

Haftungsrechtliche Restitution des Erlangten oder Ersatz des Interesses?

– Zum Umfang der Anfechtungsansprüche unter Berücksichtigung von
§ 143 Abs. 1 Satz 2 InsO –

DIEDERICH ECKARDT

Inhaltsübersicht

- | | |
|---|---|
| <p>I. Das Problem</p> <ol style="list-style-type: none">1. Zu Inhalt und Ziel der anfechtungsrechtlichen Behelfe2. Die Interpretation in Literatur und Rechtsprechung <p>II. Dogmengeschichtliche Grundlagen</p> <ol style="list-style-type: none">1. Der Haftungsumfang im gemeinen und preußischen Recht2. Der Haftungsumfang in der Frühzeit der reichsrechtlichen Anfechtungsregelungen <p>III. Die auf Kosten des haftenden Vermögens erlangte Rechtsposition als Anfechtungssubstrat</p> <ol style="list-style-type: none">1. Die Positionsverbesserung des Anfechtungsgegners als Geltungsgrund und Gegenstand der anfechtungsrechtlichen Inanspruchnahme2. Zur Unangemessenheit der Schadensersatzrechtsfolge3. Folgerungen aus § 143 Abs. 1 Satz 2 InsO<ol style="list-style-type: none">a) Zum Inhalt der Verweisung auf das Bereicherungsrecht | <ol style="list-style-type: none">aa) Zur Anwendbarkeit von § 818 Abs. 1 und Abs. 2 BGBbb) Die Haftung des bösgläubigen Bereicherungsschuldnerscc) Konsequenzendd) Die Bedeutung der Verweisung auf § 989 BGB <p>b) Zum systematischen Aussagegehalt der Rechtsfolgenverweisung auf das Bereicherungsrecht (§ 143 Abs. 1 Satz 2 InsO)</p> <p>c) Zur Absage des Gesetzes an das „Interesse“ der Masse als anspruchslimitierendes Kriterium im Hinblick auf die in § 143 Abs. 1 Satz 2 InsO geregelten Sekundäransprüche</p> <ol style="list-style-type: none">aa) Nutzungenbb) Surrogatecc) Verwendungendd) Schlussfolgerung |
|---|---|
- IV. Resümee

I. Das Problem

1. Zu Inhalt und Ziel der anfechtungsrechtlichen Behelfe

Anfechtbarer Rechtserwerb ist, wie heute schon fast unisono formuliert wird, „haftungsrechtlich unwirksam“.¹⁾ Zur praktischen Durchsetzung

1) Vgl. eingehend *Gerhardt*, Die systematische Einordnung der Gläubigeranfechtung, 1969, S. 177 ff, 234, 262 ff, 274, 292 f und passim, im Anschluss an Vorarbeiten insbesondere von *Gotthard Paulus*, AcP 155 (1956), 277, 300 ff, 316 ff; ebenso in der Rechtsprechung jetzt BGH ZIP 1995, 1204, 1206, dazu EWIR 1995, 795 f (*Gerhardt*); BGH ZIP 1996, 1475, 1476, dazu EWIR 1996, 915 (*Gerhardt*); BGH ZIP 2003, 2307, 2310, dazu *Gerhardt*, LMK 2004, 34, sowie ders., ZIP 2004, 1675.

der haftungsrechtlichen Unwirksamkeit anfechtbaren Rechtserwerbs stehen mehrere unterschiedliche Instrumente zur Verfügung:²⁾ Soweit den Interessen der Gläubiger nicht schon dadurch hinreichend gedient ist, die („unmittelbare“) haftungsrechtliche Unwirksamkeit der anfechtbar erworbenen Rechtsposition geltend zu machen, entsteht primär ein schuldrechtlicher Anspruch auf „Rückgewähr“ gemäß § 143 Abs. 1 Satz 1 InsO (§ 11 Abs. 1 Satz 1 AnfG); ihn ergänzen verschiedene kraft der pauschalen Verweisungsnorm des § 143 Abs. 1 Satz 2 InsO (§ 11 Abs. 1 Satz 2 AnfG) inkorporierte Sekundäransprüche, darunter vor allem der Anspruch auf Kompensation für den Fall, dass die Rückgewähr in Natur nicht möglich ist.

Von der damit angesprochenen Frage nach den zu Gebote stehenden Mitteln zur Verwirklichung der haftungsrechtlichen Unwirksamkeit des anfechtbaren Erwerbs zu unterscheiden ist die weitere Frage nach Umfang und Ziel der genannten Ansprüche. Auch diese Frage hat, wenn auch nicht mit gleicher Intensität wie die von jeher heftig geführte Diskussion um das anfechtungsrechtliche Instrumentarium als solches, Rechtsprechung und Literatur nach der Schaffung des reichseinheitlichen Konkurs- und Anfechtungsrechts von Anbeginn an beschäftigt. *Konrad Cosack* umriss das Problem im Jahr 1884 so:³⁾ Aus der Perspektive der in ihren Haftungsinteressen beeinträchtigten Gläubiger müsse die Anfechtung zweifellos „restitutorisch sein, d. h. sie darf denselben keine vollständig neue Leistung, keine Bereicherung zuführen, sie darf denselben vielmehr nur zurückgewähren, was bereits zur Befriedigung ihrer Forderungen bestimmt war, was ihrem Zugriff unterlag und ihnen nur nachträglich entzogen ist.“ Ihre maßgebliche Umgrenzung erhalte

- 2) Zum aktuellen Diskussionsstand, insbesondere auch hinsichtlich der Existenz einer „unmittelbaren“ haftungsrechtlichen Unwirksamkeit als weiterem rechtstechnischem Mittel zur Wahrung der gesetzlichen Haftungsordnung, vgl. m. w. N. *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, 3. Aufl., 2003, Rz. 21.11–21.16.; *Jaeger-Henckel*, KO, 9. Aufl., 1990, § 37 Rz. 8 ff, 19 ff; *MünchKomm-Kirchhof*, InsO, 2002, vor § 129 Rz. 311 ff, § 143 Rz. 3; *Kreft*, in: HK-InsO, 3. Aufl., 2003, § 129 Rz. 65 ff, § 143 Rz. 4, 36; *Kübler/Prütting-Paulus*, InsO, Stand 3/04, § 129 Rz. 48 ff, § 143 Rz. 9 ff; *Uhlenbruck-Hirte*, InsO, 12. Aufl., 2003, § 129 Rz. 136 ff; ausführlich zuletzt *Allgayer*, Rechtsfolgen und Wirkungen der Gläubigeranfechtung, 2000, Rz. 52 ff und passim; *Koss*, Zur Wirkung der Insolvenzanfechtung nach der Insolvenzrechtsreform, 2001, S. 36 ff und passim.
- 3) *Cosack*, Das Anfechtungsrecht der Gläubiger eines zahlungsunfähigen Schuldners innerhalb und außerhalb des Konkurses nach deutschem Reichsrecht, 1884, S. 242 f.

die Anfechtung daher durch die Schuldnerperspektive, die nun freilich eine sehr verschiedene Behandlung zulasse: „Der Gegner kann verpflichtet werden ohne Rücksicht auf das, was er empfangen hat, so dass für ihn die Leistung keine Rückgewähr, sondern von seinem Standpunkt aus reine Strafe ist. Er kann weiter gerade mit Rücksicht auf dasjenige, was ihm durch die anfechtbare Handlung gewährt ist, und bis zu der Höhe der ihm so gewordenen Zuwendung verpflichtet werden, und dann ist das Anfechtungsrecht auch von ihm aus gesehen restitutorisch. Es kann seine Haftung endlich auf die Bereicherung beschränkt werden, so dass er nur zurückzugeben hat, was er empfangen hat und um dessen Wert sein Vermögen noch bereichert ist.“

Blendet man die zuletzt genannte dritte Möglichkeit – die Beschränkung der Haftung auf die noch vorhandene Bereicherung, die gesetzlich eindeutig dem gutgläubigen Empfänger einer unentgeltlichen Leistung vorbehalten ist (§ 143 Abs. 2 InsO, § 11 Abs. 2 AnfG) – einmal aus, so bleiben für die Bemessung des Umfangs der den Anfechtungsgegner treffenden Verpflichtung also die beiden Alternativen: der Anfechtungsgegner haftet entweder auf volle Wiederherstellung der durch die anfechtbare Handlung beeinträchtigten Haftungslage (d. h. maßgeblich ist wie im Schadensersatzrecht das beeinträchtigte Interesse der Gläubiger, dem entsprechend §§ 249 ff BGB entweder durch Naturalrestitution oder durch Schadensersatz in Geld zu genügen ist) oder auf Auskehr des ihm in anfechtbarer Weise zuteil gewordenen Vermögenszuwachses (d. h. maßgeblich ist – wie im Ansatz auch im Bereicherungsrecht – die im Vermögen des Anfechtungsgegners eingetretene Positionsverbesserung, die durch *actus contrarius* bzw. „haftungsrechtliche Neutralisierung“ zugunsten des haftenden Vermögens wieder rückgängig zu machen ist).

Der Unterschied zwischen den beiden genannten Ansätzen ist zweifellos primär systematischer Natur. Aber auch die Divergenz in den praktischen Ergebnissen ist nicht so gering, wie sie auf den ersten Blick scheinen mag. Gerade im Hinblick auf den Primärbehelf, also den Rückgewähranspruch bzw. die Berufung auf die unmittelbare haftungsrechtliche Unwirksamkeit, beschreiben die beiden unterschiedlichen Ansätze zwar in der Regel nur zwei Seiten derselben Medaille: Indem der Anfechtungsgegner z. B. zurückübereignet, was ihm in anfechtbarer Weise zugewendet worden ist, wird er regelmäßig zugleich dem Schadensaus-

gleichsinteresse der Gläubiger genügen, weil die Masse sich aus dem zurückgewährten Gegenstand genauso gut oder schlecht befriedigen kann, wie sie es ohne die anfechtbare Handlung gekonnt hätte. Das Gleiche gilt, soweit eine gegen die Masse erlangte Rechtsposition unter Berufung auf die unmittelbare haftungsrechtliche Unwirksamkeit des Erwerbs zurückgewiesen werden kann. In beiden Fällen kommt eine schadensersatzrechtliche Betrachtungsweise deshalb typischerweise zum selben Ergebnis wie eine restitutions- oder bereicherungsrechtliche Perspektive, und zwar einfach deshalb, weil ein „überschießendes Interesse“ – also ein Ausgleichsinteresse, das über die Rückgängigmachung des anfechtbaren Vermögenstransfers hinausginge – nicht existiert.

Solche Fälle eines überschießenden Ausgleichsinteresses gibt es aber durchaus, und zwar vor allem in Konstellationen, in denen der Abfluss aus der Masse größer war als das, was bei dem Anfechtungsgegner angekommen ist. So mag es etwa sein, dass der Schuldner, um auf dem Grundstück des Anfechtungsgegners ein Gebäude zu errichten, Aufwendungen in Form von gezahltem Werklohn oder gekauften Baumaterialien erbracht hat, die deutlich höher waren als die durch das errichtete Gebäude bewirkte Wertsteigerung des Grundstücks. Schadensersatz für die Folgen der anfechtbaren Handlung würde in diesem Fall bedeuten, den Wertersatzanspruch nach den erbrachten Aufwendungen zu bemessen, Wertersatz für das in Natur nicht restituierbare Erlangte dagegen Orientierung an der Wertsteigerung des Grundstücks. Vergleichbar ist die Fallgestaltung, dass der Schuldner den Anfechtungsgegner von einer diesen treffenden Verbindlichkeit befreit hat: Ausgleich des beeinträchtigten Interesses würde in diesem Fall bedeuten, dass die von dem Schuldner aufgewendeten Mittel den Umfang des Anfechtungsanspruchs determinieren müssten, Wertersatz für den erlangten Vermögensvorteil dagegen, dass sich der Ersatzanspruch nach dem Wert bemessen müsste, den die Schuldbefreiung für den Anfechtungsgegner hatte.

Ähnliche Divergenzen können sich etwa ergeben, wenn der Schuldner jemandem durch Vertrag mit einem Dritten etwas zugewendet hatte (§ 331 BGB). In diesem Fall richtet sich die Anfechtung gegen den Zuwendungsempfänger.⁴⁾ Auch hier ergibt sich die Frage, ob dieser Ersatz

4) Vgl. Jaeger-Henckel (Fußn. 2), § 37 Rz. 55.

der aus der Masse abgeflossenen Aufwendungen schuldet oder Rückgewähr in Höhe des ihm zugeflossenen Vermögenswerts, was ersichtlich dann einen Unterschied macht, wenn der Schuldner dem Dritten mehr bezahlt hat, als die Sache wert ist. Erwirbt also der Schuldner zu einem bestimmten Preis einen Gegenstand bei dem Dritten, der unmittelbar an den Zuwendungsempfänger übereignet werden soll, so ist dieser, wenn der Gegenstand objektiv nur 80 Prozent davon wert ist, nach dem Restitutions- bzw. Bereicherungsansatz auch nur zur Herausgabe dieses Gegenstands bzw. zum Ersatz des genannten Marktwerts verpflichtet,⁵⁾ nach dem Interesseansatz aber zum Ersatz des vollen Kaufpreises.

Das Gleiche gilt in den Fällen der so genannten mittelbaren Zuwendung, sofern der aus der Masse abgeflossene Vermögenswert nicht vollständig bei dem Zuwendungsempfänger als Anfechtungsgegner angekommen ist.⁶⁾ Auch hier ist richtiger Anfechtungsgegner prinzipiell derjenige, dem das Anfechtungsgut letztlich zufließen sollte, und auch hier würde er nach dem Restitutions- bzw. Bereicherungsansatz nur zur Herausgabe all desjenigen verpflichtet sein können, was auch letztlich bei ihm angekommen war, nach dem Interesseansatz aber zum Ersatz des aus der Masse abgeflossenen Wertes.

Ein Unterschied zwischen Schadensersatz und Wertersatz kann man schließlich auch dann annehmen, wenn der Schuldner dem Anfechtungsgegner ein (Grund-)Pfandrecht bestellt hatte und der Masse in der von dem Pfandgläubiger betriebenen Zwangsversteigerung ein darüber hinausgehender Schaden, etwa durch Versteigerung des Sache unter Wert, entstanden ist: Der zu ersetzende Wert der transferierten Rechtsposition besteht auch in diesem Fall nur im objektiven Wert des Pfandrechts, während der Schadensersatzanspruch wohl auf völlige Schadlosstellung gerichtet sein und aus diesem Grund den „überschießenden“ Schaden einschließen müsste.⁷⁾

5) Ob der Anspruch hier auch auf Herausgabe des Erlangten in Natur gerichtet sein kann oder unabhängig von dessen Vorhandensein nur auf Wertersatz, ist streitig, vgl. Jaeger-Lent, KO, 8. Aufl., 1958, § 37 Anm. 8, einerseits, Jaeger-Henckel (Fußn. 2), § 37 Rz. 55, andererseits.

6) Vgl. MünchKomm-Kirchhof (Fußn. 2), § 143 Rz. 96.

7) Anders insoweit aber die h. M., wonach es sich um einen nicht ersatzfähigen „allgemeinen Schaden“ handle, für den der Anfechtungsgegner nur im Verzugsfälle einzutreten habe, vgl. MünchKomm-Kirchhof (Fußn. 2), § 143 Rz. 93.

2. Die Interpretation in Literatur und Rechtsprechung

*Gerhardt*⁸⁾ hat zu diesem Problem die Ansicht vertreten, die Anfechtungsverbindlichkeit sei primär am anfechtbar erlangten Gegenstand zu bemessen. Das Anfechtungsrecht sei nicht auf Naturalrestitution des durch die anfechtbare Rechtshandlung herbeigeführten Verlusts an Haftungssubstanz gerichtet, sondern auf Restitution des durch die anfechtbare Handlung erlangten Vermögenswerts. Dementsprechend sei der anfechtungsrechtliche Sekundärbehelf in erster Linie auf Rückerstattung des empfangenen Werts gerichtet und nicht auf den Ausgleich der unmittelbar oder mittelbar bewirkten Vermögenseinbuße. Die Frage, inwieweit die Haftungsrealisierungsmöglichkeit der Gläubiger durch die anfechtbare Rechtshandlung beeinträchtigt sei, stelle sich deshalb nicht zur Begründung des Umfangs der anfechtungsrechtlichen Haftung, sondern zu seiner Begrenzung:⁹⁾ Der Anfechtungsbehelf sei seinem Grunde nach nur bis zur Höhe der Benachteiligung gegeben, die im hypothetischen Zeitpunkt des Gläubigerzugriffs bestanden hätte. Für das Ergebnis verwendet *Gerhardt* das Bild zweier sich überschneidender Kreise: Nur so weit der durch die Bereicherung des Anfechtungsgegners markierte Bereich einerseits, der durch die Beeinträchtigung des Schuldnervermögens andererseits markierte Bereich sich deckten, komme ein anfechtungsrechtlicher Ausgleichsanspruch in Betracht.

Mustert man demgegenüber die aktuellen Stellungnahmen in Rechtsprechung und Literatur im Hinblick auf unsere Fragestellung einmal durch, so fällt auf, dass das Problem durchweg gar nicht mehr als solches gesehen wird. Was als unproblematisch gilt, ist aber nicht die von *Gerhardt* vorgeschlagene Interpretation, sondern das genaue Gegenteil, nämlich die Annahme, der durch das Anfechtungsrecht erstrebte Haftungsausgleich stelle allein auf das beeinträchtigte Befriedigungsinteresse ab: Der

8) *Gerhardt* (Fußn. 1), S. 247 f (zum Umfang des anfechtungsrechtlichen Wertersatzanspruchs); ähnlich bereits *Cosack* (Fußn. 3), S. 244 ff, sowie heute vor allem *Häsemeyer* (Fußn. 2), Rz. 21.104: der Wertersatzanspruch gehe (nur) auf „Ersatz des Wertes, der durch die anfechtbare Rechtshandlung dem Vermögen des Anfechtungsgegners zugeführt worden ist“.

9) *Gerhardt* (Fußn. 1), S. 248 ff.

Primärbehelf der Anfechtung gehe auf „Beseitigung der gläubigerbenachteiligenden Wirkung“, auf Herstellung derjenigen „Zugriffslage“ oder, allgemeiner formuliert, desjenigen „Zustands, der bestünde, wenn die anfechtbare Rechtshandlung nicht vorgenommen worden wäre“,¹⁰⁾ so dass, wie der Bundesgerichtshof verschiedentlich formulierte, „zur Masse zurückzugewähren (ist), was durch die anfechtbare Handlung dem Vermögen des Gemeinschuldners entzogen worden, nicht etwa das, was in das Vermögen des Anfechtungsgegners gelangt ist.“¹¹⁾ Auch die Formulierung von der „(haftungsrechtlichen) Neutralisierung des gläubigerbenachteiligenden Effekts“¹²⁾ gehört noch in diese Auslegungstradition, da die gläubigerbenachteiligende Wirkung zwar in der Regel mit der seitens des Anfechtungsgegners erlangten Rechtsposition zusammenfällt, aber eben nicht notwendig.

