

## § 1 Einleitung

### A. Zivilrecht als Vorwertung des Insolvenzrechts

#### 1. Soll- und Istmasse

Gegenstand der insolvenzrechtlichen Gesamtvollstreckung ist nach der Insolvenzordnung (IO) „das gesamte, der Exekution unterworfenen Vermögen, das dem Gemeinschuldner [...] gehört“ (§ 2 Abs 2 IO<sup>1)</sup>). Das Gesetz nennt dieses Vermögen *Insolvenzmasse*. Allerdings ist es auch möglich, dass sich „in der Insolvenzmasse Sachen [befinden], die dem Gemeinschuldner ganz oder zum Teile nicht gehören“ (§ 44 Abs 1 IO).

Dass sich nach § 44 Abs 1 IO in der Insolvenzmasse finden kann, was nach § 2 Abs 2 IO *per definitionem* gar nicht dazugehört, ist ein augenfälliger, allerdings rein begrifflicher Widerspruch, der darauf zurückzuführen ist, dass die IO an beiden Stellen jeweils von verschiedenen konnotierten Massebegriffen ausgeht. Die Insolvenzordnung hat dabei – wie *Friedrich Oetker* formuliert hat – Ideal und Wirklichkeit vor Augen<sup>2)</sup>. § 2 Abs 2 IO spricht als Ideal das Vermögen an, das der insolvenzrechtlichen Gesamtvollstreckung unterworfen sein soll und das deshalb zumeist als *Sollmasse* bezeichnet wird<sup>3)</sup>. Dass diese Sollmasse nur Sachen umfasst, die dem Gemeinschuldner gehören, ist eine nicht weiter begründungsbedürftige und selbstverständliche Ausprägung des Prinzips von Schuld und Haftung:

Die Gläubiger eines Schuldners haben nur Zugriff auf das Vermögen dieses Schuldners und nicht auf die Vermögenswerte irgendwelcher Dritter<sup>4)</sup>. Was dem Gemeinschuldner nicht gehört, kann daher auch nicht zu ihren Gunsten verwertet werden<sup>5)</sup>. Versteht man die „Schuld“ als Leistensollen und die „Haftung“ als komplementäres Einstehen müssen für diese Schuld<sup>6)</sup>, wäre nicht einzusehen, warum jemand für das Leistensollen eines anderen einzustehen hätte, wenn er sich nicht dazu verpflichtet hat. Eine Vollstreckung in schuldnerfremdes Vermögen ist daher – mit den Worten des BGH – „von Anfang an eine Störung der privaten Rechtslage“<sup>7)</sup>.

<sup>1)</sup> Für Deutschland siehe § 35 InsO, vgl auch FN 9.

<sup>2)</sup> *Oetker*, Konkursrechtliche Grundbegriffe 10 f.

<sup>3)</sup> Aus der modernen Literatur vgl nur *Buchegger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht<sup>4</sup> I § 1 KO Rz 42; *Peters* in *MüKo*, InsO<sup>3</sup> § 35 Rz 19 f. Auch die Begriffe der „Aktivmasse“ oder „Teilungsmasse“ finden Verwendung, siehe etwa *Bork*, Insolvenzrecht<sup>8</sup> Rz 228.

<sup>4)</sup> *Larenz*, Schuldrecht AT<sup>14</sup> 21 ff; in jüngerer Zeit auf *Nunner-Krautgasser*, Vermögenshaftung 30 ff, 134 ff.

<sup>5)</sup> *Jauernig/Berger*, Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht<sup>23</sup> § 13 Rz 1, 8, § 44 Rz 2; BGHZ 11, 37, 41; 55, 20, 26; 58, 207, 218 (vgl dazu *Gaul* in FS BGH II 525); 67, 378, 383.

<sup>6)</sup> *Rummel* in *Rummel/Lukas*<sup>4</sup> § 859 Rz 17; auf *Nunner-Krautgasser*, Vermögenshaftung 121 ff.

<sup>7)</sup> Vgl BGHZ 67, 378, 383 und die E in FN 5.

Während § 2 Abs 2 IO also das Vermögen normativ umschreibt, das dem Zugriff der Gläubiger unterliegt, behandelt § 44 IO ein unvermeidliches Phänomen der insolvenzrechtlichen Wirklichkeit, nämlich jenes Vermögen, das der Masseverwalter bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens tatsächlich beim Gemeinschuldner vorfindet<sup>8</sup>). Dieses Vermögen wird als *Istmasse* bezeichnet<sup>9</sup>). Sollmasse und Istmasse zur Deckung zu bringen, gehört zu den Aufgaben des Masseverwalters<sup>10</sup>). Ist die Istmasse im Vergleich zur Sollmasse zu klein, zB weil der Gemeinschuldner Gegenstände bei-seite geschafft oder Rechtsgeschäfte getätigt hat, die der Anfechtung unterliegen, hat der Masseverwalter solche Gegenstände zur Masse zu ziehen. Ist die Istmasse zu groß, weil sich darin Sachen befinden, die dem Gemeinschuldner gar nicht gehören<sup>11</sup>), hat der Masseverwalter solche Gegenstände auszusondern<sup>12</sup>). Mit dieser Verpflichtung korrespondiert ein Aussonderungsanspruch des Berechtigten (§ 44 Abs 1 IO)<sup>13</sup>).

