16. Kapitel
Ansprüche des Anfechtungsgegners

§ 41. (1) Der Anfechtungsgegner kann die Zurückstellung seiner Gegenleistung aus der Insolvenzmasse verlangen, soweit sie in dieser noch unterscheidbar vorhanden ist oder soweit die Masse um ihren Wert bereichert ist.

(2) Eine weitergehende Forderung auf Erstattung der Gegenleistung sowie die infolge Erstattung einer anfechtbaren Leistung an die Masse wieder auflebende Forderung können nur als Insolvenzforderungen geltend gemacht werden.

I. Aufwandsersatz

16/1 Hat der Anfechtungsgegner Aufwendungen auf das Anfechtungsobjekt getätigt, so steht ihm uU der Ersatz derselben zu. Der **Umfang** des Ersatzes hängt von der oben[1]) behandelten Stellung des Anfechtungsgegners als unredlicher oder redlicher Besitzer ab.

Ist der Anfechtungsgegner als unredlicher Besitzer zu behandeln (so der Normalfall: § 39 Abs 2 IO), sind ihm nützliche Aufwendungen insoweit zu ersetzen, als sie **der Masse** zum klaren und überwiegenden Vorteil gereichen; notwendige Aufwendungen werden ersetzt, wenn sie noch für die Masse fortwirken[2]).

16/2 Die Aufwandsersatzansprüche sind **Masseforderungen** (§ 46 Abs 1 Z 6 IO) und berechtigen zum Aufrechnen mit dem anfechtungsrechtlichen Geld-(Natural- oder Ersatz-) Anspruch der Insolvenzmasse[3]) ohne Kürzung (zur Aufrechnung mit dem Anfechtungsanspruch selbst Rz 15/36). Überdies – § 471 ABGB steht grundsätzlich auch dem unredlichen Besitzer zu[4]) – hat der Anfechtungsgegner ein Zurückbehaltungsrecht[5]).

Solche Aufwendungen sind auch die Ablöse von Pfandrechten und sonstigen Schulden, für die den Erwerber einer Liegenschaft lediglich die Sachhaftung trifft, weil die Insolvenzmasse diese bei der Veräußerung aus dem Erlös zu befriedigen hätte; weitere Prämienzahlungen; Überholungsreparatur bei anfechtbar erworbenen Maschinen; Restzahlung an Voreigentümer, damit anfechtbar abgetretene Kaufpreisforderung gegen neuen Käufer fällig wird[6]) usw.

16/3 Eine Anwendung der im Schadenersatzrecht entwickelten Grundsätze über den **Vorteilsausgleich** ist bei der Anfechtung ausgeschlossen[7]).

---

[1]) Siehe Rz 15/16 ff.

[2]) *Koziol/Bollenberger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger* § 41 KO Rz 30; OGH 7 Ob 49/08 v.

[3]) OGH RdW 1986, 370 = JBl 1987, 46 = SZ 59/114; *Koziol/Bollenberger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger* § 41 KO Rz 30.

[4]) *Rummel,* Gutgläubiger Erwerb von Retentionsrechten? JBl 1977, 522 Anm 7 mwN; *Hofmann* in *Rummel* § 471 ABGB Rz 4.

[5]) *Petschek/Reimer/Schiemer* 402 f; *Koziol/Bollenberger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger* § 41 KO Rz 30; OGH RdW 1986, 370 = JBl 1987, 46 = SZ 59/114.

[6]) BGH KTS 1992, 434; weitere Beispiele bei *Rebernig* in *Schubert/Konecny* § 39 KO Rz 56 und aus der dRsp bei *Henckel* in FS Deutsch 984 f.

[7]) *Rebernig* in *Schubert/Konecny* § 39 KO Rz 51; BGH ZIP 2005, 1521, 1523; ZInsO 2007, 1107, 1108 *(Raebel);* ZIP 2009, 1674, 1675 (Bierbrauen); ZIP 2012, 636, 637; OLG Düsseldorf

Allfällige Vorteile eines anfechtbaren **Rechtsgeschäfts** werden im Rahmen des Quotenvergleichs berücksichtigt[8]). Dies hat aber mit einer Berücksichtigung von Vorteilen, die der Insolvenzmasse unmittelbar zugute kommen, nichts zu tun.

II. Weitere Ansprüche

16/4 § 41 IO gliedert die dem Anfechtungsgegner zufolge der Anfechtung weiters erwachsenden Gegenansprüche in zwei Gruppen: **Gegenleistungen** und **andere „wieder auflebende Forderungen".** Beide Ansprüche sind davon abhängig, dass der Insolvenzverwalter den Anfechtungsanspruch überhaupt geltend macht und verfolgt[9]).

