

Anfechtung nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens^{*)}

Ausgehend vom Zweck der Insolvenzanfechtung, nämlich der Massemehrung im Interesse der Haftungsverwirklichung zugunsten der Gesamtheit der Insolvenzgläubiger, liegt prima vista der Schluss nahe, dass mit Beendigung des Insolvenzverfahrens auch eine Insolvenzanfechtung ausgeschlossen wäre. Dass dem nicht so ist, beweist seit dem IRÄG 2010 freilich § 157 i Abs 1 Satz 2 IO, der eine Anfechtung des Treuhänders zur Überwachung der Sanierungsplanerfüllung ermöglicht. Darüber hinaus ist seit langem eine „Nachtragsanfechtung“ in unmittelbarer oder analoger Anwendung von § 138 Abs 2 IO anerkannt; alternativ dazu wird eine Teilaufhebung des Insolvenzverfahrens mit Ausnahme einzelner (Anfechtungs-)Ansprüche diskutiert. Der vorliegende Beitrag widmet sich diesen Möglichkeiten der Anfechtung nach Beendigung des Insolvenzverfahrens und den sich dabei stellenden Problemen.

Von Martin Trenker

Inhaltsübersicht:

- A. Einleitung
- B. Gang der Untersuchung
- C. Anfechtung bei Treuhänderüberwachung (§ 157 i Abs 1 Satz 2 IO)
 1. Allgemeines
 2. „Betrachtung“ im Sanierungsplan
 - a) Notwendigkeit der Berücksichtigung im Sanierungsplan
 - b) Nichtberücksichtigung im Sanierungsplan als Versagungsgrund?
 - c) Vorsorge für Prozesskosten
 3. Geltendmachung des Anfechtungsanspruchs
 - a) Klageweise Geltendmachung binnen Jahresfrist
 - b) Einredeweise Geltendmachung
 - c) Dispositionen über den Streitgegenstand
 - d) Höchstdauer des Anfechtungsprozesses
 4. Verwendung des Anfechtungserlöses
 5. Anfechtung durch Treuhänder beim Zahlungsplan
- D. Anfechtung gem § 138 IO (analog)
 1. Grundlage und Voraussetzungen
 - a) Meinungsstand
 - b) Stellungnahme
 2. Anwendungsbereich
 3. Finanzierung des Anfechtungsprozesses?
 4. Gegenansprüche des Anfechtungsgegners
- E. Exkurs: Abtretbarkeit des Insolvenzanfechtungsanspruchs

A. Einleitung

Im Handbuch von *Petschek/Reimer/Schiemer*¹⁾ aus 1973 liest man bereits: „*Konkursanfechtungsprozesse hören mit Rechtskraft der Konkursaufhebung auf.*“ Das ist auf den ersten Blick nur folgerichtig: Der **Anfechtungsanspruch** dient der **Massemehrung im Interesse der Haftungsverwirklichung zugunsten der Gesamtheit der Insolvenzgläubiger**; folglich fällt der

Anfechtungsanspruch in die Rechtszuständigkeit der Insolvenzmasse.²⁾ Mit Aufhebung des Insolvenzverfahrens endet jedoch der verfahrensrechtliche Rahmen für eine kollektive Haftungsverwirklichung; auch eine Insolvenzmasse gibt es grundsätzlich nicht mehr. In dieses Bild fügt sich auch die Konzentration der Anfechtungsbefugnis beim Insolvenzverwalter, das sog Anfechtungsmonopol des Insolvenzverwalters in § 37 IO:³⁾ Ohne Insolvenzverfahren kein Insolvenzverwalter – ohne Insolvenzverwalter keine Anfechtung!⁴⁾

Mangels Rechtszuständigkeit der Insolvenzmasse wäre nunmehr zwar wieder der Weg für eine **Einzelanfechtung** nach der AnFO frei; dazu sei im Folgenden jedoch nicht mehr gesagt, als dass insoweit erstens keine Anfechtung nach den praktisch wichtigsten Tatbeständen der §§ 30, 31 IO in Betracht kommt und zweitens die Insolvenzeröffnung – übrigens anders als in Deutschland (§ 18 Abs 2 dAnfG) – keine Auswirkung auf die Fristenberechnung nach §§ 2, 3 AnFO hat.⁵⁾ Auch auf die Möglichkeit, dass ein bereits vor Insolvenzeröffnung eingeleiteter Einzelanfechtungsprozess, den der Insolvenzverwalter fortgeführt, aber nicht beendet hat, nach Insolvenzaufhebung wiederum vom Anfechtungsgläubiger fortgeführt wird, sei nur verweisen.⁶⁾ →

*) Der vorliegende Beitrag stellt eine aktualisierte und geringfügig erweiterte Schriftfassung eines Vortrags dar, den der Verfasser am 16. 5. 2019 beim Wiener Insolvenzrechtstag 2019 gehalten hat.

1) Das österreichische Insolvenzrecht (1973) 703.

2) Siehe statt vieler jüngst *Nunner-Krautgasser*, Zur Abtretung von Insolvenzanfechtungsansprüchen, JBl 2018, 277 (279).

3) Statt vieler OGH 8 Ob 140/99t; *Bartsch/Heil*, Grundriß des Insolvenzrechts⁴ (1983) Rz 261; *König*, Die Anfechtung nach der IO⁵ (2014) Rz 17/1 mwN.

4) Vgl ganz idS *Wöber* in *Lichtkoppler/Reisch*, Handbuch Unternehmensanierung² (2018) Rz 7.29.

5) *König*, Anfechtung⁵ Rz 21/1 mwN und dem zutr Hinweis, dass die durch eine Anfechtungsmittelung gem § 9 AnFO herbeigeführte Hemmung das Insolvenzverfahren sehr wohl überdauern kann (dies offenlassend OGH 3 Ob 25/08k).

6) Siehe dazu zB *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 425, 429, sowie auct *König*, Anfechtung⁵ Rz 21/2.

ÖJZ 2019/113

§§ 27 ff, 41, 43,
123b, 138, 154,
157i, 193 IO

Gegenstand der folgenden Ausführungen soll vielmehr sehr wohl die – praktisch aus den genannten Gründen weit „interessantere“ – „nachinsolvenzliche“ **Anfechtung nach den §§ 27 ff IO** sein. Anders als der eingangs zitierte Grundsatz von *Petschek/Reimer/Schiemer* suggeriert, ist eine „echte Insolvenzanfechtung“ gem §§ 27 ff IO nach ganz hM nämlich keineswegs ausgeschlossen. Im Gegenteil: Seit dem IRÄG 2010 findet sich in § 157 i Abs 1 Satz 2 IO erstmals sogar eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage dafür!

B. Gang der Untersuchung

Den **Schwerpunkt** des Beitrags soll im Folgenden auch diese gesetzlich vorgesehene Anfechtung nach Insolvenzaufhebung bilden: **§ 157 i Abs 1 Satz 2 IO** und die darin normierte **Anfechtung durch einen Treuhänder mit Vermögensübergabe** im Rahmen einer Sanierungsplanüberwachung. Ihre Erörterung ist deshalb lohnenswert, weil sich außerhalb des institutionellen Rahmens eines Insolvenzverfahrens eine Fülle an (praxisrelevanten) Fragen stellt, wie jene nach dem notwendigen oder zumindest ratsamen Inhalt des Sanierungsplans (dazu C.2.a.), nach der Finanzierung des Anfechtungsprozesses (dazu C.2.c.), nach der zulässigen Höchstdauer des Anfechtungsprozesses bei Treuhänderüberwachung (dazu C.3.d.), nach der Verwendung des Anfechtungserlöses (dazu C.4.) etc. Das Gesetz lässt den Rechtsanwender mit der Bewältigung dieser Probleme jedoch weitgehend allein. Es beschränkt sich lediglich auf die Klarstellung, dass diesem Treuhänder auch Anfechtungsansprüche übertragen werden können. Damit wurde allerdings immerhin wünschenswerte Rechtssicherheit geschaffen, weil dies vor dem IRÄG zwar schon herrschend war,⁷⁾ die Zulässigkeit aber auf dogmatisch tönernen Füßen stand.

Letzterer Befund gilt weiterhin für allfällige sonstige Möglichkeiten zur Anfechtung nach Insolvenzaufhebung. Klare gesetzliche Grundlagen hierfür sucht man nämlich vergebens. Dennoch sieht die hM vor allem in der unmittelbaren oder analogen Anwendung der Regeln über eine Nachtragsverteilung (§ 138 Abs 2 IO) ein hinreichendes Fundament für eine „Nachtragsanfechtung“. Allerdings ist nicht nur die exakte methodische Grundlage dafür diskussionsbedürftig (dazu D.1.), sondern insb auch zweifelhaft, in welchen Fällen der Insolvenzaufhebung eine solche „Nachtragsanfechtung“ überhaupt zulässig ist (dazu D.2.). Unklarheit besteht auch über die Frage ihrer „Finanzierung“ (dazu D.3.) sowie jene der Befriedigung der Gegenansprüche des Anfechtungsgegners (dazu D.4.).

Schließlich dürfte die – wie zu zeigen sein wird: weitreichende – Möglichkeit der Anfechtung nach Insolvenzaufhebung eine der wesentlichen Weichen dafür gewesen sein, dass der OGH jüngst in 17 Ob 6/19 k das von der ganz hL⁸⁾ vertretene **Dogma von der Unabtretbarkeit des Anfechtungsanspruchs** gekippt hat. Diese „Ausstrahlungswirkung“ des gegenständlichen Themas soll abschließend in einem kurzen Exkurs erläutert werden (dazu E.).

C. Anfechtung bei Treuhänderüberwachung (§ 157 i Abs 1 Satz 2 IO)

1. Allgemeines

Die §§ 157 – 157 m IO liefern ein Instrumentarium, um den Schuldner im Rahmen der an sich autonomen Sanierungsplanerfüllung entweder zu überwachen oder seine Aufgaben überhaupt ganz oder teilweise einer vom Gericht bestellten Person, dem Treuhänder, zu übertragen. Ersteres geschieht über die „bloße Treuhänderüberwachung“ (§§ 157 a – 157 f IO), Zweiteres durch einen Treuhänder mit Vermögensübergabe (§§ 157 g – 157 m IO); hinsichtlich der Überwachung mit Vermögensübergabe ist wieder zwischen der – praktisch vernachlässigbaren – Vermögensübergabe zur Verwaltung und der **Vermögensübergabe zur Verwertung** zu unterscheiden.⁹⁾ Im gegenständlichen Kontext interessiert grundsätzlich nur die Vermögensübergabe zur Verwertung. Denn nur für diese normiert **§ 157 i IO**, dass im Rahmen dieser Vermögensübergabe auch vorgesehen werden kann, „dass der Treuhänder bestimmt zu bezeichnende Ansprüche geltend zu machen hat, aus deren Beträgen die Insolvenzgläubiger zu befriedigen sind; insbesondere die Hereinbringung offener Forderungen und Anfechtungsansprüche“.