Praktische Auswirkungen hat dieser abweichende Blickwinkel naturgemäß vor allem beim anfechtungsrechtlichen Wertersatzanspruch. Hier formuliert die herrschende Meinung, der Wertersatzanspruch ziele nicht auf den Wert, den der Anfechtungsgegner vom Schuldner erhalten habe, sondern auf Wiederherstellung der Vermögenslage, die ohne die anfechtbare Handlung bestehen würde;¹³⁾ auszugleichen sei „der Nachteil,

10) Vgl. BGHZ 124, 76, 85 = ZIP 1994, 40, dazu EWIR 1994, 169 (*Haas*); BGH ZIP 1995, 297, 299, dazu EWIR 1995, 281 (*Joblke*); *Breutigam/Tanz*, ZIP 1998, 717, 723; *Jaeger-Henckel* (Fußn. 2), § 37 Rz. 25; *Kübler/Prütting-Paulus* (Fußn. 2), § 143 Rz. 1, 3 f; *Kilger-K. Schmidt*, Insolvenzgesetze, 17. Aufl., 1997, § 37 KO Anm. 2; *MünchKomm-Kirchhof* (Fußn. 2), § 143 Rz. 24; *Kreft*, in: HK-InsO (Fußn. 2), § 143 Rz. 4; *Kubn/Uhlenbruck*, KO, 11. Aufl., 1994, § 37 Rz. 1; *Paulus*, AcP 155 (1956), 277 ff, 316 ff; *Nerlich/Römermann-Nerlich*, InsO, Stand 3/04, § 143 Rz. 5; *Smid-Zeumer*, InsO, 2. Aufl., 2002, § 143 Rz. 2; *Uhlenbruck-Hirte* (Fußn. 2), § 143 Rz. 19; *Wimmer-Dauernheim*, InsO, 3. Aufl., 2002, jeweils m. w. N.

11) Vgl. BGH LM KO § 37 Nr. 3; BGH WM 1955, 407, 411; BGH ZIP 1980, 250; BGHZ 71, 61, 63; BGH ZIP 1988, 725, 727, dazu EWIR 1988, 699 (*Wellensiek*); BGH ZIP 1995, 297, 299 f; *Jaeger-Henckel* (Fußn. 2), § 37 Rz. 25; *MünchKomm-Kirchhof* (Fußn. 2), § 143 Rz. 21; *Kübler/Prütting-Paulus* (Fußn. 2), § 143 Rz. 10, 34; *Uhlenbruck-Hirte* (Fußn. 2), § 143 Rz. 19.

12) So etwa *Allgayer* (Fußn. 2), Rz. 249 f und ständig; siehe auch *Kübler/Prütting-Paulus* (Fußn. 2), § 143 Rz. 1.

13) BGH NJW 1970, 44, 46 = WM 1969, 1346, 1347; *Jaeger-Henckel* (Fußn. 2), § 37 Rz. 87; *MünchKomm-Kirchhof* (Fußn. 2), § 144 Rz. 83; *Nerlich/Römermann-Nerlich* (Fußn. 10), § 143 Rz. 27.

der den Gläubigern durch die anfechtbare Handlung entstanden“ sei.¹⁴⁾ Das Ergebnis ist also gewissermaßen ein „haftungsrechtlicher Schadensersatzanspruch“ in Anlehnung an das Schadensersatzrecht des BGB: Schuldet der Schädiger dort als Schadensersatz grundsätzlich die „Herstellung des Zustands, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Zustand nicht eingetreten wäre“ (§ 249 Abs. 1 BGB), so schuldet der Anfechtungsgegner als „Rückgewähr“ die volle Wiederherstellung der durch die anfechtbare Rechtshandlung beeinträchtigten Haftungslage. Der „Wertersatzanspruch“ erweist sich bei dieser Betrachtungsweise als gewöhnlicher Schadensersatzanspruch bei Unmöglichkeit und Ungenügen der Wiederherstellung (vgl. § 251 Abs. 1 BGB) oder bei deren Unzumutbarkeit (§ 251 Abs. 2 Satz 1 BGB). Die anfechtungsrechtliche, also „haftungsrechtliche“ Restitution und Kompensation unterscheiden sich von ihren schadensersatzrechtlichen Parallelen danach allein dadurch, dass es bei ihnen nicht notwendig um volle güterrechtliche Wiederherstellung der Vermögenslage geht, sondern eben nur um „haftungsrechtliche“ Behelfe, gerichtet auf die Wiederherstellung der Haftungslage, soweit es in der gegebenen Situation – Insolvenz oder Einzelgläubigerzugriff – zu deren Realisierung erforderlich ist.

Diese am verletzten Interesse der Haftungsmasse orientierte Betrachtungsweise taucht auch bei der Behandlung verschiedener Einzelfragen auf. So ist es durchaus stimmig, wenn man z. B. dann, wenn der Schuldner die Errichtung eines Bauwerks beim Anfechtungsgegner finanziert hat, den Wert der aus der Masse getätigten Aufwendungen für ersatzfähig hält, auch wenn er höher sein sollte als der Wert des damit errichteten Hauses.¹⁵⁾ Konsequenz ist es auch, wenn argumentiert wird, bei der

14) Vgl. – unter Hinweis u. a. auf frühe Entscheidungen des Reichsgerichts (RGZ 16, 23, 26; RGZ 24, 141, 145; RGZ 27, 21, 22; RGZ 36, 161, 163) – etwa BGH NJW 1970, 44, 46; BGH WM 1971, 908, 909; BGHZ 77, 250, 255 = ZIP 1980, 618; BGHZ 97, 87, 96 = ZIP 1986, 448, 451, dazu EWIR 1986, 387 (Kilger); BGHZ 124, 76, 85 = ZIP 1994, 40, 41; BGH ZIP 1995, 297, 299 f.; BGH ZIP 1998, 2165 = LM KO § 29 Nr. 22 (Eckardt), dazu EWIR 1999, 799 (Gerhardt); Kübler/Prütting-Paulus (Fußn. 2), § 143 Rz. 57 f.; MünchKomm-Kirchhof (Fußn. 2), § 129 Rz. 102, § 143 Rz. 21; Uhlenbruck-Hirte (Fußn. 2), § 143 Rz. 19; Paulus, AcP 155 (1956), 277, 318.

15) BGH ZIP 1980, 250 unter Hinweis auf BGH WM 1955, 407, 411.

Berechnung des Wertersatzes im Anfechtungsrecht sei auf den Betrag abzustellen, der in der Gegenwart – d. h. im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz – für die Wiederherstellung der ursprünglichen Zugriffslage benötigt würde.¹⁶⁾ Soweit es um Ersatz des Wertes einer untergegangenen Sache gehe, sei nicht eigentlich deren objektiver Verkehrswert maßgeblich, sondern der Wert, der im Fall der Verwertung durch den Insolvenzverwalter hätte realisiert werden können.¹⁷⁾

Ebenso folgerichtig argumentierte etwa die ältere Rechtsprechung zu der Frage, ob der Anfechtungsgegner zur Leistung des rechtsgeschäftlichen Surrogats verpflichtet sei (dazu noch unten III 3 c bb), nicht der Wert des Surrogats bestimme den Umfang der Ersatzpflicht, sondern der Wert, der mit der anfechtbaren Handlung aus dem Schuldnervermögen ausgeschieden sei.¹⁸⁾ Ein anderer, eher gegenläufiger Aspekt der Orientierung an der Einbuße der Masse zeigt sich an der in der Literatur überwiegenden Argumentation:¹⁹⁾ Es widerspreche dem Anfechtungszweck, wenn der Anfechtungsgegner der Masse auch einen Erlös herausgeben bzw. einen Erlösanspruch abtreten müsse, der den objektiven Wert des ihm zugewendeten Gegenstands übersteige; denn die Masse dürfe nicht mehr erhalten, als ihr entgangen sei. Auch die bis zur Insolvenzrechtsreform fast einmütige Bejahung der Frage, ob der Anfechtungsgegner für die Unmöglichkeit der Rückgewähr oder für Wertminderungen auch oh-

16) Kübler/Prütting-Paulus (Fußn. 2), § 143 Rz. 60; Wimmer-Dauernheim (Fußn. 10), § 143 Rz. 21; Nerlich/Römermann-Nerlich (Fußn. 10), § 143 Rz. 27, 32; vgl. zur KO RGZ 106, 163, 167; RGZ 150, 42, 44; BGH WM 1971, 908, 909; BGH ZIP 1980, 250; BGHZ 89, 189, 197 f. = ZIP 1984, 190, 193; Jaeger-Henckel (Fußn. 2), § 37 Rz. 111; Jaeger-Lent (Fußn. 5), § 37 Anm. 17; abweichend allerdings BGH ZIP 1987, 1132, 1134, dazu EWIR 1987, 1009 (Balz): maßgeblich sei der Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung, wenn zu diesem Zeitpunkt bereits Wertersatz geschuldet wurde.

17) RGZ 44, 92, 94; RG LZ 1908, Sp. 388, 390; RGZ 106, 163, 166; RGZ 114, 206, 211; BGH NJW 1970, 44, 46; BGH ZIP 1980, 250, 252; MünchKomm-Kirchhof (Fußn. 2), § 143 Rz. 83; Nerlich/Römermann-Nerlich (Fußn. 10), § 143 Rz. 27; Kübler/Prütting-Paulus (Fußn. 2), § 143 Rz. 60; Uhlenbruck-Hirte (Fußn. 2), § 143 Rz. 28.

18) RGZ 24, 141, 145; RGZ 27, 21, 23; RGZ 44, 92, 94; RGZ 56, 194, 196; RGZ 70, 226, 233; ebenso Jaeger-Lent (Fußn. 5), § 37 Rz. 15, 17.

19) Etwa Jaeger-Henckel (Fußn. 2), § 37 Rz. 124 ff.

ne Verschulden einzustehen habe,²⁰⁾ beruhte maßgeblich auf der Vorstellung, der Anfechtungsgegner habe nun einmal ohne weiteres den status quo ante wiederherzustellen, ohne dass es auf die Gründe für den Ausschluss der Naturalrestitution ankomme.

Was darauf hindeutet, dass die Frage problematischer ist als die herrschende Meinung zugibt, ist allerdings eine gewisse Inkonsistenz sowohl in der Terminologie als auch in der Handhabung verschiedener Einzelfragen. So wird der Wertersatzanspruch zwar einerseits häufig explizit als Schadensersatzanspruch apostrophiert,²¹⁾ teilweise sogar ausdrücklich den §§ 249 ff BGB unterstellt.²²⁾ Andererseits ist die Formulierung verbreitet, bei dem Anfechtungsanspruch oder auch speziell dem Wertersatzanspruch handele es sich gerade *nicht* um Schadensersatzansprüche im eigentlichen Sinne, um zu begründen, dass keine Vorteilsausgleichung stattfinde.²³⁾ Andere dagegen sehen den Wertersatzan-

- 20) So die st. Rspr. seit RGZ 24, 141, 145; RGZ 27, 21, 23 ff; RGZ 56, 194, 196; RGZ 150, 42, 44; ebenso Jaeger, AnfG, 2. Aufl., 1938, § 7 Rz. 17 f; ders., KO, 6./7. Aufl., 1931, § 37 Rz. 15 f; Jaeger-Lent (Fußn. 5), § 37 Rz. 15 f; Kilger-K. Schmidt (Fußn. 10), § 37 KO Anm. 8; Kubn/Uhlenbruck (Fußn. 10), § 37 Rz. 5b; Paulus, AcP 155 (1956), 277 ff, 318 f; a. A. vor allem Cosack (Fußn. 2), S. 246 ff; Gerhardt (Fußn. 1), S. 243 ff; Jaeger-Henckel (Fußn. 2), § 37 Rz. 99 ff; vgl. auch Henckel, in: Leipold (Hrsg.), Insolvenzrecht im Umbruch, 1990, S. 237, 252.
- 21) Vgl. Krefß, in: HK-InsO (Fußn. 2), § 143 Rz. 20; Kübler/Prütting-Paulus (Fußn. 2), § 143 Rz. 4; Jaeger-Henckel (Fußn. 2), § 37 Rz. 87; Wimmer-Dauernheim (Fußn. 10), § 143 Rz. 21.
- 22) So etwa Wimmer-Dauernheim (Fußn. 10), § 143 Rz. 21; vgl. auch MünchKomm-Kirchhof (Fußn. 2), § 143 Rz. 75.
- 23) RG LZ 1918 Sp. 772; RGZ 100, 87, 90; BGH LM KO § 30 Nr. 1; BGH WM 1960, 377, 379; BGH WM 1962, 1316, 1317; BGHZ 97, 87, 95 = ZIP 1986, 448 = NJW 1986, 1496; BGH ZIP 1995, 297, 300 f; OLG Schleswig ZIP 1985, 820, 822, dazu EWIR 1985, 407 (v. Gerkan); Lange/Schiemann, Schadensersatzrecht, 3. Aufl., 2003, S. 531; MünchKomm-Kirchhof (Fußn. 2), § 143 Rz. 84; Kubn/Uhlenbruck (Fußn. 10), § 37 Rz. 23; Kilger-K. Schmidt (Fußn. 10), § 37 KO Anm. 6; Smid-Zeuner (Fußn. 10), § 143 Rz. 18; Uhlenbruck-Hirte (Fußn. 2), § 143 Rz. 23; mit anderer Begründung, aber im Ergebnis ebenso Gerhardt (Fußn. 1), S. 298 f; ders., ZIP 1984, 397, 399; Henckel, in: Festschrift Deutsch, 1999, S. 967, 979 ff; ders. (Fußn. 2), § 37 Anm. 135; Jaeger (Fußn. 20), § 37 Rz. 17; Kilger-K. Schmidt (Fußn. 10), § 29 KO Anm. 13, § 37 KO Anm. 9; Kubn/Uhlenbruck (Fußn. 10), § 29 Rz. 35; zur InsO jetzt auch Häsemeyer (Fußn. 2), Rz. 21.22 mit Fußn. 95; ferner etwa Kübler/Prütting-Paulus (Fußn. 2), § 142 Rz. 16, § 143 Rz. 4, § 1 AnfG Rz. 12; Krefß, in: HK-InsO (Fußn. 2), § 143 Rz. 23; Nerlich/Römermann-Nerlich (Fußn. 10), § 143 Rz. 31; Wimmer-Dauernheim (Fußn. 10), § 143 Rz. 22.

spruch durchaus als Schadensersatzanspruch an, betrachten als schadensstiftendes Ereignis in diesem Zusammenhang jedoch nicht die anfechtbare Vermögensverschiebung als solche, sondern den Umstand, durch den die Rückgewähr des anfechtbar übertragenen Gegenstandes in Natur unmöglich geworden ist; da durch vorteilhafte Nebenfolgen der anfechtbaren Handlung die Rückgewährpflicht nicht entfalle, werde auch die Schadensersatzpflicht nicht geschmälert, weil sie lediglich dazu diene, die Unmöglichkeit der Rückgewähr auszugleichen.²⁴⁾ Auch bei dieser abweichenden Begründung wird bei Lichte besehen die Basis der herrschenden Meinung verlassen, da der Schadensersatzanspruch gerade nicht mehr an die „anfechtbare Handlung“ anknüpft.

Nicht recht zu den angeführten Vorstellungen passen will es auch, wenn der Bundesgerichtshof unter dem Aspekt des Ursachenzusammenhangs zwischen der „Rechtshandlung“ und der Gläubigerbenachteiligung – gefordert wird, dass die Befriedigungsmöglichkeit der Gläubiger ohne die angefochtene Rechtshandlung hätte günstiger sein müssen²⁵⁾ – argumentiert, es bedürfe, gerade weil es sich *nicht* um einen Schadensersatzanspruch handele, der sich unter Umständen auch auf entfernte Folgen einer Handlung erstrecken könne, nicht der Einschränkung durch die Adäquanztheorie.²⁶⁾

Ebenso ist es unter den genannten Prämissen von zweifelhafter Folgerichtigkeit, wenn auch die ganz herrschende Meinung den so genannten Vorenhaltungsschaden grundsätzlich nicht unter das vom Anfechtungsgegner zu ersetzende Interesse subsumiert: Der Vorenhaltungsschaden, also der Vermögensnachteil, der der Masse dadurch entstanden ist, dass die Sache – über die entgangenen Nutzungen hinaus – keinen Ertrag mehr für das Schuldnervermögen bringen konnte, ist der Masse auch nach herrschender Meinung nur unter den zusätzlichen Voraussetzungen des Verzugs mit dem Rückgewähranspruch (nach Kenntniserlan-

- 24) Jaeger-Henckel (Fußn. 2), § 37 Rz. 135; v. Campe, Insolvenzanfechtung in Deutschland und Frankreich, 1996, S. 295 f.
- 25) BGHZ 86, 349, 355 = ZIP 1983, 337; BGH ZIP 1980, 250; BGHZ 90, 207, 212 = ZIP 1984, 489 = WM 1984, 440, 441; BGHZ 104, 355, 357 = ZIP 1988, 1060, dazu EWIR 1988, 847 (Brehm); BGH ZIP 1987, 305, dazu EWIR 1987, 209 (Bälz); BGH ZIP 1989, 785, 786, dazu EWIR 1989, 795 (Stürner); BGHZ 123, 183, 184 f = ZIP 1993, 1662, dazu EWIR 1993, 1141 (Gerhardt).
- 26) BGHZ 143, 246, 253 = ZIP 2000, 238, 241, dazu EWIR 2000, 1089 (Höpfner); MünchKomm-Kirchhof (Fußn. 2), § 129 Rz. 169.

gung von der Herausgabepflicht, § 990 Abs. 2 i. V. m. § 280 Abs. 2, § 286 BGB) zu ersetzen, dagegen nicht schon im Rahmen des Wertersatzanspruchs nach § 143 Abs. 1 Satz 2 InsO in Verbindung mit den allgemeinen Vorschriften.²⁷⁾ Dies gilt auch dann, wenn durch frühere Verwertung ein höherer Erlös zu erzielen gewesen wäre.²⁸⁾ Von dem Ausgangspunkt aus, dass der Wertersatzanspruch ein nach der Differenzhypothese an der Vermögenseinbuße der Masse zu bemessender Ersatzanspruch sein soll, hätte man wohl eher anders entscheiden müssen.

