



zinsen innerhalb von drei Jahren europarechtl grds unbedenklich ist. Bloß in Fällen, in denen der VN besonders schutzwürdig ist, weil der Vertrag ursprüngl schon nicht seinen Bedürfnissen entsprach, kann eine umfassendere Gewährung von Vergütungszinsen im Einzelfall europarechtl notwendig sein.²⁶

Ob der OGH den eingeschlagenen Weg, der im Einzelfall zu einem Anspruch des VR gegen den VN führen kann, tatsächl beibehalten wird, bleibt mit Spannung abzuwarten.

Drei Aspekte aus der jüngsten Rsp iZm der bereicherungsrechtl Rückabwicklung nach erfolgtem Rücktritt sind zu guter Letzt noch zu erwähnen:

Zur Frage, ob sich der VN nach dem Rücktritt vom Lebensversicherungsvertrag die Risikokosten anrechnen lassen müsse, hat der OGH²⁷ mittlerweile eine Antwort gegeben. Der VN muss dem VR die Risikokosten ersetzen. Dass dies der Fall sei, entsprach zwar der überwiegenden Ansicht²⁸ in der Lit, wurde aber vereinzel²⁹ bestritten.

Weiters sprach der OGH³⁰ aus, dass beim Rücktritt von einer fondsgebundenen Lebensversicherung zwischenzeitig eingetretene Verluste (anders die Rsp des BGH [!]) nicht vom VN, sondern vom VR zu tragen sind.

Auch zum Schicksal der Versicherungssteuer liegt mittlerweile Rsp vor. Der EuGH hat hierzu am 28. 5. 2020 in der E EuGH C-803/19, *WWK*, Stellung genommen. Die erste nationale E erging mit 7 Ob 105/20x hierzu am 16. 9. 2020.

Nach dieser Übersicht über die jüngste Rsp zum prolongierten Rücktrittsrecht gem § 165a VersVG aF lässt sich zusammenfassend wohl eines festhalten: Trotz dreier E des EuGH, 33 E des OGH, mehrerer monografischer und unzähliger weiterer literarischer Stellungnahmen ergeben sich in diesem Zusammenhang immer wieder neue Aspekte und Fragen, die in der Diskussion bisher keine Beachtung fanden.

Ulrich E. Palma

²⁶ Wobei man selbst daran in Anbetracht der E EuGH C-301/18, *Leonhard* ZFR 2020/173, systematische Zweifel äußern kann.

²⁷ 7 Ob 117/20m. Eine Tendenz zu dieser Ansicht hat der OGH schon in vorangegangenen E (7 Ob 14/20i; 7 Ob 40/20p; 7 Ob 88/20x) erkennen lassen, in denen er aussprach, dass es keinen Wertungswiderspruch darstelle, wenn zwar der Anspruch des VN auf Vergütungszinsen innerhalb von drei Jahren verjähre, nicht aber jener des VR auf Risikokosten. Bei den Risikokosten handle es sich näml um die aufgrund des Rücktritts nach § 1435 ABGB rückforderbare Leistung und somit um den Kondiktionsanspruch des VR.

²⁸ So bspw *Leupold*, § 176 VersVG: (K)ein Nullsummenspiel – Lebensversicherung: Rechtsfolgen des Rücktritts nach *Endress/Allianz*, VbR 2016, 195; *Graf*, Rücktritt vom Versicherungsvertrag à la *Endress* – Wann verjähren die Bereicherungszinsen? VbR 2018, 132 (132).

²⁹ *Schwintowski*, Die Auswirkungen des *Endress*-Urteils auf die österreichische Lebensversicherung unter Berücksichtigung der deutschen Rechtslage, VbR 2014, 180 (184); *Schwintowski*, Europarechtliche Voraussetzungen und Folgen nicht ordnungsgemäßer Belehrung über das Rücktrittsrecht für das österreichische Lebensversicherungsrecht, wbl 2017, 245 (253 ff).

³⁰ 7 Ob 117/20m.

