

Streitfragen zur Insolvenzanfechtung von Liegenschaftstransaktionen

Martin Trenker

Liegenschaftstransaktionen sind seit jeher häufig Gegenstand der Insolvenz-, aber auch der Einzelanfechtung. Die simple Erklärung dafür dürfte schlicht darin liegen, dass Immobilien typischerweise den ergiebigsten Haftungsfonds bieten. Dieser großen praktischen Attraktivität steht eine vielschichtige dogmatische Komplexität der Thematik gegenüber. Erstens erfordert ein Liegenschaftsverkauf mehrere Akte, die zeitlich häufig auseinanderfallen. Zweitens unterliegen Immobilien sowohl großen Wertschwankungen als auch Bewertungsspielräumen. Drittens gehen Immobilienveräußerungen häufig mit der Änderung daran bestehender bürgerlicher Rechte einher. Diese Charakteristika werfen allesamt diffizile Fragestellungen auf, die von „anfechtungsrechtlichen Dauerbrennern“ über erst jüngst entdeckte Spezialprobleme grundbücherlicher Natur reichen. Der gegenständliche Beitrag möchte sich einer Auswahl dieser Themen annehmen, dies nicht zuletzt anhand von einigen Fallbeispielen.

Stichwörter: Insolvenzanfechtung, Gläubigerbenachteiligung, Befriedigungstauglichkeit, Bürgerliche Rechte, Dingliche Belastungen, Verfügungsgeschäft, Einzelanfechtung, Erfüllungshandlung, Schenkungsanfechtung, Gemischte Schenkung, Gegenleistung, Liegenschaftstransaktion, Nachteiliges Rechtsgeschäft, Nutzungsvorteile, Rangordnungsbeschluss, Streitmerkmal, Treuhänder, Veräußerungs- und Belastungsverbot.

JEL-Classification: K 11, K 12, K 15, K 35, K 41.

<https://doi.org/10.47782/oeba202406039501>

Real estate transactions have always been a frequent subject of insolvency avoidance, but also individual avoidance proceedings. The most likely explanation for this is that real estate typically offers the most productive liability fund. This great

practical attractiveness contrasts with the multi-layered theoretical complexity of the topic. Firstly, a property sale requires several acts, which often take place at different times. Secondly, real estate is subject to major fluctuations in value as well as valuation margins. Thirdly, the sale of real estate is often accompanied by changes to existing registerable rights. These characteristics all give rise to difficult questions, ranging from perennial issues pertaining to avoidance proceedings to problems in regards to land register nature that have only recently been discovered. This article aims to address a selection of these issues, not least by means of a number of case studies.

1. Einleitung

Ein Grund, warum sich Liegenschaftstransaktionen, worunter im Folgenden stets die entgeltliche oder unentgeltliche Veräußerung einer Liegenschaft des Schuldners zu verstehen ist, zur Erörterung so vieler anfechtungsrechtlicher Themen eignet, ist der Umstand, dass dabei sämtliche Tatbestände der §§ 28 ff IO in Betrachtung kommen. Das Spektrum reicht also von der Absichtsanfechtung gem § 28 Z 1-3 IO über die Schenkungsanfechtung nach § 29 Z 1 IO, die Deckungsanfechtung nach §§ 30, 31 Fall 1 IO¹⁾ bis hin zur Anfechtung als nachteiliges Rechtsgeschäft gem § 31 Fall 2 IO²⁾. Die ansonsten praktisch wichtigsten Tatbestände der Deckungsanfechtung spielen bei der Anfechtung einer Liegenschaftstransaktion freilich nur eine vergleichsweise geringe Rolle: Ihre Anwendbarkeit setzt nämlich im Ergebnis eine Vorleistung seitens des Anfechtungsgegners voraus.³⁾ Liegenschaftstransaktionen werden jedoch mittlerweile standardmäßig treuhändig abge-



Photo: Picture People GmbH

Univ.-Prof. MMag. Dr. Martin Trenker ist Leiter des Instituts für Zivilgerichtliches Verfahren der Universität Innsbruck. Er ist Autor zahlreicher Publikationen zum Zivilverfahrens-, Zivil- und Unternehmensrecht, wobei das Recht der Insolvenzanfechtung einen seiner Hauptforschungsschwerpunkte darstellt;
e-mail: Martin.Trenker@uibk.ac.at

wickelt, gerade um das mit einer solchen Vorleistung verbundene Insolvenzrisiko auszuschalten.

Zudem werden potenziell anfechtbare Liegenschaftstransaktionen sehr häufig zugunsten der *familia suspecta* iSd § 32 IO vorgenommen, was eine Verlagerung der Beweislast für die Verwirklichung aller subjektiven Tatbestandsmerkmale auf den Anfechtungsgegner bewirkt.⁴⁾ Einzige Ausnahme hiervon ist bekanntlich die Benachteiligungsabsicht des Schuldners sowie deren Kenntnis seitens des Anfechtungsgegners bei der Absichtsanfechtung nach § 28 Z 1 IO, bei der sich der historische Gesetzgeber wegen der allzu langen Rückschlagsfrist von

- 1) Gemeint sind mit „Fall 1“: § 31 Abs 1 Z 1 Fall 1 sowie Z 2 Fall 1 IO.
- 2) Gemeint sind mit „Fall 2“: § 31 Abs 1 Z 1 Fall 2, Z 2 Fall 2 und Z 3 IO.
- 3) Vgl allgemein zur Anfechtbarkeit von Zug-um-Zug-Geschäften nach den Deckungstatbeständen: *Koziol/Bollenberger* in Bartsch/Pollak/Buchegger, *Insolvenzrecht* 14 § 30 KO Rz 14, § 31

- KO Rz 11; *König/Trenker*, *Anfechtung*⁶ Rz 10.3 ff, 11.34; *Rebernik* in Konecny, *Insolvenzgesetze* (75. Lfg; 2021) § 30 IO Rz 68, 71 f; *Kodek*, *Insolvenzrecht*² Rz 417.
- 4) *König/Trenker*, *Anfechtung*⁶ Rz 4.65 ff; *Rebernik* in Konecny, *Insolvenzgesetze* (77. Lfg; 2021) § 32 IO Rz 27 ff.

zehn Jahren bewusst gegen eine Beweislastumkehr entschieden hat.⁵⁾

2. Fristenberechnung

2.1. Allgemeines

Für die Abwicklung einer Liegenschaftstransaktion sind zivilrechtlich mehrere Schritte erforderlich. Aus chronologischer Sicht sind das – aus Verkäuferperspektive – der Abschluss des Kaufvertrags (oder Schenkungsvertrags), die Abgabe der Aufsandungserklärung, der Antrag auf Einverleibung bis zur eigentlichen Grundbuchseintragung. Bei der treuhändigen Abwicklung sind zudem die Übergabe der einverleibungsfähigen Urkunden sowie die Leistung des Kaufpreises an den Treuhänder potenziell relevante Schritte. Da all diese Handlungen zeitlich auseinanderfallen können, ist als erste Frage zu klären, ab welchem Zeitpunkt die „kritischen Fristen“ der jeweiligen Anfechtungstatbestände zu berechnen sind.

Dafür gilt es, anhand der einzelnen Tatbestände zu differenzieren. Denn §§ 28–31 IO haben unterschiedliche „Angriffsobjekte“, also tatbestandsgemäße Handlungen, zum Gegenstand und ist es grundsätzlich gerade die Vollendung der letztmöglichen tatbestandsmäßigen Handlung, die als Referenzzeitpunkt für die Zurückrechnung der jeweiligen kritischen Frist⁶⁾ bzw. – anders gewendet – als fristauslösendes Ereignis anzusetzen ist.

2.2. Fristauslösendes Ereignis bei §§ 28, 29 IO

§ 28 IO verlangt eine Rechtshandlung des Schuldners.⁷⁾ Dasselbe gilt für § 29 Z 1 IO, wobei die Formulierung „*unentgeltliche Verfügungen*“ nur als *pars pro toto* für alle unentgeltlichen Rechtshandlungen des Schuldners steht.⁸⁾ Da somit

Verpflichtungsgeschäft und Erfüllung potenziell tatbildlich sind, kann der Insolvenzverwalter prinzipiell auch nur die spätere Erfüllung anfechten,⁹⁾ wenn lediglich diese innerhalb der kritischen Frist vorgenommen wurde.¹⁰⁾

Aber auch die Erfüllung selbst kann aus mehreren zeitlich auseinanderfallenden Akten bestehen, womit abermals fraglich ist, welcher dieser Akte der entscheidende ist. Die hM leitet aus dem Tatbestandserfordernis der Rechtshandlung des Schuldners einfach ab, dass es grundsätzlich sowohl für § 28 IO¹¹⁾ als auch für § 29 IO¹²⁾ auf die letzte Handlung des Schuldners ankommt. Präziser ausgedrückt sollte mE auf die letzte Handlung des Schuldners abgestellt werden, die für die Vollendung des Erfolgs, der durch die Anfechtung beseitigt werden soll, zumindest mitkausal war.¹³⁾

Die ältere Rsp hielt demgegenüber bei Liegenschaftstransaktionen noch undifferenziert den Zeitpunkt der Eintragung des jeweiligen Rechts für relevant, obwohl diese Handlung des Gerichts dem Schuldner ja keineswegs zurechenbar ist.¹⁴⁾ Mit der E 4 Ob 103/97v (ebenso dann 3 Ob 145/99s) folgte der OGH aber doch der Kritik Königs¹⁵⁾, wonach entsprechend dem Anfechtungsobjekt der §§ 28, 29 IO die letzte Rechtshandlung des Schuldners ausschlaggebend sein müsse. Auch wenn der OGH danach in 5 Ob 111/03i bei der Anfechtung eines Veräußerungs- und Belastungsverbots (VuB-Verbot) nochmals auf die Eintragung abgestellt hatte, zementierte der (damalige) Fachsenat die hier vertretene Ansicht in 3 Ob 16/08m endgültig ein: Darin hatte der Anfechtungsgegner die maßgebliche Grundbuchseintragung selbst durch Antrag gem § 77 GBG erwirkt, was den OGH zur Klarstellung veranlasste, dass der frühere Zeitpunkt maßgeblich sei, zu dem der Schuldner die Aufsandungserklärung ausgestellt hatte. Auch bei einer Hypothekenbestellung sei die Ausstellung

der Pfandbestellungsurkunde seitens des Schuldners und nicht die Einverleibung der Hypothek maßgeblich.¹⁶⁾

Wenn der OGH allerdings seine Ansicht in 3 Ob 16/08m auch damit begründet, dass der Antragsteller „*weder Vertreter noch Geschäftsführer ohne Auftrag des Schuldners*“ sei, könnte bei einer Liegenschaftsabwicklung durch einen Treuhänder *prima vista* anderes gelten. Denn der Treuhänder agiert bei der Antragstellung durchaus als Vertreter des Schuldners, zumindest aber als dessen Auftragnehmer, also in leicht abgewandelter Diktion des OGH sogar als dessen Geschäftsführer mit (!) Auftrag. ME ist jedoch nicht die formale Stellung des Antragstellers ausschlaggebend: Maßgeblich ist vielmehr, ob der Schuldner bei wertender Betrachtung weiterhin „die Zügel in der Hand hält“, indem er dem Antragsteller Weisungen erteilen oder die Vollmacht/den Auftrag widerrufen kann. Beides ist bei einer typischen Treuhandschaft zur Abwicklung eines Liegenschaftskaufs auszuschließen, weil der Treuhänder als mehrseitiger Treuhänder auch dem Käufer verpflichtet ist.

Dies unterscheidet die Treuhandschaftskonstellation auch von dem in der E 2 Ob 53/07v beurteilten Fall: Darin wurde einem Notar bereits im Zuge der Errichtung eines Notariatsakts über eine Schenkung der Auftrag erteilt, die Einverleibung zu erwirken. Obwohl der Notar erst lange Zeit später ohne Zutun des Schuldners die Eintragung erwirkt hatte, rechnete der OGH die kritische Frist auf diesen späteren Zeitpunkt zurück. Dem ist zuzustimmen, wenn und weil der Schuldner den Auftrag bzw die Vollmacht bis zu diesem Zeitpunkt widerrufen hätte können. Die Richtigkeit dieser Auffassung lässt sich nicht zuletzt durch die „dogmatische Alternativkonstruktion“ bestätigen, wonach der Insolvenzverwalter alternativ gem § 36 iVm §§ 28, 29 IO den unterlassenen Widerruf von Auftrag/

5) OGH 1 Ob 10/01d; König/Trenker, Anfechtung⁶ Rz 4.68; Rebernik in Konecny, Insolvenzgesetze (74. Lfg; 2021) § 28 IO Rz 34; Bollenberger/Spitzer in KLS, IO² § 28 Rz 13.
6) Generell zu deren Berechnung König/Trenker, Anfechtung⁶ Rz 6.4 f.
7) Pollak, Concursrecht 354; Koziol/Bollenberger in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht¹⁴ § 27 KO Rz 39, § 28 KO Rz 4; König/Trenker, Anfechtung⁶ Rz 7.9; Rebernik in Konecny, Insolvenzgesetze § 28 IO Rz 5; Kodek, Insolvenzrecht² Rz 368.
8) IdS bereits Petschek/Reimer/Schiemer, Insolvenzrecht 345 f; König/Trenker, Anfechtung⁶ Rz 9.2; aA Koziol/Bollenberger in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht¹⁴ § 29 KO Rz 7 f; Bollenberger/

Spitzer in KLS, IO² § 29 Rz 6.
9) Allerdings: Wenn der Anfechtungsgegner kein Vorleistungsrisiko übernommen hat, also ein Zug-um-Zug-Geschäft angefochten wird, darf die „Wahl“ des Insolvenzverwalters, das spätere Verfügungsgeschäft anzufechten, nicht dazu führen, dass dem Anfechtungsgegner der Gegenanspruch auf Rückersatz seiner Gegenleistung iSd § 41 Abs 1 Fall 1, 2, Abs 2 Fall 1 IO verloren geht; ausf dazu Trenker in Kodek, IF 2022, 195 (200 ff); Trenker, ÖJA 2023, 190 (196 f), jeweils mit Fallbeispiel 1.
10) OGH 2 Ob 53/07v; differenzierend Koziol, Grundlagen 101.
11) König/Trenker, Anfechtung⁶ Rz 7.9; Rebernik in Konecny, Insolvenzgesetze § 28 IO Rz 4.

12) König/Trenker, Anfechtung⁶ Rz 9.37/1.
13) Indes wäre es zu streng, zu fordern, dass die Handlung iSd *Conditio-sine-qua-non*-Formel nicht weggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg ausbliebe. Man geriete dadurch zumindest in gewissen Konstellationen allzu rasch ins Fahrwasser hypothetischer Geschehensabläufe, die im Anfechtungsrecht jedoch nur in sehr engen Grenzen Beachtung verdienen; dazu König/Trenker, Anfechtung⁶ Rz 2.30 f.
14) RIS-Justiz RS0050774; OGH 7 Ob 718/87.
15) JBl 1988, 389 (391 f; EAnm).
16) Siehe dazu RIS-Justiz RS0064458.

Vollmacht anfechten hätte können;¹⁷⁾ bei dieser Unterlassungsanfechtung wäre der letztmögliche Handlungszeitpunkt, bis zu welchem der Antragsteller den Antrag auf Weisung des Schuldners zurücknehmen hätte können (§ 11 Abs 1 AußStrG), ausschlaggebend,¹⁸⁾ also die Eintragung im Grundbuch.¹⁹⁾

Versucht man dies zu verallgemeinern, so ist eine Handlung dem Schuldner für die Zwecke der Fristenberechnung gem §§ 28, 29 IO nur solange zuzurechnen, als der Schuldner noch die Möglichkeit hatte, die Rechtshandlung „zu stoppen“. Im Einzelfall erscheint es sogar interessengerecht, auf einen noch späteren Zeitpunkt abzustellen, nämlich dann, wenn der Schuldner nachträglich nochmals wesentlich zur Perfektion des angefochtenen Erfolgs beiträgt. Ein solcher Fall wurde vom Berufungsgericht zur E 3 Ob 97/18p offenbar in einem „*Drängen des Schuldners, die Verbücherung zugunsten der Beklagten endlich durchführen zu lassen*“, erblickt.

Fallbeispiel 1: Über S wird am 1.5.24 das Insolvenzverfahren eröffnet. Am 1.4.22 verkauft er eine Liegenschaft zu einem nach Ansicht des Insolvenzverwalters deutlich zu geringen Preis an A; der Insolvenzverwalter unterstellt sogar eine gemischte Schenkung. Der Vertrag wird von T treuhändig abgewickelt. S übergibt die Aufsandungserklärung (einschließlich eines Rangordnungsbeschlusses) am 29.4.22 an T. A überweist den Kaufpreis am 3.5.22 auf das Treuhandkonto. Am 5.5.22 bringt T den Antrag auf Einverleibung beim Grundbuch ein. Die Eintragung erfolgt am 6.5.22. Kann die Abwicklung des Kaufvertrags nach § 28 Z 2 bzw § 29 Z 1 IO angefochten werden?