A. Gegenleistungen

1. Allgemeines

16/5 Weil das Anfechtungsrecht zwar die zu Lasten der Gläubiger ausschlagenden Auswirkungen der anfechtbaren Rechtshandlung möglichst vollständig beseitigen, nicht aber darüber hinaus eine Massevermehrung auf Kosten des Anfechtungsgegners – gleichsam zu dessen Bestrafung – bewirken und der Masse Vorteile verschaffen soll, die sie ohne Vornahme der anfechtbaren Handlung nicht erzielt hätte[10]), eröffnet § 41 Abs 1 IO „privilegierte" Wege zur Wiedererlangung der vom Anfechtungsgegner an den späteren Insolvenzschuldner bewirkten Gegenleistung.

Das AnfG 1884 (§ 25 Abs 1) enthielt noch eine nähere Definition des Begriffs „Gegenleistung". Dort hieß es, dass als solche anzusehen ist, was der Anfechtungsgegner „**auf Grund der angefochtenen Rechtshandlung** an den Gemeinschuldner geleistet hat". *Menzel*[11]) forderte demnach ein „Abhängigkeitsverhältnis zwischen den beiderseitigen Leistungen" und schied Leistungen „nur aus Anlass des anfechtbaren Actes" aus; freilich: „Anderseits verlangt das Gesetz nicht, dass die Gegenleistung das Aequivalent der Leistung des Schuldners gebildet hat; ein Entgelt im technischen Sinne wird nicht vorausgesetzt."[12])

Die IO spricht – ebenso wie vormals die dKO (§ 38)[13]) und jetzt die InsO (§ 144)[14]) – nur von „Gegenleistung", ohne diese näher zu umschreiben. Einhellig wird an die in Österreich vorangegangene, eben geschilderte Rechtslage angeknüpft und werden hierunter Leistungen verstanden, die **auf Grund** der angefochtenen Rechtshandlung vom Anfechtungsgegner vorgenommen wurden.

ZInsO 2012, 786, 787 (Wird eine Zahlung angefochten, kommt es nicht darauf an, wozu der Zahlungsempfänger die ihm überwiesenen Beträge verwendet hat, ob er also etwa diese Beträge an Gläubiger des Schuldners weitergeleitet hat, um dessen Geschäftsbetrieb aufrecht zu erhalten oder um damit Forderungen des Insolvenzschuldners werthaltig zu machen); *Kayser* in Münchener Kommentar zur InsO § 129 InsO Rz 175 f; *Henckel* in FS Deutsch 979 ff; *derselbe* in *Jaeger/Henckel/Gerhardt* § 143 InsO Rz 164; siehe auch *Eckardt,* Aspekte einer „Vorteilsanrechnung" im Anfechtungsrecht, ZInsO 2004, 888 ff; aM offenbar *Koziol,* ÖBA 1988, 1083.

[8]) OGH 4 Ob 306/98 y weist damit im Zusammenhang auf einen „anderen Weg" der öRsp hin.

[9]) Bei einer Anfechtung nach der AnfO kann der erfüllende Anfechtungsgegner die Forderung des befriedigten Anfechtungsgläubigers gem § 1358 ABGB dem Schuldner gegenüber geltend machen (so jedenfalls OGH RdW 1985, 375 [Rechtssatz]).

[10]) So OGH 3 Ob 181/11 f; 3 Ob 188/12 m.

[11]) 277.

[12]) Vgl auch *Krasnopolski* 100.

[13]) Hiezu *Cosack* 277; *Jaeger/Henckel* § 38 dKO Rz 7.

[14]) Hiezu *Kirchhof* in Münchener Kommentar zur InsO § 144 InsO Rz 14.

Aber: Während *Ehrenzweig*[15]) hervorhebt, dass „Gegenleistung" nicht notwendig „Entgelt" sein muss, betonen *Bartsch/Pollak*[16]) und *Petschek/Reimer/Schiemer*[17]), dass Gegenleistung iSd § 41 IO das „Entgelt" für die anfechtbare Rechtshandlung sein muss. Dieser Gegensatz scheint zunächst ein Streit um Worte zu sein, da *Ehrenzweig* unter „Entgelt" nur das „von beiden Parteien als Gegenwert **Gewollte**" versteht[18]) und darauf hinweist, dass nicht dieser subjektive Umstand, sondern allein der „objektive Umstand", dass die Leistung „auf Grund der Rechtshandlung" erfolgt ist, maßgebend sei. Damit wäre wohl auch die zweite Auffassung in Einklang zu bringen, wonach die anfechtbare Rechtshandlung „Rechtsgrund der synallagmatischen Verbindlichkeit des Anfechtungsgegners sein muß, die Gegenleistung muß für die anfechtbare Rechtshandlung gewährt sein". *Ehrenzweig*[19]) sieht aber als „Gegenleistung" auch die „Remuneration" der remuneratorischen Schenkung (§ 940 ABGB) an, bezieht also offenbar in den Begriff „Gegenleistung" auch Leistungen ein, denen unbestritten als Rechtsgrund nicht der Austausch von Leistungen iSd § 917 ABGB zugrunde liegt.

