

■ Abtretbarkeit des Insolvenzanfechtungsanspruchs

Beiträge · Dr. Martin Trenker · ZIK 2019/206 · ZIK 2019, 162 · Heft 5 v. 13.11.2019

Anmerkungen zu OGH [17 Ob 6/19k](#)¹

In der vorliegenden Entscheidung bejaht der 17. Senat des OGH erstmals die Abtretbarkeit von Insolvenzanfechtungsansprüchen. Die Entscheidung ist als bahnbrechend zu bezeichnen: Da mit ganz wenigen Ausnahmen das gesamte Schrifttum seit jeher den gegenteiligen Standpunkt bezog und es praktisch dem Vernehmen nach - wohl aus diesem Grund - auch nie zur Zession von Anfechtungsansprüchen kam, eröffnet der OGH nunmehr eine völlig neue Möglichkeit zur "Liquidation" des Anfechtungsrechts. Der vorliegende Beitrag möchte der Richtigkeit dieser Ansicht nachgehen und sich einigen - zweifelsohne nicht von der Hand zu weisenden - Folgeproblemen widmen.

1. Problemstellung

Der Anfechtungsanspruch gem [§§ 27 ff IO](#) ist beileibe kein "gewöhnlicher" Aktivanspruch der Insolvenzmasse! Es handelt sich um keinen Anspruch des Schuldners, sondern einen originären Anspruch der Insolvenzmasse zur Haftungsverwirklichung im Interesse der Gläubiger,² der jedoch allein vom Insolvenzverwalter ausgeübt werden darf ("Anfechtungsmonopol" [[§ 37 IO](#)]). Seine Existenz steht und fällt dementsprechend grundsätzlich - allerdings mit einigen anerkannten Ausnahmen einer "nachinsolvenzlichen" Anfechtung (dazu 3.3.) - mit dem aufrechten Bestand des Insolvenzverfahrens. Ziel der Anfechtung ist die bloß relative Unwirksamklärung gläubigerbenachteiligender Rechtshandlungen vor Insolvenzeröffnung (Rechtsgestaltungsanspruch) sowie allenfalls der Rückersatz des der Masse dadurch Entgangenen (Leistungsanspruch).³ Es verwundert schon aufgrund dieser Kurzcharakterisierung wenig, dass sich die Rechtsnatur des Anfechtungsanspruchs nicht in die gängigen zivilrechtlichen Erklärungsmodelle einordnen lässt⁴ und sein exakter Entstehungszeitpunkt bis heute umstritten ist.⁵

Wenn die ganz hL⁶ nun seit jeher als weitere Besonderheit des Anfechtungsanspruchs dessen Unabtretbarkeit reklamiert, so fügt sich - *prima facie* - auch das ins Bild. Das viel beschworene Anfechtungsmonopol des Insolvenzverwalters scheint sich ebenso schlecht mit einer Anfechtungsbefugnis eines beliebigen Zessionars zu vertragen, wie eine relative Unwirksamklärung zur Haftungsverwirklichung im Interesse des Gläubigerkollektivs mit einem Leistungsrecht dieses Zessionars auf eigene Rechnung harmoniere.⁷ In der Sache bereitet der Abtretung zudem die auf das Insolvenzverfahren beschränkte "Lebensdauer" des Anfechtungsanspruchs Probleme.⁸ Bei strenger Befolgung dieses Grundsatzes müsste nämlich uU entweder ein eigentlich abschlussreifes Insolvenzverfahren nur wegen des vom Zessionar geführten Prozesses fortgesetzt werden oder es würde die Abtretung für den Zessionar insofern zum Glücksgeschäft, als der Anspruch des Zessionars während des von ihm geführten Prozesses jederzeit mit Beendigung des Insolvenzverfahrens untergehen könnte. Bisweilen wurde aus alledem auch die Höchstpersönlichkeit des Anfechtungsanspruchs abgeleitet, die einer Zession entgegengestellt ([§ 1393 ABGB](#)).⁹

Die Praxis hat diese Auffassung offenbar weitgehend akzeptiert, wengleich ein praktisches Bedürfnis nach einer Abtretung

gerade bei Massearmut, Zeitnot und/oder komplexen tatsächlichen oder rechtlichen Sachverhalten nicht von der Hand zu weisen sein dürfte;¹⁰ vor allem bei Massearmut wird auch Verfahrenshilfe häufig ausscheiden, weil die Rsp - für Anfechtungsansprüche zutreffend¹¹ - die Insolvenzgläubiger grundsätzlich als "wirtschaftlich Beteiligte" iSd [§ 63 Abs 2 ZPO](#) betrachtet.¹² Dass die hL allerdings nicht nur zu praktischen Problemen führt, sondern ihre Argumente auch dogmatisch keineswegs so zwingend sind, wie es auf den ersten Blick scheint, legt ein Blick ins dt Recht nahe. Dort hat der BGH nach Einführung der InsO das ebenfalls über Jahrzehnte hochgehaltene Dogma von der Unabtretbarkeit des Anfechtungsanspruchs aufgegeben.¹³ In Österreich haben *U. Torggler* und der *Verfasser*¹⁴ erstmals einer Abtretbarkeit das Wort geredet, ehe *Nunner-Krautgasser*¹⁵ diese Auffassung aus Anlass des der gegenständlichen Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalts vertieft hat.