Die Aufgabe und Rechtsposition des Treuhänders bei Vermögensübergabe zur Verwertung gleicht in vielerlei Hinsicht jener des Insolvenzverwalters während aufrechten Insolvenzverfahrens. Gerade historisch betrachtet wurde der Treuhänder (oder früher: Sachwalter) allerdings eher als privatrechtlicher Vertreter oder Ermächtigter des Schuldners verstanden.¹⁰⁾ Ausgehend hiervon ist es nur naheliegend, dass *Riel*¹¹⁾ und ihm folgend der OGH¹²⁾ die Möglichkeit der Durchsetzung von Anfechtungsansprüchen durch diesen „privaten Vertreter des Schuldners“ als systemwidrig und als Durchbrechung des Anfechtungsmonopols qualifiziert haben. ME verhält es sich freilich gerade umgekehrt: Die Möglichkeit einer Anfechtung durch den Treuhänder ist einer der wesentlichen gesetzlichen Anhaltspunkte für das systematisch einzig friktionsfreie Konzept, wonach die **Treuhänderüberwachung mit Vermögensübergabe bei funktionaler Betrachtung eine Art partielle Fortführung des Insolvenzverfahrens** darstellt; dementsprechend gleicht sich auch die dogmatische Stellung von Insolvenzverwalter und Treuhänder.¹³⁾

Dass man die **Anfechtungsbefugnis des Treuhänders** demgemäß **systemkonform erklären** kann,¹⁴⁾ än-

7) OGH 2 Ob 243/05 g ZIK 2006, 25; 3 Ob 184/11 x ÖBA 2012, 545 (*Bollenberger*); RIS-Justiz RS0064543 [T 1]; *König*, Die Anfechtung nach der KO⁴ (2009) Rz 18/15; *Nunner-Krautgasser*, Haftungsverwirklichung im Konkurs und praktische Folgen, in *Konecny*, Insolvenzf-Forum 2006 (2007) 125 (148 f).

8) So zB *Ehrenzweig*, Kommentar zur Anfechtungsordnung und zu den Anfechtungsnormen der Konkursordnung (1916) 344; *König*, Anfechtung⁵ Rz 15/37; *Koziol/Bollenberger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht I⁶ (2000) § 27 KO Rz 56; *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 379; ausführlich zum Meinungsstand OGH 17 Ob 6/19 k.

9) Für einen groben Überblick über die Arten der Treuhänderüberwachung *Trenker*, Treuhänderüberwachung der Sanierungsplanerfüllung (2017) 9 f.

10) Dazu ausf *Trenker*, Treuhänderüberwachung 1 ff.

11) *Riel*, Zur Anfechtung im Sanierungsverfahren, ZIK 2010, 131 (133).

12) 3 Ob 30/14 d.

13) Zum Ganzen *Trenker*, Treuhänderüberwachung 11 ff, 65.

14) So schon *Nunner-Krautgasser*, ÖBA 2014, 859 (861) (Anm).

dert allerdings nichts daran, dass gerade ihr Sondercharakter, nämlich ihre Qualifikation als originärer Anspruch, ausschließlich im Interesse des Gläubigerkollektivs, außerhalb des institutionellen Rahmens eines Insolvenzverfahrens, spezifische Probleme aufwirft.

2. „Betrachtung“ im Sanierungsplan

a) Notwendigkeit der Berücksichtigung im Sanierungsplan

Zunächst ist der Treuhänder anders als der Insolvenzverwalter nicht umfassender „Verwalter der Masse“ und deshalb nicht „automatisch“ anfechtungsbefugt, sondern es muss dies im Sanierungsplan besonders vorgesehen sein. Wird der Anfechtungsanspruch im Sanierungsplan „vergessen“, ist er verloren (der Schuldner selbst kann ja keinesfalls die nur gegenüber den Gläubigern herbeizuführende Unwirksamkeit [§ 27 IO] geltend machen).¹⁵⁾ Selbst ein bereits anhängiger Prozess kann nicht mehr erfolgreich weitergeführt werden, sondern ist analog § 460 Z 8 ZPO mit – nach hA deklaratorischem – Beschluss als „erledigt anzusehen“;¹⁶⁾ das gilt sogar dann, wenn bereits ein noch nicht rechtskräftiges Urteil erlassen wurde.¹⁷⁾

Aus der Notwendigkeit der Betrachtung eines Treuhänders in § 157 i Abs 1 IO lässt sich mE ferner ein dahingehender Umkehrschluss ziehen, dass eine **Betrachtung** des bisherigen Insolvenzverwalters – in dieser Funktion – oder gar eines gewöhnlichen Beauftragten mit der (Weiter-)Führung von Anfechtungsprozessen **außerhalb des Sanierungsplans nicht möglich** ist.¹⁸⁾ Endet das Insolvenzverfahren durch Bestätigung des Sanierungsplans (§ 152 b Abs 2 IO), muss darin ein Treuhänder bestellt werden, um Anfechtungsansprüche (weiter) zu verfolgen. Das sollte keine praktischen Schwierigkeiten bereiten, weil sich die Tätigkeit eines Treuhänders ja nach zutreffender hM auch auf die **Geltendmachung eines einzigen Anfechtungsanspruchs** beschränken darf.¹⁹⁾ Die Gegenansicht von *Wöber*²⁰⁾ ist weder mit Wortlaut und Entstehungsgeschichte der Norm noch mit der gesetzlichen Systematik, geschweige denn mit praktischen Bedürfnissen vereinbar.²¹⁾ Auch können die unterschiedlichen Modelle der Treuhänderüberwachung bei Bedarf kombiniert werden, sodass theoretisch ein Treuhänder hinsichtlich des gesamten Schuldnervermögens zur bloßen Überwachung und gleichzeitig hinsichtlich eines einzigen Anfechtungsanspruchs zur Verwertung eingesetzt werden kann.²²⁾

Muss der jeweilige Anfechtungsanspruch also in den Sanierungsplan aufgenommen werden, liegt die praktische Frage nahe, wie der **Anspruch** darin **identifiziert** werden kann/muss. Dem Gesetzeswortlaut von § 157 i Abs 1 Satz 2 IO lässt sich bloß entnehmen, dass der Anspruch bestimmt bezeichnet werden muss. Bei anhängigen Anfechtungsansprüchen (übrigens ist die Möglichkeit der Geltendmachung nach Abschluss eines Insolvenzplans in Deutschland gem § 259 Abs 3 dInsO sogar auf solche Ansprüche beschränkt)²³⁾ ist dem einfach Genüge getan: Ein Verweis auf die Geschäftszahl genügt.²⁴⁾ Auch auf ein außergerichtliches Anspruchsschreiben kann man sich insoweit beziehen.²⁵⁾ Im Übrigen sollte der anspruchsbegründende Sachverhalt mE grob spezifiziert werden; ideal wäre die Angabe der anfechtbaren

Handlung (optimalerweise mit Datum) und die Nennung des Anfechtungsgegners.²⁶⁾ Die Praxis begnügt sich für Ersteres – soweit dies Stichproben über den in der Ediktsdatei veröffentlichten Sanierungsplaninhalt generell zu § 157 i Abs 1 IO zeigen – allerdings zumeist mit der Angabe der Art des Anspruchs (Anfechtung, GF-Haftung, Gewährleistung usw). Der Anspruchsschuldner ist hingegen stets erwähnt²⁷⁾ – seine Angabe ist auch in der Tat unerlässlich. Eine nähere Spezifikation findet man freilich in einem Sanierungsplan vor dem LG Innsbruck, wenn darin auf eine Auflistung von Anfechtungsansprüchen in einem unterfertigten Anhang zum Protokoll verwiesen wird,²⁸⁾ oder einem Sanierungsplan vor dem LG Linz, wo auf gewisse Punkte eines eingeholten Gutachtens Bezug genommen wird.²⁹⁾

Eine Spezialfrage zur Identifikation des Anfechtungsanspruchs ist schließlich, ob es als „bestimmte“ Bezeichnung des jeweiligen Anfechtungsanspruchs auch genügt, „**alle Anfechtungsansprüche**“ zu nennen, um damit sogar bislang unbekannte Anfechtungsansprüche einzubeziehen. Ein praktisches Bedürfnis dafür ist gerade in schnell abzuwickelnden „Großsanierungsverfahren“, in denen keine Zeit bleibt, das gesamte „Anfechtungspotenzial“ zu sichten, zweifellos gegeben. Die „*eigenthümliche Bedeutung*“ (§ 6 ABGB) der Worte „*bestimmt zu bezeichnenden Ansprüchen*“ spricht zweifellos gegen diese Möglichkeit. Fragt man andererseits nach dem Zweck der Vorschrift, so besteht dieser allein darin, eine gesicherte Zuordnung zur Kompetenz des Treuhänders zu gewährleisten. Vor diesem Hintergrund wäre mE auch ein solches „Sicherheitsnetz“³⁰⁾ zulässig.³¹⁾ Auch schutzwürdige Interessen potenzieller

15) Zur mangelnden Möglichkeit einer Nachtragsverteilung unten D.2.

16) OGH 3 Ob 184/11 x im Anschluss an *König*, Anfechtung⁵ Rz 21/7; ebenso OGH 3 Ob 30/14 d; *Scherbaum*, Treuhändersanierungsplan und Anfechtung, in *Jaufer/Nunner-Krautgasser/Schummer*, Stellung der Gläubiger im Insolvenzverfahren (2015) 65 (72).

17) *König*, Anfechtung⁵ Rz 21/7.

18) *Trenker*, Treuhänderüberwachung 121; abw *König*, Anfechtung⁵ Rz 21/6; wie hier auch hinsichtlich der – unzulässigen – Geltendmachung im Wege einer Nachtragsverteilung OGH 3 Ob 30/14 d.

19) Ganz hM, zB *Jelinek/Scherbaum*, Unbefristete Durchsetzung von Anfechtungs- und Schadenersatzansprüchen durch Verwertungstreuhänder, ZIK 2013, 49; *König*, Anfechtung⁵ Rz 19/8; *Nunner-Krautgasser*, ÖBA 2014, 859 (861) (Anm); *Riel*, ZIK 2010, 131 (133); *Riel*, Verfahrensrechtliche Fragen beim Treuhändersanierungsplan, ÖBA 2015, 880 (884); *Trenker*, Treuhänderüberwachung 118 f mwN; bedauerlicherweise offenlassend OGH 3 Ob 30/14 d.

20) *Wöber* in *Dallinger/Wöber*, Sanierungskredit und Anfechtung, in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2011 (2012) 33 (50 ff); krit auch *Wöber* in *Lichtkoppler/Reisch*, Unternehmenssanierung² Rz 7.36.

21) Ausf gegen diesen *Trenker*, Treuhänderüberwachung 118 f.

22) Vgl *Trenker*, Treuhänderüberwachung 96 ff.

23) *Piekenbrock* in *Jaeger/Henckel/Gerhardt*, Insolvenzordnung – Großkommentar VII (2019) § 259 InsO Rz 28 f.

24) HG Wien 6 S 114/16 f; LG Innsbruck 19 S 84/16 z, wobei darin zusätzlich noch Prozessgegner und Forderungsbetrag angeführt wurden.

25) LG Innsbruck 7 S 13/18 y.

26) *Riel*, ZIK 2010, 131 (133).

27) LG St. Pölten 14 S 68/18 t; LG Krems an der Donau 9 S 2/18 v; LGZ Graz 40 S 7/12 w (nicht bestätigt); spezifischer LGZ Graz 25 S 10/18 k. In LGZ Graz 26 S 117/18 b ist dagegen überhaupt nur von Forderungsansprüchen gegenüber dem früheren Geschäftsführer die Rede.

28) LG Innsbruck 19 S 7/16 a.