16/6 Zutreffend ist die „Gegenleistung" in § 41 IO als **Entgelt** in dem Sinn zu verstehen, dass die angefochtene Rechtshandlung in kausaler oder konditionaler Verknüpfung mit der Leistung des Anfechtungsgegners stehen muss[20]). Keine Gegenleistung im hier verwendeten Sinn ist das Erlöschen einer durch Zahlung des Insolvenzschuldners getilgten Forderung bei der Deckungsanfechtung[21]); diesfalls gilt § 41 Abs 2, 2. Fall, IO (siehe Rz 16/22).

Gegenleistung ist etwa die Zurverfügungstellung eines Kreditbetrags für eine der Bank vom Kreditnehmer eingeräumte Hypothek[22]); die Sicherheit, die der Anfechtungsgegner infolge Bezahlung der Schuld durch den späteren Insolvenzschuldner (an diesen) zurückgestellt hat[23]); das Recht aus dem Erbanfall, wenn der Anfechtungsgegner wegen der Zahlung auf sein Erbe zu Gunsten des späteren Insolvenzschuldners verzichtet hat[24]); ebenso das Teilentgelt bei einer gemischten Schenkung, soweit[25]) sie anfechtbar ist[26]); nicht jedoch Aufwandsleistungen sowie etwaige Gewährleistungs- und Schadenersatzforderungen. Letztere können nur dem Insolvenzschuldner gegenüber hinsichtlich des insolvenzfreien Vermögens oder aber nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens geltend gemacht werden[27]).

---

[15]) 426 in Anschluss an *Menzel* 277; *Koziol,* JBl 1983, 522; ebenso *Jaeger/Lent* § 38 dKO Rz 6 (aM noch in der 3./4. Auflage § 38 dKO Rz 9, die *Ehrenzweig* erwähnt); *Kuhn/Uhlenbruck* § 38 dKO Rz 1.

[16]) I 255.

[17]) 403.

[18]) Insoweit auch *Jaeger/Lent* § 38 dKO Rz 6: das, was „nach wechselseitigem Willen der Beteiligten als . . . Ausgleich" geleistet wurde.

[19]) 426 Anm 8.

[20]) *Gschnitzer* in *Klang* IV/1, 429; zustimmend *Koziol/Bollenberger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger* § 41 KO Rz 6; *Rebernig* in *Schubert/Konecny* § 41 KO Rz 6; OLG Graz 4. 4. 2006, 2 R 26/05 v.

[21]) So auch OLG Graz 4. 4. 2006, 2 R 26/05 v; *Rebernig* in *Schubert/Konecny* § 31 KO Rz 6.

[22]) Vgl *König,* ÖJZ 1982, 231; *Koziol/Bollenberger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger* § 41 KO Rz 7; *Rebernig* in *Schubert/Konecny* § 41 KO Rz 6.

[23]) *Koziol,* JBl 1983, 522; *Koziol/Bollenberger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger* § 41 KO Rz 7.

[24]) *Petschek/Reimer/Schiemer* 407.

[25]) Siehe Rz 9/19.

[26]) OGH RdW 1984, 43.

[27]) *Ehrenzweig* 429; *Lehmann* 345; *Petschek/Reimer/Schiemer* 406 f; *Koziol/Bollenberger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger* § 41 KO Rz 7; differenziert *Rebernig* in *Schubert/Konecny* § 41 KO Rz 7.

2. Anspruchsinhaber

16/7 Ansprüche nach § 41 Abs 1 IO stehen nur dem zu, der die Gegenleistung bewirkt hat (arg: „seine"). Die vom Insolvenzverwalter in Anspruch genommenen Einzelrechtsnachfolger (§ 38 Abs 2 IO) desjenigen, der die Gegenleistung bewirkt hat, können sie nur nach Zession der Masse gegenüber geltend machen[28]). Verweigert der Rechtsvorgänger die Zession, kann er im Weg des Rückgriffs vom in Anspruch genommenen Rechtsnachfolger entsprechend überproportional in Anspruch genommen werden.

