur Tragweite der Forderungsqualifikation durch ein anderes Gericht oder eine andere Behörde als das Insolvenzgericht Entscheidungskompetenz und Bindungswirkung	381
<i>Paul Oberhammer</i> Österreichisches Erbstatut und schweizerische Nachlassaktiven	389
<i>Susi Pariasek</i> Anspruchsverzicht durch den Kurator Kann ein Kurator iSd KurG im Rahmen eines Insolvenzverfahrens auf gemeinsame Rechte/Ansprüche gegenüber Dritten zulasten der Kuranden verzichten?	395

<i>Christoph G. Paulus</i> Gedankensplitter zur Bedeutung des Insolvenzrechts	409
<i>Hanns Prütting</i> Die Bedeutung von Strafurteilen im Zivilprozess	421
<i>Jürgen C. T. Rassi</i> Kann ein „Zuviel“ auch einen Verfahrensmangel begründen? Eine Analyse der Rechtsprechung	429
<i>Reinhard Rebernik</i> Das Belastungs- und Veräußerungsverbot in der Insolvenz des Liegenschaftseigentümers	443
<i>Walter H. Rechberger</i> Das Kunstrückgabe-Roulette Die Klimt-Bilder und der Welfenschatz vor den US-Gerichten	453
<i>Axel Reckenzaun</i> Bedingungen von A–Z Von der Anmeldung bis zum Zahlungsplan	469
<i>Ulla Reisch</i> Die Patronatserklärung als Sanierungsinstrument und als mögliches Masseaktivum	481
<i>Stephan Riel</i> Die Sondermasse Zur besonderen Verwaltung, Verwertung und Verteilung von Sachen, an denen Absonderungsrechte bestehen	497
<i>Martin Schauer</i> Schiedsgerichtsbarkeit und Abberufung des Stiftungsvorstands Rechtsvergleichende Beobachtungen aus Österreich und Liechtenstein . . .	513
<i>Birgit Schneider</i> Die vorbehaltene Nachtragsverteilung	523
<i>Florian Schuhmacher</i> Zivilprozessrecht und Kartellschadenersatz	535
<i>Hubertus Schumacher</i> Was ist eine „Versicherungsforderung“ iS der Solvabilität II-Richtlinie? Zur Entscheidung des EFTA-Gerichtshofs vom 10. 3. 2020 E-3/19	543

<i>Andreas Sengstschmid</i> Videokonferenz und Öffentlichkeit Die Wahrung der Öffentlichkeit bei audiovisuellen Verhandlungen in Zivilverfahren	553
<i>Daphne-Ariane Simotta</i> Zur internationalen Zuständigkeit für die Klage auf Nichtigkeitserklärung einer Ehe	567
<i>Gregor Sloboda</i> Schadenersatz gegen den Insolvenzverwalter Kann der Schuldner nach Aufhebung der Insolvenz den (gesamten) Gemeinschaftsschaden einklagen?	595
<i>Stefan Smid</i> Fragen der Gruppenbildung im Restrukturierungsplan nach österreichischem und deutschem Recht	605
<i>Martin Spitzer</i> Streitgegenstand, Konkurrenz und Handelsgerichtsbarkeit	621
<i>Astrid Stadler</i> Nationale Vorlageverfahren zum Revisionsgericht?	635
<i>Martin Stefula</i> Alternativlose Befangenheit	645
<i>Ulrich Torggler</i> Down-stream-Einlagenrückgewähr?	655
<i>Martin Trenker</i> Verkauf von Anfechtungsansprüchen – Rechtsstellung des Anfechtungsgegners als offene Gretchenfrage	661
<i>Romana Weber-Wilfert</i> Arbeitsrechtliche Aspekte des europäischen Insolvenzrechts	677
<i>Katharina Widhalm-Budak</i> Das Kennen-Müssen im Anfechtungsrecht Zur Nachforschungspflicht des Anfechtungsgegners	689
Verzeichnis der Autorinnen und Autoren	703

Verkauf von Anfechtungsansprüchen – Rechtsstellung des Anfechtungsgegners als offene Gretchenfrage

Martin Trenker, Innsbruck

Nachdem mir der Geehrte nicht nur seit vielen Jahren als Partner stets fruchtbringender Fachdiskussionen sowie als unentbehrlicher Ratgeber, etwa bei der Wahl meines Habilitationsthemas, zur Seite stand, sondern mittlerweile auch ein wirklicher Freund geworden ist, ist es mir eine besondere Ehre und Freude, durch die Mitwirkung an dieser Festschrift Dir, lieber Andreas, gleichsam zu Deinem einzigartigen (bisherigen) Oeuvre zu gratulieren und für Deinen neuen Lebensabschnitt alles erdenklich Gute zu wünschen.

Übersicht:

- I. Einleitung
- II. 17 Ob 6/19k: Roma locuta, aber eine wesentliche Frage offen
 - A. Entkräftung wesentlicher Gegenargumente
 - B. Ende der Anfechtungsbefugnis mit Insolvenzaufhebung
kein Argument für Höchstpersönlichkeit iSd § 1393 ABGB
 - C. Gegenansprüche des Anfechtungsgegners (§ 41 IO) als verbleibendes Problem
- III. Eigene Auffassung
 - A. Verschlechterungsverbot und Gläubigergleichbehandlung als Determinanten
 - B. Quotenverringerung als zulässige „wirtschaftliche Schlechterstellung“
 - C. Höhe der Insolvenzforderung gem § 41 Abs 2 IO
 - D. Geltendmachung der Gegenforderung gem § 41 IO
 - E. Sonderproblem: Befriedigungstauglichkeit bei der Zessionarsanfechtung
- IV. Schlussbemerkung

I. Einleitung

Es ist gleichermaßen bemerkenswert wie erfreulich, wenn das *Oeuvre* eines Jubilars derart weit gestreut ist, dass für die Themenwahl eines Festschriftenbeitrags praktisch das gesamte österr und internationale Zivilverfahrensrecht zur Verfügung steht. Unter den Teilbereichen dieser Disziplin drängt sich freilich das österr Insolvenzrecht als jene Materie, als deren Doyen der Jubilar mE zweifellos bezeichnet werden kann, besonders auf. Im Folgenden soll daraus ein aktuelles, jedoch entgegen dem ersten Anschein noch nicht in allen Facetten befriedigend gelöstes Problem thematisiert werden: Die Abtretung bzw der Verkauf von Anfechtungsansprüchen.

Deren Zulässigkeit wurde zwar – entgegen der *bis dato* fast einhelligen Lehre¹⁾ – in einer vielbeachteten,²⁾ rezenten *landmark decision* des anfechtungsrechtlichen Fachsenats des OGH³⁾ bejaht. Dennoch regt erhebliche Kritik aus berufener Feder⁴⁾ zu nochmaligem bzw weiterführendem Nachdenken an. Konkret wurde mir aus Anlass einer Diskussion mit *Rebernik*,⁵⁾ bezeichnenderweise der Bearbeiter des Anfechtungsrechts im Kommentar des Jubilars, erst klar, dass eine wichtige Folgefrage nach wie vor erhebliche Probleme bereitet: die Auswirkung der Abtretung auf die Rechtsstellung des Anfechtungsgegners, namentlich die Auswirkung auf dessen Gegenansprüche gem § 41 IO. Das fällt umso mehr ins Gewicht, als es sich bei diesem Problem keinesfalls um einen Nebenschauplatz der Diskussion handeln sollte, sondern dessen Lösbarkeit untrennbar mit der Frage nach der prinzipiellen Berechtigung der Zession verbunden ist. Es kommt demgemäß nicht von ungefähr, dass eine konstatierte Schlechterstellung des Anfechtungsgegners hinsichtlich seiner Gegenansprüche (damals gem § 31 dKO [heute: § 144 InsO]) im Mittelpunkt der Begründung jener Grundsatzentscheidung des RG⁶⁾ stand, auf welche das Dogma von der Unabtretbarkeit des Anfechtungsanspruchs im deutschsprachigen Schrifttum zurückgeht.