Kaum konsequent erscheint schließlich die Behandlung des Falles, dass der Schuldner den Anfechtungsgegner von einer diesen treffenden Verbindlichkeit befreit hatte. Nach herrschender Meinung soll sich der Wertersatzanspruch hier nach dem Wert bemessen, den die Schuldbefreiung für den Anfechtungsgegner hat, nicht dagegen – wie es die prinzipielle Maßgeblichkeit des beeinträchtigten Haftungsinteresses eigentlich nahe gelegt hätte – nach dem Umfang der vom Schuldner aufgewendeten Mittel.²⁹⁾

II. Dogmengeschichtliche Grundlagen

Angesichts dieses Befundes erscheint es lohnend, zunächst den dogmengeschichtlichen Grundlagen der dargestellten herrschenden Meinung nachzuspüren. Tut man dies, so stößt man schnell auf zweierlei: Zum einen, dass die bis heute verwendete, der frühen Reichsgerichtsrechtsprechung entstammende Formel, auszugleichen sei „der Nachteil, der den Gläubigern durch die anfechtbare Handlung entstanden“ sei,³⁰⁾ in den zitierten Entscheidungen durchweg mit einschränkender Absicht eingesetzt wurde, nämlich um zu verhindern, dass der Masse durch die

27) Vgl. RGZ 24, 141, 145; RG LZ 1916, Sp. 402; BGH WM 1968, 407, 409; MünchKomm-Kirchhof (Fußn. 2), § 143 Rz. 58; Jaeger-Henckel (Fußn. 2), § 37 Rz. 89, 113; Uhlenbruck-Hirte (Fußn. 2), § 143 Rz. 33.

28) MünchKomm-Kirchhof (Fußn. 2), § 143 Rz. 58; Jaeger-Henckel (Fußn. 2), § 37 Rz. 89, 113; a. A. aber offenbar OLG Celle ZIP 1999, 848 f, dazu EWiR 2000, 303 (Huber), für den Fall, dass durch den Zeitablauf ein Patent erloschen ist; ebenso Krefz, in: HK-InsO (Fußn. 2), § 143 Rz. 20.

29) Vgl. MünchKomm-Kirchhof (Fußn. 2), § 143 Rz. 50, 94; ebenso, aber folgerichtig, Gerhardt (Fußn. 1), S. 248. Dazu, dass die Anfechtung in diesem Fall gegenüber dem Schuldner der getilgten Verbindlichkeit erfolgt und nicht gegenüber dem Zuwendungsempfänger, vgl. zuletzt BGH ZIP 2004, 917 m. zust. Bespr. Henckel, ZIP 2004, 1671.

30) Siehe die Nachweise oben in Fußn. 14.

Anfechtung unberechtigte, das Ausmaß der Gläubigerbenachteiligung überschreitende Vorteile zufließen; ohne die unterschiedliche Fragestellung deutlich zu machen, werden diese Formulierungen heute demgegenüber – sie damit freilich ihrer ursprünglichen einschränkenden Bedeutung beraubend – eingesetzt, um die Haftung des Anfechtungsgegners über das Erlangte hinaus zu begründen.

Allerdings bestehen wenig Zweifel, dass schon das Reichsgericht ebenso wie die Gesetzesmotive einen echten Anspruch auf Schadensersatz als Anfechtungsrechtsfolge billigte. Dem Reichsgericht war aber auch noch bewusst, dass und warum zwischen Wertersatz und Schadensersatz ein Unterschied besteht und unter welchen Voraussetzungen der Umfang des Anfechtungsanspruchs nach den für das eine oder andere geltenden Prinzipien zu bemessen sei. So heißt es etwa in einer Entscheidung aus dem Jahre 1893³¹⁾ unter Hinweis auf die Gesetzesmotive,³²⁾ anfechtungsrechtlich geschuldet sei grundsätzlich „Ersatz/des wirklichen Wertes“, das Restitutionsprinzip sei im Gesetz als das für alle Fälle geltende Prinzip und zugleich als das mindestens Maßgebende „deutlich ausgesprochen“. Dem Reichsgericht stand zu diesem Zeitpunkt ausweislich seiner weiteren Begründung zudem noch vor Augen, dass die in den Motiven angesprochene Rechtsfolgenalternative „Wertersatz“ oder „Schadensersatz“ von der unterschiedlichen Grundlage des Anspruchs abhängig sein sollte, d. h. davon, ob diese deliktischer Natur sei oder nicht, und dass die Motive unter dem Begriff des Schadens einen weiter gehenden Anspruch, nämlich den auf das volle Interesse, verstanden. Daraus erhellt zunächst, dass das Reichsgericht den Begriff des „Restitutionsprinzips“ und des bei Unmöglichkeit der Restitution geschuldeten „Wertersatzes“ streng technisch interpretierte und allein auf die Rückerstattung des anfechtbar Empfangenen bezog. Zugleich sah das Reichsgericht, auch wenn es einen entsprechenden konkreten Fall offenbar lange nicht gegeben hat, ebenso wie die Motive auch einen – weiter gehenden – Anspruch auf Ersatz des im haftenden Vermögen entstandenen „Schadens“ für möglich an, allerdings abhängig „von der verschiedenen Grundlage des Anspruchs, ob sie deliktischer Natur ist oder nicht“.

31) RGZ 30, 85, 88 f.

32) Motive zur KO, S. 147 = Hahn, Materialien, S. 126; vgl. auch Motive zum AnfG, S. 21, 26 = Hahn, Materialien, S. 743, 747.

1. Der Haftungsumfang im gemeinen und preußischen Recht

Um diesen letzten Hinweis nachvollziehen zu können, ist ein kurzer Ausflug in die gemeinrechtliche Vergangenheit des deutschen Anfechtungsrechts unentbehrlich. Hatte der Anfechtungsgegner durch eigenes Handeln – sei es, um dem Schuldner die Veräußerung zu ermöglichen, sei es, um seinerseits zu erwerben – als *particeps fraudis* an der Verwirklichung des Anfechtungstatbestands teilgenommen, so galt die anfechtungsrechtliche Haftung in der hier maßgeblichen Spätphase des gemeinen Rechts auf der Grundlage der Klage aus D. 42, 8, 1 pr. als eine solche *ex delicto* mit der Folge, dass die Gläubiger bzw. die Masse mit der *actio Pauliana* so zu stellen waren, wie sie gestanden haben würden, wenn die anzufechtende Handlung nicht vorgenommen worden wäre. Dies folgerte man aus den römischen Quellen zu den Deliktobligationen (D. 22, 1, 38, 4; D. 22, 1, 10, 22) bzw. zu den Arbitrarklagen, zu denen die *actio Pauliana* gehört habe (D. 6, 1, 68).³³⁾ Der Anfechtungsanspruch ging danach grundsätzlich auf Wiederherstellung desjenigen Zustands, der ohne die anfechtbare Handlung bestanden hätte, und zwar zuvörderst in Natur, hilfsweise – bei Unmöglichkeit der Wiederherstellung in Natur – durch Ersatz des vollen Interesses in Geld.³⁴⁾

Für die Haftung desjenigen Empfängers, „*si scientia non sit*“ (D. 42, 8, 10 pr. a. E.), der also zwar wissentlich, aber nicht willentlich und damit nicht eigentlich deliktisch erworben hatte, sollte dagegen in Ermangelung einer ausdrücklichen Bestimmung der Quellen eine Wertersatzpflicht eingreifen, die konstruiert wurde durch die Annahme einer

33) Vgl. zur paulianischen Anfechtung im römischen und gemeinen Recht m. w. N. bereits Gerhardt (Fußn. 1), S. 8 f, 46 ff; ferner Gaugler, Die Paulianische Anfechtung unter besonderer Berücksichtigung der Lebensversicherung, Basel 1944/45, Bd. 1, S. 15 ff; Petersen, ZZP 10 (1887), 17, 55 ff.

34) Vgl. Grützmann, Das Anfechtungsrecht der benachteiligten Konkursgläubiger nach gemeinem Rechte und nach der Reichs-Konkurs-Ordnung ..., 1882, S. 78, 80; Jaechel, Die Anfechtung von Rechtshandlungen zahlungsunfähiger Schuldner außerhalb des Konkurses, 2. Aufl., 1881, S. 181; Meischeider, Die preußische Gesetzgebung über das Anfechtungsrecht der Gläubiger nach den Gesichtspunkten des römischen Rechts dargestellt, 1864, S. 112; Otto, Die Anfechtung von Rechtshandlungen ... nach gemeinem, sächsischem und deutschem Reichsrecht, 1881, S. 165 ff; vgl. dazu auch Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. IV, 1841, S. 47.

Verpflichtung, den Gläubigern bzw. der Masse zu bewahren, was sie von ihm fordern könnten, wenn er deliktisch erworben hätte; bezüglich der Haftung für die Vernachlässigung dieser Pflicht sowie auch aller weiteren Sekundäransprüche wurden sodann die Grundsätze der *negotiorum gestio* zur Anwendung gebracht.³⁵⁾ Maßgebend für den Umfang des Anfechtungsanspruchs war in dieser Konstellation also nicht mehr die Einbuße im haftenden Vermögen, sondern der vom Anfechtungsgegner erlangte Vermögenswert, nach dem sich die Ersatzpflicht in Grund und Höhe ausrichtete.

In den verbleibenden Fällen schließlich, in denen eine Anfechtungsklage zulässig sei, obwohl es an jeder Kenntnis des Anfechtungsgegners von der fraudulösen Handlung des Schuldners fehlte, werde nur nach Bereicherungsgrundsätzen gehaftet.³⁶⁾ Im Ergebnis folgt hieraus eine Dreiteilung der Anfechtungsrechtsfolgen: Deliktische Haftung auf vollen Ersatz des Interesses von demjenigen, der wissentlich und willentlich das Veräußerte an sich gebracht oder wenigstens an der Veräußerung mitgewirkt hatte, Haftung *quasi ex contractu* auf Wertersatz für das Erlangte bei demjenigen Anfechtungsgegner, der wissentlich, aber nicht deliktisch, also ohne sein Zutun erworben hatte, und schließlich die Bereicherungshaftung für denjenigen Anfechtungsgegner, der ohne *scientia fraudis* erworben hatte.³⁷⁾

Auch nach preußischem Recht – an dem sich auch der Wortlaut der späteren reichsgesetzlichen Bestimmungen über die Anfechtungsrechtsfolgen orientiert (vgl. § 12 Abs. 1 prAnfG 1855, § 106 prKO 1855) – sollte es für den Umfang der Anfechtungsverbindlichkeit in prinzipiell übereinstimmender Weise darauf ankommen, ob der Anfechtungsgegner *ex delicto* verpflichtet war. Jedoch wurde die Eigenschaft der Anfechtungsverbindlichkeit als Deliktobligation in der preußischen Gerichtspraxis sehr viel enger interpretiert und für den Regelfall verneint, woraus sich zwangsläufig ergab, dass der Anfechtungsgegner im Allgemeinen nur zur

35) Grützmann (Fußn. 34), S. 95.

36) Grützmann (Fußn. 34), S. 96; Meischeider (Fußn. 34), S. 116 f.

37) Grützmann (Fußn. 34), S. 78.

Herausgabe bzw. zum Wertersatz für das, was er erlangt hatte, verpflichtet war und gerade nicht zum vollen Schadensersatz.³⁸⁾

2. Der Haftungsumfang in der Frühzeit der reichsrechtlichen Anfechtungsregelungen

Die neuen Reichsgesetze des Jahres 1877 gaben zur Beantwortung dieser Frage wenig her; insbesondere zum Sekundäranspruch ließ sich dem Gesetzeswortlaut – in einem vorsichtigen Umkehrschluss aus § 30 Abs. 2 KO 1877 (§ 37 Abs. 2 KO 1898, entsprechend § 143 Abs. 2 InsO) – nur entnehmen, dass eine Haftung des Anfechtungsgegners auf etwas, was nicht oder nicht mehr in Natur „zurückgewährt“ werden kann und auch keine fortbestehende Bereicherung im Vermögen des Anfechtungsgegners bewirkt hat, jedenfalls in Betracht kommt, aber nicht, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang gehaftet wird. Die Rechtsfolgen im Einzelnen richteten sich deshalb in Ermangelung einer ausdrücklichen reichsgesetzlichen Regelung an sich zunächst nach den verschiedenen bürgerlichrechtlichen Partikularrechten.³⁹⁾

Angesichts dessen ging man teilweise auch noch nach Inkrafttreten der Konkursordnung und des Anfechtungsgesetzes vom Fortbestehen der zum gemeinen Recht dargestellten – dreifach differenzierenden – Rechtslage aus. Weil und soweit die Anfechtung als Deliktsobligation anzusehen sei – also in den Fällen des § 23 Nr. 1 und den meisten Fällen des § 24 Nr. 1 KO 1877 (§ 30 Nr. 1, § 31 Nr. 1 KO 1898, entsprechend §§ 131, 133 InsO) –, sei der Masse „zurückzugewähren“, was sie hätte, wenn die anfechtbare Handlung unterblieben wäre.⁴⁰⁾ Fehle es jedoch an

38) Vgl. PrOTr Strieth 8, 104 ff; PrOTrE 53, 351 ff; PrOTr Strieth 65, 274 ff; PrOTr Strieth 79, 125 ff; PrOTr Strieth 94, 130 ff, 133; *Dernburg*, Lehrbuch des preußischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs, 3. Aufl., 1882, Bd. 2, § 131 bei N. 2; *Grützmann* (Fußn. 34), S. 229; anders jedoch seit 1873 die Rechtsprechung des ROHG in preußischen Sachen, vgl. etwa ROHGE 10, 248, 249 ff; ROHGE 13, 381 ff; ROHGE 17, 325 ff; ROHGE 25, 104 ff; *Meischerder* (Fußn. 34), S. 113 f.

39) So im Anschluss an die Motive zur KO, S. 147 f = *Hahn* (Fußn. 32), S. 152, etwa *Jaecel* (Fußn. 34), S. 183 mit Fußn. 22; *Mandry*, Der zivilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze, 2. Aufl. 1882, S. 478; a. A. *Cosack* (Fußn. 2), S. 244 ff, 253; *Förster/Eccius*, Theorie und Praxis des preußischen Privatrechts, Bd. 1, 4. Aufl., 1880, S. 781 N. 47.

40) Vgl. *Grützmann* (Fußn. 34), S. 228 m. w. N.

einer deliktischen Tatbeteiligung des (bösgläubigen) Anfechtungsgegners – d. h., wenn ein nach § 24 Nr. 1 KO 1877 (§ 31 Nr. 1 KO 1898, entsprechend § 133 InsO) anfechtbarer Erwerb ohne Zutun des Anfechtungsgegners getätigt wurde, sowie vor allem im Fall des Erwerbs aufgrund unentgeltlicher Verfügung –, so entstehe wie im gemeinen Recht eine Herausgabe- und Wertersatzverbindlichkeit des Anfechtungsgegners nach den Prinzipien der Geschäftsführung ohne Auftrag, jedoch keine eigentliche Schadensersatzverbindlichkeit.⁴¹⁾ Der gutgläubige Empfänger einer unentgeltlichen Leistung schließlich hafte, wie das Gesetz nunmehr ausdrücklich vorsah, nur im Rahmen seiner (fortbestehenden) Bereicherung.

Anders musste sich – wie schon anhand der Rechtsprechung des preußischen Obertribunals beobachtet – entscheiden, wer die deliktische Qualifikation der Anfechtung vollständig verneinte. Dies tat vor allem *Cosack*.⁴²⁾ Für die Kategorie der unentgeltlichen Verfügungen werde je nach der Lage des konkreten Falles die Haftung auf die noch vorhandene Bereicherung beschränkt, für die übrigen Fälle dagegen ist die zweite Stufe der Haftung, die der Restitutionspflicht gewählt. Die strengste Form der Haftung, die auf die Leistung des Interesses schlechthin gerichtet sei, habe dagegen nach dem System des Reichsgesetzes keine selbständige Bedeutung.

Indessen war die seinerzeit herrschende Meinung nicht – wie *Cosack* – bereit, darüber hinwegzusehen, dass die Anfechtungsbestimmungen der Konkursordnung und des Anfechtungsgesetzes ersichtlich und doktrinär auf der Grundlage der Delikts- oder „Dolustheorie“ – also der deliktischen Qualifikation der Anfechtung mit Ausnahme der Anfechtung gegen den gutgläubigen Empfänger einer gutgläubigen Leistung – ausgeformt worden waren;⁴³⁾ vielmehr fand diese Qualifikation in Rechtsprechung und Lehre der ersten Jahrzehnte fast einmütige Akzeptanz.⁴⁴⁾

41) Vgl. *Grützmann* (Fußn. 34), S. 232.

42) *Cosack* (Fußn. 2), S. 243 f.

43) Vgl. Motive, S. 126, 132 und öfter, Prot. S. 27 f = *Hahn* (Fußn. 32), S. 134 f, 138 f, 539 f; dazu siehe etwa *Cosack* (Fußn. 2), S. 245).

44) Vgl. RGZ 10, 325, 329 f; RGZ 10, 334 ff; RGZ 21, 420, 425; RGZ 48, 401, 402; RGZ 84, 242, 253; dazu auch *Gerhardt* (Fußn. 1), S. 8 f m. w. N. in Fußn. 44; für die Gegenposition vgl. insbesondere *Cosack* (Fußn. 2), S. 15 ff m. w. N.

Angesichts dessen sah die herrschende Meinung zum neuen Reichsrecht von Anfang an die Rechtsfolgen aller Anfechtungstatbestände einheitlich in der Haftung auf das volle Interesse, d. h. die Fallgestaltung, in der sich die Haftung des Anfechtungsgegners auf die einfache Restitutionspflicht beschränke, wurde, schon weil sich dem Gesetz die Möglichkeit differenzierender Rechtsfolgen nicht entnehmen lasse, als nicht mehr existent angesehen. Abweichend von den eben genannten Grundsätzen des gemeinen und preussischen Rechts bestehe deshalb, abgesehen von dem in § 30 Abs. 2 KO 1877 (§ 37 Abs. 2 KO 1898, entsprechend § 143 Abs. 2 Satz 1 InsO) und § 7 Abs. 2 AnfG (entsprechend § 11 Abs. 2 Satz 1 AnfG n. F.) bezeichneten Fall, einheitlich für alle Anfechtungstatbestände nicht nur eine Verpflichtung des Anfechtungsgegners zur Rückgabe des Empfangenen; vielmehr müsse der Anfechtungsgegner dasjenige zurückgewähren, was das Vermögen des Schuldners verlassen habe.⁴⁵⁾ Dementsprechend hieß es über den Ersatzanspruch, dieser umfasse alles, was sich in der Masse befinden würde, wenn die angefochtene Handlung unterblieben wäre.⁴⁶⁾

Entscheidend für die Behandlung unseres Themas ist nun, dass die herrschende Meinung es, als die systematische Einordnung der Gläubigeranfechtung als eines deliktischen Anspruchs später aufgegeben wurde,⁴⁷⁾ gleichwohl unterließ, zusammen mit der deliktischen Qualifikation auch die damit untrennbar verbundene Schadensersatzfolge zu verabschieden.

