

Anfechtung und Aussonderung

- Zur Haftungsriorität des Insolvenzanfechtungsanspruchs im Verhältnis zu den Eigengläubigern des Anfechtungsgegners -

[abgedruckt in: KTS 2005, 15 - 51]

I. Der "ewige Streit" um die Anfechtungsrechtsfolgen

Gleich jeder anderen Wissenschaft kennt auch die Rechtswissenschaft in jedem ihrer Fächer ein Inventar von über die Jahre klassisch gewordenen und mittlerweile ewig scheinenden Auseinandersetzungen um dogmatische Zweifelsfragen. Für das Insolvenzrecht ist hierzu ohne jeden Zweifel das Problem der systematischen Einordnung und Wirkungsweise der Anfechtung wegen Gläubigerbenachteiligung zu rechnen. Genau hier hat sich jüngst Aufregendes ereignet: Der Bundesgerichtshof hat sich in einer bedeutsamen Einzelfrage von einer hundertjährigen Rechtsprechungstradition verabschiedet (dazu sogleich II.)

Zur Einordnung des Geschehenen ist in der gebotenen Kürze zu rekapitulieren: Im Zentrum der Auseinandersetzung steht bekanntlich das Erklärungsmodell der sog. schuldrechtlichen Theorie, wonach sich die Anfechtungswirkungen - bezogen auf den ursprünglichen anfechtbar übertragenen Vermögenswert - in einem obligatorischen Verschaffungsanspruch erschöpfen sollen, dem heute in §§ 143 Abs. 1 S. 1 InsO, 11 Abs. 1 S. 1 AnfG angesprochenen Rückgewähranspruch. Dieses Erklärungsmodell hat in Rechtsprechung¹ und Schrifttum² von jeher dominiert, ist aber, wenngleich unter wechselnden Aspekten, genauso lange mit Verve attackiert worden. Seine Hauptkonkurrentin um die Gunst des Publikums ist schon seit einigen Jahrzehnten eine als "haftungsrechtlich" firmierende Lehre, der zufolge - mit freilich erheblichen Divergenzen im Detail - eine für die Gläubigergesamtheit nachteilige Positionsverschiebung "haftungsrechtlich unwirksam" ist:³ Die aufgegebene Rechtsposition sei in haftungsrechtlicher Hinsicht als für die Insolvenzmasse fortbestehend zu behandeln, was sich zwar auch hiernach primär in dem im Gesetz genannten obligatorischen Rückgewähranspruch manifestiere, darüber hinaus aber zugleich "unmittelbare", z.T. sogar als dinglich verstandene Wirkungen zeigen soll. Das Insolvenzrechtsreformgesetz hat diesen Streit, einigen missverständlichen Formulierungen zum Trotz, nicht beenden wollen⁴ und auch tatsächlich nicht beendet.⁵

1) Vgl. zuerst RG, LZ 1904, Sp. 837, 838; jüngst etwa BGHZ 99, 274, 287; BGHZ 100, 36, 42 ff.; BGHZ 101, 286, 288; BGHZ 106, 127, 129; BGH, NJW 1990, 990, 992; BGH, NJW-RR 1992, 612, 613 f.

2) So im Anschluss vor allem an *Ernst Jaeger* (etwa DJZ 1905, Sp. 128 ff.; zuletzt in *Jaeger*, KO, 6/7. Aufl. 1931/36, § 29 Rdnr. 7, § 37 Rdnr. 1) zuletzt etwa *Baur/Stürner*, Insolvenzrecht, 12. Aufl. 1990, Rdnr. 18.12; *Dauernheim*, in: FK-InsO, 3. Aufl. 2002, § 129 Rdnrn. 6 ff., 9, § 143 Rdnrn. 2, 50; *Jaeger/Lent*, KO, 8. Aufl. 1973, Vorbem. §§ 29 ff. Anm. III, § 29 Rdnrn. 7, § 37 Rdnrn. 2 ff.; ebenso (nur) für die Insolvenzanfechtung auch *Jauernig*, Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht, 21. Aufl. 1999, § 50 II 1 b; *Koss*, Zur Wirkung der Insolvenzanfechtung nach der Insolvenzrechtsreform, 2001, S. 51 ff., 160 ff. und passim; *Mesch*, Die Rechtsnatur der Gläubigeranfechtung innerhalb und außerhalb des Konkurses, 1993, S. 94 ff.; *Rutkowski*, Rechtsnatur und Wirkungsweise der Gläubigeranfechtung, 1969, S. 144 ff.

3) Vgl. - im Anschluss insbes. an *Gotthard Paulus*, AcP 155 (1956), 277, 300 ff., 316 ff., und *Gerhardt*, Die systematische Einordnung der Gläubigeranfechtung, 1969, S. 177 ff., 234, 262 ff., 274, 292 f. u. passim - heute etwa *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, 3. Aufl. 2003, Rdnrn. 21.11 - 21.16.; *Jaeger/Henckel*, KO, 9. Aufl. 1990, § 37 Rdnrn. 8 ff., 19 ff.; *Christoph Paulus*, in: Kübler/Prütting, InsO, Stand 2004, § 129 Rdnrn. 48 ff., § 143 Rdnrn. 9 ff.; *Uhlenbruck/Hirte*, InsO, 12. Aufl. 2003, § 129 Rdnrn. 136 ff.; ausführlich zuletzt *Allgayer*, Rechtsfolgen und Wirkungen der Gläubigeranfechtung, 2000, S. 32 ff., 64 ff. und passim. Auch die für die Praxis des Bundesgerichtshof wichtigen Kommentierungen von *Kreft* (in: HK-InsO, 3. Aufl. 2003, § 129 Rdnrn. 65 ff., § 143 Rdnrn. 4, 35) und *Kirchhof* (in: MünchKomm-InsO, 2002, vor § 129 Rdnrn. 311ff., § 143 Rdnrn. 3, 8, 16, 29, 35 a.E., 36, 38, 42, 46 ff., 51 ff.) gelangen trotz "schuldrechtlichen" Grundverständnisses weitgehend zu Ergebnissen, die denen der haftungsrechtlichen Lehre entsprechen. Zur Auffassung des Verf. s. *Eckardt*, Die Anfechtungsklage wegen Gläubigerbenachteiligung, 1994, S. 40 ff.

4) So ausdrücklich die Begr. zu § 129 InsO = § 144 RegE-InsO, bei *Kübler/Prütting* (Hg.), Das neue Insolvenzrecht, 1995, S. 336 f.

5) Vgl. dazu etwa *Allgayer* (Fn. 3), S. 53 ff., 64 ff.; *Eckardt* (Fn. 3), S. 375 ff.; *Gerhardt*, Festschrift Brandner, 1997, S. 605, 606 f.; *Henckel*, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 2. Aufl. 2000, S. 813 Rdnr. 99; *Kindl*, NZG 1998, 321, 323; *Koss* (Fn. 2), S. 51 ff.

Es spricht viel dafür, dass die Heftigkeit der Auseinandersetzung um die zutreffende Ausgestaltung und theoretische Erfassung der Anfechtungsrechtsfolgen stets weniger der Verschiedenheit der praktischen Ergebnisse geschuldet war als dem beträchtlichen theoretischen Reiz der Fragestellung.⁶ Für eine nicht unwesentliche Konstellation wird dies jedoch verbreitet anders beurteilt, und deshalb ist dieser Frage auch immer besondere Beachtung geschenkt worden:⁷ Genießt die aus der Anfechtbarkeit erwachsene Rechtsstellung des Anfechtungsgläubigers *Haftungspriorität* im Verhältnis zu den Eigengläubigern des Anfechtungsgegners - d.h. das Recht zur Aussonderung (§ 47 InsO) im Insolvenzverfahren über das Vermögen des Anfechtungsgegners sowie das Recht zur Intervention (§ 771 ZPO) bzw. ein Vorzugsrecht (§ 805 ZPO), wenn diese Gläubiger die Einzelzwangsvollstreckung betreiben? Oder muss sie sich als lediglich obligatorischer Verschaffungsanspruch im Insolvenzverfahren in die Haftungs- und Verlustgemeinschaft der einfachen Insolvenzgläubiger einreihen bzw. ohne Widerspruchsmöglichkeit oder Vorzugsrecht gegenüber der zeitlich prioritären Vollstreckung der anderen Gläubiger zurückstehen? Die Rechtsprechung hatte sich hierzu schon früh festgelegt und die Haftungspriorität des Anfechtungsanspruchs im Insolvenzverfahren über das Vermögen des Anfechtungsgegners immer verneint;⁸ dies hatte der für das Insolvenz- und Anfechtungsrecht zuständige IX. Senat des Bundesgerichtshofs noch im Jahr 1990 ausdrücklich bekräftigt⁹ und die bereits zur Anfechtung nach KO und AnfG a.F. schon recht zahlreich gewordenen Gegenstimmen aus der Literatur¹⁰ damit zurückgewiesen. Fast übereinstimmend stellt sich das Meinungsbild zur parallelen Frage der Zulässigkeit einer Drittwiderspruchsklage des anfechtenden Insolvenzverwalters für den Fall dar, dass die Eigengläubiger des Anfechtungsgegners bei diesem in das Anfechtungsgut vollstrecken: Auch insoweit sortierten sich die Stellungnahmen immer weitgehend entlang der Trennlinie zwischen rein schuldrechtlicher und haftungsrechtlicher Erklärung der Anfechtungsrechtsfolgen, verneinen also vom Standpunkt des rein schuldrechtlichen Erklärungsmodells die Haftungspriorität vor den Eigengläubigern,¹¹ während man umgekehrt vom Standpunkt der haftungsrechtlichen Lehre aus die Widerspruchsbefugnis zumeist bejaht,¹² wenngleich vielfach nur unter den zusätzlichen Voraussetzungen des § 145 Abs. 2 InsO.¹³

6) Ähnlich *Gerhardt*, ZIP 2004, 1675, 1676 m.w.N. in Fn. 15; überspitzt aber wohl *Jauernig* (Fn. 2), § 31 IV 6 a.E.: "praktisch bedeutungslos". Zu den gleichwohl bestehenden praktischen oder doch immerhin konstruktiven Konsequenzen der verschiedenen Erklärungsmodelle vgl. etwa die Zusammenstellungen bei *Allgayer* (Fn. 3), S. 91 ff., 181 ff.; *Gerhardt* (Fn. 3), S. 17 ff.; *Kirchhof*, in: MünchKomm-InsO (Fn. 3), vor §§ 129 - 147 Rdnrn. 20 ff., sowie vor allem *Jaeger/Henckel* (Fn. 3), § 37 Rdnrn. 2 - 78.

7) Vielfach sieht man darin die eigentliche Bewährungsprobe der Anfechtungstheorien, vgl. etwa *Jaeger/Henckel* (Fn. 3), § 37 Rdnr. 64; *Kindl*, NZG 1998, 321, 325. Zur insoweit gebotenen Skepsis gegenüber einer alleinigen Ableitung aus den "Anfechtungstheorien" vgl. freilich noch unten sub III.2.

8) So bereits im Jahr 1885 RGZ 13, 5, 6; ebenso *Jauernig* (Fn. 2), § 50 IV 1; *Jaeger/Lent* (Fn. 2), § 29 Rdnr. 4, § 37 Rdnr. 22; *Rutkowsky* (Fn. 2), S. 171; *Fr. Weber*, KTS 1951, 49, 50; zum AnfG auch RGZ 40, 5, 6; RGZ 91, 367, 369; BGH KTS 1971, 31, 32; BGHZ 71, 296, 302; *Cosack*, Das Anfechtungsrecht der Gläubiger eines zahlungsunfähigen Schuldners innerhalb und außerhalb des Konkurses nach deutschem Reichsrecht, 1884, S. 263; *Jaeger*, AnfG, 2. Aufl. 1938, § 1 Rdnr. 22; *Kilger/Huber*, AnfG, 8. Aufl. 1995, § 7 Rdnr. 3; zust. trotz haftungsrechtlichen Grundverständnisses auch *Häsemeyer*, ZIP 1994, 418, 423; *ders.* (Fn. 3), Rdnrn. 21.13, 21.16; *Koziol*, Grundlagen und Streitfragen der Gläubigeranfechtung, 1991, S. 31 f.

9) BGH, NJW 1990, 990, 992.

10) Vgl. etwa *A. Blomeyer*, Vollstreckungsrecht, 2. Aufl. 1985, § 29 VI 4; *Costede/Kaehler*, ZZP 84 (1971), 395, 414 ff.; *Gerhardt* (Fn. 3), S. 334 f.; *Henckel*, JuS 1985, 836, 842; *ders.*, in: *Jaeger* (Fn. 3), § 37 Rdnrn. 64 ff.; *G. Paulus*, AcP 155 (1956), 277, 336 ff., 346 f.; *Kilger/K. Schmidt*, Insolvenzgesetze, 17. Aufl. 1997, § 29 KO Rdnr. 2a, § 43 KO Rdnr. 7. Nachweise zur Literatur nach der Insolvenzreform finden sich unten in Fn. 20 f.

11) Vgl. etwa BGH NJW 1990, 990, 992; *Baur/Stürner* (Fn. 2), Rdnr. 18.20; *Dauernheim*, in: FK-InsO (Fn. 2), § 129 Rdnrn. 9, § 143 Rdnrn. 2, 50; *Jaeger* (Fn. 2), § 29 Rdnrn. 16 f., § 37 Rdnr. 25; *Jaeger/Lent* (Fn. 2), § 29 Rdnr. 9; *Jauernig* (Fn. 2), § 13 IV 2, § 51 II 4; *Rutkowsky* (Fn. 2), S. 157 ff., 165, 169 ff.; a.A. aber noch RGZ 40, 371, 372; vgl. auch RGZ 30, 394, 397; RG, LZ 1908, Sp. 609, 610 f.; KG, NJW 1958, 914, 915; OLG Karlsruhe, ZIP 1980, 260, 263; aus der Lit. abw. auch *Brox/Walker*, Zwangsvollstreckungsrecht, 7. Aufl. 2003, Rdnr. 1425; *Mesch* (Fn. 2), S. 119 ff.; *Stein/Jonas/Münzberg*, ZPO, 21. Aufl. 1993 ff., § 771 Rdnr. 40.

12) Ablehnend aber - trotz haftungsrechtlicher Prämisse - *Häsemeyer* (Fn. 3), Rdnrn. 21.16, 21.105; *ders.*, ZIP 1994, 418, 423; *Koziol* (Fn. 8), S. 38 ff.

13) Vgl. *Biehl*, KTS 1999, 313, 320 f.; *ders.*, Insider im Insolvenzverfahren, 2000, S. 115 f.; v. *Campe*, Insolvenzanfechtung in Deutschland und Frankreich, 1996, S. 332; *Jaeger/Henckel* (Fn. 3), § 37 Rdnr. 65, 72; *Chr. Paulus*, in: *Kübler/Prütting* (Fn. 3), § 143 Rdnr. 31; *G. Paulus*, AcP 155 (1956), 277, 335 (m. Fn. 101), 338; ohne diese Einschränkung *Bork*, Insolvenzrecht, 2. Aufl. 2002, Rdnr. 224; *Gerhardt* (Fn. 3), S. 336 ff.; *Kindl*, NZG 1998, 321, 330; *Rosenberg/Gaul/Schilken*, Zwangsvollstreckungsrecht, 11. Aufl. 1997, § 41 VI 8 a; i.E. auch *K. Schmidt*, JZ 1987, 889, 892; *ders.*, JZ 1990, 619, 622; *ders.* in MünchKomm-ZPO, 2. Aufl. 2000, § 771 Rdnr. 44; *Kirchhof*, in: MünchKomm-

II. Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 23.10. 2003

Angesichts der jahrzehntelangen Standhaftigkeit der Rechtsprechung gegenüber allen Gegenvorschlägen ist die nunmehr zu konstatierende Kehrtwende des Bundesgerichtshofs in dieser Frage um so bemerkenswerter: Nach einer ersten Andeutung im Urteil vom 24. Juni 2003¹⁴ und vorbereitet durch verschiedene wissenschaftliche Stellungnahmen von Senatsmitgliedern¹⁵ hat der für IX. Senat in seiner Entscheidung vom 23. Oktober 2003¹⁶ für die insolvenzrechtliche Fallgruppe nunmehr ausdrücklich die Haftungspriorität des anfechtungsrechtlichen Primäranspruchs anerkannt, d.h. dem anfechtenden Insolvenzverwalter die Befugnis zugesprochen, den Gegenstand, der nach § 143 Abs. 1 InsO zur Insolvenzmasse zurück zu gewähren war, im Insolvenzverfahren des Anfechtungsgegners gem. § 47 InsO auszusondern.

In den Gründen lässt der IX. Senat allerdings ausdrücklich offen, ob weiterhin der schuldrechtlichen Anfechtungstheorie zu folgen sei oder ob der Kurswechsel zugleich eine Anerkennung der neueren haftungsrechtlichen Lehre bedeute. Vielmehr sei, so der Senat, auf die Wertungen abzustellen, die den einschlägigen Gesetzesnormen zugrunde lägen. Für die Frage, ob dem Gläubiger im Insolvenzverfahren ein Aussonderungsrecht zustehe, komme es entscheidend darauf an, welchem Vermögen der umstrittene Gegenstand nach Inhalt und Zweck der gesetzlichen Regelung im maßgeblichen Zeitpunkt zuzuordnen sei. Zwar erfolge die Zuordnung in der Regel nach dinglichen Gesichtspunkten, weil das dingliche Recht ein absolutes Herrschaftsrecht bezeichnet. Jedoch könnten schuldrechtliche Ansprüche bei einer den Normzweck beachtenden Betrachtungsweise zu einer vom dinglichen Recht abweichenden Vermögenszuweisung führen; dies wird sodann an einigen der höchstrichterlichen Rechtsprechung entnommen Beispielen anerkannter Aussonderungsfälle - echte uneigennütige Treuhand,¹⁷ Rückgewähranspruch nach § 25 DMBilG,¹⁸ Gegenstände, die der Auftraggeber dem Beauftragten zur Ausführung des Auftrags überlassen hat und nach Maßgabe des § 667 BGB heraus verlangen kann¹⁹ - exemplifiziert. Eine Änderung der Vermögenszuordnung in dem beschriebenen Sinne bewirke auch das Anfechtungsrecht. Gegenstände, die aufgrund anfechtbaren Rechtshandlung aus dem Vermögen des Schuldners ausgeschieden seien, müssten auf die Anfechtung des Verwalters hin der den Gläubigern haftenden Masse wieder zugeführt werden. Das Gesetz behandle sie damit als ein dem Zugriff der Gläubigergesamtheit zur Verfügung stehendes Objekt der Vermögensmasse des insolventen Schuldners, obwohl sie sachenrechtlich wirksam in das Eigentum des Anfechtungsgegners übergegangen seien. Damit werde infolge der insolvenzrechtlichen Anfechtung das zunächst rechtmäßig begründete Eigentum des Erwerbers in ähnlicher Weise überspielt wie dasjenige des insolvent gewordenen Treuhänders. Diese Wertung finde ihre Bestätigung auch in § 145 Abs. 1 InsO, wo der Gesetzgeber ebenfalls zum Ausdruck gebracht habe, dass die Zuordnung zur Haftungsmasse sich im Allgemeinen unabhängig von der Wirksamkeit des Erwerbsvorgangs durchsetzen solle. Schließlich sei auch nicht einzusehen, warum die Gläubiger des insolvent gewordenen Anfechtungsgegners von Rechtshandlungen sollten profitieren können, die - im Hinblick auf die beiderseitige Insolvenz - als ungerechtfertigte Vermehrung der Vermögensmasse des Empfängers erschienen.

Jedenfalls im Ergebnis hat sich der Bundesgerichtshof damit einer in der neueren Literatur ohnehin schon

InsO (Fn. 3), § 145 Rdnrn. 21, 30; *Kreft*, in: HK-InsO (Fn. 3), § 129 Rdnr. 71, § 145 Rdnr. 12, die zwar den pfändenden Eigengläubiger des Anfechtungsgegners als Rechtsnachfolger i.S.d. § 145 Abs. 2 InsO ansehen, den Vollstreckungszugriff aber ohne weiteres als unentgeltlichen und damit des Vertrauensschutzes unfähigen Erwerb (§ 145 Abs. 2 Nr. 3 InsO) betrachten.

14) BGHZ 155, 199, 202 ff. = KTS 2003, 651 = NJW 2003, 3345 = ZIP 2003, 1554 = NZI 2003, 537 = WM 2003, 1581 = DZWiR 2004, 29; dazu *Häsemeyer*, LMK 2003, 214; *Haas/Müller*, EWiR 2004, 347. Diese Entscheidung betraf den anfechtungsrechtlichen Wertersatzanspruch; s. dazu unten sub II. 2.