Sowohl der Abschluss des Kaufvertrags als auch die letzte Handlung des Schuldners, nämlich die Übergabe der Aufsandungserklärung an den Treuhänder, liegen zweifellos außerhalb der Zwei-Jahres-Frist der § 28 Z 2, § 29 Z 1 IO. Der Antrag auf Einverleibung sowie der Vollzug der Eintragung fanden zwar innerhalb der kritischen Frist statt, wurden aber von einem mehrseitigen Treuhänder bzw vom Gericht vorgenommen, sodass der Schuldner die Vornahme der Rechtshandlung nicht mehr „aufhalten“ hätte

können. Folglich sind diese Handlungen dem Schuldner für die Fristenberechnung nicht zuzurechnen. Eine Anfechtung nach § 28 Z 2, § 29 Z 1 IO wäre daher ausgeschlossen.

2.3. Deckungsanfechtung gem §§ 30, 31 Fall 1 IO

Bei der sogenannten Deckungsanfechtung oder den Gläubigertatbeständen der §§ 30, 31 Fall 1 IO kann grundsätzlich nur jene Rechtshandlung Anfechtungsgegenstand sein, mit der die Befriedigung oder Sicherstellung bewirkt wird. Das ist im Grundsatz stets die entsprechende Verfügung. Anderes ist aber denkbar, etwa bei der Sicherstellung im Wege der Begründung einer Aufrechnungslage. Keine Voraussetzung der Deckungsanfechtung ist jedenfalls eine Rechtshandlung des Schuldners,²⁰⁾ weshalb die Ausführungen zu §§ 28, 29 IO nicht ohne weiteres übertragbar erscheinen.

Dennoch judiziert der OGH zu den Gläubigertatbeständen der §§ 30, 31 IO schon seit den 30er-Jahren des vorigen Jahrhunderts, dass es auf jenen Zeitpunkt ankomme, zu dem der Schuldner seine für den Modus erforderliche Mitwirkung unwiderruflich erfüllt habe.²¹⁾ Gerade bei der Anfechtung einer Hypothek sei dementsprechend die Ausstellung der Pfandbestellungsurkunde als maßgeblicher Zeitpunkt anzusehen.

Weil die Sicherstellung oder Befriedigung eben nicht vom Schuldner vorgenommen werden muss, vermag diese Ansicht jedoch in dieser Allgemeinheit nicht zu überzeugen. Zunächst steht außer Frage, dass bei der nach §§ 30, 31 Fall 1 IO ebenfalls möglichen Anfechtung einer exekutiven Pfandrechtsbegründung mangels Mitwirkung des Schuldners erst die exekutiv verfügte Einverleibung des Pfandrechts (§ 89 Abs 1 EO) oder die Anmerkung der Einleitung der Zwangsverwaltung (§ 98 EO) bzw -versteigerung (§ 137 EO) fristauslösend wirken kann. Richtigerweise muss es dem Zweck der Deckungsanfechtung entsprechend allerdings generell auf den Zeitpunkt ankommen, zu dem der Gläubiger seine insolvenzfeste Position erlangt. Eine

insolvenzfeste Position verschafft dem Gläubiger die Aushändigung einer (einverleibungsfähigen) Pfandbestellungsurkunde jedoch nur unter der zusätzlichen Voraussetzung, dass ihm auch ein Rangordnungsbeschluss iSd §§ 53 ff GBG überreicht wurde.²²⁾ Denn ohne Rangordnungsbeschluss könnten ihm bis zum rangwährenden (§ 29 Abs 1 GBG) Einlangen des Grundbuchgesuchs immer noch andere Gläubiger zuvorkommen. Dementsprechend hat der OGH in 2 Ob 542/91 immerhin gemeint, dass die kritische Frist jedenfalls auch dann ausgelöst werde, wenn der Gläubiger neben der einverleibungsfähigen Aufsandungserklärung auch einen Rangordnungsbeschluss in Händen hält (und wie zu ergänzen wäre: wenn er diesen Rangordnungsbeschluss letztlich auch verwendet und nicht „ablaufen“ [§ 55 GBG] lässt). Offen ließ das Höchstgericht, was gegolten hätte, wenn kein Rangordnungsbeschluss ausgestellt worden wäre. ME käme es diesfalls aus den genannten Gründen zweifellos auf den späteren Zeitpunkt der Antragstellung beim Grundbuchgericht an.

Die bisherigen Ausführungen sind bei der Anfechtung einer Sicherstellung schon vom Wortlaut gedeckt, weil die „Sicherstellung“ des Gläubigers eben in dem Zeitpunkt erfolgt, in welchem er eine insolvenzfeste Rechtsstellung erlangt. Währenddessen könnte man bei der Anfechtung der „Befriedigung“ aus einem Liegenschafts Kaufvertrag gegen diese Auffassung einwenden, dass der Käufer eben solange nicht befriedigt ist, bis der Eigentumsübergang im Grundbuch eingetragen wurde, mag er auch bereits zuvor eine einverleibungsfähige Aufsandungserklärung samt Rangordnungsbeschluss in Händen halten. Diese Argumentation erscheint jedoch zu formal. Erfolgt die Übergabe des Rangordnungsbeschlusses und der Aufsandungserklärung außerhalb der kritischen Frist, rechtfertigt allein der spätere Vollzug innerhalb der kritischen Frist eine Anfechtung nicht. Dies zeigt sich deutlich daran, dass der Käufer die Einverleibung seines Eigentums auf Basis einer „insolvenzfesten Sicherstellung“ außerhalb der kritischen Frist ja sogar erst nach Insolvenzeröffnung erwirken hätte können, womit eine Anfechtung von vornherein vom Tisch wäre.²³⁾

17) König, JBl 1988, 389 (391; EAnm).

18) Vgl allgemein König/Trenker, Anfechtung⁶ Rz 3.33, 7.36.

19) Eine Antragszurücknahme ist bis zum „Vollzug der bewilligten Eintragung“ möglich, siehe OGH 3 Ob 536/93; 5 Ob 77/05t; 5 Ob 31/12p; Kodek in Kodek, Grundbuchsrecht² § 76 GBG Rz 4 f; Rassi in Rassi, Grundbuchsrecht³ Rz 5.9.

20) Lehmann, KO, AO, AnfO 259; Koziol/

Bollenberger in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzzrecht I⁴ § 27 KO Rz 39; Astner, Deckung 60 f; König/Trenker, Anfechtung⁶ Rz 3.13; Rebernik in Konecny, Insolvenzzesetze § 30 IO Rz 18; Kodek, Insolvenzzrecht² Rz 368, 443 aE.

21) Grundlegend OGH 1 Ob 8/31 SZ 13/18; RIS-Justiz RS0064458 [T1, T2]; 3 Ob 592/84; 3 Ob 145/99s.

22) König/Trenker, Anfechtung⁶ Rz 10.51 f, 11.47/1 mwN.

23) Vgl König/Trenker, Anfechtung⁶ Rz 11.47/1. Dass dies gar nicht möglich ist, wenn der Rangordnungsbeschluss außerhalb der Jahresfrist des § 30 Abs 2 IO ausgestellt wurde, weil ein solcher nach einem Jahr seine Wirksamkeit verliert (§ 55 GBG), schadet der grundsätzlichen Richtigkeit dieser „Kontrollüberlegung“ nicht.

Zur Klarstellung ist schließlich darauf hinzuweisen, dass sich die auf den ersten Blick naheliegende Frage, ob dies bei der Einschaltung eines mehrseitigen Treuhänders *mutatis mutandis* gleich zu sehen wäre, prinzipiell nicht stellen kann. Bei einer ordnungsgemäßen treuhänderigen Abwicklung sind §§ 30, 31 Fall 1 IO schlicht nicht anwendbar, weil der sicher-gestellte oder befriedigte Gläubiger kein Vorleistungsrisiko übernommen hat und er daher nicht als Gläubiger iSd §§ 30, 31 Fall 1 IO zu qualifizieren ist.

2.4. Anfechtung als nachteiliges Rechtsgeschäft gem §§ 30, 31 IO

2.4.1. Problemaufriss: Verfügungsgeschäft als nachteiliges Rechtsgeschäft?

Die Determination des fristauslösenden Zeitpunkts für die Anfechtung einer Liegenschaftstransaktion als nachteiliges Rechtsgeschäft iSd § 31 Fall 2 IO hängt mit der alten Streitfrage zusammen, ob hierunter nur Verpflichtungsgeschäfte oder auch Erfüllungshandlungen als Verfügungsgeschäfte zu subsumieren sind. Tatsächlich lässt sich eine der zentralen praktischen Implikationen²⁴⁾ dieser Streitfrage ideal anhand einer Liegenschaftstransaktion exemplifizieren.

Fallbeispiel 2: Über S wird am 1.5.24 das Insolvenzverfahren eröffnet. Am 1.10.23 hat er – bereits nach Eintritt materieller Insolvenz – einen Kaufvertrag über eine Liegenschaft im Wert von € 500.000,- zu einem Preis von € 400.000,- abgeschlossen. Durchgeführt wird der Kaufvertrag erst Monate später: Die Aufsandungserklärung und der Kaufpreis langen in etwa zeitgleich am 1.2.24 beim Treuhänder ein. Dieser stellt den Antrag auf Einverleibung ins Grundbuch am 3.2.24, die Eintragung erfolgt am 4.2.24. Kann der Liegenschaftsverkauf als nach-

teiliges Rechtsgeschäft iSd § 31 Fall 2 IO angefochten werden?

Bezieht man unter den Begriff des nachteiligen Rechtsgeschäfts mit der wohl überwiegenden Ansicht²⁵⁾ nur Verpflichtungsgeschäfte mit ein, so müsste die Transaktion in Fallbeispiel 2 unanfechtbar sein, weil der Kaufvertrag außerhalb der Sechsmonatsfrist des § 31 Abs 2 IO abgeschlossen wurde.²⁶⁾ Gerade dieses Ergebnis will die Gegenansicht²⁷⁾ vermeiden: Wenngleich zwar die Verfügung als zwangsläufig nachteilige Handlung²⁸⁾ nicht isoliert von der versprochenen Gegenleistung betrachtet werden darf,²⁹⁾ so sei das der Erfüllungshandlung zugrundeliegende Verfügungsgeschäft als Teil des insgesamt nachteiligen Rechtsgeschäfts anzusehen. Es genüge daher, wenn die Verfügung innerhalb der kritischen Frist vorgenommen werde. Weil die Aufsandungserklärung in Fallbeispiel 2 erst innerhalb der Sechsmonatsfrist abgegeben wurde, wäre die nachteilige, weil „zu billige“ Liegenschaftsveräußerung dementsprechend anfechtbar. Fraglich wäre nach letzterer Ansicht lediglich, ob eine Anfechtung sogar möglich wäre, wenn zwar die Aufsandungserklärung außerhalb der Sechsmonatsfrist abgegeben, die Einverleibung aber erst innerhalb dieser kritischen Frist vorgenommen worden wäre.

2.4.2. Stellungnahme

Auf der Suche nach einer sachgerechten Lösung erscheint es verlockend, das Problem auf die Frage nach der Schutzwürdigkeit des Anfechtungsgegners zu reduzieren. Verdient der Anfechtungsgegnern in dieser Konstellation Schutz, weil er die Disposition noch außerhalb der kritischen Frist vorgenommen hat? Bei der Beantwortung dieser Frage läuft man als Rechtsanwender allerdings rasch Gefahr, auf außergesetzliche Eigenwertungen zurückzugreifen. Ob der Käufer schutzwürdig ist oder umgekehrt eine Schutzlücke des Gläubigerschutzes zu be-

fürchten wäre, hängt nämlich gerade von der eigentlich zu lösenden Frage ab, wie man § 31 Fall 2 IO im Zusammenspiel mit seinem zeitlichen Anwendungsbereich interpretiert, sodass dieser Gedankengang im Kreis führt. Es bleibt daher einmal mehr kein anderer Weg, als den klassischen Methodenkanon abzarbeiten.

Freilich mündet bereits die Wortlautinterpretation von § 31 IO in äußerst komplexe Bahnen der systematischen und historischen Interpretation. Ob eine Erfüllungshandlung als eigenständiges „Rechtsgeschäft“ zu qualifizieren ist, hängt mit der altehrwürdigen, gerade jüngst wieder heftig diskutierten Streitfrage zusammen, ob das österreichische Recht eine dingliche Einigung iSe Verfügungsgeschäfts kennt bzw verlangt.³⁰⁾ Selbst unter den (deutlich überwiegenden) Befürwortern dieser Ansicht ist strittig, ob diese Einigung zeitlich mit dem Verpflichtungsgeschäft oder der Erfüllungshandlung (Übergabe, Aufsandungserklärung) zusammenfällt.³¹⁾ Nur wenn Letzteres der Fall ist, wäre es in systematisch friktionsfreier Weise zutreffend, die bloße Erfüllungshandlung als (fristauslösendes) Rechtsgeschäft zu qualifizieren.

Das Verständnis der dinglichen Einigung im aktuellen Diskurs darf allerdings nicht losgelöst vom historischen Kontext der Entstehung des Anfechtungstatbestands nachteiliger Rechtsgeschäfte betrachtet werden. Insoweit ist zunächst beachtlich, dass die Lehre von der dinglichen Einigung als einem eigenständigen Rechtsgeschäft in Österreich erst in etwa in jenem Zeitraum aufgekomen sein dürfte,³²⁾ in dem das AnfG 1884³³⁾ erlassen wurde. Man könnte dementsprechend die Erklärung dafür, dass sich ausgerechnet³⁴⁾ *Emil Steinbach*³⁵⁾ explizit gegen die Subsumtion einer Erfüllungshandlung unter § 9 AnfG 1884, der offensichtlichen Vorgängernorm des heutigen § 31 Fall 2 IO, wendete, darin suchen, dass die Annahme einer darin „verborge-

24) Zum Ganzen *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 11.55/2 ff.

25) *Koziol*, JBl 1982, 57 (66 ff); *Koziol*, Grundlagen 92; *Rebernick*, Kontokorrentkredit 170 ff; *Koziol/Bollenberger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht I⁴ § 31 KO Rz 18; *Widhalm*, Kontokorrent 44 ff; *Koziol/Koch* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht III² Rz 1/172; *Zöchling-Jud/Kogler*, ÖBA 2012, 428 (441 f); *Bollenberger/Spitzer* in *KLS*, IO² § 31 Rz 13.

26) Explizit idS *Koziol*, Grundlagen 102 mwN.

27) *Wittmann*, Factoring 118 ff, insb 121 ff; *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 11.54 ff; ebenso noch *Trenker*, Insolvenzanfechtung 38 f.

28) Insofern zutr *Koziol*, JBl 1982, 57 (67 f).

29) *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 11.55/1.

30) Dagegen jüngst mit beachtlichen Argumenten *Holzweber/Isola*, ÖJA 2024, 1; vgl wohl auch idS *Kogler*, Vergleich 289 FN 1275 f.

31) Für Ersteres RIS-Justiz RS0011124; wohl auch RS0011123; OGH 3 Ob 43/86; aus dem Schrifttum: *Spielbüchler*, JBl 1971, 589 (592 ff); *F. Bydlinki* in *Klang*, ABGB IV/2² 275; *Holzner*, JBl 2010, 674 ff; für Letzteres *Welser*, JBl 1975, 219 f; *Koziol*, JBl 1977, 617 (621 ff); wohl ohne Festlegung auf einen bestimmten Zeitpunkt *Häublein/Kronthaler* in *FS Schwartz* 157 (165); *Kronthaler*, ÖJA 2023, 234 ff; möglicherweise auch idS OGH 7 Ob 39/94, wonach es genügt,

wenn „*der Traditionswille noch noch im Zeitpunkt der tatsächlichen Übernahme fortwirkt*“.

32) Ausf dazu *Riss*, Eigentumsvorbehalt 65 ff, der auf die Arbeiten von *Exner*; Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition nach österreichischem und gemeinem Recht (1876) 4 ff und *Unger*; System des österreichischen allgemeinen Privatrechts II⁵ (1892) 9 fFN 30 verweist; siehe ferner *Holzweber/Isola*, ÖJA 2024, 1 (4 ff): „*in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts*“.

33) RGBI 1884/36.

34) Zur Bedeutung *Emil Steinbachs* für die Entstehung des AnfG 1884 siehe *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 1.9.