45) Vgl. RG JW 1888, 178; Förster/Eccius (Fußn. 39), § 114, S. 615 mit Fußn. 58; Petersen/Kleinfeller, KO, 3. Aufl., 1892, S. 160 m. w. N.; a. A. außer Cosack (Fußn. 2), S. 165, 244 ff, auch Dernburg (Fußn. 38), S. 330 f.

46) RG JW 1889, 109; Petersen/Kleinfeller (Fußn. 45), S. 161 m. w. N. Die meisten Stellungnahmen verhalten sich allerdings nur zu der – von Anfang an unzweifelhaften – Aussage, dass der Anfechtungsgegner im Falle der Unmöglichkeit der Rückgewähr in Natur Ersatz in Geld leisten müsse, vgl. RGZ 9, 66, 70 ff; RGZ 10, 5, 6 ff, 10; RG JW 1883, 79; RG JW 1883, 138; RG JW 1886, 248; RGZ 30, 85, 89; RGZ 44, 92, 93 ff; RGZ 58, 105, 107; Förster/Eccius (Fußn. 39), § 114 Anm. 47; Jaekel (Fußn. 34), S. 181 ff; Petersen/Kleinfeller (Fußn. 45), S. 160 f m. w. N.

47) Vgl. m. w. N. vor allem Jaeger, AnfG (Fußn. 20), § 1 Rz. 10 ff; ders., KO (Fußn. 20), § 29 Rz. 4 ff; zuletzt etwa BGHZ 104, 355, 360 = ZIP 1988, 1060; BGH ZIP 1986, 787, 790; BGH NJW 1990, 990, 991.

Auch wenn es an Entscheidungen, in denen es hierauf wirklich ankam, durchaus mangelte, hatte es sich offenbar einfach eingebürgert, zur Determinierung von Umfang und Ziel der anfechtungsrechtlichen Ansprüche diejenigen Umschreibungen zu verwenden, die ursprünglich für die Fallgruppe des Deliktsanspruchs spezifisch gewesen waren und genau genommen nur für diese zuträfen. Der Umstand, dass man ursprünglich das auf den Erwerb des Anfechtungsgegners bezogene Restitutionsprinzip als Grundprinzip des Anfechtungsrechts angesehen und den darüber hinausgehenden Anspruch auf Ersatz des vollen Interesses nur als angemessen angesehen hatte, weil und soweit dem Anfechtungsgegner die „Teilnahme an dem Betrug des Schuldners“ vorgeworfen werden konnte, geriet in Vergessenheit. Gleichzeitig erlitt der für den Sekundäranspruch prinzipbildende Begriff des Wertersatzes einen entsprechenden Bedeutungswandel: Statt dem Sekundärbehelf die nach den dargestellten Veränderungen nunmehr einzig passende Bezeichnung als Schadensersatzanspruch zu geben, behielt der Anspruch die eingeführte Bezeichnung als Wertersatzanspruch, die damit freilich in einen unauflösbaren Widerspruch zu dem diesem Anspruch mittlerweile zugeschriebenen Inhalt geriet.

III. Die auf Kosten des haftenden Vermögens erlangte Rechtsposition als Anfechtungssubstrat

Der kurze Ausflug in die Dogmengeschichte hat mithin gezeigt, dass die heute ganz überwiegend verfochtene Interpretation von Inhalt und Umfang der anfechtungsrechtlichen Ansprüche ihre Entstehung maßgeblich einer längst überwundenen Theorie zur (deliktischen) Qualifikation dieser Ansprüche verdankt. Dies allein könnte allerdings heute kein Grund mehr sein, diese herrschende Meinung zu verabschieden (sondern allenfalls dazu, den Wertersatzanspruch endlich die seinem Inhalt entsprechende Bezeichnung als Schadensersatzanspruch zu geben). Es gibt aber Anlass zu prüfen, ob sich nicht auch abgesehen von den beschriebenen entstehungsgeschichtlichen Ungereimtheiten Gründe finden lassen, die der „Schadensersatztheorie“ der herrschenden Meinung entgegenstehen.

1. Die Positionsverbesserung des Anfechtungsgegners als Geltungsgrund und Gegenstand der anfechtungsrechtlichen Inanspruchnahme

Den gravierendsten Gegengrund gegen die herrschende Meinung hat schon *Konrad Cosack*⁴⁸⁾ formuliert: Für die Orientierung am anfechtbaren Erwerb des Anfechtungsgegners spreche vor allem, dass das Gesetz als Anfechtungsschuldner nur den gelten lasse, der aus dem Vermögen des insolventen Schuldners eine Zuwendung erhalten habe. Identifiziere demnach das Gesetz die Person des Anfechtungsgegners durch dessen Erwerb einer vermögenswerten Rechtsposition, so müsse auch die Restitutionspflicht auf diesen Erwerb maßgeblich abstellen. Denn es würde „unbillig und irrational sein, von dieser Zuwendung die Entstehung der Anfechtungsobligations abhängig zu machen, wenn sie nicht auch für den Umfang derselben maßgebend wäre“. Gehe derjenige ganz frei aus, welchem die Verkürzung der Gläubiger, obwohl er sie verschuldete, keinen Vorteil brachte, so dürfe derjenige, der um des erzielten Vorteils willen haftbar gemacht werde, auch nur in Höhe desselben verpflichtet werden.

Dass die Anfechtung in allen Tatbeständen voraussetzt, gerade der Anfechtungsgegner habe etwas erlangt, ist kaum zu bestreiten.⁴⁹⁾ Zwar bestimmt das Gesetz die Passivlegitimation des Anfechtungsgegners nur unvollständig. Bei einigen Anfechtungstatbeständen macht aber schon die Tatbestandsfassung deutlich, dass die Anfechtung hier an einen bestimmten Erwerb des Anfechtungsgegners anknüpft: So sprechen §§ 130, 131, 135 InsO davon, dass ein Insolvenzgläubiger bzw. der Gläubiger eines kapitalersetzenden Darlehens eine Sicherung oder Befriedigung erhält, und auch § 133 Abs. 2 InsO, wonach sich die Anfechtung gegen einen Vertragspartner richten kann, sowie § 136 InsO, der die Rückgewähr der Einlage an einen stillen Gesellschafter für anfechtbar erklärt, lassen erkennen, gegen wen sich die Anfechtung richten soll. Auch ist nicht vorstellbar, wie sich die Anfechtung unentgeltlicher Zuwendungen (§ 134 InsO) auf irgendetwas anderes beziehen könnte als

48) *Cosack* (Fußn. 2), S. 245; ebenso *Gerhardt* (Fußn. 1), S. 247 f. Anders dagegen explizit *Jaeger-Henckel* (Fußn. 2), § 37 Rz. 88: Dass der Anfechtungsgegner etwas erlangt haben müsse, damit der Anfechtungstatbestand erfüllt sei, bedeute nicht, dass er bei Unmöglichkeit der Rückgabe den Wert des Erlangten ersetzen müsse. Vielmehr bemesse sich der Wertersatzanspruch an der Minderung des haftenden Vermögens des Gemeinschuldners bzw. bei anfechtbarer Schuldbegründung an der Vergrößerung der Passivmasse.

49) So ausdrücklich auch *Jaeger-Henckel* (Fußn. 2), § 37 Rz. 88.

das vom Anfechtungsgegner Erlangte, eben den Gegenstand der anfechtbaren Zuwendung. Die Haftung des Rechtsnachfolgers schließlich setzt ein Vermögensobjekt voraus, das gleichzeitig Gegenstand der Anfechtung und der Rechtsnachfolge ist, wird also ebenfalls durch eine Zuwendung an den ersten Anfechtungsgegner bedingt. Insbesondere die Anfechtung wegen vorsätzlicher Benachteiligung und wegen unentgeltlicher Leistung qualifizieren die Person des Anfechtungsgegners dagegen nicht. Es kann aber kein Zweifel bestehen, dass auch insoweit derjenige und nur derjenige, der seine Rechtsposition auf Kosten des haftenden Vermögens verbessert hat, in diesem Sinne also etwas „erlangt“ hat, als anfechtungsrechtlich passivlegitimiert anzusehen ist: Ist dies in den zuvor genannten Fällen so, so spricht alles dafür, dass es sich immer so verhält, da das Gesetz die Anfechtungsrechtsfolgen ersichtlich als für alle Anfechtungstatbeständen einheitliche konzipiert hat. Demgemäß spricht dann auch § 144 Abs. 1 InsO ganz zwanglos davon, die Rückgewähr beziehe sich auf das „Erlangte“.

Die Anfechtung setzt also voraus, dass mit der Beeinträchtigung der Haftungsmasse eine Begünstigung des Anfechtungsgegners korrespondiert. Wer lediglich dem Schuldner behilflich ist, Vermögenswerte zu vernichten, haftet hierfür nicht nach Anfechtungsrecht (sondern allein deliktisch, z. B. gemäß § 826 BGB), weil und soweit er hierdurch weder mittelbar noch unmittelbar begünstigt worden ist. Ist dies aber so, so ist nach wie vor kein durchgreifender Einwand gegen die schon von *Cosack* vorgetragene Argumentation ersichtlich: Setzt man voraus, dass der Anfechtungsgegner überhaupt etwas erlangt hat, dann ist es inkonsequent, bei der Bemessung des Umfangs seiner Haftung davon abzusehen, *wie viel* er erlangt hat.

Daraus folgt auch für die Wertberechnung der Ersatzleistung, dass diese sich an dem Vermögenswert zu orientieren hat, der aus dem Schuldnervermögen in irgendeiner Form in das Vermögen des Anfechtungsgegners übergegangen ist, und nicht an dem gläubigerbenachteiligenden Erfolg der anfechtbaren Rechtshandlung. Zutreffend ist darum allein eine Betrachtungsweise, die sich an dem anfechtbar erworbenen Gegenstand orientiert und nicht auf die „anfechtbare Rechtshandlung“ abstellt, diese „hinwegdenkt“ und danach hypothetisch das haftende Vermögen des Schuldners und – mit einer Differenzbetrachtung nach Art des

Schadensersatzrechts – die ausgleichende Haftungseinbuße ermittelt.⁵⁰⁾

Auch abgesehen hiervon bestehen prinzipielle Bedenken gegen die der herrschenden Meinung zugrunde liegende Vorstellung, das für die Gläubigerbenachteiligung ursächliche „Verhalten“ des Schuldners bzw. des Anfechtungsgegners sei gleichsam hinwegzudenken, die Masse sei so zu stellen, wie sie ohne die „anfechtbare Rechtshandlung“ stünde. Die – allerdings durchaus traditionsreiche – Annahme, Gegenstand der Anfechtung seien „Rechtshandlungen“, die durch die Anfechtung gewissermaßen beseitigt würden, geht auf unerschwellige Gestaltungsrechtsvorstellungen zurück und ist heutigem Anfechtungsverständnis inadäquat. Die „anfechtbare Rechtshandlung“ ist ein Merkmal des jeweiligen Anfechtungstatbestands, nicht aber ihr Gegenstand. Es geht bei der Anfechtung nicht darum, Rechtshandlungen als solche rückgängig zu machen, sondern – entsprechend dem *telos* des Insolvenzanfechtungsrechts, für die Insolvenzmasse nachteilige Positionsverschiebungen zugunsten der Gläubigersamtheit zu neutralisieren – um privatautonom intendierte haftungsvereitelnde Rechtsfolgen oder „Rechtswirkungen“.⁵¹⁾ Ge-

50) Ebenso Gerhardt (Fußn. 1), S. 248; Häsemeyer (Fußn. 2), Rz. 21.104. Auch Jaeger-Henckel (Fußn. 2), § 37 Rz. 89, stimmt im Ansatz mit der hier vertretenen Auffassung überein, dass der Schadensersatzanspruch an dem weggegebenen Gegenstand zu bemessen sei, weil er objektbezogen sei. Habe der Schuldner eine Sache weggegeben, so sei Ersatz für diese Sache zu leisten und nicht für jeden Vermögensverlust, der infolge der Weggabe beim Schuldner eingetreten sei. Dies bedeute aber nicht, dass für die Berechnung des Schadensersatzes der damalige objektive Wert des Erlangten maßgebend wäre; vielmehr sei die Vermögensseinbuße zu ersetzen, die beim Schuldner eingetreten sei. Soweit es nicht um die Herausgabe eines Gegenstands geht, folgt Henckel zudem schon im Ansatz der „Schadensersatztheorie“ (§ 37 Rz. 25, 87, 97).

51) So bereits Gerhardt (Fußn. 1), S. 124 ff; vgl. ferner Allgayer (Fußn. 2), Rz. 240; Eckardt, LM KO § 29 Nr. 22; Häsemeyer (Fußn. 2), Rz. 21.29; Krest, in: HK-InsO (Fußn. 2), § 129 Rz. 5; Henckel, in: Leipold (Fußn. 20), S. 237, 240 f; ders., in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 2. Aufl. 2000, S. 813, 855, Rz. 98; Jauernig, Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht, 21. Aufl., 1999, § 51 V 1; MünchKomm-Kirchhof (Fußn. 2), § 129 Rz. 6, § 143 Rz. 17; Kühnemund, Die insolvenzrechtliche Anfechtung von Prozesshandlungen des Insolvenzschuldners nach der InsO, 1999, S. 21; Smid-Zeuner (Fußn. 10), § 129 Rz. 41; ähnlich jetzt auch BGH ZIP 1995, 630, 634, dazu EWIR 1995, 429 (Gerhardt); BGH ZIP 1999, 405, 406, dazu EWIR 1999, 465 (Kranemann); BGH ZIP 2000, 239, 240 f; BGH ZIP 2001, 885, dazu EWIR 2001, 883 (Wagner); BGHZ 145, 245 = ZIP 2000, 2207, dazu EWIR 2000, 1167 (Paulus); BGH ZIP 2001, 1380 = NJW 2001, 3704, 3706, dazu EWIR 2001, 1107 (Tintelnot), während BGH ZIP 2002, 489 = DZWIR 2002, 251, 252, wieder die „Rechtshandlung“ betont.

genstand der Anfechtung ist aber auch nicht die gläubigerbenachteiligende Wirkung als solche, d. h. die Verminderung der haftenden Vermögensmasse, sondern die Verschiebung einer vermögenswerten Rechtsposition vom Schuldner zum Anfechtungsgegner: Die anfechtbare Rechtswirkung ist die Herstellung einer bestimmten Rechtsposition des Anfechtungsgegners, die dieser durch die „anfechtbare Rechtshandlung“ auf Kosten der Befriedigungschancen der Gläubiger erlangt hat. Diese Rechtswirkung war also eine zugunsten des Anfechtungsgegners eingetretene Rechtsänderung. Sie muss regelmäßig durch *actus contrarius* in den Formen des allgemeinen Vermögensrechts wieder rückgängig gemacht werden; da es nach dem Zweck der Anfechtung aber auch genügt, wenn die durch die Rechtsänderung beeinträchtigte Haftungslage wiederhergestellt wird, reichen je nach betroffener Rechtsfolge auch Maßnahmen aus, die hinter der vollen Wiederherstellung der ursprünglichen vermögensrechtlichen Zuordnung zurückbleiben. Immer aber kommt es darauf an, dass die auf Kosten der haftenden Masse erlangte Rechtsposition – verkürzt: der „anfechtbare Rechtserwerb“ – wieder aufgegeben wird.

2. Zur Unangemessenheit der Schadensersatzrechtsfolge

Ein weiterer Einwand gegen die herrschende „Schadensersatztheorie“ lässt sich mittelbar der oben dargestellten dogmengeschichtlichen Entwicklung entnehmen: Sie hat gezeigt, dass die Verpflichtung zu vollständiger Wiederherstellung der ursprünglichen (Haftungs-)Lage nur bei solchen Haftungstatbeständen rechtspolitisch befriedigt, die ein deliktisches Verschulden des Verpflichteten voraussetzen, also gerade nicht mehr bei den heutigen Anfechtungstatbeständen, die sich von ihrem Ausgangspunkt – der weitgehend auf *fraus* beruhenden *actio Pauliana* des römischen Rechts – in dieser Hinsicht stark unterscheiden. In dieser Beziehung zeigt sich eben, welcher Unterschied zwischen einer rechtswidrigen und einer anfechtbaren Handlung besteht: Während der Verpflichtete aus einer rechtswidrigen Handlung zu einer von ihm aus gesehen positiven, inhaltlich selbständigen Leistung verpflichtet wird, geht der Anspruch aus einer anfechtbaren Handlung nur auf Rückgewähr des ihm Zugewendeten.⁵²⁾ Dabei lohnt es auch nicht, die Diskus-

52) Vgl. bereits bei Cosack (Fußn. 2), S. 83.

sion darüber wieder aufzunehmen, ob es Fälle gibt, in denen das Verhalten des Anfechtungsgegners nicht doch als mindestens „deliktsähnlich“ qualifiziert werden könnte: Dies könnte bejahendenfalls nur zu einer besonderen Behandlung solcher Fälle führen. Will man, von § 143 Abs. 2 InsO einmal abgesehen, an einer einheitlichen Interpretation der Anfechtungswirkungen festhalten, so kann diese deshalb nur auf dem Niveau des kleinsten gemeinsamen Nenners erfolgen, und das schließt die Annahme einer Schadensersatzpflicht richtigerweise aus.

Hierfür ergeben sich – ungeachtet der zweifellos abweichenden Vorstellungen der historischen Gesetzesredakteure der Konkursordnung 1877, auf die der Wortlaut namentlich des § 129 Abs. 1, § 143 Abs. 1 Satz 1 InsO bis heute zurückgeht – auch Ansatzpunkte im objektiven Gesetzeswortlaut. So spricht für die Orientierung am anfechtbaren Rechtserwerb des Anfechtungsgegners, dass das Gesetz nur „Rechtshandlungen“ für anfechtbar erklärt. Es wäre unerfindlich, warum masseschmälernde tatsächliche Handlungen, die, wie etwa die Zerstörung oder das Verheimlichen von Massebestandteilen, auch keine eigentlichen „Rechtswirkungen“ auslösen, nicht „anfechtbar“ sein sollten, wenn die Wirkung der Anfechtung wirklich einfach auf Schadensersatz ginge und nicht vielmehr die restitutorische Natur der Anfechtung einen Übergang von Werten aus der einen in die andere Vermögensmasse, also regelmäßig eine rechtliche Positionsveränderung voraussetzte.⁵³⁾ Dass das Gesetz als Gegenstand der Rückgewähr dasjenige bezeichnet, was „durch die anfechtbare Handlung aus dem Vermögen des Schuldners veräußert, weggegeben oder aufgegeben ist“ (§ 143 Abs. 1 Satz 1 InsO),⁵⁴⁾ spricht

53) So wiederum bereits *Cosack* (Fußn. 2), S. 84.