II. 17 Ob 6/19k: *Roma locuta*, aber *eine* wesentliche⁷⁾ Frage offen

A. Entkräftung wesentlicher Gegenargumente

Umso bedauerlicher ist es, dass sich gerade die Frage, wie die Gegenansprüche des Anfechtungsgegners zu befriedigen wären, in dem der E 17 Ob 6/19k zugrundeliegenden Sachverhalt wegen der eingetretenen Masseunzulänglichkeit

-
- 1) Siehe zum Meinungsstand die ausführliche Aufarbeitung in 17 Ob 6/19k unter Pkt 1.
 - 2) *Grubhofer*, *ecolex* 2019, 873 (Anm); *Kepplinger/Pichler*, *ZFR* 2019, 580 (Anm); *König*, *JBl* 2019, 794 (Anm); *Nummer-Krautgasser*, *Zur Abtretung des Insolvenzanfechtungsanspruchs*, *VbR* 2020, 167; *Rastegar*, *GesRZ* 2020, 72 (Anm); *Trenker*, *Abtretbarkeit des Insolvenzanfechtungsanspruchs*, *ZIK* 2019, 162; s auch *Kolbitsch/Franz*, *Forum für Zivilrecht in Traunkirchen*: *OGH Cercle* 2019, *ÖJZ* 2020, 700 (705 ff); unmittelbar aus Anlass des streitgegenständlichen Verfahrens sind ferner folgende Aufsätze entstanden: *Nummer-Krautgasser*, *Zur Abtretbarkeit von Insolvenzanfechtungsansprüchen*, *JBl* 2018, 277; *Spitzer/Wilfinger*, *Übertragbarkeit oder Höchstpersönlichkeit von Anfechtungsrechten*, *ÖBA* 2019, 795.
 - 3) 17 Ob 6/19k.
 - 4) *König*, *JBl* 2019, 794 (795 ff) (Anm); *König* in *König/Trenker*, *Die Anfechtung nach der IO*⁶ (2020) *Rz* 15.41; *König*, *Zur Passivlegitimation im Anfechtungsrecht*, in *Konecny*, *Insolvenz-Forum* 2019 (2020) 43 (56 ff); *Rebernik*, *Die Anfechtung nach der IO*, *RZ* 2020, 217 f (Buchbesprechung); *Rebernik* in *Konecny*, *Kommentar zu den Insolvenzgesetzen* (74. Lfg; 2021) § 27 IO *Rz* 19.
 - 5) Vgl dazu insb noch II.C. in FN 28.
 - 6) *VI* 228/92 *RGZ* 30, 71.
 - 7) Zudem ist auch die Frage nach der Anwendung von § 43 Abs 5 IO auf „Zessionarsanfechtungsklagen“ noch offen (dafür *Trenker*, *ZIK* 2019, 162 [165]; zust *Nummer-Krautgasser*, *VbR* 2020, 167 [170]; aA *Kepplinger/Pichler*, *ZFR* 2019, 580 [581] [Anm]). Diese Frage betrifft jedoch – außer bei Wohnsitz des Beklagten in einem „Drittstaat“ – nur die innerstaatliche Zuständigkeit (insoweit unzut *Rebernik* in *Konecny*, *Insolvenzgesetze* § 27 IO *Rz* 19), sollte in ihrer praktischen Bedeutung also nicht überbewertet werden. Die internationale Zuständigkeit richtet sich hingegen grundsätzlich nach Art 4 EuGVVO, weil der EuGH (C-213/10, *F-Tex SIA/Jadecloud-Vilma*) die Annexkompetenz nach Art 6 EuInsVO in dieser Konstellation nicht für anwendbar erachtet.

nicht stellte.⁸⁾ Denn der Anfechtungsgegner wäre mit seiner gem § 41 Abs 2 Fall 2 IO wiederauflebenden Forderung bei der „Null-Quote“ im Insolvenzverfahren ohnehin leer ausgegangen (freilich wird noch zu diskutieren sein, ob die *tatsächliche* Insolvenzquote bei der Abtretung wirklich maßgeblich ist).⁹⁾

Währenddessen hat der OGH die übrigen Gegenargumente mE überzeugend entkräftet: Das gilt zum einen für die rein begriffliche Argumentation mit dem Anfechtungsmonopol des Insolvenzverwalters und der in diesem Kontext zweckverfehlten Berufung auf § 37 IO.¹⁰⁾ Zum anderen ist die Behauptung, ein Verkauf von Anfechtungsansprüchen wäre mit dem *telos* der §§ 27 ff IO unvereinbar, bei wirtschaftlicher Betrachtung unhaltbar.¹¹⁾ Denn auch Gestaltungen, die für die Masse praktisch identische Ergebnisse erzielen, sind unstrittig zulässig: Man denke nur an einen Vergleich mit dem Anfechtungsgegner oder an die im Resultat sogar völlig gleichlaufende Möglichkeit einer Prozesskostenfinanzierung mit Erfolgsbeteiligung.

Dass die Abtretbarkeit darüber hinaus zwar konsequenterweise das Tor für eine Pfändung durch Massegläubiger öffnet, ist richtig.¹²⁾ Auch das begründet jedoch wegen der allgemeinen exekutionsrechtlichen (§ 308 Abs 1 S 2–4 EO [idF GREx¹³⁾], §§ 308a, 310 Abs 2 EO) sowie der – bei Masseunzulänglichkeit eingreifenden – insolvenzrechtlichen Schutzvorschriften (§ 124a Abs 2 S 2 IO) keine durchgreifenden Bedenken.

B. Ende der Anfechtungsbefugnis mit Insolvenzaufhebung kein Argument für Höchstpersönlichkeit idS § 1393 ABGB

Näherer Erörterung bedarf wegen der anhaltenden Kritik im Schrifttum zwar noch die Ablehnung der Qualifikation des anfechtungsrechtlichen Leistungsanspruchs als höchstpersönliches und daher gem § 1393 ABGB unabtretbares Recht. Die auf die Dauer des Insolvenzverfahrens beschränkte „Lebensdauer“

8) Richtigerweise hätte die Frage dennoch einer Erörterung bedurft (zutr *König*, JBl 2019, 794 [795] [Anm]). So bleibt die Begründung des OGH nämlich auch *in casu* unvollständig, weil die Zulässigkeit der Abtretung doch wohl unabhängig davon, ob der Anfechtungsgegner *in concreto* einen Anspruch nach § 41 IO hat, bejaht oder verneint werden muss.

9) 17 Ob 6/19k (Pkt 3.3.3. lit b).

10) Gegen diese Argumentation grundlegend, wenn auch zum dt Recht, *Eckardt*, Zur Abtretbarkeit anfechtungsrechtlich begründeter Ansprüche im Konkurs, KTS 1993, 585 (597 ff); vgl ferner *Wagner*, Die Anfechtung im Verbraucherinsolvenzverfahren, ZIP 1999, 689 (700).

11) BGH IX ZR 91/10 NZI 2011, 486; *Büteröwe* in *K. Schmidt*, Insolvenzzordnung¹⁹ (2016) § 143 Rz 18; *Eckardt*, KTS 1993, 585 (600 f); *Hofmeier*, Insolvenzanfechtung nach Verfahrensaufhebung oder -einstellung (2019) Rz 42 ff mwN; *Nunner-Krautgasser*, JBl 2018, 277 (282 f); *Nunner-Krautgasser*, VbR 2020, 167 (170); *Spitzer/Wilfinger*, ÖBA 2019, 795 (798 f); *U. Torggler/Trenker*, Zur Organhaftung für Gläubigerbevorzugung gemäß § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG, § 84 Abs 3 Z 6 AktG, JBl 2013, 613 (621); idS auch schon RG VI 228/92 RGZ 30, 71 (73 f); vgl auch bereits *Braun*, Die Unabtretbarkeit konkursrechtlicher Anfechtungsansprüche – ein unverrückbares Dogma, ZIP 1985, 786 (788).

12) *Rebernik* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 27 IO Rz 19 im Anschluss an *Borries/Hirte* in *Uhlenbruck/Vallender*, Insolvenzzordnung I¹⁵ (2019) § 143 Rz 88.

13) BGBl I 2021/147.

des Anfechtungsanspruchs vermag die Höchstpersönlichkeit des Anfechtungsanspruchs jedoch entgegen König¹⁴⁾ nicht zu begründen.

Es ist zwar als „Regel“ anerkannt, dass der Anfechtungsanspruch nach Insolvenzaufhebung grundsätzlich nicht mehr durchgesetzt werden kann.¹⁵⁾ Freilich besteht für das „Erlöschen“ des Anfechtungsanspruchs – oder vielleicht sogar nur: der Anfechtungsbefugnis¹⁶⁾ – mit Insolvenzaufhebung bezeichnenderweise gar keine explizite gesetzliche Grundlage, sondern kann dieses Ergebnis nur mit systematisch-teleologischen Erwägungen begründet werden: Zum einen ergibt sich dieser Zusammenhang aus der banalen Überlegung, dass mit Untergang der Insolvenzmasse kein aktivlegitimierter Rechtsträger und mit Beendigung des Amts des Insolvenzverwalters zudem kein zur Geltendmachung legitimierter „Vertreter“ mehr existiert.¹⁷⁾ Zum anderen dient die Anfechtung gem §§ 27 ff IO bekanntlich der insolvenzrechtlichen Haftungsverwirklichung im Gläubigerinteresse, weshalb sie im Grundsatz (zu Ausnahmen sogleich) ausgeschlossen sein muss, sobald diese Haftungsverwirklichung mit Insolvenzaufhebung endet und der Erlös den Gläubigern nicht mehr zugutekommen kann.¹⁸⁾

Nach der Abtretung ist die Interessenlage indes gänzlich anders gelagert. Zum einen besteht kein Problem der Aktivlegitimation bzw Prozessführungsbefugnis, weil das Ende des Insolvenzverfahrens die Rechts-/Partei- und Handlungs-/Prozessfähigkeit des Zessionars selbstverständlich unberührt lässt. Zum anderen wurde der Anfechtungserlös diesfalls ja bereits zu Gunsten der Masse lukriert. Jene Sachgründe, die eine prinzipielle Abhängigkeit der Anfechtungsbefugnis des Insolvenzverwalters von einem aufrechten Insolvenzverfahren rechtfertigen, verfangen damit offensichtlich nicht mehr. Es wäre deshalb ausgehend von der dogmatischen Verankerung dieser – ungeschriebenen – zeitlichen Begrenzung für eine erfolgreiche Anfechtung nicht zu rechtfertigen, diese bei der „Zessionarsanfechtung“ zur Anwendung zu bringen, nur um den Anschein formaler Gleichbehandlung mit einer „Verwalteranfechtung“ zu wahren.¹⁹⁾ Weder ist

14) König, JBl 2019, 794 (796) (Anm); König in Konecny, Insolvenz-Forum 2019, 43 (59); König in König/Trenker, Anfechtung⁶ Rz 15.41; zust Rebernik in Konecny, Insolvenzgesetze § 27 IO Rz 19.