35) Kommentar³ 87.

nen“ dinglichen Einigung zumindest der damaligen Dogmatik fernlag.³⁶⁾

Allerdings dürfte diese Auffassung einen ganz anderen Hintergrund gehabt haben, wie die Begründung von *Steinbach*³⁷⁾, aber etwa auch die einschlägige Stellungnahme *Menzels*³⁸⁾ zeigt: § 9 AnfG wollte ausweislich seines Wortlauts (nur) die „nicht schon durch die Bestimmungen der §§ 2 bis 7 getroffenen Rechtsgeschäfte“ miteinbeziehen; das traf auf Erfüllungshandlungen nicht zu, weil sie schon Anfechtungsgegenstand von § 6 AnFO waren, dem Vorläufer des heutigen § 31 Fall 1 IO. Aber: Mit der Neuregelung des Anfechtungsrechts durch die KO 1914 sollte derartigen (Umkehr-)Schlüssen, wonach sich der Anwendungsbereich der Anfechtungstatbestände gegenseitig ausschließe, jeglicher Boden entzogen werden.³⁹⁾ Das äußert sich konkret darin, dass § 31 Fall 2 KO/IO die dargestellte Einschränkung des § 9 AnfG mit keinem Wort mehr erwähnt. Vielmehr wird „§ 31, Z 2“ in der Denkschrift zur KO⁴⁰⁾ sogar explizit als einer der „übergreifende[n] Tatbestände“ bezeichnet, der dazu dienen sollte, „um Lücken im Gesetze zu vermeiden“. Es liegt nun durchaus nahe, dass damit gerade der „Übergriff“ auf die (primär) von § 31 Fall 1 KO erfasste Anfechtung von Erfüllungshandlungen gemeint war.

Jedenfalls lehnte *Ehrenzweig*⁴¹⁾ in der Fortführung des Standardkommentars von *Steinbach* dessen enges Verständnis vom Rechtsgeschäft „zumindest für das neue Recht“ entschieden ab und bezog Befriedigungshandlungen sehr wohl in den Anwendungsbereich der Anfechtung von Rechtsgeschäften nach § 31 Fall 2 KO ein. Auch *Bartsch*⁴²⁾, maßgeblicher Protagonist in der Entstehungsgeschichte der KO und bekanntlich besonderer Kenner des Anfechtungsrechts,⁴³⁾ subsumierte Sicherstellungen und Befriedigungen nunmehr unter den Begriff des Rechtsgeschäfts. In Deutschland, wo eine rechtsgeschäftliche Qualifikation der Erfüllungshandlung allerdings zugegeben weit näher liegen dürfte, wird das

Erfüllungsgeschäft übrigens sogar als „ein vom Schuldner [...] geschlossener entgeltlicher Vertrag“ iSd § 133 InsO verstanden.⁴⁴⁾

Erstes Zwischenfazit: Unabhängig davon, ob die (aktuelle) zivilrechtliche Dogmatik ein eigenes Verfügungsgeschäft für einen derivativen Rechtserwerb voraussetzt und dieses zeitlich überhaupt bei der Übergabe (Erfüllungshandlung) festmacht, spricht die historische Interpretation maßgeblich für eine bewusste Entscheidung des Gesetzgebers, den sachenrechtlichen Übertragungsakt im Rahmen der Erfüllung eines zweiseitigen Vertrags ebenfalls dem Begriff des Rechtsgeschäfts nach § 31 Fall 2 IO zu unterwerfen. Demgegenüber sollte der Bedeutungsgehalt der Wendung „eingegangenen“ nicht unbedingt als Indiz für eine bewusste Einschränkung des Anwendungsbereichs auf Verpflichtungsgeschäfte gewertet werden. Denn diese Formulierung fand sich bereits im letztlich in wesentlichen Punkten anders ausgestalteten § 9 AnfG 1884.⁴⁵⁾

Dennoch ist dieser Formulierung eine sehr wichtige Erkenntnis zu entnehmen: Wenngleich der Gesetzgeber § 31 Fall 2 IO im Dienste der Lückenfüllung ausgestaltet hat und sich daher eine sklavische Beschränkung auf jene Handlungen verbietet, die unter den zivilrechtlichen Rechtsgeschäftsbegriff i.e.S. fallen, so können doch nur solche Handlungen *eingegangen* werden, denen eine bewusste Willensentscheidung des Schuldners zugrunde liegt. Dementsprechend ist es die bewusste Willensentscheidung zu einer vermögensrechtlichen Disposition mit rechtsgeschäftlichen Folgen, die im weiteren Sinne zweiseitig ausgestaltet ist, welche das Rechtsgeschäft iSd § 31 Fall 2 IO charakterisiert und abgrenzt (zur Anwendung dieser Definition auf andere Rechtshandlungen siehe unten 2.4.4.). Dafür reicht aber auch die Willensentscheidung aus, eine bereits früher eingegangene Verpflichtung zu erfüllen. Eine derartige Willensentscheidung ist in der rechtlichen Übergabe und Übernahme (§§ 425 ff ABGB) ja selbst nach jenen

enthalten, welche bestreiten, dass das ABGB ein eigenständiges Verfügungsgeschäft fordere.⁴⁶⁾ Der naheliegende Einwand, dass der Schuldner ja gar keine andere Wahl habe, als seine aufrechten Verpflichtungen zu erfüllen, ist deshalb unberechtigt, weil der Schuldner, zumal zahlungsunfähig oder überschuldet, stattdessen einen Insolvenzantrag stellen könnte – und nach der Intention des Gesetzgebers auch sollte, wie sogleich näher darzulegen sein wird.

Zuvor sei noch ein Wort zum Einwand erlaubt, Erfüllungshandlungen könnten deshalb nicht erfasst sein, weil sie isoliert betrachtet stets nachteilig wären.⁴⁷⁾ Obwohl diese Beobachtung zutrifft, kann ihr zwanglos dadurch Rechnung getragen werden, dass die Nachteiligkeit der Erfüllung nicht isoliert von der Gegenleistung des Vertragspartners betrachtet werden darf.⁴⁸⁾ Insoweit verbleibt der Deckungsanfechtung des § 31 Fall 1 IO durchaus ein sinnvoller Anwendungsbereich, weil dort – anders als bei § 31 Fall 2 IO – eine isolierte Betrachtung der Erfüllungshandlung des Schuldners geboten ist; so viel zu einem weiteren Argument gegen die Einbeziehung von Erfüllungshandlungen unter § 31 Fall 2 IO.⁴⁹⁾

In eine ähnliche Kerbe schlägt das Argument, dass der Nachteil, vor dem § 31 Fall 2 IO zumindest beim Grundtatbestand des unmittelbar nachteiligen Rechtsgeschäfts erkennbar schützen soll, ja gerade die im Verpflichtungsgeschäft vereinbarte Inäquivalenz zwischen Leistung und Gegenleistung sei. Dies würde nämlich beweisen, dass nur das Verpflichtungsgeschäft als Anfechtungsgegenstand in Betracht komme.⁵⁰⁾ Dem ist zwar für das unmittelbar nachteilige Rechtsgeschäft prinzipiell zuzustimmen. Allerdings sind, woran spätestens seit dem IRÄG 2010 kein Zweifel mehr bestehen kann,⁵¹⁾ eben auch mittelbar nachteilige Rechtsgeschäfte Gegenstand der Anfechtung nach § 31 Fall 2 IO. Ein mittelbarer Nachteil hängt nun aber sogar typischerweise von der Erfüllung des Rechtsgeschäfts ab, weil der Schuldner

36) *Krasnopolski* (Anfechtungsrecht 64) bezog „dingliche Verträge“ allerdings bereits explizit mit ein.

37) Kommentar³ 87: Der Gesetzestext begründe „einen Gegensatz zu den bloßen Leistungen, welche nicht als Eingehung, sondern als Erfüllung eines Vertrages sich darstellen und welche durch § 6 unter gewissen Voraussetzungen mit der Anfechtung bedroht werden“.

38) Anfechtungsrecht 182 f.

39) Denkschrift 43 f; *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 315; *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 2.25.

40) 44.

41) Kommentar 276.

42) In *Bartsch/Pollak*, KO, AO, AnFO I § 31 Anm 6; für ein weites Verständnis auch *Rosmarin*, Kommentar 39 f; wohl aA *Lehmann*, KO, AO, AnFO 285, zumindest wenn man unter den seines Erachtens erfassten „vertragsmäßigen Entäußerungen“ nur das Verpflichtungsgeschäft versteht.

43) Zu dessen Wirken *Riel*, ZIK 2015, 12 ff.

44) BGH IX ZR 153/15; IX ZR 94/14 NJW-RR 2017, 682.

45) IdS aber *Koziol*, JBl 1982, 57 (67).

46) *Kogler*, Vergleich 289 FN 1275 f; *Holzweber/Isola*, ÖJA 2024, 1 (16 f).

47) *Koziol*, JBl 1982, 57 (67); *Koziol*, Grundlagen 92.

48) So *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 11.55/1, wobei darin nur auf eine Zug-um-Zug erbrachte Gegenleistung Rücksicht genommen wird. Ob für § 31 Fall 2 IO nicht auch Vorleistungen des Anfechtungsgegners einzubeziehen sind, erscheint mE aber zumindest prüfungsbedürftig.

49) JBl 1982, 57 (67).

50) So *Rebermig* in *Konecny*, Insolvenzgesetze (76. Lfg; 2021) § 31 IO Rz 27.

51) Vgl dazu insb ErlRV 612 BlgNR 24. GP 7.

erst durch den Leistungsaustausch in die Lage versetzt wird, die erhaltene Gegenleistung ersatzlos zu „verbrauchen“ und/oder sie zum „Weiterwursteln“ zu nutzen und dadurch den Ausfall der Gläubiger zu vergrößern. Es trifft daher nicht zu, dass die teleologische Schlagrichtung von § 31 Fall 2 IO allein auf die Beseitigung der Effekte einer eingegangenen Verpflichtung gerichtet sei.

Im Gegenteil: Indem das IRÄG 2010 als Zweck der Anfechtbarkeit nachteiliger Rechtsgeschäfte den mittelbaren Effekt dafür, „eine rechtzeitige Eröffnung eines Insolvenzverfahrens zu erreichen“,⁵²⁾ bezeichnet hat, wäre eine Beschränkung des Anwendungsbereichs auf Verpflichtungsgeschäfte teleologisch kaum mehr zu rechtfertigen. Der Schuldner muss nach Zahlungsunfähigkeit eben nicht nur vom Abschluss neuer Verpflichtungsgeschäfte, sondern auch von der Durchführung bereits geschlossener Verträge abgehalten werden, wenn § 31 Fall 2 IO einen effektiven „Anreiz“ zur Insolvenzantragstellung schaffen soll.

2.4.3. Ergebnis

Sowohl aufgrund historischer als auch teleologischer Überlegungen sprechen die besseren Gründe dafür, Erfüllungshandlungen (vom Begriff des Verfügungsgeschäfts sollte aufgrund der diesbezüglichen Kontroverse im Zivilrecht zumindest in diesem Kontext besser abgesehen werden) sehr wohl als Anfechtungsgegenstand von § 31 Fall 2 IO anzusehen. Rechtskonstruktiv sieht man dafür entweder in der Übergabe/Erfüllung selbst ein Rechtsgeschäft iSd § 31 IO. Oder man erfasst diese neben dem Verpflichtungsgeschäft als Teil eines gesamthaft betrachteten Rechtsgeschäfts. Jedenfalls genügt es, wenn die maßgebliche Erfüllungshandlung in der kritischen Frist vorgenommen wurde.

Da der Anfechtungsgegenstand von § 31 Fall 2 IO aber – wie gezeigt – auf einer rechtsgeschäftlich relevanten Willensentscheidung des Schuldners beruhen muss, kommt es bei Liegenschaftstransaktionen genau genommen darauf an, wann der Schuldner die Aufsandungserklärung ausgestellt hat. Dass die Aufsandungserklärung einseitig ausgestaltet ist, schadet deshalb nicht,

wenn und weil sie zur Erfüllung eines zweiseitigen Rechtsgeschäfts, also einer entgeltlichen Liegenschaftstransaktion erfolgt. Sollte dies außerhalb der Sechsmonatsfrist geschehen sein und das Eigentumsrecht innerhalb der Sechsmonatsfrist einverleibt worden sein, scheidet eine Anfechtung nach § 31 Fall 2 IO folglich aus. Der Zeitpunkt des Einlangens einer erforderlichen grundverkehrsbehördlichen Genehmigung vermag übrigens ebenfalls nichts daran zu ändern, dass die kritische Frist bereits mit Ausstellung der Aufsandungserklärung ausgelöst wird.⁵³⁾

Das Ergebnis, dass ein Liegenschaftskäufer nach dieser Auffassung das Anfechtungsrisiko (freilich nur jenes von § 31 IO, nicht aber jenes von § 28 IO) ausschalten kann, wenn er ab Ausstellung der Aufsandungserklärung sechs Monate zuwartet, bevor er um die grundbücherliche Einverleibung ansucht, mag auf den ersten Blick befremdlich anmuten. Man könnte es aber auch wohlwollend als gelungene Ausprägung der Gewährleistung von Verkehrssicherheit interpretieren, was immerhin anerkannter Zweck der kritischen Fristen ist.

2.4.4. Exkurs: Sonstige Rechtshandlungen als nachteilige Rechtsgeschäfte

Die soeben gewonnenen Erkenntnisse lassen sich dahingehend verallgemeinern, dass für die Abgrenzung eines Rechtsgeschäfts iSd § 31 Fall 2 IO weniger die exakte dogmatische Qualifikation der Zivilrechtslehre maßgeblich erscheint. Vielmehr kommt es iSd im Anfechtungsrecht hochgehaltenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise⁵⁴⁾ darauf an, dass der Schuldner eine Willensentscheidung vornimmt, die vermögensrechtliche Folgen im Rahmen eines iwS zweiseitigen Rechtsgeschäfts für ihn zeitigt (siehe bereits oben 2.4.2.). Dieses Verständnis harmoniert auch mit anderen anerkannten Beispielen eines potenziell anfechtbaren Rechtsgeschäfts.

So ist auch die Subsumtion der „Aufrechterhaltung des Kreditverhältnisses“⁵⁵⁾ bzw die Hereinnahme von Einzahlungen und die entsprechende Gestattung von Kreditauszahlungen⁵⁶⁾ schwerlich als klassisches Rechtsgeschäft iES zu verstehen, aber dennoch sogar

eines der wichtigsten Anwendungsbeispiele für § 31 Fall 2 IO. Hauptargument für die Subsumtion dieser Rechtshandlung unter den anfechtungsrechtlichen Begriff des Rechtsgeschäfts ist eben, dass dieser Handlung durchaus ein eigenständiger Willensentschluss beider Vertragsparteien zugrunde liegt, sofern das Kreditinstitut den Kredit jederzeit fällig stellen hätte können (was folgerichtig auch Voraussetzung für die Anwendung von § 31 Fall 2 IO ist).⁵⁷⁾

Ein weiteres Beispiel für eine entsprechend weite Auslegung der „eingegangenen [...] Rechtsgeschäfte“ liefert die freiwillige Tilgung einer fremden Verbindlichkeit: Diese Rechtshandlung beruht ebenfalls auf einem selbständigen Entschluss des Schuldners mit rechtsgeschäftlichen Folgen für sein Vermögen, was deren Einbeziehung in § 31 Fall 2 IO system- und interessengerecht erscheinen lässt.⁵⁸⁾ Das zeigt auch folgende „Kontrollüberlegung“: Ohne weiteres tatbildlich wäre es, wenn sich der Schuldner gegenüber dem Dritten spätestens eine juristische Sekunde vor der Leistung durch Schuldbeitritt, -übernahme oder Bürgschaft zur Schuldtilgung verpflichtet hätte. Dann kann aber doch schwerlich anderes gelten, wenn der Schuldner die Tilgung der fremden Schuld vornimmt, ohne sie zuvor in ein entsprechendes Verpflichtungsgeschäft „gekleidet“ zu haben. Der befriedigte Gläubiger schiene sogar eher schutzwürdig, wenn die Leistung zuvor durch einen Rechtsgrund im Verhältnis zum Schuldner legitimiert worden wäre, sodass es nicht überzeugt, ihn diesfalls anfechtungsrechtlich strenger zu behandeln. Der Entschluss zur Leistung an den Dritten sowie dessen Umsetzung ist folglich wohl sogar aufgrund eines *argumentum a fortiore* als Eingehen eines Rechtsgeschäfts iSd § 31 Fall 2 IO zu qualifizieren.

2.5. Maßgeblicher Zeitpunkt für das Vorliegen subjektiver Tatbestandsmerkmale

Von besonderer praktischer Bedeutung ist schließlich der Hinweis, dass die für die jeweiligen Tatbestände soeben ermittelten Zeitpunkte nicht nur den Referenzzeitpunkt für die Berechnung der kritischen Fristen festlegen, sondern im

52) ErlRV 612 BlgNR 24. GP 6 f.

53) Zutr *Rebernik* in Konecny, Insolvenzgesetz § 31 IO Rz 28, der freilich konsequenterweise auf den Zeitpunkt des Verpflichtungsgeschäfts abstellt.

54) OGH 1 Ob 112/01d; 2 Ob 177/02x; 3 Ob 79/12g; 3 Ob 174/17k. Die E 6 Ob 172/06x betont sogar, dass es „[g]erade beim Anfechtungsgrund des

nachteiligen Rechtsgeschäfts [...] maßgeblich auf die wirtschaftliche Betrachtungsweise“ ankommt.

55) OGH 6 Ob 110/00w; 9 Ob 24/04a; 6 Ob 72/06s; ebenso ErlRV 612 BlgNR 24. GP 7: „Aufrechterhaltung eines Kontokorrentverhältnisses“.