29) LG Linz 17 S 121/17 v.

30) Der Begriff stammt von *Riel*, ÖBA 2015, 880 (884).

31) *Trenker*, Treuhänderüberwachung 78 f. Tendenziell idS wohl auch LGZ Graz 25 S 10/18 k: „[...] allfällige Ansprüche der Schuldnerin gegen ihre aktuellen oder ehemaligen Geschäftsführer, Gesellschafter (oder diesen gleichgestellten Dritten) oder sonstige Dritte, insb

Anfechtungsgegner würden dadurch nicht verletzt, müssen sie doch wissen, dass in „allen Anfechtungsansprüchen“ auch der sie betreffende enthalten ist. *Riel*,³²⁾ der diese Idee als Erster ins Spiel brachte, hat sich über die Zulässigkeit jedoch nicht abschließend festgelegt, *König* hat sie hingegen – wenngleich bislang noch unveröffentlicht – explizit verneint. In praxi empfiehlt sich wegen dieser Uneinigkeit im Schrifttum, bereits bekannte Anfechtungsansprüche unbedingt gesondert zu erwähnen und allenfalls zusätzlich eine solche „Generalklausel“ aufzunehmen.

b) Nichtberücksichtigung im Sanierungsplan als Versagungsgrund?

Anfechtungsansprüche müssen also grundsätzlich im Sanierungsplan berücksichtigt sein, damit sie durchgesetzt werden können. Eine andere Frage ist, ob ein **Anfechtungsanspruch** auch in den **Sanierungsplan aufgenommen** werden muss, damit dieser **bestätigt** werden kann. Namentlich *König*³³⁾ ist hierfür mit der grundsätzlich sehr plausiblen Überlegung eingetreten, dass den Gläubigern ja weniger als möglich angeboten würde, wenn ein – hinsichtlich Bestand und Durchsetzbarkeit – aussichtsreicher Anfechtungsanspruch nicht im Sanierungsplan berücksichtigt wird. Der von ihm herangezogene Versagungsgrund des § 154 Z 2 IO ist mE aber nicht unbedingt einschlägig.³⁴⁾ Solange der Sanierungsplanvorschlag nämlich voraussichtlich keine (spürbar) geringere,³⁵⁾ jedenfalls aber wenn er eine höhere³⁶⁾ Quote als eine hypothetische konkursmäßige Abwicklung bringt, widerspricht er nach der herrschenden Auslegung von § 154 Z 2 IO nicht den gemeinsamen Interessen der Gläubiger. Ein übergangener Anfechtungsanspruch rechtfertigt eine Versagung nach § 154 Z 2 IO folglich nur, wenn gerade wegen der Anfechtung im Rahmen eines Verwertungskonkurses eine gleich hohe oder – nach aA – spürbar höhere Quote zu erwarten wäre.

Bei extensiver Interpretation lässt sich mE aber darüber hinaus argumentieren, dass die im Sanierungsplan gewährten Begünstigungen ohne Einbeziehung eines aussichtsreichen Anfechtungsanspruchs in Widerspruch zu den Verhältnissen des Schuldners stehen können. Dem Vorschlag **kann** (gebundenes Ermessen!) daher gem **§ 154 Z 1 IO** die Bestätigung versagt werden, wenn aussichtsreiche Anfechtungsansprüche fehlen, insb die Weiterverfolgung eines schon anhängigen Prozesses nicht vorgesehen ist. Freilich ist auch das – nach im Ergebnis wohl hA – nur der Fall, wenn durch Aufnahme des Anfechtungsanspruchs eine **wesentliche Erhöhung der Quote** zu erwarten wäre.³⁷⁾ Als Faustregel zur Beurteilung der Wesentlichkeit dürfte auf Basis einer Prognoserechnung³⁸⁾ zumindest eine voraussichtliche Erhöhung im Prozentbereich erforderlich sein. Dabei gilt jedoch erstens: Je höher die angebotene Quote ist, desto höher müsste auch die durch die Anfechtung zu erwartende Erhöhung sein, damit der Versagungsgrund des § 154 Z 1 IO erfüllt ist. Zweitens tun die Gerichte wohl gut daran, im Rahmen ihres insoweit gegebenen Ermessens zurückhaltend zu agieren und die Entscheidung der Gläubiger im Zweifel zu respektieren.³⁹⁾ Zu weit ginge es aber, diesen Versagungsgrund gerade auch im vorliegenden Kontext unter Hinweis

auf die Gläubigerautonomie gänzlich außen vor zu lassen, wie dies in der Praxis dem Vernehmen nach bisweilen geschieht. Denn dadurch würde die Funktion der gerichtlichen Bestätigung als Instrument des Minderheitenschutzes⁴⁰⁾ missachtet.

c) Vorsorge für Prozesskosten

Die gerichtliche Durchsetzung von Anfechtungsansprüchen kann erhebliche finanzielle Mittel erfordern, und zwar nicht nur bei Prozessverlust, sondern bereits bei Klageeinbringung (Pauschalgebühr) und erst recht, wenn ein Sachverständigengutachten notwendig wird, etwa zur Feststellung des Zeitpunkts der materiellen Insolvenz. Das Problem dabei: Anders als während aufrechten Insolvenzverfahrens **ist keineswegs gewährleistet**, dass der **Treuhänder über** irgendein, geschweige denn über hinreichendes **Vermögen verfügt**. Das wirft einerseits die Frage auf, wie er selbst den Prozess (vor-)finanzieren soll, andererseits wer für den potenziellen Prozesskostenersatzanspruch des Gegners aufkommt.

Die Antwort auf die erste Frage, nämlich die „**Vorfinanzierung**“ der Kosten des Anfechtungsprozesses, ist prinzipiell **Sache der Verhandlungen** rund um den Sanierungsplan; allenfalls könnte eine unzureichende Finanzierung den designierten Treuhänder einmal dazu bewegen, die Übernahme der Tätigkeit gem § 157 b Abs 5 IO abzulehnen. Ferner könnte das Gericht die Bestätigung des Sanierungsplans wohl (theoretisch) gem § 154 Z 1 IO versagen, wenn und weil die Durchsetzung des – aussichtsreichen und erheblichen – Anspruchs mangels Finanzierungsvorsorge ausgeschlossen erscheint.⁴¹⁾ Denn diesfalls ist wie im soeben besprochenen Szenario (oben C.2.b.) zu verfahren, in dem der Anspruch gar nicht in den Sanierungsplan aufgenommen worden ist.

Weitere gesetzliche Rahmenbedingungen gibt es jedoch nicht, sodass der Ball bei der **Praxis** liegt. Wiederrum sollen einige Beispiele aus der Ediktsdatei zeigen, wie sie mit diesem Problem umgeht: Im Sprengel des LGZ Graz behilft man sich insofern beispielsweise durch eine bereits aus sonstigen Mitteln sichergestellte oder durch Bankgarantie abrufbare Kautions in Höhe von € 50.000,-⁴²⁾ oder € 100.000,-.⁴³⁾ Deutlich be-

aus Verstößen gegen das GmbHG, soweit der anspruchsbegründende Sachverhalt vor Insolvenzeröffnung liegt“.

32) ÖBA 2015, 880 (884).
 33) Anfechtung⁵ Rz 19/5; *König*, Insolvenzanfechtung im Sanierungsverfahren, ZfK 2012, 11.
 34) *Trenker*, Treuhänderüberwachung 122f mwN.
 35) Dafür OLG Wien 28 R 223/10k ZfK 2011, 47; *Mohr* in *Konecny/Schubert*, Kommentar zu den Insolvenzgesetzen (36. Lfg; 2009) § 154 KO Rz 6; *Murko*, Aktuelles zur Anfechtung im Sanierungsverfahren, in *Nunner-Krautgasser/Kapp/Clavara*, Insolvenz- und Sanierungsrecht – Jahrbuch 2014 (2014) 189 (195).
 36) IdS OGH 5 Ob 310/78; 8 Ob 4/91.
 37) Wohl IdS zB OLG Graz 3 R 166/14 b; *Murko* in *Nunner-Krautgasser/Kapp/Clavara*, Jahrbuch 2014, 189 (195 f); *Riel*, ÖBA 2015, 880 (885 f).
 38) Darin sind auch der voraussichtliche Prozessersatz und die voraussichtliche Einbringlichkeit einzubeziehen.
 39) *Trenker*, Treuhänderüberwachung 122f; vgl allgemein *Schumacher*, Soll die Versagung des Sanierungsplans im richterlichen Ermessen liegen? in *Konecny*, ZfK-Spezial – Insolvenzrecht und Kreditschutz 2015 (2015) 214 (insb 224).
 40) Dazu mwN *Trenker*, Treuhänderüberwachung 5.
 41) IdS auch *Riel*, ÖBA 2015, 880 (886).
 42) LGZ Graz 26 S 117/18 b.
 43) LGZ Graz 40 S 7/12 w (nicht bestätigt).

scheidener agiert man beim LG Innsbruck, wo offenbar sogar ein Kostenvorschuss – hier seitens des Schuldners – in Höhe von € 5.000,- für ausreichend erachtet wird; allerdings ging es dabei nicht um streitige Anfechtungsansprüche.⁴⁴⁾ In einem Sanierungsplan vor dem LG Krems an der Donau verpflichtete sich der Schuldner zu einem Kostenvorschuss im erforderlichen Ausmaß ohne betragliche Begrenzung; jedoch wurde ihm die vorzugsweise Rückerstattung im Fall der Einbringlichkeit des Anfechtungsanspruchs zugesagt.⁴⁵⁾ In einem Sanierungsplan vor dem HG Wien verpflichtete sich der Schuldner zur Übergabe des Realisats aus einer Lebensversicherung sowie eines bereits vom Masseverwalter lukrierten Erlöses von € 12.000,- für die Prozessführung.⁴⁶⁾ Beim LG Feldkirch findet man als interessante Alternative die Erklärung eines Dritten zur Schad- und Klagloshaltung auch des Prozessgegners.⁴⁷⁾ Bei anderen Treuhänderüberwachungen, bei denen das gesamte Vermögen⁴⁸⁾ oder zumindest wesentliche Assets⁴⁹⁾ übertragen wurden, findet man dagegen zwar gar keine Regel. Das ist aber deshalb unproblematisch, weil außer Frage steht, dass der Treuhänder in derartigen Konstellationen die sonst lukrierten Mittel primär zur Finanzierung der Prozesskosten für einzutreibende Ansprüche verwenden kann und muss.

Die Stichproben des Verfassers haben letztlich nur *einen* Sanierungsplan zu Tage gebracht, aus dessen veröffentlichtem Inhalt überhaupt nicht ersichtlich war, wie der zu führende Prozess finanziert werden sollte.⁵⁰⁾ In solchen Fällen sowie generell immer, wenn sich im Nachhinein die **Unzulänglichkeit des „Kostenvorschusses“** herausstellt, ist der Treuhänder wohl grundsätzlich auf eine – im Einzelfall keineswegs einfach erhältliche – **Prozesskostenfinanzierung** angewiesen, wenn der Schuldner nicht freiwillig „nachschießt“. Verfahrenshilfe ist mE jedenfalls bei Anfechtungsansprüchen⁵¹⁾ ausgeschlossen, solange die Sanierungsplangläubiger oder der Schuldner selbst – wovon beim Anbot einer Mindestquote von 20% auszugehen ist – oder die Sanierungsplangläubiger als „wirtschaftlich Beteiligte“ iSd § 63 ZPO über hinreichende Mittel verfügen; alternativ kommt nunmehr freilich ein Verkauf des Anfechtungsanspruchs in Betracht (unten E.).