3. Charakter der Ansprüche

16/8 Nach **hA**[29]) steht dem Anfechtungsgegner gem § 41 Abs 1 IO ein einheitlicher Anspruch zu: Beide Male – ob sich die Gegenleistung noch *in natura* in der Insolvenzmasse befindet oder ob diese um deren Wert bereichert ist – handelt es sich demnach um einen **Bereicherungsanspruch** wegen Fortfalls des Rechtsgrundes und damit um eine **Masseforderung** (§ 46 Abs 1 Z 6 IO). Lediglich der Inhalt der Ansprüche ist verschieden, im ersten Fall geht er auf Naturalleistung, im zweiten kann Wertersatz gefordert werden. Eine tragfähige Begründung hiefür fehlt[30]).

Auffällig ist, dass mit diesen Folgerungen der hM bereits der Wortlaut des § 41 Abs 1 IO nicht in Einklang steht. Diesem muss entnommen werden, dass sich das Wort „bereichern" nur auf den zweiten dort genannten Anspruch bezieht, nur dieser also ein Bereicherungsanspruch ist[31]).

16/9 a) **ME** ist in Wirklichkeit dem Gesetz ohne Kunstgriff zu entnehmen, dass es sich beim **ersten Fall** des § 41 Abs 1 IO um einen **Aussonderungsanspruch** handelt[32]), der ausnahmsweise – ebenso wie der Anspruch nach § 41 Abs 2 IO – erst nach der Insolvenzeröffnung entsteht. Diese Ansicht wird nicht nur durch die auf vergleichbarem

---

[28]) Hiezu *Ehrenzweig* 429 f; *Lehmann* 344; *Bartsch/Pollak* I 255; *Petschek/Reimer/Schiemer* 403.

[29]) *Menzel* 271; *Krasnopolski* 104; *Ehrenzweig* 425 f; *Lehmann* 342 f; *Bartsch/Pollak* I 253 f; *Petschek/Reimer/Schiemer* 404; *Koziol,* JBl 1983, 522; *Rebernig,* Kontokorrentkredit Rz 70; *derselbe* § 41 KO Rz 8; *Koziol/Bollenberger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger* § 41 KO Rz 8.

[30]) Zur Begründung wird ua angeführt, dass jede Konstruktion, die dem Anfechtungsgegner bei Vorhandensein der Gegenleistung (1. Fall) einen Aussonderungsanspruch gewähre, schnurstracks zur abzulehnenden „Dinglichkeitstheorie" des Anfechtungsanspruchs führe (so *Jaeger/Lent* § 38 dKO Rz 1; *Ehrenzweig* 426). Hier bleibt unbeachtet, dass das hinsichtlich der Rückführung der Gegenleistung vom Gesetz dekretierte Abwicklungsmodell mit der Natur des Anfechtungsanspruchs ebenso wenig zu tun hat wie etwa die Tatsache, dass § 39 Abs 3 IO von Bereicherung spricht; beide Normen sichern nur den als adäquat erachteten Interessenausgleich. *Henckel* (in *Jaeger/Henckel* § 37 dKO Rz 26 ff) geht davon aus, dass ein schuldrechtlicher Vertrag schon infolge seiner Anfechtbarkeit ohne weiteres (!) unwirksam ist, und kommt sohin beim hier behandelten Problem zum Schluss, dass spätestens mit der Insolvenzeröffnung der Rechtsgrund (auch) für die Gegenleistung entfällt und sohin dem Anfechtungsgegner ein Bereicherungsanspruch zusteht (aaO § 38 dKO Rz 6).

[31]) Auch auf Grund des Wortlauts aM *Jaeger/Lent* § 38 dKO Rz 3.

[32]) So auch *Rintelen* 263 f; *Schummer* 393; zum AnfG 1884 *Steinbach* 141. AM *Koziol,* Grundlagen 75, der aber übersieht, dass Aussonderungsansprüche nicht Sachen betreffen, die dem Insolvenzschuldner nicht gehören, sondern solche, die der Insolvenzmasse nicht zugehören.

Wortlaut aufbauenden Motive zum AnfG 1884[33]) und zur dKO[34]) unterstrichen, sondern steht auch mit der Überlegung in Einklang, dass nicht einzusehen wäre, warum bei in der Masse **vorhandener** Gegenleistung der Anfechtungsgegner sich eine Kürzung seines Anspruchs auf Zurückstellung eben dieser (§ 47 Abs 2 IO) gefallen lassen muss[35]), wie überhaupt die Tatsache, dass § 41 Abs 1, 1. Fall, IO unbestritten einen Anspruch auf Leistung *in natura* bietet, mit dem Wesen einer Masseforderung eher schwer vereinbar ist[36]). Ist also die seinerzeitige Gegenleistung oder ihr Surrogat, das der spätere Insolvenzschuldner bei Weitergabe jener erhalten hat (also etwa auch Geld), noch unterscheidbar vorhanden[37]), so ist der Anfechtungsgegner berechtigt auszusondern.