54) Insofern unterscheidet sich der deutsche Rechtszustand vom österreichischen Recht, das in § 39 Abs. 1 öKO bestimmt: „Was durch die anfechtbare Handlung dem Vermögen des Gemeinschuldners entgangen oder daraus veräußert oder aufgegeben worden ist, muss zur Konkursmasse geleistet werden; ist dies nicht tunlich, so ist Ersatz zu leisten.“ Hieraus wird gefolgert, die Konkursmasse sei in den Zustand zu versetzen, in dem sie sich zum Zeitpunkt der Anfechtung befände, wenn die anfechtbare Rechtshandlung unterblieben wäre (vgl. OGH ÖBA 1990, 564; *König*, Die Anfechtung nach der Konkursordnung, 2. Aufl., 1993, Rz. 360). Im Gegensatz zum deutschen Recht (vgl. Motive zur KO, S. 116 = *Hahn* (Fußn. 32), S. 126; BGH WM 1955, 407, 411; BGH BB 1960, 1139; *Jaeger-Henckel* (Fußn. 2), § 29 Rz. 15, § 37 Rz. 25; *MünchKomm-Kirchhof* (Fußn. 2), § 129 Rz. 26; *Kübler/Prütting-Paulus* (Fußn. 2), § 129 Rz. 16) umfasst der Anfechtungsanspruch deshalb nicht nur dasjenige, was aus dem haftenden Vermögen in das Vermögen des Anfechtungsgegners gelangt ist, sondern auch dasjenige, was

nicht entscheidend gegen die hier vorgeschlagene Betrachtungsweise, zumal damit ersichtlich nur gewissermaßen aus historischer Pietät die Formulierung der Konkursordnung 1877 tradiert werden sollte. Dies erhellt auch aus dem Kommissionsvorschlag, der an dieselbe Formulierung eine Regelung der weiteren Anfechtungsrechtsfolgen anschloss, die praktisch wörtlich den Inhalt von § 818 Abs. 1–3 BGB wiedergab⁵⁵⁾ und damit schon verbaliter zweifelsfrei an das „Erlangte“ anknüpfte; die Begründung vermerkte dazu dann auch noch ausdrücklich, der Umfang der Rückgewährpflicht bestimme sich zunächst nach dem erlangten Vermögenswert, hilfsweise nach dessen Surrogaten i. S. v. § 818 Abs. 1 BGB.⁵⁶⁾

3. Folgerungen aus § 143 Abs. 1 Satz 2 InsO

Die nähere Ausgestaltung der Anfechtungsrechtsfolgen ist seit der Insolvenzrechtsreform durch eine Verweisung auf die Haftung des bösgläubigen Bereicherungsschuldners erstmals gesetzlich geregelt worden. Dies ist in der aktuellen Literatur selbstverständlich nachvollzogen worden, was die Folgeansprüche etwa auf Nutzungsherausgabe und Verwendungsersatz angeht (dazu noch unten III 3). Den Rückgewähr- und Wertersatzanspruch sieht man von der Neuregelung dagegen offenbar nur durch die Klarstellung betroffen, dass der Wertersatzanspruch bei anfechtbar weggegebenen Gegenständen von einem Verschulden des Anfechtungsgegners an der Unmöglichkeit der Rückgewähr in Natur ab-

nie zum haftenden Vermögen gehört hat, sondern diesem lediglich durch die anfechtbare Rechtshandlung entgangen ist (*König*, Rz. 360 m. w. N.; siehe dazu auch *Gerhardt*, ZZP 99 (1986), 407, 415 f.). Im österreichischen Recht hält man zudem für gleichgültig, ob der Anfechtungsgegners aus der angefochtenen Rechtshandlung überhaupt eine Vermögensvermehrung erfahren oder sonst einen Vorteil erlangt hatte (*König*, Rz. 364 m. w. N.). Insofern erscheint es für das österreichische Recht jedenfalls eher folgerichtig als für das deutsche Recht, wenn man den Umfang des Anfechtungsanspruchs nach dem Verlust bestimmt, den die Masse durch die Rechtshandlung erlitten hat, und es ausdrücklich für unerheblich erklärt, ob damit der Umfang des vom Anfechtungsgegners Erlangten überschritten wird (*König*, Rz. 364; *ders.*, ÖJZ 1982, 229, jeweils m. w. N.).

55) Erster Bericht der Kommission für Insolvenzrecht, hrsg. vom Bundesministerium der Justiz, 1985, Leitsatz 5.12 Abs. 2 Satz 1, 2.

56) Erster Bericht (Fußn. 55), S. 427. Die Schadensersatzpflicht wurde folgerichtig unter praktisch wörtlicher Übernahme von § 989 BGB nicht auf den durch die anfechtbare Rechtshandlung hervorgerufenen Vermögensnachteil bezogen, sondern strikt auf die Verursachung der Unmöglichkeit einer Rückgewähr in Natur, vgl. Erster Bericht, LS 5.12 Abs. 4 mit Begründung S. 427.

hängig ist; dagegen erkennt man hinsichtlich des Umfangs dieser Ansprüche keinen Anlass, die tradierten schadensersatzrechtlichen Vorstellungen auch nur in Frage zu stellen. Das kann indes schon prima facie nicht richtig sein. Es wird daher im Folgenden zunächst zu überlegen sein, welchen Inhalt diese Verweisung hat (sub a), und sodann, welche Bedeutung dem für die Interpretation der Anfechtungsrechtsfolgen insgesamt zukommt (sub b).

a) *Zum Inhalt der Verweisung auf das Bereicherungsrecht*

aa) *Zur Anwendbarkeit von § 818 Abs. 1 und Abs. 2 BGB*

Die Verweisung des § 143 Abs. 1 Satz 2 InsO auf die Haftung des bösgläubigen Bereicherungsschuldners wird verbreitet allein im Sinne einer Bezugnahme auf § 819 Abs. 1, § 818 Abs. 4 in Verbindung mit den „allgemeinen Vorschriften“ interpretiert; zur Anspruchsgrundlage für den Anspruch auf „Wertersatz“ wird so allein die über § 292 BGB in Bezug genommene Bestimmung des § 989 BGB, die Wertersatzpflicht damit grundsätzlich als verschuldensabhängiger Schadensersatzanspruch ausgestaltet.

Das ist indessen, soweit damit die Haftung nach § 818 Abs. 1 und 2 BGB außer Betracht bleibt, mindestens verkürzend dargestellt.⁵⁷⁾ Rich-

57) Der Hinweis auf die Anwendbarkeit von § 818 Abs. 1 und 2 BGB findet sich, soweit ersichtlich, nur bei *Krefz* (in: HK-InsO (Fußn. 2), § 143 Rz. 21), während die übrigen Autoren die Anwendbarkeit anderer bereicherungsrechtlicher Bestimmungen als § 819 Abs. 1, § 818 Abs. 4 BGB entweder ausdrücklich ablehnen (so etwa *MünchKomm-Kirchhof* (Fußn. 2), § 143 Rz. 10; *Uhlenbruck-Hirte* (Fußn. 2), § 143 Rz. 31 f; *Wimmer-Dauernheim* (Fußn. 10), § 143 Rz. 15, 20 ff) oder doch ihre im Ergebnis übereinstimmende Auffassung dadurch deutlich machen, dass sie die Ansprüche auf das Surrogat sowie auf Wertersatz und Nutzungen lediglich aus den allgemeinen Vorschriften herleiten wollen (*MünchKomm-Kirchhof* (Fußn. 2), § 143 Rz. 59 ff, 73 ff, 78; *Gottwald-Huber*, *Insolvenzrechts-Handbuch*, 2. Aufl., 2000, § 52 Rz. 6; *Häsemeyer* (Fußn. 2), Rz. 21.104; *Kübler/Prütting-Paulus* (Fußn. 2), § 143 Rz. 37, 57 ff, 58; *Nerlich/Römermann-Nerlich* (Fußn. 10), § 143 Rz. 22 ff, 82; *Smid-Zeuner* (Fußn. 10), § 143 Rz. 18 f). Um das Ergebnis zu vermeiden, dass die Wertersatzpflicht auch in den Fällen, in denen das anfechtbar Erlangte wegen seiner Beschaffenheit von Anfang an nicht herausgegeben werden kann, vom Verschulden des Anfechtungsgegners abhängig wird, wird teilweise allerdings geltend gemacht, hier sei die Unmöglichkeit der Rückgewähr bereits eine Folge der Annahme der Leistung und deshalb vom Anfechtungsgegner zu vertreten (*MünchKomm-Kirchhof* (Fußn. 2), § 143 Rz. 79). *Hirte* (*Uhlenbruck-Hirte* (Fußn. 2), § 143 Rz. 31 f) postuliert demgegen-

ständig ist dies allerdings für den Fall, dass „ein bestimmter Gegenstand herauszugeben“ war (§ 292 Abs. 1 BGB): Es entspricht dezidiert Absicht des Gesetzgebers, hierfür in Abweichung von der bislang herrschenden Meinung eine Ersatzpflicht des Anfechtungsgegners grundsätzlich nur für den Fall vorzusehen, dass diesem ein Verschulden an der Unmöglichkeit der Rückgewähr in Natur zur Last fiel.⁵⁸⁾ Diese Rechtsfolge ist aber nur für den Fall beabsichtigt (und sinnvoll), dass zunächst ein herausgabefähiger Gegenstand vorlag, der deshalb nicht mehr in Natur zurückgewährt werden kann, weil er beim Anfechtungsgegner nachträglich in der Weise untergegangen oder beschädigt worden ist, dass dieser keinen positiven Vermögenssaldo mehr hat, d. h. nicht mehr „bereichert“ ist. Beruhte die Unmöglichkeit der Rückgewähr in Natur dagegen auf der „Beschaffenheit des Erlangten“ (§ 818 Abs. 2 BGB), ist also die Unmöglichkeit gewissermaßen eine anfängliche, und steht ein Wegfall der Bereicherung nicht in Rede, so ergibt sich die Ersatzpflicht bereits aus § 818 Abs. 2 BGB, der Anfechtungsanspruch entsteht also von vornherein als Wertersatzanspruch, (selbstverständlich) ohne dass es hier für auf ein Verschulden des Anfechtungsgegners ankäme. Auch der Anfechtungsgegner haftet also zunächst einmal nach § 818 Abs. 1 und 2 BGB, lediglich erweiternd sind gegebenenfalls die durch § 819 Abs. 1, § 818 Abs. 4 BGB in Bezug genommenen allgemeinen Vorschriften heranzuziehen.

bb) *Die Haftung des bösgläubigen Bereicherungsschuldners*

Die Vorstellung, mit den in § 143 Abs. 1 Satz 2 BGB in Bezug genommenen „Rechtsfolgen einer ungerechtfertigten Bereicherung, bei der dem Empfänger der Mangel des rechtlichen Grundes bekannt ist“, seien nur die „allgemeinen Vorschriften“ des § 818 Abs. 4 BGB angesprochen, ist ein zudem Trugschluss. Für die originäre Bereicherungshaftung ist

über ausdrücklich, dass der Anfechtungsgegner Wertersatz stets nur noch dann schulde, wenn ihn ein Verschulden treffe; deshalb würde z. B. auch ein Wertersatz des Anfechtungsgegners für die aus Rechtsgründen unmögliche Rückgewähr der Vorteile aus einer günstigen Prozesssituation wegen anfechtbar vorgenommener oder unterlassener Prozesshandlungen ausscheiden (Rz. 32, unter Hinweis auf *Kübnermünd*, KTS 1999, 25, 39).

58) Vgl. Begründung zu § 162 RegE/§ 143 InsO, BT-Drucks. 12/2443, S. 167, abgedruckt in: *Kübler/Prütting*, *Das neue Insolvenzrecht, InsO/EGInsO, RWS-Dokumentation* 18, 2. Aufl., 2000, S. 361.

mittlerweile ganz anerkannt, dass der bösgläubige oder verklagte Bereicherungsschuldner, soweit § 818 Abs. 4 BGB mit der Verweisung auf die allgemeinen Vorschriften keine Sonderregelung enthält und ein Wegfall der Bereicherung (§ 818 Abs. 3 BGB) nicht vorliegt, im gleichen Umfang haftet wie der nicht verklagte und redliche Bereicherungsschuldner, d. h. nach Maßgabe von § 818 Abs. 1 und 2 BGB und damit insbesondere grundsätzlich ohne Verschulden auf Wertersatz (§ 818 Abs. 2 BGB);⁵⁹⁾ hierauf beruht dann auch die Aussage, dass der Bereicherungsschuldner sich nach Eintritt der verschärften Haftung – in den Fällen des § 819 Abs. 1 BGB also unter Umständen von Anfang an – „im Allgemeinen auf den nachträglichen Wegfall oder die spätere Minderung seiner Bereicherung nicht berufen kann“, so dass die Ansprüche gegen den Bereicherungsschuldner, namentlich der Wertersatzanspruch, ihrem Umfang nach „fixiert“ werden.⁶⁰⁾ *Canaris*⁶¹⁾ formuliert dazu repräsentativ, ebenso wenig wie auf einen Schaden des Gläubigers komme es daher auf ein Verschulden im Umgang mit dem „Erlangten“ an, weil diese Tatbestandsmerkmale nur für § 989 BGB und nicht auch für § 818 Abs. 2 BGB eine Rolle spielten. Zwischen der Wertersatzhaftung nach § 818 Abs. 2 BGB und dem Schadensersatzanspruch nach § 989 BGB bestehe

59) Vgl. Bamberger/Roth-Wendehorst, BGB, 2003, § 818 Rz. 130; Erman-Westermann, BGB, 11. Aufl., 2004, § 818 Rz. 50; Esser/Weyers, Schuldrecht II, BT, 7. Aufl., § 51 III 2a, S. 509 ff.; Flessner, Wegfall der Bereicherung, 1970, S. 144; Koppensteiner/Kramer, Ungerechtfertigte Bereicherung, 2. Aufl., 1988, § 16 II 1 f, S. 160 ff.; Larenz/Canaris, Schuldrecht II/2, 13. Aufl., 1994, § 71 II 2 b, c, S. 259 ff., § 73 II 5 a, S. 319 ff.; MünchKomm-Lieb, BGB, 4. Aufl., 2004, § 818 Rz. 129, 157; Palandt-Thomas, BGB, 63. Aufl., 2004, § 818 Rz. 53, § 820 Rz. 7; Rengier, AcP 177 (1977), 418, 447; Staudinger-Lorenz, BGB, 13. Bearb., 1994, § 818 Rz. 52; a. A. Häsemeyer, JuS 1984, 176, 181; Medicus, JuS 1993, 705, 708, 710; Wilhelm, Rechtsverletzung und Vermögensentscheidung als Grundlagen und Grenzen des Anspruchs aus ungerechtfertigter Bereicherung, 1973, S. 180 ff., ders., AcP 183 (1983), 1, 10 ff., die die von einem Verschulden abhängige Schadensersatzhaftung des Bösgläubigen prinzipiell von der Bereicherungs- und Wertersatzhaftung des Gurgläubigen unterscheiden.

60) Vgl. schon Motive zum BGB II, S. 838 = Mugdan II, 470: § 818 Abs. 4 BGB bedeute nur, dass „die Verpflichtung zur Herausgabe des Empfangenen oder zum Wertersatz die ... in § 739 [= § 818 Abs. 2, 3 BGB] bestimmten Eigentümlichkeiten verliert“; ferner RGZ 93, 227, 230; RGZ 99, 161, 168; RGZ 117, 112, 114; BGHZ 55, 128, 132; BGHZ 57, 137, 150; BGHZ 72, 252, 254 ff.; BGHZ 132, 198, 213; Bamberger/Roth-Wendehorst (Fußn. 59), § 818 Rz. 116, 130; Esser/Weyers (Fußn. 59), § 51 III 2 a; Staudinger-Lorenz (Fußn. 59), § 818 Rz. 52, § 819 Rz. 15; Larenz/Canaris (Fußn. 59), § 73 II 5 a, S. 319.

61) Larenz/Canaris (Fußn. 59), § 73 II 5 a, S. 319.

Anspruchskonkurrenz, so dass der Bereicherungsgläubiger sich den günstigeren Weg aussuchen könne; der Anspruch aus den allgemeinen Vorschriften habe also keine Sperrwirkung, was in § 292 Abs. 1 BGB durch die Worte „soweit sich nicht aus dem (bereicherungsrechtlichen) Schuldverhältnis ... zugunsten des Gläubigers ein anderes ergibt“ ausdrücklich klargestellt werde. In der Anwendbarkeit von § 818 Abs. 1 und Abs. 2 BGB drückt sich damit für die herrschende Meinung der Umstand aus, dass in § 818 Abs. 1, 2 und 4 BGB der Normalinhalt des Bereicherungsanspruchs beschrieben werde, während § 818 Abs. 3 BGB eine ausnahmsweise Privilegierung des gutgläubigen Empfängers enthalte.⁶²⁾

cc) Konsequenzen

Da es der Absicht der Insolvenzrechtsreform entsprach, den Anfechtungsgegner nicht besser, aber auch nicht schlechter zu stellen als bösgläubige Bereicherungsschuldner und unrechtmäßige Besitzer,⁶³⁾ haftet mithin der Anfechtungsgegner ebenso wie der (gut- oder bösgläubige) Bereicherungsschuldner grundsätzlich schon nach § 818 Abs. 1 BGB auf Herausgabe des *commodum ex re* (und es bedarf der Heranziehung von § 819 Abs. 1, § 818 Abs. 4, § 285 BGB nur, soweit das *commodum ex re* verlangt wird, das zumindest der herrschenden Meinung zufolge nicht schon gemäß § 818 Abs. 1 BGB verlangt werden kann), ebenso wie jener hat er die tatsächlich gezogenen Nutzungen schon nach § 818 Abs. 1 BGB herauszugeben bzw. zu ersetzen (und nicht erst, wie es für die schuldhaft nicht gezogenen Nutzungen der Fall ist, erst nach § 819 Abs. 1, § 818 Abs. 4, §§ 292, 987 Abs. 2 BGB), und ebenso wie je-

62) Grundlegend v. Caemmerer, in: Festschrift Rabel, 1954, S. 333, 368 m. Fußn. 136; ebenso BGHZ 55, 128, 131; Larenz, Schuldrecht BT, 12. Aufl., 1981, § 70 II, S. 576 ff.; Larenz/Canaris (Fußn. 59), § 71 III, S. 261 ff.; MünchKomm-Lieb (Fußn. 59), § 818 Rz. 1, 49; a. A. Flume, in: Festschrift Niedermeyer, 1953, S. 103, 147 ff.; Jakobs, Eingriffserwerb und Vermögensverschiebung in der Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung, 1964, S. 18 ff.; Wilhelm (Fußn. 59), S. 62 ff., 180 ff.; zum Ganzen Reuter/Martinek, Ungerechtfertigte Bereicherung, 1983, § 14 I, S. 516 ff.; Staudinger-Lorenz (Fußn. 59), § 818 Rz. 1.