Dogmatisch problematischer ist das Szenario unzureichender Kostenausstattung für den potenziellen **Kostenersatzanspruch des Prozessgegners**; denn insoweit käme eine mangelnde Regelung im Sanierungsplan auf den ersten Blick ja geradezu einem Vertrag zulasten Dritter gleich. Das dürfte auch der OGH so sehen, wenn er in 3 Ob 30/14 d obiter meint, „*das Insolvenzgericht [habe] im Sanierungsplan auch zu regeln [...], wie im Fall des Prozessverlusts die Mittel zur Abdeckung der Kosten aufgebracht werden*“.

Bei näherer Betrachtung ist jedoch auch hierfür eine Regelung im Sanierungsplan nicht zwingend erforderlich. Zunächst schießt die Formulierung des OGH hinsichtlich der Wendung „hat [...] zu regeln“ über das Ziel hinaus. Denn das Insolvenzgericht kann dem Schuldner zwar informell durch die Möglichkeit der Versagung der Bestätigung die „Rute ins Fenster“ halten und so indirekt auf den Sanierungsplaninhalt einwirken; es kann diesen aber unter keinen Umständen

selbst festlegen.⁵²⁾ Außerdem sprach der vom OGH zitierte *König*⁵³⁾ zwar ursprünglich davon, dass eine solche Regelung „festzuhalten sein wird“; in seinem Handbuch⁵⁴⁾ ist jedoch nur noch davon die Rede, dass es sich empfehle, Derartiges festzuhalten.

Nur Letzteres ist mE zutreffend und **nicht einmal davon auszugehen, dass eine fehlende Regelung der Kostentragung** oder eine der Höhe nach **unzureichende Vorkehrung** einen **Versagungsgrund** für die Sanierungsplanbestätigung bildet. Denn erstens ist schlicht keiner der gesetzlichen Versagungsgründe wirklich einschlägig; zweitens bedarf es schon deshalb keiner zwingenden Kostenregelung, weil für die Prozesskosten neben dem Treuhänder mit dem übergebenen Vermögen ohnehin der Schuldner mit seinem sonstigen Vermögen haftet. Das hat bereits *Riel*⁵⁵⁾ aufgezeigt, den der 3. Senat gerade an der entscheidenden Stelle, also wohl billigend, zitiert.

Diese **Haftung des Schuldners für die Prozesskosten** folgt zwar nicht einfach aus dem Umstand der Rechtskrafterstreckung gem § 157 h Abs 1 IO, weil nicht jede Rechtskrafterstreckung zwingend zum Prozesskostenersatz des hiervon Erfassten führt (man denke nur an sämtliche Insolvenzgläubiger, auf die zwar gem § 112 Abs 1 IO die Rechtskraft der Entscheidung über einen vom Insolvenzverwalter geführten Prüfungsprozess erstreckt wird, die aber mE keine Kostenersatzpflicht trifft, wenn sie nicht selbst Partei des Prüfungsprozesses sind). Jedoch ist es dem – bedauerlicherweise im Gesetz höchstens in Ansätzen geregelten⁵⁶⁾ – Haftungskonzept der Treuhänderüberwachung immanent, dass der Schuldner für vom Treuhänder begründete Verbindlichkeiten („Überwachungsverbindlichkeiten“)⁵⁷⁾ auch mit seinem „treuhänderfreien“ Vermögen einzustehen hat. Zusätzlich **haftet** wie gezeigt auch der **Treuhänder mit dem ihm übergebenen Vermögen**, egal ob es dafür im Sanierungsplan „gewidmet“ wurde.⁵⁸⁾ Dass der Prozesskostenersatz eines Anfechtungsgegners trotz Kumulation aus der Haftung des Schuldners und des Treuhänders mit dem übergebenen Vermögen im Einzelfall nicht einbringlich sein kann, ist zwar unbestreitbar; es handelt sich aber um ein Risiko,

44) LG Innsbruck 7 S 13/18y; 19 S 7/16a; lediglich € 1.000,- waren zu 19 S 84/16z vorgesehen, allerdings für einen bereits anhängigen Prozess.

45) LG Krems an der Donau 9 S 2/18 v.

46) HG Wien 6 S 114/16 f.

47) LG Feldkirch 14 S 26/17 m.

48) LG Linz 17 S 121/17 v.

49) LGZ Graz 25 S 10/18 k.

50) LG St. Pölten 14 S 68/18 t.

51) Zur gebotenen Differenzierung hinsichtlich der Einbeziehung der Insolvenzgläubiger in den Kreis der wirtschaftlich Beteiligten iSd § 63 Abs 2 ZPO vgl *Trenker*, Verfahrenshilfe für die Insolvenzmasse unter besonderer Berücksichtigung von Art 6 MRK, Art 47 Abs 3 GRC, ZIK 2014, 13 (15 ff).

52) Ausf *Trenker*, Treuhänderüberwachung 129 f.

53) Änderungen im Anfechtungsrecht, in *Konecny*, ZIK-Spezial IRÄG 2010 (2010) 79 (90).

54) *König*, Anfechtung⁹ Rz 19/11.

55) ZIK 2010, 131 (133); *Riel*, ÖBA 2015, 880 (884 FN 77); ebenso *Scherbaum* in *Jaufer/Nunner-Krautgasser/Schummer*, Gläubiger 65 (69), wobei er dies möglicherweise nur dann bejaht, wenn keine Vereinbarung im Sanierungsplan getroffen wurde, was mE eine unzutreffende Einschränkung wäre.

56) *Trenker*, Treuhänderüberwachung 163.

57) Zur Zweckmäßigkeit dieses Begriffs *Trenker*, Treuhänderüberwachung 175.

58) Hierzu ausf *Trenker*, Treuhänderüberwachung 163 ff.

das letztlich jede Partei eines Zivilprozesses treffen kann. Es rechtfertigt folglich auch nicht die Annahme eines „ungeschriebenen Versagungsgrunds“.

3. Geltendmachung des Anfechtungsanspruchs

a) Klageweise Geltendmachung binnen Jahresfrist

Für die Geltendmachung des Anfechtungsanspruchs gilt auch für den Treuhänder § 43 IO. Der Anspruch ist folglich grundsätzlich mit **Klage** binnen **Jahresfrist** geltend zu machen. An der Maßgeblichkeit der Präklusivfrist des § 43 Abs 2 IO ist aufgrund ihres telos, nämlich der Gewährleistung unbedingter Verkehrssicherheit zugunsten potenzieller Anfechtungsgegner, nicht zu rütteln. Aus dieser Erwägung folgt zudem, dass die Frist wie sonst ab **Insolvenzeröffnung** (!) und nicht etwa erst ab Bestätigung des Sanierungsplans beginnt. Das gilt übrigens in allen Fällen der Anfechtung nach Beendigung des Insolvenzverfahrens (s noch D.1.b.).

b) Einredeweise Geltendmachung

Größere Schwierigkeiten bereitet die Möglichkeit der Einrede gem § 43 Abs 1 Fall 2 IO durch den Treuhänder. Stellt sich der Bedarf für eine Einrede nämlich in einem Rechtsstreit, der prinzipiell das nicht übergebene Vermögen betrifft und folglich richtigerweise vom Schuldner geführt wird,⁵⁹ fragt sich, wer zur einredeweisen Geltendmachung der Anfechtung legitimiert ist. Denn einerseits kann nur der Treuhänder die Anfechtung als originären Anspruch der Masse im Gläubigerinteresse geltend machen, andererseits ist er aber nicht einmal Partei des betreffenden Prozesses. Auf das Problem der solchermaßen „gespaltenen Passivlegitimation“ hat *König*⁶⁰ für das Sanierungsverfahren mit Eigenverwaltung schon vor längerem hingewiesen. Dort hat *Riel*⁶¹ die praktische Brisanz des Problems allerdings mit dem Hinweis entschärft, dass für die wichtigsten Prozesse (Meistbotsverteilungsverfahren und Prüfungsprozesse) ohnehin der Sanierungsverwalter prozessführungsbefugt ist.

Bei der Treuhänderüberwachung liegen die Dinge indessen etwas anders, weil dem Prüfungsprozess funktional entsprechende Verfahren hier auch gegen den Schuldner geführt werden können.⁶² Andererseits ist der Anwendungsbereich wohl insoweit enger, als gerade „einredeweise“ geltend zu machende Anfechtungsansprüche häufig nicht im Sanierungsplan erwähnt worden sein dürften; ohne Aufnahme in den Sanierungsplan können sie nämlich – lege non distinguente – auch nicht „verteidigungsweise“ ausgeübt werden (übrigens ein weiteres, zumindest praktisches Argument für die Zulässigkeit der Betrauung des Treuhänders mit „allen Anfechtungsansprüchen“ [oben C.2.a.]). Sollte es dennoch im Einzelfall dazu kommen, dass in einem vom Schuldner geführten Prozess der streitgegenständlichen Forderung die im Sanierungsplan erwähnte Anfechtbarkeit eingewendet werden könnte, müssen hierfür mE **Schuldner und Treuhänder zusammenwirken**.⁶³ Eine urkundlich nachweisbare Genehmigung der Einrede durch den Treuhänder sollte dementsprechend genügen, damit der Schuldner sich entsprechend „verteidigen“ kann.⁶⁴

c) Dispositionen über den Streitgegenstand

Einen (angriffsweisen) Anfechtungsprozess kann der **Treuhänder** grundsätzlich **ohne Einschränkungen seiner Dispositionsbefugnis** führen. Er muss grundsätzlich dem Insolvenzgericht nicht einmal einen beabsichtigten Vergleich mitteilen: § 116 Abs 1 Z 1 IO gilt bei der Treuhänderüberwachung – wie generell §§ 116, 117 IO – nicht.⁶⁵ Im Sanierungsplanvorschlag können aber vergleichbare Einschränkungen vorgesehen werden⁶⁶ und wird dies auch praktisch bisweilen so gehandhabt, etwa in Form einer Abstimmungspflicht mit dem Insolvenzgericht für „Dispositiventscheidungen“.⁶⁷

d) Höchstdauer des Anfechtungsprozesses

Die Zahlungsfrist für die Treuhänderüberwachung mit Vermögensübergabe ist gem **§ 157 i Abs 2 IO** auf eine Frist von zwei Jahren beschränkt. Die Frist kann jedoch im gemeinsamen Interesse der Sanierungsplan-gläubiger erstreckt werden, maximal um drei Jahre. Die sich daraus ergebende **Höchstdauer von fünf Jahren** gilt nach der gesetzlichen Systematik prinzipiell auch für die gerichtliche Geltendmachung von Anfechtungsansprüchen und sonstigen Forderungen. Dass fünf Jahre – trotz sorgfältiger Betreuung seitens des Treuhänders – im Einzelfall zu kurz sein können, um ein Erkenntnisverfahren abzuschließen und den Anspruch ggf sogar noch exekutiv zu betreiben, wurde im Schrifttum früh erkannt.⁶⁸ Die ganz hM,⁶⁹ freilich mit einer gewichtigen Gegenstimme,⁷⁰ tritt deshalb dafür ein, diese **zeitliche Begrenzung nicht anzuwenden**, wenn der **Treuhänder den Anspruch – vereinfaht gesagt – ordnungsgemäß betreibt**.⁷¹

Dem ist mE zuzustimmen. Methodische Grundlage ist eine **teleologische Reduktion** von **§ 157 i Abs 2 IO** im Falle der sorgsamten Betreuung des Anspruchs, wobei die Anforderungen an eine „gehörige Fortsetzung“ iSd § 1497 ABGB ein guter Orientierungsmaßstab zur

59) Dazu *Trenker*, Treuhänderüberwachung 159ff mwN.