2. OGH 17 Ob 6/19k

Der 17. Senat folgt letztlich der österr Mindermeinung sowie der hM in Deutschland und bejaht die grundsätzliche Abtretbarkeit. Zunächst erteilt er der Annahme der Höchstpersönlichkeit des Anfechtungsanspruchs mit der Begründung eine Absage, dass es hierfür schlicht an einer "unmissverständlichen Regelung" fehle und ein höchstpersönliches Recht einer Person (des Insolvenzverwalters), das dieser zugunsten Dritter (Gläubiger) ausübe, ein Widerspruch in sich wäre.¹⁶ Auch sei für die Gegner der Abtretbarkeit aus dem Charakter des Anfechtungsanspruchs als Gestaltungsrecht nichts zu gewinnen, zumal allgemein anerkannt sei, dass Gestaltungsrechte zumindest gemeinsam mit hieraus resultierenden Leistungsansprüchen abgetreten werden können.¹⁷

Dass der aus der Unwirksamklärung der anfechtbaren Rechtshandlung resultierende Leistungsanspruch nach erfolgter Abtretung dem Anfechtungsgegner zugutekomme, ändere zudem nichts daran, dass diese Rechtsgestaltung eine solche gegenüber den Insolvenzgläubigern bleibe.¹⁸ Dies führt den OGH zwar zum Problem, dass dem Anfechtungsgegner seine aus der Rechtsgestaltung mitunter resultierenden Gegenansprüche gem [§ 41 IO](#) weiterhin gegen die Insolvenzmasse zustehen, das Insolvenzverfahren im gegenständlichen Fall aber bereits aufgehoben wurde. Der 17. Senat "umschifft" diese Schwierigkeit jedoch kurzer Hand damit, dass dem Anfechtungsgegner im konkreten Fall nur eine Insolvenzforderung gem § 41 Abs 2 Fall IO zugestanden wäre. Die zu dessen Geltendmachung erforderliche (bedingte) Anmeldung habe er jedoch unterlassen, womit sich die Problematik *in casu* nicht stelle.¹⁹

Im Kern der Begründung steht die Auseinandersetzung mit jener Lehrmeinung, die die Unabtretbarkeit daraus ableitet, dass das Anfechtungsrecht im Interesse sämtlicher Gläubiger auszuüben wäre. Der OGH entkräftet dieses Argument mit der Überlegung, dass eine entgeltliche Abtretung des Anfechtungsanspruchs durchaus im wohlverstandenen Interesse des Gläubigerkollektivs stehen könne, ja sogar zweifellos besser als ein Verzicht auf den Anspruch sei; ein solcher Verzicht (gemeint wohl: die Nichtgeltendmachung) drohe aber gerade bei Massearmut, ließe man eine Abtretung nicht zu.²⁰ In diesem Zusammenhang sind auch die Ausführungen des OGH zu lesen, wonach die Angemessenheit der Gegenleistung für den abgetretenen Anfechtungsanspruch grundsätzlich keine Wirksamkeitsvoraussetzung der Zession sei. Lediglich in Extremfällen könne die Abtretung insolvenzzweckwidrig und nach den Grundsätzen über den Missbrauch der Vertretungsmacht unwirksam sein.²¹

Zum Schicksal des Anfechtungsanspruchs nach Insolvenzaufhebung sieht das Höchstgericht unter Bezugnahme auf die sonstigen Möglichkeiten einer "nachinsolvenzlichen" Anfechtung keinen Grund, warum ein Zessionar hierzu nicht ebenfalls legitimiert sein könne. Mehr noch: Da Erfolg und Misserfolg nach erfolgter Abtretung nicht mehr die Insolvenzmasse betreffen, bedürfe es auch keiner Entscheidung in Form einer gesonderten Betrauung seitens des Insolvenzgerichts, damit ein anhängiger Anfechtungsprozess fortgesetzt werden könne.²²

Schließlich weist der OGH den Einwand zurück, dass die Anfechtung nach erfolgter Abtretung für die Masse nicht mehr befriedigungstauglich sei. Maßgeblich sei allein, dass sich die Lage für den materiell Anfechtenden verbessere. Folglich sei nach erfolgter Abtretung auf die Verbesserung der Position des Zessionars abzustellen. Unzulässig sei eine Anfechtung nur, wenn die Anfechtung ausnahmsweise erst *wegen* der Abtretung befriedigungstauglich würde.²³

3. Stellungnahme

Es dürfte wenig überraschen, dass der Verfasser als einer der Befürworter der Abtretbarkeit im bisherigen Schrifttum die Ent-

Seite 163

scheidung im Ergebnis voll und ganz begrüßt. Aber auch die sorgfältige Begründung ist überzeugend. Im Einzelnen sei lediglich noch Folgendes ergänzt bzw. angemerkt:

3.1. Zulässigkeit der Abtretung

Ob die Höchstpersönlichkeit des Anfechtungsanspruchs wirklich von vornherein auszuschließen ist, nur weil ihn der Insolvenzverwalter als "Dritter" im Interesse der Gläubiger geltend macht, ist zwar zweifelhaft. Denn funktional repräsentiert die vom Insolvenzverwalter vertretene Insolvenzmasse, deren Rechtszuständigkeit der Anfechtungsanspruch zuzuordnen ist, gerade auch die Rechte des Gläubigerkollektivs. Richtig ist jedoch, dass sich die Höchstpersönlichkeit mangels expliziter Anordnung nur aus insolvenzbezogenen Spezifika ergeben könnte, womit der Frage nach der Höchstpersönlichkeit ohnehin kein eigenständiger Bedeutungsgehalt zukommt.

Dass derartige Spezifika, namentlich der spezifische Zweck der Insolvenzanfechtung, der in der Haftungsverwirklichung bzw. Massemehrung im Interesse des Gläubigerkollektivs besteht, einer Abtretung eben nicht entgegensteht, hat der OGH völlig treffend erkannt. Vor allem die angedeutete Parallele zum Vergleich²⁴ über den Anfechtungsanspruch zeigt deutlich, dass eine entgeltliche Abtretung des Anfechtungsanspruchs dessen Zweck nicht konterkariert: Für die Befriedigungsaussichten der Gläubiger macht es keinen Unterschied, ob sich der Insolvenzverwalter durch Vergleich mit dem Anfechtungsgegner auf einen Teilbetrag der Anspruchshöhe einigt oder ob er denselben Teilbetrag durch Verkauf des Anspruchs von dritter Seite bezieht. Aus der wirtschaftlichen Gleichwertigkeit beider Möglichkeiten ergibt sich auch, dass der Insolvenzverwalter dem Insolvenzgericht die beabsichtigte Zession mitteilen muss, was der 17. Senat allerdings ausdrücklich offenließ. Methodisch ist insoweit freilich eine - allenfalls analoge - Anwendung von [§ 116 Abs 1 Z 3 IO](#) gegenüber [§ 116 Abs 1 Z 1 IO](#) vorzugswürdig. Zudem handelt es sich bei der Abtretung um eine wichtige Vorkehrung iSd [§ 114 Abs 1 IO](#).²⁵

3.2. Zulässigkeitsschranken

Zugleich bestätigt diese Parallele zum Vergleich auch den Standpunkt des OGH, wonach die Angemessenheit der Gegenleistung für die Abtretung grundsätzlich kein Wirksamkeitserfordernis der Zession ist: Abgesehen davon, dass das Kriterium der Angemessenheit für den Zessionar zu unerträglicher Rechtsunsicherheit führen würde, steht auch die Wirksamkeit einer vergleichsweisen Einigung über Ansprüche der Masse nicht unter dem Vorbehalt einer derartigen Angemessenheitskontrolle. Der Insolvenzverwalter muss sich "lediglich" schadenersatzrechtlich verantworten ([§ 81 Abs 3 IO](#)), wenn er einen "schlechten" Vergleich geschlossen oder eben den Anfechtungsanspruch unter Wert verkauft hat. Wegen der typischerweise erheblichen Unsicherheiten einer klagsweisen Durchsetzung von Anfechtungsansprüchen ist insoweit freilich kein allzu strenger Maßstab anzulegen; das gilt jedenfalls, wenn die Zession dem Insolvenzgericht nach [§ 116 Abs 1 Z 3 IO](#) analog angezeigt wurde, gem [§ 114 IO](#) die Äußerung des Gläubigerausschusses eingeholt wurde und beide nicht widersprochen haben.

In besonders schwerwiegenden Fällen kann eine interne Pflichtwidrigkeit des Insolvenzverwalters jedoch nach allgemeinen Grundsätzen nach außen "durchschlagen". Es ist eine alte Streitfrage,

Seite 3

ob hierfür auf die Grundsätze über den Missbrauch der Vertretungsmacht zurückzugreifen, eine spezifische Schranke der "Insolvenzzweckwidrigkeit" anzuerkennen oder beides kumulativ maßgeblich ist.²⁶ Der OGH scheint beide Anforderungen nunmehr gleichzusetzen, was insofern verständlich ist, als sich die Ergebnisse nach beiden Ansichten praktisch weitgehend decken.²⁷ Dogmatisch ist jedoch - wie an anderer Stelle dargelegt²⁸ - die Anwendung der Regeln über den Missbrauch der Vertretungsmacht vorzugswürdig. In der Sache wird nach diesem Maßstab vor allem eine unentgeltliche Abtretung unwirksam sein; darüber hinaus ist ein Missbrauch der Vertretungsmacht naheliegend, wenn der Abtretungspreis geringer ist als die voraussichtliche Gegenforderung, die der Anfechtungsgegner gem [§ 41 IO](#) gegen die Insolvenzmasse geltend machen kann (dazu 3.5.). *In casu* war dies trotz des auffällig geringen Abtretungspreises von 5.000 € wohl nicht der Fall, weil wegen der unstrittigen Massearmut vorhersehbar war, dass der Anfechtungsgegner mit seiner wiederauflebenden Insolvenzforderung gem [§ 41 Abs 2 IO](#) ohnehin leer ausgehen würde.²⁹