15) Vgl. *Ganter*, in: MünchKomm-InsO (Fn. 3), § 47 Rdnr. 346; *Kirchhof*, ebd., vor §§ 129 - 147 Rdnr. 23, § 145 Rdnrn. 15, 21, 30; *Kreft*, in: HK-InsO (Fn. 3), § 129 Rdnr. 72; *ders.*, ZInsO 1999, 370, 372.

16) BGHZ 156, 350, 358 ff. = NJW 2004, 214 = ZIP 2003, 2307 = WM 2003, 2479 = NZI 2004, 78 = ZInsO 2004, 1096; dazu *Gerhardt*, LMK 2004, 34; *ders.*, ZIP 2004, 1675; *Hess*, WuB VI C. § 134 InsO 1.04; *Huber*, NZI 2004, 81; *Schuschke*, BGH-Report 2004, 198. Das Urteil ist auch unter versicherungsrechtlichem Aspekt - der BGH entschied, dass bei einem Lebensversicherungsvertrag mit widerruflicher Bezugsberechtigung eines Dritten der Anfechtungsanspruch gegen den Dritten nach dem Eintritt des Versicherungsfalles stets auf Rückgewähr des Anspruchs auf die Versicherungssumme bzw. der Versicherungssumme selbst und nicht auf Rückgewähr der von dem Versicherungsnehmer geleisteten Prämien gerichtet ist - als "denkwürdig" und "Jahrhundertentscheidung" bezeichnet worden, vgl. dazu nur *Elfring*, NJW 2004, 483, 485; *Huber*, aaO.; *Kayser*, Festschrift Kreft, 2004, S. 341 ff.

17) Hinweis auf BGH, NJW 1959, 1223, 1224; BGH, ZIP 1993, 213, 214 = KTS 1993, 256; BGH, WM 1996, 662, 663 = NJW 1996, 1543; BGH, WM 2003, 1733, 1734 = NJW 2003, 3414.

18) Hinweis auf BGH, WM 2003, 1733, 1736 = NJW 2003, 3414.

19) Hinweis auf BGH, WM 2002, 1852, 1853 = NJW 2002, 3253. Zu diesem Beispiel s. aber noch unten sub III. 1. a. bei Fn. 27.

überwiegenden Lehrmeinung²⁰ angeschlossen, so dass mit einem Schlag eine neue und schon fast gefestigt zu nennende "h.M." entstanden ist.²¹ Sie wird auf lange Zeit die Praxis des Anfechtungsrechts prägen, so dass es in jedem Fall unerlässlich ist, die wichtigsten Konsequenzen dieser geänderten Rechtsprechung einmal zusammenzustellen (dazu unten sub IV.). Darüber hinaus ist aber auch zu untersuchen, wie sich die zuerkannte Rechtsfolge und ihre Begründung in die Dogmatik der Aussonderungsbefugnisse einerseits, die Anfechtungsdogmatik andererseits integrieren lassen und inwieweit diese Dogmatik durch die vorliegende Entscheidung womöglich befruchtet wird (dazu zunächst sub III.).

III. Dogmatische Einordnung und Kritik

1. Aussonderungsrechtliche Prämissen

a) Die Aussonderung als Geltendmachung fehlender haftungsrechtlicher Zuordnung

Eine Einordnung der neuen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hat zunächst deren aussonderungsrechtliche Prämissen in Augenschein zu nehmen. Danach ist den Insolvenzgläubigern das Vermögen ihres Schuldners haftungsrechtlich zugewiesen; dieses wird zur Insolvenzmasse - i.S. von "Sollmasse" - und als solche der Verwertung zugunsten der Gläubigergesamtheit unterworfen. Das Vermögen Dritter haftet den Insolvenzgläubigern naturgemäß nicht. Der Begriff "Aussonderung" bezeichnet mithin den Umstand, dass alle nicht haftenden, aber vom Insolvenzverwalter als vorgeblicher Bestandteil der Insolvenzmasse in Anspruch genommenen Drittrechte mit den gewöhnlichen materiellrechtlichen Ansprüchen und prozessrechtlichen Rechtsbehelfen aus der Istmasse ausgeschieden werden können.²² Die Frage, ob ein Vermögenswert zur haftenden Masse gehört (und als solcher zugunsten der Insolvenzgläubiger zu verwerten ist) oder nicht (und deshalb ausgesondert werden kann), ist grundsätzlich anhand der vermögensrechtlichen Zuordnung zu beantworten: Gegenstände, die dem Schuldner bei Verfahrenseröffnung gehörten, haften grundsätzlich auch dessen Gläubigern. Insofern wird das geltende Rechtsprinzip nach wie vor durch Aussage zutreffend umschrieben, die haftungsrechtliche Zuordnung gehe grundsätzlich mit der vermögensrechtlichen (dinglichen) Zuordnung einher. Der Umstand, dass ein Dritter einen obligatorischen Anspruch auf Verschaffung dieses Gegenstands hat, ändert an dieser Zuordnung für sich genommen überhaupt nichts, und eben hierauf beruht nach wie vor die prinzipielle Richtigkeit der Parömie vom Konkurs als Prüfstein der Dinglichkeit²³ und ebenso die prinzipielle Richtigkeit der Aussage, dass schuldrechtliche Ansprüche eben kein Aussonderungsrecht vermitteln.²⁴

Von der Frage der *dinglichen Zuordnung* (und der mit ihr im Regelfall einher gehenden haftungsrechtlichen Zuordnung) zu unterscheiden ist die Frage, ob die fehlende dingliche Zuordnung auch mit einem *dinglichen Anspruch* geltend gemacht wird. Gewöhnlich ist dies zwar der Fall, wie paradigmatisch bei der Aussonderung durch den Eigentümer einer in der Masse befindlichen Sache, die dieser mit der Vindikation nach § 985 BGB geltend macht. Entgegen einem nicht seltenen Missverständnis stellt es aber noch keine Einschränkung des genannten Grundprinzips dar, wenn die Aussonderungsbefugnis mit einem *schuldrechtlichen Anspruch* geltend gemacht wird. Solche Fälle gehörten von jeher zum anerkannten Anwendungsbereich des Aussonderungsrechts: insbesondere die sog. *reddere-Ansprüche* - rein obligatorische Herausgabe- oder Rückgabeansprüche wie etwa der des Vermieters oder Verpächters, wenn die Sache nicht dem Vermieter selbst gehört, sondern einem Dritten (von dem der Vermieter die Sache z.B. geleast, ausgeliehen oder seinerseits gemietet hatte), und entsprechend für die Ansprüche nach beendeter Leihe, Verwahrung, Geschäftsbesorgung oder Verpfändung oder die Ansprüche eines Bestellers oder Auftraggebers

20) *Allgayer* (Fn. 3), S. 192 ff.; *Bork* (Fn. 13), Rdnr. 224; *Biehl*, KTS 1999, 313, 320 f.; v. *Campe* (Fn. 13), S. 336; *Haas/Müller*, ZIP 2003, 49, 56ff.; *Kindl*, NZG 1998, 321, 330 f.; *Paulus*, in: Kübler/Prütting (Fn. 3), § 143 Rdnr. 33; *Nerlich*, in: Nerlich/Römermann, InsO, Stand 2004, § 129 Rdnr. 10; *Uhlenbruck* (Fn. 3), § 47 Rdnr. 76; *Uhlenbruck/Hirte* (Fn. 3), § 129 Rdnr. 140; i.E. - unter Berufung auf den Rechtsgedanken des § 145 Abs. 1 InsO - auch *Gottwald/Huber*, Insolvenzrechts-Handbuch, 2. Aufl. 2000, § 52 Rdnr. 2; *Kirchhof*, in: MünchKomm-InsO (Fn. 3), vor §§ 129 - 147 Rdnr. 23, § 145 Rdnrn. 15, 21, 30; *Kreft*, in: HK-InsO (Fn. 3), § 129 Rdnr. 72; *ders.*, ZInsO 1999, 370, 372; ähnlich - unter Berufung auf § 145 Abs. 2 InsO - auch *Ganter*, in: MünchKomm-InsO (Fn. 3), § 47 Rdnr. 346.

21) Anders heute noch auf der Grundlage der schuldrechtlichen Theorie etwa *Dauernheim*, in: FK-InsO (Fn. 2), § 129 Rdnr. 9, § 143 Rdnrn. 2, 50; *Eickmann*, in: HK-InsO (Fn. 3), § 38 Rdnr. 3; *Hess/Weis/Wienberg* (Fn. 2), § 143 Rdnr. 10; *Jauernig* (Fn. 2), § 50 IV 1; ebenso - trotz haftungsrechtlicher Prämisse - *Häsemeyer* (Fn. 3), Rdnrn. 21.16, 21.105, sowie für das österreichische Recht etwa *Buchegger/Koziol/Bollenberger*, Österreichisches Insolvenzrecht, 2. Aufl. 2000, § 27 Rdnr. 15.

22) Vgl. zum Ganzen etwa *Berger*, Festschrift Kreft, 2004, S. 191, 192 ff.; *Bork* (Fn. 13), Rdnr. 242; *Gundlach/Frenzel/Schmidt*, DZWiR 2001, 95 ff.; *Häsemeyer* (Fn. 3), Rdnrn. 11.01 - 11.06, 11.14; *Jaeger/Henckel*, InsO, 2004, § 47 Rdnrn. 5, 9; *Jauernig* (Fn. 2), § 44 II 4; *Prütting*, in: Kübler/Prütting (Fn. 3), § 47 Rdnr. 3; *K. Schmidt*, ZJP 90 (1977), 38 ff.; *Uhlenbruck* (Fn. 3), § 47 Rdnrn. 1 - 3.

23) Vgl. *Jaeger/Henckel*, InsO, 2004, § 38 Rdnr. 20.

24) Vgl. nur *Jaeger/Henckel*, InsO, 2004, § 47 Rdnr. 16; zu scharf pointierend deshalb m.E. *Häsemeyer* (Fn. 3), Rdnr. 11.04, mit der Aussage, die Unterscheidung zwischen Insolvenzforderung einerseits und Aus- bzw. Absonderungsrechten andererseits decke sich längst nicht mehr mit der zwischen persönlichen Ansprüchen und dinglichen Rechten.

hinsichtlich des von ihm dem Werkunternehmer oder Beauftragten überlassenen Substrats seiner Bemühungen.²⁵ In diesen Fällen macht der Aussonderungsberechtigte zwar keinen dinglichen Anspruch geltend, sondern, wie gesagt, einen schuldrechtlichen. Entscheidend ist aber nicht die Rechtsnatur des Anspruchs, mit dem der Aussonderungsberechtigte vorgeht, sondern die Tatsache, dass er auch hier die *fehlende dingliche Zuordnung* (und damit eben auch die fehlende haftungsrechtliche Zuordnung) zum haftenden Vermögen geltend macht. Einen Anspruch muss der Aussonderungsberechtigte nur haben, weil die Befugnis, die Nichtzugehörigkeit zum haftenden Vermögen geltend zu machen, kein Popularrecht darstellen kann, sondern nur solchen Personen zugestanden werden darf, die kraft dieses Anspruchs ein legitimes Interesse daran dartun können, den betreffenden Vermögenswert aus dem zur Verwertung bestimmten Vermögen herauszuholen.²⁶ Es geht deshalb am Problem vorbei, wenn bis heute vielfach pauschal "die Aussonderung aufgrund obligatorischer Ansprüche" problematisiert wird. Genauso wenig richtig ist es aber auch, wenn der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung vom 23.10. 2003²⁷ als Parallele zum Aussonderungsrecht des Anfechtungsgläubigers auf den Anspruch auf Rückgabe der einem Beauftragten zur Auftragsausführung überlassenen Gegenstände (§ 667 BGB) verweist, denn Geltungsgrund der Aussonderungsbefugnis ist auch hier die Tatsache, dass der betreffende Gegenstand jedenfalls nicht dem Schuldner gehörte, ihm also nicht vermögensrechtlich (dinglich) und folgeweise auch nicht haftungsrechtlich zugeordnet war.

Der Gesetzeswortlaut trifft also insofern genau das Richtige, wenn er formuliert, dass die Nichtzugehörigkeit zur Insolvenzmasse sowohl aufgrund eines dinglichen als auch aufgrund eines persönlichen Rechts geltend gemacht werden kann, wenn nur "der Gegenstand nicht zur Insolvenzmasse gehört" (§ 47 S. 1 InsO) - und das ist der gesetzlichen Regel nach immer dann nicht der Fall, wenn der Gegenstand nicht dem Insolvenzschuldner gehörte (§ 35 InsO: "Vermögen, das dem Schuldner ... gehört ... (Insolvenzmasse)"). Umgekehrt ist dann der Komplementärbegriff der "Insolvenzforderung" zu erklären: Er ist nicht identisch mit dem Begriff der persönlichen Forderung,²⁸ so dass es nicht zwingend auf die Unterscheidung zwischen dinglichen und obligatorischen Ansprüchen ankommt. Maßgeblich ist vielmehr, ob die Forderung gegen den Schuldner nur das allgemeine, mit den Befriedigungsrechten der anderen Gläubiger konkurrierende Haftungsrecht am Gesamtvermögen des Schuldners begründet, oder ob mit ihr geltend gemacht wird, es bestehe gar kein Befriedigungsrecht der Insolvenzgläubiger, sondern das Recht eines Dritten auf ausschließliche Befriedigung an dem betreffenden in der Masse vorgefundenen Gegenstand (§ 47 InsO) oder dem bei der Veräußerung des betreffenden Gegenstands entstandenen Gegenleistungsanspruch (§ 48 InsO).²⁹

b) Haftungsrechtliche und vermögensrechtliche (dingliche) Zuordnung

Die Fälle, über die besonders zu reden ist und zu denen nach Ansicht des Bundesgerichtshofs von nun an auch die Anfechtung wegen Gläubigerbenachteiligung zählt, sind also nicht dadurch besonders qualifiziert, dass der Aussonderungsberechtigte lediglich schuldrechtlich legitimiert ist, sondern dadurch, dass ein Vermögenswert ausgesondert werden kann, *obwohl er dem Schuldner gehört*, obwohl er ihm m.a.W. vermögensrechtlich (dinglich) zugeordnet ist. Denn hier und nur hier handelt es sich um die Durchbrechung der angesprochenen Regel, dass die haftungsrechtliche Zuordnung der vermögensrechtlichen Zuordnung einher geht.

Dafür, dass dies zulässig sein könnte, lässt sich dem Wortlaut der Insolvenzordnung beim besten Willen nichts mehr entnehmen:³⁰ Zentralkriterium der Aussonderungsbefugnis ist die Nichtzugehörigkeit zur Insolvenzmasse (§ 47 S. 1 InsO: "..., dass ein Gegenstand nicht zur Insolvenzmasse gehört"), und hierfür wiederum ist die vermögensrechtliche Zuordnung zum Schuldner entscheidend (§ 35 InsO: "... Vermögen, das dem Schuldner ... gehört"); die zusätzliche Aussage des Gesetzes, dies könne auch durch den Inhaber eines bloß persönlichen Anspruchs auf die Sache geltend gemacht werden, stellt nur klar, dass der Aussonderungsberechtigte nicht selbst dinglich berechtigt sein muss, hat aber nicht den Zweck, Aussonderungsrechte an Gegenständen zu legitimieren, die dinglich zum Schuldnervermögen gehörten und folgeweise auch zur Insolvenzmasse gehören.

25) Vgl. nur *Jaeger/Henckel*, InsO, 2004, § 47 Rdnrn. 15 f., 122 ff.

26) Vgl. *Berger*, Festschrift Kreft, 2004, S. 191, 194 ff., 197 f.; *Jaeger/Henckel*, InsO, 2004, § 47 Rdnrn. 15 f.; zu pauschal (gar kein Anspruch erforderlich) insoweit *Uhlenbruck* (Fn. 3), § 47 Rdnr. 3. Eine vergleichbare Problematik besteht für das Interventionsrecht nach § 771 ZPO, vgl. dazu *Rosenberg/Gaul/Schilken* (Fn. 13), § 41 VI 7 einerseits, *Picker*, Die Drittwiderspruchsklage in ihrer geschichtlichen Entwicklung, 1981, S. 460 ff. andererseits.

27) BGHZ 156, 350, 360 (Fn. 16) sub II.3.a. a.E.

28) § 38 InsO ist insofern, auch wenn er gesetzestechnisch durch § 47 InsO ("Insolvenzgläubiger ist nicht, wer ...") modifiziert wird, redaktionell weniger gut gelungen.

29) Vgl. *Eckardt*, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 2. Aufl. 2000, S. 744, 745 Rdnr. 4; *Häsemeyer* (Fn. 3), Rdnr. 16.03; *Henckel*, in: *Jaeger* (Fn. 3), § 3 Rdnrn. 14 ff.; *ders.*, in: *Jaeger*, InsO, 2004, § 38 Rdnrn. 3, 19 f.; *Smid*, InsO, 2. Aufl. 2001, § 38 Rdnr. 3.

30) Allenfalls lässt sich für die Zulässigkeit auf die Gesetzesmotive verweisen, wo es relativierend hieß, mit der Aussonderung werde die "rechtliche" Nichtzugehörigkeit zur Insolvenzmasse geltend gemacht (Begr. zu § 54 RegE, bei *Kübler/Pritting* (Fn. 4), S. 215).

Dass es solche Fälle gleichwohl gibt, wissen wir:³¹ Hierzu gehörte das frühere Verfolgungsrecht aus § 44 KO - es bewirkte, dass die Kaufsache vor der Bezahlung nicht für die Verbindlichkeiten des Käufers haftete, obwohl der Käufer bereits Eigentümer war und auch über das Kaufsache verfügen durfte³² - und ebenso seine aktuelle Parallele im Anhalterrecht nach Art. 71 Abs. 2 CISG,³³ hierzu gehört der Erwerb aus einzelnen Geschäften für fremde Rechnung - so die durch den Kommissionär für fremde Rechnung erworbenen Gegenstände (§ 392 Abs. 2 HGB)³⁴, die Forderungen aus den durch den Spediteur für Rechnung des Versenders abgeschlossenen Verträgen (§ 457 S. 2 HGB)³⁵ sowie das Bezugsrecht aus einer arbeitnehmerfinanzierten Direktversicherung,³⁶ hierzu gehört, wie der Bundesgerichtshof vor kurzem anerkannt hat, der Anspruch der Bundesanstalt für vereinigungsbedingte Sonderaufgaben aus § 25 Abs. 5 S. 1 DMBilG,³⁷ und hierzu gehört, als schon paradigmatisches und zugleich ältestes Beispiel einer mindestens am Wortlaut des Gesetzes vorbei anerkannten Haftungsriorität, vor allem die echte uneigennütige Treuhand: Wer das Eigentum an einer beweglichen Sache oder die Inhaberschaft an einer Forderung oder einem sonstigen Vermögensrecht von vornherein mit der Bestimmung erlangt, das Recht treuhänderisch im Interesse eines anderen zu halten, verleiht das Treugut zwar an sich in jeder Beziehung vollwirksam seinem Vermögen ein, aber gerade nicht in haftungsrechtlicher Beziehung; haftungsrechtlich bleibt das Treugut vielmehr - wie in der Aussonderungsbefugnis ebenso zum Ausdruck kommt wie in der Interventionsbefugnis nach § 771 ZPO - ausschließlich dem Vermögen des Treugebers und damit dessen Gläubigern zugeordnet.³⁸

Wie dieses Phänomen zu erklären ist, ist trotz der Tatsache, dass einschlägige Fallgruppen demnach seit vielen Jahrzehnten bekannt und anerkannt sind, bis heute bemerkenswert unklar. Dass die Rechtsstellung des Rechtsinhabers eine lediglich formale sei - gewissermaßen eine "*nuda proprietas*" -, ist zwar, zumal in früheren Zeiten, immer wieder behauptet worden, aber ersichtlich nicht richtig, wie schon die Tatsache zeigt, dass der Rechtsinhaber in diesen Fällen ja zugunsten eines Dritten vollwirksam über die ihm gehörende Sache verfügen kann. Aus den schon dargelegten Gründen (soeben sub 2.) ist auch die Argumentation insuffizient, § 47 S. 1 InsO erlaube ausdrücklich, einem lediglich schuldrechtlichen Anspruch die Aussonderungskraft zuzuerkennen, denn dies tut die Bestimmung, wie gesehen, nur unter der Prämisse eines "nicht zur Insolvenzmasse gehörenden" Gegenstands. Die einfachste und nächstliegende Erklärung für das Phänomen der fehlenden Haftung gegenüber den eigenen Gläubigern geht deshalb dahin, es handle sich um eine von der vermögensrechtlichen (dinglichen) Zuordnung ausnahmsweise abweichende und diese überlagernde haftungsrechtliche Zuordnung.³⁹ Diese Erklärung setzt mithin beim Zusammenhang von vermögensrechtlicher (dinglicher) und haftungsrechtlicher Zuordnung und fügt dieser Regel - die sie natürlich bleibt - eine Ausnahme an. Das Ergebnis ist eine Sachzuordnung, die man treffend als "hybrid" bezeichnet hat.⁴⁰

Eine alternative Erklärung geht dahin, schon die vermögensrechtliche (dingliche) Zuordnung selbst zu

31) Vgl. *Henckel*, JuS 1985, 836, 837 ff.; *ders.*, in: *Jaeger* (Fn. 3), § 37 Rdnr. 21.