60) In *Konecny*, IRÄG 2010, 79 (90); *König*, Anfechtung⁵ Rz 19/3.

61) ZIK 2010, 131 (132 FN 6); *Riel* in *Konecny*, Insolvenzgesetze (60. Lfg; 2018) §§ 171, 172 IO Rz 21.

62) Vgl nur *Trenker*, Treuhänderüberwachung 191ff.

63) *Trenker*, Treuhänderüberwachung 125; zust *Riel* in *Konecny*, Insolvenzgesetze §§ 171, 172 IO Rz 21; offenbar für eine Befugnis des Schuldners, die Einrede auch ohne Mitwirkung des Treuhänders zu erheben, *Scherbaum* in *Jaufer/Nunner-Krautgasser/Schummer*, Gläubiger 65 (72).

64) *Trenker*, Treuhänderüberwachung 125; erwägend bereits *König*, Anfechtung⁵ Rz 19/3.

65) *Mohr*, Der Treuhändersanierungsplan, ZIK 2014, 52 (54); *Riel*, ÖBA 2015, 880 (881, 886); *Schumacher*, Der Liquidationssanierungsplan, ZIK 2014, 57 (58); *Trenker*, Treuhänderüberwachung 100.

66) Vgl zB *König* in *Konecny*, IRÄG 2010, 79 (90); *König*, Anfechtung⁵ Rz 19/11; *Murko* in *Nunner-Krautgasser/Kapp/Clavora*, Jahrbuch 2014, 189 (197).

67) LG Feldkirch 14 S 26/17 m: „Allenfalls erforderlich werdende Dispositiventscheidungen hat der Treuhänder mit dem Insolvenzgericht zu treffen.“

68) *Mohr*, Der Sanierungsplan, in *Konecny*, IRÄG 2010, 117 (129ff).

69) OLG Graz 3 R 105/16k (unveröffentlicht); *Jelinek/Scherbaum*, ZIK 2013, 49 (51); *König*, ZIK 2012, 11 (12); *König*, Anfechtung⁵ Rz 19/15; *Mohr* in *Konecny*, IRÄG 2010, 117 (130); *Mohr*, Sanierungsplan und Sanierungsverfahren (2010) Rz 383; *Scherbaum* in *Jaufer/Nunner-Krautgasser/Schummer*, Gläubiger 65 (73f); *Schumacher*, ZIK 2014, 57; *Trenker*, Treuhänderüberwachung 139ff; wohl nur *de lege ferenda* M. *Schmidt*, Praktische und rechtliche Fragen der Treuhandschaft nach einem Sanierungsplan, in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2012 (2013) 89 (102).

70) *Riel*, ZIK 2010, 131 (133f); *Riel*, ÖBA 2015, 880 (888).

71) Zum Folgenden ausf *Trenker*, Treuhänderüberwachung 139ff.

Beurteilung der Sorgsamkeit sind. Die für diese Rechtsfortbildung notwendige planwidrige Lücke ist schon deshalb gegeben, weil dem Gesetzgeber nicht zu unterstellen ist, § 157i Abs 2 IO in einer Konstellation angewendet wissen zu wollen, in der die zeitliche Begrenzung den Gläubigerinteressen schaden würde, dem Treuhänder kein (haftungsbegründender) Vorwurf zu machen ist und einziger Nutznießer der insoweit in keiner Weise schutzwürdige Anfechtungsgegner wäre, der vielleicht sogar noch für Prozessverschleppung belohnt würde. Aus dem Umstand, dass sich jede teleologische Reduktion auf das absolut erforderliche Ausmaß beschränken muss, um die gegebene Lücke zu schließen, folgt allerdings mE – entgegen wohl überwiegender Lehre⁷²⁾ – die Notwendigkeit, das Prozedere von § 157i Abs 2 IO einzuhalten.⁷³⁾ Es bedarf also eines **rechtzeitigen Verlängerungsbeschlusses des Insolvenzgerichts**, nur die zulässige Höchstfrist dafür ist teleologisch zu reduzieren. Im Ergebnis muss das Insolvenzgericht bei dieser Beschlussfassung somit nicht nur prüfen, ob die Weiterverfolgung dem „*überwiegenden Interesse der Beteiligten entspricht*“ (§ 157i Abs 2 Satz 2 IO), sondern auch, ob die bisherige Betreibung seitens des Treuhänders sorgsam war und eine teleologische Reduktion daher gerechtfertigt ist. Der Anfechtungsgegner ist gegen diesen Beschluss nach Ansicht des OLG Graz⁷⁴⁾ übrigens grundsätzlich nicht rekurslegitimiert.

4. Verwendung des Anfechtungserlöses

Schließlich ist zu klären, wie der Treuhänder einen allfälligen Erlös aus dem Anfechtungsprozess – abgesehen vom vorrangigen Abzug seiner Kosten und Entlohnung⁷⁵⁾ – zu verwenden hat. Der Anfechtungsanspruch ist, wie mehrmals betont, nicht einfach wie ein gewöhnlicher Aktivanspruch der Masse zu behandeln: Die Natur der Insolvenzanfechtung als Grundlage eines originären Anspruchs zugunsten der Insolvenzmasse bzw der Insolvenzgläubiger sowie die daraus resultierende Rechtsfolge der bloß relativen Unwirksamklärung gegenüber den Gläubigern (§ 27 IO) **verbietet** es hierzu **anzunehmen**, dass der Erlös aus einer erfolgreichen **Anfechtung unmittelbar dem Schuldner zugutekommt**. Selbst wenn die angebotene Quote bereits erfüllt ist (oder der Treuhänder durch die Erlöse aus der Verwertung des sonstigen übergebenen Vermögens bereits genug Mittel zu ihrer Erfüllung hat), muss der Treuhänder die Quote den Gläubigern als „Superquote“ ausschütten. Ein superfluum (eine hyperocha) zugunsten des Schuldners darf es insoweit nicht geben.⁷⁷⁾

„Zankapfel“ der Lehre ist aber, ob der **Anfechtungserlös** dem Schuldner mittelbar zugutekommen darf, indem er **auf die Sanierungsplanquote angerechnet wird**. Während insb König⁷⁸⁾ dies ablehnt, führt Riel⁷⁹⁾ für die Anrechenbarkeit ins Treffen, dass in der Praxis ja auch während eines Insolvenzverfahrens erzielte Anfechtungserlöse auf die Quote angerechnet werden, etwa in Form einer Barquote. Hält man diese Praxis mit guten Gründen für rechtskonform, müssen die Erlöse folgerichtig auch im Rahmen einer Treuhänderüberwachung anrechenbar sein.⁸⁰⁾ Ob eine Anrechnung aber auch im konkreten Fall zulässig ist, ist eine Frage der Vereinbarung bzw der Aus-

legung des Sanierungsplans. Hier zeigt die Praxis, dass fast ausschließlich Superquoten vereinbart werden (und zwar auch bei der Übergabe „anderer“ Ansprüche).⁸¹⁾ Fehlt eine explizite Vereinbarung aber ausnahmsweise und gibt es auch sonst keine Anhaltspunkte für einen entsprechenden Parteiwillen, darf mE grundsätzlich angerechnet werden.⁸²⁾

Eine Besonderheit im Zusammenhang mit der Verwendung des Anfechtungserlöses besteht schließlich darin, dass die erfolgreiche Anfechtung gem § 41 IO **gegenansprüche des Anfechtungsgegners** auslöst.⁸³⁾ Im „einfachsten“ Fall der Anfechtung einer Befriedigung lebt die Forderung des Anfechtungsgegners gem § 41 Abs 2 Fall 2 IO als Insolvenzforderung wieder auf. Der Treuhänder muss deshalb dem Anfechtungsgegner den aliquoten Anteil der (Super-)Quote ausfolgen, und zwar unabhängig davon, ob der Anfechtungsgegner seine Forderung noch im Insolvenzverfahren als bedingte Insolvenzforderung angemeldet hat.⁸⁴⁾ Sofern sich diese Quote bereits im Erkenntnisverfahren feststellen lässt und ihre Auszahlung schon fällig sein sollte,⁸⁵⁾ kann der Anfechtungsgegner wohl sogar mit dieser Gegenforderung aufrechnen.⁸⁶⁾ Der dem Treuhänder zuzusprechende Betrag wäre also im Ergebnis auf Einwand des Anfechtungsgegners um die „Quote“ des Anfechtungsgegners zu kürzen. Hinsichtlich der mitunter noch komplizierter zu behandelnden Gegenansprüche gem § 41 Abs 1 IO sei an dieser Stelle auf die Ausführungen des Verfassers andernorts verwiesen.⁸⁷⁾

5. Anfechtung durch Treuhänder beim Zahlungsplan

§ 193 Abs 1 Satz 2 IO erklärt die Bestimmungen über den Sanierungsplan für **sinngemäß** anwendbar

72) Jelinek/Scherbaum, ZIK 2013, 49 (51); König, ZIK 2012, 11 (12); König, Anfechtung⁵ Rz 19/15; Scherbaum in Jaeger/Nunner-Krautgasser/Schummer, Gläubiger 65 (75).

73) Mohr, Sanierungsplan Rz 383; näher Trenker, Treuhänderüberwachung 141 ff.

74) 3 R 105/16 k (unveröffentlicht).

75) Riel, ZIK 2010, 131 (134).

76) Bemerkenswerterweise ordnet § 259 Abs 3 Satz 2 dInsO in der BRD an, dass allenfalls weiterzuführende Prozesse mangels anderer Vereinbarung auf Rechnung des Schuldners zu führen sind. Daraus wird geschlossen, dass der Anfechtungserlös offenbar dem Schuldner zufällt (zu Recht krit dazu Piekenbrock in Jaeger/Henckel/Gerhardt, Insolvenzordnung VII § 259 InsO Rz 35 ff).

77) König, ZIK 2012, 11 (12); König, Anfechtung⁵ Rz 19/13; Murko in Nunner-Krautgasser/Kapp/Clavora, Jahrbuch 2014, 189 (196 f); Riel, ZIK 2010, 131 (134); Trenker, Treuhänderüberwachung 123.

78) ZIK 2012, 11 (12 mit FN 21); König, Anfechtung⁵ Rz 9/13 mit FN 25; ebenso Nunner-Krautgasser, ÖBA 2014, 859 (862) (Anm); Wöber in Lichtkoppler/Reisch, Unternehmenssanierung² Rz 7.39.

79) ÖBA 2015, 880 (884); s auch schon Riel, ZIK 2010, 131 (134).

80) Trenker, Treuhänderüberwachung 123; ebenso Murko in Nunner-Krautgasser/Kapp/Clavora, Jahrbuch 2014, 189 (195 ff).

81) Zum Folgenden Trenker, Treuhänderüberwachung 139 ff.