Nach dem bisher Gesagten setzt sich also die Güterzuordnung in der Insolvenz durch. Das leuchtet unmittelbar ein und charakterisiert geradezu ihr Verständnis als absolute Rechtsposition<sup>14</sup>). Was außerhalb der Insolvenz jedermann zu respektieren hat (vgl § 354 ABGB), wirkt eben auch gegen den Masseverwalter und die Gläubiger, ein Umstand, der schon durch die verfassungsrechtliche Eigentumsgarantie

---

<sup>8)</sup>) Buchegger in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht<sup>4</sup> I § 1 KO Rz 42.

<sup>9)</sup>) Die deutsche InsO vermeidet durch eine Neufassung der entsprechenden Bestim-mungen der dKO die Unterscheidung zwischen Ist- und Sollmasse auf normativer Ebene (vgl aber § 86 Abs 1 Z 1 InsO). Einerseits wird die Insolvenzmasse nach § 35 InsO durch „das gesamte Vermögen, das dem Schuldner zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens gehört und das er während des Verfahrens erlangt“ gebildet. Andererseits formuliert § 47 InsO (anders als noch § 43 dKO und § 44 IO), dass ein Aussonderungsberechtigter geltend mache, „dass ein Gegen-stand nicht zur Insolvenzmasse“ gehöre, vgl dazu *Ganter* in MüKo, InsO<sup>3</sup> § 47 Rz 4.

Dennoch bleibt die Unterscheidung auch dem deutschen Insolvenzrecht nicht erspart, vgl etwa *Henckel* in *Jaeger*, InsO § 35 Rz 7, § 47 Rz 3. Das Problem des Auseinanderklaffens des der Gesamtvollstreckung unterworfenen Vermögens einerseits und des vom Masseverwalter vorgefundenen Vermögens andererseits ist ein faktisches Problem, dessen Bewältigung nicht von der Bezeichnung der einen oder anderen Vermögensmasse abhängt. Ob die frühere Dik-tion, die jener der IO entspricht, „unkorrekt“ ist, kann daher dahinstehen, vgl aber *Henckel* in *Jaeger*, InsO § 35 Rz 7.

<sup>10)</sup> Siehe etwa *Bork*, Insolvenzrecht<sup>8</sup> Rz 227.

<sup>11)</sup> Vgl zur Kann-Masse *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 42.

<sup>12)</sup> Davon zu unterscheiden ist die „Freigabe von Konkursvermögen“, zu dieser die gleichnamige Arbeit von *Nunner*.

<sup>13)</sup> Die von manchen deutschen Autoren betonte Unterscheidung zwischen Aussonderungsrecht und Aussonderungsanspruch wird hier nicht weiter verfolgt (*Henckel* in *Jaeger*, InsO § 47 Rz 5, 11). Sie erscheint nicht besonders fruchtbringend, wenn man erkennt, dass der Inhalt des Aussonderungsanspruches sich nach dem materiellen Recht richtet, also nicht zwingend die Herausgabe umfasst (vgl *Uhlenbrück* in *Uhlenbrück*, InsO<sup>12</sup> § 47 Rz 3; *Brinkmann* in *Uhlenbrück*, InsO<sup>14</sup> § 47 Rz 3; *Berger* in FS *Kreft* 192 f). Ebenso meint *Ganter* in MüKo, InsO<sup>3</sup> § 47 Rz 5: „Wenn ein Gegenstand aussonderungsfähig ist, hat der Berechtigte daran ein Aussonderungsrecht. Allenfalls kann man das Recht auf Aussonderung von der Aussonderung selbst – also dem Vorgang, mit dem das Recht verwirklicht wird – unterscheiden.“

<sup>14)</sup> Für beschränkte dingliche Rechte gilt grundsätzlich dasselbe, der Rechtsschutz richtet sich aber notwendigerweise nach ihrem (beschränkten) Inhalt, so dass zB Pfandrechte bekanntlich nur zur abgesonderten Befriedigung berechtigen.

nahegelegt wird<sup>15)</sup>), und den die IO dadurch zum Ausdruck bringt, dass Aussonderungsrechte gemäß § 44 Abs 1 IO „nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu beurteilen“ sind. Dieser Verweis erinnert auf den ersten Blick zwar vage an die natürlichen Rechtsgrundsätze des § 7 ABGB und damit an die „ungeschriebenen Eckpfeiler“ der Rechtsordnung<sup>16)</sup>). Er ist tatsächlich aber viel weniger diffus. Die „allgemeinen Rechtsgrundsätze“ werden nämlich einhellig als Bezugnahme auf die Normen des allgemeinen Privatrechts verstanden<sup>17)</sup>.

Die IO schafft somit keine Rechtspositionen, sondern übernimmt nur die Vorgaben des allgemeinen Privatrechts. Nach ihnen sollen sich die Massefremdheit und das Recht bestimmen, diese geltend zu machen<sup>18)</sup>). Daraus folgt die Faustregel, dass dingliche Rechte an Sachen insolvenzfest sind, schuldrechtliche Ansprüche auf Sachen, wie zB auf Übergabe der schon bezahlten, vom Gemeinschuldner aber noch nicht übergebenen Kaufsache, hingegen nicht; sie werden zur Insolvenzforderung und deshalb nicht zur Gänze, sondern nur anteilig befriedigt (§§ 14, 51 IO). Nicht nur der rechtliche, auch der wirtschaftliche Unterschied zwischen relativem Forderungsrecht und absoluter Rechtsposition könnte also größer nicht sein. Hierin liegt der Ursprung der Erkenntnis, dass sich nur in der Insolvenz die Reichweite subjektiver Rechte in ihrer Wertigkeit voll verdeutlicht<sup>19)</sup>), und deren schon sprichwörtliche Charakterisierung als „Prüfstein der Dinglichkeit“<sup>20)</sup>.