56) So *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 11.103; ähnlich *Bollenberger/Spitzer*

in KLS, IO² § 31 Rz 14.

57) *Bollenberger/Spitzer* in KLS, IO² § 31 Rz 14.

58) *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 11.55/2; ebenso bereits *Lehmann*, KO, AO, AnF 285; aA *Rebernik* in Konecny, Insolvenzgesetz § 31 IO Rz 27.

Grundsatz auch jenen Zeitpunkt, zu dem die subjektiven Tatbestandsmerkmale des Schuldners und des Anfechtungsgegners (spätestens) vorliegen müssen.⁵⁹⁾

3. Gläubigerbenachteiligung und Befriedigungstauglichkeit

3.1. Dogmatisches Verhältnis beider Voraussetzungen

Das Tatbestandsmerkmal der Gläubigerbenachteiligung kann bei Liegenschaftstransaktionen deshalb eine besondere Rolle spielen, weil Immobilien großen Wertschwankungen unterliegen, was besonders interessante Fragen aufwerfen kann. Bevor darauf anhand zweier Beispiele eingegangen werden soll, seien ein paar Gedanken zum Verhältnis der Gläubigerbenachteiligung zur Befriedigungstauglichkeit erlaubt.

Nach mittlerweile⁶⁰⁾ ganz hM⁶¹⁾ handelt es sich zwar um zwei getrennt zu beurteilende, kumulativ erforderliche Voraussetzungen jeder erfolgreichen Insolvenzanfechtung. ME ist die Zweckmäßigkeit dieser Aufspaltung in zwei allgemeine (!) Tatbestandserfordernisse allerdings zweifelhaft. Mehr oder minder anerkannt ist immerhin, dass beide Voraussetzungen zumindest im absoluten Regelfall gleich zu beurteilen sind.⁶²⁾ In der Sache dürften beide Kriterien auch dasselbe *telos* verfolgen, nämlich, dass vor Insolvenzeröffnung – anders als danach (§§ 3, 10, 13 IO) – nicht jede das (exekutionsunterworfenen [§ 2 Abs 2 IO]) Vermögen des Schuldners betreffende Rechtshandlung für unwirksam erklärt werden soll. Das leuchtet ohne weiteres ein: War die Rechtshandlung aus Sicht der Befriedigungsinteressen der Gläubiger neutral oder sogar positiv, so erscheint

nämlich weder ein Eingriff in die grundsätzlich rechtmäßig (!) erworbene Rechtsstellung des Anfechtungsgegners noch der mit der (gerichtlichen) Geltendmachung typischerweise verbundene Aufwand gerechtfertigt.⁶³⁾ Die Anfechtung ist eben nicht Selbstzweck, sondern muss sich für die Gläubiger „auszahlen“.⁶⁴⁾

Dies bringt der Terminus der Befriedigungstauglichkeit treffend auf den Punkt. Der herausgearbeiteten Wertung ist eben durch die Prüfung Genüge zu tun, ob sich die Befriedigungsaussichten der (Insolvenz- und Masse-^{65))Gläubiger nach Vornahme einer Anfechtung voraussichtlich verbessern. Im Regelfall ist also zu bewerten, was der Leistungsanspruch der Masse gem § 39 IO erlässt. Weil diese Rechnung ansonsten unvollständig bliebe, müssen aber auch potenzielle Gegenansprüche des Anfechtungsgegners gem § 41 IO miteinbezogen werden.}

Richtig ist nun, dass das Ergebnis dieser Prüfung normalerweise nur dann positiv ausfällt, wenn die angefochtene Handlung (oder Unterlassung) ursprünglich zumindest mittelbar nachteilig war. Insoweit sind Gläubigerbenachteiligung und Befriedigungstauglichkeit eben sprichwörtlich wahrlich „zwei Seiten derselben Medaille“.⁶⁶⁾ Dennoch ist mE kein hinreichender Grund ersichtlich, sich zusätzlich zur Prüfung der Befriedigungstauglichkeit in einem vor- oder nachgelagerten Schritt mit der isolierten Frage dieser Gläubigerbenachteiligung auseinanderzusetzen, wenn dieses Kriterium nicht ohnehin maßgeblich für die Verwirklichung des jeweiligen Tatbestands ist, wie dies bei § 31 Fall 2 IO und § 28 Z 2–4 IO der Fall ist. Kurzum: Dem Zweck der Anfechtung kann dadurch hinreichend entsprochen werden, dass man in § 27 IO „nur“ die Befriedigungstauglichkeit der Anfechtung als ungeschriebene

Voraussetzung „hineinliest“, das Erfordernis der Benachteiligung aber auf jene Tatbestände beschränkt, wo es gesetzlich angeordnet ist. Es kommt wohl nicht von ungefähr, dass diese Lösung bereits kein geringerer als *Albert Ehrenzweig*⁶⁷⁾ propagiert hatte.

Diese Herangehensweise würde nicht nur Argumentationsaufwand im Einzelfall sowie aufwändige literarische Abgrenzungsüberlegungen ersparen, sondern hätte wohl auch jenem merkwürdigen Ergebnis vorgebeugt, wonach Gläubigerbenachteiligung und Befriedigungstauglichkeit nicht nur getrennt zu prüfen seien, sondern auch die diesbezügliche Beweislast nach (noch) hM⁶⁸⁾ jeweils abweichend verteilt sein kann. Zumindest dieser Folgerung kann sinnvollerweise nicht zugestimmt werden. Was dies im Endeffekt bedeutet, hängt freilich davon ab: Anerkennt man – wie dies mittlerweile auch die Rsp tut⁶⁹⁾ – eine dahingehende gesetzgeberische Weichenstellung, dass der Insolvenzverwalter die Gläubigerbenachteiligung „nur“ bei jenen Tatbeständen zu beweisen hat, wo sie im Gesetzeswortlaut angelegt ist (§ 28 Z 2–4, § 31 Fall 2 IO),⁷⁰⁾ so muss dies auch für die Frage der Befriedigungstauglichkeit gelten.⁷¹⁾ Wer hingegen bestreitet, dass der Systematik und/oder historischen Gebarung⁷²⁾ der §§ 27 ff IO wirklich ein solches Konzept entnommen werden kann,⁷³⁾ müsste zum Ergebnis kommen, dass der Insolvenzverwalter stets die einschlägige Beweislast trägt.

3.2. Einfluss nachträglicher Wertschwankungen der Liegenschaft auf die Anfechtbarkeit

Zurück zur Anfechtung von Liegenschaftstransaktionen: Konkret interessiert hier die Frage, ob und wie sich Wertver-

59) Vgl zu § 28 IO RIS-Justiz RS0064273 [T3, T4]; OGH 17 Ob 13/21t; *Rebernik* in Konecny, Insolvenzzesetze § 28 IO Rz 21, 27.

60) Siehe hingegen noch *Ehrenzweig*, GZ 1915, 145 (148); *Ehrenzweig*, Kommentar 71 f; ferner RIS-Justiz RS0064354: „Das Erfordernis der Gläubigerbenachteiligung bedeutet, dass die Anfechtung befriedigungstauglich sein muss [...]“. Die „Spaltung“ in zwei Tatbestandsmerkmale dürfte in neuerer Zeit (so freilich schon *Lehmann*, KO, AO, AnFO 205 ff) einer von *Koziol* (JBl 1982, 57 ff) angestoßenen – aufgrund der Klarstellungen des IRÄG 2010 (ErlRV 612 BlgNR 24. GP 7) jedoch überholten – Streitfrage zur Anfechtbarkeit mittelbar nachteiliger Kreditgeschäfte nach § 31 IO entspringen (zur Entwicklung *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 5.2).

61) *Koziol/Bollenberger* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzzrecht I⁴ § 27 KO

Rz 43 ff, 50 ff; *Widhalm-Budak*, Anfechtungsrecht³ 6 ff; *Rebernik* in Konecny, Insolvenzzesetze § 27 IO Rz 78 ff, 151 ff; *Kodek*, Insolvenzzrecht² Rz 384 ff; *Bollenberger/Spitzer* in KLS, IO² § 27 Rz 21 ff, 27 ff; *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzzrecht⁵ Rz 150 f.

62) OGH 1 Ob 604/91; 1 Ob 617/93; 7 Ob 225/98h.

63) Siehe bereits *Lehmann*, KO, AO, AnFO 205 f; *Koziol*, JBl 1982, 57 (61).

64) *Ehrenzweig*, GZ 1915, 145 (148); *Ehrenzweig*, Kommentar 72: „ein bloß akademisches Erkenntnis auf Rechtswirksamkeit ist nicht statthaft“.

65) OGH 1 Ob 96/72; 1 Ob 10/01d; *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 5.6 ff; *Rebernik* in Konecny, Insolvenzzesetze § 27 IO Rz 151; *Bollenberger/Spitzer* in KLS, IO² § 27 Rz 27.

66) *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 5.3.

67) GZ 1915, 145 ff, insb 148; *Ehrenzweig*, Kommentar 67 ff, insb 71 ff.

68) So zB *Bollenberger/Spitzer* in KLS, IO² § 27 Rz 26 f; ebenso noch *Rebernik* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzzesetze (22. Lfg; 2006) § 27 KO Rz 83, 107 f; *König*, Anfechtung⁵ Rz 5.9 iVm 5.43.

69) OGH 4 Ob 306/98y; weiters RIS-Justiz RS0111465; so bereits *Lehmann*, KO, AO, AnFO 210.

70) *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 5.43 f.

71) *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 5.9/1 iVm Rz 5.45; zust *Rebernik* in Konecny, Insolvenzzesetze § 27 IO Rz 157 aE; *Walcher*; EvBl 2021/144, 1035 (1037; EAnm).

72) Vgl aber immerhin zu § 28 IO Denkschrift 34.

73) So *Koziol/Bollenberger* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzzrecht I⁴ § 27 KO Rz 49; *Bollenberger/Spitzer* in KLS, IO² § 27 Rz 26; ebenso noch zB OGH 8 Ob 558/91; 1 Ob 604/91; 4 Ob 99/97f.

änderungen, die nach Vollzug der Veräußerung eintreten, auf das Tatbestandsmerkmal der Befriedigungstauglichkeit sowie – unter Zugrundelegung der hM – auf jenes der Gläubigerbenachteiligung auswirken. Dabei ist sowohl denkbar, dass sich ein ursprünglicher günstiger oder zumindest wertäquivalenter Verkauf wegen späterer Wertsteigerungen *ex post* doch als nachteilig erweist, als auch der umgekehrte Fall, bei dem ein nachträglicher Wertverlust einen ursprünglich ungünstigen Verkauf doch als kluge Disposition erweist. Beide Konstellationen lassen sich wiederum am besten anhand von Fallbeispielen diskutieren.

3.2.1. Nachträgliche Wertsteigerung der veräußerten Liegenschaft

Fallbeispiel 3: Der Schuldner S verkauft am 30.11.23 nach eingetretener Zahlungsunfähigkeit eine Liegenschaft, deren Wert im Veräußerungszeitpunkt auf € 1.000.000,- geschätzt wird, um einen Kaufpreis von € 1.100.000,-. Am 1.5.24 wird das Insolvenzverfahren über S eröffnet. Aufgrund der Ankündigung umfangreicher Infrastrukturmaßnahmen in der Nähe der Liegenschaft kommt es zu einer signifikanten Wertsteigerung. Der Insolvenzverwalter ficht den Kaufvertrag deshalb gem §§ 28, 31 Fall 2 IO an. Im Anfechtungsprozess stellt der Sachverständige fest, dass die Liegenschaft mittlerweile einen Wert von € 1.200.000,- habe.

Dieses Beispiel bereitet keine allzu großen Probleme: Die Anfechtung ist ohne Zweifel befriedigungstauglich, weil der Anspruch auf Rückübertragung der Liegenschaft selbst dann günstig für die Gläubiger wäre, wenn der Gegenanspruch des Käufers auf Zurückzahlung des Kaufpreises gem § 41 Abs 1 IO als Aussonderungs- oder Masseforderung⁷⁴⁾ zu befriedigen wäre. *Sub specie* Gläubigerbenachteiligung ist die Handlung zwar nicht als unmittelbar nachteilig zu qualifizieren, weil sie im Zeitpunkt ihrer Vornahme keinen Nachteil für die Befriedigungsaussichten der Gläubiger gebracht hat.⁷⁵⁾ Sie ist jedoch mittelbar nachteilig, weil ihr zum Schluss der mündlichen Streitverhandlung erster Instanz im Anfechtungsprozess⁷⁶⁾ sehr wohl ein Nachteil für die Gläubiger zu

attestieren ist: Wäre die Liegenschaft noch im Eigentum des Schuldners, stünden sie zweifellos besser. Diese Erkenntnis hätte man aber bereits aus dem Vorliegen von Befriedigungstauglichkeit ableiten können.

Aufmerksamkeit verdient die Frage der Gläubigerbenachteiligung in Fallbeispiel 3 folglich mE nur deshalb, weil sie für die konkret einschlägigen Tatbestände § 31 Fall 2 IO sowie – zumindest indirekt – § 28 IO Relevanz hat: Nach § 31 Fall 2 IO ist ein unmittelbar nachteiliges Rechtsgeschäft, das der Anfechtungsgegner trotz Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit abschließt, ohne weiteres anfechtbar (man könnte von § 31 Fall 2 Alt 1 IO sprechen). Währenddessen ist bei bloß mittelbarer Nachteiligkeit des Rechtsgeschäfts zusätzlich erforderlich, dass die mittelbare Nachteiligkeit objektiv vorhersehbar war (dieser Tatbestand wäre folgerichtig mit § 31 Fall 2 Alt 2 IO zu umschreiben).⁷⁷⁾ § 28 IO differenziert demgegenüber zwar nicht zwischen mittelbarer und unmittelbarer Nachteiligkeit.⁷⁸⁾ Rechtfertigung und zugleich Korrektiv einer ansonsten allzu weitreichenden Anfechtung ist jedoch das Vorliegen von Benachteiligungsabsicht seitens des Schuldners und die Kenntnis/fahrlässige Unkenntnis hiervon seitens des Anfechtungsgegners.⁷⁹⁾ Bei wertäquivalenten Rechtsgeschäften wird eine solche Absicht schlicht nicht erweisbar sein, wenn bei Vertragsabschluss keine schädlichen Folgehandlungen oder -entwicklungen geplant oder zumindest einkalkuliert wurden. § 28 IO ist also keineswegs leichter erfüllt als § 31 Fall 2 Alt 1 IO (im Gegenteil!), weil erkennbare Benachteiligungsabsicht ohne objektive Vorhersehbarkeit der mittelbaren Nachteiligkeit praktisch kaum denkbar ist.⁸⁰⁾

Letztlich dürfte die Frage der Anfechtbarkeit in Fallbeispiel 3 damit davon abhängen, ob die Parteien bei Vertragsabschluss von den angekündigten Infrastrukturmaßnahmen wussten oder beispielsweise eine gläubigerschädigende Verwendung der Kaufpreismittel seitens des Schuldners beabsichtigt und dies für den Anfechtungsgegner erkennbar war. Diese Erwägungen sind im Ergebnis sowohl für § 31 Fall 2 IO als auch für § 28 IO maßgeblich, wobei die Anforderungen daran, mit welcher Wahrscheinlichkeit die Parteien den Nachteil erwarten müssen,

bei der Absichtsanfechtung merklich höher anzusetzen sind.

3.2.2. Nachträgliche Wertverringerung der veräußerten Liegenschaft

Fallbeispiel 4: Der Schuldner verkauft am 30.11.23 nach eingetretener Zahlungsunfähigkeit eine Liegenschaft, deren Wert im Veräußerungszeitpunkt auf € 1.000.000,- geschätzt wird, um einen Kaufpreis von € 800.000,- an seinen Bruder B. Am 1.5.24 kommt es zur Insolvenzeröffnung. Der Insolvenzverwalter ficht den Kaufvertrag gem §§ 28, 31 Fall 2 IO an. Zwischenzeitlich wird bekannt, dass in unmittelbarer Nähe zum Grundstück eine neue Autobahn gebaut werden soll. Im Anfechtungsprozess stellt ein Sachverständiger fest, dass die Liegenschaft deshalb mittlerweile nur noch einen Wert von € 600.000,- habe.

Nähert man sich dieser Konstellation über den Begriff der Gläubigerbenachteiligung, so scheint sich das Problem auf folgende Frage herunterbrechen zu lassen: Kann eine unmittelbar nachteilige Rechtshandlung anfechtungsrechtlich „saniert“ werden, wenn sich die Rechtshandlung mittelbar, also aufgrund nachträglicher Entwicklungen, doch nicht als nachteilig erweist?