82) Trenker, Treuhänderüberwachung 124; idS bereits Riel, ZIK 2010, 131 (134).

83) Vgl in diesem Kontext nur Riel, ÖBA 2015, 880 (884).

84) Damit wäre das von Hämmerle (Absicherung der Teilnahmeansprüche bei Anfechtung einer Schuldtilgung, ZIK 2011, 213 [214]) aufgezeigte Problem gelöst; vgl hingegen zur „Nachtragsanfechtung“ unten D.4.

85) Vgl Rebernik in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze (24. Lfg; 2006) § 42 KO Rz 3; allgemein OGH 3 Ob 222/59 JBI 1959, 635; 3 Ob 242/74 ÖJZ 1975, 555 (EvBl 248); RIS-Justiz RS0064330.

86) So zur dInsO Piekenbrock in Jaeger/Henckel/Gerhardt, Insolvenzordnung VII § 259 InsO Rz 43.

87) Trenker, Treuhänderüberwachung 126 f.

auf den **Zahlungsplan**. Es ist daher grundsätzlich von der Maßgeblichkeit auch des § 157 i Abs 1 Satz 2 IO bei der Annahme eines Zahlungsplans auszugehen, sofern dem keine spezifischen gesetzlichen Anordnungen oder Wertungen der §§ 193 ff IO entgegenstehen.

Eine solche Wertung könnte prima facie zwar dem Gebot der Verwertung des gesamten schuldnerischen Vermögens vor Abstimmung über den Zahlungsplan gem § 193 Abs 2 IO zu entnehmen sein. Sinn und Zweck des Verwertungsgebots verlangen die Liquidation allfälliger Anfechtungsansprüche vor der Abstimmung über den Zahlungsplan jedoch nicht.⁸⁸⁾ Sehr wohl gebietet das Verwertungsgebot aber, dass der **Anfechtungserlös als Superquote** ausgeschüttet werden muss. Denn nur so wird dem gesetzlichen Konzept Rechnung getragen, wonach die Erlöse aus der Vermögenswertung den Gläubigern in Form einer separaten Sonderzahlung⁸⁹⁾ zugutekommen müssen.⁹⁰⁾

Unterm Strich kann daher gem § 157 i Abs 1 Satz 2 iVm § 193 Abs 1 Satz 2 IO auch bei einem Zahlungsplan ein **Treuhänder** bestellt werden, um **einzelne Ansprüche**, insb **Anfechtungsansprüche** nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens, geltend zu machen.⁹¹⁾ Eine informelle Betrauung des bisherigen Insolvenzverwalters mit der Weiterverfolgung eines bereits anhängigen Anfechtungsanspruchs außerhalb des Zahlungsplans ist jedoch mE nicht (mehr)⁹²⁾ zulässig. Es ist vielmehr grundsätzlich mit § 157 i Abs 1 Satz 2 IO das Auslangen zu finden (für „unentdeckte“ Ansprüche s aber noch D.2.).

D. Anfechtung gem § 138 IO (analog)

1. Grundlage und Voraussetzungen

a) Meinungsstand

Letztere Überlegung leitet zur Frage über, ob es neben der Treuhänderüberwachung überhaupt (noch) andere Möglichkeiten für eine Anfechtung nach Beendigung des Insolvenzverfahrens gibt. Unbestreitbar ist, dass auch in anderen Fällen als dem Abschluss eines Sanierungs- oder Zahlungsplans ein praktisches Bedürfnis besteht, das Insolvenzverfahren zu beenden, bevor sämtliche Anfechtungsansprüche erfolgreich geltend gemacht wurden, die Anfechtungsansprüche dadurch aber selbstverständlich nicht verloren gehen sollen. In der Tat hat die **hM** eine Lösung entwickelt, um diesem Bedürfnis Rechnung zu tragen: Die unmittelbare oder analoge Anwendung der **Regeln über die Nachtragsverteilung** gem § 138 Abs 2 IO oder – im Ergebnis ähnlich – die Annahme einer Teilaufhebung des Insolvenzverfahrens.⁹³⁾ Der Insolvenzverwalter könne demnach nach Insolvenzaufhebung sowohl „neue“, dh bislang unbekannte Anfechtungsansprüche einklagen als auch anhängige Prozesse fortführen. Dafür werden drei Voraussetzungen genannt: Erstens muss dies **wirtschaftlich vertretbar sein**, zweitens der bisherige oder ein neuer **Insolvenzverwalter** damit **betraut werden** und drittens darf die **Jahresfrist des § 43 Abs 2 IO** noch nicht abgelaufen sein.⁹⁴⁾

b) Stellungnahme

Untersucht man die Tragfähigkeit dieser Auffassung, so hat man von vornherein **zwei Konstellationen** auseinanderzuhalten: Zum einen das nachträgliche Bekanntwerden von „neuen“ Anfechtungsansprüchen, zum anderen den Vorbehalt der (Weiter-)Verfolgung bereits bekannter oder gar anhängiger Anfechtungsansprüche im Zuge der Beendigung des Insolvenzverfahrens.

Für erstere Konstellation, also das nachträgliche „Auffinden“ zur Zeit der Insolvenzaufhebung **unbekannter Anfechtungsansprüche**, ist **§ 138 Abs 2 IO** zwanglos fruchtbar zu machen: Es handelt sich um nachträglich ermittelte „Vermögensstücke“ iwS, eine Nachtragsverteilung ist somit sogar kraft unmittelbarer Anwendung des § 138 IO zulässig.⁹⁵⁾

Keineswegs so einfach zu begründen ist die Zulässigkeit der „Beträuung“ des Insolvenzverwalters dagegen, wenn der **Anfechtungsanspruch bereits bekannt**, ja der Anfechtungsprozess sogar schon eingeleitet wurde. Der Wortlaut von § 138 Abs 2 IO würde dadurch nämlich überschritten, eine Rechtsfortbildung wäre notwendig. Dagegen spricht auf den ersten Blick zwar, dass der Entw zum IRÄG 2010 eine Änderung von § 137 IO vorgesehen hatte, wodurch die Weiterführung anhängiger Prozesse trotz Insolvenzaufhebung möglich sein sollte, diese Regelung aber letztlich nicht Gesetz wurde.⁹⁶⁾ Allerdings sind keine Anhaltspunkte ersichtlich, dass der Gesetzgeber sich damit bewusst gegen diese, von Teilen der Lehre schon zuvor anerkannte Möglichkeit entschieden hätte. Vielmehr sprechen für die erforderliche planwidrige Lücke folgende Gründe: Erstens wäre die Aufrechterhaltung des vollumfänglichen Vermögensbeschlags wegen nur eines Anfechtungsanspruchs für den Schuldner unverhältnismäßig,⁹⁷⁾ jedenfalls aber unökonomisch. Zweitens ist zu bedenken, dass der Anfechtungsanspruch anders als sonstige Ansprüche der Insolvenzmasse ohne Nachtragsverteilung verloren gingen.

Bejaht man eine Lücke daher mit guten Gründen,⁹⁸⁾ so ist fraglich, wie sie zu schließen ist. Im Prinzip findet

88) Vgl idS G. *Kodek*, Verfahrensrechtliche Fragen beim Zahlungsplan, ZIK 2004, 113 (114).

89) OGH 8 Ob 232/00a; 8 Ob 65/16s; 8 Ob 104/18d.

90) Andernfalls würde die grundsätzlich aus dem Neuerwerb des Schuldners zu bedienende Quote teilweise durch die Anfechtung erbracht.

91) *König*, Anfechtung⁵ Rz 21/6; vgl auch LG Innsbruck 19 S 14/16f.

92) Siehe dagegen noch G. *Kodek*, ZIK 2004, 113 (114); weiterhin idS *König*, Anfechtung⁵ Rz 21/6.

93) G. *Kodek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht IV⁴ (2006) § 138 KO Rz 3; *König*, Anfechtung⁵ Rz 21/4f; *Lehmann*, Kommentar zur österreichischen Konkurs-, Ausgleichs- und Anfechtungsordnung (1916) 683; *Nunner-Krautgasser* in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2006, 125 (147 ff); *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 634; idS auch OGH 3 Ob 613/86; *Jelinek/Nunner-Krautgasser* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze (12. Lfg; 2001) § 59 KO Rz 41; im Grundsatz wohl auch *Wöber* in *Lichtkoppler/Reisch*, Unternehmenssanierung² Rz 7.35.

94) G. *Kodek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht IV⁴ § 138 KO Rz 3; *König*, Anfechtung⁵ Rz 21/4; *Schneider*, Rechtsfragen der Nachtragsverteilung, in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2016 (2017) 115 (118).

95) AA noch *Ehrenzweig*, Anfechtungsordnung 366f FN 66.

96) Siehe nur *Wöber* in *Lichtkoppler/Reisch*, Unternehmenssanierung² Rz 7.29 FN 859; ferner G. *Kodek*, Von der KO zur IO – Das IRÄG 2010 im Überblick, ÖBA 2010, 498 (501 FN 35).

97) Zu Recht weist G. *Kodek* (ZIK 2004, 113 [114]) insoweit auch auf Art 6 MRK hin.

98) Dagegen spricht auch nicht die ausdrücklich vorgesehene Möglichkeit der „nachinsolvenzlichen“ Anfechtung in § 157 i Abs 1 Satz 2 IO, weil nicht anzunehmen ist, dass der Gesetzgeber dadurch im

man dafür zwei „Modelle“: Entweder eine **analoge Anwendung von § 138 Abs 2 IO**⁹⁹⁾ oder die von *G. Kodek*¹⁰⁰⁾ propagierte Annahme einer „Teilaufhebung“ des Insolvenzverfahrens. Letzteres ist zwar in der Sache „ehrlicher“, kann der *lex lata* aber methodisch me kaum mehr *lege artis* entnommen werden. Der gesetzesnäheren Lösung einer Analogie zu § 138 Abs 2 IO gebührt daher der Vorzug.

Die Analogie zu § 138 Abs 2 IO erklärt nämlich auch das Erfordernis einer **gerichtlichen Betrauung des Insolvenzverwalters**.¹⁰¹⁾ Denn die hM¹⁰²⁾ verlangt zur Einleitung jedes Nachtragsverteilungsverfahrens – und damit wohl auch für die zugrundeliegende nachträgliche Verwertung von Vermögen – im Interesse der Rechtssicherheit einen Beschluss des Insolvenzgerichts. Die bei Anfechtungsansprüchen geforderte „Beträuung“ ist daher einfach als Anwendungsfall dieses Beschlusses zu sehen.¹⁰³⁾ Das Insolvenzgericht hat dabei das konkret zu verwertende Vermögen, also im gegenständlichen Kontext den Anfechtungsanspruch, genau zu bezeichnen.¹⁰⁴⁾ Bei der Beschlussfassung über die Zulässigkeit der Nachtragsverteilung muss das Gericht prüfen, ob eine nachträgliche Verwertung und Verteilung angesichts der jeweiligen Prozessrisiken nach den **Kriterien des § 138 Abs 3 IO** zulässig ist; damit wäre auch die zweite Voraussetzung der hM systemkonform erklärt. Völlig unbestreitbar ist zudem die Notwendigkeit der Einhaltung der **Ein-Jahres-Frist des § 43 Abs 2 IO ab Insolvenzeröffnung** (oben C.3. a.). Es zeigt sich daher, dass die hM einer näheren Nachprüfung standhält; zu befürworten ist allerdings noch eine vierte Voraussetzung zur Finanzierung eines allfälligen Prozesses, auf die noch zu sprechen zu kommen sein wird (unten D.3.).