## 2. Dingliche und persönliche Aussonderungsrechte

§ 44 Abs 1 IO regelt das Recht auf Aussonderung massefremder Sachen aber in interessanter Weise, indem er normiert, dass wenn eine Sache nicht dem Gemeinschuldner gehört, „das dingliche oder persönliche Recht auf Aussonderung nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu beurteilen“ ist. In vergleichbarer Weise sieht § 47 der deutschen Insolvenzordnung (InsO) vor, dass kein Insolvenzgläubiger ist, „wer auf Grund eines dinglichen oder persönlichen Rechts geltend machen kann, dass ein Gegenstand nicht zur Insolvenzmasse gehört“<sup>21)</sup>.

---

<sup>15)</sup> Vgl Stern in FS Helmrich 740 f. Hiebei wird nicht verkannt, dass das Insolvenzverfahren in vielerlei Hinsicht in einem Spannungsverhältnis zur Eigentumsgarantie steht, wie die Forderungskürzung durch Mehrheitsbeschluss bei Sanierungs- und Zahlungsplan zeigt, vgl BVerfG in NJW 2004, 1233, Gerhardt, ZZP 95 (1982) 467, 492.

<sup>16)</sup> P. Bydlinski in KBB<sup>3</sup> § 7 ABGB Rz 4.

<sup>17)</sup> Statt aller Bartsch/Pollak I<sup>3</sup> 266; II<sup>3</sup> 251. Damit besteht ein Gleichklang zum deutschen Recht, wo das Aussonderungsrecht sich – weniger metaphysisch formuliert – „nach den Gesetzen, die außerhalb des Insolvenzverfahrens gelten“, richtet (§ 47 InsO, gleichsinnig früher schon § 43 dKO, siehe dazu FN 21).

<sup>18)</sup> Bartsch/Pollak II<sup>3</sup> 251; Berger in FS Kreft 192. Die Aufgabe der gesonderten Anerkennung allgemeiner privatrechtlicher Vorgaben liegt darin, deutlich zu machen, dass bestimmte Rechtspositionen von der Insolvenz nicht betroffen, sondern verschont werden.

<sup>19)</sup> Zöllner, AcP 190 (1990) 483.

<sup>20)</sup> Siehe etwa Henckel in Jaeger, InsO § 38 InsO Rz 20; mit ausführlicher historischer Fundierung Pflüger, AcP 79 (1892) 424.

<sup>21)</sup> Auch die Vorgängerbestimmung des § 43 dKO besagte, dass „Ansprüche auf Aussonderung eines dem Gemeinschuldner nicht gehörigen Gegenstandes aus der Konkursmasse auf Grund eines dinglichen oder persönlichen Rechts“ nach den außerhalb des Konkursverfahrens geltenden Gesetzen zu bestimmen waren.

Das „dingliche Recht auf Aussonderung“ lässt sich problemlos identifizieren. Es erschöpft sich darin, die sachenrechtliche Güterzuordnung zum insolvenzrechtlich relevanten Maßstab zu erklären. Da Voraussetzung der Aussonderung die Masse-fremdheit, also die vermögensrechtliche Güterzuordnung an eine andere Person als den Gemeinschuldner ist, ist ein dingliches Aussonderungsrecht dieses Dritten ein logischer Reflex des allgemeinen Privatrechts<sup>22)</sup>). Dabei denkt man unwillkürlich an den Eigentümer, der sein Recht beim Gemeinschuldner verfolgen will, und damit an das Schulbeispiel der Aussonderung schlechthin<sup>23)</sup>). Die dingliche Aussonderung ist sehr häufig einfach ein Anwendungsfall der *rei vindicatio*<sup>24)</sup>.

Ein persönliches Aussonderungsrecht ist für sich genommen auch noch nichts Besonderes. Auch bei Forderungen gibt es ja mit der Rechtszuständigkeit eine eindeutige Zuordnung des Vermögenswerts, die funktional dem Eigentum an körperlichen Sachen entspricht<sup>25)</sup>). Wird die Rechtszuständigkeit an einer Forderung beeinträchtigt, besteht in Anbetracht der Absolutheit der Zuordnung ebenso Bedarf nach Rechtsschutz wie bei körperlichen Sachen<sup>26)</sup>), da die Grundsätze von Schuld und Haftung ja nicht auf solche Sachen beschränkt sind<sup>27)</sup>). Da es bei Forderungen in der Regel kein dingliches Substrat gibt<sup>28)</sup>, gibt es auch kein dingliches Aussonderungsrecht<sup>29)</sup>. Das persönliche Aussonderungsrecht gewährleistet dann als Pendant des dinglichen Aussonderungsrechts notwendigen Rechtsschutz.

---

<sup>22)</sup> Die Frage nach der Natur des subjektiven Rechts (vgl dazu Aicher, Eigentum 13 ff, zur weiteren Einordnung Kletečka, Bürgerliches Recht I<sup>14</sup> Rz 158 ff) kann hier daher dahinstehen, der Aussonderungsanspruch hat jedenfalls Reflexcharakter.

<sup>23)</sup> Vgl Jauernig/Berger, Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht<sup>23</sup> § 44 Rz 3: „deutlicher als durch Dritteigentum kann nicht dargetan werden, daß die Sache nicht zum Vermögen des Schuldners gehört“.