Diskussionsbedürftig ist darüber hinaus sogar, ob sich der Anfechtungsgegner als Dritter überhaupt auf eine Unwirksamkeit der Zession wegen eines Missbrauchs der Vertretungsmacht stützen hätte dürfen.³⁰ Wertungsmäßig hat dieser Unwirksamkeitsgrund nämlich gewisse Ähnlichkeiten mit den Fällen relativer Nichtigkeit zum Schutz des Zedenten (zB sittenwidrige Knebelung), auf die sich der *debitor cessus* nach hM auch nicht erfolgreich berufen kann.³¹ Dogmatisch mangelt es dem Insolvenzverwalter bei einem Missbrauch der Vertretungsmacht jedoch infolge einer (teleolo-

Seite 164

gischen) Reduktion seiner an sich unbegrenzten "Vertretungsmacht" richtigerweise an hinreichender Verfügungsmacht für die Zession.³² Es fehlt also an einer Grundvoraussetzung jeder Verfügung, die doch stärker mit einer titellosen oder formwidrigen Zession vergleichbar ist - beides Fälle, in denen sich der Zessus sehr wohl auf die Unwirksamkeit der Zession stützen darf.³³ Soweit daher ausnahmsweise ein Missbrauch der Vertretungsmacht vorliegt, kann der Anfechtungsgegner die fehlende Aktivlegitimation des Zessionars einwenden, der Mangel wirkt also nicht nur relativ.

Unbestreitbar ist demgegenüber die bloß relative Wirkung der Anfechtung selbst ([§ 27 IO](#): "den Insolvenzgläubigern gegenüber"); auch sie steht der Zession nicht entgegen. Die Abtretung ändert ja nichts daran, dass die anfechtbare Handlung nur gegenüber den Gläubigern für unwirksam erklärt wird, wenngleich anschließend der Zessionar hiervon profitiert, indem er den daraus resultierenden Leistungsanspruch nach [§ 39 IO](#) für sich geltend macht. Eine Schranke ergibt sich aus der relativen Wirkung der Anfechtung dennoch: Der Leistungsanspruch kann nicht an den Schuldner abgetreten werden³⁴ bzw könnte ihm der Anfechtungsgegner jedenfalls entgegenhalten, dass sein Leistungsbegehren rechtsmissbräuchlich wäre, weil er das Erlangte ohnehin sofort wieder zurückerstatten müsste.³⁵ Aus diesem Grund kommt eine - praktisch ohnedies uninteressante - Ausscheidung von Anfechtungsansprüchen ([§ 119 Abs 5 IO](#)) auch weiterhin³⁶ nicht in Betracht.³⁷

3.3. Aufhebung des Insolvenzverfahrens vor Beendigung des Anfechtungsprozesses

Zuzustimmen ist dem OGH ferner, wenn er in der prinzipiellen Begrenzung der Lebensdauer des Anfechtungsrechts für die Dauer des Insolvenzverfahrens kein zwingendes Hindernis für die Abtretung sieht, weil dieser Grundsatz eben nicht (mehr) ausnahmslos gilt (s nur [§ 157i Abs 1 S 2 IO](#), [§ 138 Abs 2 IO](#) analog).³⁸ Richtig ist mE auch, dass der OGH für eine Fortführung des Anfechtungsprozesses durch den Zessionar nach Insolvenzaufhebung keinen Beschluss des Insolvenzgerichts wie bei der "Nachtragsanfechtung" analog [§ 138 Abs 2 IO](#) oder gar eine Regelung im Sanierungsplan wie für eine Treuhänderanfechtung gem [§ 157i Abs 1 S 2 IO](#) verlangt, obwohl der BGH die Notwendigkeit solcher Vorkehrungen in Deutschland bislang

Seite 4

ausdrücklich offenließ.³⁹ Nachdem der Anspruch zediert wurde und damit aus der Insolvenzmasse ausgeschieden ist, liefe ein derartiges Erfordernis nämlich nicht nur auf einen unnötigen Formalismus hinaus, sondern wäre es auch wertungsmäßig kaum vertretbar, das Insolvenzgericht (bzw die Insolvenzgläubiger) über die Zulässigkeit der (weiteren) Durchsetzung eines nunmehr "fremden" Anspruchs entscheiden zu lassen.⁴⁰

Nicht auf die rechtsgeschäftliche Abtretung übertragbar ist mE übrigens auch das Bestimmtheitserfordernis für die Übertragung von Anfechtungsansprüchen an einen Treuhänder in § 157i Abs 1 S 2 IO. Es ist insoweit auf allgemeine zessionsrechtliche Grundsätze über die Bestimmtheit⁴¹ zurückzugreifen.⁴²