32) Vgl. *Henckel*, JuS 1985, 836, 837 ff.; *ders.*, in: *Jaeger* (Fn. 3), § 37 Rdnr. 21; *ders.*, in: *Jaeger*, InsO, 2004, § 48 Rdnr. 5.

33) Vgl. dazu *Ganter*, in: *MünchKomm-InsO* (Fn. 3), § 47 Rdnrn. 349 ff..

34) Vgl. *Jaeger/Henckel*, InsO, 2004, § 47 Rdnrn. 146 ff.; *Ganter*, in: *MünchKomm-InsO* (Fn. 3), § 47 Rdnrn. 288 ff.

35) Vgl. RGZ 92, 8, 11; *Jaeger/Henckel*, InsO, 2004, § 47 Rdnr. 155.

36) Aber, so wenigstens der BGH, nur bei unwiderruflichem Bezugsrecht, vgl. m.w.N. BGH NJW 2002, 3253 = DZWiR 2002, 477 m. zust. Anm. *Gundlach/Frenzel* = ZInsO 2002, 878 m. abl. Anm. *Prahl*, ZInsO 2003, 822 u. *Looschelders*, LMK 2003, 53; s. dazu auch *Jaeger/Henckel*, InsO, 2004, § 47 Rdnr. 157.

37) BGH NJW 2003, 3414 m. Anm. *Henssler/Rubner*, LMK 2003, 237; ebenso OLG Dresden, DtZ 1997, 26, 27; *Jaeger/Henckel*, InsO, 2004, § 47 Rdnr. 145; *Ganter*, in: *MünchKomm-InsO* (Fn. 3), § 47 Rdnr. 430.

38) Vgl. dazu schon RGZ 45, 80 ff. aus dem Jahr 1899; ferner etwa BGH, NJW 1959, 1223, 1224; BGH, ZIP 1993, 213, 214 = KTS 1993, 256; BGH, ZIP 2000, 265; zuletzt BGH, NJW 2003, 3414 f. m. Anm. *Bitter*, WuB VI C. § 47 InsO 1.03, und *Henssler/Rubner*, LMK 2003, 237 f.; *Coing*, Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts, 1973, S. 44 ff.; *Henssler*, AcP 196 (1996), 37, 50 ff.; *Jaeger/Henckel*, InsO, 2004, § 47 Rdnrn. 61 ff., 68; *Uhlenbruck* (Fn. 3), § 47 Rdnr. 32; ausführlich zur Treuhand im Insolvenzverfahren zuletzt *Armbrüster*, DZWiR 2003, 485 ff.; *Berger*, Festschrift Krefte, 2004, S. 191 ff.; *Bitter*, WM 2003, 2068 ff.; *Fridgen*, ZInsO 2004, 530 ff.; *Ganter*, Festschrift Krefte, 2004, S. 251 ff.; *Grundmann*, Der Treuhandvertrag, 1996, S. 79 ff., 319 ff.; *Kirchhof*, Festschrift Krefte, 2004, S. 359 ff.; *Stürner*, KTS 2004, 259 ff.

39) Vgl. zur Treuhand *Häsemeyer* (Fn. 3), Rdnr. 11.15; zur Anfechtung etwa *Paulus*, in: *Kübler/Prütting* (Fn. 3), § 129 Rdnr. 48.

40) Vgl. (zur Anfechtung) *Rosenberg/Gaul/Schilken* (Fn. 13), § 35 II, unter Hinweis auf *Gerhardt* (Fn. 3), S. 263, die jedoch - entgegen der im Text zugrunde gelegten Anschauung - diese Aussage auf die *Rechtsnatur des Anspruchs* beziehen, mit dem die Aussonderung geltend gemacht wird, und nicht auf die *Zuordnung des Gegenstandes*, dessen Aussonderung begehrt wird.

relativieren.⁴¹ Man zerlegt das subjektive Recht in seine funktionellen Bestandteile (v.a. Verfügungsfunktion, Haftungsfunktion, Nutzungsfunktion), deren wichtigste die verfügungsrechtliche und die haftungsrechtliche Zuordnung sind. Diese Zuordnungen haben dinglichen Charakter, und sie gehen der Regel nach miteinander einher, so dass eine Sache normalerweise ein und derselben Person sowohl *verfügungsrechtlich-dinglich* als auch *haftungsrechtlich-dinglich* zugeordnet ist. Ausnahmsweise können die einzelnen dinglichen Zuordnungen aber auch in unterschiedliche Richtungen weisen, und eben dies nimmt man z.B. für die Treuhandfälle und auch für die Anfechtung wegen Gläubigerbenachteiligung an. Dieser Erklärungsansatz lässt also, und das ist zweifellos in systematischer Hinsicht ein Vorzug, den Zusammenhang zwischen dinglicher und haftungsrechtlicher Zuordnung intakt. Nicht ohne Berechtigung wird auch darauf hingewiesen, dass im Fall der Anerkennung haftungsprioritärer Ansprüche Dritter von einer einheitlichen dinglichen Zuordnung zum Vermögensträger ohnehin kaum mehr die Rede sein kann: Die ausschließliche Zuordnung eines dinglichen Rechts zum Inhaber ist eben gerade nicht mehr ausschließlich, sobald es den Gläubigern des Rechtsträgers nicht mehr exklusiv als Haftungsgrundlage zu Verfügung steht - was aber genau dadurch geschieht, dass man eine Sache qua Aussonderung (oder Drittwiderspruchsklage) den Gläubigern des Rechtsträgers entzieht und den Gläubigern eines Dritten (wie des Treugebers oder, bei der Anfechtung, den Gläubigern des anfechtbar Verfügenden) als Haftungsgrundlage zuweist. Der nicht minder offensichtliche Nachteil dieses Erklärungsmodells besteht freilich darin, in Gestalt der nach Funktionen aufgespaltenen dinglichen Zuordnung eine Konstruktion geschaffen zu haben, die letztlich zu "dinglichen Rechten neuer Form" führt - nämlich dinglichen Rechten, die nicht mehr nur einer Person ausschließlich zugeordnet sind, sondern, gewissermaßen ausschnittsweise, verschiedenen Personen, dies aber für den jeweiligen Ausschnitt nach wie vor "exklusiv". Ob damit die Ausschließlichkeit als Spezifikum des dinglichen Rechts nicht doch zu weit relativiert wird, ob es sich nicht um eine dem Numerus clausus der Sachenrechte widersprechende Neukreation eines dinglichen Rechts ganz neuen Typus' handelt, ist eine nach wie vor offene Frage.⁴²

c) Zur Begründung einer von der vermögensrechtlichen (dinglichen) Zuordnung abweichenden haftungsrechtlichen Zuordnung

Welche der angesprochenen Erklärungen eines zweifellos existenten Phänomens - der von der vermögensrechtlichen (dinglichen) Zuordnung abweichenden haftungsrechtlichen Zuordnung - letztlich die bessere ist, kann hier dahin stehen. Beide Erklärungen haben jedenfalls gemein, dass sie nur ein bestimmtes vorgefundenes Phänomen systematisch einordnen können. Beide Erklärungen tragen aber nichts dazu bei, die Anwendungsfälle dieses Phänomens zu identifizieren, d.h. zu begründen, *warum* in einer bestimmten anderen Konstellation ebenfalls ein Aussonderungsrecht anzuerkennen sein soll. Denn an der Regel, dass die haftungsrechtliche Zuordnung mit der vermögensrechtlichen Zuordnung konform geht, kann und will auch diese abweichende ("haftungsrechtlich-dingliche") Konzeption ja nichts ändern, genauso wenig wie die h.M. bestreitet, dass es Ausnahmen gibt.

Bei den Treuhandfällen ist dies insofern weniger problematisch, als ihre Anerkennung bereits in grauer juristischer Vorzeit stattfand, so dass man sich hier - will man nicht im Hinblick auf § 292 Abs. 1 S. 2 InsO mittlerweile sogar von einer gesetzlichen Anerkennung ausgehen⁴³ - auf die stattgefundene allgemeine Anerkennung oder gar auf die Rechtsqualität als Gewohnheitsrecht zurückziehen kann.⁴⁴ Allerdings hat auch hier der Mangel an theoretischer Fundierung manche Unsicherheit nach sich gezogen, was die genaue Abgrenzung der einschlägigen Fallkonstellation angeht - zu erinnern ist nur seit langem angefochtene "Unmittelbarkeits"-Kriterium.⁴⁵

Höchst beklagenswert ist die unsichere theoretische Fundierung aber für alle neu zu entscheidenden Fälle. Wenn es so etwas wie eine von der vermögensrechtlichen (dinglichen) Zuordnung abweichende haftungsrechtliche

41) Zum Folgenden s. namentlich *Henckel*, Festschrift Coing, 1982, S. 137, 147; *ders.*, JuS 1985, 835, 836 ff.; *ders.*, in Jaeger (Fn. 3), § 37 Rdnrn. 19 ff., 21; *ders.*, in: Jaeger, InsO, 2004, § 47 Rdnr. 68, § 48 Rdnr. 5; ferner etwa *Gernhuber*, JuS 1988, 355, 358ff.; *Einsle*, JZ 1990, 1005, 1010; vgl. auch *K. Schmidt*, JZ 1990, 619, 621 f. und JZ 1987, 889; hiergegen etwa *Gaul*, in: Festschrift Serick, 1992, S. 105, 130 ff.; *ders.*, in: Rosenberg/Gaul/Schilken (Fn. 13), § 35 II; *Haas/Müller*, ZIP 2003, 49, 52; *Henssler*, AcP 196 (1996), 37, 66 f., 72; *Jauernig* (Fn. 2), § 50 II 1 b; aus der Rspr. zur Treuhand vgl. etwa RGZ 124, 73, 73 f., 75; RGZ 153, 366, 368 f.; BGH, NJW 1954, 190, 192.

42) Zu den Gründen, die speziell bei der Anfechtung *gegen* die Annahme einer fortbestehenden haftungsrechtlich-dinglichen Zuordnung zum Vermögen des Schuldners bzw. zur Insolvenzmasse bestehen, vgl. ausf. *Eckardt* (Fn. 3), S. 46 ff., 112 ff.

43) Vgl. dazu die Begr. zu § 235 RegE-InsO, bei *Kübler/Prütting* (Fn. 4), S. 543.

44) Vgl. etwa BGH, NJW 1959, 1223, 1224; *Coing* (Fn. 38), S. 44; *Eickmann*, in: HK-InsO (Fn. 3), § 47 Rdnr. 15; *Gottwald* (Fn. 20), § 40 Rdnr. 30; *Henssler*, AcP 196 (1996), 37, 50; *Kilger/K. Schmidt* (Fn. 10), § 43 KO Rdnr. 9.

45) Vgl. RGZ 45, 80, 85; RGZ 84, 214, 216; RGZ 91, 12, 14; RGZ 133, 84, 87; BGH, NJW 1959, 1223, 1224 f.; BGH, WM 1960, 325, 326; BGH, WM 1995, 2065, 2067; s. dazu etwa *Grundmann* (Fn. 38), S. 312 ff.; *Jaeger/Henckel*, InsO, 2004, § 47 Rdnrn. 70 ff.; *Schmidt*, Festschrift Weichler, 1997, S. 129, 135 ff.; *Uhlenbruck* (Fn. 3), § 47 Rdnr. 35; krit. *Armbrüster*, DZWIR 2003, 468, 469 ff.; *Bitter*, WM 2003, 2068 ff.; *Coing* (Fn. 38), S. 45f., 177f.; *Henssler*, AcP 196 (1996), 37, 50 ff.; *Walter*, Das Unmittelbarkeitsprinzip bei der fiduziarischen Treuhand, 1974, S. 52 ff., 94 ff., 115 ff.

Zuordnung gibt, dann ist zu vermuten, dass es davon noch mehr Anwendungsfälle gibt als diejenigen, die bisher anerkannt sind. Aber wie soll man diese erkennen? Handfeste Kriterien dafür gibt es nicht. Und im Zweifel, so viel steht fest, muss einem nicht-dinglichen Drittrecht an einer dem Schuldner gehörenden Sache die Aussonderungskraft versagt werden. Denn mit der Aussonderung wird das zentrale insolvenzrechtliche Prinzip der *par condicio creditorum* durchbrochen, ein Prinzip, das gerade seit der Insolvenzsrechtsreform vom Gesetz noch höher gehalten wird als zuvor und in manchmal unerbittlicher Weise auch solche Gläubiger trifft, deren Schutzbedürftigkeit doch an sich auf der Hand liegt - so die Delikts- und Unterhaltsgläubiger, aber auch der ehemalige Rechtsinhaber in den Fällen des Rechtsverlusts nach §§ 946 ff. BGB, der Auftraggeber in den Fällen der mittelbaren Stellvertretung⁴⁶ oder, wie der Bundesgerichtshof noch vor kurzem entschieden hat, der lediglich widerruflich Begünstigte bei der Direktversicherung.⁴⁷ Alle diese Fälle zeigen, dass ein freihändig zur Anwendung gebrachtes Angemessenheitspostulat jedenfalls nicht ausreicht, einen Gläubiger insolvenzrechtlich durch Anerkennung der Aussonderungsbefugnis zu privilegieren und zu seinen Gunsten die zur Verteilung an die übrigen Gläubiger verfügbare Haftungsmasse zu schmälern. Finden sich keine durchschlagenden gesetzlichen Anhaltspunkte für die Haftungsriorität, die mit einer bestimmten Rechtsstellung verbunden sein soll, dann bleibt es eben bei dem in §§ 35, 38, 47 InsO festgeschriebenen Grundsatz, dass der betroffene Gegenstand auch haftungsrechtlich zur Masse gehört und der Gläubiger sich mit seinem diesbezüglichen Anspruch bei den Insolvenzgläubigern einzureihen hat.

2. Anfechtungsrechtliche Argumente für die Haftungsriorität des Anfechtungsanspruchs

Die Haftungsriorität des Anfechtungsanspruchs ist mithin nicht schon in der gesetzlichen Regelung der Aussonderung angelegt oder spezifisch aussonderungsrechtlichen Wertungen zu entnehmen. Ihre Rechtfertigung ist vielmehr in den *anfechtungsrechtlichen* Regelungen und Grundsätzen zu suchen; in der Entscheidung des Bundesgerichtshofs kommt dies in der Formulierung zum Ausdruck, es sei "auf die Wertungen abzustellen, die den einschlägigen Gesetzesnormen zugrunde liegen".⁴⁸

a) Zur Argumentation aus den "Anfechtungstheorien"

Hier ist zunächst zu fragen, inwieweit das gefundene Ergebnis aus den zutreffend erfassten Anfechtungswirkungen hergeleitet werden kann - eine Frage, die vor allem durch den bereits angesprochenen Umstand aufgeworfen wird, dass das Problem der Haftungsriorität häufig geradezu als Prüfstein der Anfechtungstheorien apostrophiert wird.⁴⁹

aa) Die Anfechtungstheorien im Vergleich

Auch wenn es nicht der Sinn dieses kurzen Beitrags sein kann, die bereits häufig ausführlich gewürdigten Anfechtungstheorien erneut darzustellen,⁵⁰ ist es hierfür erforderlich, in aller Kürze ihre wesentlichen Charakteristika zu rekapitulieren.

Die schuldrechtliche Theorie verdankt ihre Rubrizierung als "schuldrechtlich" bekanntlich verschiedenen voneinander zu trennenden Aspekten. Der erste, die Diskussion in der Frühzeit des Gesetzes dominierende Aspekt betraf die Frage, ob die Anfechtbarkeit dem Anfechtungsberechtigten ein Gestaltungsrecht analog zur bürgerlich-rechtlichen Anfechtung wegen Willensmängeln vermittele oder - wie die schuldrechtliche Lehre annimmt - einen ohne weiteres mit der Erfüllung des Anfechtungstatbestands entstehenden Anspruch. Hierüber besteht schon lange kein nennenswerter Streit mehr;⁵¹ insbesondere geht auch die haftungsrechtliche Lehre davon aus, dass die von ihr angenommenen Anfechtungsrechtsfolgen jedenfalls ipso iure mit der Erfüllung des Anfechtungstatbestands entstehen.

Der zweite Aspekt betrifft die von der schuldrechtlichen Theorie verfochtene These, dass sich die Anfechtungsrechtsfolgen in dem in §§ 143 Abs. 1 S. 1 InsO, 11 Abs. 1 S. 1 AnfG (§§ 37 Abs. 1 KO, 7 Abs. 1 AnfG a.F.) genannten schuldrechtlichen Anspruch erschöpfen. Dies geschah zunächst in Auseinandersetzung mit der sog. dinglichen Anfechtungstheorie. Nach deren Überwindung besteht heute in dieser Frage ein Dissens mit der haftungsrechtlichen Lehre, aber auch nicht mit allen ihren Vertretern und zudem in ganz unterschiedlichem Umfang. Wichtig ist zunächst die Feststellung, dass nahezu alle Vertreter der haftungsrechtlichen Lehre ebenfalls davon ausgehen, die Anfechtungsrechtsfolgen bestünden in den praktisch allermeisten Fällen in dem in §§ 143 Abs. 1 S. 1 InsO, 11 Abs. 1 S. 1 AnfG genannten obligatorischen Anspruch, und zwar auch und gerade in den für unser Problem

⁴⁶ Vgl. RGZ 84, 214, 216; RGZ 133, 84, 87; BGHZ 11, 37, 41; BGH, NJW 1971, 559; *Jaeger/Henckel*, InsO, 2004, § 47 Rdnr. 156.

⁴⁷ Vgl. m.w.N. BGH NJW 2002, 3253 = DZWIR 2002, 477 m. Anm. *Gundlach/Frenzel*; *Jaeger/Henckel*, InsO, 2004, § 47 Rdnr. 157

⁴⁸ Vgl. BGHZ 156, 350, 359 (Fn. 16).

⁴⁹ Vgl. etwa *Jaeger/Henckel* (Fn. 3), § 37 Rdnr. 64; *Kindl*, NZG 1998, 321, 325.

⁵⁰ Vgl. dazu m.w.N. etwa bei *Allgayer, Eckardt, Gerhardt, Henckel, Kirchhof*, jew. aaO. (alle Fn. 3).

⁵¹ Vgl. dazu m.w.N. *Eckardt* (Fn. 3), S. 5 - 32.

der Haftungsriorität relevanten Fällen der anfechtbaren Verfügung über Sachen und Vermögensrechte,⁵² so dass in dieser Vorfrage eben *kein* Dissens zur schuldrechtlichen Theorie besteht. Die Besonderheit der haftungsrechtlichen Lehre besteht insofern nur darin, dass die Mehrheit ihrer Vertreter - aber keineswegs alle - *neben* dem schuldrechtlichen Rückgewähranspruch aus §§ 143 Abs. 1 S. 1 InsO, 11 Abs. 1 S. 1 AnfG für bestimmte Fallkonstellationen auch die Kategorie der "*unmittelbaren* haftungsrechtlichen Unwirksamkeit" anerkennt (zu veranschaulichen etwa daran, dass anfechtbare Schuldtilgungen, Rechtsverzichten, Aufrechnungen, Forderungsaufhebungen etc. *ipso iure* gegenüber der Insolvenzmasse unbeachtlich bleiben, aber auch an der Duldungsklage bei der Einzelgläubigeranfechtung),⁵³ die den Rückgriff auf den gesetzlichen Rückgewähranspruch in diesen Konstellationen entbehrlich macht und insofern viele - in den praktischen Rechtsfolgen zumeist unstreitige - Ergebnisse besser zu erklären versucht als die schuldrechtliche Theorie. Hierin liegt m.E. einer der wesentlichen theoretischen Vorzüge der haftungsrechtlichen Lehre; relevant ist diese Divergenz, wie gesagt, für unser Problem aber gerade nicht.