Direkt angesprochen wird dieses Problem im Schrifttum allenfalls in einer Stellungnahme: *König/Trenker*⁸¹⁾ führen aus, ein unmittelbar nachteiliges Rechtsgeschäft könne nicht durch nachträgliche Vorteile ausgeglichen werden. Abgesehen davon aber, dass diese Aussage auf der Annahme einer pauschalen Unzulässigkeit der Vorteilsanrechnung beruht, was mE in dieser Allgemeinheit nicht haltbar ist,⁸²⁾ geht es im Fallbeispiel 4 um gar keine Vorteilsanrechnung. Von einem „Vorteil“ könnte lediglich insoweit gesprochen werden, als der Schuldner die Liegenschaft rechtzeitig veräußert hat. Diese Veräußerung soll aber gerade angefochten werden, weshalb es nicht angeht, ihre unmittelbaren vermögensrechtlichen Wirkungen zu „isolieren“ und als nicht anrechenbaren Vorteil abzutun.

Zielführender erscheint es stattdessen, das Problem abermals aus der Warte der

74) Zur dogmatischen Qualifikation *Trenker* in Kodek, IF 2022, 195 (214 f); *Trenker*, ÖJA 2023, 190 (206 f).

75) *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 5.35.

76) Zur Definition RIS-Justiz RS0050681; RS0041198; *Koziol/Bollenberger* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I⁴ § 27 KO Rz 46; *König/Trenker*,

Anfechtung⁶ Rz 5.37, je mwN.

77) Näher dazu *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 11.80 ff; *Rebernig* in Konecny, Insolvenzgesetze § 31 IO Rz 38 ff; *Bollenberger/Spitzer* in KLS, IO² § 31 Rz 17 f.

78) *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 5.34; *Rebernig* in Konecny, Insolvenzgesetze § 28 IO Rz 11; vgl auch Denkschrift 35.

79) Vgl schon *Trenker*, Insolvenzanfechtung 30 f.

80) Vgl *Trenker*, ÖBA 2022, 834 (838; EAnm).

81) Anfechtung⁶ Rz 5.34/1.

82) Siehe schon *Trenker* in Kodek, Insolvenzforum 2022, 195 (211 f mit FN 70); *Trenker*, ÖJA 2023, 190 (204 mit FN 69).

Befriedigungstauglichkeit zu betrachten: Dementsprechend meint *Rebernik*⁸³⁾ zu einer fast identischen Konstellation kurzum, die Anfechtung scheitere an der fehlenden Befriedigungstauglichkeit. Wenngleich diese Lösung richtig verortet scheint, ist sie nicht zwingend zutreffend: Nicht befriedigungstauglich ist die Anfechtung nämlich nur, wenn der Kaufpreis noch unterscheidbar vorhanden oder die Masse bei Insolvenzeröffnung noch um ihren Wert bereichert war. Denn dann erhielte der Anfechtungsgegner einen Gegenanspruch gem § 41 Abs 1 IO als Aussonderungs- oder Masseforderung iHv € 800.000,-, die Masse dagegen gem § 39 IO nur die verkaufte Liegenschaft im Wert von € 600.000,- (vgl noch unten 5.1.). Wenn dem Anfechtungsgegner hingegen nur eine Insolvenzforderung auf Rückersatz seiner Gegenleistung nach § 41 Abs 2 Fall 1 IO zustünde, wäre die Anfechtung aller Voraussicht nach durchaus befriedigungstauglich. Eine Liegenschaft im Wert von € 600.000,- ist aus Sicht der Masse nämlich – außer bei einer ganz ungewöhnlich hohen Insolvenzquote – immer noch besser als eine Insolvenzquote vom bezahlten Kaufpreis iHv € 800.000,-.

Letzteres zeigt übrigens, dass die implizit getätigte Unterstellung, das Rechtsgeschäft sei letztlich vorteilhaft, also nicht mittelbar nachteilig, gar nicht unbedingt zutrifft. Ist weder die Gegenleistung des Anfechtungsgegners noch ihr Wert in die Masse „geflossen“ und dort verblieben (was ja Voraussetzung dafür ist, dass der Anfechtungsgegner „lediglich“ eine Insolvenzforderung gem § 41 Abs 2 Fall 1 IO geltend machen kann), war die Transaktion eben doch nicht nur unmittelbar (ursprünglich), sondern auch mittelbar (nachträglich) nachteilig. In dieser Konstellation spricht somit kein durchgreifender Grund⁸⁴⁾ gegen eine Anfechtung nach § 31 IO sowie – bei einer dem Anfechtungsgegner bekannten oder erkennbaren Benachteiligungsabsicht des Schuldners – gegen eine solche nach § 28 IO. Abermals hat der gesonderte Blick auf die Gläubigerbenachteiligung also

eher verwirrt als zur Lösungsfindung beigetragen.

Damit ist dieser – vermeintlich banale – Fall aber noch gar nicht umfassend analysiert: Selbst wenn der lukrierte Kaufpreis noch unterscheidbar vorhanden (oder die Masse sonst bereichert) wäre und die anfechtungsrechtliche Rückabwicklung des Kaufvertrags folglich wegen § 41 Abs 1 IO an der Voraussetzung der Befriedigungstauglichkeit scheitern müsste, wäre eine erfolgreiche Anfechtung bei Abänderung des Anfechtungsgegenstands zu erwägen. Ein findiger Insolvenzverwalter könnte nämlich auf die Idee kommen, die Unterlassung des Verkaufs zu einem damals marktüblichen Preis iHv € 1.000.000,- gem § 36 IO anzufechten. Ob § 36 IO eine Anfechtung der bloßen Unterlassung einer solchen Erwerbsmöglichkeit erlaubt, stellt zwar eine weitere, bis heute nicht konsensfähig beantwortete Streitfrage des Anfechtungsrechts dar.⁸⁵⁾ Löst man diese Frage aber – mE vorzugswürdig – zugunsten einer weiten Anwendung der Unterlassungsanfechtung, so käme hierfür als Anfechtungstatbestand immerhin § 28 IO in Betracht. Anfechtungsgegenstand von § 31 Fall 2 IO sind dagegen nur tatsächlich abgeschlossene, nicht auch unterlassene Rechtsgeschäfte.⁸⁶⁾

Das führt zu folgendem Ergebnis: (Nur) Wenn und weil der Schuldner die Liegenschaft dem Käufer in der für ihn erkennbaren oder sogar bekannten Absicht verkauft hat, seine Gläubiger dadurch zu benachteiligen, dass er lediglich € 800.000,- anstatt des Marktpreises von € 1.000.000,- erzielte, ist § 28 IO iVm § 36 IO anwendbar. Rechtsfolge wäre gem § 39 IO ein Leistungsanspruch gegen den Käufer, der den (vermeintlichen) Vorteil aus der Schädigung der Gläubiger zog, auf jenen Fehlbetrag, der der Masse durch den unterlassenen Erwerb entgangen ist, also auf Zahlung von € 200.000,-. Die als solche unangefochtene Liegenschaftstransaktion bliebe indes unberührt.

4. Gemischte Schenkung, insbesondere bei „Zurückbehaltung“ dinglicher Rechte

4.1. Zurückbehaltene dingliche Rechte begründen keine Entgeltlichkeit

Liegenschaftstransaktionen erfolgen, besonders im Kreis der *familia suspecta* (§ 32 IO), nicht selten unentgeltlich. „Reine“ Schenkungen in den letzten beiden Jahren vor Insolvenzeröffnung sind dabei ohne weiteres nach § 29 Z 1 IO anfechtbar. Schwierigkeiten bereitet jedoch die Abgrenzung gemischter Schenkungen. Als instruktives Anschauungsbeispiel möge dafür folgender Sachverhalt der rezenten E 17 Ob 5/22t dienen.

Fallbeispiel 5: Der 73-jährige Schuldner S, gegen den sein Sohn gleich mehrere vollstreckbare Ansprüche hat, veräußert seine Liegenschaft (objektiver Wert bei Veräußerung: € 126.000,-) an die Gesellschaft G⁸⁷⁾. Der Kaufpreis beträgt nur € 10.000,-. S lässt sich im Zuge der Übertragung aber zusätzlich ein lebenslangliches unentgeltliches Wohnrecht an der übertragenen Liegenschaft einräumen. Zudem verpflichtet sich G, zu Lebzeiten des S alle Betriebskosten für die Liegenschaft zu übernehmen. Die Übernahme der Kosten hatte ausgehend von der Lebenserwartung des S einen Barwert von ca. € 28.000,-. Feststellungen zum Wert des Wohnrechts wurden nicht getroffen. Der Sohn des S ficht diese Übertragung gem § 3 AnfO (nunmehr: § 440 EO) an und begehrt die Zwangsvollstreckung in die Liegenschaft. Der Fall lässt sich mutatis mutandis auf eine Insolvenzanfechtung gem § 29 Z 1 IO übertragen.

Völlig zu Recht erkennt der OGH in der „Zurückbehaltung“ des Wohnrechts keine Gegenleistung der G. Denn dieses Recht wird bei gebotener wirtschaftlicher Betrachtung uneingeschränkt aus der übertragenen Liegenschaft „finanziert“;⁸⁸⁾ der Anfechtungsgegner erbringt kein Vermögensopfer.⁸⁹⁾ Richtig ist nur,

83) In *Konecny*, Insolvenzzesetze § 27 IO Rz 81.

84) Bemerkenswert ist lediglich, dass sich mit dem „Verbrauch“ des Kaufpreises durch den Schuldner letztlich ein anderer Nachteil verwickelt hat als der ursprüngliche Nachteil in Form der Inäquivalenz von Leistung und Gegenleistung. Im Schadenersatzrecht würde man in einer solchen Konstellation *mutatis mutandis* möglicherweise über den Rechtswidrigkeitszusammenhang diskutieren. Im Anfechtungsrecht ist dafür aber kein Pendant ersichtlich und ein solches – mangels erforderlicher Rechtswidrigkeit – wohl

auch nicht zu rechtfertigen.

85) Dagegen die hA, zB *Rosmarin*, Anfechtungsrecht 55; *Petschek/Reimer/Schiermer*, Insolvenzzesetze 300 ff; *Bollenberger/Spitzer* in KLS, IO² § 36 Rz 5; dafür *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 3.24 f; zust *Trenker*, Insolvenzanfechtung 25 f; iE ebenso *A. Huber*, Unterlassungen 69 ff; *Rebernik* in *Konecny*, Insolvenzzesetze § 36 IO Rz 11; so auch jüngst zum Erbantritt und zur Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs *Murko/T. Perner*, ÖJZ 2024, 330 (332 ff).

86) Vgl iE *Bollenberger/Spitzer* in KLS, IO² § 36 Rz 2 mwN; so auch *König/Trenker*,

Anfechtung⁶ Rz 3.20.

87) Nähere Informationen zu dieser Gesellschaft bringt erst die Folge-E im zweiten Rechtsgang, nämlich OGH 17 Ob 24/23p, Rz 1.

88) RIS-Justiz RS0012978; OGH 6 Ob 13/84; 8 Ob 55/13s; 8 Ob 141/22a uvm.

89) Vgl allgemein zur Notwendigkeit eines Vermögensopfers *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 9.3; *Rebernik* in *Konecny*, Insolvenzzesetze § 29 IO Rz 4 aE; *Trenker*, ÖBA 2022, 834 (836 f; EAnm); zum dt Recht: *Schlinkmann*, Unentgeltlichkeit 42 ff; *Bork* in K/P/B, InsO III (92. Lfg; 6/22) § 134 Rz 40, je mwN.

dass das zurückbehaltene Wohnrecht den Wert der übertragenen Liegenschaft verringert.⁹⁰⁾ Zur Beurteilung der gemischten Schenkung ist somit der unter Abzug des Wohnrechts zu ermittelnde Wert der Liegenschaft der unmittelbaren Gegenleistung der G iHv € 10.000,- sowie der Barwert der von ihr bis zum Tode des S erwartungsgemäß zu tragenden Betriebskosten gegenüberzustellen.⁹¹⁾

4.2. Subjektive Tatbestandsanfordernisse

Der OGH ersparte sich diese Beurteilung *in casu*, weil es keine unterinstanzliche Feststellung zur Schenkungsabsicht gebe, was deshalb keinen sekundären Feststellungsmangel begründe, weil der Fachsenat das Vorbringen des Anfechtungsklägers zur Schenkungsabsicht des Schuldners für unzureichend erachtete. Er habe sich nämlich trotz des „*diesbezüglichen Einwand[s] des Beklagten auf den Standpunkt gestellt, dass das Wohnrecht überhaupt nicht in die Betrachtung einzufließen habe*“. Zum Verhängnis wurde ihm also offenbar die Ansicht, das Wohnrecht würde den Wert der übertragenen Liegenschaft gar nicht mindern.⁹²⁾ Eine Unentgeltlichkeitsanfechtung wurde daher ohne weiteres verneint.

Es sei nun nicht verhehlt, dass diese Anforderungen an die Konkretisierung des eine Schenkungsabsicht indizierenden Wertmissverhältnisses mE mit § 182 ZPO unvereinbar hoch angesetzt wurden.⁹³⁾ Anfechtungsrechtlich bedeutsamer ist aber die zugrundeliegende Bestätigung der hRsp⁹⁴⁾, wonach auch die Unentgeltlichkeitsanfechtung subjektive Tatbestandsmerkmale in Form eines Freigebigkeitwillens des Schuldners erfordere. Zusätzlich verlangt der OGH, wengleich er dies in 17 Ob 5/22t nicht wiederholt, seit der E 3 Ob 239/09g, dass diese Freigebigkeit für den Anfechtungsgegner erkennbar sein müsse.

Wengleich es mE nicht zutrifft, dass § 29 Z 1 IO (bzw § 440 Z 1 EO) in jeder Konstellation subjektive Elemente

der Beteiligten voraussetzt,⁹⁵⁾ so ist diese Auffassung zur Abgrenzung einer gemischten Schenkung zweifellos zutreffend. Würde man sich nämlich damit begnügen, dass der Wert der schulnerischen Leistung objektiv höher als jene des Anfechtungsgegners ist, wäre jedes aus Sicht des Schuldners „schlechte“ oder – in anfechtungsrechtlicher Terminologie – jedes unmittelbar nachteilige Rechtsgeschäft *per se* eine unentgeltliche Verfügung.⁹⁶⁾ Dieses Ergebnis wäre systematisch unhaltbar. Man muss daher jedenfalls zur Abgrenzung einer gemischten Schenkung auch auf die Vorstellungen der Parteien abstellen.

Aus praktischer Sicht begründet diese willensabhängige Charakterisierung einer gemischten Schenkung iSd § 29 Z 1 IO freilich gewöhnlich keine allzu große Hürde, sofern der Anfechtungskläger nur entsprechendes – nach Meinung des 17. Senats zudem: bezüglich der relevanten Bewertungsfaktoren irrtumsfreies – Vorbringen erstattet. Denn, wie der OGH zu Recht betont, werde die Schenkungsabsicht des Schuldners bei einem objektiven Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung ohnedies indiziert. Man wird wohl generalisieren können: Je größer das Missverhältnis, desto eher ist von Schenkungsabsicht auszugehen.⁹⁷⁾ Wenn nun diese Absicht schon durch das objektive Wertmissverhältnis indiziert ist, wird sie für den Anfechtungsgegner erst recht erkennbar sein.⁹⁸⁾

Hinzu kommt, dass bei der Anfechtung gegenüber einem Mitglied der *familia suspecta* nach § 32 IO sogar eine Beweislastumkehr hinsichtlich der Freigebigkeit des Schuldners und der Erkennbarkeit hiervon greift. Das lässt sich mE aus einer (Gesamt-)Analogie sämtlicher Fälle der Beweislastumkehr im Anfechtungsrecht ableiten.⁹⁹⁾ Sowohl die Lückenhaftigkeit, die dadurch leicht erklärbar scheint, dass der Gesetzgeber bei der Schenkungsanfechtung nicht an subjektive Tatbestandsmerkmale gedacht haben dürfte, als auch die Vergleichbarkeit der Wertungsgrundlagen¹⁰⁰⁾ ergeben sich aus dem evidenten gesetzgeberischen Plan, nahen Angehörigen bezüglich aller sub-

jektiver Tatbestandsmerkmale (einzige, wegen der überaus langen kritischen Frist einleuchtende Ausnahme: § 28 Z 1 IO¹⁰¹⁾ [siehe schon oben 1.]) die Beweislast aufzuerlegen.

4.3. Exkurs: Schicksal des vom Schuldner zurückbehaltenen Rechts

Die Ablehnung der Schenkungsanfechtung in E 17 Ob 5/22t war allerdings nicht das Ende der Geschichte. Im zweiten Rechtsgang galt es noch, die Berechtigung der Absichtsanfechtung gem § 2 AnFO (nunmehr: § 439 EO) zu überprüfen. In der Tat wurde der paulianischen Anfechtung mittlerweile – in 17 Ob 24/23p höchstrichterlich bestätigt – rechtskräftig stattgegeben.