<sup>24)</sup> So auch Eccher/Riss in KBB<sup>5</sup> § 366 Rz 3. Inhalt der Aussonderung könnte auch die Feststellung des Dritteigentums sein, wenn der Herausgabe ein Recht zum Besitz entgegensteht, weitere Fallgruppen bei Jauernig/Berger, Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht<sup>23</sup> § 44 Rz 8 ff.

<sup>25)</sup> Grundlegend Koziol, Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte 15 ff, 140 ff; Reischauer, RZ 1987, 216; Welser/Czermak, RdW 1985, 143; aus der modernen Kommentarliteratur etwa Bollenberger in KBB<sup>5</sup> § 859 Rz 16. Im Zusammenhang mit der Intervention gegen fremde Zwangsvollstreckung Kindl in Saenger, HK-ZPO<sup>7</sup> § 771 Rz 7; Münzberg in Stein/Jonas, ZPO<sup>22</sup> § 771 Rz 24.

<sup>26)</sup> Statt die Herausgabe zu begehrn, wird der materiell Berechtigte etwa einen Feststellungs- oder Unterlassungsanspruch geltend machen. Vgl die Auseinandersetzung damit in RGZ 89, 143.

<sup>27)</sup> Picker in FS Bydlinski 313 spricht treffend von einem „Grundmuster der Mechanik von Rechtszuweisung und Rechtsschutz im Zivilrecht“.

<sup>28)</sup> Bei dinglichen Rechten stünde zwar ein nach landläufiger Diktion dinglicher Anspruch wie zB die *actio confessoria* für Servitusberechtigte (§ 523 ABGB) zur Verfügung, die Masse kann aber auch persönliche Rechte (Forderungen) für sich beanspruchen, die mangels Sachherrschaft kein dingliches Substrat haben. Dingliche Ansprüche scheiden in solchen Fällen notwendig aus.

<sup>29)</sup> AA wohl Ganter in MüKo, InsO<sup>3</sup> § 47 Rz 204.

Vgl zur Tauglichkeit des Begriffes des „dinglichen Anspruchs“ in jüngerer Zeit Picker in FS Bydlinski 269 ff, 313 ff, aber auch schon den Beitrag von Pflüger, AcP 79 (1892) 406.

## B. Persönliches Aussonderungsrecht als Fremdkörper

Mit der Verteidigung der Rechtszuständigkeit an Forderungen hat es aber noch nicht sein Bewenden. Das persönliche Aussonderungsrecht hat vielmehr ein gewisses Eigenleben entwickelt und ist zum Einfallstor für eine Abkoppelung des Insolvenzrechts von der Güterzuordnung geworden. So wird etwa zu bedenken gegeben, die vermögensrechtliche Zuordnung sei längst nicht mehr ausschlaggebend, die Unterscheidung zwischen Insolvenzforderungen einerseits und Aussonderungs- sowie Absonderungsrechten andererseits entspreche nicht mehr jener zwischen Forderungsrechten und dinglichen Rechten<sup>30)</sup>.

Besonders anschaulich zeigt sich die Wirkmacht des persönlichen Rechts auf Aussonderung bei der Frage der Aussonderungskraft insolvenzrechtlicher Anfechtungsansprüche, auf die noch ausführlich einzugehen sein wird<sup>31)</sup>. Der BGH hat dazu eine bemerkenswerte Judikaturlinie entwickelt, die auf Grund der ganz vergleichbaren Rechtslage nach ersten Stimmen auch für Österreich relevant sein soll.

Das Anfechtungsrecht soll als Vorwirkung der Insolvenz bekanntlich verhindern, dass einzelne Gläubiger durch Verfügungen vor der Insolvenzeröffnung zu Lasten der Gemeinschaft Vorteile erzielen. Um die Masse wieder aufzufüllen, können Rechtsgeschäfte unter bestimmten Voraussetzungen (§§ 28–31 IO) angefochten „und den Insolvenzgläubigern gegenüber als unwirksam erklärt“ werden (§ 27 IO)<sup>32)</sup>. Der BGH hat für die ewig umstrittene Frage, welches Schicksal solche Anfechtungsansprüche haben, wenn der Anfechtungsgegner seinerseits insolvent ist, intensiv auf andere persönliche Aussonderungsrechte rekuriert<sup>33)</sup>. Er betonte, dass auch schuldrechtliche Ansprüche „bei einer den Normzweck beachtenden Betrachtungsweise zu einer vom dinglichen Recht abweichenden Vermögenszuweisung führen“. Der Gesetzgeber könne eine solche Zuordnung etwa dadurch zum Ausdruck bringen, „daß er dem Berechtigten unter bestimmten Voraussetzungen lediglich einen schuldrechtlichen Rückgewähranspruch einräumt“, wie das bei Sachen der Fall sei, die ein Geschäftsherr seinem Auftragnehmer zur Ausführung eines Auftrages überlassen hat. Der Rückgabebanspruch des Geschäftsherrn habe Aussonderungskraft. Einen weiteren Mosaikstein bildete für den BGH die Treuhand. Auch bei ihr ist die Aussonderungsfähigkeit von Treugut grundsätzlich anerkannt. Der Treugeber kann sich gegen den vollstreckungsrechtlichen Zugriff auf das Treugut durch Gläubiger des Treuhänders wehren. Gegen exekutive Zugriffe steht ihm die Exszindierung zu<sup>34)</sup>, in der Insolvenz kann er aussondern<sup>35)</sup>. Da auch der Treugeber nur einen schuldrechtlichen Anspruch gegen den Treuhänder hat<sup>36)</sup>, zog der BGH auch diesen Fall für die Beurteilung der Aussonderung bei Anfechtungsansprüchen heran. Auf Grund der Ähnlichkeit mit beiden Fallgruppen erklärte er schließlich anfechtungsrechtliche Rückgewähransprüche für

---

<sup>30)</sup> Häsemeyer, Insolvenzrecht<sup>4</sup> Rz 11.04, zurückhaltender Rz 1.15.