15) Bartsch in Bartsch/Pollak, Konkurs-, Ausgleichs-, Anfechtungsordnung, Einführungsverordnung und Geschäftsaufsichtsgesetz I³ (1937) 160; Petschek/Reimer/Schiemer, Das österreichische Insolvenzrecht (1973) 379; Wegan/Reiterer, Österreichisches Insolvenzrecht (1973) 60; für Deutschland BGH IX ZR 206/08 NZI 2010, 99; Lohmann, Die Abhängigkeit des Anfechtungsanspruchs vom eröffneten Insolvenzverfahren, in FS Wellensiek (2011) 221 (223 f).

16) Hofmeier (Insolvenzanfechtung Rz 54 ff) meint mit beachtlicher Argumentation dementsprechend, dass es zu gar keinem Erlöschen des Anspruchs, sondern nur der Befugnis zur Geltendmachung komme.

17) Vgl nur Bartsch in Bartsch/Pollak, KO I³ 160; BGH IX ZR 206/08 NZI 2010, 99.

18) Zutr Jacoby in Kübler/Prütting/Bork, Kommentar zur Insolvenzordnung III (73. Lfg; 9/17) § 143 Rz 10; idS auch Hofmeier, Insolvenzanfechtung Rz 58 f.

19) Henckel in Jaeger/Henckel/Gerhardt, Insolvenzordnung IV (2008) § 143 Rz 102; Hofmeier, Insolvenzanfechtung Rz 171 ff; Jacoby in KPB, InsO III § 143 Rz 10; Lohmann in FS Wellensiek 221 (230); Thole, Die Disposition über Insolvenzanfechtungsansprüche im Regelverfahren und im Insolvenzplan, ZIP 2014, 1653 (1656); Trenker, ZIK 2019, 162 (164); aA Kayser/Freudenberg in Stürner/Eidenmüller/Schoppmeyer, Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung II⁴ (2019) § 129 Rz 221; König, JBl 2019, 794 (795) (Anm); König in Konecny, Insolvenz-Forum 2019, 43 (59); Rebernik in Konecny, Insolvenzgesetze § 27 IO Rz 19; Zenker in Bork/Hölzle, Handbuch Insolvenzrecht² (2019) 583.

mit dieser Loslösung der Zessionarsanfechtung von der Dauer des Insolvenzverfahrens ein Verstoß gegen den „*nemo-plus-iuris*-Grundsatz“ (§ 442 ABGB)²⁰⁾ noch eine mit §§ 1394, 1396 ABGB unvereinbare Schlechterstellung des Anfechtungsgegners verbunden. Letzteres ergibt sich auch daraus, dass es selbst ohne Abtretung Fälle gibt, in denen die Zulässigkeit der Anfechtung nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens anerkannt ist (§ 157i Abs 2 IO; § 138 Abs 2 IO analog).²¹⁾ Abgesehen davon, dass der Anfechtungsgegner nicht wissen kann, wie lange ein Insolvenzverfahren dauert und er hierauf ohnehin keinen Einfluss nehmen kann, ist er vor einer nachinsolvenzlichen Anfechtung also nie gefeit.

Dass es für diese beiden Varianten der „Nachtragsanfechtung“ eines Beschlusses des Insolvenzgerichts bedarf, ändert ebenfalls nichts an dieser Interessenbewertung. Es überzeugt nicht einmal, das Erfordernis eines „Fortsetzungsbeschlusses“ auf das Abtretungsszenario zu übertragen, weil es in dieser Konstellation keinerlei Sinn oder sachliche Rechtfertigung hätte.²²⁾ Der OGH²³⁾ hat dies völlig zu Recht und übrigens auch im Einklang mit der überwiegenden Lehrmeinung in Deutschland erkannt.²⁴⁾

C. Gegenansprüche des Anfechtungsgegners (§ 41 IO) als verbleibendes Problem

Aber: Besonders wenn das Insolvenzverfahren zeitlich vor dem vom Zessionar geführten Anfechtungsprozess endet, droht dem Anfechtungsgegner der Verlust des (primären) Schuldners seiner Gegenansprüche gem § 41 IO. Darin läge in der Tat eine nach zessionsrechtlichen Grundsätzen (§§ 1394, 1396 ABGB) unzulässige Schlechterstellung des Anfechtungsgegners, wenn keine gleichwertige „Absicherung“ seiner Gegenforderung möglich sein sollte (dazu noch unten III.D.).

Wie bereits das RG²⁵⁾ erkannt hat, wirft das „Verschlechterungsverbot“ des Anfechtungsgegners allerdings eine zusätzliche Problemfacette auf, die in der neueren Diskussion²⁶⁾ – davon kann und will ich mich gar nicht ausnehmen²⁷⁾ –

-
- 20) So aber *König*, JBl 2019, 794 (796) (Anm); *König* in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2019, 43 (59); *König* in *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 15.41.
 - 21) Dazu näher *Trenker*, Anfechtung nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens, ÖJZ 2019, 897.
 - 22) *Trenker*, ZIK 2019, 162 (164); aA *König*, JBl 2019, 794 (795) (Anm); *König* in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2019, 43 (59), der einwendet, diese Argumentation sei zu vordergründig, ohne dies allerdings näher zu begründen; *Nunner-Krautgasser*, VbR 2020, 167 (171).
 - 23) 17 Ob 6/19k (Pkt 3.3.4.).
 - 24) *Büteröwe* in *K. Schmidt*, InsO¹⁹ § 143 Rz 18; *Henckel* in *Jaeger*, InsO IV § 143 Rz 102; *Hofmeier*, Insolvenzanfechtung Rz 169 FN 617 f mwN; *Jacoby* in *KPB*, InsO III § 143 Rz 10; *Lohmann* in *FS Wellensiek* 221 (230); *Thole*, ZIP 2014, 1653 (1656); *Borries/Hirte* in *Uhlenbruck/Vallender*, InsO I¹⁵ § 143 Rz 102; aA *Kayser/Freudenberg* in *MüKoInsO II*⁴ § 129 Rz 221; offenlassend *BGH IX ZR 91/10 NZI* 2011, 486; *BGH IX ZR 69/12 NZI* 2013, 434.
 - 25) VI 228/92 RGZ 30, 71 (76).
 - 26) Die beiden ausführlichen Abhandlungen zur Zulässigkeit der Abtretung vor bzw unmittelbar nach der E 17 Ob 6/19k erwähnen das Problem der Gegenansprüche entweder überhaupt nicht (*Spitzer/Wilfinger*, ÖBA 2019, 795) oder nur völlig am Rande (*Nunner-Krautgasser*, JBl 2018, 277).
 - 27) *Trenker*, ZIK 2019, 162 (164 f); vgl auch schon *U. Torggler/Trenker*, JBl 2013, 613 (621).

allerdings (fast²⁸) nicht mehr beachtet wird: Im praktischen Regelfall, dass dem Anfechtungsgegner lediglich eine Insolvenzforderung zusteht, sei es in Höhe der erbrachten Gegenleistung (§ 41 Abs 2 Fall 1 IO), sei es in Höhe der wiederauflebenden Forderung (§ 41 Abs 2 Fall 2 IO), hängt der Umfang seiner Gegenforderung bei der „Verwalteranfechtung“ auch davon ab, wieviel der Anfechtungsgegner gem § 39 IO in die Masse leisten muss. Denn anteilig erhöht sich dadurch seine Insolvenzquote. Im Falle der Abtretung hängt die Höhe der Insolvenzquote jedoch nicht davon ab, was der Anfechtungsgegner leistet, sondern davon, was der Insolvenzverwalter für den Verkauf des Anfechtungsanspruchs erwirtschaftet hat. Da der Kaufpreis *in praxi* stets hinter der Höhe der Leistungspflicht nach § 39 IO zurückbleiben wird, muss der Anfechtungsgegner zwar uU gleich viel zahlen wie bei einer Anfechtung durch den Insolvenzverwalter. Die ihm selbst im Falle rechtzeitiger Anmeldung seiner Gegenforderung nach § 41 Abs 2 IO gebührende Quote aus der Insolvenzmasse ist aber geringer, als wenn er vom Insolvenzverwalter belangt worden wäre. Zur Illustration möge folgendes, etwas vereinfachtes Beispiel dienen:

Beispiel:

Variante 1 („Verwalteranfechtung“): Die Aktiva der Masse betragen 300, die Insolvenzforderungen 1.600, die Masseforderungen 100. Hinzu kommt ein Anfechtungsanspruch wegen der Befriedigung des Anfechtungsgegners iHv 400. Macht der Insolvenzverwalter diesen Anspruch selbst in vollem Umfang erfolgreich geltend, erhöht dies die Aktiva auf 700. Im Gegenzug meldet der Anfechtungsgegner seine wiederauflebende Gegenforderung iHv 400 als Insolvenzforderung an (§ 41 Abs 2 Fall 2 IO), womit die Insolvenzforderungen 2.000 betragen. Das führt nach Abzug der Masseverbindlichkeiten (700–100²⁹) zu einer Quote von 30 % (600/2.000), der Anfechtungsgegner erhält also 120 (30 % von 400).

Variante 2 („Zessionarsanfechtung“): Entscheidet sich der Insolvenzverwalter hingegen für eine Abtretung und verkauft den Anfechtungsanspruch – wegen erheblicher Prozess- und Einbringlichkeitsrisiken – für 200, betragen die Aktiva der Masse insgesamt 500, abzüglich der Masseverbindlichkeiten 400. Der Anfechtungsgegner zahlt wiederum 400, nur dieses Mal an den Zessionar. Wenn man dem Anfechtungsgegner nun richtigerweise (dazu unten III.C.) 400 (Höhe der Leistung des Anfechtungsgegners) als anzumeldende Insolvenzforderung zugesteht, ergibt sich eine Quote von 20 % (400/2.000). Der Anfechtungsgegner würde also nur 80 (20 % von 400) aus der Masse erhalten, was deutlich weniger wäre als im Szenario 1, der „Verwalteranfechtung“.

Obwohl der Anfechtungsgegner letztlich gleich viel nach § 39 IO erstatten muss, ist die ihm aus der Masse zustehende Quote, selbst wenn er seine Gegenforderung rechtzeitig anmelden kann, somit grundsätzlich geringer als bei einer Anfechtung durch den Insolvenzverwalter.

28) Eine Ausnahme stellt nunmehr *Rebernic* (in *Konecny*, Insolvenzzesetze § 27 IO Rz 19) dar (vgl bereits oben I. bei und in FN 5). In Deutschland s zumindest im Ansatz *Henckel* in *Jaeger*, InsO IV § 143 Rz 102; *Smid*, Verfügungen über den Insolvenzanfechtungsanspruch, ZInsO 2015, 1716 (1720 f).

29) Zu berücksichtigen ist ferner, dass sich die Masseverbindlichkeiten durch die erfolgreiche Anfechtung in Form einer erhöhten Entlohnung des Insolvenzverwalters erhöhen würden. Dies wird im gegenständlichen Kontext zur einfacheren Darstellung ausgeklammert, müsste *in praxi* aber zusätzlich veranschlagt werden.

III. Eigene Auffassung

A. Verschlechterungsverbot und Gläubigergleichbehandlung als Determinanten

Die „Gretchenfrage“ ist, ob dieses Dilemma in einer Form aufgelöst werden kann, die allen involvierten Interessen hinreichend Rechnung trägt. Dafür bietet es sich an, zunächst jene Determinanten herauszuarbeiten, an denen grundsätzlich nicht „geschraubt“ werden darf.

Dies ist zum einen das bereits angesprochene zessionsrechtliche Verschlechterungsverbot: Aus §§ 1394, 1396 S 1 HS 2, § 1442 ABGB sowie der dem Verbot des Vertrags zugunsten Dritter zugrundeliegenden Wertung lässt sich verallgemeinern, dass sich die Rechtsstellung des *debitor cessus* durch eine Zession nicht verschlechtern darf.³⁰⁾ Der Verkauf des Anfechtungsanspruchs darf damit zu keiner Kürzung der Höhe der Gegenforderungen des Anfechtungsgegners im Vergleich zu einer „Verwalteranfechtung“ führen, wie auch der OGH betont.³¹⁾

Zum anderen darf die Abtretung den Grundsatz der Gleichbehandlung nicht unterminieren. Dementsprechend kann dem Anfechtungsgegner aus der Masse mE nicht einfach eine höhere Quote bezahlt werden als den übrigen Gläubigern, deren Quote ja sonst aliquot gekürzt würde.³²⁾ Der Anfechtungsgegner kann aus der Masse nicht einfach so gestellt werden wie im hypothetischen Alternativszenario der „Verwalteranfechtung“ (s dazu oben II.C.). Jener Betrag vom Anfechtungsumfang, der den Abtretungspreis übersteigt, kommt der Masse bei der „Zessionsanfechtung“ nicht zugute, weshalb dem Anfechtungsgegner die im Alternativszenario der „Verwalteranfechtung“ hierauf entfallende zusätzliche Quote nicht aus der Masse bezahlt werden kann.

B. Quotenverringerung als zulässige „wirtschaftliche Schlechterstellung“

Entscheidend ist freilich, ob es sich bei der Verringerung der Höhe der Insolvenzquote überhaupt um eine Verschlechterung der Rechtsstellung des Anfechtungsgegners oder – entgegen erstem Anschein – nur um eine Verschlechterung der wirtschaftlichen Position des *debitor cessus* handelt, was nach allgemeinen Grundsätzen zulässig wäre.³³⁾

Für die Vereinbarkeit mit dem Verschlechterungsverbot wird im deutschen Schrifttum zunächst vorgebracht, dass dem Anfechtungsgegner eine derartige Verschlechterung zugemutet werden könne, weil er ja durch seine Renitenz typischerweise erst den Anlass zur Abtretung liefere.³⁴⁾ Dieses Argument greift mE in dieser Form zu kurz. Es ist in einem Rechtsstaat – vorbehaltlich eines Rechtsmissbrauchs³⁵⁾ – legitim, die Erfüllung von Ansprüchen bis zu deren rechtskräfti-

30) Ertl in Rummel, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch II/1³ (2002) § 1394 Rz 1; Heidinger in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar IV⁴ (2016) § 1394 Rz 1 f; Lukas, Zession und Synallagma (2000) 35 ff, 113 ff; Lukas in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 1394 Rz 2 (Stand: 1. 5. 2017, rdb.at); Thöni in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Großkommentar zum ABGB – Klang³ (2011) § 1394 ABGB Rz 1, 3 ff.

31) 17 Ob 6/19k (Pkt 3.3.3. lit b und 3.6.3. lit c); ebenso Rebernik in Konecny, Insolvenzgesetze § 27 IO Rz 19.

32) AA offenbar Braun, ZIP 1985, 786 (788).

33) Ertl in Rummel, ABGB II/1³ § 1394 Rz 1; vgl ferner 5 Ob 512/87; RS0032934; Lukas, Zession 43 ff; Thöni in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 1394 ABGB Rz 3.

34) So offenbar Lohmann in FS Wellensiek 221 (230).

35) Instrukтив Geroldinger, Der mutwillige Rechtsstreit (2017) 46 ff, 653 ff, 703 ff.

ger Feststellung abzulehnen. Ein derartiges Verhalten rechtfertigt deshalb keine Ausnahme vom zessionsrechtlichen Verschlechterungsverbot. Andernfalls bliebe vom Verschlechterungsverbot auch wenig übrig, weil häufig gerade solche Ansprüche zediert werden, deren Bestand vom *debitor cessus* bestritten wird.

Weit gewichtiger ist hingegen das Argument, dass es sich deshalb um keine Schlechterstellung handle, weil der Anfechtungsgegner eine letztlich ungünstige Verwertungsmaßnahme, wie die Veräußerung des Anfechtungsanspruchs, welche zu einer generellen Quotenminderung führt, als Insolvenzgläubiger hinzunehmen habe.³⁶⁾ Der Insolvenzverwalter kann die Höhe der Gegenforderung des Anfechtungsgegners gem § 41 Abs 2 IO eben wie jede andere Insolvenzforderung durch seine Verwertungshandlungen beeinflussen. Die Gläubiger haben dies zu akzeptieren, sie können sich allenfalls im Wege von Ersatzansprüchen gegen den Verwalter (§ 81 Abs 3 IO) schadlos halten. Die Richtigkeit dieses Arguments wird maßgeblich durch die Überlegung gestützt, dass der Abschluss eines Prozesskostenfinanzierungsvertrags mit Erfolgsbeteiligung für den betreffenden Anfechtungsanspruch zu einer identischen Minderung der Quote des Anfechtungsgegners führen würde. Diese Quotenverringerung hätte der Anfechtungsgegner nämlich wohl unstrittig hinzunehmen.