Der dritte Hauptaspekt betrifft gerade die hier behandelte Frage der Haftungsriorität: Die schuldrechtliche Theorie hat sich von jeher - zumindest für die Frage der Haftungsriorität im *Insolvenzverfahren* des Anfechtungsgegners - durch die Ablehnung der Aussonderungskraft des Anfechtungsanspruchs definiert.⁵⁴ Umgekehrt war es für die meisten Verfechter der haftungsrechtlichen Konstruktionsalternative immer ein identitätsstiftendes Merkmal, die Haftungsriorität als weitere wesentliche Folge der haftungsrechtlichen Unwirksamkeit zu bejahen;⁵⁵ dies wird allerdings - angesichts der, wie gesehen, auch unter den Vertretern dieser nahezu einhellig schuldrechtlichen Qualifikation des Rückgewähranspruchs - überwiegend auf nur vage beschriebene anfechtungsrechtliche Wertungen gestützt, nur gelegentlich auf eine zusätzliche spezifisch dingliche Wirkung der haftungsrechtlichen Unwirksamkeit. Darüber hinaus existieren gerade auf dieser Seite des Meinungsspektrums sogar prominente Dissidenten, die die Haftungsriorität durchaus nicht als wesensmäßige Manifestation der auch von ihnen angenommenen haftungsrechtlichen Unwirksamkeit ansehen.⁵⁶

Dieser Überblick macht vielleicht deutlich, dass es zwar leicht ist, die schuldrechtliche Theorie zu kennzeichnen - nämlich durch die Einnahme der konstruktiven Extremposition in allen angesprochenen Aspekten -, aber durchaus schwierig, dasselbe mit der Lehre von der haftungsrechtlichen Unwirksamkeit zu tun. Gemeinsam ist ihren Vertretern nur, dass sie den haftungsrechtlichen Sinnbezügen der Anfechtung wegen Gläubigerbenachteiligung besser Rechnung tragen wollen als dies bei einem rein schuldrechtlichen Erklärungsmodell möglich ist. Dagegen ist weder die Anerkennung einer unmittelbaren haftungsrechtlichen Unwirksamkeit noch die Zubilligung der Haftungsriorität vor den Eigengläubigern des Anfechtungsgegners ein *notwendiges* Kennzeichen der haftungsrechtlichen Lehre, auch wenn jeweils die Mehrheit ihrer Vertreter sich beide Thesen zu eigen gemacht hat; wohl aber ist die Einnahme einer der beiden Positionen, jedenfalls nach dem Selbstverständnis der beteiligten Autoren, eine *hinreichende* Bedingung für die Zuordnung zur haftungsrechtlichen Lehre. Jedenfalls *kein* notwendiges Kennzeichen der haftungsrechtlichen Lehre ist, zumindest nach dem Verständnis der weitaus meisten ihrer Verfechter, die Existenz dinglicher (oder zumindest "haftungsrechtlich-dinglicher") Anfechtungswirkungen.

bb) Das Ergebnis des Bundesgerichtshofs und seine Zuordnung zu den Anfechtungstheorien

Betrachtet man auf dieser Grundlage nun die Entscheidung der Bundesgerichtshofs vom 23. Oktober 2003, so wird deutlich, dass der IX. Senat zu dieser Frage - seinem salvatorischen Vorbehalt, zu den Anfechtungstheorien nicht Stellung beziehen zu wollen, zum Trotz - sachlich doch in einer Weise Position bezogen hat, die sich nur auf der Basis der haftungsrechtlichen Lehre erklären lässt.⁵⁷ Zwar hat die vorliegende Frage nichts mit den Unterschieden zwischen

52) Vgl. dazu etwa *Eckardt* (Fn. 3), S. 43 f.; *Gerhardt* (Fn. 3), S. 293; *Haas/Müller*, ZIP 2003, 49, 51; *Häsemeyer* (Fn. 3), Rdnr. 21.16; *Jaeger/Henckel* (Fn. 3), § 37 Rdnr. 21; *Kindl*, NZG 1998, 321, 323; *Koss* (Fn. 2), S. 39 ff.; *Kübler/Pritting/Paulus* (Fn. 3), § 143 Rdnr. 10.

53) Vgl. dazu etwa *Eckardt* (Fn. 3), S. 44 f.; *Gerhardt* (Fn. 3), S. 326 ff.; *Haas/Müller*, ZIP 2003, 49, 51; *Häsemeyer* (Fn. 3), Rdnrn. 21.13 - 21.16; *Jaeger/Henckel* (Fn. 3), § 37 Rdnrn. 25 ff.; *Kübler/Pritting/Paulus* (Fn. 3), § 143 Rdnrn. 9, 18 ff.; i.E. auch *Kirchhof*, in: MünchKomm-InsO (Fn. 3), § 143 Rdnrn. 3, 8, 16, 29, 35 a.E., 36, 38, 42, 46 ff., 51 ff.; *Kreft*, in: HK-InsO (Fn. 3), § 143 Rdnr. 4; anders z.B. *Bork* (Fn. 13), Rdnr. 224; *Rosenberg/Gaul/Schilken* (Fn. 13), § 35 II, VI 1a, die insofern mit der schuldrechtlichen Theorie lediglich einen obligatorischen Anspruch gegen den Anfechtungsgegner darauf annehmen, sich so zu verhalten, als ob die anfechtbar erworbene Rechtsposition nicht bestünde (vgl. etwa RG, GruchBeitr 41 (1897), 1103, 1107; RG, LZ 1907, Sp. 837 ff.; BGH, NJW 1982, 2074, 2075; BGH, ZIP 1984, 978, 979; *Jaeger/Lent* (Fn. 2), § 29 Rdnrn. 20, § 37 Rdnrn. 3 f.; *Jaeger* (Fn. 2), § 37 Rdnrn. 3 f.; *Koss* (Fn. 2), S. 53 ff., 133 ff.).

54) Nachw. s. oben Fn. 8, 9, 11, 21.

55) Nachw. s. oben Fn. 10, 13, 20.

56) Nachw. s. oben Fn. 8 a.E., 12, 21 a.E.

57) I.E. ebenso *Gerhardt*, ZIP 2004, 1675, 1677, 1678; vgl. auch *Häsemeyer*, LMK 2004, 213 f.

beiden Konstellationen unter dem Aspekt einer "unmittelbaren haftungsrechtlichen Unwirksamkeit" zu tun, und dass der Senat auf der Basis eines schuldrechtlichen Rückgewähranspruchs argumentiert, verlässt entgegen einem verbreiteten Missverständnis ebenfalls noch nicht den beiden Konstruktionsalternativen gemeinsamen theoretischen Boden. Aber die Gewährung der Haftungspriorität trotz dinglicher Zuordnung zum Anfechtungsgegner - der IX. Senat spricht hier explizit von "Zuordnung zur Haftungsmasse" in Gestalt einer "vom dinglichen Recht abweichenden Vermögenszuweisung" - ist, wenn die Unterscheidung von Theorien hier überhaupt einen Sinn haben soll, eben doch ein Spezifikum des haftungsrechtlichen Erklärungsmodells.⁵⁸ Die Alternative bestünde in der Feststellung, die "richtig verstandene" schuldrechtliche Lehre habe schon immer die Möglichkeit eingeschlossen, die haftungsrechtlichen Sinnbezüge der Gläubigeranfechtung in der nunmehr geschehenen Weise zu berücksichtigen - eine Feststellung, die freilich die Unterscheidung von Theorien, deren primäre Funktion doch darin besteht, komplexe Denkmodelle und Wertungen praktisch handhabbar und damit gewissermaßen alltagstauglich zu machen, sinnlos machen würde. Folgt man der oben dargestellten Auffassung, die eine von der vermögensrechtlichen Zuordnung abweichende haftungsrechtliche Zuordnung mit der Aufspaltung des dinglichen Rechts nach Funktionen erklärt,⁵⁹ so hat sich der IX. Senat sogar zu einem "haftungsrechtlich-dinglichen" Verständnis der Anfechtung bekannt, denn er hat das Anfechtungsgut exklusiv den Gläubigern des Schuldners zugeordnet und - indem er die Aussonderungsbefugnis gewährt hat - jegliche Haftung zugunsten der Eigengläubiger des Anfechtungsgegners verneint. Eine solche ausschließliche Zuordnung müsste man aber dann auch als dingliche Wirkung bezeichnen.

cc) Zur Rechtfertigung der Aussonderungskraft des Anfechtungsanspruchs mit Hilfe der systematischen Erklärung der Anfechtungsrechtsfolgen

Auch wenn das Ergebnis des Bundesgerichtshofs mithin sachlich als Stellungnahme im Sinne der haftungsrechtlichen Lehre zu verstehen ist, hat es der Senat, wie gesehen, ausdrücklich abgelehnt, sein Ergebnis mit dieser Theorie zu begründen. Das ist im Prinzip nicht zu tadeln. Die primären Vorzüge der haftungsrechtlichen Betrachtungsweise liegen, wie gesehen, bei der *Erklärung* von praktischen Ergebnissen, die beide Theorien an sich miteinander gemein haben. Aus ihr dürfen jedenfalls nicht ohne weiteres gänzlich abweichende praktische Ergebnisse hergeleitet werden, will man sich nicht der "Begriffsjurisprudenz im schlechten Sinne", die man der schuldrechtlichen Theorie nicht zu Unrecht vorgeworfen hat, nun selbst schuldig machen.⁶⁰ Leitlinie müssen vielmehr die Grundsätze sein, die *Henckel* gerade mit Blick auf die vorliegende Fragestellung postuliert hat: Die logische Ableitung aus einer unter anderen Gesichtspunkten aufgestellten Theorie ersetze nicht eine Begründung des Ergebnisses gerade in dem wichtigsten Konfliktfall. Eine brauchbare Theorie der Anfechtung müsse vielmehr umgekehrt die Ergebnisse aufnehmen, die einer Wertung im Einzelfall unter Berücksichtigung der nach dem Gesetz schutzwürdigen Interessen abgewonnen worden sind⁶¹.

Danach ist aber - gegen *Henckel* - mindestens zweifelhaft, ob das haftungsrechtliche Erklärungsmodell als solches dafür taugt, aus ihm eine Antwort auf die Frage nach der Haftungspriorität herzuleiten. Die haftungsrechtliche Unwirksamkeit anfechtbaren Erwerbs ist eine Aussage, die sich zunächst einmal auf die Rechtsstellung des (ersten) Anfechtungsgegners bezieht; sonstigen Dritten gegenüber sind Anfechtungsrechtsfolgen nach §§ 145 InsO, 15 AnFG gesonderter Rechtfertigung bedürftig (dazu sogleich sub c.). Dass der Anfechtungsanspruch solchen Dritten gegenüber gleichwohl Haftungspriorität genießen soll, ist ohne *petitio principii* nur schwer zu begründen. Insbesondere ist die Gefahr groß, die Leistungsfähigkeit des - zugegebenermaßen verführerischen - Begriffs des haftungsrechtlichen Unwirksamkeit zu überschätzen, aus ihm gewissermaßen mehr herauszuholen als an anfechtungsrechtlicher Teleologie darin steckt. Denn selbst wenn man den Kernbestand der haftungsrechtlichen Lehre - dass anfechtbarer Rechtserwerb haftungsrechtlich (d.h. soweit zur Haftungsrealisierung notwendig) zu neutralisieren ist - für richtig und wichtig hält,⁶² so bleiben gleichwohl noch die durch den Rahmen des Vermögensrechts gesetzten Grenzen zu beachten, und um genau diese geht es auch hier - eine Grenzziehung, deren Richtigkeit im übrigen auch von niemandem bestritten wird, wenn es um den sekundären Anfechtungsanspruch auf Wertersatz geht, der nach allgemeiner Ansicht grundsätzlich nur eine Insolvenzforderung bildet (vgl. sub IV. 2. b. - d.).

So sehr es auch der Teleologie des Anfechtungsrechts entspricht, die anfechtbare Vermögensverschiebung nach Möglichkeit ihrer haftungsvereitelnden Wirkungen zu entleiden, so groß auch der heuristische Wert dieser Feststellung als Auslegungstopos und Wertungsgrundlage zur Lösung von Konfliktlagen einzuschätzen ist, so wenig ist dies doch notwendigerweise der einzige für die Entscheidung maßgebliche Wertungsgesichtspunkt, insbesondere wenn,

58) Vgl. dazu auch *Gerhardt*, ZIP 2004, 1675, 1678, der die Argumentation des Senats insofern "geradezu dekuvierend" nennt.

59) S.o. sub III. 1. b. bei Fn. 41 ff.

60) Mit Recht gegen eine Überbewertung der konstruktiven Erwägungen speziell in diesem Zusammenhang etwa *Fritz Baur*, JZ 1958, 441, 443; *G. Paulus*, AcP 155 (1956), 277, 298 a.E.; *K. Schmidt*, JZ 1987, 889, 890; *ders.*, JZ 1990, 619, 620; *Kindl*, NZG 1998, 321, 324.

61) *Jaeger/Henckel* (Fn. 3), § 37 Rdnrn. 20, 65.

62) Das tut auch der *Verf.*, vgl. *Eckardt* (Fn. 3), S. 40 ff., 377 ff.

wie in diesem Fall, die Interessen Dritter in die Bewertung einzustellen sind.⁶³ Durch den Übergang in das Vermögen des Anfechtungsgegners wird das Anfechtungsgut Bestandteil seines Haftungsfonds und fungiert damit zugleich als sichtbare - man denke nur an das sachenrechtliche Publizitätsprinzip - Grundlage für dessen Kredit. Die Zubilligung der Haftungsriorität für den Anfechtungsanspruch bedeutet nichts anderes als die de facto rückwirkende Verminderung dieses Haftungsfonds mit der Folge, dass berechtigte Erwartungen der Eigengläubiger des Anfechtungsgegners hinsichtlich der Substanzhaltigkeit dieses Haftungsfonds enttäuscht werden. Diese Erwartungen werden aber der gesetzlichen Regel nach durch die Insolvenzordnung geschützt, indem die haftungsrechtliche Zuordnung, wie gesehen, grundsätzlich mit der dinglichen Zuordnung zum Schuldnervermögen einher geht.⁶⁴ Wer für das Anfechtungsgut Abweichendes geltend macht, den trifft die argumentative Bringschuld dafür, handfeste und gesicherte Wertungskriterien anzugeben, aus denen sich ein insolvenzrechtlich anzuerkennender Vorrang des Anfechtungsanspruchs im Verhältnis zu den Eigengläubigern des Anfechtungsgegners ergeben soll. Ohne die Angabe solcher gesicherter Kriterien für den Vorrang des Anfechtungsanspruchs stellt die innerhalb der haftungsrechtlichen Lehre verbreitete Herleitung des Aussonderungskraft des Anfechtungsanspruchs aus dem Anfechtungszweck - der Masse den anfechtbar weggegebenen Vermögenswert als Haftungsobjekt zu erhalten⁶⁵ - daher für sich genommen eher ein Postulat denn eine tragfähige Begründung dar.

Insbesondere schenkt die Berufung auf den Anfechtungszweck der Tatsache zuwenig Beachtung, dass die Anfechtung ihrerseits nur das Mittel zur Realisierung des übergeordneten Insolvenzszwecks darstellt, des Zweckes nämlich, die Haftung des Schuldnervermögens zugunsten der Insolvenzgläubiger zu realisieren (§ 1 S. 1 InsO). Es ist deshalb nur schwer einsichtig, wie der Anfechtung "stärkere" Wirkungen zukommen sollen als dem ursprünglichen Haftungsrecht der (Insolvenz-)Gläubiger: Die haftungsrechtliche Unwirksamkeit beruht auf der Haftung des ursprünglichen Schuldners mit seinem Vermögen bzw. dem korrespondierenden materiellen Befriedigungsrecht des Gläubigers, einer Rechtsbeziehung, die durch ihre Relativität und durch ihre "Flüchtigkeit" gekennzeichnet ist. Ein absolutes Recht an einem konkreten Gegenstand erlangt der Gläubiger erst im Zuge der Vollstreckung (Pfändungspfandrecht); bis dahin ist das Befriedigungsrecht nur relativ gegen den Schuldner gerichtet, der das Haftungssubstrat zudem jederzeit durch Verfügungen über einzelne Vermögensgegenstände verkürzen kann.⁶⁶ Diese Basis wird verlassen, behandelt man die fortdauernde Haftung des anfechtbar weggegebenen Vermögensgegenstandes wie eine dingliches Ausschließlichkeitsrecht: Die eben noch relative und "flüchtige", d.h. durch jegliche Verfügung des vermögensrechtlich Berechtigten (d.h. hier des Schuldners) lösbare Haftung wäre nun auch ohne Pfändung quasi wie ein Pfandrecht, also ein absolutes dingliches Recht, zu behandeln, das ohne weiteres den Vorzug vor den bloß relativen Haftungsrechten der Eigengläubiger des Anfechtungsgegners genösse. Dies verdeutlicht, dass sowohl die (Insolvenz-)Gläubiger des Schuldners als auch die Gläubiger des Anfechtungsgegners nur relative Befugnisse in Bezug auf die anfechtbar transferierten Vermögenswerte geltend machen können, was zugleich erhellt, dass sie sich im Insolvenzverfahren über das Vermögen des Anfechtungsgegners gleichrangig als Insolvenzgläubiger beteiligen müssen. Warum und in welchem Moment des Verfahrens sich die nur relative Befugnis der (Insolvenz-)Gläubiger des Schuldners in ein Haftungsriorität vermittelndes Ausschließlichkeitsrecht verwandelt haben sollte, bedürfte jedenfalls einer besseren Begründung als sie bislang auf dem Tisch liegt.⁶⁷

Eine gegenüber dem Vorgesagten durchgreifende Rechtfertigung seines Ergebnisses aus den Anfechtungswirkungen ist m.E. auch dem Bundesgerichtshof nicht eingefallen. Der Senat begründet die These, das dem Insolvenzverwalter eingeräumte Anfechtungsrecht bewirke eine "Änderung der Vermögenszuordnung in dem beschriebenen Sinne" (d.h. in der hier verwendeten Terminologie: eine Änderung der Haftungszuordnung) zunächst mit der richtigen, aber für sich genommen irrelevanten Feststellung, dass Gegenstände, die aufgrund einer anfechtbaren Rechtshandlung aus dem Vermögen des Schuldners ausgeschieden seien, auf die Anfechtung des Verwalters hin der

63) Zum Folgenden vgl. auch *Häsemeyer* (Fn. 3), Rdnr. 21.16; *Koziol* (Fn. 8), S. 37 ff. ; s. auch *Rutkowsky* (Fn. 2), S. 124 ff. (der allerdings vom Standpunkt einer rein schuldrechtlichen eutung der Anfechtungsrechtsfolgen aus argumentiert).

64) A.A. *Jaeger/Henckel* (Fn. 3), § 37 Rdnr. 65. Nach *Henckel* ist ein Schutz der Insolvenzgläubiger des Anfechtungsgegners - anders als der auch nach Ansicht *Henckels* über § 145 Abs. 2 InsO gewährleistete Schutz vollstreckender Einzelgläubiger - "nicht denkbar". Dies trifft anfechtungsrechtlich zu, vernachlässigt aber m.E. die Verkehrsschutzfunktion, aus der sich die Entstehungsvoraussetzungen der dinglichen Rechte begründen. Indem die haftungsrechtliche Zuordnung einer Sache in der Insolvenz grundsätzlich an die dingliche Zuordnung anknüpft, bewähren sich diese sachenrechtlichen Entstehungsvoraussetzungen mithin in der Konfliktlage "Insolvenz". Der Schutz der Insolvenzgläubiger wird daher durch die Aussonderungsvoraussetzungen gewährleistet.

65) Vgl. zu diesem Argument etwa *Ganter*, in: *MünchKomm-InsO* (Fn. 3), § 47 Rdnr. 346; *Haas/Müller*, ZIP 2003, 49, 57 f.; *Jaeger/Henckel* (Fn. 3), § 37 Rdnr. 64; *Kübler/Prütting/Paulus* (Fn. 3), § 129 Rdnr. 48, § 143 Rdnr. 33.

66) Zum Befriedigungsrecht der Gläubiger als einem relativen, wengleich auf den konkreten Vermögensgegenstand bezogenen Recht vgl. etwa *Hein*, Duldung der Zwangsvollstreckung, 1911, S. 81 ff., 93; *Paulus*, AcP 155 (1956), 277, 300; *Spellenberg*, Zum Gegenstand der Konkursfeststellungsverfahrens, 1972, S. 58 f.