<sup>31)</sup> Siehe unten § 5 (S 287 ff).

<sup>32)</sup> So auch die Formulierung von § 29 dKO; zur heutigen Rechtslage vgl Henckel in Jaeger, InsO § 143 Rz 18.

<sup>33)</sup> BGHZ 156, 350, 359 ff.

<sup>34)</sup> Vgl nur Jakusch in Angst/Oberhammer, EO<sup>3</sup> § 37 Rz 38.

<sup>35)</sup> Vgl nur Schulyok in Konecny/Schubert, KO § 44 Rz 3.

<sup>36)</sup> Siehe aber noch unten § 3.C.7. (S 151 ff).

aussonderungsfähig, das Eigentumsrecht des Anfechtungsgegners werde wie dasjenige des insolventen Treuhänders „überspielt“<sup>37)</sup>.

Die Entscheidung ist in mehrfacher Hinsicht interessant: Erstens versammelt sie nahezu alle wichtigen Fälle schuldrechtlicher Aussonderung. Nimmt man zu den angesprochenen Rückgewähransprüchen, der Treuhand und der Anfechtung noch die Aussonderung von Buchgeld hinzu, wäre die Liste komplett<sup>38)</sup>. Zweitens fällt auf, dass der BGH eine Vergleichbarkeit zunächst von obligatorischen Rückgewähransprüchen und der Treuhand suggeriert und so den Schluss aus diesen beiden auf die Beurteilung von Anfechtungsansprüchen vorbereitet. Die Idee von Zusammenhängen zwischen den einzelnen persönlichen Aussonderungsfällen findet sich vergleichbar auch in der österreichischen Literatur<sup>39)</sup>. Das wirft die Frage nach Systemzusammenhängen und durchgängigen Wertungen auf<sup>40)</sup>. Eine schnelle Antwort kann nicht gegeben werden, denn jeder der angesprochenen Fälle wirft schon für sich genommen grundlegende Fragen auf.

## 1. Fallgruppen persönlicher Aussonderung

### a) Rückgewähransprüche

Die Schwierigkeiten beim Auffinden durchgängiger Wertungen beginnen daher schon beim ursprünglichsten Fall, dem Vollstreckungsschutz auf Grund schuldrechtlicher Rückgabeansprüche, für die der BGH exemplarisch – im Ergebnis aber unzutreffend<sup>41)</sup> – den Rückgabeanspruch beim Auftrag nennt, zu denen aber jedenfalls Ansprüche des Hinterlegers, des Verleihers, des Vermieters usw gehören. Franz Bydlinski attestiert dem Schutz dieser Rechtspositionen, ein „bemerkenswertes Beispiel für eine – verstärkte –, Außenseite‘ der Forderungsrechte“ zu sein<sup>42)</sup>. Weniger freundlich ist die Klassifizierung als „Anomalität“ durch Gursky<sup>43)</sup> oder Pickers Bewertung als „Bruch mit der für das geltende Privatrecht grundlegenden Wertentscheidung, daß obligatorische Rechte nur dem Verpflichteten gegenüber bestehen“<sup>44)</sup>. Während dieser Bruch im Insolvenzrecht eher beschaulich vonstatten gegangen ist, war im deutschen Recht beim exekutionsrechtlichen Zwilling der Aussonderung, dem Drittwiderspruch (§ 771 dZPO), das Bestehen einer obligatorischen Widerspruchsbeugnis lange als die Kardinalfrage umstritten<sup>45)</sup>. Münzberg und Brehm meinen, das Widerspruchsrecht werde dem Herausgabeberechtigten gewährt, weil man glaube, interessengerechte Ergebnisse rechtfertigten es, „dogmatische und systematische Bedenken zu überwinden“<sup>46)</sup>. Die Anerkennung eines insolvenzrechtlichen Aussonderungsrechts bedarf daher ebenso einer besonderen Begründung. Es fällt auf, dass diesem Umstand

---

<sup>37)</sup> BGHZ 156, 350, 360.

<sup>38)</sup> Siehe sogleich B.1.

<sup>39)</sup> So zum Verfolgungsrecht Bartsch/Pollak II<sup>3</sup> 268.

<sup>40)</sup> Dazu siehe B.2. (S 8 f.).

<sup>41)</sup> Vgl § 5.C.2.a. (S 292 f.).

<sup>42)</sup> F. Bydlinski, System und Prinzipien 340.

<sup>43)</sup> Gursky in Staudinger (2012) § 985 Rz 168.

<sup>44)</sup> Picker, Drittwiderspruchsklage 7.

<sup>45)</sup> Vgl R. Schmidt, ZZP 17 (1892) 405 f; Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, Zwangsvollstreckungsrecht<sup>12</sup> § 41 Rz 16. Dazu unten § 2.D. (S 49 ff.).

<sup>46)</sup> Münzberg/Brehm in FS Baur 522.

auf Grund der Normierung in § 44 IO/§ 47 InsO weniger Bedeutung beigemessen wurde, was eine teleologische Fundierung schwer macht und manche (Folge-)Fragen offen lässt.