2. Anwendungsbereich

Zuvor ist noch zu klären, in welchen Fällen der Insolvenzaufhebung der soeben skizzierte Weg einer Anfechtung gem § 138 Abs 2 IO (analog) möglich ist. Die bisherigen Ausführungen beziehen sich nur auf den unmittelbaren Anwendungsbereich der Nachtragsverteilung, also die Beendigung des Insolvenzverfahrens nach **Schlussverteilung gem § 139 IO**. Die Nachtragsverteilung und damit auch die Nachtragsanfechtung ist jedoch nach ganz verbreiteter Ansicht nicht auf diesen Fall beschränkt.

Weitgehend unstrittig ist zunächst – quasi am unteren Ende des Spektrums –, dass für eine Nachtragsverteilung und insb auch für eine nachträgliche Anfechtung **kein Bedarf und keine Rechtfertigung** besteht, wenn die Insolvenz wegen **Einverständnisses aller Gläubiger gem § 123b IO** aufgehoben wurde.¹⁰⁵⁾

Die Geister scheiden sich jedoch ob der Zulässigkeit einer Nachtragsverteilung bei **Aufhebung mangels Masse gem § 123a IO** sowie – als Unterfall hiervon – bei **Aufhebung wegen Masseunzulänglichkeit gem § 124a Abs 3 IO**.¹⁰⁶⁾ Höchststrichterlich geklärt ist die Frage bislang nicht. Immerhin hat der OGH aber jüngst in 8 Ob 65/16 s klargestellt, dass eine Nachtragsverteilung auch in Szenarien in Betracht kommt, in denen kein förmlicher Schlussverteilungsentwurf gelegt wurde.¹⁰⁷⁾ Damit dürfte eines der zentralen Ar-

gumente gegen die „Nachtragsanfechtung“ bei Aufhebung mangels Masse weggefallen sein.

Anerkannt ist die Zulässigkeit einer Nachtragsverteilung bei einer Verfahrensbeendigung nach **Bestätigung eines Zahlungsplans**.¹⁰⁸⁾ Wie gezeigt (oben C.5.) besteht hier jedoch schon die Möglichkeit einer Anfechtung nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens in Form der Treuhänderüberwachung. Gibt es also möglicherweise eine zweite Möglichkeit zur Anfechtung nach Bestätigung des Zahlungsplans? Für im Zeitpunkt der Annahme des Zahlungsplans bereits bekannte Anfechtungsansprüche ist die Frage me, wie schon gesagt, nachdrücklich zu verneinen. Eine analoge Anwendung von § 138 Abs 2 IO – oder die Annahme einer Teilaufhebung des Insolvenzverfahrens – scheidet mangels Lücke aus. Genau für diesen Fall gibt es ja die Möglichkeit der Treuhänderüberwachung.

Im eigentlichen Anwendungsbereich der Nachtragsverteilung, nämlich dem **nachträglichen Bekanntwerden eines anfechtbaren Sachverhalts**, sprechen hingegen gute Gründe für eine analoge Anwendung von § 138 Abs 2 IO auch auf die Beendigung nach Annahme eines Zahlungsplans. Zumindest wenn man die Treuhänderbestellung zur Geltendmachung „aller Anfechtungsansprüche“ ablehnt (dazu oben C.2.a.), verbleibt nämlich trotz § 157i Abs 1 Satz 2 IO iVm § 193 Abs 1 Satz 2 IO ein veritables Bedürfnis nach einer „Nachtragsanfechtung“. Ganz generell ist wohl schlicht kein tragfähiger Grund ersichtlich, warum nachträglich bekannt gewordene Anfechtungsansprüche insoweit anders als nachträglich aufgefundene Ansprüche aus einer Lebensversicherung¹⁰⁹⁾ zu behan-

Umkehrschluss alle anderen Möglichkeiten der Anfechtung nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens ausschließen wollte. Anderes gilt aber im Anwendungsbereich der Treuhänderüberwachung selbst (dazu unten D.2.).

99) IdS *König*, Anfechtung⁵ Rz 21/5.

100) In *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht IV⁴ § 138 KO Rz 3; *G. Kodek*, ZIK 2004, 113 (114); *G. Kodek*, ÖBA 2010, 498 (501 FN 35); wohl zust *Reckenzaun*, Teilaufhebung des Konkursverfahrens, ZIK 2013, 165 (167).

101) So die ganz hM, RIS-Justiz RS0064543, zB OGH 3 Ob 613/86; 3 Ob 184/11 x; 8 Ob 132/12 p; *G. Kodek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht IV⁴ § 138 KO Rz 3; *König*, Anfechtung⁵ Rz 1/4.

102) OGH 3 Ob 94/95; *G. Kodek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht IV⁴ § 138 KO Rz 14; *Schneider* in *Konecny*, Insolvenzforum 2016, 115 (133) je mwN; vgl auch RIS-Justiz RS0065354.

103) So bereits *Riel*, Die Befugnisse des Masseverwalters im Zivilverfahrensrecht (1995) 80 FN 331; möglicherweise idS OGH 8 Ob 246/00 k.

104) *Schneider* in *Konecny*, Insolvenzforum 2016, 115 (132 f) mwN.

105) *Jelinek/Nunner-Krautgasser* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 59 KO Rz 41; *König*, Anfechtung⁵ Rz 21/4; allgemein *Senoner* in *Konecny*, Insolvenzgesetze (52. Lfg, 2013) § 123 b IO Rz 15.

106) Dafür speziell zur Anfechtung *König*, Anfechtung⁵ Rz 21/5; allgemein ebenso *Reckenzaun*, ZIK 2013, 165; s ferner ErläutRV 988 BlgNR 21. GP 33 f; tendenziell wohl auch OGH 8 Ob 65/16 s durch Verweis auf BGH IX ZB 40/13 ZIP 2013, 2320; aA *Schneider* in *Konecny*, Insolvenzforum 2016, 115 (122); *Schneider*, Fehlende Vermögensverwaltung und Nachtragsverteilung beim Zahlungsplan, ZIK 2017, 129 (132); ebenso noch OGH 8 Ob 132/12 p, allerdings gerade nicht für Anfechtungsansprüche.

107) OGH 8 Ob 65/16 s; vgl auch 8 Ob 104/18 d.

108) RIS-Justiz RS0114344, zB OGH 8 Ob 232/00 a; 8 Ob 240/02 f; 8 Ob 65/16 s; 8 Ob 104/18 d (obiter dictum); 8 Ob 93/18 m; *Konecny*, Zahlungsplan und Nachtragsverteilung, ZIK 2001, 146 f; *Schneider* in *Konecny*, Insolvenzforum 2016, 115 (124 f); aA *G. Kodek*, Nachträgliches Hervorkommen von Schuldnervermögen beim Zahlungsplan, RdW 2001, 329; krit auch *G. Kodek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht IV⁴ § 138 KO Rz 26.

109) So in OGH 8 Ob 232/00 a und 8 Ob 65/16 s.

deln sind. Eine „Nachtragsanfechtung“ ist folglich auch bei der Zahlungsplanbestätigung zulässig, aber nur hinsichtlich bislang unbekannter Anfechtungsansprüche.

Eine de lege lata unüberwindbare Schranke findet die Ausdehnung der Regeln über die Nachtragsverteilung bei einer Insolvenzaufhebung nach **Bestätigung eines Sanierungsplans** (§ 152 b Abs 2 IO). Eine Nachtragsverteilung ist hier nach wohl bislang unbestrittener Ansicht ausgeschlossen¹¹⁰⁾ und zumindest bei entsprechender Auslegung des Bestimmtheiterfordernisses in § 157 i Abs 1 Satz 2 IO auch nicht erforderlich.¹¹¹⁾

Sehr wohl denkbar ist eine Anfechtung jedoch wiederum im Rahmen der Nachtragsverteilung bei einem **Abschöpfungsverfahren**.¹¹²⁾

3. Finanzierung des Anfechtungsprozesses?

Ein letztes Problem, das freilich sämtlichen Fällen der Anfechtung unter dem „Deckmantel“ der Nachtragsverteilung immanent ist, besteht – ganz ähnlich wie bei der Treuhänderüberwachung zur Sanierungsplanerfüllung – in der **Finanzierung des Anfechtungsprozesses** inklusive des allfälligen Kostenersatzanspruchs des Anfechtungsgegners. Gerade bei der „echten“ Nachtragsverteilung nach erfolgter Schlussverteilung (§ 139 IO) verfügt der Insolvenzverwalter ja geradezu zwangsläufig über keine finanziellen Mittel mehr.

Anerkannt ist zwar die **Möglichkeit**, einem oder allen Gläubigern einen **Kostenvorschuss** aufzutragen, sei es in Analogie zu § 71 a Abs 1 oder zu § 123 a IO.¹¹³⁾ Unterbleibt ein solcher Auftrag, so bleibt nur die Möglichkeit der Prozesskostenfinanzierung oder eben die neuerdings für zulässig erachtete Abtretung des Anfechtungsanspruchs (unten E.). Eigentlich problematisch ist aber, dass der **Prozessgegner** mit seinem potenziellen **Kostenersatzanspruch** wohl überhaupt regelmäßig „durch die Finger schaut“, soweit kein hinreichender Kostenvorschuss vorliegt. Es handelt sich bei seinem Anspruch zwar um eine Masseforderung;¹¹⁴⁾ wenn der Insolvenzverwalter im Zuge der Nachtragsverteilung keine „neue Masse“ mehr lukriert hat, nützt ihm dies allerdings wenig. Dass den Schuldner für Masseforderungen nach hL¹¹⁵⁾ eine Pro-viribus-Haftung in Höhe des an ihn zurückfallenden Vermögens trifft, dürfte ebenfalls ein schwacher Trost sein. Will man den insoweit durchaus schutzwürdigen Anfechtungsgegner somit nicht „im Regen stehen lassen“, ist sogar eine Pflicht des Insolvenzgerichts anzunehmen, die Nachtragsverteilung zur gerichtlichen Geltendmachung einzelner Ansprüche nur zuzulassen, wenn für den Prozesskostensatzanspruch des Gegners durch einen Kostenvorschuss Vorsorge getroffen ist. Was der OGH in 3 Ob 30/14 d – dort freilich mE wegen der unbeschränkten Haftung des Schuldners zu Unrecht (oben C.2.c.) – für die Treuhänderüberwachung der Sanierungsplanerfüllung verlangt, gilt also richtigerweise für eine „Nachtragsanfechtung“ gem § 138 Abs 2 IO (analog). Ein **angemessener Kostenvorschuss** ist daher die bereits angesprochene **vierte Voraussetzung**.