3.4. Zuständigkeit

Weder die Abtretung selbst noch die anschließende Beendigung des Insolvenzverfahrens ändern allerdings mE etwas an der Zuständigkeit des Insolvenzgerichts gem [§ 43 Abs 5 IO](#) (inklusive der Regel des [§ 265 Abs 1 Z 2 IO](#)), auch wenn dies der EuGH⁴³ hinsichtlich der Annexkompetenz des Art 6 EuInsVO anders sieht. Denn die mit der Attraktion der Zuständigkeit in [§ 43 Abs 5 IO](#) bezweckten Synergie- ("Sachnähe") und Harmonisierungseffekte⁴⁴ bleiben auch bei der Geltendmachung durch einen Zessionar hinreichend erhalten, und zwar selbst nach Insolvenzaufhebung.⁴⁵

3.5. Gegenansprüche des Anfechtungsgegners

Wirklich heikel ist allerdings die Frage, wie nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens der Gegenanspruch des Anfechtungsgegners gegen die Insolvenzmasse gem [§ 41 IO](#) befriedigt werden kann. Der OGH hat jedenfalls durchklingen lassen, dass eine entstehende Insolvenzforderung nach [§ 41 Abs 2 IO](#) nur dann sicherzustellen bzw ggf zu befriedigen wäre, wenn sie der Anfechtungsgegner als bedingte Forderung anmeldet⁴⁶ (was zwangsläufig vor Beendigung

Seite 165

des Insolvenzverfahrens zu geschehen hat). Dem ist zwar grundsätzlich zuzustimmen. In Ausnahmefällen kann dies aber zu einer (faktischen) Schlechterstellung des Anfechtungsgegners als *debitor cessus* führen, die es zu vermeiden gilt. Klagt der Zessionar die Forderung nämlich erst nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens, aber noch innerhalb der - auch für ihn maßgeblichen - Jahresfrist des [§ 43 Abs 2 IO](#) ein, hat der Anfechtungsgegner keine Möglichkeit mehr, seine Forderung anzumelden.⁴⁷ Dieses Ergebnis erscheint nur in jenen Konstellationen vertretbar, in denen der Anfechtungsgegner zumindest von der Abtretung weiß, weil er dann mit einer Anspruchsverfolgung seitens des Zessionars rechnen muss. Daraus ist mE nun abzuleiten, dass einen Insolvenzverwalter, der den - atypischen - Weg einer Zession zur Ausübung des Anfechtungsrechts geht, die haftungsbewehrte Pflicht ([§ 81 Abs 3 IO](#)) trifft, den Anfechtungsgegner so rechtzeitig von der Zession zu verständigen, dass dieser noch die Möglichkeit hat, seine Forderung anzumelden.⁴⁸ Meldet der Anfechtungsgegner die Gegenforderung an, hat sie der Insolvenzverwalter sicherzustellen ([§ 133 Abs 2 IO](#)), womit einer Schlussverteilung und der nachfolgenden Aufhebung des Insolvenzverfahrens (dazu schon 3.3.) grundsätzlich nichts mehr im Wege steht ([§ 137 Abs 1 IO](#)).

Würde die erfolgreiche Anfechtung indes zu einer privilegierten Forderung des Anfechtungsgegners nach [§ 41 Abs 1 IO](#) führen, müsste der Insolvenzverwalter diese - allerdings wohl auch ohne Anmeldung - sicherstellen. Danach könnte wiederum das Insolvenzverfahren beendet werden, auch wenn dies der OGH ausdrücklich offenlässt. [§ 137 Abs 1 IO](#) ist nämlich richtigerweise auch auf bedingte Masseforderungen anwendbar,⁴⁹ und um eine Masseforderung handelt es sich ja unstrittig bei der Gegenforderung nach § 41 Abs 1 Fall 2 IO (*arg*: [§ 46 Abs 1 Z](#)

Seite 5

[6 IO](#)).⁵⁰ Selbst wenn man den Anspruch auf Rückersatz der Gegenleistung *in natura* (§ 41 Abs 1 Fall 1 IO) mit sehr guten Gründen als Aussonderungsanspruch qualifiziert,⁵¹ gilt mE nichts anderes.

Zu beachten ist schließlich, dass der Anfechtungsgegner mit Ansprüchen nach [§ 41 Abs 1 IO](#) auch unmittelbar gegen den klagenden Zessionar aufrechnen kann (Gleichartigkeit der Forderungen vorausgesetzt),⁵² weil er dies nach hM⁵³ ebenso gegen die Insolvenzmasse gekonnt hätte (*arg: §§ 1394, 1396, 1442 ABGB*).⁵⁴ Mangels abweichender Vereinbarung⁵⁵ erlangt diesfalls der Zessionar einen Anspruch gegen die Insolvenzmasse auf Leistung des sichergestellten Betrags. Rechtsgrundlage hierfür ist ein - als Masseforderung zu qualifizierender - Gewährleistungsanspruch wegen der Abtretung einer mit Einwendungen belasteten Forderung ([§ 1397 ABGB](#)). Dasselbe kann für Gegenansprüche gem [§ 41 Abs 2 IO](#) gelten: Von der prinzipiellen Unzulässigkeit der Aufrechnung mit solchen Insolvenzforderungen (vgl auch [§ 42 IO](#)) ist nämlich allgemein eine Gegenausnahme anzuerkennen, wenn die Insolvenzquote bereits feststeht;⁵⁶ das dürfte *in concreto*, also nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens, sogar regelmäßig der Fall sein.