#### b) Treuhand

Das literarische Urteil über die Treuhand fällt nicht viel besser aus. Dass die Aussonderung bei der Treuhand „mit den bestehenden Grundsätzen unvereinbar“ ist<sup>47)</sup>, wie Wilburg feststellt, lässt sich nicht bestreiten. Trotz gelegentlicher trotziger Zwischenrufe<sup>48)</sup> herrscht aber immerhin Einigkeit darüber, dass Treugut in der Insolvenz des Treuhänders ausgesondert werden kann. Auffallend ist allerdings, dass keinerlei Konsens darüber besteht, warum das der Fall sein soll und dass bei im Großen und Ganzen vergleichbarer Rechtslage die Rahmenbedingungen dieses Privilegs in Österreich, Deutschland und der Schweiz völlig verschieden sind. Während in der Schweiz eine ablehnende Haltung gegenüber Vollstreckungsprivilegien des Treugebers überwiegt, wurden diese in Deutschland zwar grundsätzlich und schon früh anerkannt, es wurde aber ebenso früh versucht, der Aussonderung enge Grenzen zu setzen. Die diesbezüglich entwickelten Ansätze sind überaus vielfältig und Gegenstand unzähliger Abhandlungen. In Österreich gab es demgegenüber bezüglich der Grenzen der Aussonderung kaum Problembewusstsein. Deutschland diente als Vorbild für den Vollstreckungsschutz, die Diskussion über die Rahmenbedingungen wurde allerdings nicht importiert. In jüngerer Zeit hat freilich eine überaus umstrittene Entscheidung des OGH die Diskussion angestoßen<sup>49)</sup>.

#### c) Anfechtung

Schließlich ist auch der unmittelbare Anlass der eingangs zitierten referierten BGH-Entscheidung, nämlich die Frage der Aussonderung auf Grund von Anfechtungsansprüchen, besonders umstritten<sup>50)</sup>. Die Frage, ob solche Ansprüche in der Insolvenz des Anfechtungsgegners privilegiert sein sollen, wurde in Österreich und Deutschland bei vergleichbarer Rechtslage die längste Zeit gleich entschieden: der Anfechtungsanspruch wurde als Insolvenzforderung qualifiziert und genoss keine Priorität. Der BGH hat mit der erwähnten Entscheidung aber bei nach wie vor vergleichbarer Rechtslage eine spektakuläre Judikaturwende vollzogen. Damit hat er nicht nur ein Jahrhundert gegenteiliger Rechtsprechung<sup>51)</sup> obsolet gemacht, sondern diese Frage auch für Österreich aktualisiert.

#### d) Buchgeld

Auch was die Aussonderung von Buchgeld angeht, ist die österreichische Lehre und Rechtsprechung durch Konstanz gekennzeichnet, während – wiederum bei

---

<sup>47)</sup> Wilburg, JBl 1949, 31.

<sup>48)</sup> Aus jüngerer Zeit siehe bei Fridgen, ZInsO 2004, 536 ff; Rabl, ÖBA 2006, 578; Spitzer, RdW 2006, 681.

<sup>49)</sup> OGH in JBl 2010, 238 (König/Karollus) = ecolex 2010/156 (Oberhammer) = ÖBA 2010/1622 = RdW 2010/445 = ZIK 2010/157 (dazu Reisenhofer, ZIK 2010/120).

<sup>50)</sup> Siehe schon Nunner-Krautgasser, Vermögenshaftung 138 FN 104 und auf jüngst die-selbe, in Konecny, Insolvenzrecht und Kreditschutz 129.

<sup>51)</sup> Vgl etwa schon RGZ 13, 5, 6; Cosack, Anfechtungsrecht der Gläubiger 263.

vergleichbarer Rechtslage – in Deutschland eine jahrzehntelange Judikaturdivergenz in jüngerer Zeit beendet wurde. Der BGH schwenkte auf eine Linie ein, die der in Österreich vertretenen ganz verwandt ist<sup>52)</sup>. Charakteristisch ist, dass bei der Aussonderung von Buchgeld die Brücke zu Bargeld geschlagen wird. Das Konto wird wie eine Kasse, einzelne Buchungen wie Einlagen und Auszahlungen aus dieser Kasse angesehen<sup>53)</sup>). Trotz der Bestätigung, die man für die österreichische hA in der neueren BGH-Judikatur sehen kann, bleibt die Prämisse – nämlich die Gleichbehandlung von Buchgeld mit Bargeld – äußerst unsicher.

## 2. Insolvenzrecht als eigenständiges Haftungsrecht?

Die Rechtslage erweckt den Eindruck, dass alles recht unsicher und gleichzeitig stark im Fluss ist. Empfiehlt die Literatur dann einen „*elastischen Begriff der Vermögenszugehörigkeit*“<sup>54)</sup>), macht das die eingangs angesprochene Judikaturwende bei der Anfechtung umso interessanter. Sie ist kein singuläres Phänomen, sondern der Ausdruck einer spürbaren Tendenz der Verselbständigung des Insolvenzrechts und seiner schlechenden Abkoppelung von zivilrechtlichen Grundlagen.