Obwohl dieses Problem offenbar nicht thematisiert worden sein dürfte, wirft der gegenständliche Sachverhalt (Fallbeispiel 5) die Frage auf, welches Schicksal das Wohnrecht, das sich der Schuldner im Zuge der anfechtbaren Handlung zurückbehalten hat, nach erfolgreicher Anfechtung ereilt. Würde es sich vorliegend um eine Insolvenzanfechtung handeln, käme dem Thema keine wirkliche Brisanz zu. Ob die Liegenschaft mit oder ohne Wohnrecht des Schuldners in die Masse zurückzuübertragen ist (§ 39 IO), macht keinen wesentlichen Unterschied. Wenn man nicht richtigerweise ohnehin einem „haftungsrechtlichen *Eo-ipso*-Erlöschen“ das Wort redet (dazu sogleich), könnte der Insolvenzverwalter einfach auf das massezugehörige Wohnrecht verzichten, um den Veräußerungserlös der Liegenschaft zu steigern. Das dingliche Wohnrecht ist mE nämlich kein höchstpersönliches Recht, das sich dem Gläubigerzugriff entzieht; zu beachten wären während des Insolvenzverfahrens allenfalls § 5 Abs 3, 4 IO iVm § 105 EO.¹⁰²⁾

Anders ist die Rechtslage jedoch bei der klagsgegenständlichen Einzelanfechtung: Der Anfechtungskläger erlangt durch die Einzelanfechtung generell das Recht, in die Liegenschaft zur Herein-

90) So auch *Rebernic* in Konecny, Insolvenzzesetze § 29 IO Rz 18.

91) OGH 17 Ob 5/22t, Rz 19 f.

92) OGH 17 Ob 5/22t, Rz 20.

93) Krit auch *Füederer*, EvBl 2023/19, 95 (96 f; EAnm).

94) OGH 3 Ob 240/09d; 3 Ob 244/09t; 3 Ob 167/11x; siehe auch allgemein RIS-Justiz RS0018833.

95) *Ehrenzweig*, Kommentar 159; *Trenker* in Artmann/Rüffler/Torggler, Gesellschaftspflichten 123 (143); *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 9.14; *Trenker*,

ÖBA 2022, 834 (837; EAnm).

96) Vgl *Trenker*, ÖBA 2022, 834 (837; EAnm); vgl zum dt Recht *Held*, Anfechtung 23 f.

97) *Rebernic* in Konecny, Insolvenzzesetze § 29 IO Rz 6; vgl *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 9.14; vgl *Trenker*, Insolvenzanfechtung 33 f.

98) Dazu etwa *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 9.15.

99) *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 4/66 f, 9.43/1.

100) Zu den Voraussetzungen der Analogie all-

gemein *Larenz*, Methodenlehre⁶ 370 ff, insb 381 ff; *F. Bydliński*, Methodenlehre² 475 ff.

101) Statt vieler OGH I Ob 10/01d; *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 4.68; *Rebernic* in Konecny, Insolvenzzesetze § 28 IO Rz 34; *Bollenberger/Spitzer* in KLS, IO² § 28 Rz 13.

102) Die dadurch bewirkten Einschränkungen stehen einer Veräußerung jedoch nicht entgegen, vgl zB *Zoppel* in KLS, IO² § 5 Rz 16 mwN.

bringung der vollstreckbaren Forderung Exekution zu führen.¹⁰³⁾ Es fragt sich dabei, ob er das dem Schuldner eingeräumte Wohnrecht gegen sich gelten lassen muss, der Ersteher das Wohnrecht also allenfalls mit oder ohne Anrechnung auf das Meistbot (§ 200 Abs 1 EO) übernehmen muss?¹⁰⁴⁾ Obwohl das „natürliche Rechtsgefühl“ gegenüber dem Ergebnis rebellieren sollte, wonach der Schuldner aus der anfechtbaren Handlung ein wirksam begründetes Wohnrecht „mitnimmt“, so spricht für diese Lösung *prima vista*, dass der OGH in einer vergleichbaren Konstellation davon ausging, die Zurückbehaltung eines dinglichen Rechts zugunsten des Schuldners – gegenständlich war *in casu* ein VuB-Verbot (§ 364c ABGB)¹⁰⁵⁾ – sei auch gegenüber dem Schuldner anfechtbar. Dieser sei insoweit nämlich als Rechtsnehmer des Anfechtungsgegners gem § 38 IO¹⁰⁶⁾ iVm § 438 S 2 EO (früher: § 11 Abs 2 AnfO) zu qualifizieren. Es liegt nahe, diese Rsp im Umkehrschluss so zu interpretieren, dass der Anfechtungskläger das dingliche Recht eben gegen sich gelten lassen müsse, wenn er es nicht auch erfolgreich gegenüber dem Schuldner anfecht.

Diese Schlussfolgerung vermag jedoch mE nicht zu überzeugen.¹⁰⁷⁾ Mit der Anfechtung wird bewirkt, dass die Liegenschaft haftungsrechtlich wieder dem schuldnerischen Vermögen zugeordnet wird. Dann widerspräche es aber fundamentalen Grundsätzen (§ 526 ABGB¹⁰⁸⁾: „*nulli res sua servit*“; § 1445 ABGB), wenn haftungsrechtlich zugleich ein beschränkt dingliches Recht des Schuldners fortbestünde. Plastisch ausgedrückt könnte man von einem „haftungsrechtlichen Erlöschens kraft Konfusion“ sprechen, womit das beschränkt dingliche Recht folgerichtig exekutionsrechtlich als nicht vorhanden zu behandeln ist.¹⁰⁹⁾ Praktisch ist aufgrund der bisherigen Rsp vorsichtshalber dennoch zu einer gesonderten

Anfechtung gegenüber dem Schuldner zu raten.

5. Rechtsfolgen der Anfechtung

5.1. Grundlagen der anfechtungsrechtlichen Rückabwicklung gem §§ 39, 41 IO

Wird die Liegenschaftsveräußerung angefochten, muss die Transaktion rückabgewickelt werden. *Sedes materiae* der „anfechtungsrechtlichen Rückabwicklung“ ist zum einen § 39 IO, zum anderen § 41 IO. § 39 IO verpflichtet den Anfechtungsgegner zum Rückersatz dessen, was dem Vermögen des Schuldners durch die anfechtbare Handlung entgangen, daraus veräußert oder aufgegeben worden ist. Der Anfechtungsgegner muss dementsprechend jedenfalls die Liegenschaft zurückübertragen. Umgekehrt erkennt § 41 IO dem Anfechtungsgegner Gegenansprüche zu, um eine Bereicherung der Masse zu Lasten des Anfechtungsgegners zu verhindern.¹¹⁰⁾ Diesem § 41 IO wird – im Grundsatz völlig zu Recht¹¹¹⁾ – die gebotene Unterscheidung zwischen der Anfechtung des Kaufvertrags, also des Verpflichtungsgeschäfts, und der Erfüllung entnommen.

Bei der Anfechtung des Kaufvertrags steht dem Anfechtungsgegner ein Recht auf Rückersatz seiner Gegenleistung zu, wobei wiederum drei Fälle auseinanderzuhalten sind. Wenn die Gegenleistung noch *in natura* vorhanden ist, kann der Anfechtungsgegner gem § 41 Abs 1 Fall 1 IO die Herausgabe der Gegenleistung verlangen: es handelt sich richtigerweise um einen Aussonderungsanspruch.¹¹²⁾ Ist die Gegenleistung bei Insolvenzeröffnung nicht mehr *in natura* vorhanden oder handelt es sich um gar keine aussonde-

rungsfähige Sache iSd § 285 ABGB, hat der Anfechtungsgegner eine Masseforderung in jener Höhe, in der die Masse um den Wert der Gegenleistung bereichert ist (§ 41 Abs 1 Fall 2 IO).¹¹³⁾ Soweit auch keine Bereicherung der Masse identifizierbar ist, hat der Anfechtungsgegner nur eine Insolvenzforderung gem § 41 Abs 2 Fall 1 IO.¹¹⁴⁾

Wird hingegen die bloße Erfüllung des Kaufvertrags angefochten, dann hat der Anfechtungsgegner zwar ebenfalls die Liegenschaft an die Masse zurückzugeben. Seine Gegenleistung, also die Kaufpreiszahlung, bleibt aber als Vorleistung „verloren“. Es lebt gem § 41 Abs 2 Fall 2 IO nur sein Erfüllungsanspruch als Insolvenzforderung gem § 41 Abs 2 Fall 2 IO auf.¹¹⁵⁾ Konkret steht ihm somit eine Insolvenzforderung in Höhe des Schätzwerts der gekauften Liegenschaft (§ 14 Abs 1 IO) zu. Diese Konstellation kommt – wie erwähnt (oben 1.) – selten vor, weil sie voraussetzt, dass der Anfechtungsgegner unbesichert vorgeleistet haben muss. Sonst, also insbesondere bei treuhändiger Abwicklung, scheidet eine Anfechtung nach §§ 30, 31 Fall 1 IO von vornherein aus.¹¹⁶⁾

5.2. Einzelfragen

5.2.1. Nutzungsvorteile

Mit diesen Grunddeterminanten der anfechtungsrechtlichen Rückabwicklung ist es aber häufig nicht getan. Denn im Zeitraum zwischen der anfechtbaren Transaktion und der Anfechtung kann Unterschiedliches mit der Liegenschaft passieren.

Prinzipiell hat der Anfechtungsgegner zunächst das Recht, die Liegenschaft zu nutzen. Diesen Nutzungsvorteil hat er aber abzugelten. Rechtsgrundlage ist

103) OGH 8 Ob 636/85; 7 Ob 66/97z; 3 Ob 174/17k; 17 Ob 7/22m; RIS-Justiz RS0050318 [T1, T2]; wN bei *Trenker*; ZIK 2023, 132 FN 3.

104) Vgl zutr *Füreder*; EvBl 2023/19, 95 (97; EAnm).

105) OGH 6 Ob 169/99t; vgl auch 7 Ob 360/98m.

106) Anders die hM in Deutschland, so zB BGH IX ZR 80/11 NZI 2011, 937; *Kirchhof*; ZInsO 2011, 2009 ff; *Borries/Hirte* in Uhlenbruck, InsO I¹⁵ § 143 Rz 71; *Kirchhoff/Piekenbrock* in MüKoInsO II⁴ § 143 Rz 10.

107) Zutr *Leupold* in Fenyves/Kerschner/Vonkölch, Klang³ § 364c ABGB Rz 92; *Oberhammer/Scholz-Berger* in Schwimmann/Kodek, ABGB-Praxiskommentar III⁵ § 364c Rz 23.

108) Die Bestimmung gilt auch für persönliche Dienstbarkeiten, wenn der Berechtigte Eigentum an der dienenden Sache er-

wirbt, zB OGH 3 Ob 10/71; 5 Ob 81/10p; RIS-Justiz RS0002734.

109) IdS sind *mutatis mutandis* wohl auch die Erwägungen von *Oberhammer/Scholz-Berger* in Schwimmann/Kodek, ABGB-Praxiskommentar III⁵ § 364c Rz 23 zum VuB-Verbot zu verstehen.

110) *Ehrenzweig*, Kommentar 430; *Lehmann*, KO, AO, Anfo 341; *Wegan*, Insolvenzrecht 64; *Koziol/Bollenberger* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I⁴ § 41 KO Rz 3; *Rebernik* in Konecny, Insolvenzgesetz (78. Lfg; 2021) § 41 IO Rz 1.

111) Zu dieser Unterscheidung und ihren Ausnahmen *Trenker* in *Kodek*, IF 2022, 195 (200 ff); *Trenker*, ÖJA 2023, 190 (195 ff).

112) IdS bereits *Steinbach*, Kommentar³ 141; *Rintelen*, Handbuch 263 f; *Schummer*, Eigenkapitalersatzrecht 393; *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 16.9; *Trenker* in *Kodek*, IF 2022, 195 (214 f); *Trenker*, ÖJA 2023, 190 (206 f).

113) *Koziol/Bollenberger* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I⁴ § 41 KO Rz 9 f; *Rebernik* in Konecny, Insolvenzgesetz § 41 IO Rz 15 ff; näher dazu *Trenker* in *Kodek*, IF 2022, 195 (217 ff); *Trenker*, ÖJA 2023, 190 (209 ff).

114) *Lehmann*, KO, AO, Anfo 344 f; *Bartsch* in Bartsch/Pollak, KO, AO, Anfo I³ § 41 KO Anm 9 ff; *Bollenberger/Spitzer* in KLS, IO² § 41 Rz 2, 7.

115) *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 16.22 ff. Freilich muss nicht jede nach § 41 Abs 2 Fall 2 IO wiederauflebende Forderung eine gegen den Insolvenzschuldner gerichtete Insolvenzforderung sein. Siehe zum insoweit zu weit geratenen Wortlaut *Trenker* in *Kodek*, IF 2022, 195 (225 f); *Trenker*, ÖJA 2023, 190 (215).

116) Allgemein dazu *Rebernik* in Konecny, Insolvenzgesetz § 30 IO Rz 71 ff.

§ 335 ABGB, weil § 39 Abs 2 IO den Anfechtungsgegner grundsätzlich – auf die Ausnahme des gutgläubigen Empfangs einer unentgeltlichen Leistung wird im Folgenden nicht eingegangen¹¹⁷⁾ – zum unredlichen Besitzer erklärt. Er hat damit alle Früchte und sonstigen Vorteile herauszugeben, die er gezogen hat oder die der Schuldner bzw die Insolvenzmasse ziehen hätte können.¹¹⁸⁾ Nur soweit ein Nutzungsvorteil auf erhebliche Eigenleistungen des Anfechtungsgegners zurückzuführen ist, darf er den Vorteil behalten.¹¹⁹⁾ Im Ergebnis heißt das, dass der Anfechtungsgegner zumindest ein angemessenes, also marktübliches Benützungsentgelt zu entrichten hat.¹²⁰⁾

Umgekehrt hat der Anfechtungsgegner folgerichtig Anspruch auf Abgeltung des Zinsvorteils, den der Schuldner bzw die Insolvenzmasse aus dem Besitz des Kaufpreises hatte. Wird kein konkreter (höherer) Zinsvorteil behauptet und bewiesen, wird dieser mE mit dem gesetzlichen Zinssatz abgegolten; es gilt § 1000 ABGB, nicht hingegen § 456 UGB.¹²¹⁾ Welche insolvenzrechtliche Qualität dieser Anspruch hat, richtet sich nach dem Regime des § 41 IO. Regelmäßig wird der Zinsvorteil wohl zu keiner identifizierbaren Bereicherung der Masse geführt haben, weshalb dem Anfechtungsgegner nur eine Insolvenzforderung nach § 41 Abs 2 Fall 1 IO in Höhe des gesetzlichen Zinssatzes zusteht. Der Nachweis einer konkreten Bereicherung ist aber wiederum möglich; gut denkbar ist dies bei Liegenschaftstransaktionen insbesondere in Form ersparter Kreditzinsen (siehe noch Fallbeispiel 6).¹²²⁾

5.2.2. Schicksal dinglicher Belastungen des Anfechtungsgegners

Belastet der Anfechtungsgegner die übertragene Liegenschaft mit dinglichen Rechten zugunsten Dritter – praktisch ist vor allem an Hypotheken zur Finanzie-

rung des Kaufpreises zu denken – ist zu differenzieren: Gegenüber dem Dritten ist die Begründung des dinglichen Rechts wegen der bloß relativen Wirkung der Anfechtung gegenüber dem Anfechtungsgegner zwar grundsätzlich wirksam, aber möglicherweise ebenfalls anfechtbar.¹²³⁾ Der Dritte ist insoweit nämlich Rechtsnachfolger oder -nehmer gem § 38 Abs 2 IO.¹²⁴⁾ Nach dieser Bestimmung kann sein dingliches Recht gegenüber der Masse für unwirksam erklärt werden, wenn er von der Anfechtbarkeit wusste oder wissen hätte müssen (Z 1), wenn er sein dingliches Recht unentgeltlich erworben hat (Z 2) oder wenn er naher Angehöriger des Schuldners iSd § 32 IO ist und sich nicht dahingehend „freibeweisen“ kann, dass ihm die Anfechtbarkeit im Zeitpunkt seines Erwerbes weder bekannt war noch bekannt sein musste (Z 3).

Ist eine Anfechtung gegenüber dem Dritten nicht möglich, so hat der Anfechtungsgegner gem § 40 IO für jenen Schaden einzustehen, der durch die Einräumung dinglicher Rechte entstanden ist. § 40 IO statuiert damit eine Haftung für Schäden, die aus unanfechtbaren Rechten Dritter resultieren, die während des Besitzes des jeweiligen Anfechtungsgegners begründet wurden.¹²⁵⁾

Wird der Anfechtungsgegner nach dieser Bestimmung in Anspruch genommen, liegt je nach Fallgestaltung der Einwand nahe, der Insolvenzverwalter habe eine aussichtsreiche Anfechtung unterlassen. Auf den ersten Blick ist diese Verteidigung als Unterfall des „Floriani-Einwands“ zu kategorisieren, bei dem sich ein Anfechtungsgegner gerade dadurch entlasten will, dass er behauptet, eine Rechtshandlung wäre auch gegenüber einer anderen Person anfechtbar gewesen. Mit der hM ist dieser Einwand zwar im Allgemeinen für unzulässig zu erachten.¹²⁶⁾ § 40 IO bezieht die Haftung des Anfechtungsgegners aber

explizit auf „unanfechtbare Rechte“ Dritter. Das wohl überwiegende Schrifttum lehnt zwar das *E-contrario*-Argument ab, wonach dies als bewusste gesetzgeberische Entscheidung zu verstehen sei, die Haftung unter die Bedingung zu stellen, dass das Recht gegenüber dem Dritten nicht angefochten werden kann.¹²⁷⁾ Immerhin befürworten aber *Ehrenzweig*¹²⁸⁾ und *Lehmann*¹²⁹⁾ im Grundsatz sehr wohl einen Umkehrschluss: Eine Anfechtung sei nur berechtigt, wenn eine Anfechtung gegenüber dem Dritten unmöglich oder – dies geht auf eine Erweiterung¹³⁰⁾ durch diese Autoren zurück – unzulässig ist.