b) Ist die Gegenleistung nicht mehr „unterscheidbar vorhanden", steht dem An- **16/10**
fechtungsgegner dann eine Masseforderung nach § 46 Abs 1 Z 6 IO zu, wenn die Insolvenzmasse um den Wert der Gegenleistung **bereichert** ist[38]). Voraussetzung ist aber, dass die **Insolvenzmasse als solche,** nicht etwa der nachmalige Insolvenzschuldner, bereichert ist[39]). Hier ist die Frage erheblich, ob der bereichernde „Wert" schon vor der Insolvenzeröffnung zugeflossen sein kann oder ob nur ein Zufluss nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens einen solchen Anspruch gem § 46 IO schafft.

Die Motive zum Entwurf der dKO[40]) halten etwa fest, dass dann, wenn sich die Gegenleistung nicht **in specie** in der Insolvenzmasse befindet **oder befand,** von einer Erstattung ihres Werts aus dieser als Masseschuld nicht die Rede sein kann[41]). Demgegenüber vertreten *Bartsch/Pollak*[42]) die Auffassung, dass es gleichgültig sei, „wann die Sachen oder ihr Wert in die Masse gekommen sind, ob vor oder nach der Konkurseröffnung", sofern nur diese Sachen oder dieser Wert im Zeitpunkt des Entstehens des Anspruchs des Anfechtungsgegners (Rz 16/17 ff) vorhanden sind. *Bartsch/Pollak* berufen sich hiebei auf *Ehrenzweig*[43]) und *Jaeger*[44]) und unterliegen einem Missverständnis: Die zit Autoren belegen nur, dass es gleichgültig ist, wann die „**Gegenleistung** in das Vermögen des Gemeinschuldners, beziehungsweise in die Masse gelangt ist, ob vor oder nach der Konkurseröff-

---

[33]) EB zur RV, 256 BlgAH 9. Sess 56 (auch bei *Kaserer* 96).

[34]) *Hahn,* Materialien KO 152 f; die deutsche hM ist dieser Ansicht der Motive allerdings nicht gefolgt und nimmt einen Masseanspruch an: *Jaeger/Henckel* § 38 dKO Rz 6; *Kuhn/Uhlenbruck* § 38 dKO Rz 2; ebenso zur InsO *Kirchhof* in Münchener Kommentar zur InsO § 144 InsO Rz 18; *Henckel* in *Jaeger/Henckel/Gerhardt* § 144 InsO Rz 24.

[35]) Vertreten wird zwar, dass uU bei Natural-Masseansprüchen ausnahmsweise keine Kürzung erfolgt: *Bartsch/Pollak* I 290; *Petschek/Reimer/Schiemer* 534.

[36]) Vgl *Lehmann* 394; *Petschek/Reimer/Schiemer* 519, 534; *Jaeger/Lent* § 60 dKO Rz 9.

[37]) Nur dieses Kriterium und nicht etwa die Frage, wer Eigentümer ist, ist für diesen Aussonderungsanspruch maßgebend. – Zur Ersatzaussonderung bei Geld siehe OGH 8 Ob 29/95; 6 Ob 2352/96 t; BGH ZIP 1999, 626.

[38]) AM *Schummer* 394 f (Aussonderungsrecht).

[39]) *Menzel* 278 Anm 7; *Lehmann* 343; *Bartsch/Pollak* I 254; OGH SZ 14/56.

[40]) *Hahn,* Materialien KO 153.

[41]) Vgl hiezu *Meisner,* Ueber die juristische Natur des Anfechtungsrechts, insbesondere mit Rücksicht auf die Anfechtung der durch Stellvertreter vorgenommenen Rechtshandlungen, Gruchot 32, insb 223 Anm 44; aM *Cosack* 273 ff mwN; RG RGZ 16, 23 (25).

[42]) I 254; ebenso *Koziol,* JBl 1985, 592 Anm 51; *derselbe,* ÖBA 1988, 1083; *derselbe,* Grundlagen 79 f; *P. Doralt,* ÖBA 1989, 1016 (Entscheidungsbesprechung); *Koziol/Bollenberger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger* § 41 KO Rz 10; *Rebernig,* Kontokorrentkredit Rz 216; *derselbe* § 41 KO Rz 12; *Bollenberger,* ÖBA 1999, 415; siehe aber noch *Koziol,* JBl 1979, 327 (Entscheidungsbesprechung).

[43]) 425.