67) Vgl. zum Ganzen erneut *Häsemeyer* (Fn. 3), Rdnr. 21.16; *Koziol* (Fn. 8), S. 37 ff.

den Gläubigern haftenden Masse wieder zugeführt werden müssten. "Damit" würden sie, fährt der Senat fort, "als ein dem Zugriff der Gläubigergesamtheit zur Verfügung stehendes Objekt der Vermögensmasse des insolventen Schuldners behandelt, obwohl sie schuld- und sachenrechtlich wirksam in das Eigentum des Anfechtungsgegners übergegangen seien." Der durch das Wort "damit" suggerierte Zusammenhang zwischen beiden Aussagen besteht jedoch nicht: Dass anfechtbar veräußerte Gegenstände dem haftenden Vermögen "wieder zugeführt werden müssen", beschreibt nur die (selbstverständliche) schuldrechtliche Verpflichtung des Anfechtungsgegners zur Rückgewähr; die anschließende Aussage, die darauf hinaus läuft, solche Gegenstände könnten schon vor der Erfüllung des Rückgewähranspruchs im Verhältnis zu den Eigengläubigern des Anfechtungsgegners als zur Insolvenzmasse des Schuldners gehörig behandelt werden, wird durch diesen Satz nicht gerechtfertigt. Wie bei den Vertretern der haftungsrechtlichen Lehre, auf die sich diese Argumentation dann auch nicht von ungefähr bezieht, beruht die Gewährung der Haftungspriorität daher wohl eher auf der subjektiven Wertung des Gerichts, die Insolvenzgläubiger des anfechtbar Verfügenden hätten den betreffenden Vermögenswert gewissermaßen eher verdient als die Gläubiger des Anfechtungsgegners (s. dazu noch unten sub c. - e.).⁶⁸

b) Zur Wertungsparallele zu den anderen Konstellationen, in denen vermögensrechtliche und haftungsrechtliche Zuordnung auseinander fallen

Auch die verbreitete und jetzt wieder durch den Bundesgerichtshof gezogene Parallele zur Treuhand und den anderen Fallkonstellationen, in denen vermögensrechtliche und haftungsrechtliche Zuordnung auseinander fallen, überzeugt nicht recht, soweit mit ihr mehr bewiesen werden soll als die theoretische Möglichkeit eines solchen Auseinanderfallens. Denn dafür, *wann* eine solche Divergenz anzunehmen ist, lässt sich aus diesen Parallelfällen wenig entnehmen. Die Crux besteht insoweit darin, dass die betreffenden Fälle überwiegend durch die Existenz einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung, die die Aussonderungskraft anordnet, gekennzeichnet sind bzw. waren, wie etwa die §§ 44 KO a.F., 392 Abs. 2, 457 S. 2 InsO und Art. 71 Abs. 2 CISG, oder, wie im Fall des § 25 Abs. 5 DMBilG, durch die anderweitige Sicherstellung der Insolvenzgläubiger (§ 25 Abs. 5 S. 2 DMBilG) die Haftungspriorität des Verschaffungsanspruchs zu erkennen gibt. Anders ist dies zwar bei der echten Verwaltungstreuhand, wengleich zumindest das gängige Argument der "wirtschaftlichen Zuordnung zum Treugeber"⁶⁹ kaum hinreichende juristische Aussagekraft im Hinblick auf die geltend gemachte Haftungspriorität aufweist (und obendrein als verallgemeinerungsfähiges Abgrenzungskriterium für eine Zuordnungsfrage von derartiger Bedeutung viel zu vage wäre). Die Besonderheit des Treuhand besteht jedoch immerhin darin, dass hier zum einen die beiden am Rechtserwerb beteiligten Personen im Konsens eine wirkungsgeminderte Rechtsstellung des Treuhänders begründen (die z.B., anders als im Anfechtungsfall, auch dessen Verfügung über das Treugut ausschließen soll und deshalb gerade nicht zu einer Umsetzung der Sachsubstanz im Vermögen des Treuhänders führen), zum anderen in den Einschränkungen, unter denen die Haftungspriorität gewährt wird und die zumindest der Idee nach durch Sonderung vom sonstigen haftenden Vermögen des Treuhänders die Rechtsklarheit gewährleisten sollen und eine dem sachenrechtlichen Publizitätsprinzip nahekommende Aufgabe erfüllen.⁷⁰ Keines der bei der Treuhand gegebenen Merkmale ist auch bei der Anfechtung festzustellen: Weder sind die Haftungsmassen erkennbar voneinander abgegrenzt, noch ist der Anfechtungsgegner durch eigene Disposition gehindert, über die betreffende Sache zu verfügen. Es ist, wie gerade die der Entscheidung vom 23. Oktober 2003 zugrunde liegende Fallkonstellation zeigt,⁷¹ anfechtungsrechtlich nicht einmal erforderlich, dass das anfechtbar Erlangte i.S. des treuhandrechtlichen Unmittelbarkeitsprinzips aus dem Vermögen des Anfechtungsgegners stammt (woran es etwa auch dann fehlt, wenn der Schuldner dem Anfechtungsgegner etwas durch Vertrag mit einem Dritten (§ 331 BGB) zugewendet hatte, da sich auch in diesem Fall die Anfechtung gegen den Zuwendungsempfänger richtet⁷²). All dies bedeutet bezogen auf die Haftungspriorität des Anfechtungsanspruchs noch

68) Ähnlich klingt dies etwa bei *Gerhardt* (Fn. 3), S. 334; *Chr. Paulus*, in: *Kübler/Prütting* (Fn. 3), § 143 Rdnr. 33; *G. Paulus*, AcP 155 (1956), 277, 336 ff.; *Uhlenbruck/Hirte* (Fn. 3), § 129 Rdnr. 140: wertungsmäßig gehörten anfechtbar weggegebene Gegenstände den Gläubigern des Schuldners und nicht denjenigen des Anfechtungsgegners, letztere sollten von einem anfechtbaren Erwerb ihres Schuldners nicht profitieren dürfen.

69) Vgl. BGH, NJW 1959, 1223, 1224; BGH, WM 1964, 179; BGH, WM 1969, 475, 476; BGH, ZIP 1993, 213, 214; *Armbrüster*, DZWiR 2003, 485, 486; *Ganter*, in: *MünchKomm-InsO* (Fn. 3), § 47 Rdnr. 369; *Jauernig* (Fn. 2), § 45 I 1 f.; *Kilger/K. Schmidt* (Fn. 10), § 43 KO Rdnr. 9; krit. z.B. *Henssler*, AcP 196 (1996), 37, 51 f.

70) Vgl. dazu namentlich *Häsemeyer*, LMK 2004, 213 f.; *ders.* (Fn. 3), Rdnr. 11.14 f.; s. ferner *Kessler*, ZNotP 2003, 368, 369 f.; *Kilger/K. Schmidt* (Fn. 10), § 43 KO Rdnr. 9; *Ganter*, in: *MünchKomm-InsO* (Fn. 3), § 47 Rdnr. 357 f.; *Henssler*, AcP 196 (1996), 37, 54 ff., und schon *Siebert*, Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis, 1933, S. 194; im Ansatz ebenso auch *Haas/Müller*, ZIP 2003, 49, 57.

71) Hier lehnte der IX. Senat (BGHZ 156, 350 [w. Nachw. s. Fn. 16] sub I.4.) ausdrücklich das Argument der bis dato ganz h.M. ab, der Anspruch auf die Versicherungssumme könne deshalb nicht Gegenstand eines anfechtungsrechtlichen Rückgewähranspruchs sein, weil er aus dem Vermögen des Versicherungsunternehmens stamme und nicht aus dem Vermögen des Schuldners.

72) Vgl. etwa *Jaeger/Henckel* (Fn. 3), § 37 Rdnr. 55.

kein Gegenargument, lässt aber doch die Feststellung zu, dass eben nach wie vor an einem positiven Argument *für* deren Gewährung fehlt.

c) Zur Argumentation aus §§ 145 Abs. 1 InsO, 15 Abs. 1 AnfG

Ergänzend rekurriert der Bundesgerichtshof⁷³ auf das Argument, der Insolvenzverwalter des Anfechtungsgegners sei wie dessen Gesamtrechtsnachfolger zu behandeln: Der Begriff der Gesamtrechtsnachfolge im Sinne des § 145 Abs. 1 InsO sei weit zu verstehen; es genüge, dass ein anderer Rechtsträger auf gesetzlich geregelter Grundlage in alle Verbindlichkeiten des Vorgängers eintrete.⁷⁴ Auch wenn die Insolvenzmasse nach deutschem Insolvenzrecht kein eigenständiges Rechtssubjekt darstelle, sei das in ihr zusammengefasste Vermögen des Anfechtungsgegners der Gläubigergesamtheit wirtschaftlich doch in gleicher Weise zugeordnet wie einem Erben oder sonstigen Gesamtrechtsnachfolger. Ebenso wie dieser solle auch der Insolvenzverwalter des Anfechtungsgegners gegenüber Anfechtungsansprüchen nicht stärker abgesichert sein als der Anfechtungsgegner selbst.⁷⁵

Diese Parallele zu § 145 Abs. 1 InsO (übereinstimmend § 15 Abs. 1 AnfG) überzeugt indes nicht, da sie doch ganz offenbar voraussetzt, was zu beweisen war:⁷⁶ Eine besondere Rechtsnachfolge des Insolvenzverwalters in Verbindlichkeiten des Insolvenzschuldners widerspricht dem Gleichbehandlungsgrundsatz, der die Gläubiger des Insolvenzschuldners in das Korsett des Feststellungsverfahrens und der gesetzlichen Haftungsordnung zwingt (§§ 38, 87, 174 ff. InsO). Warum der Insolvenzverwalter des Anfechtungsgegners in die anfechtungsrechtliche Rückgewährschuld eintreten sollte, in andere obligatorische Verbindlichkeiten aber nicht (unstreitig ja nicht einmal in die anfechtungsrechtliche Wertersatzverbindlichkeit), ist ohne Zuhilfenahme externer Wertungen - eben derjenigen Wertungen, die das Recht des Gläubigers zum Aussonderungsrecht avancieren lassen - nicht zu erklären.

Bei Lichte besehen erweist sich der Argumentationstopos der "Rechtsnachfolge" in die Anfechtungsschuld sogar fast schon als kontraproduktiv, veranschaulicht er doch besser als alle anderen die Bedenklichkeit der Interessenbewertung, die der Annahme der Haftungsriorität des Anfechtungsanspruchs zugrunde liegt: Wer mit der anfechtungsrechtlichen Haftung der (Gesamt-)Rechtsnachfolger argumentiert, macht geltend, die so apostrophierten Personen - hier also die Gesamtheit der Insolvenzgläubiger des Anfechtungsgegners - rücken gewissermaßen in die Rechtsstellung des Rechtsvorgängers ein und könnten nicht beanspruchen, besser behandelt zu werden als dieser; sie wären, wenn man sich den Anfechtungsgegner einmal bildlich als "Täter" eines "Anfechtungsdelikts" vorstellen will, ihrerseits wie ein "Täter" zu behandeln und folglich nicht schutzwürdig. Dies ist eine Vorstellung, die auf den ersten Blick ganz plausibel erscheinen mag. Unplausibel wird sie indes dadurch, dass man die Insolvenzgläubiger auf der Aktivseite des Anfechtungsverhältnisses ja gerade nicht als Rechtsnachfolger des anderen "Mittäters", d.h. des Schuldners, ansieht, sondern im Gegenteil als dessen "*Opfer*": Anders als sonst bei der Geltendmachung massezugehöriger Rechte macht der Insolvenzverwalter mit der Anfechtung ja zweifellos kein vom Schuldner abgeleitetes Recht geltend - auch wenn das anfechtbar Weggegebene als Folge der Anfechtung in die nach wie vor dem Schuldner gehörende Insolvenzmasse zurückfließt, bezweckt die Anfechtung als spezifisch haftungsrechtlicher Behelf hiermit natürlich ausschließlich eine Privilegierung der Insolvenzgläubiger -, sondern einen originär zugunsten der Gläubiger gewährten Rechtsbehelf zum Ausgleich der Benachteiligung, die der Schuldner ihnen durch die anfechtbare Vermögensverschiebung zugefügt hat. Die Tatsache, dass sich auch "ihr" Schuldner an der anfechtbaren Transaktion beteiligt hat, wirkt sich deshalb gerade nicht zum Nachteil dieser Insolvenzgläubiger aus, sondern im Gegenteil als tragender Grund dafür, sie durch Gewährung der Anfechtungsbehelfe besonders zu schützen. Das Bild der "Rechtsnachfolge" macht mithin eine doch wohl zu hinterfragende Diskrepanz in der Bewertung der Schutzbedürftigkeit dieser beiden Insolvenzgläubigergesamtheiten augenfällig: Obwohl die beiden Insolvenzgläubigergruppen dem Handeln "ihres" jeweiligen Insolvenzschuldners genau gleich nah oder fern stehen, werden die Interessen der einen Gläubigergruppe (mit Recht) als besonders schutzwürdig angesehen, die anderen (kaum mit Recht) als so wenig schützenswert, dass man die aus den Handlungen ihres Insolvenzschuldners resultierenden Verpflichtungen - die natürlich nach allgemeinen Grundsätzen als Insolvenzforderungen die Teilhabe an der Haftungsmasse verbürgen müssen - sogar noch mit Aussonderungskraft ausstatten darf.

Zur weiteren Veranschaulichung mag als Beispiel ein Fall dienen, in dem der Anfechtungsgegner dem Schuldner eine Sache zu einem angemessenen Kaufpreis veräußert hatte und der bereits in Zahlungsschwierigkeiten befindliche Schuldner den Kaufpreis entgegen der ursprünglichen Vereinbarung nicht durch Barzahlung getilgt hatte, sondern dadurch, dass er seinen (objektiv gleichwertigen) Ferrari an Zahlungs Statt hingab; kurz danach sei über das Vermögen beider Beteiligten das Insolvenzverfahren eröffnet worden, mit einer zu erwartenden Quote von jeweils

73) So schon in seiner Entscheidung von 24.6. 2003, BGHZ 155, 199, 203 (Fn. 14); ebenso dann in der Entscheidung vom 23.10. 2003, BGHZ 156, 358, 361 (Fn. 16) sub II.3.c.

74) Hinweis auf *Kirchhof*, in: MünchKomm-InsO (Fn. 3), § 145 Rdnr. 7.

75) Vgl. in diesem Sinne bereits die früheren Senatsmitglieder *Kreft*, in: HK-InsO (Fn. 3), § 129 Rdnr. 72, § 145 Rdnr. 5; *ders.*, ZInsO 1999, 370, 372; *Kirchhof*, in: MünchKomm-InsO (Fn. 3), § 145 Rdnr. 15; ebenso *Haas/Müller*, ZIP 2003, 49, 56; als Hilfserwägung auch bei *Uhlenbruck/Hirte* (Fn. 3), § 129 Rdnr. 140.

76) Krit. auch *Gerhardt*, ZIP 2004, 1675, 1678; s. ferner *Häsemeyer*, LMK 2004, 214, 215.

weniger als 10 Prozent. Angenommen, es greife hier die Anfechtung wegen inkongruenter Deckung nach § 131 Abs. 1 InsO ein (dann ist, jedenfalls nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, die tatbestandlich an sich in Betracht kommende "Bargeschäfts"-Ausnahme gem. § 142 InsO wegen der Inkongruenz ausgeschlossen), so muss der Insolvenzverwalter des Anfechtungsgegners auf der Grundlage der Auffassung von der Aussonderungskraft des Anfechtungsanspruchs den Ferrari wieder hergeben und erhält von dem gleichhohen Wert der veräußerten Sache höchstens eine Quote von 10 Prozent wieder zurück (nachdem er gem. § 144 Abs. 1 InsO die Kaufpreisforderung zur Tabelle angemeldet hat). Dieses Ergebnis ist m.E. handgreiflich ungerecht: Die Insolvenzgläubiger des Anfechtungsgegners sollen, salopp gesagt, den von "ihrem" Insolvenzschuldner angerichteten Murks vollumfänglich gegen sich gelten lassen müssen (mit der Folge, dass sie insoweit um 90 Prozent ihres Haftungsfonds beraubt werden), während auf der Seite der Gegenpartei die Rechtsordnung alle Hebel in Bewegung setzt, um den Insolvenzgläubigern des anfechtbar Verfügenden genau dieses Schicksal zu ersparen. Will man, um dieses Ergebnis zu vermeiden, nicht so weit gehen, die anfechtungsrechtlichen Befugnisse in der Insolvenz des Anfechtungsgegners überhaupt zu sistieren, so spricht doch viel dafür, sie wenigstens auf die Kraft einer Insolvenzforderung zu beschränken.

d) Zur Argumentation aus §§ 145 Abs. 2 InsO, 15 Abs. 2 AnfG

Nicht in der Entscheidung des IX. Senats, wohl aber in einer wissenschaftlichen Kommentierung seines stellvertretenden Vorsitzenden *Ganter*⁷⁷ findet sich ein weiteres Argument aus der Bestimmung des § 145 Abs. 2 InsO, der unter bestimmten Voraussetzungen die Anfechtung gegen einen Einzelrechtsnachfolger erlaube: Diese Bestimmung sei weit auszulegen, so dass als Rechtsnachfolger im haftungsrechtlichen Sinne auch die Gesamtheit der Gläubiger des Anfechtungsgegners angesehen werden könne. An diesem Hinweis auf § 145 Abs. 2 InsO (übereinstimmend § 15 Abs. 2 AnfG) ist jedenfalls richtig und wichtig, dass dies die einzige vorhandene gesetzliche Bestimmung ist, die die Erstreckung der Anfechtungsrechtsfolgen auf einen Dritten behandelt; die Bestimmung stellt daher jedenfalls eine maßgebliche Wertungsgrundlage für die Frage der Haftungsriorität dar.

Ob diese Wertungsparallele in die Richtung weist, für die sie hier in Anspruch genommen wird, ist allerdings fraglich. M.E. zeigt die Bestimmung eher die Grenzen der haftungsrechtlichen Betrachtungsweise auf: Aus ihr ergibt sich nämlich, dass der Anfechtungsgegner einem Dritten auch nach Verfahrenseröffnung voll wirksam die dingliche Rechtsstellung verschaffen kann; lediglich unter den Voraussetzungen eines anderen selbständigen Anfechtungstatbestands - des § 145 Abs. 2 InsO⁷⁸ - treffen diesen die Anfechtungswirkungen in gleicher Weise wie den ersten Anfechtungsgegner⁷⁹. Es kann hier also offensichtlich gerade nicht von einer "rechtlich abgesicherten ausschließlichen Haftungsfunktion"⁸⁰ gesprochen werden. Wie das Gesetz verfährt, wenn es eine solche exklusive Zuweisung wirklich begründen will, zeigen demgegenüber die §§ 81 ff. InsO: Die durch den Insolvenzbeschluss bewirkte haftungsrechtliche Zuweisung soll nun in der Tat dinglich wirksam sein; sie ist deshalb⁸¹ - nicht zuletzt als Gebot des sachenrechtlichen Publizitätsprinzips - aber auch bedingt durch die ihr einhergehende, im Eröffnungsbeschluss bekannt gemachte Entziehung der Verfügungsbefugnis des Schuldners als des Rechtsinhabers. Die Annahme, ein vor Verfahrenseröffnung in anfechtbarer Weise aus dem Vermögen des Schuldners ausgeschiedener Gegenstand werde den Gläubigern gleichwohl mit Verfahrenseröffnung in äquivalenter Weise zugewiesen, setzte daher auch voraus, dass die Verfügungsbefugnis dann dem Anfechtungsgegner fehlte; dies ist jedoch, wie gesehen, gerade nicht der Fall. Das Anfechtungsgut wird daher nicht von einer besonderen haftungsrechtlichen Zuweisung der Massegegenstände erfasst, wie §§ 35, 80 Abs. 1 InsO sie vermitteln; die Haftungsordnung der zwar anfechtbar veräußerten, aber dinglich voll wirksam zum Vermögen des Anfechtungsgegners gehörenden Gegenstände zur Masse ist anders als die haftungsrechtliche Zuweisung der dem Schuldner gehörenden Gegenstände an die Gläubiger keine alle anderen Funktionen überlagernde und außer Kraft setzende Zuweisung.

Dass die anfechtungsrechtliche Zuweisung eine Haftungszuweisung von minderer Durchsetzungskraft ist, zeigt sich auch bei den weiteren Rechtsfolgen: Während nämlich gutgläubiger Ersterwerb im Fall des § 81 InsO grundsätzlich nicht möglich ist (anders nur bei Buchrechten in dem eher theoretischen Fall des fehlenden Insolvenzvermerks), werden im Fall der Anfechtung gutgläubig-entgeltliche Erwerber stets vor der Inanspruchnahme

77) *Ganter*, in: MünchKomm-InsO (Fn. 3), § 47 Rdnr. 346; s. auch *Hess*, WuB VI C § 134 InsO 1.04; *Kübler/Prütting/Paulus* (Fn. 3), § 143 Rdnr. 31.