ME sprechen die besseren Gründe für letztere Ansicht: Systematisch liegt der Umkehrschluss – keine Haftung bei Anfechtbarkeit – aufgrund des unmissverständlichen Wortlauts von § 40 IO nahe und eröffnet der Norm einen klar ersichtlichen eigenständigen Normgehalt,¹³¹⁾ über den sich die Vertreter der Gegenansicht seit langem die Köpfe zerbrechen.¹³²⁾ Eine „haftungstechnische Abstufung“, wonach zunächst versucht werden soll, den Nachteil für die Gläubiger gegenüber dem unmittelbar „Begünstigten“ abzuwenden, ehe beim „Verursacher“ Regress genommen werden kann, erscheint auch durchaus interessengerecht. Zudem vermeidet dieses Konzept das missliche Ergebnis, wonach die Rechtsstellung des Anfechtungsgegners sonst vom Belieben des Insolvenzverwalters abhinge. Vorzugswürdig ist es daher, § 40 IO eine Subsidiarität der Haftung des primären Anfechtungsgegners im Verhältnis zur Anfechtung gegenüber dem dinglich berechtigten Dritten zu entnehmen. Konsequenterweise kann der Insolvenzverwalter dem Einwand der Unanfechtbarkeit seitens des Anfechtungsgegners auch nicht entgegenhalten, dass die Rechtshandlung gegenüber dem Dritten nur unanfechtbar (geworden) ist, weil er die Jahres-Frist des § 43 Abs 2 IO verstreichen hat lassen. Überzeugend ist

117) Dazu zB *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 15.23 ff; *Rebernik* in *Konency*, Insolvenzgesetze § 40 IO Rz 7; *Bollenberger/Spitzer* in *KLS*, IO² §§ 39, 40 Rz 23 ff.

118) Vgl jüngst auch OGH 3 Ob 202/23m.

119) *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 15.16; allgemein zum „gewichtigen eigenen Beitrag“ OGH 1 Ob 65/97h; 8 Ob 2/00b; 3 Ob 202/23m. Vgl auch den umgekehrten Fall, bei dem der Insolvenzschuldner Früchte aus der Gegenleistung zieht: *Trenker* in *Kodek*, IF 2022, 195 (210 ff); *Trenker*, ÖJA 2023, 190 (203 ff).

120) *Trenker* in *Kodek*, IF 2022, 195 (222); *Trenker*, ÖJA 2023, 190 (212 ff).

121) Vgl für den Leistungsanspruch nach § 39 IO *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 15.14; *Rebernik* in *Konency*, Insolvenzgesetze § 39 IO Rz 73; idS bereits zur Vorgängerbestimmung § 352 HGB *Rebernik*, Kontokorrentkredit Rz 212 je

mWN.

122) Zum *Ganzen* *Trenker* in *Kodek*, IF 2022, 195 (211 f); *Trenker*, ÖJA 2023, 190 (204 f), je mit Fallbeispiel 7.

123) Vgl *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 15.32.

124) Vgl *Cosack*, Anfechtungsrecht 349; *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 4.14; *Rebernik* in *Konency*, Insolvenzgesetze § 38 IO Rz 24; *Kodek*, Insolvenzrecht² Rz 378; *Bollenberger/Spitzer* in *KLS*, IO² § 38 Rz 8 f, je mWN.

125) *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 15.34; *Bollenberger/Spitzer* in *KLS*, IO² §§ 39, 40 Rz 31.

126) OGH 9 Ob 24/04a; *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 16.41 ff; ebenso BGH IX ZR 121/06 NZI 2008, 167.

127) So *Menzel*, Anfechtungsrecht 252; *Krasnopolski*, Anfechtungsrecht 95; *Bartsch* in *Bartsch/Pollak*, KO, AO, AnFO 1

§§ 39, 40 KO Anm 29; *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 396 ff; vorsichtig krit *Koziol/Bollenberger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht I⁴ §§ 39, 40 KO Rz 41; offenlassend *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 15.33.

128) Kommentar 423.

129) KO, AO, AnFO 340.

130) *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 398 bezeichnen die Tunlichkeit als „merkwürdig[e] Voraussetzung“.

131) IdS bereits *Ehrenzweig*, Kommentar 423.

132) Vgl dazu *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 396 ff; *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 15.33 f; *Rebernik* in *Konency*, Insolvenzgesetze § 40 IO Rz 1 ff; ferner *Bollenberger/Spitzer* in *KLS*, IO² §§ 39, 40 Rz 31: „Die Vorschrift des § 40 IO ist allerdings dunkel und systemwidrig“.

dagegen jene Einschränkung des Subsidiaritätserfordernisses, wonach eine unzulässige Anfechtung unterlassen werden darf; dies sollte aber auf Fälle beschränkt werden, in denen die Durchsetzung des Anspruchs – insb mangels Bonität des Dritten – aussichtslos erscheint.

Für die Haftung des § 40 IO ist somit als Vorfrage zu prüfen, ob der Erwerb gegenüber dem Dritten gem § 38 Abs 2 IO anfechtbar und die Anspruchsdurchsetzung nicht von vornherein aussichtslos gewesen wäre (wofür der Insolvenzverwalter beweispflichtig ist). Bejaht das Gericht diese Vorfrage, scheidet eine Haftung nach § 40 IO aus. Dafür rückt diesfalls eine potenzielle Haftung des Insolvenzverwalters wegen der unterlassenen Anfechtungsklage gegenüber dem Dritten in den Fokus. Aus Sicht des Insolvenzverwalters bietet es sich vor diesem Hintergrund an, den Anfechtungsgegner im Vorhinein aufzufordern, zu den Erfolgsaussichten und der Notwendigkeit der direkten Inanspruchnahme des Dritten gem § 38 Abs 2 IO Stellung zu nehmen. Weigert sich der Anfechtungsgegner, die Unanfechtbarkeit gegenüber dem Dritten „anzuerkennen“¹³³⁾, haftet er mE jedenfalls für die Prozesskosten, sollte der Insolvenzverwalter den Dritten als verständliche Vorsichtsmaßnahme (mit-)klagen, aber unterliegen.¹³⁴⁾

5.2.3. Streitmerkung gem § 43 Abs 3, 4 IO als „Präventionsmaßnahme“

Schon diese erheblichen praktischen Probleme belegen, dass der Insolvenzverwalter die Klage auf Anfechtung der Liegenschaftsveräußerung unbedingt mit einer Streitmerkung im Grundbuch gem § 43 Abs 3, 4 IO verbinden sollte. Räumt der Anfechtungsgegner nach diesem Zeitpunkt Dritten Rechte an der Liegenschaft ein, so erübrigt sich nämlich eine Anfechtung gegenüber dem Dritten gem § 38

Abs 2 IO oder eine Inanspruchnahme des Anfechtungsgegners für die daraus resultierenden Schäden gem § 40 IO. Die Wirkung einer solchen Streitmerkung besteht darin, dass derartige dingliche Rechte der Masse gegenüber unwirksam wären, wenn der Insolvenzverwalter mit seiner Klage durchdringt.¹³⁵⁾ Die Anmerkung nach § 43 Abs 3, 4 IO hat somit im Wesentlichen dieselbe Funktion wie eine Streitmerkung nach § 61 GBG.¹³⁶⁾ Zuständig für diese Sicherungsmaßnahme ist jedoch das Prozessgericht erster Instanz,¹³⁷⁾ sohin iaR (arg: § 63a IO) das Insolvenzgericht.¹³⁸⁾ Eine Gefährdung, wie sie etwa bei einer eV erforderlich wäre, ist hierfür nicht notwendig.¹³⁹⁾

5.2.4. Aufwändersatz

Der Anfechtungsgegner kann die Liegenschaft freilich nicht nur belasten, sondern auch in ihrem Wert steigern, indem er notwendige oder zumindest nützliche Aufwendungen tätigt. Auch hier gelten grundsätzlich die für den unredlichen Besitzer maßgeblichen bürgerlich-rechtlichen Vorschriften (§ 39 Abs 2 IO), dh § 336 iVm §§ 1036 f ABGB.¹⁴⁰⁾

Daraus folgt *sub specie* nützliche Aufwendungen, dass der Anfechtungsgegner werterhöhende Aufwendungen nur insoweit verlangen kann, als daraus der Insolvenzmasse – logischerweise gemeint also: nach Rückstellung der Liegenschaft – ein „klare[r], überwiegende[r] Vorteil[e]“ erwächst (§ 1037 ABGB). Notwendige Aufwendungen erklärt § 1036 ABGB zwar ohne weiteres für ersatzfähig. Zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen mit dem Ersatzanspruch des redlichen Besitzers beschränkt die hL die Ersatzfähigkeit für notwendige Aufwendungen aber ebenfalls mit dem fortwirkenden Vorteil.¹⁴¹⁾ Richtigerweise kommt es damit stets darauf an, ob die Masse einen identifizierbaren Vorteil aus dem getätigten Aufwand zieht.¹⁴²⁾ Sind Aufwendun-

gen nach diesen Maßstäben ersatzfähig, entsteht sogar eine Masseforderung gem § 46 Z 6 IO.¹⁴³⁾

5.2.5. Zusammenfassendes Fallbeispiel

Fallbeispiel 6: Der Schuldner S verkauft in den letzten sechs Monaten vor Insolvenzeröffnung und nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit eine Penthousewohnung (Wert € 11.000.000,-) für € 10.000.000,- an A. Der Kauf wird treuhändig von T abgewickelt. T leistet € 9.000.000,- vereinbarungsgemäß zur Tilgung sämtlicher auf der Wohnung „haftenden“ Hypotheken. € 1.000.000,- werden auf ein Konto des Schuldners überwiesen, dies sogar erst zwei Tage nach Insolvenzeröffnung. A nimmt zur Kaufpreisfinanzierung einen Kredit bei der B auf. Zur Besicherung dieses Kredits wird die Wohnung neuerlich mit Hypotheken im Ausmaß von € 10.000.000,- belastet. Der Insolvenzverwalter des S ficht den Kaufvertrag gegenüber A erfolgreich als unmittelbar nachteiliges Rechtsgeschäft gem § 31 Fall 2 IO an.¹⁴⁴⁾

Als primäre Rechtsfolge muss A die Penthousewohnung zurückerstatten (§ 39 IO). Zudem muss er für die Dauer seines Besitzes zumindest ein angemessenes Benützungsentgelt, dh einen marktüblichen Mietzins zahlen; dies gilt unabhängig davon, ob und wie er die Wohnung tatsächlich genützt hat. Wenn er einen höheren Mietzins erwirtschaftet hat, muss er diesen Betrag herausgeben.

Die von A zur Besicherung des Kaufpreiskredits begründeten Hypotheken kann der Insolvenzverwalter unmittelbar gegenüber der besicherten Bank gem § 38 Abs 2 Z 1 IO anfechten, wenn sie bei Hypothekenbestellung die Umstände der Anfechtbarkeit des Kaufvertrags gegenüber A kannte oder kennen hätte müssen. Ist das nicht der Fall, muss A die Masse

133) Es handelt sich dabei dogmatisch richtigerweise um das Abbedingen des Tatbestandserfordernisses der Unanfechtbarkeit gem § 40 IO, vgl allgemein zum „Anerkenntnis“/„Zugeständnis“ eines Rechtsverhältnisses *Trenker*; Parteiposition 165 f.

134) Anders als bei schadenersatzrechtlichen Regressansprüchen gem § 1313 S 2 ABGB (dazu RIS-Justiz RS0023574; RS0115546) fällt die Suche nach einer tauglichen Rechtsgrundlage schwerer. ME folgt die Haftung aber wohl am ehesten aus § 39 Abs 2 IO iVm § 335 ABGB analog.

135) *Rebernik* in Konecny, Insolvenzgesetz § 43 IO Rz 64; *Bollenberger/Spitzer* in KLS, IO² § 43 Rz 22.

136) *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 18.26; *Bollenberger/Spitzer* in KLS, IO² § 43 Rz 22.

137) OGH I Ob 511/93; *Rebernik* in Konecny, Insolvenzgesetz § 43 IO Rz 63.

138) Dies ist der Hintergrund für die – zugegeben verkürzte – Bezugnahme bloß auf das Insolvenzgericht bei *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 18.28.

139) OGH 4 Ob 576/72 EvBl 1973/68; *Bollenberger/Spitzer* in KLS, IO² § 43 Rz 17; *König/Weber*, eV⁶ Rz 11.2; *Rebernik* in Konecny, Insolvenzgesetz § 43 IO Rz 61.

140) *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 15.19; *Rebernik* in Konecny, Insolvenzgesetz § 39 IO Rz 70 ff; vgl generell RIS-Justiz RS0010232.

141) *Welsler/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁵ Rz 1090 f; *Anzenberger* in Schwimann/Kodek, ABGB-Praxiskommentar III⁵ § 336 Rz 3; *Lurger* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.08} § 336 Rz 2 (Stand 15.9.2023, rdb.at); *Riss* in KBB, ABGB⁷

§ 336 Rz 1, je mwN.

142) *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 402; *Kozioł/Bollenberger* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I⁴ § 41 KO Rz 30; *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 16.1/1; *Bollenberger/Spitzer* in KLS, IO² § 41 Rz 18; idS wohl auch OGH 7 Ob 49/08v; aA wohl *Rebernik* in Konecny, Insolvenzgesetz § 41 IO Rz 6.

143) OGH I Ob 555/86; *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 16.2; *Rebernik* in Konecny, Insolvenzgesetz § 41 IO Rz 8; iE auch *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 402; § 46 Abs 1 Z 5 KO.

144) Vgl bereits das ähnliche Beispiel bei *Trenker* in Kodek, IF 2022, 195 (212); *Trenker*, ÖJA 2023, 190 (204 f), je mit Fallbeispiel 7.

gem § 40 IO hierfür entschädigen, also unterm Strich die Löschung der Hypotheken erwirken.

Dies mutet auf den ersten Blick möglicherweise befremdlich an: Die Liegenschaft war vor der anfechtbaren Handlung hypothekarisch belastet (obgleich „nur“ im Ausmaß von € 9.000.000,-), weshalb sich die Frage stellt, warum sie nach der Anfechtung eine lastenfreie Liegenschaft erhalten soll. Die Antwort gibt § 41 IO. Danach hat der Anfechtungsgegner Anspruch auf Rückersatz seiner Gegenleistung, deren Schicksal näher untersucht werden muss, um sie einem der vier Fälle des § 41 IO zuordnen zu können. Ein Teil der Kaufpreiszahlung, nämlich € 1.000.000,- wurde nach Insolvenzeröffnung auf ein Konto des S (und damit ein nunmehr „masseunterworfenen Konto“) überwiesen. Insoweit hat A mE einen Aussonderungsanspruch gem § 41 Abs 1 Fall 1 IO, jedenfalls aber eine Masseforderung gem § 41 Abs 1 Fall 2 IO. Letzteres gilt aber auch bezüglich der neun Millionen Euro, die für die Tilgung der früheren Hypothekarkreditverbindlichkeit verwendet wurden. Die Masse ist dadurch insofern nachhaltig bereichert, als sie von Absonderungsverbindlichkeiten befreit wurde. Hinzu kommt ein Anspruch auf Ersatz jener Ersparnis der Masse, die daraus resultiert, dass sie wegen der anfechtbaren Handlung keine Hypothekarzinsen mehr zahlen musste, die unter den Bedingungen des § 48 Abs 1 IO sogar noch nach Insolvenzeröffnung angefallen wären.

Der Anfechtungsgegner hat daher zusätzlich zum Aussonderungsanspruch nach § 41 Abs 1 Fall 1 IO iHv einer Million Euro eine Masseforderung gem § 41 Abs 1 Fall 2 IO iHv neun Millionen Euro zuzüglich der ersparten Zinsen, weshalb es interessengerecht ist, dass er die Liegenschaft umgekehrt lastenfrei zu stellen hat.

5.3. Schicksal aufgebener dinglicher Rechte

5.3.1. Problemaufriss

Es wurde nun bereits thematisiert, wie sich eine erfolgreiche Anfechtungsklage auf dingliche Rechte an der Liegenschaft

auswirkt, die sich der Schuldner im Zuge der anfechtbaren Handlung zurückbehält (oben 4.1. und 4.3.), und welche Folgen es hat, wenn der Anfechtungsgegner nach Vornahme der Liegenschaftstransaktion neue dingliche Rechte begründet (oben 5.2.2.). Es bleibt aber noch zu klären, was gilt, wenn der Anfechtungsgegner oder ein Dritter im Zuge – oder besser: wegen – der anfechtbaren Handlung auf dingliche Rechte an der Liegenschaft verzichtet.