INSOLVENZRECHT

Massive Insolvenzzindikatoren verpflichten zu Nachforschungen, wobei auch deren (Un-)Richtigkeit beurteilt werden muss

» ZFR 2020/269

§ IO: § 28 Z 2 und 3, § 30 Abs 1 Z 3, § 31 Abs 1 Z 2, § 41

OGH 25. 5. 2020, 17 Ob 2/20y – Zurückweisung der aoRev

Leitsätze (der Redaktion)

1. Massive Insolvenzzindikatoren verpflichten Gläubiger zu eingehenden Nachforschungen beim Schuldner, deren Unterbleiben ihnen nach dem Anfechtungsrecht zur Last fällt.
2. Nachforschungen wie Bonitätsauskünfte exkulpieren Gläubiger dann nicht, wenn diese offenkundig falsch sind.
3. Bei der Deckungsanfechtung entsteht nur eine Insolvenzforderung und die Gegenleistung kann – anders als bei Anfechtung (auch) des Titelgeschäfts – nicht herausverlangt werden.

Der Kl als Insolvenzverwalter hat (...) Zahlungen der Schuldnerin angefochten, die diese als Generalunternehmerin eines Bauvorhabens an das bekl Bauunternehmen geleistet hat. Unstrittig sind materielle Insolvenz sowie Begünstigungs- und Benachteiligungsabsicht. Das BerufungsG bejahte zu allen Tatbeständen fahrlässige Unkenntnis der Bekl und gab der Klage daher statt.

Aus der Begründung

(...)

1. Die Frage, ob dem Anfechtungsgegner fahrlässige Unkenntnis zur Last fällt, ist nach den ihm im Zeitpunkt der Vornahme der angefochtenen Rechtshandlung zu Gebote stehenden Auskunftsmitteln, dem Maß ihrer ihm vernunftgemäß zuzumutenden Heranziehung und der Ordnungsmäßigkeit ihrer Bewertung zu beantworten (RIS-Justiz RS0064794; *König*, Anfechtung⁵ Rz 11/25 mwN). Die Anzeichen einer wirtschaftl Krise müssen Anlass sein, mit zumutbaren Mitteln Erkundigungen einzuziehen (RS0064794 [T2]). Ob das zutrifft, ist regelmäßig eine Frage des Einzelfalls (RS0042837).

(...)

2.1. Im Zeitraum der angefochtenen Zahlungen hatte die Bekl (...) gegen die Schuldnerin eine offene Forderung von rund 900.000 €, die (...) trotz längst eingetretener Fälligkeit nicht bezahlt wurden. Dieser massive Insolvenzzindikator hätte die Bekl zu eingehenden Nachforschungen verpflichtet (3 Ob 99/10w), deren Unterbleiben ihr zur Last fällt (3 Ob 99/10w, 3 Ob 181/14k). Allein



die Einsicht in die Jahresabschlüsse 2013 und 2014 hätte das Bestehen von „Verbindlichkeiten aus Lieferungen und Leistungen“ (...) von rund 1,4 bzw 1,7 Mio € ergeben. Damit wären Zahlungsunfähigkeit und (...) Begünstigungsabsicht indiziert gewesen.

2.2. (...) Die Bekl hätte die Schuldnerin auffordern müssen, unter Vorlage geeigneter Belege die Höhe der fälligen Schulden bekanntzugeben und darzulegen, wie diese (...) binnen drei Monaten beglichen werden könnten. Angesichts der seit Ende 2013 bestehenden materiellen Insolvenz kann nicht unterstellt werden, die Schuldnerin hätte (...) 2015 das Vorliegen einer bloßen Zahlungsstockung plausibel machen können (vgl 3 Ob 181/14k). Die Bekl kann sich weder auf die „faktische Unmöglichkeit“ der Einsicht in die Buchhaltung der Schuldnerin noch darauf berufen, dass ein Befragen des Geschäftsführers zu einem „Vertrauensverlust“ geführt hätte. Hätte der Geschäftsführer die Einsicht (...) verweigert, wäre der (...) Insolvenzindikator nicht entkräftet worden. Einen „Vertrauensverlust“ hätte die Bekl angesichts ihrer offenen Forderung von 900.000 € und des akuten Insolvenzverdachts hinnehmen müssen. Auf die (...) eingeholte Bonitätsauskunft durfte sich die Bekl (...) schon deshalb nicht verlassen, weil diese offenkundig falsch war, da es trotz der hohen fälligen Forderungen darin hieß, dass Zahlungen „im Rahmen der Fristen und Konditionen“ erfolgt und „Zahlungsstände nicht bekannt“ seien.