78) Zu dessen Eigenschaft als selbständiger Anfechtungstatbestand vgl. BGHZ 100, 36, 39; BGHZ 130, 314, 320; *Eckardt* (Fn. 3), S. 112 ff., 387; *Kirchhof*, in: MünchKomm-InsO (Fn. 3), § 145 Rdnr. 36; zur KO *Jaeger*, § 40 Rdnrn. 7, 22; *Jaeger/Lent* (Fn. 2), § 40 Rdnrn. 7, 22; a.A. vom Standpunkt der haftungsrechtlichen Lehre aus (die anfechtungsrechtliche Forthaftung bestehe ohne weiteres fort, wenn sie nicht durch gutgläubig-entgeltlichen Erwerb beendet werde) etwa *Gerhardt*, Festschrift Kirchhof, 2003, S. 121, 122 f.; *Jaeger/Henckel* (Fn. 3), § 40 Rdnrn. 4, 24; *Koziol* (Fn. 8), S. 59 f.; *Chr. Paulus*, in: *Kübler/Prütting* (Fn. 3), § 145 Rdnr. 1; *G. Paulus*, AcP 155 (1956), 277, 342 f.)

79) Dies betonte bereits die Begr. zur KO 1877 (S. 151 = *Hahn*, Mat. Bd. IV, S. 154 f.).

80) Vgl. *Jaeger/Henckel* (Fn. 3), § 1 Rdnrn. 2 f.

81) Zu diesem Zusammenhang vgl. eingehend *Henckel*, Festschrift Weber, 1975, S. 237 ff., 252; *ders.* in *Jaeger* (Fn. 3), § 1 Rdnrn. 2 f., § 3 Rdnr. 3; ferner etwa *Häsemeyer* (Fn. 3), Rdnr. 9.06.

geschützt. Die Möglichkeit gutgläubigen Zweiterwerbs richtet sich dementsprechend bei insolvenzbeschlagswidrigen Verfügungen nach den allgemeinen Vorschriften über den Erwerb vom Nichtberechtigten (Folge: kein gutgläubiger Erwerb in der Zwangsvollstreckung und bei Forderungen, Schädlichkeit schon grober Fahrlässigkeit), während die Anfechtung nach §§ 145 Abs. 2 InsO, 15 Abs. 2 AnfG ähnlich wie die Anfechtbarkeit des Vorerwerbs allein auf Unentgeltlichkeit oder Bösgläubigkeit i.S. positiver Kenntnis der die Anfechtbarkeit begründenden Umstände gestützt werden kann.⁸²

Wichtig sind in diesem Zusammenhang schließlich auch die aus §§ 145 Abs. 2 InsO, 15 Abs. 2 AnfG zu entnehmenden Hinweise auf die Voraussetzungen der Anfechtung gegen einen Gläubiger des Anfechtungsgegners, der im Wege der Einzelzwangsvollstreckung ein Pfandrecht an der anfechtbar weggegebenen Sache erlangt hat. Wie noch zu zeigen sein wird, ist der Gläubiger in diesem Fall Einzelrechtsnachfolger i.S.v. §§ 145 Abs. 2 InsO, 15 Abs. 2 AnfG⁸³ und deshalb nur dann gleichfalls anfechtungsrechtlich zur Restitution des Erlangten verpflichtet, wenn er im Hinblick auf den Erwerb des ersten Anfechtungsgegners bösgläubig war (§§ 145 Abs. 2 Nr. 1 InsO, 15 Abs. 2 Nr. 1 AnfG) oder im Vollstreckungswege eine unentgeltlich begründete Forderung geltend gemacht hat (§§ 145 Abs. 2 Nr. 3 InsO, 15 Abs. 2 Nr. 3 AnfG). Im Verhältnis zur Einzelzwangsvollstreckung von Eigengläubigern des Anfechtungsgegners kann also von unbedingter Haftungsriorität des Anfechtungsanspruchs keine Rede sein;⁸⁴ vielmehr haften diese Gläubiger, nicht anders als jeder sonstige Einzelrechtsnachfolger auch, nach Maßgabe des selbständigen Anfechtungstatbestandes des § 145 Abs. 2 InsO bzw. § 15 Abs. 2 AnfG unter den Voraussetzungen von Bösgläubigkeit oder Unentgeltlichkeit und eben auch *nur* unter diesen Voraussetzung selbst auf Rückgewähr. Hieraus wiederum ergibt sich deshalb ein Wertungsargument von Gewicht *gegen* die Haftungsriorität auch im Insolvenzverfahren: Ob das Anfechtungsgut dem haftenden Schuldnervermögen nach wie vor haftungsrechtlich *ausschließlich zugeordnet* ist, kann nicht verschieden beantwortet werden, je nachdem, ob die Eigengläubiger des Anfechtungsgegners im Wege der Einzelvollstreckung auf dieses zuzugreifen suchen oder ob die Sache im Wege der Gesamtvollstreckung zu ihren Gunsten verwertet werden soll. Umgekehrt formuliert: wird bei der Einzelvollstreckung eines Eigengläubigers sichtbar, dass es an dieser exklusiven Zuordnung fehlt (weil dieser anderenfalls *nie*, auch nicht im Falle seiner Gutgläubigkeit, wirksam in den Gegenstand vollstrecken könnte bzw. *immer* der Drittwiderspruchsklage ausgesetzt sein müsste), so spricht dies deutlich dafür, dass auch die die Aussonderung rechtfertigende ausschließliche Zuordnung der Sache zu einem anderen Vermögen als dem haftenden Schuldnervermögen (hier: des insolventen Anfechtungsgegners) zu verneinen sein muss.

e) Zur Argumentation mit der Billigkeit des Ergebnisses

Was bleibt, ist das abschließende Argument des Bundesgerichtshof, nur eine solche Vermögenszuordnung führe zu einem billigenwertigen und interessengerechten Ergebnis: Es sei nicht einzusehen, warum die Gläubiger des insolvent gewordenen Anfechtungsgegners von Rechtshandlungen sollten profitieren können, die im Hinblick auf die beiderseitige Insolvenz als ungerechtfertigte Vermehrung der Vermögensmasse des Empfängers erschienen. Dieses Billigkeitsargument ist im Aussonderungszusammenhang singulär, und es ist - auch unabgänglich von den bereits sub c. angemeldeten Zweifeln an der Gerechtigkeit des Ergebnisses - bedenklich. Als der IX. Senat eine Woche zuvor darüber zu entscheiden hatte, ob die Separierung der Haftungsmassen im Verhältnis einer juristischen Person zu ihrem einzigen Anteilseigner zugunsten der Gläubiger durchbrochen werden kann, hat der Senat nicht geprüft, ob sein (verneinendes) Ergebnis auch "billigenswert" ist,⁸⁵ er tat dies nicht, als er im Sommer desselben Jahres ein Aussonderungsrecht des Vermieters an den Mietzahlungen auf dem Fremdmietenkonto des Wohnungseigentumsverwalters für den Fall verneinte, dass der Verwalter auch eigene Zahlungen hierüber abgewickelt hatte,⁸⁶ er tat dies auch nicht in seiner im Jahr zuvor ergangenen Entscheidung, die einem widerruflich als Begünstigten einer Direktversicherung benannten leitenden Angestellten das Aussonderungsrecht im Insolvenzverfahren seines Arbeitgebers trotz des Umstands versagte, dass die Prämien aus seiner Vergütung bezahlt worden waren,⁸⁷ und auch das BAG tat dies nicht, als es vier Wochen zuvor entschied, die vom Arbeitgeber auf einem besonderen Bankkonto für die Abgeltung von Arbeitszeitguthaben der Arbeitnehmer bereitgestellte Gelder unterlägen im Insolvenzverfahren des

82Vgl. dazu auch *Gerhardt* (Fn. 3), S. 147, 150 f.; *ders.*, Festschrift Flume, 1978, Bd. I, S. 527, 535; *G. Paulus*, AcP 155 (1956), 277, 288 ff.; *Rutkowsky* (Fn. 2), S. 56 ff.

83S. unten sub IV. 3. m. Nachw.

84Nicht überzeugend deshalb auch *Paulus*, in: Kübler/Prütting (Fn. 3), § 143 Rdnr. 33, dem zufolge aus § 154 Abs. 2 InsO abzuleiten ist, dass erst der Rechtsübergang auf einen "Vierten" - d.h. den weiteren Rechtsnachfolger des vollstreckenden Gläubigers - die Haftung zum Erlöschen bringe.

85BGHZ 156, 310, 314 ff.

86BGH, ZIP 2003, 1404 m. Anm. *Bitter*, WuB VI C § 47 InsO 2.03, *Wilhelm*, LMK 2004, 35, und *Eckert*, EWIR 2003, 981.

87BGH, NJW 2002, 3253.

Arbeitgebers nicht der Aussonderung, wenn der Arbeitgeber selbst Inhaber des Kontos war.⁸⁸ In allen diesen Fällen kann man das Entscheidungsergebnis des jeweiligen Höchstgerichts für billig halten oder auch nicht, ebenso wie man auch in Frage stellen könnte, ob es gerecht ist, wenn sich die Insolvenzmasse an Vermögenswerten "bereichert", zu deren Auskehr an den Gläubiger der Schuldner zwar unstreitig verpflichtet war, aber eben nur aufgrund eines obligatorischen Verschaffungsanspruchs auf deliktischer oder bereicherungsrechtlicher Grundlage (so dass eine Aussonderungsbefugnis nicht in Betracht kommt). Dass dies so ist, ist nun einmal Ausdruck der *par condicio creditorum*, und dieses Prinzip wiederum ist für den Anfechtungsgläubiger nicht mehr und nicht weniger billigenwert als für den Delikts- oder Konditionsgläubiger.

3. Conclusio

Juristische Theoriegebäude entfalten, wenn sie einmal errichtet sind, typischerweise ein gewisses Eigenleben: Wer einer solchen Theorie anhängt, wird, aller selbstverständlichen professionellen Reserve gegen Dogmatismus und begriffsjuristische Ableitungen zum Trotz, im Zweifel immer dazu neigen, einem Ergebnis den Vorzug zu geben, welches diese Theorie dann auch "konsequent durchführt" - dies nicht nur, um dem Publikum auch den praktischen Nutzeffekt des Theoretisierens vorführen zu können, sondern auch um der verführerischen juristischen Ästhetik willen, die eine Vielzahl von auf diese Weise einheitlich hergeleiteten Einzelergebnissen eben auch ausstrahlt. Dies bringt freilich die Gefahr mit sich, im Einzelfall bestehende gegenläufige Wertungsgesichtspunkte ungerechtfertigt zurückzusetzen. Dieser Gefahr erliegt vielleicht auch, wer aus der fortbestehenden "haftungsrechtlichen Zuordnung" des Anfechtungsguts zur Insolvenzmasse, von der die haftungsrechtliche Lehre und mit ihr nun auch der Bundesgerichtshof ausgeht, zugleich die Haftungsriorität des Anfechtungsanspruchs gegenüber den Eigengläubigern des Anfechtungsgegners ableitet.⁸⁹ Die Theorie von der "haftungsrechtlichen Unwirksamkeit" anfechtbarer Vermögensverschiebungen, auf der diese Vorstellung aufbaut, ist nicht speziell im Hinblick auf die Lösung dieser Konfliktlage entwickelt worden und hat ihre primären Vorzüge in anderen Bereichen. Auch wenn die sich in dieser Lehre materialisierenden Wertungen natürlich auch bei der Lösung von Konfliktlagen wie der vorliegenden eingebracht werden können und müssen, ist deshalb eine andere Frage, ob sie sich bei der notwendigen Abwägung mit den jeweils einschlägigen gegenläufigen Interessen auch durchsetzen. M.E. haben sich in der vorliegenden Konstellation aber keine hinreichend schwerwiegenden Gründe gefunden, die es rechtfertigen, das insolvenzrechtliche Grundprinzip der Haftung des Vermögens des Schuldners für dessen Verbindlichkeiten - was hier bedeutet: Haftung der dem Anfechtungsgegner vermögensrechtlich zugeordneten Gegenstände ausschließlich für dessen Verbindlichkeiten - zu durchbrechen.

IV. Einige praktische Konsequenzen der neuen Rechtsprechung

Den sub III. angesprochenen Bedenken zum Trotz gilt natürlich, dass Rom jetzt gesprochen hat. In den nächsten Jahrzehnten wird es deshalb primär um die Frage gehen, welche Konsequenzen aus der *ratio decidendi* der vorliegenden Entscheidung für andere, noch nicht ausdrücklich entschiedene Fallkonstellationen mit ähnlicher Konfliktlage zu ziehen sind. Hierauf soll deshalb ein erster Blick geworfen werden, freilich beschränkt auf solche Konstellationen, in denen es um die Frage der Haftungsriorität geht. Denn nur hierauf bezieht sich die besprochene Entscheidung; auch wenn die Bejahung der Haftungsriorität nach der hier vertretenen Einschätzung sachlich nicht ohne ein implizites Bekenntnis zur haftungsrechtlichen Lehre zu erklären ist (vgl. sub III. 2.c.), so hat der Bundesgerichtshof es doch jedenfalls abgelehnt, sich allgemein für die Lehre von der haftungsrechtlichen Unwirksamkeit auszusprechen.⁹⁰

1. Zum Primäranspruch

a) Insolvenzanfechtung

Die Qualität eines Aussonderungsrechts hat zunächst der anfechtungsrechtliche Primäranspruch auf Rückgewähr eines konkreten Gegenstandes, mag es sich hierbei um eine Sache handeln, die zurück zu übereignen ist, oder um eine

⁸⁸BAG, ZIP 2004, 124 m. Anm. *Bezani/Richter*, EWIR 2004, 391.

⁸⁹Auch der *Verf.* meint mittlerweile, letztlich dieser Gefahr erlegen zu sein, als er früher einmal, wenngleich eher beiläufig und vorsichtig, der Auffassung von der Haftungsriorität bescheinigte, für sie dürften wohl die besseren Gründe sprechen (*Eckardt* (Fn. 3), S. 44 Fn. 34).

⁹⁰Immerhin enthalten die Kommentierungen der ehemaligen Senatsmitglieder *Kreft* und *Kirchhof*, auf die sich die anfechtungsrechtliche Senatsrechtsprechung der letzten Jahre fast ausschließlich gestützt hat, trotz prinzipieller Befürwortung eines schuldrechtlichen Grundverständnisses für so viele Fallkonstellationen Zugeständnisse an die Vorstellung einer "unmittelbaren" haftungsrechtlichen Unwirksamkeit - der Anfechtungsgegner sei ohne weiteres daran gehindert, anfechtbar erlangte Rechte gegenüber der Insolvenzmasse auszuüben oder sich sonst auf anfechtbare Rechtsänderungen zu berufen (vgl. *Kirchhof*, in: MünchKomm-InsO (Fn. 3), § 143 Rdnrn. 3, 8, 16, 29, 35 a.E., 36, 38, 42, 46 ff., 51 ff.; *Kreft*, in: HK-InsO (Fn. 3), § 143 Rdnr. 4) -, dass auch in dieser Richtung Folgeänderungen der Senatsrechtsprechung denkbar sind.

Forderung, die zurück abzutreten ist,⁹¹ einschließlich der Fälle, in denen der Anfechtungsgegner nur ein Sicherungsrecht erworben hatte.⁹² Entsprechend allgemeinen Grundsätzen ist der Anfechtungsanspruch materiellrechtlich wie verfahrensrechtlich ebenso durchzusetzen wie außerhalb des (über das Vermögen des Anfechtungsgegners eröffneten) Insolvenzverfahrens (§ 47 S. 2 InsO). Es kann deshalb der anfechtende Insolvenzverwalter seinen Kollegen, wenn die Rückgewähr nicht freiwillig erfolgt, auf Rückübereignung bzw. Rückabtretung durch Klage vor dem Prozessgericht in Anspruch nehmen und den titulierten Anspruch ggf. vollstrecken,⁹³ und er kann diesen Anspruch, falls nötig, auch durch eine einstweilige Verfügung⁹⁴ oder durch eine Vormerkung⁹⁵ sichern. Hatte der anfechtende Insolvenzverwalter vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Anfechtungsgegners bereits einen Anfechtungsprozess gegen den Schuldner anhängig gemacht, so kann er diesen nunmehr nach § 86 Abs. 1 Nr. 1 InsO gegen den Verwalterkollegen aufnehmen.⁹⁶ Hatte er bereits einen Vollstreckungstitel wegen des Anfechtungsanspruchs gegen den Schuldner erwirkt, so kann dieser nunmehr analog § 727 ZPO gegen den Verwalterkollegen umgeschrieben werden.

b) Einzelgläubigeranfechtung

Folgerichtig muss die Aussonderungskraft, auch wenn der Bundesgerichtshof seine Ausführungen auf den insolvenzanfechtungsrechtlichen Rückgewähranspruch beschränkt, abweichend von der bisherigen Rechtsprechung⁹⁷ auch für den außerhalb des Insolvenzverfahrens einem Einzelgläubiger zustehenden anfechtungsrechtlichen Rückgewähranspruch gelten; die Aussonderungskraft nach § 47 InsO muss sich hier auf die Klage auf Duldung der Zwangsvollstreckung beziehen, mit der die anfechtungsrechtliche Forthaftung des anfechtbar übertragenen Gegenstands geltend gemacht wird.⁹⁸

Allerdings ist bislang durchaus umstritten, ob es sich hier wirklich um einen Fall der Aussonderung handeln muss⁹⁹ oder ob nicht vielmehr die abgesonderte Befriedigung analog §§ 50 f. InsO der adäquate Rechtsbehelf wäre.¹⁰⁰ Vorzuziehen ist freilich auch hier die Einordnung als Aussonderungsrecht, da es nicht gerechtfertigt wäre, den Anfechtungsberechtigten mit den Sicherungsnehmern in einen Topf zu werfen und ihm insbesondere das Verwertungsrecht vorzuenthalten. Die Blick auf die Parallefrage bei der Konkurrenz mit vollstreckenden Eigengläubigern des Anfechtungsgegners - dort kann dem anfechtungsberechtigten Einzelgläubiger wegen der

91Eine unmittelbare Befugnis des Insolvenzverwalters zur Einziehung anfechtbar abgetretener Forderungen besteht richtiger Ansicht nach nicht; vielmehr ist auch bei haftungsrechtlichem Anfechtungsverständnis entweder die Rückabtretung oder alternativ die vorherige Erwirkung eines Duldungstitels und die anschließende Pfändung der Forderung beim Anfechtungsgegner erforderlich (vgl. *Allgayer* (Fn. 3), S. 199 f.; *Biehl*, KTS 1999, 313, 320; *Eckardt* (Fn. 3), S. 46 ff.; *Häsemeyer* (Fn. 3), Rdnrn. 21.13, 21.16 m. Fn. 39; *Kindl*, NZG 1998, 321, 327; a.A. *Jaeger/Henckel* (Fn. 3), § 37 Rdnrn. 24, 42, § 41 Rdnr. 44; s. auch *Marotzke*, KTS 1987, 569, 573 ff.).

92Anders insoweit *Kreft*, ZInsO 1999, 369, 372; *ders.*, in: HK-InsO (Fn. 3), § 129 Rdnr. 72 (bei anfechtbarer Belastung oder anfechtbarer Sicherungsübertragung nur Absonderungsrecht), jedoch m.E. zu Unrecht, da die anfechtungsrechtliche Rechtsstellung der Masse eben nicht wertmäßig (durch eine gesicherte Forderung) begrenzt ist, wie es für die Absonderungsrechte kennzeichnend ist; die Beschränkung auf ein Absonderungsrecht kommt daher allenfalls für den Anfechtungsanspruch des Einzelgläubigers in Betracht (s. sogleich sub b.).

93Vgl. nur *Jaeger/Henckel*, InsO, 2004, § 47 Rdnr. 169.

94Vgl. nur *Jaeger/Henckel*, InsO, 2004, § 47 Rdnr. 167.

95Vgl. etwa *Gerhardt* (Fn. 3), S. 28 ff., 332; *Kirchhof*, in: MünchKomm-InsO (Fn. 3), vor §§ 129 - 147 Rdnr. 22; *G. Paulus*, AcP 155 (1956), 277, 335 m. Fn. 10.1.

96So geschehen in BGHZ 156, 350 (Fn. 16), vgl. aaO. sub I. der Entscheidungsgründe.

97RGZ 13, 5, 6 f.; RGZ 40, 5, 6 f.; BGHZ 71, 296, 302; ebenso *Jaeger* (Fn. 8), Einl. Anm. 2 IV A 2 c, § 1 Rdnr. 22, § 9 Rdnr. 15; *Huber*, AnfG, 9. Aufl., 2000, § 11 Rdnr. 11; *Rutkowski* (Fn. 2), S. 107 ff., 124, 163 ff.