Folglich sprechen mE die besseren Gründe dafür, die bloße Verringerung der Quote wegen des nur eingeschränkten Massezuflusses in der Tat als lediglich wirtschaftliche Schlechterstellung anzusehen, die mit §§ 1394, 1396 S 1 HS 2, § 1442 ABGB vereinbar ist. Im Kern handelt es sich beim skizzierten Nachteil eben „nur“ um eine Bonitätsverringerung des Zedenten, die daraus resultiert, dass der konkrete Anspruch gegen den *debitor cessus* wegen der Zession nicht zur Gänze zugunsten des Zedenten lukriert wurde.³⁷⁾ Mit diesem Bonitätsrisiko muss ein *debitor cessus*, der über Gegenansprüche gegen den Zedenten verfügt, generell leben.³⁸⁾ Dass es sich letztlich unmittelbar niederschlägt, wenn der Zedent eine – *per se* nicht mehr ausreichend zahlungsfähige – Insolvenzmasse ist, rechtfertigt eine Sonderbehandlung der Abtretung des Insolvenzanfechtungsanspruchs nicht. Zu berücksichtigen ist zudem – insoweit zu Recht –, dass der *debitor cessus* diesen mittelbaren Nachteil iaR selbst abwenden kann, indem er bei erster Aufforderung an die Insolvenzmasse zahlt.

C. Höhe der Insolvenzforderung gem § 41 Abs 2 IO

Eine unzulässige Schlechterstellung würde es hingegen bedeuten, wenn der Anfechtungsgegner wegen der Abtretung nur eine nominal geringere Gegenforderung als Insolvenzforderung anmelden dürfte. Dennoch wird auch eine solche Auslegung im Schrifttum in Betracht gezogen. In Deutschland meint konkret *Smid*,³⁹⁾ die Höhe der wiederauflebenden Insolvenzforderung gem § 144 Abs 1

36) *Henckel in Jaeger*, InsO IV § 143 Rz 102.

37) Die Mittelbarkeit dieses Nachteils erinnert etwa an die Konstellation, dass der *debitor cessus* im Falle eines Zahlungsverzugs höhere Verzugschäden ersetzen muss, wenn und weil sich der Zessionar in einer insoweit ungünstigeren wirtschaftlichen Position als der Zedent befindet, dazu *Ertl in Runmel*, ABGB II/1³ § 1394 Rz 1; *Thöni in Fenyoes/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 1394 ABGB Rz 11 mwN.

38) Diese Erkenntnis geht nicht zuletzt auf die fruchtbringende Diskussion am vom Jubilar organisierten Wiener Insolvenzrechtstag 2021 zurück, besonderen Dank schulde ich Wortmeldungen von *Alexander Wilfinger* und *Thomas Haselberger*.

39) ZInsO 2015, 1716 (1721).

InsO (entspricht § 41 Abs 2 Fall 2 IO) müsse sich nach dem tatsächlichen Massezufluss richten; sie wäre damit bei der Zession von der Höhe des Kaufpreises abhängig, den der Insolvenzverwalter durch den Verkauf lukriert (im Beispiel: 200). ME vermag dies nicht zu überzeugen, sondern muss sich die Höhe der Gegenforderungen nach § 41 Abs 2 IO nach denselben Regeln wie bei einer Verwalteranfechtung bemessen (im Beispiel: 400).⁴⁰⁾ Dies aus folgenden Gründen:

Im (selteneren) Fall der Anfechtung des Verpflichtungsgeschäfts hängt die Insolvenzforderung auf Rückersatz der Gegenleistung des Anfechtungsgegners nach § 41 Abs 2 Fall 1 IO ohnehin allein vom Wert der schon erbrachten Gegenleistung ab; hierauf hat die Abtretung keinen Einfluss, sodass die Zession von vornherein nichts am Ergebnis ändern kann. Kommt es hingegen bei Anfechtung der Tilgung einer Schuld zu einem Wiederaufleben, so könnte der Wortlaut von § 41 Abs 2 Fall 2 IO „infolge Erstattung einer anfechtbaren Leistung an die Masse“ dafür sprechen, mit *Smid*⁴¹⁾ auf die Höhe des tatsächlichen Massezuflusses abzustellen, also auf jenen Betrag, den der Insolvenzverwalter durch den Verkauf des Anfechtungsanspruchs für die Insolvenzmasse lukriert. Auch ist die Masse *prima vista* nur in diesem Ausmaß bereichert, was deshalb relevant sein könnte, weil die Vermeidung einer Bereicherung der Insolvenzmasse die anerkannte Rechtfertigung für § 41 Abs 2 IO ist.⁴²⁾

Bei näherer Betrachtung ist jedoch maßgeblich, dass die Masse nur deshalb nicht im vollen Ausmaß der Zahlung des Anfechtungsgegners bereichert ist, weil der Insolvenzverwalter eine entsprechende Disposition getroffen hat. Die Folgen dieser Disposition hat die vom Insolvenzverwalter vertretene Insolvenzmasse, sohin das Gläubigerkollektiv, zu tragen, und nicht der einzelne Anfechtungsgegner. Seine *Rechtsstellung* darf sich durch die Abtretung eben nicht unmittelbar verschlechtern; er muss – wie ausgeführt (oben B.) – eben nur den wirtschaftlichen „Schaden“, dass die Quote insgesamt wegen der Abtretung geringer ausfallen kann, akzeptieren, nicht jedoch eine rechtliche Schlechterstellung. Zudem liegt es rechtskonstruktiv weit näher, dass die anfechtbar getilgte Forderung nach § 41 Abs 2 Fall 2 IO in dem Umfang wiederauflebt, in dem der *debitor cessus* die erhaltene Leistung rückerstattet. Dass die Leistung wegen der Abtretung an den Zessionar und nicht „an die Masse“ erstattet wird, schadet zumindest einer analogen Anwendung von § 41 Abs 2 Fall 2 IO nicht.⁴³⁾

40) So auch für Deutschland *Borries/Hirte* in *Uhlenbruck/Vallender*, InsO I¹⁵ § 143 Rz 90; *Hofmeier*, Insolvenzanfechtung Rz 46.

41) Freilich enthält der im Übrigen inhaltlich praktisch inhaltsgleich ausgestaltete § 144 InsO die zitierte Wortfolge gar nicht.

42) Vgl nur *Ehrenzweig*, Kommentar zur Anfechtungsordnung und zu den Anfechtungsnormen der Konkursordnung (1916) 430; *Steinbach*, Kommentar zu den Gesetzen vom 16. 3. 1884 über die Anfechtung von Rechtshandlungen³ (1905) 137 ff.

43) Die für eine Analogie notwendige Lücke ergibt sich schlicht daraus, dass der Gesetzgeber die Abtretung nicht vor Augen hatte, die Vergleichbarkeit der Wertungsgrundlagen belegt abermals schon ein Vergleich mit der Situation bei einer Prozesskostenfinanzierung: In diesem Fall würde die Forderung des Anfechtungsgegners auch vollumfänglich wiederaufleben, wengleich die Masse, im Ergebnis wie bei der „Zessionarsanfechtung“, nur einen Teil der nach § 39 IO rückerstatteten Leistung behalten darf.

D. Geltendmachung der Gegenforderung gem § 41 IO

1. Problemaufriss

Folgt man der hier vertretenen Auffassung, wonach die durch die Abtretung verursachte Bonitätsverringerung der Insolvenzmasse und die damit verbundene Verringerung der Insolvenzquote eine lediglich wirtschaftliche Schlechterstellung des Anfechtungsgegners bedeutet, die er – wie etwa auch im vergleichbaren Fall einer Prozesskostenfinanzierung – hinzunehmen hat, kann sich eine unzulässige Verschlechterung nur noch aus einer Beeinträchtigung der Möglichkeiten zu ihrer Geltendmachung ergeben. Das damit verbundene Kernproblem wurde bereits angesprochen: Weil die „Zessionarsanfechtung“ vom Schicksal des Insolvenzverfahrens unabhängig ist (oben II.B.), kann es passieren, dass der Anfechtungsgegner erst nach dessen Ende belangt wird, womit sich die Frage stellt, wie er diesfalls seine Gegenansprüche gem § 41 IO geltend machen soll. Es bieten sich dafür jeweils mehrere Lösungskonzepte an, wobei es zielführend ist, zwischen den Gegenansprüchen nach § 41 Abs 1 und jenen nach § 41 Abs 2 IO zu differenzieren.