[44]) Ebenso noch *Jaeger/Lent* § 38 dKO Rz 3.

nung“[45]). Damit ist über die oben angeführte Frage nach dem Zeitpunkt des **Wert**zuflusses – vor oder nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens – noch nichts gesagt. Und tatsächlich: *Jaeger*[46]) scheidet einen Ersatz(geld)wertzufluss vor Insolvenzeröffnung ausdrücklich aus dem Kreis der Bereicherungsansprüche aus; *Ehrenzweig* vermerkt[47]), dass der Kaufpreis, der vom Schuldner schon vor Konkursbeginn „verbraucht“ wurde, die Masse als solche nicht „bereichert“ hat und daher einen Anspruch nach § 41 Abs 1 IO nicht erzeuge[48]).

16/11 Nicht zu übersehen ist, dass die einhellige Meinung zu § 46 Abs 1 Z 6 IO, also zu jener Norm, die Bereicherungsansprüchen gegen die Insolvenzmasse Masseforderungsqualität zuerkennt, verlangt, dass der dort genannte Anspruch „aus einer erst nach Konkurseröffnung eingetretenen Bereicherung“ resultieren muss[49]). Bereicherungsansprüche gegen den Insolvenzschuldner sind bloße Insolvenzforderungen[50]). **Hier** muss aber einerseits berücksichtigt werden, dass dem Insolvenzschuldner ein Anfechtungsanspruch nicht zusteht, er also allein wegen der Anfechtbarkeit durch die Gegenleistung nie bereichert sein konnte, andererseits die Anfechtung darauf abzielt, Vermögensverschiebungen aus der Zeit vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens wieder rückgängig zu machen[51]). Es ist daher davon auszugehen, dass dann, wenn die Gegenleistung **(bei Insolvenzeröffnung)** nicht mehr unterscheidbar vorhanden ist, dem Anfechtungsgegner ein **Bereicherungsanspruch** zusteht[52]). Ein solcher Anspruch besteht aber nicht, wenn der Anfechtungsgegner seine Leistung bereits vor Verfahrenseröffnung erbracht und der (spätere) Insolvenzschuldner die Gegenleistung verbraucht hat oder sie vor Verfahrenseröffnung ersatzlos untergegangen ist[53]).

16/12 Das **Maß der herauszugebenden Bereicherung** bestimmt sich nach den einschlägigen Bestimmungen des **ABGB**[54]). Ist demnach auf die Redlichkeit des Bereicherten abzustellen (§ 1437 ABGB), so wird der gute Glaube nach der Person des Insolvenzverwalters beurteilt[55]).

16/13 Das **Ausmaß** der Bereicherung bestimmt sich nach dem **Zeitpunkt des Entstehens** des Anspruchs; je nach vertretener Ansicht (Rz 16/17 f) entscheidet sich die Frage nach der Tragung des **Risikos für den Verlust der Bereicherung** nach Insolvenzeröffnung.

16/14 Der **Beweis** für das Vorliegen und das Ausmaß der Bereicherung obliegt dem Anfechtungsgegner.

---

[45]) So *Ehrenzweig* 425.

[46]) AaO; anders offenbar *Jaeger/Henckel* § 38 dKO Rz 9; *Marotzke,* Gegenseitige Verträge Rz 7.129.

[47]) 429.

[48]) Vgl auch *Menzel* 278 Anm 7.

[49]) So wörtlich *Petschek/Reimer/Schiemer* 529, 452 f; ebenso *Bartsch/Pollak* I 282 f; *Iro,* Das Zug-um-Zug-Prinzip im Insolvenzverfahren, RdW 1985, 102; *Engelhart* in *Konecny* § 46 KO Rz 309; OGH SZ 14/56; ÖBA 1991, 594; 8 Ob 4/94. Ebenso bereits die Motive zur dKO (*Hahn,* Materialien, KO 232 f) und BGH ZIP 2009, 1477.

[50]) Vgl etwa *Jaeger/Lent* § 59 dKO Rz 10; *Kuhn/Uhlenbruck* § 59 dKO Rz 16; *Hefermehl* in Münchener Kommentar zur InsO § 55 InsO Rz 200.

[51]) Zutreffender Hinweis bei *Marotzke,* Gegenseitige Verträge Rz 7.129.

[52]) Dem Text folgend *Engelhart* in *Konecny* § 46 IO Rz 314. Zum Ausmaß siehe Rz 16/13.

[53]) *Koziol/Bollenberger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger* § 41 KO Rz 15; *Engelhart* in *Konecny* § 46 KO Rz 314; zur InsO *Kirchhof* in Münchener Kommentar zur InsO § 144 InsO Rz 17 a.

[54]) *Menzel* 278; *Ehrenzweig* 429; *Bartsch/Pollak* I 254; *Petschek/Reimer/Schiemer* 405.