98An sich haftet dieser Gegenstand ipso iure für die ursprüngliche Schuld fort, und der Gläubiger ist materiell-rechtlich ohne weiteres befugt, in den Gegenstand zu vollstrecken; das formal-vollstreckungsrechtliche Titelerfordernis zwingt den Gläubiger jedoch zur (Duldungs-)Klage gegen den Anfechtungsgegner (vgl. *Allgayer* (Fn. 3), S. 92 ff.; *Eckardt* (Fn. 3), S. 40 ff., 44; *Gerhardt* (Fn. 3), S. 153 ff.; *ders.*, Festschrift Lüke, 1997, S. 121, 130 f.; *Henckel*, JuS 1985, 836, 842; *ders.*, in: *Jaeger* (Fn. 3), § 37 Rdnr. 22; *Kindl*, NZG 1998, 321, 324; *Lent*, ZZP 70 (1957), 401, 414 ff., 419 f.; *G. Paulus*, AcP 155 (1956), 277, 281 ff.).

99Hierfür *Allgayer* (Fn. 3), S. 118 ff.; *Kilger/K. Schmidt* (Fn. 10), § 43 KO Anm. 7; *Rosenberg/Gaul/Schilken* (Fn. 13), § 35 VI 3b; vgl. auch *Jaeger/Henckel* (Fn. 3), § 37 Rdnr. 71 (entweder Aussonderung oder Absonderung unter Ausschluss des Verwertungsrechts des Verwalters).

100So A. *Blomeyer* (Fn. 10), § 29 VI 4b; *Gerhardt* (Fn. 3), S. 334; *Kindl*, NZG 1998, 321, 330 f.; *G. Paulus*, AcP 155 (1956), 277, 350.

Begrenztheit seines Haftungsrechts unzweifelhaft nur die Klage auf vorzugsweise Befriedigung zustehen und nicht die Drittwiderspruchsklage¹⁰¹ - führt hier nicht zu einem abweichenden Ergebnis, da die Duldungsklage weder dazu führen kann, dass der Anfechtungsgegner mehr erlangt, als ihm nach dem Wert seines Haftungsrechts zustünde, noch dazu, dass der betreffende Gegenstand den übrigen Gläubigern als Haftungssubstrat entzogen würde; vielmehr fällt, nachdem der Anfechtungsberechtigte den Duldungstitel gegen den Insolvenzverwalter des Anfechtungsgegners erlangt bzw. umgeschrieben und sodann (ohne Rücksicht auf § 89 Abs. 1 InsO) in die Masse vollstreckt hat, der Übererlös ohne weiteres in die Insolvenzmasse.

2. Zum Sekundäranspruch

a) Vorliegen der Voraussetzungen einer Ersatzaussonderung

Wird die Rückgewähr in Natur unmöglich, so entstehen unter den Voraussetzungen des § 143 Abs. 1 S. 2 InsO i.V.m. §§ 818 Abs. 1, Abs. 2 2, Abs. 4 i.V.m. 292, 989 f. BGB verschiedene Sekundäransprüche, insbesondere ein Anspruch auf Wertersatz in Geld.¹⁰² Es fragt sich deshalb, ob diese Sekundäransprüche immer nur Insolvenzforderungen begründen oder u.U. auch gegen die Masse durchgesetzt werden können.

Insoweit ist zunächst an eine Ersatzaussonderung zu denken. In der Tat muss die Unmöglichkeit der Rückgewähr unter den zusätzlichen Kautelen des § 47 InsO grundsätzlich ein Ersatzaussonderungsrecht begründen, da dieses Sekundärrecht zwingend an die Existenz eines "Gegenstands, dessen Aussonderung hätte verlangt werden können", anknüpft.¹⁰³ Ist die Rückgewähr in Natur aus dem Grunde unmöglich, weil das Anfechtungsgut durch den Schuldner oder den Insolvenzverwalter entgeltlich weiterveräußert worden ist, so scheint dementsprechend die Ersatzaussonderung des noch offenen Gegenleistungsanspruchs bzw. der bereits eingezogenen, aber noch unterscheidbar in der Masse befindlichen Gegenleistung (§ 48 S. 2 InsO) verlangt zu werden können. Dies würde indes weiter voraussetzen, dass die Veräußerung auch unberechtigt war. Damit kommt man in gewisse Begründungsschwierigkeiten, da der insolvente Anfechtungsgegner vollwirksam Eigentümer des Anfechtungsguts geworden war und er deshalb rechtmäßig hierüber verfügen durfte; dies durfte deshalb auch sein Insolvenzverwalter. Zu einer unberechtigten Verfügung gelangt man deshalb nur, wenn man annimmt, die anfechtungsrechtliche Forthaftung des Anfechtungsguts hätte dem Anfechtungsgegner und folgeweise dessen Insolvenzverwalter die Verfügung über das Anfechtungsgut an sich verboten. Diese Argumentation würde sich an die einschlägige Deduktion in den wertungsmäßig parallelen Treuhandfällen anlehnen, in denen die Rechtswidrigkeit der Veräußerung verbreitet ebenfalls aus dem Eingriff in die haftungsrechtliche Zuordnung gefolgert wird.¹⁰⁴ Hier wie dort ist problematisch, dass die der haftungsrechtlichen Zuordnung widersprechende Veräußerung bürgerlich-rechtlich jedenfalls ohne weitere Voraussetzungen - insbesondere auch ohne Gutgläubigkeit des Erwerbers - wirksam ist; speziell der Erwerb von Anfechtungsgut führt nur unter den Voraussetzungen des § 145 Abs. 2 InsO zu selbständigen Anfechtungsansprüchen gegen den dritten Erwerber.¹⁰⁵

Problematisch an der Anerkennung eines Ersatzaussonderungsrechts ist aber auch, dass § 48 InsO einen Hilfsanspruch des ursprünglich Aussonderungsberechtigten auf die Gegenleistung bzw. den Gegenleistungsanspruch nicht eigentlich gewährt, sondern seine Existenz voraussetzt und nur dessen insolvenzrechtliche Durchsetzbarkeit ausspricht.¹⁰⁶ Ein "Rechtsverfolgungsanspruch", der nach der Veräußerung des Aussonderungsguts auf die Gegenleistung gerichtet ist, ist aber im Fall des Anfechtungsanspruchs jedenfalls nach h.M. grundsätzlich nicht gegeben, verneint diese doch die Anwendbarkeit von § 143 Abs. 1 Satz 2 InsO i.V.m. §§ 819 Abs. 1, 818 Abs. 4, 285 BGB (§ 281 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.¹⁰⁷ Die für die

101Dazu unten sub 3.

102Vgl. zur rechtlichen Begründung und zum Inhalt der Sekundäransprüche im Einzelnen *Eckardt*, Festschrift Gerhardt, 2004, S. 145, 169 ff. m.w.N.

103Ebenso BGHZ 155, 199, 204 f. (Fn. 14); *Kreft*, ZInsO 1999, 370, 372; *ders.*, in HK-InsO (Fn. 3), § 129 Rdnr. 73, § 143 Rdnr. 35; *Haas/Müller*, EWiR 2004, 347 f.; *Smid*, DZWIR 2004, 1, 22; *Uhlenbruck/Hirte* (Fn. 3), § 129 Rdnr. 140; so schon *Gerhardt* (Fn. 3), S. 335; a.A. *G. Paulus*, AcP 155 (1956), 277, 346 f. m. Fn. 117.

104Vgl. etwa *Gundlach/Frenzel/Schmidt*, KTS 2002, 459, 464; *Jaeger/Henckel*, InsO, 2004, § 48 Rdnr. 58.

105Dazu, dass es sich bei § 145 Abs. 2 InsO um einen selbständigen anfechtungsrechtlichen Anspruch gegen den Rechtsnachfolger handelt, vgl. eingehend *Eckardt* (Fn. 3), S. 110 ff. m.w.N. pro und contra.

106Vgl. nur RGZ 115, 262, 264; *Häsemeyer* (Fn. 3), Rdnr. 11.20 m. Fn. 54; *Jaeger/Lent* (Fn. 2), § 46 Rdnr. 11; *Jaeger/Henckel*, InsO, 2004, § 48 Rdnr. 3; *Smid/Joneleit/Imberger* (Fn. 28), § 48 Rdnr. 2; *Uhlenbruck* (Fn. 3), § 48 Rdnr. 1.

107So bereits zur KO etwa RGZ 56, 194, 196; RGZ 70, 226, 233; RGZ 134, 84, 87; *Gerhardt* (Fn. 3), S. 280 f.; *Jaeger/Lent* (Fn. 2), § 37 Rdnr. 15; *Jaeger/Henckel* (Fn. 3), § 37 Rdnr. 124; zur InsO v. *Campe* (Fn. 13), S. 292;

Surrogatsherausgabepflicht des redlichen Bereicherungsschuldners maßgebliche Bestimmung des § 818 Abs. 1 BGB wiederum soll nach h.M. grundsätzlich nur das *commodum ex re*, dagegen gerade nicht den Veräußerungserlös erfassen;¹⁰⁸ überdies wird nahezu allgemein angenommen, die Verweisung des § 143 Abs. 1 S. 2 InsO beziehe sich gar nicht auch auf § 818 Abs. 1 BGB, sondern lediglich auf §§ 819 Abs. 1, 818 Abs. 4 i.V.m. den "allgemeinen Vorschriften" (hier also § 285 BGB n.F.).¹⁰⁹ Hält man das jeweils für richtig,¹¹⁰ so steht die Gegenleistung dem Anfechtungsberechtigten nach den außerhalb der Insolvenz (des Anfechtungsgegners) geltenden Regeln gar nicht zu.¹¹¹ Ein Ersatzaussonderungsanspruch kommt deshalb unter dieser Prämisse nur in Betracht, wenn man ihn auch zur Verstärkung des Wertersatzanspruchs nach § 143 Abs. 1 S. 2 InsO (i.V.m. § 989, 292, 818 Abs. 4, 819 Abs. 1 BGB) gewähren will, was freilich insofern problematisch wäre, als zumindest der über den objektiven Wert der Sache hinausgehende Teil des Veräußerungserlöses dem Anfechtungsberechtigten nach der zitierten h.M. gerade nicht zustehen soll.

b) Wertersatzanspruch und Aussonderungsbefugnis

In den übrigen Fällen einer Unmöglichkeit der Rückgewähr in Natur - d.h. denjenigen Fallkonstellationen, in denen es entweder an einer entgeltlichen Veräußerung fehlt (so dass ein Gegenleistungsanspruch gar nicht erst entstanden ist) oder in denen schon die übrigen Tatbestandsvoraussetzungen des § 47 InsO nicht vorliegen -, scheidet eine Ersatzaussonderung unproblematisch aus. Es bleibt deshalb die Frage, ob nicht schon der schuldrechtliche Wertersatzanspruch als solcher zur Aussonderung berechtigt. Dies hatte der BGH einige Monate zuvor zu prüfen gehabt und verneint;¹¹² soweit ersichtlich, hat dies bislang auch niemand ernstlich erwogen.¹¹³ Hier stößt also der Gedanke des haftungsrechtlichen Vorrangs der Anfechtung offensichtlich an eine Grenze: Nur wenn als Substrat des anfechtungsrechtlichen Haftungsvorrangs ein konkreter aussonderungsfähiger Gegenstand (vgl. schon den Wortlaut des § 47 InsO) in Betracht kommt, ist an die Aussonderung zu denken; eine von jeglichem konkreten Gegenstand abstrahierte Wertverfolgung scheidet dagegen aus.

c) Der Wertersatzanspruch als Masseverbindlichkeit

Zu erwägen bleibt deshalb nur noch die Qualifikation des Wertersatzanspruchs als Masseverbindlichkeit. In Betracht kommt zunächst ein Massebereicherungsanspruch nach § 55 Abs. 1 Nr. 3 InsO,¹¹⁴ der freilich nur gegeben ist, wenn der Insolvenzverwalter des Anfechtungsgegners eine Gegenleistung nach der Verfahrenseröffnung zur Masse gezogen hat und die Masse noch um diese bereichert ist;¹¹⁵ darüber hinaus wäre noch dazutun, dass der Wertersatzanspruch - was angesichts der Rechtsfolgenverweisung des § 143 Abs. 1 S. 2 InsO auf das Bereicherungsrecht allerdings möglich

Kirchhof, in: MünchKomm-InsO (Fn. 3), § 143 Rdnr. 71; *Kreft*, in: HK-InsO (Fn. 3), § 143 Rdnr. 22; *Nerlich*, in: Nerlich/Römermann (Fn. 20), § 143 Rdnr. 28; a.A. *Breutigam/Tanz*, ZIP 1998, 717, 724; *Gottwald/Huber* (Fn. 20), § 52 Rdnr. 11; *Huber* (Fn. 97), § 11 Rdnr. 44; *Uhlenbruck/Hirte* (Fn. 3), § 143 Rdnr. 31; *Dauernheim*, in: FK-InsO (Fn. 2), § 143 Rdnr. 15.

108Vgl. RGZ 86, 343, 347; RGZ 101, 389, 391; 133, 283, 287; BGHZ 24, 106, 110; BGHZ 75, 203, 206; BGHZ 82, 299, 307 f.; BGHZ 112, 288, 294 f.; *Larenz/Canaris*, Schuldrecht BT II/2, 13. Aufl. 1995, § 72 I 1c, S. 266.

109Der Hinweis auf die Anwendbarkeit von § 818 Abs. 1 und 2 BGB findet sich, so weit ersichtlich nur bei *Kreft* (*Kreft*, in: HK-InsO (Fn. 3), § 143 Rdnr. 21), während die übrigen Autoren die Anwendbarkeit anderer bereicherungsrechtlicher Bestimmungen als der §§ 819 Abs. 1, 818 Abs. 4 BGB entweder ausdrücklich ablehnen (so etwa *Kirchhof*, in: MünchKomm-InsO (Fn. 3), § 143 Rdnr. 10; *Uhlenbruck/Hirte* (Fn. 3), § 143 Rdnrn. 31 f.; *Dauernheim*, in: FK-InsO (Fn. 2), § 143 Rdnrn. 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 (vgl. *Kirchhof*, in: MünchKomm-InsO (Fn. 3), § 143 Rdnrn. 59 ff., 73 ff., 78; *Huber* (Fn. 97), § 11 Rdnr. 45; *ders.*, in: *Gottwald* (Fn. 20), § 52 Rdnr. 6; *Häsemeyer* (Fn. 3), Rdnr. 21.104; *Kübler/Prütting/Paulus* (Fn. 3), § 143 Rdnrn. 37, 57 ff., 58; *Nerlich*, in: Nerlich/Römermann (Fn. 20), § 143 Rdnrn. 22 ff., 82; *Smid/Zeuner* (Fn. 28), § 143 Rdnrn. 18 f.).

110Hiergegen allerdings *Verf.*, in: Festschrift Gerhardt, 2004, S. 145, 170 f., 185 f.

111Vgl. auch *G. Paulus*, AcP 155 (1956), 277, 346 f. m. Fn. 117; gegen ihn, aber m.E. insoweit nicht überzeugend, *Gerhardt* (Fn. 3), S. 336 f. m. Fn. 267.

112BGHZ 155, 199, 202 ff. (Fn. 14).

113S. auch *Gerhardt* (Fn. 3), S. 336; *Jaeger/Henckel*, InsO, 2004, § 47 Rdnr. 116.

114BGHZ 155, 199, 205 (Fn. 14); *Gerhardt* (Fn. 3), S. 336 m. Fn. 269; *Kreft*, ZInsO 1999, 370, 372; *ders.*, in: HK-InsO (Fn. 3), § 129 Rdnr. 73, § 143 Rdnr. 35; *Uhlenbruck/Hirte* (Fn. 3), § 129 Rdnr. 140.

115Vgl. BGH, ZIP 1997, 1551, 1552; BGH, ZIP 2000, 244, 245; BGHZ 155, 199, 205 (Fn. 14); *Hefermehl*, in: MünchKomm-InsO (Fn. 3), § 55 Rdnrn. 203, 206 f.; *Jaeger/Henckel*, InsO, 2004, § 55 Rdnrn. 78 ff.; *Uhlenbruck/Berscheid* (Fn. 3), § 55 Rdnr. 74; *Eickmann*, in: HK-InsO (Fn. 3), § 55 Rdnr. 24.

erscheint¹¹⁶ - überhaupt eine "Verbindlichkeit aus ungerechtfertigter Bereicherung der Masse" darstellt, wie § 55 Abs. 1 Nr. 3 InsO sie, damit auf die §§ 812 ff. BGB verweisend,¹¹⁷ voraussetzt. Hat der Insolvenzverwalter selbst die Unmöglichkeit der Rückgewähr in Natur schuldhaft herbeigeführt, so muss der Schadensersatzanspruch nach § 143 Abs. 1 S. 2 InsO i.V.m. §§ 819 Abs. 1, 818 Abs. 4, 292 Abs. 1, 989 Abs. 1 BGB eine Masseverbindlichkeit nach § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO darstellen.¹¹⁸

d) Die Anfechtungsrechtsfolgen in den übrigen Fällen

In vielen Fällen bestehen Anfechtungsrechtsfolgen nicht in einem Anspruch auf Rückgewähr eines bestimmten Gegenstands zur Insolvenzmasse, sondern darin, dass der Anfechtungsgegner von einer zu Lasten der Masse erworbenen Rechtsposition keinen Gebrauch machen darf oder sich zugunsten der Masse behandeln lassen muss, als sei eine von der Masse zu seinen Gunsten aufgegebenene Rechtsposition noch vorhanden - mag man diese Wirkungen nun mit der rein schuldrechtlichen Theorie erklären oder mit der Lehre von der "unmittelbaren" haftungsrechtlichen Unwirksamkeit. Es fragt sich deshalb, ob die prinzipielle Anerkennung der Aussonderungskraft des anfechtungsrechtlichen Primäranspruchs durch den Bundesgerichtshof auch in diesen Fällen die Rechtsstellung des Anfechtungsberechtigten in der Insolvenz des Anfechtungsgegners verbessert. Bei einem rein schuldrechtlichen Verständnis der Anfechtungswirkungen wäre diese Frage zweifellos zu verneinen, müsste dieses doch dazu führen, dass der Anfechtungsanspruch nur zu quotaler Befriedigung als Insolvenzforderung berechtigte. Zum gleichen Ergebnis muss aber wohl auch die haftungsrechtliche Betrachtungsweise hier gelangen, da sich die Haftungsriorität im Insolvenzverfahren über das Vermögen des Anfechtungsgegners auf das Aussonderungsrecht i.S.v. § 47 InsO beschränkt und sich das Aussonderungsrecht wiederum nur auf "Gegenstände" beziehen kann (s.o. sub b.). Außen vor bleiben außer dem schon angesprochenen Wertersatzanspruch mithin auch alle anderen Fallkonstellationen, in denen ein aussonderungsfähiger Gegenstand nicht vorhanden ist.

3. Die Haftungsriorität des Anfechtungsanspruchs gegenüber der Einzelzwangsvollstreckung von Eigengläubigern des Anfechtungsgegners

a) Insolvenzanfechtung

Die Frage der Haftungsriorität stellt sich nicht nur für den Fall, dass über das Vermögen des Anfechtungsgegners das Insolvenzverfahren eröffnet wird, sondern in vergleichbarer Weise auch dann, wenn ein Eigengläubiger des Anfechtungsgegners in die nach § 143 Abs. 1 S. 1 InsO zurück zu gewährende Sache oder Forderung vollstreckt. Auf den ersten Blick mag es allein folgerichtig erscheinen, die für die Insolvenzkonstellation bejahte Haftungsriorität des Anfechtungsanspruchs ohne weiteres auf die Vollstreckungssituation zu erstrecken und dem anfechtenden Verwalter die Drittwiderspruchsklage zu gewähren. Denn nicht anders als im Fall der Aussonderung geht es bei der Drittwiderspruchsklage um die Zuordnung des betreffenden Gegenstands zum haftenden Vermögen des (Vollstreckungs-)Schuldners;¹¹⁹ auch hier existiert mit der Drittwiderspruchsklage des uneigennütigen Treuhänders zudem eine anerkannte Parallele.¹²⁰

Der Bundesgerichtshof hat sich in seiner Entscheidung vom 23.10. 2003 hierzu nicht geäußert. Nach den meisten Vertretern der haftungsrechtlichen Lehre kann die Drittwiderspruchsklage, wie gesehen, jedoch nur dann mit Erfolg darauf gestützt werden, das Vollstreckungsgut sei haftungsrechtlich nicht dem Vollstreckungsschuldner (Anfechtungsgegner), sondern weiterhin der Masse zugeordnet, wenn im Hinblick auf den Gläubiger die Voraussetzungen der §§ 145 Abs. 2 InsO, 15 Abs. 2 AnfG vorliegen.¹²¹ Dies erscheint auch zutreffend, da der Erwerb im Vollstreckungswege anerkanntermaßen einen Fall der Einzelrechtsnachfolge in das Anfechtungsgut darstellt,¹²² so dass dieser Erwerb unter den Voraussetzungen der genannten Bestimmung und nach unzweideutiger gesetzlicher Bestimmung dann auch *nur* unter diesen Voraussetzungen der Anfechtung unterliegt, zumal für eine Diskriminierung des Vollstreckungserwerbs gegenüber rechtsgeschäftlichem Erwerb an dieser Stelle kein Anlass besteht. Dass der

¹¹⁶Eingehend dazu *Eckardt*, Festschrift Gerhardt, 2004, S. 145, 169 ff.