§ 41 Abs 2 IO gesteht dem Anfechtungsgegner in seinem ersten Fall, bei der Anfechtung des Grundgeschäfts (Verpflichtungsgeschäft), eine Insolvenzforderung in Höhe der nicht mehr identifizierbaren Gegenleistung, in seinem zweiten Fall, bei Anfechtung einer Befriedigung, eine Insolvenzforderung in Höhe der wiederauflebenden Gegenforderung des Anfechtungsgegners zu.⁴⁴⁾ Von diesen Ansprüchen war bislang exklusiv die Rede. Der Grund für diesen Aufbau der Problemerkörterung ist gar nicht so sehr, dass diese Fälle praktisch weit häufiger vorkommen als Gegenansprüche nach § 41 Abs 1 IO, sondern, dass nur bei diesen „quotenabhängigen“ Ansprüchen die bisher thematisierte Problematik der Quotenverringerung (oben III.B.) auftritt.

Es gibt aber eben auch Gegenansprüche nach § 41 Abs 1 IO. Voraussetzung ist zwar wieder die Anfechtung eines Grundgeschäfts. Jedoch muss die Gegenleistung des Anfechtungsgegners diesfalls noch *in natura* oder zumindest wertmäßig identifizierbar in der Insolvenzmasse vorhanden sein.⁴⁵⁾

2. „Quotenabhängige“ Ansprüche gem § 41 Abs 2 IO

Gerade bei den quotenabhängigen Ansprüchen könnte ein Ausweg aus dem skizzierten zeitlichen Dilemma darin gefunden werden, dass der Anfechtungsgegner seine Gegenforderung bis 14 Tage vor Schlussrechnungstagsatzung (§ 107 Abs 1 letzter S IO) bedingt anmeldet/geltend macht. Dies setzt allerdings zum einen voraus, dass ihn der Insolvenzverwalter rechtzeitig über die Abtretung verständigen muss. Zum anderen muss eine bedingte Insolvenzanmeldung in diesem Stadium überhaupt (schon) zulässig sein.

Ersteres könnte in Form einer haftungsbewehrten Verständigungspflicht des Insolvenzverwalters sichergestellt werden.⁴⁶⁾ *Königs*⁴⁷⁾ Kritik an dieser Auffassung ist zwar zuzugestehen, dass eine klare gesetzliche Grundlage hierfür

44) Vgl nur *Bollenberger* in *Koller/Lovrek/Spitzer*, Kommentar zur IO (2019) § 41 Rz 1.

45) *Bollenberger* in *KLS* § 41 IO Rz 1; *Trenker*, Insolvenzanfechtung gesellschaftsrechtlicher Maßnahmen (2012) 46 f.

46) *Trenker*, ZIK 2019, 162 (165); zust *Nunner-Krautgasser*, VbR 2020, 167 (171).

47) *König*, JBl 2019, 794 (795) (Anm); *König* in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2019, 43 (60).

nicht ersichtlich ist. Dennoch spricht mE viel dafür, diese Verpflichtung im flexiblen Pflichtenkatalog des § 81 Abs 2 IO unterzubringen, zumal der Insolvenzverwalter das skizzierte Problem für den Anfechtungsgegner ja mit der Abtretung erst „geschaffen“ hat.

Dass eine bedingte Anmeldung vor förmlicher Geltendmachung des Anfechtungsanspruchs bzw außergerichtlichem Anerkenntnis⁴⁸⁾ ausgeschlossen sei, wie ebenfalls König⁴⁹⁾ einwendet, findet zwar wiederum eine gewichtige Stütze in den Materialien zum AnfG 1884.⁵⁰⁾ Mit guten Gründen wird man die Abtretung dieser Geltendmachung aber wertungsmäßig gleichhalten können. Denn der Umstand, dass ein Zessionar die Forderung entgeltlich erwirbt, lässt eine Anfechtungsklage bereits mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit erwarten.

Selbst wenn man diese Lösungsmöglichkeit aber ablehnt, ist der Anfechtungsgegner nicht schutzlos gestellt. Wahlweise zur Insolvenzmasse haftet ihm nämlich mE der Zessionar für seine Gegenansprüche. Grundlage dieser Haftung ist § 1396 S 1 HS 2 ABGB, wonach ein *debitor cessus* seine gegenüber dem Zedenten bestehenden Einwendungen auch dem Zessionar entgegenhalten kann.⁵¹⁾ Bestätigt wird diese Wertung, sozusagen *pars pro toto*, durch § 1442 ABGB, wonach der Zessus – trotz formal fehlender Gegenseitigkeit – auch mit einer Forderung gegen den (Erst-)Zedenten gegenüber dem Zessionar aufrechnen kann.⁵²⁾ Gegen die kumulative Haftung des Zessionars könnte zwar sprechen, dass gerade bei einem synallagmatischen Vertrag der Anspruch des Zessus auf seine Gegenleistung nicht als Einwendung iSd § 1396 ABGB qualifiziert wird, sondern der Anspruch gegenüber dem Zedenten bestehen bleibt.⁵³⁾ Die Gegenansprüche nach § 41 IO sind jedoch nicht vergleichbar unabhängig vom „Hauptanspruch“ wie der Anspruch auf Gegenleistung aus einem synallagmatischen Verhältnis; das zeigt sich schon darin, dass die Ansprüche nach § 41 IO richtigerweise erst mit Geltendmachung des Anfechtungsanspruchs,⁵⁴⁾ nach früher herrschender Ansicht sogar erst im Zeitpunkt der Erfüllung des Leistungsanspruchs nach § 39 IO⁵⁵⁾ entstehen. Die „Enge“ dieser Beziehung zwischen dem abgetretenen Anfechtungsanspruch und dem Gegenanspruch nach § 41 IO sollte daher den Ausschlag dafür geben, die Geltendmachung dieser Gegenforderung sehr wohl als Einwendung gem § 1396

48) Vgl König/Trenker, Anfechtung⁶ Rz 16.20, wonach ab diesen Zeitpunkt eine Anmeldung zulässig ist, wobei die Formulierung bewusst so gewählt wurde, dass daraus nicht zwingend auf die Unzulässigkeit einer Anmeldung vor diesem Zeitpunkt geschlossen werden kann!

49) JBl 2019, 794 (795) (Anm); s ferner König/Trenker, Anfechtung⁶ Rz 15.41.

50) JA des AH zum AnfG (339 BlgStenProtAH 9. Session 21).

51) Dazu zB Lukas, Zession 149 ff; Thöni in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 1396 ABGB Rz 4 ff mwN.

52) Holly in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.06} § 1442 Rz 3; Lukas, Zession 40 ff, 205 ff; Lukas, Das vertragliche Zessionsverbot de lege ferenda, ÖBA 2004, 755 (757); Thöni in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 1396 ABGB Rz 17 ff.

53) Lukas, Zession 11 ff; Lukas, ÖBA 2004, 755 (756); Thöni in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 1394 ABGB Rz 5.

54) Karollus, Konkursanfechtung: Muss der Anfechtungsgegner vorleisten? ÖBA 1988, 128 (130); König/Trenker, Anfechtung⁶ Rz 16.19.

55) 6 Ob 353/66 EvBl 1967/409; 1 Ob 507/88 ÖBA 1988, 836; Ehrenzweig, Anfechtungsordnung 427; Lehmann, Kommentar zur österreichischen Konkurs-, Ausgleichs- und Anfechtungsordnung I (1916) 343 f; Bartsch in Bartsch/Pollak, KO I³ 254 f; Petschek/Reimer/Schiemer, Insolvenzrecht 405 f, 381 FN 10; zum AnfG 1884 ebenso Krasnopolski, Das Anfechtungsrecht der Gläubiger nach österreichischem Recht (1889) 106.

§ 1 HS 2 ABGB zu qualifizieren, die ein *debitor cessus* auch gegenüber einem Zessionar geltend machen kann.⁵⁶⁾

Auch wenn der Anfechtungsgegner daher seine Gegenforderung wegen Beendigung des Insolvenzverfahrens nicht mehr aus der Masse erhält, haftet ihm zumindest der Zessionar hierfür. *Prima vista* ist dies unzureichend, weil der somit aufgezwungene Schuldnerwechsel einem *debitor cessus* grundsätzlich nicht zumutbar ist. Wie der OGH⁵⁷⁾ im gegebenen Zusammenhang selbst betont, dürfe die Abtretung gerade nicht dazu führen, dass der Anfechtungsgegner seine Ansprüche „gegen seinen Willen gegen eine andere Person (den Zessionar) geltend machen müsste“. Das ist prinzipiell auch völlig überzeugend: Mit einem Schuldnerwechsel geht ein ungeplantes Bonitätsrisiko einher, das niemandem ohne weiteres aufgedrängt werden darf.