[55]) *Bartsch/Pollak* I 283; *Koziol/Bollenberger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger* § 41 KO Rz 12.

Zur Frage des Ausschlusses des Anspruchs auf Rückerstattung der Gegenleistung als Bereicherung gem **§ 1174 ABGB**[56]) vgl *Menzel* 272 Anm 7; *Ehrenzweig* 428; *Bartsch/Pollak* I 255; *Petschek/Reimer/Schiemer* 404; *Koziol/Bollenberger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger* § 41 KO Rz 14; OGH 3 Ob 244/09 t. **16/15**

c) Von den geschilderten Fällen abgesehen, kann die Gegenleistung als **Insolvenzforderung** geltend gemacht werden (§ 41 Abs 2, 1. Fall, IO). Bedenkt man, dass der Anspruch auf Erstattung der Gegenleistung erst nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens entsteht, dass aber § 51 Abs 1 IO die Insolvenzgläubiger als jene persönlichen Gläubiger, denen vermögensrechtliche Ansprüche an den Schuldner zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens zustehen, umschreibt, erkennt man, dass diese Norm eine **Begünstigung des Anfechtungsgegners** zu Lasten der übrigen Insolvenzgläubiger („aus Billigkeitsrücksichten")[57]) darstellt[58]). **16/16**

4. Zeitpunkt der Entstehung der Ansprüche

Alle bisher behandelten Ansprüche (ebenso wie jener in Rz 16/21 ff) **entstehen** nach verbreiteter Meinung **erst mit der tatsächlichen Bewirkung der anfechtbaren Leistung**[59]); dass diese Leistung urteilsmäßig zugesprochen ist, reicht also nicht aus. **16/17**

Damit ist die anfechtende Insolvenzmasse geschützt, wenn sie im Insolvenzverfahren des Anfechtungsgegners nur eine Quote des Anfechtungs(leistungs)anspruchs erhält.

Trotz entsprechender Einrede des Anfechtungsgegners kann eine Verurteilung auf Leistung des auf Grund der Anfechtung Zustehenden (bloß) **Zug um Zug** gegen die Erstattung der unterscheidbar vorhandenen Gegenleistung (oder ihres Surrogats) oder der Bereicherung (Ansprüche gem § 41 Abs 1 IO) **nicht** erfolgen[60]); bei Gleichartigkeit wird aber **urteilsmäßige Abrechnung** erstaunlicherweise überwiegend für zulässig gehalten[61]). Ein **Zurückbehaltungsrecht** des Anfechtungsgegners wird verneint[62]). **16/18**

Die **jüngere Lehre** vermeidet diese Ungereimtheiten: *Karollus*[63]) lässt die Erstattungsansprüche (§ 41 IO) bereits im Zeitpunkt der Anfechtungserklärung durch den Insolvenzverwalter (!) oder der urteilsmäßigen Rechtsgestaltung entstehen und gelangt so **16/19**

---

[56]) Der rechtsähnliche (zu den Unterschieden OGH 7 Ob 135/03 h) § 817 (Satz 2) BGB wird zur InsO nicht angewendet: OLG Celle ZInsO 2003, 803.

[57]) *Bartsch/Pollak* I 255; aM *Koziol/Bollenberger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger* § 41 KO Rz 5.

[58]) *Ehrenzweig* 429; *Lehmann* 345; *Petschek/Reimer/Schiemer* 406.

[59]) Vgl § 41 Abs 2 IO: „Infolge Erstattung einer anfechtbaren Leistung". In diesem Sinn *Ehrenzweig* 427; *Lehmann* 343 f; *Bartsch/Pollak* I 254, 255; *Petschek/Reimer/Schiemer* 405 f, 381 Anm 10 (Formulierung des entsprechenden § 15 AnfO [„infolge der Anfechtung"] ist Redaktionsversehen!); OGH EvBl 1967/409 (zu § 41 Abs 1 IO); ÖBA 1988, 836; zum AnfG 1884 ebenso *Krasnopolski* 106; aM *Menzel* 278: Fälligwerden bei Erfüllung oder Anerbieten durch den Anfechtungsgegner; *Cosack* 279 f: Entstehung bei der Erklärung der Anfechtung. – Zur neueren Lehre siehe gleich im Folgenden.

[60]) *Lehmann* 344; *Bartsch/Pollak* I 254; *Petschek/Reimer/Schiemer* 405 f; OGH EvBl 1967/409; ÖBA 1988, 836; aM *Ehrenzweig* 427 f und zum AnfG 1884 *Menzel* 279; *Steinbach* 138.