63) Begründung zu § 162 RegE/§ 143 InsO, BT-Drucks. 12/2443, S. 167, abgedruckt in: Kübler/Prütting (Fußn. 58), S. 361, im Anschluss an Ersten Bericht (Fußn. 55), LS 5.12, Begründung S. 427; vgl. auch den Wortlaut der seinerzeitigen Vorschläge: wie § 818 Abs. 1 BGB schon Erster Bericht LS 5.12 Abs. 2 Satz 1, wie § 818 Abs. 2, 3 BGB schon Erster Bericht LS 5.12 Abs. 2 Satz 2.

ner haftet auch der Anfechtungsgegner grundsätzlich schon nach § 818 Abs. 2 BGB verschuldensunabhängig auf Wertersatz, und nicht erst nach § 819 Abs. 1, § 818 Abs. 4, §§ 292, 990 Abs. 1 BGB unter der zusätzlichen Voraussetzung des Verschuldens.

Die Tatsache, dass speziell die Wertersatzpflicht an sich ihre Grundlage in § 818 Abs. 2 BGB findet, folgt schließlich auch aus der in § 143 Abs. 1 Satz 2 InsO enthaltenen Regelung für den gutgläubigen Empfänger einer unentgeltlichen Leistung: Dieser haftet ausdrücklich nur in Höhe seiner noch vorhandenen Bereicherung, d. h. nach § 818 Abs. 3 BGB und gerade nicht verschärft nach § 819 Abs. 1, § 818 Abs. 4 BGB i. V. m. den allgemeinen Vorschriften. Wenn sich die Wertersatzhaftung des Anfechtungsgegners nur aus den allgemeinen Vorschriften, also § 292 i. V. m. § 989 BGB, ergeben könnte, so wäre der gutgläubige Empfänger einer unentgeltlichen Leistung selbst dann nie zum Wertersatz verpflichtet, wenn er den ihm zugeflossenen Vermögenswert noch als fortbestehende Bereicherung in seinem Vermögen hätte. Das wäre aber offensichtlich das Gegenteil von dem, was das Gesetz anordnen will. Haftet deshalb der gutgläubige Empfänger einer unentgeltlichen Leistung, sofern er nicht den Bereicherungswegfall nachweist,⁶⁴⁾ verschuldensunabhängig nach § 143 Abs. 2 InsO i. V. m. § 818 Abs. 2 BGB auf Wertersatz für die infolge ihrer Beschaffenheit nicht in Natur restituierbaren Vermögenszuwendungen, so kann dies im Normalfall des unredlichen Anfechtungsgegners nicht anders sein.

Das Gleiche gilt im Übrigen für die Ansprüche auf Herausgabe des *commodum ex re* und der tatsächlich gezogenen Nutzungen, die der gutgläubige Empfänger einer unentgeltlichen Leistung, sofern er nicht den Bereicherungswegfall nachweist, nach § 143 Abs. 2 InsO i. V. m. § 818 Abs. 1 BGB ersetzen muss; auch insoweit darf der unredliche Anfechtungsgegner nicht besser stehen als der redliche. Praktische Bedeutung erlangt dies insbesondere dort, wo der Anfechtungsgegner empfangenes Geld verzinslich angelegt hat: Es wäre nicht plausibel zu erklären, warum der redliche Empfänger einer unentgeltlichen Leistung nach § 143 Abs. 2 InsO i. V. m. § 818 Abs. 1 BGB die erzielten Zinsen in vollem Umfang

64) Zur Beweislast vgl. etwa Jaeger-Henckel (Fußn. 2), § 37 Rz. 130; Kübler/Prütting-Paulus (Fußn. 2), § 143 Rz. 62; MünchKomm-Kirchhof (Fußn. 2), § 143 Rz. 111.

herausgeben muss, sofern er nicht den Bereicherungswegfall nachweist, während der normale Anfechtungsgegner nach § 143 Abs. 1 Satz 2 InsO i. V. m. § 819 Abs. 1, § 818 Abs. 4, § 291 BGB nur den gesetzlichen Zinssatz schuldet.⁶⁵⁾

dd) Die Bedeutung der Verweisung auf § 989 BGB

Von Bedeutung ist § 143 Abs. 1 Satz 2 InsO schließlich auch insoweit, als der Reformgesetzgeber mit der Verweisung auf § 989 BGB zugleich der Ansicht entgegengetreten ist, der Anfechtungsgegner habe den gesamten Ausfall auszugleichen, der im haftenden Vermögen des Schuldners entstanden sei: Dies war die tragende Erwägung der zum alten Recht herrschenden Auffassung, wonach der Anfechtungsgegner auch dann ohne Rücksicht auf sein Verschulden wertersatzpflichtig werde, wenn die Rückgewähr eines anfechtbar erworbenen Gegenstandes nachträglich unmöglich geworden sei,⁶⁶⁾ und genau dieser Auffassung ist im Gesetzeswortlaut und in der Begründung zum Regierungsentwurf nun eine eindeutige Absage erteilt worden.⁶⁷⁾ Zwar entsteht jetzt sogar kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung ein Schadensersatzanspruch, wenn die Rückgewähr eines anfechtbar zugewendeten „Gegenstands“ unmöglich geworden ist (§ 143 Abs. 1 Satz 2 InsO i. V. m. § 819 Abs. 1, § 818 Abs. 4, § 292 Abs. 1, § 989 BGB), aber doch in einem ganz anderen Sinne als nach dem Verständnis der herrschenden Meinung, die schon die unmittelbaren Folgen der „anfechtbaren Rechtshandlung“ schadensersatzrechtlich interpretiert: Der vindikationsrechtliche Sekundäranspruch des § 989 BGB ist zwar zweifellos ein Schadensersatzanspruch, bei dessen Handhabung freilich dessen besonderer Schutzzweck

65) §§ 292, 987 BGB wären in diesem Fall zumindest nicht unmittelbar anwendbar, da es sich nicht um einen „bestimmten Gegenstand“ handelte.

66) St. Rspr. seit RGZ 2, 141, 145; RGZ 27, 21, 23 ff; RGZ 44, 92; RGZ 56, 194, 196; RGZ 150, 42, 44; zuletzt BGHZ 89, 189, 197 ff; siehe auch Jaeger-Lent (Fußn. 5), § 37 Rz. 8, 15 ff; Paulus, AcP 155 (1956), 277, 316 ff; anders schon zum alten Recht Gerhardt (Fußn. 1), S. 243 ff; zustimmend Costedel/Kaehler, ZZP 84 (1971), 395, 413 mit Fußn. 66; Jaeger-Henckel (Fußn. 2), § 37 Rz. 98 ff.

67) Vgl. Begründung zu § 162 RegE/§ 143 InsO, BT-Drucks. 12/2443, S. 167, abgedruckt in: Kübler/Prütting (Fußn. 58), S. 361, im Anschluss an Ersten Bericht (Fußn. 55), LS 5.12 Abs. 4 mit Begründung S. 427; dazu Gerhardt, in: Festschrift Brandner, 1996, S. 605, 607; Henckel, in: Kölner Schrift (Fußn. 51), S. 813, 850, Rz. 83.

zu beachten ist, an die Stelle der ganz oder teilweise verlorenen Vindikation zu treten; ersatzfähig ist aus diesem Grund nur die gerade auf die Unmöglichkeit der Herausgabe oder die Sachverschlechterung zurückführbare Vermögenseinbuße.⁶⁸⁾ Anders als im Fall des Schadensersatzes wegen Eigentumsverletzung nach § 823 Abs. 1 BGB, der in diesen Fällen tatbestandlich in der Regel an sich ebenfalls einschlägig wäre, erfasst der aus § 989 BGB hergeleitete Anspruch deshalb nur den Substanzschaden (Wiederbeschaffungswert)⁶⁹⁾ einschließlich des entgangenen Gewinns,⁷⁰⁾ nicht dagegen den Vorenthaltungsschaden, so dass etwa bei der Geltendmachung eines entgangenen Gewinns oder eines entsprechenden Begleiterschadens zu differenzieren ist, ob der betreffende Schadensposten gerade auf den endgültigen Verlust der Sache oder auf deren zeitweiligen Vorenthaltung zurückzuführen war.⁷¹⁾

§ 143 Abs. 1 Satz 2 InsO i. V. m. § 819 Abs. 1, § 818 Abs. 4, § 292 Abs. 1, § 989 BGB gibt also nicht etwa ein Argument für die Auffassung, „der Wertersatzanspruch“ sei nunmehr gesetzlich als Schadensersatzanspruch anerkannt. Die Bestimmung setzt vielmehr die anfängliche Existenz eines anfechtungsrechtlichen Herausgabeanspruchs hinsichtlich eines anfechtbar erlangten Gegenstandes voraus, und sie sagt nur etwas dazu, wie der Anfechtungsgegner haftet, wenn er dessen Herausgabe schuldhaft unmöglich macht. Eine allgemeine Ersatzpflicht für die auf der anfechtbaren Handlung beruhenden Vermögenseinbußen, wie sie die herrschende Meinung postuliert, lässt sich hieraus gerade nicht ableiten, und dieses Schweigen des Gesetzes ist „beredt“: Ein solcher Anspruch soll (auch) nach neuem Recht eben nicht bestehen.

68) Insofern besteht volle Übereinstimmung mit Jaeger-Henckel (Fußn. 2), § 37 Rz. 89.

69) Vgl. OLG Koblenz NJW 2002, 617, 618; Bamberger/Roth-Fritzsche (Fußn. 59), § 989 Rz. 14; Staudinger-Gursky, BGB, 13. Bearb., 1993, § 989 Rz. 21 ff, 26.

70) Vgl. BGH ZIP 1982, 447 = NJW 1982, 1749, 1751; BGH NJW-RR 1993, 626, 628; Bamberger/Roth-Fritzsche (Fußn. 59), § 989 Rz. 17; Soergel-Mühl, BGB, 12. Aufl., 1992 ff, § 989 Rz. 9.

71) Vgl. BGH NJW-RR 1993, 626, 628; Bamberger/Roth-Fritzsche (Fußn. 59), § 989 Rz. 17; MünchKomm-Medicus, BGB, 4. Aufl., 2003, § 989 Rz. 11; Soergel-Mühl (Fußn. 70), § 989 Rz. 9.

b) Zum systematischen Aussagegehalt der Rechtsfolgenverweisung auf das Bereicherungsrecht (§ 143 Abs. 1 Satz 2 InsO)

Es ergibt sich aus dem Vorgesagten, dass sich die neu geschaffene Bestimmung des § 143 Abs. 1 Satz 2 InsO vorzüglich in die hier vertretene Auffassung einfügt, wonach die Anfechtungsansprüche bei der Rechtsposition ansetzen, die der Anfechtungsgegner durch die anfechtbare Rechts-handlung auf Kosten des haftenden Vermögens erlangt hat. Diese Betrachtungsweise ist eine bereicherungsrechtliche und gerade keine deliktische: Kennzeichnend für das Bereicherungsrecht ist nach immer noch gängiger Rechtsmeinung, dass es sich eben um Bereicherungs- und nicht um Entreicherungsrecht handelt, mit anderen Worten, es ist eine schuldnerorientierte Betrachtungsweise geboten, der Anspruch tendenziell auf Abschöpfung der durch den Bereicherungsschuldner auf Kosten des Bereicherungsgläubigers erlangten Vorteile gerichtet.⁷²⁾ Indem mit der Neuregelung für die weiteren Rechtsfolgen der Anfechtung auf das Bereicherungsrecht verwiesen wird, gibt das Gesetz in seiner jetzigen Fassung einen Anhalt von Gewicht für die bekanntlich namentlich von Walter Gerhardt verfochtene systematische Einordnung der Gläubigeranfechtung als einem der Eingriffsbereicherung zumindest ähnlichen Institut.

Zwar mag man womöglich bezweifeln, ob die „haftungsrechtliche Zuordnung“ des Schuldnervermögens an die Gesamtheit der Gläubiger bereits eine absolute Zuordnung darstellt oder doch zumindest einer solchen derart gleichsteht, dass sie tauglicher Eingriffsgegenstand im Sinne der Grundsätze zur Eingriffskondition nach § 812 Abs. 1 Satz 1 2. Alt. BGB sein könnte.⁷³⁾ Hierauf käme es für die Zwecke dieser Untersuchung aber nur dann entscheidend an, wenn es die Bestimmungen über die Gläubiger- und Insolvenzanfechtung nicht gäbe und allein der Eingriffsbereicherungsanspruch zur Lösung der entsprechenden Fälle zur Verfügung stünde. Da es diese Bestimmungen nun einmal gibt, genügt für die Lösung der verbliebenen offenen Fragen die Feststellung der

72) Vgl. nur Lorenz/Canaris (Fußn. 59), § 71 I 2 b, S. 256; MünchKomm-Lieb (Fußn. 59), § 812 Rz. 208; Staudinger-Lorenz (Fußn. 59), § 812 Rz. 24; sinngemäß auch BGHZ 17, 236, 239; BGHZ 20, 345, 355; BGHZ 36, 232, 233.

73) Dies ablehnend Henckel, in: Festschrift Nagel, 1987, S. 101 f; ders., in Jaeger, (Fußn. 2), § 37 Rz. 17; Wacke, ZZZ 83 (1970), 418, 424 ff, jeweils gegen Gerhardt (Fußn. 1), S. 162 ff, 181 ff; Costede/Kaehler, ZZZ 84 (1971), 395, 403 ff.

Ähnlichkeit der Anfechtung mit einem Eingriffsbereicherungsanspruch. Diese Ähnlichkeit aber ist nach wie vor als überzeugend nachgewiesen anzusehen,⁷⁴⁾ und zwar umso mehr, als der Gesetzgeber diese Ähnlichkeit nunmehr zum Anlass genommen hat, die Anfechtungsrechtsfolgen in § 143 Abs. 1 Satz 2 InsO parallel zum Bereicherungsrecht auszugestalten. Bestätigt wird damit zugleich die hier vorgetragene Sichtweise, wonach die Anfechtungsrechtsfolgen an der dem Anfechtungsgegner zugewachsenen Rechtsstellung anzuknüpfen haben und nicht an der von der Masse erlittenen Einbuße.

Der Rechtsentwicklung unter der Herrschaft der Konkursordnung, der man nicht zu Unrecht bescheinigt hatte, nur die Esoterik und monadenhafte Beziehungslosigkeit des Anfechtungsrechts gesteigert zu haben, statt dieses systematisch im allgemeinen Zivilrecht zu verorten,⁷⁵⁾ ist damit eine klare Absage erteilt. Die Anfechtungsrechtsfolgen sind jetzt wieder im allgemeinen Zivilrecht verortet, und zwar, soweit sich aus der spezifisch anfechtungsrechtlichen Teleologie nichts Gegenteiliges ergibt, im Bereicherungsrecht. Diese Einordnung ist zu respektieren, und zwar auch dann, wenn man nicht der Ansicht ist, die Anfechtungsrechtsfolgen seien systematisch schon eo ipso bereicherungsrechtlich zu qualifizieren: Wie die Gläubiger- und Insolvenzanfechtung systematisch zu qualifizieren ist, ist hier ebenso wenig wie sonst apriorisch vorgegeben, sondern richtet sich primär nach der Gesamtheit der einschlägigen positivrechtlich geregelten Rechtsfolgen. Letztlich unerheblich ist in diesem Zusammenhang, ob der „Gesetzgeber“ ausweislich der Entwurfsbegründung die Absicht verfolgte, eine Aussage zur systematischen Qualifikation der von ihm geregelten Rechtsfolgen zu machen.⁷⁶⁾ Zweck dieser Neurege-

74) Jaeger-Henckel (Fußn. 2), § 37 Rz. 17, konzediert immerhin, dass die Anfechtungsvoraussetzungen denen der Rechtsgrundlosigkeit der Eingriffskondition nahe stünden.

75) Balz, EWiR 1987, 1009, 1010; zustimmend Gerhardt, ZIP 1987, 1429, 1432.

76) Zutreffend zur Relativierung der „Gesetzesmotive“ bereits Gerhardt (Fußn. 1), S. 98, unter Hinweis auf BVerfGE 1, 299, 312; BVerfGE 11, 126, 130; BVerfGE 18, 38, 45; Esser, Grundsatz und Norm, 2. Aufl., 1964, S. 257; Teichmann, Die Gesetzesumgehung, 1962, S. 17 ff. Im konkreten Fall gibt die Entwurfsbegründung zu § 143 InsO (§ 162 RegE) zwar einige der Formulierungen der h. M. zu § 37 KO wieder, darunter die Aussage, die Rückgewähr solle die Insolvenzmasse in die Lage zurückversetzt werden, in der sie sich befinden würde, wenn die anfechtbare Handlung unterblieben wäre (BT-Drucks. 12/2443, S. 167, abgedruckt in: Kübler/Prütting (Fußn. 58), S. 361). Daraus lässt sich aber schon deswegen nichts gegen die hier vertretene Auffassung herleiten, weil diese Formulierungen wörtlich

lung war sicherlich primär die Klarstellung, dass der Anfechtungsgegner nach nunmehr geltendem Recht für die Unmöglichkeit der Rückgewähr oder für Wertminderungen – einer zur KO in der Minderheit gebliebenen Auffassung gemäß⁷⁷⁾ – nur noch im Falle seines Verschuldens einzustehen hat (§ 143 Abs. 1 Satz 2 InsO i. V. m. § 819 Abs. 1, § 818 Abs. 4, § 292 Abs. 1, § 989 BGB). Der Umstand, dass der Reformgesetzgeber in Gestalt des § 143 Abs. 1 Satz 2 InsO gleichwohl nicht nur einzelne Bereicherungsrechtsfolgen, sondern deren Gesamtheit in Bezug genommen hat, ergibt – zusammen mit der aus dem alten Recht übernommenen Regelung des § 143 Abs. 2 InsO für den gutgläubigen Empfänger unentgeltlicher Leistungen – einen nicht mehr hinwegzudiskutierenden gesetzlichen Anhalt für die systematischen Qualifikation der Anfechtungsrechtsfolgen als zumindest bereicherungsähnlich.