4. Konsequenzen für die Praxis

Der Weg für eine "Liquidation" von Insolvenzanfechtungsansprüchen durch deren Verkauf ist nunmehr auch in Österreich frei. Die Ausweitung der privatautonomen Befugnisse und die damit verbundene Vergrößerung der Flexibilität in der Verfahrensabwicklung ist zu begrüßen. Es bleibt freilich mit Spannung zu erwarten, in welchem Ausmaß die Praxis von der Abtretung Gebrauch machen wird. Maßgeblich gemindert wird ihre Attraktivität zweifellos dadurch, dass die Prozessführung über Anfechtungsansprüche eine nicht unerhebliche Verdienstquelle für Insolvenzverwalter darstellt. Dennoch dürfte es genügend Konstellationen geben, in denen ein Verkauf des Anfechtungsanspruchs für den jeweiligen Insolvenzverwalter und - was in Wahrheit einzig maßgeblich ist - auch für die Insolvenzgläubiger vorteilhaft erscheint. Das gilt umso mehr, als die verfahrensrechtlichen Folgeprobleme durchaus bewältigbar sein sollten.

¹ OGH 17. 6. 2019, 17 Ob 6/19k; in diesem Heft der ZIK 2019/235, 189.

² Siehe nur *Nunner-Krautgasser*, Zur Abtretbarkeit von Insolvenzanfechtungsansprüchen, JBl 2018, 277 (279).

³ Instruktiv *König*, Die Anfechtung nach der IO⁵ (2014) Rz 2/11, 2/14 f.

⁴ Die Rsp behilft sich mit der Annahme einer *Sui-generis*-Natur (RIS-Justiz RS0050372, zB OGH 7 Ob 795/81; OGH 7 Ob 96/13p). Alternativ dazu wird weiterhin auch die Theorie von der haftungsrechtlichen Unwirksamkeit prominent vertreten (zB *Koziol*, Grundlagen und Rechtsnatur der Gläubigeranfechtung [1991] 45 ff; *Nunner-Krautgasser*, Schuld, Vermögenshaftung und Insolvenz [2007] 142 f, 152 f), die allerdings ebenfalls schwerlich zum "Standardrepertoire" zivilrechtlicher Kategorien zu zählen ist. Zur Diskussion ausf *König*, Anfechtung⁵ Rz 2/1 ff mwN.

⁵ Siehe einerseits RIS-Justiz RS0064617, zB OGH 2 Ob 177/06b; OGH 3 Ob 204/16w; andererseits *Koziol/Bollenberger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht I⁴ (2000) §§ 39, 40 KO Rz 3; *Rebernik* in *Konecny/Schubert*, Kommentar zu den Insolvenzgesetzen (24. Lfg; 2006) § 27 KO Rz 15.

⁶ Eine ausf Wiedergabe des Meinungsstands findet sich in OGH 17 Ob 6/19k unter Pkt 1.

⁷ IdS wohl *Krasnopolski*, Das Anfechtungsrecht der Gläubiger nach österreichischem Recht (1889) 109; *Ehrenzweig*, Kommentar zur Anfechtungsordnung und zu den Anfechtungsnormen der Konkursordnung

(1916) 344; *Koziol/Bollenberger in Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht I⁴ § 27 KO Rz 56, § 37 KO Rz 3.

⁸ So insb *König*, Anfechtung⁵ Rz 15/37; vgl auch *Petschek/Reimer/Schiemer*, Das österreichische Insolvenzrecht (1973) 379, wonach der Anfechtungsanspruch die Masse nur "künstlich für die Dauer des Konkursverfahrens vermehrt".

⁹ *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 379; *Thöni in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Großkommentar zum ABGB - Klang Kommentar³ (2011) § 1393 Rz 18.

¹⁰ Ebenso *Nunner-Krautgasser*, JBI 2018, 277 (283).

¹¹ *Trenker*, Verfahrenshilfe für die Insolvenzmasse unter besonderer Berücksichtigung von Art 6 MRK, Art 47 Abs 3 GRC, ZIK 2014/10, 13 (16 f).

¹² Siehe nur OLG Wien 3 R 8/85 JBI 1986, 531; OLG Innsbruck 3 R 225/87 JBI 1988, 120 (*Schumacher*); OLG Innsbruck 1 R 92/88 EvBl 1989/19 OLG Wien 3 R 135/97z ZIK 1998, 30 mwN; OLG Wien 14 R 63/00p ZIK 2000/215, 168. Dies gilt allerdings dann nicht, wenn sich die Befriedigungsaussichten der Gläubiger durch den Prozesserverfolg nicht oder nur unerheblich verbessern würden (s *Trenker*, ZIK 2014/10, 13 [15 f]; nur insofern zutr *Grubhofer*, *ecolex* 2019, 873 [874] [Anm], der mit seiner These, dass die Prozessführung mit Verfahrenshilfe für die Masse jedenfalls günstiger gewesen wäre, zudem übergeht, dass im Falle des Prozessverlusts die Kosten des Anfechtungsgegners trotz Verfahrenshilfe ersetzt werden hätten müssen).