¹¹⁷*Jaeger/Henckel*, InsO, 2004, § 55 Rdnr. 78.

¹¹⁸Vgl. *Gerhardt* (Fn. 3), S. 336 m. Fn. 269.

¹¹⁹Vgl. *Henckel*, JuS 1985, 836, 842; *Mesch* (Fn. 2), S. 113; *K. Schmidt*, in: MünchKomm-ZPO (Fn. 13), § 771 Rdnr. 44; *ders.*, JZ 1990, 619, 622; *Musielak/Lackmann*, ZPO, 4. Aufl. 2004, § 771 Rdnr. 29; *Rosenberg/Gaul/Schilken* (Fn. 13), § 40 VI 8a, 41 IV; *Stein/Jonas/Münzberg* (Fn. 11), § 771 Rdnr. 34; *Wittschier*, JuS 1998, 926, 929.

¹²⁰Vgl. *Brox/Walker*, JA 1986, 113, 117; *dies.* (Fn. 11), Rdnr. 1415; *Henckel*, ZZP 84 (1971), 447, 456; *G. Paulus*, AcP 155 (1956), 277, 334; *Stein/Jonas/Münzberg* (Fn. 11), § 771 Rdnr. 22; s. auch BGHZ 11, 37, 41; gegen diese Parallele *Rutkowsky* (Fn. 2), S. 154 f.

¹²¹S.o. Fn. 13.

¹²²Vgl. *Dauernheim*, in: FK-InsO (Fn. 2), § 145 Rdnr. 11; *Jaeger/Henckel* (Fn. 3), § 37 Rdnr. 72, § 40 Rdnr. 28; *Kirchhof*, in: MünchKomm-InsO (Fn. 3), § 145 Rdnr. 21; *Kübler/Pritting/Paulus* (Fn. 3), § 145 Rdnr. 10; *K. Schmidt*, JZ 1990, 889, 892.

Vollstreckungserwerb stets als "unentgeltlicher" i.S. von §§ 145 Abs. 2 Nr. 3 InsO, 15 Abs. 2 Nr. 3 AnfG anzusehen sei und deshalb de facto ohne weitere Voraussetzungen der Anfechtung unterliege, wird zwar verbreitet angenommen,¹²³ vermag aber letztlich ebenfalls nicht zu überzeugen, da der Begriff der "Unentgeltlichkeit" hier nicht anders interpretiert werden kann als im Fall des § 134 InsO und die generelle Zuordnung der Anfechtung von Vollstreckungsakten zur Schenkungs- statt zur Deckungsanfechtung zweifellos nicht in Betracht kommt.¹²⁴ Im Ergebnis bleibt dann aber von der postulierten Haftungsriorität im Verhältnis zu den Einzelgläubigern des Anfechtungsgegners nicht mehr viel übrig, denn dass jeglicher derivative Erwerb vom ersten Anfechtungsgegner unter den Voraussetzungen des § 145 Abs. 2 InsO selbständig angefochten kann, ergibt sich schlicht aus der Anwendung dieses selbständigen gesetzlichen Anfechtungstatbestands und nicht mehr aus dem viel weitergehenden und mit § 145 Abs. 2 InsO letztlich gar nicht vereinbaren Gedanken der Haftungsriorität.¹²⁵

Wer § 145 Abs. 2 InsO für anwendbar hält, kommt freilich nicht darum herum, sich auch noch Gedanken um den für die Subsumtion unter das Bösgläubigkeits-Kriterium maßgeblichen Zeitpunkt zu machen. Richtigerweise kann dies nur derjenige Zeitpunkt sein, zu dem der vollstreckende Gläubiger zum ersten Mal eine dingliche Rechtsstellung erlangt hat, weil sich zu diesem Zeitpunkt sein Rechtserwerb i.S. von § 140 Abs. 1 InsO vollendet.¹²⁶

b) Einzelgläubigeranfechtung

Im Fall der Einzelgläubigeranfechtung ist die Problemlage zunächst einmal die gleiche wie bei der Insolvenzanfechtung, d.h. es kommt auch hier darauf an, ob die Haftungsriorität - wenn man sie überhaupt durchgreifen lässt¹²⁷ - hier ebenfalls ohne weiteres durchgreift oder ob zusätzlich die Voraussetzungen einer Anfechtung gegen den Einzelrechtsnachfolger (§ 15 Abs. 2 AnfG) zu prüfen sind,¹²⁸ und auch hier sprechen die besseren Gründe für die Anwendung dieser Einschränkung.

Zusätzlich ist hier aber der richtige Rechtsbehelf zu problematisieren: Vielfach wird für die Durchsetzung der Haftungsriorität für den Anspruch eines anfechtenden Einzelgläubigers wiederum die Drittwiderspruchsklage vorgeschlagen.¹²⁹ Richtigerweise kommt aber auch vom haftungsrechtlichen Standpunkt aus nur die Klage auf vorzugsweise Befriedigung gem. § 805 ZPO in Betracht;¹³⁰ denn die Anfechtungsrechtsfolgen müssen sich bei der Einzelgläubigeranfechtung auf das beschränken, was "zur Befriedigung des anfechtenden Gläubigers erforderlich ist" (§

123Vgl. K. Schmidt, JZ 1987, 889, 892; ders., JZ 1990, 619, 622; ders. in MünchKomm-ZPO (Fn. 13), § 771 Rdnr. 44; Kirchhof, in: MünchKomm-InsO (Fn. 3), § 145 Rdnrn. 21, 30; Kreft, in: HK-InsO (Fn. 3), § 129 Rdnr. 71, § 145 Rdnr. 12.

124Kirchhof, in: MünchKomm-InsO (Fn. 3), § 134 Rdnr. 17, § 145 Rdnr. 30, sucht diesem Einwand durch die Annahme zu begegnen, §§ 134, 145 Abs. 2 Nr. 3 InsO, §§ 4, 15 Abs. 2 Nr. 3 AnfG erfassen den Vollstreckungserwerb nur als "unentgeltlichen", weil und soweit die Vollstreckung das haftungsrechtlich der Insolvenzmasse zugeordnete und deshalb gar nicht vollstreckungstaugliche Anfechtungsgut betreffe. Ob das Anfechtungsgut wirklich der Insolvenzmasse haftungsrechtlich exklusiv zugeordnet ist, ist indes gerade die Frage, die unter Zuhilfenahme der §§ 145 Abs. 2 Nr. 3 InsO, 15 Abs. 2 Nr. 3 AnfG beantwortet werden soll, so dass mit dieser Begründung m.E. vorausgesetzt wird, was erst noch bewiesen werden sollte.

125S. dazu bereits oben sub III. 2. d.

126Vgl. RGZ 39, 39, 83; Jaeger/Henckel (Fn. 3), § 40 Rdnr. 28; allgemein RGZ 103, 113, 118; Dauernheim, in: FK-InsO (Fn. 2), § 145 Rdnr. 14; Jaeger/Henckel (Fn. 3), § 40 Rdnr. 51; Kirchhof, in: MünchKomm-InsO (Fn. 3), § 145 Rdnr. 27; Smid/M. Zeuner (Fn. 28), § 145 Rdnr. 11 a.E.; für Abschluss der Zwangsvollstreckung Gerhardt (Fn. 3), S. 337 f.; wohl auch, aber unklar G. Paulus, AcP 155 (1956), 277, 334 f.

127Hiergegen vom Standpunkt der rein schuldrechtlichen Theorie etwa Baur/Stürmer, Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Aufl. 1995, Rdnrn. 26.81, 46.13; Jaeger (Fn. 8), § 1 Rdnrn. 22 f., § 7 Rdnr. 44; Rutkowsky (Fn. 2), S. 105 ff., 157 ff.; für die Haftungsriorität dagegen trotz rein schuldrechtlicher Basis der größte Teil der vollstreckungsrechtlichen Literatur, vgl. etwa Brox/Walker (Fn. 11), Rdnrn. 1425, 1458; Huber (Fn. 97), § 13 Rdnr. 4; Musielak/Lackmann (Fn. 119), § 771 Rdnr. 29; Stein/Jonas/Münzberg (Fn. 11), § 771 Rdnr. 34.

128Für letzteres demgemäß auch hier die h.M., vgl. etwa G. Paulus, AcP 155 (1956), 277, 337 f., 345; Rosenberg/Gaul/Schilken (Fn. 13), § 35 V 2; s. auch Baur/Stürmer (Fn. 127), Rdnr. 26.64; Huber (Fn. 97), § 15 Rdnr. 10; Rutkowsky (Fn. 2), S. 163 ff.; a.A. Allgayer (Fn. 3), S. 113 f.; Gerhardt (Fn. 3), S. 337 f.; für Anwendbarkeit des § 15 Abs. 2 Nr. 3 AnfG K. Schmidt, JZ 1987, 889, 892.

129Henckel, JuS 1985, 836, 842; Musielak/Lackmann (Fn. 119), § 771 Rdnr. 29; K. Schmidt, JZ 1987, 889, 891; ders., JZ 1990, 619, 622; ders., in: MünchKomm-ZPO (Fn. 13), § 771 Rdnr. 44; Stein/Jonas/Münzberg (Fn. 11), § 771 Rdnr. 34; Wittschier, JuS 1998, 926, 929.

130Allgayer (Fn. 3), S. 112 ff., 116; Brox/Walker (Fn. 11), Rdnrn. 1425, 1458; Gerhardt (Fn. 3), S. 336; Huber (Fn. 97), § 13 Rdnr. 4; Musielak/Becker (Fn. 119), § 805 Rdnr. 6; Rosenberg/Gaul/Schilken (Fn. 13), § 35 VI 8a, § 41 VI 8a; Schilken, in: MünchKomm-ZPO (Fn. 13), § 805 Rdnr. 16.

11 Abs. 1 S. 1 AnfG a.E.). Auch so wird, wie mehrheitlich gewünscht wird, die Haftungspriorität der Gläubiger des Schuldners verwirklicht; freilich macht die Beschränkung des Einzelgläubigers auf die Vorzugsklage zugleich deutlich, dass es mit der *ausschließlichen* Zuordnung des Anfechtungsguts zum haftenden Schuldnervermögen nicht so weit her sein kann, können doch, soweit der Wert des Anfechtungsguts nicht in vollem Umfang für die Befriedigung des anfechtenden Gläubigers verbraucht wird, nach wie vor offenbar auch die Eigengläubiger des Anfechtungsgegners ein Pfändungspfandrecht erwerben und bei der Versteigerung Befriedigung erfahren.

4. Anfechtbare Vollstreckungen beim Schuldner

Eine andere Frage ist es, ob einer anfechtbaren Vollstreckung des Anfechtungsgegners in einen danach Masse gefallenen Gegenstand technisch mit der Drittwiderspruchsklage begegnet werden kann¹³¹ oder ob nur die Klage auf Freigabe als echte Leistungsklage zu Gebote steht¹³². Richtig erscheint allein ersteres:¹³³ Denn da es auch für § 771 ZPO auf die Zugehörigkeit zum haftenden Vermögen ankommt und diese in Konsequenz des Urteils vom 23. 10. 2003 zu verneinen ist, kann die Anwendung des § 771 ZPO nicht mehr - wie der Bundesgerichtshof bislang angenommen hatte - deswegen verneint werden, weil der Anfechtende nicht geltend mache, der gepfändete Gegenstand gehöre nicht zum Vermögen des Vollstreckungsschuldners. Zudem sollte der Anfechtungsberechtigte bei dem Gericht klagen können, in dessen Bezirk die Zwangsvollstreckung erfolgt (vgl. §§ 771 Abs. 1, 802 ZPO), und auch den bei der Drittwiderspruchsklage einfacher ausgestalteten einstweiligen Rechtsschutz - der Anfechtungsberechtigte kann gem. §§ 771 Abs. 3 i.V.m. §§ 769, 770 ZPO beantragen, dass die Zwangsvollstreckung bis zum Erlass des Urteils eingestellt und dass bereits durchgeführte Vollstreckungsmaßnahmen aufgehoben werden und muss nicht den umständlicheren Weg über eine einstweilige Verfügung gehen; anderenfalls könnte demgegenüber nicht einmal ein der Klage auf Rückgewähr stattgebendes Endurteil zur Einstellung der Zwangsvollstreckung und Aufhebung der Vollstreckungsmaßnahmen führen, da die Voraussetzungen der §§ 775 f. ZPO nicht gegeben sind. Spezifisch haftungsrechtliche Erwägungen sind das aber nicht, so dass m.E. als fraglich erachtet werden muss, ob der Bundesgerichtshof auch insofern seine bisherige gegenteilige Rechtsprechung aufgeben und die Drittwiderspruchsklage zulassen wird.

5. Vollstreckungen von Einzelgläubigern des Schuldners in anfechtbar abgetretene Forderungen

Eine wiederum ganz andere Frage ist es, ob sich einzelne Gläubiger des (nicht im Insolvenzverfahren befindlichen) Schuldners die haftungsrechtliche Unwirksamkeit der Abtretung einer Forderung¹³⁴ dergestalt zunutze machen können, dass sie aus ihrem gegen den Schuldner erwirkten Titel trotz vermögensrechtlicher Zuordnung der Forderung zum Anfechtungsgegner in diese vollstrecken. Dies wurde bislang ganz überwiegend und weitgehend unabhängig von der dogmatischen Konstruktion der Anfechtungswirkungen verneint,¹³⁵ teilweise aber auch unter Berufung auf die haftungsrechtliche Unwirksamkeit der anfechtbaren Vermögensverschiebung durchaus für möglich gehalten.¹³⁶ Auf diese sehr komplexe Frage kann hier nicht weiter eingegangen werden. Prima facie wird jedoch auch in diesem Fall die

131Hierfür *Gerhardt* (Fn. 3), S. 336; *Häsemeyer* (Fn. 3), Rn 21.13; *Henckel*, JuS 1985, 836, 842; *ders.*, in: *Jaeger* (Fn. 3), § 37 Rdnr. 13, 62; *Kindl*, NZG 1998, 321, 329; *G. Paulus*, AcP 155 (1956), 277, 335 (m. Fn. 101); *Rosenberg/Gaul/Schilken* (Fn. 13), § 41 VI 8; *K. Schmidt*, JZ 1990, 619, 626; ebenso vom Boden der schuldrechtlichen Theorie aus RGZ 18, 393, 394; RGZ 30, 304, 397; KG, NJW 1958, 914, 915; *Mesch* (Fn. 2), S. 122 ff.

132 So BGH NJW 1990, 990, 992 (= JZ 1990, 657 m. abl. Anm. *K. Schmidt*, JZ 1990, 619, 623ff.); *Jaeger* (Fn. 8), § 1 Rdnr. 23; *Jaeger/Lent* (Fn. 2), § 29 Rdnr. 9; *Lent*, JR 1958, 302, 303; offen BGHZ 135, 140, 147 f., dazu *Henckel*, EWIR 1997, 943.

133S. *Kindl*, NZG 1998, 321, 329.

134Bei anfechtbarer Veräußerung einer Sache wird in dieser Konstellation allgemein kein Problem gesehen: Vollstreckt ein Gläubiger z.B. nach einer anfechtbaren Sicherungsübereignung in die beim Schuldner verbliebene Sache, so wird der Anfechtungsgegner dem mit der auf sein Eigentum gestützten Drittwiderspruchsklage entgegentreten; der Gläubiger kann sodann mit der Anfechtungseinrede (vgl. § 9 AnfG) die Anfechtbarkeit des Eigentumserwerbs geltend machen (so trotz schuldrechtlichen Anfechtungsverständnisses auch BGHZ 55, 20, 28; BGHZ 98, 6, 9; *Huber* (Fn. 97), § 9 Rdnr. 3; *Jaeger* (Fn. 8), § 5 Rdnr. 1; *ders.*, LZ 1913, 23, 28, 32 f.; ebenso (selbstverständlich) bei haftungsrechtlichem Verständnis z.B. *G. Paulus*, AcP 155 (1956), 277, 304; *K. Schmidt*, in: *MünchKomm-ZPO* (Fn. 13), § 771 Rdnr. 48). Befindet sich die Sache beim Anfechtungsgegner, so scheidet die Vollstreckung schon faktisch an § 808 f. ZPO.

135So vom Standpunkt der schuldrechtlichen Konzeption aus BGHZ 100, 36, 42 ff.; BGH NJW-RR 1992, 612, 613; BAG ZIP 1993, 940, 942; *Baur/Stürner* (Fn. 127), Rdnrn. 26.72, 30.16; *Jauernig* (Fn. 2), § 19 V 3; *Musielak/Becker* (Fn. 119), § 829 Rdnr. 45; *Rosenberg/Gaul/Schilken* (Fn. 13), § 35 VI 1a, § 55 I 3 a aa; *Stein/Jonas/Brehm* (Fn. 11), § 829 Rdnrn. 67, 110; zust. vom haftungsrechtlichen Standpunkt aus *Allgayer* (Fn. 4), S. 124 ff.; *Gerhardt*, JR 1987, 415, 417; *Henckel*, EWIR 1987, 427, 428; *Kindl*, NZG 1998, 321, 328.

136Vgl. *Häsemeyer*, KTS 1982, 307, 311; *Kübler/Prütting/Paulus* (Fn. 3), § 11 AnfG Rdnr. 8; *K. Schmidt*, JZ 1987, 889, 894; *Tiedtke*, ZIP 1993, 73, 75 u. 1452, 1455 f.

Leistungsfähigkeit der haftungsrechtlichen Theorie wohl überschätzt, wenn man aus ihr die Vollstreckungsmöglichkeit herleitet, und es ist m.E. anzunehmen, dass der Bundesgerichtshof das hier ebenso sehen wird.

V. Resümee

Der Insolvenzrechtssenat des Bundesgerichtshofs hat - mit einer Offenheit gegenüber der Fortentwicklung des Rechts, für die er einmal mehr zu preisen ist - eine langjährige Rechtsprechungstradition verabschiedet und durch die Anerkennung der Haftungspriorität für den anfechtungsrechtlichen Rückübertragungsanspruch seine in den letzten Jahren eingeschlagene Linie, durch tendenziell anfechtungsfreundliche Interpretation der Anfechtungsvoraussetzungen und -rechtsfolgen einen Beitrag zur weiteren Effektivierung des Insolvenz- und Einzelgläubigeranfechtungsrechts zu leisten, spektakulär fortgesetzt. Wie so häufig hat freilich auch diese Medaille eine Kehrseite: Ob die berechtigten Interessen der Eigengläubiger des Anfechtungsgegners, deren Haftungsgrundlage sich auf diese Weise unversehens in Luft auflösen kann, dabei nicht zu sehr aus dem Blickfeld geraten sind, bleibt zweifelhaft. Dies wird auch die Praxis der Insolvenzverwaltung nicht unberührt lassen: Jeder Insolvenzverwalter wird in Zukunft zumindest bei Gegenständen von wirtschaftlicher Bedeutung, die er in der Masse vorgefunden hat, außer der Rechtswirksamkeit des Erwerbs immer auch dessen Anfechtbarkeit ins Auge fassen müssen, da ihm die Insolvenz eines Geschäftspartners jederzeit einen anfechtungsbereiten Kollegen bescheren kann. Angesichts der Tatsache, dass aufgrund der fortschreitenden Verschärfung des Anfechtungsrechts durch Gesetzgebung und Rechtsprechung auch ein auf den ersten Blick adäquates Austauschgeschäft von der Anfechtbarkeit bedroht sein kann, bringt die Änderung für den Insolvenzpraktiker deshalb wohl auch ein beträchtliches Maß an zusätzlicher Unsicherheit über den realisierbaren Wert der vorhandenen Masse (vgl. § 208 InsO) mit sich.