3. Soweit die Bekl mit fehlender Nachteiligkeit der angefochtenen Zahlungen argumentiert, übersieht sie, dass eine Deckungsanfechtung vorliegt. Angefochten wird hier nicht das Rechtsgeschäft, sondern die Zahlung (...). Diese verminderte, da die Gegenleistung schon erfolgt war, jedenfalls die Quote und benachteiligte daher unabhängig vom Wert der Gegenleistung die Gläubiger. Der von der Bekl insofern genannte § 41 IO steht dem nicht entgegen, da bei der Deckungsanfechtung nur eine Insolvenzforderung entsteht und die Gegenleistung – anders als bei Anfechtung (auch) des Titelgeschäfts – gerade nicht herausverlangt werden kann (Bollenberger in KLS § 41 Rz 1; König, Anfechtung⁵ Rz 16/22 ff).

(...)

Bearbeiter: Clemens Völkl



Anmerkung:

I. Der insolvenz- und anfechtungsrechtl Fachsenat des OGH ergänzt in der gegenständl E die reichhaltige Jud zum gebotenen **Sorgfaltsmaßstab für eine schuldlose Unkenntnis von Begünstigungsabsicht** (§ 30 IO) und **Zahlungsunfähigkeit** (§ 31 IO)¹ – zweifellos eine der praktisch wichtigsten Fragen des Anfechtungsrechts – um ein weiteres Kapitel. Bei der Rezeption der E und der Induktion allgemeingültiger Leitlinien ist freilich besonders große Vorsicht geboten, weil es sich um die bloße Zurückweisung einer aoRev handelt. Zum einen sind dabei der Sachverhalt und der Inhalt des Berufungsurteils nur auszugsweise wiedergegeben (vgl

§ 510 Abs 3 Satz 3 ZPO); zum anderen attestiert der OGH dem BerufungsG nur, den „insofern“ – gemeint wohl: für das Nichtvorliegen einer erhebl Rechtsfrage wegen gravierender Fehlbeurteilung² dieser prinzipiell einzelfallabhängigen Rechtsfrage³ – „bestehenden Beurteilungsraum nicht überschritten“ zu haben. Dennoch enthält die Begründung der Zurückweisung einige bemerkenswerte Ausführungen, die eine nähere Aufarbeitung verdienen.

II. Gegenstand der Anfechtung war eine Zahlung der Schuldnerin als Generalunternehmerin an eine Bauunternehmerin (Streitwert: 556.666,67 €), wobei materielle Insolvenz, Begünstigungs- und sogar Benachteiligungsabsicht der Schuldnerin unstrittig vorlagen. Knackpunkt für den Vorwurf der **fahrlässigen Unkenntnis** von der Zahlungsunfähigkeit und Begünstigungsabsicht⁴ seitens der Anfechtungsgegnerin war offenbar der Umstand, dass sie die streitgegenständl Zahlung erhielt, obwohl sie noch eine andere (!) längst fällige, aber noch unbegl Forderung aus früheren Bauprojekten iHv 900.000 € gegenüber der Schuldnerin hatte. Der OGH erkannte darin nämlich einen „massiven Insolvenzindikator“.

Hierzu ist zunächst eine Klarstellung geboten: Der Bestand und die längst eingetretene Fälligkeit jener Forderung des Anfechtungsgegners, deren Tilgung schließlich angefochten wird, indiziert Zahlungsunfähigkeit mE grds nicht ohne Weiteres. Wird jedoch, wie im gegenständl Sachverhalt, eine „neue“ Forderung trotz einer derart hohen offenen Altforderung bezahlt, mutet dies in der Tat verdächtig an. Ob sich daraus ein „massiver Insolvenzindikator“ ergibt, kann dennoch nicht losgelöst von den sonstigen Umständen des Einzelfalls, etwa dem bisherigen Betreibungsverhalten des Gläubigers, beurteilt werden. Nähere Schlüsse lässt die knappe Entscheidungsbegründung insoweit freilich nicht zu.