¹³ BGH IX ZR 91/10 NZI 2011, 486; BGH IX ZR 172/11 NZI 2013, 347; BGH IX ZR 232/17 NJW 2018, 2494; zur dKO bereits *Braun*, Die Unabtretbarkeit konkursrechtlicher Anfechtungsansprüche - unverrückbares Dogma? ZIP 1985, 786; *Eckardt*, Zur Abtretbarkeit anfechtungsrechtlich begründeter Ansprüche im Konkurs, KTS 1993, 585.

¹⁴ Zur Organhaftung für Gläubigerbevorzugung gemäß § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG, § 84 Abs 3 Z 6 AktG, JBI 2013, 613 (622).

¹⁵ JBI 2018, 277 ff.

¹⁶ Entscheidungsbegründung Pkt 3.2.

¹⁷ Entscheidungsbegründung Pkt 3.4.

¹⁸ Entscheidungsbegründung Pkt 3.3.3.(a).

¹⁹ Entscheidungsbegründung Pkt 3.3.3.(b).

²⁰ Entscheidungsbegründung Pkt 3.3.

²¹ Entscheidungsbegründung Pkt 3.5.

²² Entscheidungsbegründung Pkt 3.3.4.

²³ Entscheidungsbegründung Pkt 3.6.

²⁴ So bereits *U. Torggler/Trenker*, JBI 2013, 613 (622 FN 104); *Nunner-Krautgasser*, JBI 2018, 277 (283).

²⁵ Im Schuldenregulierungsverfahren könnte ein einzelner Gläubiger (§ 189 IO) eine wirksame Abtretung wohl analog § 187 Abs 1 Z 3 IO - wiederum ebenso wie einen Vergleich (*König*, Anfechtung⁵ Rz 19/24) - nur mit Zustimmung des Insolvenzgerichts vornehmen.

²⁶ Hierzu instruktiv *Shamiyeh*, Die zivilrechtliche Haftung des Masseverwalters (1995) 139 ff; *Riel*, Befugnisse des Masseverwalters im Zivilverfahrensrecht (1995) 69 ff, je mwN.

²⁷ *Riel*, Befugnisse 74; *Trenker*, Treuhänderüberwachung der Sanierungsplanerfüllung (2017) 105.

²⁸ Näher *Trenker*, Treuhänderüberwachung 103 ff.

²⁹ Praktisch kann es sich für einen Insolvenzverwalter, der einem Zessionar eine unbestimmte Menge von Anfechtungsansprüchen oder der Höhe nach unbestimmte Ansprüche überträgt, empfehlen, auch das maximale Anfechtungsvolumen zu vereinbaren, um keine böse Überraschung in Form einer unerwartet hohen Gegenforderung nach § 41 Abs 2 Fall 2 IO zu erleben.

³⁰ Die Überlegungen des OGH in Pkt 3.5.4. aE beziehen sich nicht auf diese Frage, sondern betreffen nur den für die Wirksamkeit ohnehin irrelevanten Umstand einer Abtretung zu unangemessenem Entgelt.

³¹ OGH 1 Ob 406/97f; ebenso zum *Quota-litis*-Verbot OGH 6 Ob 224/12b; s ferner *Lukas* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 1396 Rz 17 (beachte freilich auch FN 56) (Stand 1. 5. 2017, rdb.at).

³² Siehe zB *P. Bydlinski*, Der sogenannte "Mißbrauch" unbeschränkter Vertretungsmacht, in FS Bydlinski (2001) 19 (38 f); *U. Torggler/Trenker* in *Zib/Dellinger*, UGB Großkommentar I/2 (2014) § 50 Rz 14 mwN.

³³ Zur Titellosigkeit OGH 1 Ob 406/97f; OGH 2 Ob 5/12t; RIS-Justiz RS0032652; zur Formwidrigkeit OGH 1 Ob 975/31 SZ 13/271; OGH 8 Ob 212/82 JBI 1984, 378.

³⁴ AA für Deutschland *Borries/Hirte* in *Uhlenbruck*, Insolvenzordnung Kommentar¹⁵ (2019) § 143 Rz 90.

³⁵ Vgl nur OGH 3 Ob 182/94.

³⁶ *Riel* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze (11. Lfg; 2001) § 119 KO Rz 46; *König*, Anfechtung⁵ Rz 15/38.

³⁷ Ganz idS *Nunner-Krautgasser*, JBI 2018, 277 (282).

³⁸ Zu diesen Möglichkeiten ausf *Trenker*, Anfechtung nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens, ÖJZ 2019, 897.

³⁹ BGH IX ZR 91/10 NZI 2011, 486; BGH IX ZR 69/12 NZI 2013, 434.