Auch wenn die von *Behr* konstatierte, „*universelle Desavouierung der Vorstellung von einer notwendigen Koppelung von Haftung und Zuordnung*“<sup>55)</sup>) vielleicht etwas hoch gegriffen ist, werden zumindest bei der Treuhand und der Anfechtung Situationen geschaffen, in denen die streitigen Gegenstände dem Gemeinschuldner zwar gehören, aber trotzdem ausgesondert werden können. Diese Durchbrechung der vermögensrechtlichen Güterzuordnung, die man nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen des § 44 Abs 1 IO für eigentlich maßgebend halten würde, wird häufig nicht mehr als Ausnahme gesehen. Teilweise wird sogar betont, die Unterscheidung zwischen Insolvenzforderungen und Aussonderungsrechten decke sich längst nicht mehr mit jener zwischen persönlichen Ansprüchen und dinglichen Rechten<sup>56)</sup>.

Dieser Umstand wird in der modernen Insolvenzrechtsdogmatik gerne damit gerechtfertigt, dass es um die spezifisch haftungsrechtliche Zuweisung eines Gegenstandes gehe. Mit der Trägerschaft eines Rechtes seien vielfältige Befugnisse und Funktionen verbunden. Der Eigentümer einer Sache könne sie nutzen, verbrauchen, darüber verfügen usw. Außerdem hafte die Sache grundsätzlich seinen Gläubigern für deren Forderungen. Mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens verdränge diese Haftungsfunktion alle anderen, das Vermögen des Gemeinschuldners diene nur mehr der Befriedigung der Gläubiger und werde ihnen haftungsrechtlich exklusiv

---

<sup>52)</sup> BGHZ 141, 116, 119 = EWiR § 46 KO 1/99 (707; *Canaris*) = WuB VI B. § 46 KO 1.00 (*Bitter*); LM§ 46 KO Nr 23 (*Gerhardt*). Vgl ähnlich schon *Gundlach*, DZWIR 1998, 18.

<sup>53)</sup> OGH in SZ 10/356.

<sup>54)</sup> *Siebert*, Treuhandverhältnis 170.

<sup>55)</sup> *Behr*, Wertverfolgung 581.

<sup>56)</sup> *Häsemeyer*, Insolvenzrecht<sup>4</sup> Rz 11.04. Die häufig angeführte Behandlung der Sicherungsübertragung als Absonderungsrecht (§ 10 Abs 3 IO, vgl *Apathy* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht<sup>4</sup> I § 10 Rz 21 ff) gehört zwar grundsätzlich auch hierher, allerdings folgt die haftungsrechtliche Sonderzuordnung bei der Sicherungsübertragung in Österreich – anders als in Deutschland – konsequent aus ihrer Behandlung als Pfandrecht aus Umgehungsgesichtspunkten. Die Sicherungsübertragung war daher nicht so prägend. Das-selbe gilt für Gegenstände, die Pfändungsverbote unterliegen, vgl zu diesen auf *Buchegger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht<sup>4</sup> I § 1 Rz 87 ff.

so zugewiesen, wie ein Pfandrecht dem Pfandgläubiger die Pfandsache zur Befriedigung zuweise. Es sei aber eben auch möglich, dass bei bestimmten Sachen keine solche haftungsrechtliche Zuweisung an die Gläubiger erfolge. Nicht jeder Gegenstand des Schuldners hafte daher auch für seine Verbindlichkeiten<sup>57)</sup>. Gerade von der Vermögensordnung abweichende haftungsrechtliche Sonderzuweisungen haben dazu geführt, dass sich die Vorstellung, die haftungsrechtliche Funktion sei nicht lediglich die Kehrseite der Vermögensrechtsordnung, verfestigt hat. Diese Ansicht liegt letztlich der anfechtungsrechtlichen Entscheidung des BGH zugrunde, aber auch der deutsche Gesetzgeber hat haftungsrechtliche Prinzipien bereits zur Handlungsmaxime erklärt, etwa als er im Zuge der InsO-Novelle die Regelung der Ersatz-aussonderung drastisch ausgedehnt hat. So hat das persönliche Aussonderungsrecht ein genuin insolvenzrechtliches Gepräge erhalten und war ein wichtiges Einfallstor für die Idee vom „Insolvenzrecht als eigenständigem Haftungsrecht“. Ob und wann haftungsrechtliche Sonderzuweisungen unter Durchbrechung der vermögensrechtlichen Zuordnung zulässig sind, ob die Ablösung von materiellrechtlichen Vorgaben sachlich gerechtfertigt ist, letztlich ob die postulierte Eigenständigkeit des Insolvenzrechts besteht, sind die Fragen, für die eine Gesamtbetrachtung der Mosaiksteine der persönlichen Aussonderung aufschlussreich sein wird.

## C. Ziel und Gang der Untersuchung

Die vorliegende Arbeit untersucht somit zwei einander überschneidende Problemkomplexe. Zuerst werden die einzelnen Tatbestände des persönlichen Aussonderungsrechts auf den Grund und die Grenzen ihrer Privilegierung untersucht. Daraus ergibt sich dann das Verhältnis von Vermögenszuordnung und Haftungsunterworfenheit, da das Gesamtbild haftungsrechtlicher Autonomie maßgebend von den einzelnen Mosaiksteinen der verschiedenen Aussonderungstatbestände abhängt.