Diese Frage hat den OGH jüngst gleich zweimal im Rahmen der Einzelanfechtung beschäftigt, nämlich in 17 Ob 7/22m und 17 Ob 2/22a. In 17 Ob 2/22a ging es darum, dass die beklagte Anfechtungsgegnerin zwei Liegenschaften vom Schuldner erwarb und „im Hinblick auf die Errichtung dieses Kaufvertrags“¹⁴⁵⁾ auf ein zu ihren Gunsten einverleibtes VuB-Verbot verzichtete. In 17 Ob 7/22m übertrug der Schuldner seiner Ex-Frau im Zuge einer Scheidungsvereinbarung nach § 55a EheG die klagsgegenständliche Liegenschaft. Im Rahmen dieser Vereinbarung bzw. Transaktion verzichtete die Anfechtungsgegnerin auf ein Fruchtgenussrecht und der Vater des Schuldners auf ein VuB-Verbot daran. Es stellt sich die naheliegende Frage, ob diese Rechte erloschen bleiben, wenn die Liegenschaftstransaktion erfolgreich angefochten wird.

5.3.2. Lösungsansatz

Der OGH verneint dies in beiden referierten E. Die Anfechtung dürfe nämlich nicht dazu führen, dass die Masse besser stünde als sie ohne anfechtbare Handlung gestanden wäre. Ziel der Anfechtung sei eben nur die Herstellung jenes Zustands, in dem sich die Masse befände, wenn die anfechtbare Handlung nicht vorgenommen worden wäre.¹⁴⁶⁾ Was der OGH allerdings nicht beantwortet, ist die Frage, wie dieses Ergebnis „rechtstechnisch“ zu bewerkstelligen ist.

Soweit von einem „Wiederaufleben“ der erloschenen dinglichen Rechte die Rede ist,¹⁴⁷⁾ erscheint diese Wendung unpräzise. Eine solche Formulierung legt nämlich ein *Eo-ipso*-Wiederaufleben nahe, was aber dem grundbuchsrechtlichen Intabulationsprinzip widerspräche. Richtigerweise hat der Verzichtende daher nur, aber immerhin einen Anspruch auf Wiedereinverleibung des aufgegebenen

Rechts.¹⁴⁸⁾ Grundlage dafür ist abermals § 41 IO. Wie *Reber*¹⁴⁹⁾ bereits treffend erkannt hat, kann der Verzicht auf das dingliche Recht nämlich ohne weiteres als (Teil der) „Gegenleistung“ iSd § 41 Abs 1 Fall 1, 2 sowie Abs 2 Fall 1 IO für die Veräußerung der Liegenschaft angesehen werden.¹⁵⁰⁾ Voraussetzung ist nur, dass der Verzicht in kausaler oder konditionaler Verknüpfung mit der Leistung des Schuldners stand, also das dingliche Rechte wegen der anfechtbaren Handlung aufgegeben wurde.¹⁵¹⁾

Einzuräumen ist zwar, dass eine unmittelbare Anwendung von § 41 IO nur zu überzeugen vermag, wenn der Anfechtungsgegner selbst auf das dingliche Recht verzichtet hat. Wenn hingegen – wie in 17 Ob 7/22m – ein Dritter wegen der anfechtbaren Handlung auf das Recht verzichtet, gilt § 41 IO mE analog. Denn die Wertungsgrundlage von § 41 IO, dass die Masse durch die Anfechtung nicht bereichert werden soll, verfährt gegenüber einem Dritten, dessen Schutzwürdigkeit anders als die des unmittelbaren Anfechtungsgegners nicht einmal gewiss ist,¹⁵²⁾ erst recht.

Der Unterschied zwischen der Lösung über § 41 IO und der Annahme eines automatischen Wiederauflebens ist keineswegs nur „rechtskosmetischer“ Natur. Der Anspruch auf Wiedereinverleibung zielt nämlich lediglich auf eine Einverleibung in jenem Rang ab, der im Zeitpunkt der Anfechtung noch verfügbar ist. Zwischenzeitlich erworbene dingliche Rechte anderer Personen bleiben von diesen Ansprüchen auf Wiedereinverleibung im Einklang mit grundbuchsrechtlichen Prinzipien unberührt. Die wiedereinzuverleibenden Rechte gehen aber dem allgemeinen Verwertungsrecht der Masse vor.¹⁵³⁾ Daraus folgt insbesondere: Der Insolvenzverwalter darf die Liegenschaft uU nicht verwerten, wenn der Anfechtungsgegner oder ein Dritter Anspruch auf Wiedereinverleibung eines VuB-Verbots hat. Dieser Effekt kann zwar die Befriedigungstauglichkeit für die gesamte Anfechtung ausschließen; das ist aber eine Frage des Einzelfalls.

5.3.3. Exkurs: Einzelanfechtung¹⁵⁴⁾

Der soeben betonte Vorrang der wiedereinzuverleibenden Rechte gegenüber dem Anfechtungsanspruch muss auch ge-

145) OGH 17 Ob 2/22a, Rz 5.

146) RIS-Justiz RS0050372.

147) OGH 17 Ob 2/22a, Rz 30.

148) *Trenker* in Kodek, IF 2022, 195 (230 ff, 240); *Trenker*, ÖJA 2023, 190 (218 ff, 226 f); *Trenker*, ZIK 2023, 132 (133 f).

149) In *Konecny*, Insolvenzgesetz § 41 IO

Rz 38.

150) Trotz der Formulierung vom „Wiederaufleben“ dürfte der OGH in 17 Ob 2/22a, Rz 30 ebenfalls von § 41 IO als Anspruchsgrundlage ausgehen.

151) *Trenker* in Kodek, IF 2022, 195 (239 f); *Trenker*, ÖJA 2023, 190 (226).

152) Freilich würde auch „Bösgläubigkeit“ des Dritten nicht rechtfertigen können, dass er seines dinglichen Rechts verlustig geht und die Masse dadurch bereichert wird.

153) *Trenker*, ZIK 2023, 132 (134 ff).

154) Zum Folgenden näher *Trenker*, ZIK 2023, 132 (134 f).

genüber dem Einzelanfechtungsanspruch gelten. Hierbei ist jedoch nicht § 41 IO, sondern § 449 EO bzw § 1435 ABGB analog Anspruchsgrundlage für die Wiedereinverleibung. Dem Vorrang dieses wiedereinzuverleibenden Rechts ist mE im nachfolgenden Exekutionsverfahren Rechnung zu tragen: Der Anfechtungsgegner, der Anspruch auf Wiedereinverleibung eines VuB-Verbots hat, kann die Exekutionsführung durch den Einzelanfechtungskläger mit Exszindierungsklage (§ 37 EO) untersagen. Wurde ein sonstiges dingliches Recht aufgegeben, ist der Anfechtungsgegner in der Meistbotsverteilung vor dem Einzelanfechtungskläger zu befriedigen.

Der OGH verlangt in 17 Ob 7/22m hingegen, dass dieser Vorrang bereits Ausdruck im Klagebegehren des Erkenntnisverfahrens finden müsse, wobei der 17. Senat fast etwas zynisch anmerkt, dass er nicht zu lösen habe, wie ein solcher Vorrang zu formulieren sei. Folgt man dem OGH, wäre mE ein denkbares Klagebegehren: „Der Beklagte ist verpflichtet, zur Hereinbringung von [Betrag] EUR samt Zinsen die Zwangsvollstreckung in die Liegenschaft [EZ] unter Berücksichtigung des vorrangigen Verbots der Veräußerung und Belastung zugunsten von [vormals Berechtigter 1] und des vorrangigen Fruchtgenussrechts von [vormals Berechtigter 2] zu dulden.“

6. Schluss

Die Anfechtung von Liegenschaftstransaktionen birgt eine fast überwältigende Vielzahl an Rechtsproblemen. Es ist gerade deshalb bemerkenswert, dass die IO (allenfalls mit „Unterstützung“ des ABGB) für fast jedes dieser Probleme eine Lösung bereithält. Diese Lösung im Einzelfall zu finden, fällt aber beileibe nicht immer leicht. Die vorstehenden Ausführungen mögen hoffentlich eine gewisse Hilfestellung dabei bieten.

Literaturverzeichnis

- Apathy / Iro / Koziol*, Österreichisches Bankvertragsrecht III² (2008).
- Astner*, Die Anfechtung der inkongruenten Deckung (2006).
- Bartsch / Pollak*, Konkursordnung, Ausgleichsordnung, Anfechtungsordnung und deren Einführungsverordnung I (1916); I³ (1937).
- Bartsch / Pollak / Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht – Kommentar I⁴ (2000).
- Bydlinski, F.*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff² (2022).

Bydlinski, P. / Perner / Spitzer, ABGB – Kurzkomentar⁷ (2023).

Cosack, Das Anfechtungsrecht der Gläubiger eines zahlungsunfähigen Schuldners innerhalb und außerhalb des Konkurses nach deutschem Reichsrecht (1884).

Dellinger / Oberhammer / Koller, Insolvenzrecht⁵ (2023).

Denkschrift zur Einführung einer Konkursordnung, einer Ausgleichsordnung und einer Anfechtungsordnung (1914).

Ehrenzweig, Das Phantom der „Benachteiligung der Gläubiger“, GZ 1915, 145–154.

Ehrenzweig, Kommentar zur Anfechtungsordnung und zu den Anfechtungsnormen der Konkursordnung (1916).

Fenyves / Kerschner / Vonkilch, ABGB – Großkommentar zum ABGB (Klang)³ (2011).

Fichtinger, Die gesetzliche Aufrechnung im Insolvenzverfahren (2015).

Füreder, Anmerkung zu OGH 12.7.2022, 17 Ob 5/22t, EvBl 2023/19, 96–97.

Häublein / Kronthaler, Durchgangs- oder Direkterwerb beim einfachen Streckengeschäft? Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Verfügungsgeschäft, in Laimer/Kronthaler/Häublein, Europäische und internationale Dimensionen des Privatrechts – Festschrift für Andreas Schwartze (2021) 157–179.

Held, Die Anfechtung unentgeltlicher Leistungen gem. § 134 InsO (2017).

Hirte / Vallender, Uhlenbruck – Insolvenzordnung I¹⁵ (2019).

Holzner, Dinglicher Vertrag im ABGB? JBl 2010, 674–677.

Holzweber / Isola, Das Verfügungsgeschäft im österreichischen Privatrecht: Zum Diskussionsbeitrag von Christoph Kronthaler, ÖJA 2024, 1–37.

Huber, A., Die Anfechtung von Unterlassungen nach § 36 KO und § 7 AnFO (2004).

Kirchhof, Gläubigeranfechtung gegen den Schuldner selbst? ZInsO 2011, 2009–2011.

Klang, Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch IV/2² (1978).

Kletečka / Schauer, ABGB-ON^{1.08} (Stand 15.9.2023, rdb.at).

Kodek, Kommentar zum Grundbuchsrecht² (2016).

Kodek, Insolvenzrecht² (2022).

Kogler, Vergleich und Anerkenntnis (2021).

Koller / Lovrek / Spitzer, Insolvenzordnung² (2023).

Konecny / (Schubert), Kommentar zur den Insolvenzgesetzen (ab 1997).

König, Anmerkung zu OGH 26.11.1987, 7 Ob 718/87, JBl 1988, 391–392.

König, Die Anfechtung nach der Insolvenzordnung⁵ (2014).

König / Trenker, Die Anfechtung nach der Insolvenzordnung⁶ (2020).

König / Weber, Einstweilige Verfügungen im Zivilverfahren⁶ (2022).

Koziol, Streckengeschäft und Anweisung. Ein Beitrag zu sachen- und bereicherungsrechtlichen Fragen, JBl 1977, 617–629.

Koziol, Der Begriff des „nachteiligen Rechtsgeschäfts“ in § 31 Abs 1 Z 2 KO, JBl 1982, 57–68.

Koziol, Grundlagen und Streitfragen der Gläubigeranfechtung (1991).

Krasnopolski, Das Anfechtungsrecht der Gläubiger nach österreichischem Recht (1888).

Kronthaler, Verfügungen über (dingliche) Rechte – Ein Diskussionsbeitrag über einen allgemeinen Verfügungstatbestand im ABGB, ÖJA 2023, 234–279.

Kübler / Prütting / Bork, Kommentar zur Insolvenzordnung III (92. Lfg; 6/22).

Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft⁶ (1991).

Lehmann, Kommentar zur österreichischen Konkurs-, Ausgleichs- und Anfechtungsordnung (1916).

Menzel, Das Anfechtungsrecht der Gläubiger nach österreichischem Rechte (1886).

Murko / Perner, T., Die insolvenzrechtliche Anfechtung im Erb- und Privatstiftungsrecht, ÖJZ 2024, 330–335.

Petschek / Reimer / Schiemer, Das österreichische Insolvenzrecht – Eine systematische Darstellung (1973).

Pollak, Das Concursrecht (1897).

Rassi, Handbuch Grundbuchsrecht³ (2019).

Rebernik, Konkursanfechtung des Kontokorrentkredites (1998).

Riel, Robert Bartsch über die Entstehung der Insolvenzgesetze 1914, ZIK 2015, 12–15.

Rintelen, Handbuch des österreichischen Konkurs- und Ausgleichsrechtes (1915).

Riss, Einseitig erklärter Eigentumsvorbehalt und Insolvenz (2023).

Rosmarin, Kommentar zum Österreichischen Anfechtungsrecht (1915).

Roth, M., Die Aufrechnung im Konkurs (Ausgewählte Problemstellungen), in Buchegger/Holzhammer, Beiträge zum Zivilprozessrecht II (1986) 165–208.

Schlinkmann, Der Begriff der Unentgeltlichkeit im Insolvenzrecht (2015).

Schummer, Das Eigenkapitalersatzrecht: Notwendiges Rechtsinstitut oder Irrweg? (1998).

Schwimmann / Kodek, ABGB – Praxis-kommentar III⁵ (2019).

Spielbüchler, Übereignung durch mittelbare Leistung, JBI 1971, 589–600.

Steinbach, Kommentar zu den Gesetzen vom 16. März 1884 über die Anfechtung von Rechtshandlungen³ (1905).

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

Trenker, Insolvenzanfechtung gesellschaftsrechtlicher Maßnahmen (2012).

Trenker, Insolvenzanfechtung – Gesellschafter als Anfechtungsgegner, in Artmann/Rüffler/U. Torggler, Gesellschaftspflichten in der Krise (2015) 123–146.

Trenker, Einvernehmliche Parteidisposition im Zivilprozess – Privatautonomie im streitigen Erkenntnisverfahren (2020).

Trenker, Anmerkung zu OGH 12.7.2022, 17 Ob 31/21t, ÖBA 2022, 836–839.

Trenker, Gegenansprüche des Anfechtungsgegners gem § 41 IO, in Kodek, Insolvenz-Forum 2022 (2023) 195–248.

Trenker, Gegenansprüche des Anfechtungsgegners gem § 41 IO, ÖJA 2023, 190–233.

Trenker, Einzelanfechtung: Schicksal aufgelaßener dinglicher Rechte – Anmerkungen zu OGH 17 Ob 7/22m, ZIK 2023, 132–136.

Walcher, Anmerkung zu OGH 19.5.2021, 17 Ob 3/21x, EvBl 2021/144, 1036–1037.

Wegan, Österreichisches Insolvenzrecht – Konkurs- und Ausgleichsrecht (1973).

Welser, Buchbesprechung zu Spielbüchler, Der Dritte im Schuldverhältnis (1973), JBI 1975, 219–221.

Welser / Kletečka, Grundriss des bürgerlichen Rechts I⁵ (2018).

Widhalm, Kontokorrentkredit und Konkursanfechtung (2001).

Widhalm-Budak, Anfechtungsrecht – Praxisleitfaden zur Insolvenzanfechtung mit Checklisten und Mustern³ (2019).

Wittmann, Factoring im Konkurs des Factoringkunden – Zivilrechtliche, konkursrechtliche und anfechtungsrechtliche Behandlung des Factoring in Österreich (2009).

Zöchling-Jud / Kogler, Anfechtungsrisiken beim Factoring – Zugleich ein Beitrag zur Rechtsnatur des Factoring, ÖBA 2012, 428–444.



Banken-Symposium Wachau 2024

Bargeldversorgung

ESG

Zukunft der
Beratung

Transformation
Resilienz

KIM-

Digitaler Euro
Leadership

Verordnung



Helmut Ettl
FMA



Erwin Hameseder
Raiffeisenverband



Roswitha Wachtler
Ipsos



Matthias Schroth
OeNB



Wolfgang Brunauer
DataScience Service

und viele mehr...



17.10.2024 | Stift Göttweig
www.banken-symposium-wachau.at