Mit großer Vorsicht zu genießen ist indes die Argumentation des 17. Senats, wonach offenbar auch die aus zwei Jahresabschlüssen ersichtl Verbindlichkeiten aus Lieferungen und Leistungen iHv 1,4 und 1,7 Mio € ein gewichtiges Verdachtsmoment begründen. Denn wie der OGH selbst ausführt, lassen sich daraus keine Informationen über die Fälligkeit dieser Verbindlichkeiten entnehmen. Schon deshalb sind derartige Bilanzpositionen – isoliert betrachtet – mE schwerlich geeignet, Nachforschungspflichten auszulösen. Zur Verstärkung eines schon durch andere Aspekte vorgezeichneten „Mosaikbilds“⁵ schuldhafter Unkenntnis werden sie bei einem Großgläubiger⁶ – als solcher war die Anfechtungsgegnerin *in concreto* sicherlich anzusehen – künftig aber wohl vermehrt zu berücksichtigen sein.⁷

2 Vgl nur RIS-Justiz RS0116755; ferner OGH 8 Ob 48/06a; 5 Ob 91/18w: krasse Fehlbeurteilung.

3 OGH 3 Ob 107/16f; 10 Ob 72/17m; RIS-Justiz RS0042837; König/Trenker, Anfechtung⁶ Rz 11.28.

4 Zur vom BerufungsG angenommenen Benachteiligungsabsicht musste sich der OGH hingegen nicht äußern.

5 König, Presseberichte: Als Insolvenzindikatoren können sie Nachforschungspflichten auslösen, ZIK 2016/222, 166.

6 Vgl König, ZIK 2016, 167.

7 Vgl möglicherweise bereits idS OLG Linz 1 R 240/96m (unveröffentlicht), wonach Höhe des Außenstandes und Alter der Verbindlichkeiten eine

1 S dazu König/Trenker, Anfechtung nach der IO⁶ (2020) Rz 10.148 sowie insb Rz 11.26 ff; Rebernik in Konecny/Schubert, Kommentar zu den Insolvenzgesetzen (23. Lfg; 2006) § 31 KO Rz 46, 49.

III. Unmittelbare Rechtsfolge hinreichender Insolvenzindikatoren ist die Pflicht – vorzugswürdig ist mE eigentlich der Begriff der Obliegenheit⁸ – zur **Nachforschung**; wird diese Nachforschung unterlassen, ist Fahrlässigkeit anzunehmen. Konkret verlangt der 17. Senat die **Aufforderung an den Schuldner**, die Höhe der fälligen Schulden bekannt zu geben und zu erläutern, wie diese binnen drei Monaten beglichen werden könnten. Mit der Drei-Monats-Frist spricht der OGH die in 3 Ob 99/10w postulierte Maximalfrist⁹ zur Bewältigung einer Zahlungsstockung an.¹⁰ Trotz der prinzipiellen Einzelfallbezogenheit der Frage nach den zur Erfüllung einer Nachforschungsobliegenheit gebotenen Maßnahmen¹¹ ist eine derartige Schuldnerbefragung wohl praktisch jedem größeren Gläubiger zumutbar¹² und daher als eine Art Mindestanforderung verallgemeinerungsfähig.

Dementsprechend zuzustimmen ist dem OGH auch, wenn er meint, die Bekl könne diese Nachforschungsobliegenheit nicht durch den Einwand entkräften, eine Nachfrage bei der Schuldnerin wäre ihr wegen der Gefahr eines Vertrauensverlusts unzumutbar gewesen. Denn dieses Risiko rechtfertigt keinesfalls eine Durchbrechung der *par condicio creditorum* zugunsten des befriedigten Gläubigers, worauf eine Entlastung vom Vorwurf der Fahrlässigkeit im Endeffekt hinausliefe. Richtig ist ferner, dass es dem Gebot einer Nachforschung keinen Abbruch tut, wenn der Anfechtungsgegner keinen Anspruch auf Bucheinsicht oder ein anderes Informationsrecht hat. Ein *Recht* auf Auskunft vermag zwar die Schwelle zu senken, ab der überhaupt Nachforschungen anzustellen sind.¹³ Aber auch ohne ein solches Recht ist eine Nachfrage bei entsprechenden Verdachtsmomenten vor dem Hintergrund geboten, dass sich dieser Verdacht im Falle einer Auskunftsverweigerung in aller Regel zu einem „Kennenmüssen“ der materiellen Insolvenz verdichtet, wie der 17. Senat ebenfalls treffend ausführt.¹⁴

(Nur) Den konkreten Umständen geschuldet war es demgegenüber mE, dass die Einholung einer positiven **Bonitätsauskunft** (offensichtlich bei einem Gläubigerschutzverband) die Bekl gar nicht zu entlasten vermochte. Der OGH stufte diese Auskunft nämlich – gerade wegen der darin nicht berücksichtig-

ten fälligen Forderung der Anfechtungsgegnerin selbst – als „*offenkundig falsch*“ ein; zudem war die Bonitätsauskunft im Zeitpunkt der Zahlung bereits deutlich älter als ein Jahr.¹⁵ Generell wird man sich ohne derartiges Wissen dennoch weiterhin auf eine – zeitnah erteilte (!) – Information eines Gläubigerschutzverbands verlassen dürfen. Die vorliegende E zeigt aber eben völlig zu Recht, dass selbst die Einholung einer positiven Bonitätsauskunft keinen „Freibrief“ erteilt.