[61]) *Menzel* 279; *Lehmann* 344; *Ehrenzweig* 427; *Bartsch/Pollak* I 254; OGH EvBl 1967/409; insoweit aM *Petschek/Reimer/Schiemer* 405 f.

[62]) Vgl *Lehmann* 344; *Bartsch/Pollak* I 254; *Wegan* 65; *Holzhammer* 97; OGH EvBl 1967/409; ÖBA 1988, 836.

[63]) ÖBA 1988, 123 ff; diesem Autor folgend *Rebernig,* Kontokorrentkredit Rz 222; *Koziol/Bollenberger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger* § 41 KO Rz 18; siehe auch *Koziol,* Grundlagen 72.

zu einer **Vorleistungspflicht** des Anfechtungsgegners **nur** bei § 41 Abs 2, 1. Fall, IO und bei § 41 Abs 1, 2. Fall, IO (hier aber eingeschränkt auf den voraussichtlich ungedeckten Teil der Masseforderung bei unzureichender Masse), sonst (§ 41 Abs 1, 1. Fall, IO und § 41 Abs 1, 2. Fall, IO, wenn die Masse zureichend ist, um alle Masseforderungen zu decken, oder – bei unzureichender Masse – insoweit, als zumindest eine Teildeckung aller Masseforderungen zu erwarten ist) habe der Anfechtungsgegner nur **Zug um Zug** gegen Erstattung seiner Gegenleistung zu erfüllen und ihm stehe diesbezüglich auch ein Zurückbehaltungsrecht zu. Entsprechendes gelte zur **Aufrechnung**[64]).

Henckel[65]) setzt noch früher an, weil für ihn die Rechtsfolge der Anfechtbarkeit bereits mit Vornahme der anfechtbaren Handlung, bei den Anfechtungstatbeständen, die nur im Insolvenzverfahren greifen, freilich bedingt durch die Verfahrenseröffnung, eintritt.

16/20 Die eine Insolvenzforderung darstellende Gegenforderung (§ 41 Abs 2, 1. Fall, IO) kann schon nach förmlicher Geltendmachung des Anfechtungsanspruchs (Anfechtungsklage, Erhebung der Anfechtungseinrede, Bestreitung der angemeldeten Forderung) oder nach Anerkennung des Anfechtungsanspruchs (Rz 17/66) (nicht vorher!) im Insolvenzverfahren als bedingte Forderung angemeldet werden; bei späterer Anmeldung schützt § 134 IO. Für ihre Kompensabilität gilt § 20 Abs 3 IO.

B. Wiederauflebende Forderung

1. Norminhalt

16/21 § 41 Abs 2, 2. Fall, IO verbindet zwei Bestimmungen. Während § 144 Abs 1 InsO[66]) (ebenso ehemals § 39 dKO) das Wiederaufleben ausdrücklich normiert, über den Charakter der wiederauflebenden Forderung Einzelheiten aber nicht enthält, setzt § 41 Abs 2, 2. Fall, IO voraus, dass eine nicht „Gegenleistung" darstellende Forderung des Anfechtungsgegners **wiederaufleben kann** und normiert ihren Charakter als **Insolvenzforderung.**

2. Voraussetzungen

16/22 a) Voraussetzung für dieses Wiederaufleben ist aber, dass die **Tilgung selbst,** also die **Erfüllung** durch den späteren Insolvenzschuldner, **angefochten wird**[67]).

16/23 Ist das zugrundeliegende Schuldverhältnis nämlich selbst Gegenstand der Anfechtung, dann gilt:

aa) ist die „Tilgung" seitens des Insolvenzschuldners noch nicht erfolgt, so führt der Anfechtungserfolg eben dazu, dass der Anfechtungsgegner seine Forderung aus dem Schuldverhältnis den Gläubigern gegenüber nicht mehr geltend machen kann[68]);

---

[64]) *Karollus,* ÖBA 1988, 131 insb bei Anm 65. Dagegen ohne Einschränkung der Aufrechnung bei Masseunzulänglichkeit *Rebernig* in *Schubert/Konecny* § 41 KO Rz 14.

[65]) In *Jaeger/Henckel/Gerhardt* § 144 InsO Rz 24.

[66]) Die Bestimmung lautet: „Gewährt der Empfänger einer anfechtbaren Leistung das Erlangte zurück, so lebt seine Forderung wieder auf."

[67]) *Ehrenzweig* 431; *Lehmann* 345; *Bartsch/Pollak* I 256; *Petschek/Reimer/Schiemer* 407; *Koziol,* JBl 1983, 521; *Karollus,* ÖBA 1988, 127; *Koziol/Bollenberger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger* § 41 KO Rz 1.

[68]) *Ehrenzweig* 431.