Es kann deshalb der (für die herrschende Meinung mutmaßlich repräsentativen) Ansicht⁷⁸⁾ nicht zugestimmt werden, die Verweisung auf die Haftung des unredlichen Bereicherungsschuldners sei „wenig glücklich“, weil es auch bei dem anfechtungsrechtlichen Sekundärbehelf ebenso wie als bei der primären Rückgewährpflicht nicht um eine Abschöpfung der Bereicherung des Anfechtungsgegners gehe, sondern um einen Ausgleich für die in der Masse erlittene Einbuße. Damit wird das Gesetz an einer vorgefassten Meinung zur Anfechtungsdogmatik gemessen. Methodенrichtig ist es demgegenüber, die Dogmatik gelegentlich darauf zu überprüfen, ob sie (noch) mit dem (geänderten) Gesetz übereinstimmt.

aus der Begründung zum Kommissionsbericht stammen (Erster Bericht (Fußn. 55), S. 426 f.). Dieser wiederum hatte die bereicherungsrechtlichen Rechtsfolgen nicht nur durch eine Verweisung inkorporieren wollen, sondern in LS 5.12 Abs. 2 Satz 1 und 2 sogar fast wörtlich § 818 Abs. 1–3 BGB wiedergegeben. Die Begründung ist daher nicht mehr als eine unbedachte Formulierung der (mit der Redaktion des Kommissionsberichts betrauten) Ministeriumsbeamten, denen die Tragweite der von der Kommission beschlossenen und in etwas modifizierter Form in § 143 Abs. 1 Satz 2 InsO übernommenen Gesetzesformulierungen nicht bewusst gewesen sein dürfte.

77) Siehe die Nachweise oben in Fußn. 66.

78) Kübler/Prütting-Paulus (Fußn. 2), § 143 Rz. 57.

c) Zur Absage des Gesetzes an das „Interesse“ der Masse als anspruchslimitierendes Kriterium im Hinblick auf die in § 143 Abs. 1 Satz 2 InsO geregelten Sekundäransprüche

Zur Falsifizierung der von der herrschenden Meinung verfochtenen These, die Masse sei durch die Anfechtung so zu stellen, wie sie stünde, wenn die anfechtbare Rechtshandlung hinweggedacht würde, ist abschließend noch darauf hinzuweisen, wie das Gesetz mit der gewissermaßen umgekehrten Seite der Medaille umgeht, der Verhinderung einer „Überkompensation“ durch Anfechtung, einer Bereicherung der Masse dadurch, dass im Wege der Rückgewähr, des Wertersatzes, durch Herausgabe oder Leistung von Geldersatz für Surrogate und Nutzungen oder indem sie von Arbeitsleistungen und Verwendungen des Anfechtungsgegners profitiert, mehr in die Masse „zurück“ fließt als zuvor abgeflossen war. Nach herrschender Meinung ergab und ergibt sich der Umgang mit diesem Problem ohne weiteres aus der verwendeten Schadensersatzformel: Wenn die Masse gestellt werden muss, wie sie ohne die anfechtbare Transaktion stünde, dann darf sie als Folge der realisierten Anfechtung ebenso wenig besser wie schlechter stehen; die Differenzhypothese fungiert damit wie im Schadensersatzrecht sowohl als anspruchsbegründendes wie auch als anspruchslimitierendes Kriterium.⁷⁹⁾

Dass dies indes nicht in vollem Umfang der Standpunkt des Gesetzes ist, zeigt schon dessen Umgang mit der Gegenleistung des Anfechtungsgegners, die selbst dann, wenn sie zum Zeitpunkt der Anfechtung noch gegenständlich oder werterhöhend in der Masse vorhanden ist, nur im Ausnahmefall (§§ 142, 144 Abs. 2 Satz 1 InsO) volle Berücksichtigung findet,⁸⁰⁾ und auch die Absage der ganz herrschenden Meinung an eine Art Vorteilsausgleichung im Anfechtungsrecht⁸¹⁾ will hierzu nur schlecht passen. Die Verweisung des § 143 Abs. 1 Satz 2 InsO auf die Haftung des bösgläubigen Bereicherungsschuldners hat dem eine Anzahl von Fallgestaltungen hinzugefügt, die im Ergebnis zu einer anfechtungsbedingten Bereicherung der Masse führen können, jedenfalls wenn man die schadensersatzrechtliche Differenzhypothese als Vergleichsmaßstab

79) Nachweise schon oben in Fußn. 10, 13 f; vgl. ferner z. B. BGH WM 1971, 908, 909; BGH ZIP 1986, 448 = NJW 1986, 1496; BGHZ 124, 76, 85 f = ZIP 1994, 40.

80) Vgl. Eckardt, ZInsO 2004, 888 m. w. N.

81) Nachweise oben Fußn. 23 f.

heranzieht. Das kann man, wie gesehen, „wenig glücklich“ nennen, weil es in der Tat schlecht mit einer bislang dominierenden Vorstellung zusammenpasst. Man kann – und sollte – dies aber auch als Ausdruck der unzweifelhaften Kompetenz des Gesetzgebers sehen, Regelungen zu treffen und Ergebnisse zu normieren, die dann ihrerseits erst den Rückschluss auf eine heute (noch) zutreffende dogmatische Einordnung zulassen. § 143 Abs. 1 Satz 2 InsO bestätigt insofern eher die hier vertretene Konzeption, weil die in Bezug genommenen Vorschriften mit einem der Differenzhypothese gemäßen anfechtungsrechtlichen „Bereicherungsverbot“ nicht vereinbar sind.

aa) Nutzungen

Ein erstes Beispiel für den neuen gesetzlichen Umgang mit dieser Frage bildet der Anspruch auf Herausgabe oder Wertersatz von Nutzungen, die der Schuldner nicht gezogen hätte. Der Sekundäranspruch⁸²⁾ auf Herausgabe gezogener Nutzungen ergibt sich nach der hier vertretenen Auffassung bereits aus § 143 Abs. 1 Satz 2 InsO i. V. m. § 818 Abs. 1 BGB, nach herrschender Meinung ohne zusätzliche Voraussetzungen aus § 143 Abs. 1 Satz 2 InsO i. V. m. § 819 Abs. 1, § 818 Abs. 4, § 292 Abs. 1, § 987 Abs. 1 BGB.⁸³⁾ Schuldhaft nicht gezogene Nutzungen sind nach neuem Recht zweifellos ebenfalls zu ersetzen (§ 143 Abs. 1 Satz 2 InsO i. V. m. § 819 Abs. 1, § 818 Abs. 4, § 292 Abs. 1, § 987 Abs. 2 BGB). Bei anfechtbarer Weggabe von Geld ist der gesetzliche Zinssatz nach neuem Recht immer zu zahlen (§ 143 Abs. 1 Satz 2 InsO i. V. m. § 819 Abs. 1, § 818 Abs. 4, § 291 BGB), ein höherer Zinssatz nur unter den Voraussetzungen des § 987 Abs. 2 BGB bzw. des Verzugs (nach

82) Zu beachten ist, dass Nutzungen auch Gegenstand des Primäranspruchs sein können und dann dessen Regeln folgen, nämlich immer dann, wenn die Gewährung der Nutzungsmöglichkeit gerade den anfechtbaren Vermögenstransfer darstellt; in diesem Fall hat der Anfechtungsgegner unproblematisch und ohne Verschuldensfordernis den Wert der Nutzungsmöglichkeit zu vergüten.

83) Allerdings wendet die h. M. § 818 Abs. 1 BGB auf den Nutzungsherausgabeanspruch an, soweit die Haftung des gutgläubigen Empfängers einer unentgeltlichen Leistung gemäß § 143 Abs. 2 Satz 1 InsO in Rede steht (vgl. Uhlenbruck-Hirte (Fußn. 2), § 143 Rz. 54); offenbar soll der Anspruch dann entfallen – und nur noch der Anspruch aus § 143 Abs. 1 Satz 2 InsO i. V. m. §§ 819 Abs. 1, 818 Abs. 4, 292 Abs. 1, 987 Abs. 1 BGB bleiben –, sobald der Anfechtungsgegner i. S. v. § 143 Abs. 2 Satz 2 InsO bösgläubig geworden ist und deshalb von nun an verschärft nach § 143 Abs. 1 Satz 2 InsO haftet.

Kenntniserlangung von der Herausgabepflicht § 990 Abs. 2 i. V. m. § 280 Abs. 2, § 286 BGB).

Verbreitet plädiert man allerdings für eine teleologische Restriktion des Nutzungsherausgabeanspruchs, d. h. die Anpassung der Sekundäransprüche an den Zweck des Anfechtungsrechts: Nutzungen und schuldhaft nicht gezogene Nutzungen seien nur insoweit herauszugeben bzw. zu ersetzen, wie sie durch den Schuldner bzw. den Verwalter gezogen worden wären, wenn die nutzbare Stammsache in der Masse verblieben wäre; auch dies folgert man aus dem angenommenen anfechtungsrechtlichen Bereicherungsverbot.⁸⁴⁾ Das überzeugt jedoch nicht.⁸⁵⁾ Zum einen lässt sich schon methodisch nicht mehr mit der gleichen Überzeugungskraft wie bisher argumentieren, die Anwendung von § 818 Abs. 1, § 987 Abs. 2 BGB „passe nicht“, weil sie der Masse mehr zukommen lassen würden als ihr nach dem Zweck der Anfechtung – d. h. (lediglich) die Einbuße im haftenden Vermögen auszugleichen – zustehe.⁸⁶⁾ Mittlerweile ergibt sich die Anwendung von § 818 Abs. 1, § 987 Abs. 2 BGB unmittelbar aus dem Gesetz, so dass der Einwand, diese Rechtsfolgen würden nicht „passen“, allenfalls rechtspolitisch beachtlich wäre. Dass die Gesetzesredakteure bei § 143 Abs. 1 Satz 2 InsO primär die Einführung einer Verschuldenshaftung für den Fall, dass die Herausgabe bestimmter Gegenstände nachträglich unmöglich wird, im Auge hatten,⁸⁷⁾ gibt keinen Rechtfertigungsgrund dafür, das Gesetz insoweit nicht beim Wort zu nehmen, zumal ihnen mit der Pauschalverweisung auf die §§ 987 ff

84) Kübler/Prütting-Paulus (Fußn. 2), § 143 Rz. 57; Wimmer-Dauernheim (Fußn. 10), § 143 Rz. 24; ebenso schon die h. M. zum alten Recht, vgl. RGZ 24, 141, 145; RGZ 80, 1, 4; Jaeger (Fußn. 20), § 7 Rz. 12; Jaeger-Henckel (Fußn. 2), § 37 Rz. 115, 117; Kilger-K. Schmidt (Fußn. 10), § 37 KO Anm. 3; Kubn/Uhlenbruck (Fußn. 10), § 37 Rz. 4; differenzierend Gerhardt (Fußn. 1), S. 251 f (nur für gezogene Nutzungen).

85) Im Ergebnis ebenso Breutigam/Tanz, ZIP 1998, 717, 723 f; Gottwald-Huber (Fußn. 57), § 52 Rz. 9; Kreft, in: HK-InsO (Fußn. 2), § 143 Rz. 21; Henckel (Fußn. 67), S. 813, 850, Rz. 83; MünchKomm-Kirchhof (Fußn. 2), § 143 Rz. 60 ff, 97; Smid-Zeuner (Fußn. 10), § 143 Rz. 8, 19; Uhlenbruck-Hirte (Fußn. 2), § 129 Rz. 35; zum alten Recht auch Kubn/Uhlenbruck (Fußn. 10), § 37 Rz. 4.

86) Jaeger-Henckel (Fußn. 2), § 37 Rz. 117, gegen Gerhardt (Fußn. 1), S. 250 ff.

87) Begründung zu § 162 RegE/§ 143 InsO, BT-Drucks. 12/2443, S. 167, abgedruckt in: Kübler/Prütting (Fußn. 58), S. 361, im Anschluss an Ersten Bericht (Fußn. 55), LS 5.12 mit Begründung S. 427.

BGB zugleich „eine sachgerechte Regelung für die Herausgabe von Nutzungen und den Ersatz von Verwendungen“ getroffen schien.⁸⁸⁾

Zum anderen bedeutet die „entsprechende Anwendung“ des Bereicherungsrechts nur Anwendung *mutatis mutandis*, d. h. unter Beachtung einer womöglich abweichenden Teleologie des Anfechtungsrechts. Abgesehen davon, dass darunter nicht der Fall subsumiert werden sollte, dass dem Gesetzesanwender gleichsam „die ganze Richtung nicht passt“, kann eine grundsätzlich abweichende Teleologie nach der hier vertretenen Auffassung ohnehin nicht festgestellt werden. Die Möglichkeit, aus dem anfechtbar übertragenen Gut die ordnungsgemäßer Wirtschaft entsprechenden Nutzungen zu ziehen, ist der Masse ebenso haftungsrechtlich zugewiesen wie die Möglichkeit, den betreffenden Gegenstand gewinnbringend zu veräußern. Es ist daher richtig, die Bestimmungen, die – wie auch § 987 Abs. 2 BGB⁸⁹⁾ – die rechtlichen Konsequenzen eines Eingriffs in den Zuweisungsgehalt des Eigentums bestimmen, auf den Eingriff in die haftungsrechtliche Zuweisung entsprechend anzuwenden. Die Vorstellung der Gesetzesredakteure, den Anfechtungsschuldner haftungsrechtlich insofern nicht schlechter, aber auch nicht besser zu stellen als den bösgläubigen Bereicherungsschuldner und den unrechtmäßigen Besitzer,⁹⁰⁾ erweist sich damit als auch teleologisch wohlbegründet.

Wollte man den immer bloß hypothetischen Einwand zulassen, der Schuldner bzw. die Masse würde bestimmte Nutzungen gleichwohl nicht gezogen haben, geriete man zudem in einen Wertungswiderspruch zu der mittlerweile doch ganz anerkannten Aussage, dass beim Haftungs-begründungstatbestand solche „Reserveursachen“ – also die Fälle, in denen sich der Anfechtungsgegner darauf beruft, dass die ihm anfechtbar zugewendete Rechtsposition aufgrund eines hypothetischen späteren Umstands ohnehin aus dem haftenden Vermögen ausgeschieden wäre –

88) Begründung zu § 162 RegE/§ 143 InsO, BT-Drucks. 12/2443, S. 167, abgedruckt in: Kübler/Prütting (Fußn. 58), S. 361.

89) Siehe dazu Staudinger-Gursky (Fußn. 69), § 987 Rz. 27 m. w. N.

90) Vgl. Begründung zu § 162 RegE/§ 143 InsO, BT-Drucks. 12/2443, S. 167, abgedruckt in: Kübler/Prütting (Fußn. 58), S. 361, im Anschluss an Ersten Bericht (Fußn. 55), LS 5.12 mit Begründung S. 427.

keine Berücksichtigung finden können.⁹¹⁾ Der z. B. gegen die Geltendmachung der marktüblichen Zinsen als tatsächlicher oder potentieller Nutzung anfechtbar übertragenen Kapitals erhobene Einwand, der Schuldner hätte das Kapital anderenfalls überhaupt nicht zinsbringend angelegt und damit, ohne dass dem anfechtungsrechtlich begegnet werden könnte, die Nutzungsmöglichkeit gewissermaßen verfallen lassen, ist strukturell nicht anders gelagert als der Einwand, der Schuldner hätte ohne die anfechtbare Handlung auch das Kapital verspielt, sich stehlen lassen oder anderweitig unanfechtbar hierüber verfügt – ist dieser Einwand unstreitig unbeachtlich, muss es jener ebenso sein.

Gegen das hier favorisierte Ergebnis kann schließlich auch nicht argumentiert werden, der – nach dem Gesetz „an sich“ als bestehend anzuerkennende – Nutzungsherausgabeanspruch könne durch den Arglisteinwand in der Fallgruppe des *dolo facit qui petit quod statim redditurus est* abgewehrt werden, da die Masse durch Herausgabe oder Ersatz solcher Nutzungen, die sie selbst nicht gezogen haben würde, ungerechtfertigt bereichert würde.⁹²⁾ Die Pflicht zur Herausgabe bzw. zum Ersatz der Nutzungen ist ja gerade die Frage; bejaht man eine solche Verpflichtung aus § 143 Abs. 1 Satz 2 InsO i. V. m. § 818 Abs. 1 bzw. § 819 Abs. 1, § 818 Abs. 4, § 292 Abs. 1, § 987 Abs. 1, Abs. 2 BGB, so kann der Anfechtungsgegner dadurch, dass er diese Verpflichtung erfüllt, keine rechtlose Bereicherung der Masse i. S. v. § 55 Abs. 1 Nr. 3 InsO bewirken.

bb) Surrogate

Mit einer ähnlichen Argumentation wie in den bisher behandelten Fällen verneint die herrschende Meinung auch die Anwendbarkeit von § 143 Abs. 1 Satz 2 InsO i. V. m. § 819 Abs. 1, § 818 Abs. 4, § 285 BGB (§ 281

91) Vgl. BGHZ 104, 355, 360 = ZIP 1988, 1060; BGHZ 124, 76, 79 f = ZIP 1994, 40, 42 f; BGHZ 128, 184, 192 = ZIP 1995, 134, 137 = LM AnfG § 3 Nr. 37 (Eckardt) = JZ 1995, 728 m. Anm. Henckel, dazu EWIR 1995, 109 (Gerhardt); BGH ZIP 2000, 1550, dazu EWIR 2000, 947 (Paulus); BGH ZIP 2002, 489 = DZWIR 2002, 251, 252; anders in der Begründung BGH ZIP 1997, 853, 854, dazu EWIR 1997, 1131 (Rattunde); Kübler/Prütting-Paulus (Fußn. 2), § 129 Rz. 26 m. w. N.; Uhlenbruck-Hirte (Fußn. 2), § 129 Rz. 123; von Olshausen, KTS 2001, 45, 52 f.

92) So aber Kübler/Prütting-Paulus (Fußn. 2), § 143 Rz. 57.