Bei näherer Betrachtung zeigt sich jedoch, dass dieses Bonitätsrisiko in der gegenständlichen Konstellation wegen regelmäßig bestehender Aufrechnungs- oder Zurückbehaltungsrechte des Anfechtungsgegners gegenüber dem Zessionar gar nicht besteht. Der Anfechtungsgegner kann mit seinem Gegenanspruch gem § 41 Abs 2 IO gegen den Anspruch des Zessionars nach allgemeinem Anfechtungsrecht zwar grundsätzlich nicht aufrechnen (§ 42 IO).⁵⁸⁾ Eine Ausnahme ist jedoch mittlerweile anerkannt, wenn die Höhe der Insolvenzquote bereits festgestellt und fällig ist.⁵⁹⁾ Das muss auch bei der Zessionarsanfechtung gelten.⁶⁰⁾ Nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens wird die Insolvenzquote eigentlich immer feststellbar und fällig sein, sodass der Anfechtungsgegner gegen einen auf Geld gerichteten Leistungsanspruch regelmäßig aufrechnen können wird. ME ist es darüber hinaus sogar folgerichtig⁶¹⁾ und systemkonform (§ 1052 ABGB), dem Anfechtungsgegner bei Bezifferbarkeit und Fälligkeit seiner Insolvenzforderung ein Zurückbehaltungsrecht gegenüber einem nicht auf Geldleistung gerichteten Leistungsanspruch des Zessionars zu gewähren.⁶²⁾ Die Höhe der festgestellten Quote hat der Insolvenzverwalter dem Anfechtungsgegner auf Nachfrage mitzuteilen; § 81 Abs 1, 2 IO taugt jedenfalls dafür als hinreichende Rechts- oder zumindest Analogiegrundlage.

Endet das Insolvenzverfahren vor dem Anfechtungsprozess, birgt der mit der Abtretung bewirkte Schuldnerwechsel somit hinsichtlich der Gegenforderung gem § 41 Abs 2 IO keine effektiven Bonitätsrisiken für den Anfechtungsgegner. Ist das Insolvenzverfahren hingegen noch während des Anfechtungsprozesses im

56) Sogar ohne jeden Zweifel muss dies, wie eben § 1442 ABGB beweist, für die sogleich zu erörternden Aufrechnungs- und Zurückbehaltungsbefugnisse gelten.

57) 17 Ob 6/19k (Pkt 3.3.3.).

58) OLG Graz 2 R 26/05v; *Bollenberger* in KLS § 41 IO Rz 8, 14; *Koziol/Bollenberger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht I⁴ (2000) § 42 KO Rz 1 ff; *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 16.20, 16.26; *Rebernik* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 27 IO Rz 19, (78. Lfg; 2021) § 41 IO Rz 28.

59) *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 16.26; *Trenker*, ÖJZ 2019, 897 (903); *Trenker*, ZIK 2019, 162 (166); *Rebernik* in *Konecny*, Insolvenzgesetze (78. Lfg; 2021) § 42 IO Rz 3; allgemein 3 Ob 222/59 JBl 1959, 635; 3 Ob 242/74 EvBl 1975/248, 555; RS0064330.

60) *Trenker*, ZIK 2019, 162 (165); wohl zust *Nummer-Krautgasser*, VbR 2020, 167 (171); vgl auch zur vergleichbaren Situation der Nachtragsverteilung durch den Insolvenzverwalter *Trenker*, ÖJZ 2019, 897 (906).

61) Zum gleichgerichteten Anwendungsbereich beider „Einwendungen“ *Bollenberger* in KLS § 41 IO Rz 8; *Karollus*, ÖBA 1988, 128 (130).

62) Im Ergebnis ebenso für Deutschland *Hofmeier*, Insolvenzanfechtung Rz 177 (vgl auch Rz 89 ff zur Nachtragsanfechtung durch Insolvenzverwalter).

Gange, hat der Anfechtungsgegner ohnehin die Möglichkeit der bedingten Anmeldung. Eine effektive Verschlechterung seiner Rechtsposition, die mit zessionsrechtlichen Grundsätzen unvereinbar wäre, ergibt sich damit mE nicht.

3. „Quotenunabhängige“ Ansprüche gem § 41 Abs 1 IO

Bei den Gegenansprüchen nach § 41 Abs 1 IO ist die Rechtsstellung des Anfechtungsgegners sogar noch besser abgesichert: Der Anfechtungsgegner kann nach einhelliger neuerer Lehre die gem § 39 IO geschuldete Leistung stets – eine Ausnahme gilt nur bei Masseunzulänglichkeit bei Ansprüchen gem § 41 Abs 1 Fall 2 IO⁶³⁾ – bis zur Erfüllung der Gegenansprüche zurückbehalten sowie bei Gegenseitigkeit aufrechnen.⁶⁴⁾ Wiederum muss dies auch gegenüber dem Zessionar gelten (§§ 1394, 1396, 1442 ABGB).⁶⁵⁾ Faktisch besteht für den Anfechtungsgegner zwar die Schwierigkeit, dass er das Vorhandensein der Gegenleistung oder ihres Werts in der Masse nach allgemeinen Beweislastregeln nachweisen muss.⁶⁶⁾ Da der Insolvenzverwalter als Verursacher dieser besonderen Lage mE abermals gem § 81 Abs 1 und 2 IO – sei es in unmittelbarer oder analoger Anwendung – zur Auskunft verpflichtet ist, dürfte die Beweislage für den Anfechtungsgegner jedoch nicht ungünstiger sein als bei einer gewöhnlichen „Verwalteranfechtung“.

Es ist dementsprechend nicht so sehr das Verschlechterungsverbot, sondern vielmehr die praktische Handhabung der Erfüllung der Gegenansprüche des Anfechtungsgegners, welche im Fall des § 41 Abs 1 IO Schwierigkeiten bereiten kann. Jedenfalls bei § 41 Abs 1 Fall 1 IO muss dem Anfechtungsgegner die Gegenleistung *in natura* herausgegeben werden, um die Leistung des zurückbehaltungsberechtigten Anfechtungsgegners erzwingen zu können (vgl nur § 8 Abs 1 iVm § 42 Abs 1 Z 4 EO⁶⁷⁾). Der OGH⁶⁸⁾ ließ deshalb offen, ob das Insolvenzverfahren in einer solchen Konstellation solange fortgeführt werden muss, bis der Gegenanspruch des Anfechtungsgegners befriedigt ist oder dessen Nichtbestehen feststeht.

Die Fortführung des Insolvenzverfahrens wäre in der Tat ein gangbarer Weg. Seine Attraktivität dürfte praktisch allerdings häufig begrenzt sein, weil die Abtretung ja mitunter auch deshalb gewählt wird, damit das ansonsten abschlussreife Insolvenzverfahren sofort beendet werden kann. Erwogen werden sollten deshalb noch zwei alternative Optionen, die allerdings die Bereitschaft zu weiteren Analogieschlüssen voraussetzen: Erstens könnte der Insolvenzverwalter die Gegenleistung dem Zessionar übergeben, damit dieser für den Fall des Obsiegens den Anspruch des Anfechtungsgegners gem § 41 Abs 1 Fall 1 IO Zug-um-Zug befriedigen kann. Sollte der Anfechtungsgegner unterliegen, hätte der Zessionar die Gegenleistung freilich zurückzuerstatten, es käme anschließend zu einer Nach-

63) *Bollenberger* in KLS § 41 IO Rz 8; *Karollus*, ÖBA 1988, 128 (131).

64) 5 Ob 575/81; 6 Ob 116/05k; RS0033772; *Bollenberger* in KLS § 41 IO Rz 8; *Karollus*, ÖBA 1988, 128 (130 f); *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 16.19 mwN; *Koziol/Bollenberger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht I⁴ § 41 Rz 18; *Rebernik*, Konkursanfechtung des Kontokorrentkredits (1998) Rz 222; *Rebernik* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 41 IO Rz 14.

65) *Trenker*, ZIK 2019, 162 (165); wohl zust *Nunner-Krautgasser*, VbR 2020, 167 (171).

66) Vgl *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 16.14.

67) Der Verweis auf die EO soll nicht bedeuten, dass der Anfechtungsgegner den Zug-um-Zug-Einwand nicht bereits im Erkenntnisverfahren erheben muss.

68) 17 Ob 6/19k (Pkt 3.3.3. lit b).

tragsverteilung in analoger Anwendung von § 138 Abs 2 IO. Zweitens ist eine vorläufige Sicherstellung der Gegenleistung durch den Insolvenzverwalter anzudenken.⁶⁹⁾ Dafür müsste man allerdings den bedingten Anspruch des Anfechtungsgegners nach § 41 Abs 1 Fall 1 IO als sicherstellungsfähig qualifizieren. Dies setzt die Beantwortung der an dieser Stelle nicht lösbarer Streitfrage voraus, ob und inwieweit noch nicht fällige bzw bedingte Aussonderungs- oder Masseforderungen⁷⁰⁾ – außerhalb des Anwendungsbereichs von § 152a Abs 1 Z 2 IO – sichergestellt werden können/müssen.⁷¹⁾ Bejaht man eine Sicherstellung, schlägt die Anfechtung aber fehl, wäre zudem abermals eine Nachtragsverteilung der gesicherten Beträge notwendig (§ 138 Abs 2 IO).