IV. Anfechtungsrechtlich unspektakulär ist schließlich die Entkräftung des Einwands der Bekl, es mangle der Zahlung der offenen Forderung an der **Gläubigerbenachteiligung**. Die Deckung eines Gläubigers ist nämlich grds *per se* nachteilig, wenn das Vermögen des Schuldners nicht zur Befriedigung sämtlicher Insolvenzgläubiger ausreicht.¹⁶ Die Belastung der Masse in Form des Wiederauflebens der getilgten Forderung als Insolvenzforderung (§ 41 Abs 2 Fall 2 IO) ändert am Mehrwert der Anfechtung für die übrigen Gläubiger nichts, sondern führt sachgemäß zur Wiederherstellung der Vermögenslage, wie sie sich ohne die Begünstigung der Anfechtungsgegnerin dargestellt hätte.

Martin Trenker

¹⁵ Dies ergibt sich mE aus der Formulierung, dass sich die Bekl „[a]uf die von ihr im März 2014 eingeholte Bonitätsauskunft [...] im zweiten Halbjahr 2015“ nicht verlassen durfte.

¹⁶ *Rebernik*, Konkursanfechtung des Kontokorrentkredits (1998) Rz 163; *König*, Die objektive Nachteiligkeit als allgemeine Anfechtungsvoraussetzung, RdW 1999, 317 f; *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 5.44.

ANLEGERRECHT

Ausschluss des Differenzeinwandes: Keine analoge Anwendbarkeit außerhalb von Banken und Wertpapierfirmen*



» ZFR 2020/270

§ ABGB: § 1271
BWG: § 1 Abs 5
BörseG 2018: § 51

OGH 2. 7. 2020, 4 Ob 80/20y – Abweisung der Rev¹

Leitsatz (der Redaktion)

Betreibt ein Rohstoffhändler keine Bank- oder Wertpapiergeschäfte, für die aufgrund besonderer gesetzl

* Weitere Entscheidungsgründe finden Sie auf der ZFR-Website (zfr.lexisnexis.at) unter der Artikelnummer sowie unter dem Menüpunkt „Extras/Spezielles/Judikatur“.

¹ Siehe dazu auch ZFR 2020/249, 579.

Nachforschungspflicht begründen können (zitiert nach *Rebernik* in *Konecny/Schubert* § 31 KO Rz 49).

⁸ Vgl allgemein nur *Welser/Kletečka*, Grundriss des bürgerlichen Rechts I¹⁵ (2018) Rz 169: Die Erfüllung einer Obliegenheit kann – wie die Nachforschungsobliegenheit im gegenständl Kontext – nicht unmittelbar durchgesetzt werden.

⁹ Lassen die Auskünfte des Schuldners den Schluss zu, dass eine allfällige Zahlungsstockung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit beseitigt werden kann, wäre ausnahmsweise auch eine längere Frist zur prognostizierten Erfüllung der fälligen Verbindlichkeiten ausreichend, um den Vorwurf der Zahlungsunfähigkeit zu entkräften (RIS-Justiz RS0126559 mit Beisatz T 1).

¹⁰ Ebenso OGH 2 Ob 117/12p.

¹¹ OGH 7 Ob 694/89; 3 Ob 171/15s; *Rebernik* in *Konecny/Schubert* § 31 KO Rz 48.

¹² Vgl auch bereits OGH 3 Ob 92/16z: Schuldner als jedenfalls zumutbares Auskunftsmittel.

¹³ S OGH 3 Ob 117/18d zum Informationsanspruch eines Minderheitsgesellschafters nach § 22 GmbHG; vgl auch *Bollenberger* in *Koller/Lovrek/Spitzer*, IO (2019) § 31 Rz 21.

¹⁴ Vgl auch *König*, ZIK 2016, 168: „*ist eine weitere Geschäftsbeziehung anfechtungsbedroht*“.