4. Gegenansprüche des Anfechtungsgegners

Im Fall der erfolgreichen Anfechtung ist fraglich, wie mit den **Gegenansprüchen des Anfechtungsgegners** gem § 41 IO zu verfahren ist. Nicht bestreitbar ist jedenfalls, dass dem Anfechtungsgegner weder rechtlich noch faktisch die Möglichkeit entzogen werden darf, diese gegen die Masse durchzusetzen. Hinsichtlich der möglichen Gegenansprüche ist zu differenzieren:

In erster Linie wird es zum Wiederaufleben einer Insolvenzforderung gem **§ 41 Abs 2 Fall 2 IO** kommen. Problematisch an deren Geltendmachung ist, dass sie der Anfechtungsgegner bedingt anmelden muss, was grundsätzlich aber nur während des Insolvenzverfahrens möglich ist.¹¹⁶⁾ Soll im Weg einer Nachtragsanfechtung nur ein bereits zuvor anhängiger Prozess fortgeführt werden, ist dem Anfechtungsgegner die Anmeldung vor Aufhebung des Insolvenzverfahrens ohne Weiteres zumutbar. Wird der Anfechtungsgegner jedoch überhaupt erst nach Insolvenzaufhebung qua § 138 Abs 2 IO analog belangt, muss eine Anmeldung oder sonstige Form der Geltendmachung der Gegenforderung weiterhin zulässig sein und der Insolvenzverwalter diese aus dem Anfechtungserlös befriedigen, wenn der Anfechtungsgegner nicht ohnehin zulässigerweise aufrechnet (vgl oben C.4.).

Für einen **Anspruch** auf Rückersatz der gegebenen Gegenleistung nach **§ 41 Abs 1 Fall 1 IO** ist prinzipiell ebenso zu verfahren. Freilich dürfte in diesem Stadium nur mehr Wertersatz in Geld in Betracht kommen und wird der Anfechtungsgegner mit solchen Ansprüchen praktisch ohnedies regelmäßig aufrechnen.¹¹⁷⁾

E. Exkurs: Abtretbarkeit des Insolvenzanfechtungsanspruchs

Die ganz hL hält eine **Abtretung des Insolvenzanfechtungsanspruchs** wie gesagt für **ausgeschlossen**.¹¹⁸⁾ Die – auch vom Verfasser vertretene – Gegenansicht ist demgegenüber die deutliche Mindermeinung.¹¹⁹⁾ Ausgehend von diesem Meinungsstand war es trotz der mittlerweile anerkannten Zulässigkeit der Abtre-

110) OGH 3 Ob 30/14 d; *Schneider* in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2016, 115 (123 f); ebenso noch zum Zwangsausgleich OGH 8 Ob 240/02 f; *G. Kodek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht IV⁴ § 138 KO Rz 23; *Konecny*, ZIK 2001, 146.

111) Entschieden gegen die Möglichkeit der „Nachtragsanfechtung“ *Wöber* in *Lichtkoppler/Reisch*, Unternehmenssanierung² Rz 7.30 ff.

112) *Nunner-Krautgasser* in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2006, 125 (148 f); s ferner allgemein *G. Kodek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht IV⁴ § 138 KO Rz 29.

113) OGH 8 Ob 246/00 k; *G. Kodek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht IV⁴ § 138 KO Rz 46. Näher dazu *Schneider* in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2016, 115 (129).

114) *Zutr Schneider* in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2016, 115 (129).

115) OGH 3 Ob 1057/27 SZ IX/223; 8 Ob 345/97 m; ErläutRV 1168 BlgNR 22. GP 16; wN auch der Gegenansicht bei *Trenker*, Treuhänderüberwachung 178 FN 764.

116) Vgl jüngst OGH 17 Ob 6/19 k (Punkt 3.3.3.[b]); s allg *König*, Anfechtung⁵ Rz 16/20.

117) Zur Zulässigkeit der Aufrechnung OGH 5 Ob 575/81; 6 Ob 116/05 k; RIS-Justiz RS0033772; *Rebermig* in *Konecny/Schubert* § 41 KO Rz 14.

118) Oben FN 8.

119) *U. Torggler/Trenker*, Zur Organhaftung für Gläubigerbevorzugung gemäß § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG, § 84 Abs 3 Z 6 AktG, JBl 2013, 613 (622); *Nunner-Krautgasser*, JBl 2018, 277 (278 f).

tung des Anfechtungsanspruchs in Deutschland¹²⁰⁾ durchaus überraschend, dass der OGH die Abtretung jüngst für zulässig erachtet hat.¹²¹⁾

Gerade die vorstehenden Ausführungen zur Anfechtung nach Insolvenzaufhebung sollten freilich gezeigt haben, dass die dadurch ermöglichte Anfechtung außerhalb des institutionellen Rahmens eines aufrechten Insolvenzverfahrens keine Seltenheit, geschweige denn etwas Systemwidriges ist. Dementsprechend ist aus dem „Anfechtungsmonopol des Insolvenzverwalters“¹²²⁾ oder der (angeblichen) Akzessorietät des Anfechtungsanspruchs¹²³⁾ (gemeint wohl: zu den Insolvenzforderungen) nichts für die Gegner der Abtretbarkeit zu gewinnen, soweit dahinter überhaupt mehr als begriffsjuristische Argumentation steckt. Dass der Anfechtungsanspruch die Masse nur „künstlich für die Dauer des Konkursverfahrens vermehrt“, wie *Petschek/Reimer/Schiemer*¹²⁴⁾ lehren, oder anders formuliert, nur zur Haftungsverwirklichung der Gläubigerschaft dienen darf, spricht ebenfalls nicht zwingend gegen die Abtretbarkeit. Denn der Erlös aus dem Verkauf des Anfechtungsanspruchs führt ja wiederum zu einer Massemehrung;¹²⁵⁾ aus Sicht der Masse läuft die Abtretung des Anfechtungsanspruchs gegen ein Entgelt in Höhe eines gewissen Prozentsatzes vom Nominalwert des Anspruchs letztlich bei wirtschaftlicher Betrachtung auf nichts anderes als ein unstrittig zulässiger Vergleich über den Anfechtungsanspruch hinaus. Die Funktion der Anfechtung als Mittel zur Haftungsverwirklichung zugunsten der Insolvenzgläubiger bleibt erhalten, der Sinn und Zweck der Anfechtung wird gewahrt.¹²⁶⁾

Schließlich ist es mE auch nicht überzeugend – und hier schließt sich der Kreis zum Thema dieses Beitrags –, die Abtretbarkeit deshalb zu verneinen, weil sie regelmäßig dazu führen wird, dass der Zessionar den Anfechtungsanspruch trotz Beendigung des Insolvenzverfahrens (fort-)betreibt.¹²⁷⁾ Führt man sich nämlich die großzügige Bereitschaft der hM vor Augen, die Regeln über die Nachtragsverteilung zugunsten der Anfechtung durch den Insolvenzverwalter heranzuziehen

(oben D.), erscheint es wenig konsequent, die Möglichkeit einer Anfechtung nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens dem Zessionar kategorisch zu verschließen. Auch sind keine schützenswerten Interessen dafür ersichtlich, dass das Insolvenzgericht unbedingt über die Zulässigkeit einer Fortführung des Anfechtungsprozesses entscheiden müsste,¹²⁸⁾ wenn sein Ergebnis ohnehin nicht mehr der Masse, sondern allein dem Zessionar zugutekommt. Nicht ganz einfach von der Hand zu weisen ist schließlich zwar der Einwand, dass eine „nachinsolvenzliche“ Anfechtung durch einen Dritten größere Schwierigkeiten bei der Durchsetzung der Gegenansprüche des Anfechtungsgegners bereiten kann (§ 41 IO).¹²⁹⁾ Unüberwindlich scheinen freilich auch diese nicht – an dieser Stelle muss hierfür der Verweis auf einen Beitrag andernorts genügen.¹³⁰⁾

Insgesamt ist die Zulässigkeit der Abtretung des Insolvenzanfechtungsanspruchs mE mangels durchgreifender Gegenargumente als privatautonome Gestaltung, an der im Einzelfall erhebliches praktisches Interesse bestehen kann, zu begrüßen. Sie fügt sich insb gut in die großzügige Handhabung der Möglichkeiten der Nachtragsanfechtung ein.

120) BGH IX ZR 91/10 NZI 2011, 486; IX ZR 172/11 NZI 2013, 347; IX ZR 232/17 NJW 2018, 2494; zur dKO bereits *Eckardt*, Zur Abtretbarkeit anfechtungsrechtlich begründeter Ansprüche im Konkurs, KTS 1993, 585.

121) 17 Ob 6/19k.

122) Darauf beruft sich letztlich auch *Bartsch in Bartsch/Pollak* I⁹ § 27 KO Anm 27; gegen dieses Argument: *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 379; *U. Torggler/Trenker*, JBI 2013, 613 (622).

123) So *Menzel*, Das Anfechtungsrecht der Gläubiger nach österreichischem Rechte (1886) 301f; dagegen *Nunner-Krautgasser*, JBI 2018, 277 (281).

124) Insolvenzrecht 703.

125) Vgl. BGH IX ZR 91/10 NZI 2011, 486.

126) Vgl. *Nunner-Krautgasser*, JBI 2018, 277 (283f); *U. Torggler/Trenker* § 84 Abs 3 Z 6 AktG, JBI 2013, 613 (622). Diese Erwägung ist ua *Ehrenzweig* (Anfechtungsordnung 344) entgegenzuhalten.

127) IdS aber *König*, Anfechtung⁵ Rz 15/37.

128) So wohl *König*, Anfechtung⁵ Rz 15/37.

129) Insoweit ist die nur auf den Ausgangsfall abstellende Begründung in 17 Ob 6/19k (Punkt 3.3.3.[b]) nicht vollends befriedigend.

130) Näher *Trenker*, Abtretbarkeit des Insolvenzanfechtungsanspruchs – Anmerkungen zu OGH 17 Ob 6/19k, ZIK 2019, 162ff.

→ In Kürze

Der Beitrag untersucht die Möglichkeiten und Probleme einer Insolvenzanfechtung nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens. Abgehandelt werden die Betrauung eines Treuhänders zur Überwachung der Sanierungsplanerfüllung (§ 157 i Abs 1 Satz 2 IO) sowie Zulässigkeit und Grenzen einer „Nachtragsanfechtung“ gem § 138 Abs 2 IO analog. Ferner wird ein Bezug zur vom OGH jüngst für zulässig erklärten Abtretung des Anfechtungsanspruchs hergestellt.

→ Zum Thema

Über den Autor:

MMag. Dr. Martin Trenker ist Assistenzprofessor am Institut für Zivilgerichtliches Verfahren der Universität Innsbruck. Kontaktadresse: Universität Innsbruck, Innrain 52 d, 6020 Innsbruck. Tel: +43 (0) 0512/507 80445 E-Mail: martin.trenker@uibk.ac.at Internet: www.uibk.ac.at/zivilverfahren/mitarbeiterinnen/trenker.html

Vom selben Autor ua erschienen:

Insolvenzanfechtung gesellschaftsrechtlicher Maßnahmen (2012); Interventionswirkung bei Streitverkündung und Nebenintervention, ÖJZ 2015, 103; Treuhänderüberwachung der Sanierungsplanerfüllung (2017).

Literatur:

König, Die Anfechtung nach der IO⁵ (2014); *Nunner-Krautgasser*, Zur Abtretung von Insolvenzanfechtungsansprüchen, JBI 2018, 277; *Riel*, Zur Anfechtung im Sanierungsverfahren, ZIK 2010, 131; *Scherbaum*, Treuhändersanierungsplan und Anfechtung, in *Jaufer/Nunner-Krautgasser/Scherbaum*, Stellung der Gläubiger im Insolvenzverfahren (2015) 65; *Trenker*, Treuhänderüberwachung der Sanierungsplanerfüllung (2017).