Bei der Untersuchung der Tatbestände persönlicher Aussonderung steht die Analyse der Entwicklungsgeschichte am Beginn, die nur schuldrechtliche Herausgabeansprüche vor Augen hatte. Am Beginn der Arbeit muss die Möglichkeit, auf Grund solcher Ansprüche aussondern zu können, in das System der Vermögenshaftung und des Rechtsschutzes eingepasst werden. Die Ansicht, der auszusondern Gegenstand müsse „haftungsrechtlich“ dem Gläubiger zugeordnet sein<sup>58)</sup>, zeigt die Bedeutung dieses Aspekts für das Gesamtbild. Bei dieser Untersuchung ist inzident das Verhältnis dinglicher und persönlicher Ansprüche zu beleuchten. Danach soll ein Blick in die Insolvenzrechtsgeschichte zeigen, welche Anliegen der Gesetzgeber mit der Normierung des persönlichen Aussonderungsrechts verfolgt hat (§ 2, „Funktion der schuldrechtlichen Aussonderung“). Im Anschluss daran werden die wichtigsten Fälle der Aussonderung aus persönlichem Recht untersucht, wobei sich zeigen wird, dass die Teleologie der persönlichen Aussonderung und die darauf heute gestützten Fälle miteinander wenig gemein haben.

---

<sup>57)</sup> Henckel in FS Weber 237; derselbe in Jaeger, InsO § 35 Rz 2 ff; Stadler, Gestaltungsfreiheit 262; vgl aus österreichischer Perspektive Nunner-Krautgasser, Vermögenshaftung 308 ff.

<sup>58)</sup> Ganter in MüKo, InsO<sup>3</sup> § 47 Rz 340.

Das gilt besonders bei der Treuhand, die der wichtigste Fall einer haftungsrechtlichen Sonderzuweisung ist (§ 3, „Aussonderung bei der Treuhand“). Von der grundsätzlichen Bejahung der Aussonderung abgesehen, ist alles unklar. Trotz einhundertjähriger Beschäftigung mit den Vollstreckungsprivilegien des Treugebers und einer Bibliothek an treuhandrechtlischer Literatur herrscht etwa nach wie vor grundsätzlicher Dissens über das Fundament dieser Begünstigung. Dabei handelt es sich nicht um eine bloße Geschmacksfrage, eine klarere Vorstellung von den Grundlagen dieser wichtigsten haftungsrechtlichen Sonderzuweisung kann dabei helfen, dem Phänomen der Treuhand stärkere Konturen zu verleihen. Die Frage der Grenzen des Vollstreckungsschutzes ist nämlich ebenso völlig offen wie jene der Behandlung von Umsetzungen des Treugutes und das Problem der Auswirkungen der Untreue des Treuhänders. Die Entwicklung einer eigenen Position macht eine breite Auseinandersetzung mit gängigen Begründungsansätzen notwendig, die von vertraglichen Lastwirkungen bis zu sachenrechtlicher Rechtsfortbildung reichen. Dazu wird inzident auch eine ausführliche Beschäftigung mit den Regeln zum Kommissionsgeschäft notwendig (§ 392 UGB/dHGB), das vielfach als Vorbild für die Aussonderung bei der Treuhand gesehen wird. Zur Grenzziehung und Harmonisierung der Aussonderung von Treugut mit der sachenrechtlichen Grundordnung wird eine dingliche Parallelwertung gesucht, die Wertungskonsistenz gewährleisten und verhindern soll, dass der Treugeber stärker geschützt wird als ein Eigentümer einer Sache es würde. Auf Basis der zur Treuhand entwickelten Position sind schließlich andere Formen der Geschäftsbesorgung auf fremde Rechnung, nämlich die indirekte Stellvertretung im Allgemeinen und das Kommissionsgeschäft im Besonderen, darauf zu untersuchen, ob eine Ausstrahlung der Regeln zur Treuhand auch dort Vollstreckungsschutz gebietet.

Aus praktischen Gründen ist auch auf die Aussonderung von Buchgeld einzugehen: Das ist nicht nur notwendig, weil viele Treuhandfälle keine körperlichen Sachen betreffen, sondern Forderungen auf Konten. Die Aussonderung von Buchgeld ist unabhängig davon eine zentrale Frage der Aussonderung aus schuldrechtlichem Titel, bei der die nach hA zu beachtende Parallele zu Bargeld grundsätzlich zu hinterfragen ist. Es wird zu prüfen sein, worin das Aussonderungsobjekt eigentlich liegt und insbesondere wie die besondere Ausgestaltung von Bankkonten, die im Konto-korrent geführt werden, sich auf die Aussonderung auswirkt (§ 4, „Aussonderung von Buchgeld“).

Dass der BGH in der eingangs erwähnten Entscheidung über Anfechtungsansprüche prominent die Ähnlichkeit solcher Ansprüche zur Treuhand betont, lässt es angezeigt erscheinen, die Anfechtungsfälle im Lichte der zur Treuhand entwickelten Ansicht daraufhin zu prüfen, ob eine Aussonderung in der Insolvenz des Anfechtungsgegners gerechtfertigt ist. Dazu wird es vor allem notwendig sein, die beteiligten Interessen zu würdigen (dazu § 5, „Aussonderung nach Insolvenzanfechtung“). Damit wird die Brücke zur grundsätzlichen Frage geschlagen, ob und wann haftungsrechtliche Sonderzuweisungen sachlich gerechtfertigt sind und welche Leitlinien der Rechtsanwender, aber auch der Gesetzgeber beachten sollte, wenn er Gegenstände, die dem Schuldner vermögensrechtlich gehören, aus seiner Insolvenzmasse heraus-löst und sie Dritten haftungsrechtlich zuweist (§ 6, „Vermögensrecht und Haftungsrecht“).

Bei all diesen Fragen lässt es die ganz vergleichbare Rechtslage in Deutschland schon grundsätzlich sinnvoll erscheinen, sie mit zu berücksichtigen. Der Um-