Regelmäßig einfacher dürfte die Abwicklung von auf Geld gerichteten Gegenforderungen gem § 41 Abs 1 Fall 2 IO sein, weil der Anfechtungsgegner hier zumeist einfach aufrechnen wird. Freilich sollte diese Konstellation im Abtretungsvertrag unbedingt bedacht werden. Sinnvoll erscheint es mE, das Risiko der *compensando*-Geltendmachung eines solchen Gegenanspruchs dem Zessionar zuzuweisen, der dafür eben einen geringeren Kaufpreis bezahlt. Andernfalls drohen Gewährleistungsansprüche des Zessionars gegen die Masse, welche entweder ihrerseits sichergestellt werden müssten oder ein Zuwarten mit der Aufhebung des Insolvenzverfahrens erforderlich machen dürften.

All das ergibt folgendes Fazit: Drohen bei Geltendmachung des abgetretenen Anfechtungsanspruchs Gegenforderungen gem § 41 Abs 1 IO, bereitet das zessionsrechtliche Verschlechterungsverbot zwar keine durchschlagenden Probleme. Die Abwicklung dieser Ansprüche ist jedoch kompliziert und im Detail mit einer gewissen Rechtsunsicherheit behaftet.

E. Sonderproblem: Befriedigungstauglichkeit bei der Zessionarsanfechtung

Abgesehen vom Problem der Geltendmachung der Gegenleistung nach § 41 IO befürchtet *Rebernig*⁷²⁾ schließlich eine mögliche Schlechterstellung des Anfechtungsgegners in Konstellationen, in denen der Ersatzanspruch gem § 39 IO gar nicht zur Gläubigerbefriedigung notwendig sei. Er hat, wie das von ihm gewählte Beispiel zeigt, Fälle vor Augen, bei denen der Umfang des zedierten Leistungsanspruchs – jedenfalls in Addition zu den sonstigen Masseaktiva – die Höhe der angemeldeten Forderungen übersteigt. Hier laufe der Anfechtungsgegner bei der Zessionsanfechtung Gefahr, dass er mehr bezahle, als für die Haftungsdurchsetzung notwendig sei. Währenddessen würde er bei einer „Verwalteranfechtung“ mittelbar davon profitieren, dass ein allfälliges *superfluum* an den Schuldner zu-

69) Dafür *Trenker*, ZIK 2019, 162 (165).

70) Die Qualifikation von § 42 Abs 1 Fall 1 IO als Aussonderungsanspruch oder Masseforderung ist bekanntlich umstritten (dazu *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 16.8 ff mwN).

71) Bejahend für nicht fällige Masseforderungen *Bachmann/Mitteregger*, Die Stellung der Massegläubiger bei Insolvenzaufhebung, ZIK 2016, 52; *Zeitler* in KLS § 136 IO Rz 35; aA, allerdings ohne Bezugnahme auf die vorstehend Genannten, *Reckenzaun* in *Konecny*, Insolvenzgesetze (73. Lfg; 2020) § 137 IO Rz 23 unter Berufung auf die E 8 Ob 66/98h, welche allerdings die Rechtslage vor der IO beurteilt; bereits damals für eine Sicherstellungspflicht *Bachmann*, Befriedigung der Masseforderungen (1993) 167 ff; *G. Kodek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht IV⁴ (2006) § 136 KO Rz 10.

72) *Rebernig* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 27 IO Rz 19; vgl schon *Rebernig*, RZ 2020, 217 f (Buchbesprechung).

rückfließe, der dem Anfechtungsgegner wegen der bloß relativen Wirkung der Anfechtung ja weiterhin zur Leistung verpflichtet sei.

Daran ist richtig, dass der Umfang der Anfechtung durch das Befriedigungsinteresse der Gläubiger begrenzt ist. Soweit der Anfechtungsgegner beweisen kann, dass alle Masse- und Insolvenzgläubiger auch ohne (vollumfängliche) Anfechtung befriedigt werden, scheidet die Anfechtung dementsprechend an der mangelnden Befriedigungstauglichkeit bzw Gläubigerbenachteiligung⁷³⁾.⁷⁴⁾ Ein Verkauf des Anfechtungsanspruchs darf an der Maßgeblichkeit dieser allgemeinen Anfechtungsvoraussetzung selbstverständlich nichts ändern, wie der OGH bereits völlig zu Recht klargestellt hat.⁷⁵⁾ Vor Abschluss des Insolvenzverfahrens wird dem Anfechtungsgegner dieser Beweis praktisch freilich selten bis gar nicht gelingen,⁷⁶⁾ dies allerdings unabhängig davon, ob ihm als Kläger der Verwalter oder der Zessionar gegenübersteht.

Als Korrektiv für daraus resultierende Unbilligkeiten dient jedoch entgegen *Reber*^{nig} nicht primär die fortbestehende Haftung des Schuldners, dem ein allfälliges *superfluum* zufließt. Vielmehr schließt der Gegenanspruch des Anfechtungsgegners nach § 41 IO im Regelfall von vornherein aus, dass eine 100-%-Insolvenzquote erreicht wird.⁷⁷⁾ Besonders bei § 41 Abs 2 Fall 2 IO lebt ja exakt das als Insolvenzforderung wieder auf, was der Anfechtungsgegner zurückzahlt. Nur wenn wegen einer fehlenden (Schenkungs!) oder bloß geringfügigen Gegenleistung des Anfechtungsgegners kein hinreichender Gegenanspruch nach § 41 Abs 2 Fall 1 IO besteht, ist es praktisch möglich, dass der Insolvenzverwalter (für die Masse) bzw der Zessionar aus der Anfechtung wirklich mehr lukriert, als für die Gläubigerbefriedigung notwendig ist. Diesfalls ist dem Anfechtungsgegner jedoch ohnehin ein eigenständiger bereicherungsrechtlicher Rückersatzanspruch (§ 1435 ABGB analog) gegen die Masse zugestehen, bevor das Vermögen an den Schuldner ausgekehrt wird.⁷⁸⁾ Dieser Anspruch besteht folgerichtig auch gegenüber dem Zessionar. Ein besonderes Verschlechterungspotenzial beinhaltet die Abtretung damit in dieser Hinsicht nicht.

IV. Schlussbemerkung

Eine interessengerechte Behandlung der Gegenansprüche des Anfechtungsgegners gem § 41 IO wirft bei der Zessionarsanfechtung diffizile Probleme auf. Die mit der Abtretung einhergehende Verringerung der auf die Ansprüche gem § 41 Abs 2 IO entfallenden Insolvenzquote im Vergleich zu einer „gewöhn-

73) Richtigerweise handelt es sich mE um ein- und dieselbe Voraussetzung, dazu *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 5.3.

74) Ob III 1041/27 SZ 9/313; *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 5.28; *Steinbach*, Anfechtung³ 23; krit *Ehrenzweig*, Anfechtungsordnung 65 ff; *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 305 f; für Deutschland s zB BGH IX ZR 146/12 NZI 2013, 399; OLG Hamm 27 U 235/91 ZIP 1992, 1755.

75) 17 Ob 6/17k (Pkt 3.6.3.).

76) *Ehrenzweig*, Anfechtungsordnung 66; *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 5.28.

77) Vgl schon *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 305.

78) IdS wohl schon Ob III 1041/27 SZ 9/313: „[...] die Masse müßte dem bevorrechteten Gläubiger wieder herausgeben, was sie im Anfechtungswege ihm abgenommen hat, ebenso, wenn dem Gläubiger der Beweis gelingt, daß die anderen bevorrechteten Forderungen zweifellos gedeckt sind“; ähnlich *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 305.

lichen Verwalteranfechtung“ bewirkt mE zwar keine unzulässige rechtliche Schlechterstellung (dazu III.B.).

Dennoch bergen die unterschiedlichen Möglichkeiten der Geltendmachung der Gegenansprüche schwierige Folgeprobleme, deren (sachgerechte) Lösung eine gewisse Bereitschaft zu Rechtsfortbildungen erfordert (dazu oben III.D.). Sorgfältige Vertragsgestalter sollten zudem so gut wie möglich regeln, ob für die Gegenansprüche des Anfechtungsgegners im Endeffekt die Insolvenzmasse oder der Zessionar aufkommen soll und wie ein allfälliger Ausgleich – gerade nach Beendigung des Insolvenzverfahrens – bewerkstelligt werden soll. Die damit verbundenen Herausforderungen dürften die – aus Verwaltersicht ohnedies begrenzte – Attraktivität einer Abtretung wohl zusätzlich mindern. Ein gewisser Bedarf für einen Verkauf der Anfechtungsansprüche dürfte dennoch zumindest in speziellen Konstellationen nicht zu leugnen sein.

Es bleibt jedenfalls mit großer Spannung zu erwarten, welche praktische Bedeutung der Verkauf von Anfechtungsansprüchen erlangen wird und wie der OGH das Problem der Gegenforderungen lösen wird, sollte er hierzu nochmals Gelegenheit erhalten.