BGB a. F.) hinsichtlich des rechtsgeschäftlichen Surrogats, weil die Masse nicht bereichert werden dürfe; es müsse verhindert werden, dass der Insolvenzverwalter durch die Inbezugnahme des § 285 BGB die Herausgabe des vom Anfechtungsgegner erzielten Gewinns auch dann fordern könne, wenn er selbst bzw. der Schuldner diesen Gewinn nicht erzielt hätte.⁹³⁾ Man setzt sich damit von der im Bereicherungsrecht herrschenden Meinung ab, die die Anwendbarkeit dieser Bestimmung auf die Haftung des bösgläubigen Bereicherungsschuldners bejaht.⁹⁴⁾ Die Argumentation der herrschenden Meinung zur anfechtungsrechtlichen Surrogatsherausgabe geht vor allem dahin, es sei schlecht vorstellbar, dass sowohl das ursprüngliche Anfechtungsgut (beim Rechtsnachfolger, soweit hier die Voraussetzungen des § 145 Abs. 2 InsO erfüllt sind) als auch das rechtsgeschäftliche Surrogat (beim ersten Anfechtungsgegner) haftungsrechtlich der Masse zugeordnet seien, die Veräußerung also gewissermaßen zu einer Verdoppelung der haftenden Masse führen würde; zudem widerspreche die Erstreckung der Herausgabepflicht auf den Geschäftserlös der Anknüpfung des Anfechtungsanspruchs an den objektiven Wert des Erlangten.⁹⁵⁾

93) So auch Gerhardt (Fußn. 1), S. 280 f; vgl. zur KO ferner RGZ 56, 194, 196; RGZ 70, 226, 233; RGZ 134, 84, 87; Jaeger-Lent (Fußn. 5), § 37 Rz. 15; Jaeger-Henckel (Fußn. 2), § 37 Rz. 124; zur InsO v. Campe (Fußn. 24), S. 292; MünchKomm-Kirchhof (Fußn. 2), § 143 Rz. 71; Kreft, in: HK-InsO (Fußn. 2), § 143 Rz. 22; Nerlich/Römermann-Nerlich (Fußn. 10), § 143 Rz. 28; a. A. Breutigam/Tanz, ZIP 1998, 717, 724; Gottwald-Huber (Fußn. 57), § 52 Rz. 11; Uhlenbruck-Hirte (Fußn. 2), § 143 Rz. 31; Wimmer-Dauernheim (Fußn. 10), § 143 Rz. 15.

94) Vgl. BGHZ 75, 203, 205 ff; Bamberger/Roth-Wendehorst (Fußn. 59), § 818 Rz. 117, 125; Lorenz, in: Festschrift v. Caemmerer, 1978, S. 209, 221; Lorenz/Canaris (Fußn. 59), § 73 II 3 b, S. 315; Palandt-Thomas (Fußn. 61), § 818 Rz. 52, a. A. MünchKomm-Lieb (Fußn. 59), § 818 Rz. 118; eingehend zum Streitstand Reuter/Martinek (Fußn. 62), § 18 I, S. 631 ff. Die für die Surrogatsherausgabepflicht des redlichen Bereicherungsschuldners maßgebliche Bestimmung des § 818 Abs. 1 BGB soll jedoch nach h. M. grundsätzlich nur das *commodum ex re*, dagegen nicht den Veräußerungserlös erfassen (vgl. RGZ 86, 343, 347; RGZ 101, 389, 391; RGZ 133, 283, 287; BGHZ 112, 288, 294 f; Lorenz/Canaris (Fußn. 59), § 72 I 1 c, S. 266; a. A. Koppensteiner, NJW 1971, 1769, 1771; MünchKomm-Lieb (Fußn. 59), § 818 Rz. 18 ff, 31; umfassend Jakobs, Lucrum ex negotiatione, 1993, S. 101 ff); eine Ausnahme macht man allerdings überwiegend für den Anspruch aus § 816 Abs. 1 BGB (BGHZ 29, 157, 159; BGH WM 1975, 1179; BGHZ 75, 203, 206; Lorenz/Canaris (Fußn. 59), § 72 I 2, S. 267 ff; MünchKomm-Lieb (Fußn. 59), § 816 Rz. 28 ff; Reuter/Martinek (Fußn. 62), § 8 I 4, S. 313 ff, 321 ff; Staudinger-Lorenz (Fußn. 59), § 816 Rz. 23 ff, jeweils m. w. N.

95) Vgl. Gerhardt (Fußn. 1), S. 281.

Auch hier überzeugt die Begründung jedoch nicht. Soweit der Anfechtungsgegner durch Veräußerung des Anfechtungsguts einen Gewinn erzielt hat, den die Masse nicht hätte erzielen können, hat er damit doch nur das wirtschaftliche „Potential“ des Anfechtungsguts ausgeschöpft, das jedoch haftungsrechtlich in vollem Umfang der Masse zugewiesen war. Die Wertungsgründe, aus denen die herrschende Meinung im Fall des Anspruchs aus § 816 Abs. 1 BGB – mit dem die Konstellation der Weiterveräußerung durch den Anfechtungsgegner einige Ähnlichkeit aufweist⁹⁶⁾ – den Geschäftsgewinn auch in diesem Fall dem Bereicherungsgläubiger zuweist, sollten deshalb auch zugunsten der Masse zur Anwendung gebracht werden: Der Geschäftsgewinn, so argumentiert man bei § 816 Abs. 1 BGB, stehe allein dem Inhaber des Rechtsguts zu, ja er sei wesentlicher Inhalt des Rechtsguts. In der Anfechtungssituation folgt daraus richtigerweise eine haftungsrechtliche Zuweisung des Geschäftsgewinns zur Masse, da keine Wertungsgründe ersichtlich sind, den Geschäftsgewinn insoweit anders zu behandeln als den Substanzwert der Sache. Auch die Frage, ob hiervon solche Gewinnanteile abziehen sind, die nur aufgrund besonderer Fähigkeiten und Kenntnisse des Anfechtungsgegners erzielt wurden, sollte man deshalb nicht anders behandeln als im Fall des § 816 Abs. 1 BGB und also verneinen;⁹⁷⁾ in Fällen grober Unbilligkeit mag man sich, soweit nicht schon Verwendungsersatzansprüche nach § 994 Abs. 2 BGB bestehen, wie bei § 816 Abs. 1 BGB mit § 242 BGB helfen.

Die weitere Erwägung, die haftungsrechtliche Zuordnung des Anfechtungsguts zur Masse könne sich nicht gleichzeitig auf das Surrogat und auf den in der Hand des Rechtsnachfolgers forthaftenden ursprünglich weggegebenen Gegenstand beziehen und sich dadurch gewissermaßen verdoppeln, gibt ebenfalls kein Gegenargument von Gewicht: Es ist für die Situation der Rechtsnachfolge durchaus typisch, dass der Wertersatzanspruch gegen den ersten Anfechtungsgegner und der Anspruch

96) Der Anfechtungsgegner verfügt, soweit die haftungsrechtliche Zuordnung betroffen ist, als Nichtberechtigter, und diese Verfügung wird „haftungsrechtlich wirksam“, wenn der Rechtsnachfolger gutgläubig ist oder der Verwalter sich, statt den Rechtsnachfolger aus § 145 InsO in Anspruch zu nehmen, an den ersten Anfechtungsgegner hält.

97) So die – allerdings nicht unbedenkliche – h. M., vgl. BGHZ 29, 157, 159 ff; BGH NJW 1970, 2059; BGH WM 1975, 1181; BGH WM 1978, 755 f; eingehend *Reuter/Martinek* (Fußn. 62), § 8 I, S. 319 ff.

auf Rückgewähr in Natur gegen den Rechtsnachfolger miteinander konkurrieren; auch dadurch tritt, da der Wertersatzanspruch selbstverständlich ebenfalls zum haftenden Vermögen gehört, vorübergehend eine „Verdoppelung der Haftungsmasse“ ein – nimmt man dies hin, wo sachbezogener Rückgewähranspruch und Wertersatzanspruch konkurrieren, so kann man dies kaum anders sehen, wenn zwei sachbezogene Rückgewähransprüche konkurrieren. Hier wie dort ist dies, gerade weil es einen vorübergehenden Zustand bedeutet, aber auch unschädlich: ähnlich wie bei einer Gesamtschuld befreit die erfolgte Leistung des einen Anfechtungsgegners auch den anderen,⁹⁸⁾ so dass sichergestellt ist, dass die Masse sich im Endergebnis eben nicht bereichert. Hat der Anfechtungsgegner ein Surrogat erlangt, so schuldet er selbst nach allgemeinen anfechtungsrechtlichen Grundsätzen freilich primär dieses; eine Wertersatzpflicht tritt entsprechend § 285 Abs. 2 BGB nur noch für die Differenz ein, um die der Wert des Surrogat gegebenenfalls hinter dem zu ersetzenden Wert des ursprünglichen Anfechtungsguts zurückbleibt.

cc) Verwendungen

Ein weiterer Anwendungsfall für den Satz, dass die Anfechtung keine ungerechtfertigte Bereicherung der Masse nach sich ziehen dürfe, betraf nach altem Recht diejenigen Wertsteigerungen des Anfechtungsguts, die auf eigener Arbeitsleistung oder Aufwendungen des Anfechtungsgegners beruhten; sie waren deshalb durch einen (aufrechenbaren) Massebereicherungsanspruch i. S. v. § 55 Abs. 1 Nr. 3 InsO auszugleichen.⁹⁹⁾ Auch dieser Satz wird durch die klare gesetzliche Rechtsfolgenregelung – die ihre Grundlage übrigens bereits im Kommissionsbericht findet¹⁰⁰⁾ – im neuen Recht modifiziert, so dass die bisherige Rechtsprechung jedenfalls nicht mehr ohne weiteres anwendbar ist.

98) Vgl. m. w. N. Kübler/Prütting-Paulus (Fußn. 2), § 145 Rz. 16; MünchKomm-Kirchhof (Fußn. 2), § 145 Rz. 33.

99) Vgl. RGZ 16, 23, 26; RGZ 57, 27, 28; BGH ZIP 1984, 753; BGH ZIP 1991, 807 = NJW 1991, 2144, 2146, dazu EWIR 1991, 597 (*Gerhardt*); BGH ZIP 1992, 493, 494, dazu EWIR 1992, 377 (*Smid*); BGH ZIP 1996, 1516 NJW 1996, 3147, 3150, dazu EWIR 1996, 771 (*Huber*); BGH ZIP 1996, 1907 = NJW 1996, 3341, 3342, dazu EWIR 1996, 1107 (*Paulus*); BGHZ 131, 189, 199 f = ZIP 1996, 83, dazu EWIR 1996, 119 (*Gerhardt*).

100) Erster Bericht (Fußn. 55), LS 5.12 Abs. 3 lautete: „Verwendungen sind entsprechend § 994 Abs. 2 BGB zu erstatten.“

Nach § 143 Abs. 1 Satz 2 InsO i. V. m. § 819 Abs. 1, § 818 Abs. 4, § 292 Abs. 1, §§ 990, 994 Abs. 2 BGB können grundsätzlich nur noch notwendige Verwendungen (etwa Instandhaltungskosten, Lagerungskosten, Versicherungsprämien) als Massebereicherung erstattet werden, und auch das nur, wenn und soweit ihre Vornahme dem mutmaßlichen Willen der Insolvenzmasse als Geschäftsherrin¹⁰¹⁾ entsprach; diesen stehen die Lasten einer überlassenen Sache – etwa Hypothekenzinsen oder Grundsteuern – gemäß § 995 BGB uneingeschränkt gleich, weil dem Anfechtungsgegner keine Nutzungen verbleiben. Die lediglich nützlichen Verwendungen sind nur bzw. immerhin dann erstattungsfähig, wenn sie zu einer bleibenden Werterhöhung geführt haben: Zwar kann sich dieser Anspruch im Hinblick auf die Rechtshängigkeitsfiktion des § 818 Abs. 4 i. V. m. § 143 Abs. 1 Satz 2 InsO, § 819 Abs. 1 BGB nicht auf § 996 BGB gründen. Ebenso wie richtiger Ansicht nach im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis¹⁰²⁾ wird dadurch aber ein Bereicherungsanspruch jedenfalls dann nicht ausgeschlossen, wenn der Berechtigte den Wertzuwachs – wie dies in der Insolvenz der Fall ist – durch Veräußerung realisiert, so dass insoweit ein selbständiger Massebereicherungsanspruch möglich ist.¹⁰³⁾ Aus anfechtungsrechtlicher Perspektive liegt dies zwar nicht daran, dass die Masse durch die Anfechtung nicht besser gestellt werden darf, als sie ohne die anfechtbare Handlung stünde; maßgeblich ist vielmehr die Tatsache, dass diese Werterhöhungen eben nicht in dem der Masse haftungsrechtlich zugewiesenen Anfechtungsgut „angelegt“, sondern das Resultat des Einsatzes von Vermögen und Arbeitskraft des An-

101) Auf wessen (mutmaßlichen) Willen und Interesse entsprechend §§ 683, 679, 684 Satz 2 BGB abzustellen ist, ist nicht ganz klar; richtigerweise wird man nicht auf den Willen des Schuldners abzustellen haben, sondern auf das objektive Interesse der Gläubigersamtheit, mit anderen Worten der „Masse“ (vgl. *Breutigam/Tanz*, ZIP 1998, 717, 724; *MünchKomm-Kirchhof* (Fußn. 2), § 143 Rz. 65; *Kreft*, in: *HK-InsO* (Fußn. 2), § 143 Rz. 20; *Uhlenbruck-Hirte* (Fußn. 2), § 143 Rz. 38.).

102) Vgl. *Canaris*, JZ 1996, 344 ff; *Koppensteiner/Kramer* (Fußn. 59), S. 205 ff; *MünchKomm-Medicus* (Fußn. 72), § 996 Rz. 9 ff; a. A. insoweit aber BGHZ 41, 157, 159 f; BGH ZIP 1996, 1977 = NJW 1996, 52, dazu EWIR 1996, 1121 (*Honsell*); *Staudinger-Gursky* (Fußn. 69), Vorbem 39 zu § 994, § 996 Rz. 14, jeweils m. w. N.

103) Vgl. *Jaeger-Henckel* (Fußn. 2), § 37 Rz. 123; *MünchKomm-Kirchhof* (Fußn. 2), § 143 Rz. 68; *Nerlich/Römermann-Nerlich* (Fußn. 10), § 143 Rz. 18, § 144 Rz. 15; a. A. *Wimmer-Dauernheim* (Fußn. 10), § 143 Rz. 26, wonach der Anfechtungsgegner, soweit ihm nicht die extensive Interpretation des Begriffs der „notwendigen“ Verwendung durch den BGH zugute kommt, auf das selten hilfreiche Wegnahmerecht aus § 997 BGB beschränkt sein soll.

fechtungsgegners waren, für die es an einer entsprechenden haftungsrechtlichen Zuweisung zur Masse naturgemäß fehlt. Folgerichtig kommt bei Werterhöhungen, die das zurückzugewährende Anfechtungsgut zwar in der Hand des Anfechtungsgegners, aber ohne Einsatz von dessen Vermögen oder Arbeitskraft erfahren hat, kein Ausgleich in Betracht, ohne dass es darauf ankäme, ob dieselben Werterhöhungen eingetreten wären, wenn der Gegenstand in der Masse verblieben wäre.¹⁰⁴⁾

dd) Schlussfolgerung

§ 143 Abs. 1 Satz 2 InsO bestätigt damit auch hinsichtlich der Neben- und Folgeansprüche die Aussage, dass mit der gesetzlichen Regelung nicht das Ziel verfolgt wird, die Masse genauso – weder besser noch schlechter – zu stellen, wie sie ohne die anfechtbare Rechtshandlung stünde. Die Perspektive des Gesetzes ist vielmehr eine genuin bereicherungsrechtliche: Es geht um Restitution des „Erlangten“ und gegebenenfalls dessen Surrogate, hilfsweise um Geldersatz, Letzterer aber beschränkt auf den Schaden, der durch das Ausbleiben der Restitution des Erlangten entstanden ist und nicht allgemein auf Wiederherstellung einer bestimmten Vermögens- bzw. Haftungslage in der Insolvenzmasse. Die Möglichkeit, mit dem Erlangten Geschäfte zu machen oder daraus Nutzungen zu ziehen, „erlangt“ der Anfechtungsgegner zusammen mit der Hauptsache haftungsrechtlich auf Kosten der Gläubigerschaft, so dass sich seine Herausgabe- und Ersatzpflicht hierauf erstrecken muss, ohne Rücksicht darauf, ob der Schuldner seinerseits von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht hätte. Dagegen ist eine nachhaltige Werterhöhung des anfechtbar Erlangten, die auf dem Einsatz von Geldmitteln oder Arbeitskraft des Anfechtungsgegners beruht, haftungsrechtlich gerade nicht mehr auf Kosten der Gläubigerschaft erlangt und darf dieser im Ergebnis nicht zugute kommen. Der Umfang der Ersatzpflicht des Anfechtungsgegners ist also nach haftungsrechtlichen Kriterien zu bemessen und nicht mit Hilfe einer Differenzhypothese schadensersatzrechtlicher Provenienz.

104) Ebenso im Ergebnis aber auch BGH ZIP 1996, 1907 = NJW 1996, 3341, 3342; *MünchKomm-Kirchhof* (Fußn. 2), § 143 Rz. 65; *Nerlich/Römermann-Nerlich* (Fußn. 10), § 143 Rz. 20.

IV. Resümee

„Haftungsrechtliche Unwirksamkeit“ der anfechtbaren Rechtswirkung bedeutet Restitution des anfechtbaren Rechtserwerbs: Ansatzpunkt und Substrat der Anfechtungswirkungen ist die anfechtbare Positionsverbesserung des Anfechtungsgegners. Von der schadensersatzrechtlichen Naturalrestitution unterscheidet sich die anfechtungsrechtliche Naturalrestitution deshalb nicht nur dadurch, dass sie sich unter Umständen damit begnügen kann, die durch die angefochtene Rechtshandlung bewirkte Rechtsänderung in haftungsrechtlicher Hinsicht zu neutralisieren. Ein relevanter zweiter Unterschied besteht vielmehr darin, dass sie anders als jene nicht die Rechtseinbuße auf Seiten der Masse zum Gegenstand der Betrachtung nimmt, sondern den durch die anfechtbare Rechtshandlung bewirkten Rechtszuwachs auf Seiten des Anfechtungsgegners. Die Vorstellung, die Anfechtung bezwecke den Ausgleich des durch die anfechtbare Rechtswirkung erzeugten haftungsrechtlichen Defizits, trifft deshalb nicht die richtige Perspektive und auch nur zum Teil das richtige Ergebnis: Zweifellos besteht der Zweck der Anfechtung in der weitestmöglichen Wiederherstellung der durch die anfechtbare Rechtswirkung beeinträchtigten Haftungslage. Jedoch ist das „Haftungsinteresse“ der Gläubigerschaft gerade nicht unbedingt auszugleichen, sondern nur mit dem, was das „Erlangte“ hergibt. Bezogen auf den Wertersatzanspruch bedeutet dies, dass die Insolvenzmasse nicht eigentlich so zu stellen ist, als sei die anfechtbare Rechtswirkung nie eingetreten, sondern so, als könne die dem Anfechtungsgegner gewährte Positionsverbesserung noch in Natur – d. h. genauso, wie dieser sie empfangen hat – rückgängig gemacht werden.