⁴⁰ AA wohl *König*, Anfechtung⁵ Rz 15/37; wie hier für Deutschland zB *Büteröwe* in *K. Schmidt*, Insolvenzordnung¹⁹ (2016) § 143 Rz 18; *Thole* in *Kayser/Thole*, Insolvenzordnung⁹ (2018) § 129 Rz 113. Selbst wenn die Insolvenzmasse durch Vereinbarung einer Art "Einbringlichkeitsprovision" von der erfolgreichen Anfechtung profitieren würde, wäre eine Kompetenz des Insolvenzgerichts oder der Insolvenzgläubiger schon deshalb überschießend, weil die - in dieser Hinsicht allein relevanten - Risiken der Anfechtung (Prozesskosten!) ohnehin nur den Zessionar treffen.

⁴¹ Zur insoweit besonders problematischen Globalzession zB *Ertl* in *Rummel*, Kommentar zum ABGB II/1³ (2007) § 1392 Rz 4; *Thöni* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 1392 Rz 100.

⁴² Die Reichweite des Bestimmtheitserfordernisses in § 157i Abs 1 S 2 IO ist freilich ohnehin strittig (dazu *Trenker*, Treuhänderüberwachung 78 f) und damit auch gar nicht gesagt, ob und inwieweit sich daraus strengere Anforderungen als im Zessionsrecht ergeben. Zessionen unbestimmten Ausmaßes sind dem Insolvenzverwalter allerdings wie gezeigt (oben FN 29) aus praktischen Gründen nicht zu empfehlen.

⁴³ [EuGH 19. 4. 2012, C-213/10](#), *F-TEX*.

⁴⁴ [ErläutRV 3 BlgNR 15. GP](#) 47; ferner *König*, Anfechtung⁵ Rz 18/8.

⁴⁵ Generell wird idS vertreten, dass eine Zession nichts an der gerichtlichen Zuständigkeit ändere, so zB *Lukas* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 1394 Rz 15.

⁴⁶ Hierzu zB *König*, Anfechtung⁵ Rz 16/20; zum Unterschied zwischen bedingter Forderung und bedingter Anmeldung *G. Kodek*, Bedingte Anmeldung und bedingte Forderung - Versuch einer Klärung, in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2015 (2016) 55 ff.

⁴⁷ Insofern geht die Behauptung *Nunner-Krautgassers* (JBI 2018, 277 [285]), es bestehe kein (!) schutzwürdiges Interesse des Anfechtungsgegners, dass der Anfechtungsprozess während des Insolvenzverfahrens anhängig gemacht wird, mE zu weit.

⁴⁸ Jedenfalls in diesem Szenario ist also eine Ausnahme vom - ohnedies zweifelhaften (näher *Hämmerle*, Absicherung der Teilnahmeansprüche am Insolvenzverfahren bei Anfechtung einer Schuldtilgung, ZIK 2011/294, 213) - Grundsatz geboten, dass der Anfechtungsgegner seine Forderung erst nach förmlicher Geltendmachung anmelden könne (so *König*, Anfechtung⁵ Rz 16/20).

⁴⁹ *G. Kodek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht IV⁴ (2006) § 136 KO Rz 10, § 137 KO Rz 2.

⁵⁰ *Koziol/Bollenberger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht I⁴ § 41 KO Rz 4; *König*, Anfechtung⁵ Rz 16/10.

⁵¹ So insb *König*, Anfechtung⁵ Rz 16/9.

⁵² Ansonsten kommt dem Anfechtungsgegner nach neuerer Lehre sogar ein Zurückbehaltungsrecht zu (*Karollus*, Konkursanfechtung: Muss der Anfechtungsgegner vorleisten? ÖBA 1988, 123 ff; *Rebernic* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze [24 Lfg; 2006] § 41 KO Rz 14).

⁵³ OGH 5 Ob 575/81; OGH 6 Ob 116/05k; RIS-Justiz RS0033772; *Rebernic* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 41 KO Rz 14.

⁵⁴ Die bedingte Forderung gem § 41 Abs 1 IO ist zur "Zeit der Abtretung" (§ 1422 ABGB) erstens bereits als dem Grunde nach entstanden anzusehen (vgl *Dullinger* in *Rummel*, ABGB II/1³ § 1442 Rz 3 mwN). Zweitens ist bei solchermaßen konnexen Gegenforderungen der Entstehungszeitpunkt nach hA ohnedies irrelevant (*Beig*, Die Aufrechnungsbefugnis des Abtretungsschuldners bei der Zession, JBI 2006, 155 [158 ff]; *Thöni* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 1392 Rz 19 mwN).

⁵⁵ Eine solche ist an dieser Stelle nachdrücklich zu empfehlen. Im Übrigen sollte der Insolvenzverwalter die Gewährleistung für die mangelnde Einbringlichkeit des Anfechtungsanspruchs nach Möglichkeit ausschließen, andernfalls er wiederum einen entsprechenden Betrag sicherstellen muss.

⁵⁶ *Rebernic* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 42 KO Rz 3; allgemein OGH 3 Ob 222/59 JBI 1959, 635; OGH 3 Ob 242/74 EvBl 1975/248, 555; allgemein RIS-Justiz RS0064330.



NutzerIn NutzerIn 29.7.2020