

Gerichtstyp

OGH

Datum

20001123

Geschäftszahl

6Ob110/00w

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Ehmayer als Vorsitzenden und die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Schiemer, Dr. Huber, Dr. Prückner und Dr. Schenk als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Dr. Erich H*****, als Masseverwalter im Konkurs über das Vermögen der Herwig Tschoner KG, 8933 St. Gallen, gegen die beklagte Partei C*****, vertreten durch Dr. Paul Doralt, Rechtsanwalt in Wien, wegen Anfechtung und Zahlung von 26,537.298,54 S, über die Rekurse der klagenden Partei und der beklagten Partei gegen den Beschluss des Oberlandesgerichtes Graz als Berufungsgericht vom 11. Mai 1999, GZ 2 R 47/99w-66, womit über die Berufung der beklagten Partei das Urteil des Landesgerichtes Leoben vom 29. Dezember 1998, GZ 6 Cg 23/93s-59, aufgehoben wurde, folgenden

Beschluss

gefasst:

Spruch

Beiden Rekursen wird nicht Folge gegeben.

Die Kosten des Rekursverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

Text

Begründung:

Über das Vermögen der Herwig T***** KG wurde am 29. 12. 1992 der Konkurs eröffnet, über das Vermögen ihrer Komplementärgesellschaft mbH geschah dies am 25. 1. 1993. In beiden Fällen wurde der Kläger zum Masseverwalter bestellt.

Die beklagte Partei war bis zur Konkurseröffnung die Hausbank der KG. Sie hatte der Gemeinschuldnerin einen Schilling-Kontokorrentkredit und einen DM-Kontokorrentkredit gewährt. Im Juli 1990 wurde zur Sicherstellung der Forderungen der Beklagten eine Globalzession der künftig entstehenden Forderungen vereinbart. Unstrittig ist, dass diese Globalzession auf Grund von Formmängeln nicht wirksam wurde. Die KG war spätestens am 29. 6. 1992 überschuldet und zahlungsunfähig. Die Beklagte hätte dies zu diesem Zeitpunkt wissen müssen. Vom 29. 6. 1992 bis zur tatsächlichen Konkurseröffnung verminderte sich der Debetsaldo auf den beiden Konten der KG nicht. Der auf dem Schilling-Kontokorrentkonto am 29. 6. 1992 mit rund 15 Mio S aushaftende Debetsaldo erhöhte sich bis zum 10. 11. 1992 auf 25,496.182 S. Die Summe der Zahlungseingänge vom 29. 6. 1992 bis zur Konkurseröffnung betrug auf dem Schilling-Kontokorrentkonto 38,861.421,66 S. Diesen Zahlungseingängen standen Auszahlungen in der genannten Zeit in der Höhe von 45,160.659,04 S gegenüber. Die Summe der Eingänge in der genannten Zeit auf dem DM-Kontokorrentkonto

betrug 1,041.116,54 S, denen Auszahlungen von 3,374.399,64 S gegenüberstanden. Die aus den Krediten der Beklagten stammenden Beträge wurden nicht ausschließlich zur Beschaffung von Waren, sondern auch zur Abwehr von Konkursanträgen verwendet. In der Zeit vom 29. 6. 1992 bis zur Konkurseröffnung entstanden Forderungen von Neugläubigern in der Höhe von 29,410.169,31 S. Nur die Auszahlung der Löhne der Dienstnehmer der KG wurden von einer anderen Bank abgewickelt. Diese nahm ab dem Jahr 1992 Lohnauszahlungen aber immer nur dann vor, wenn eine Deckungszusage der Beklagten vorlag. Bereits im April und Mai 1992 gab die Beklagte aber nur Teileinlösungserklärungen ab. Ab Juli 1992 gab die Beklagte trotz entsprechenden Drängens der Gemeinschuldnerin und der Mitteilung, dass im Fall der Nichtauszahlung der Löhne mit einem Austritt der Belegschaft zu rechnen sei, keine weiteren Deckungszusagen.

Der klagende Masseverwalter ficht mit der am 23. 12. 1993 eingebrachten, auf die Anfechtungstatbestände der §§ 28 Z 1 und 2, 30 Abs 1 Z 1 und 3 sowie 31 Abs 1 Z 2 erster und zweiter Fall KO gestützten Klage (nach erfolgter Klageeinschränkung auf Grund eines abgeschlossenen Teilvergleichs), Zahlungseingänge auf dem Schilling-Kontokorrentkonto (38,000.000,-- S) begrenzt durch die Höhe des tatsächlich gewährten Kredites von 25,496.182,-- S (Höchststand am 10. 11. 1992) und die Zahlungseingänge auf dem DM-Kontokorrentkonto von 1,041.116,54 S sowie die von der Beklagten vorgenommenen Aufrechnungen dieser Einzahlungen mit ihren Forderungen, die durch diese Einzahlungen jeweils geschaffenen Aufrechnungslagen und die vom 29. 6. 1992 bis 30. 11. 1992 vorgenommenen Zessionen von Forderungen der nunmehrigen Gemeinschuldnerin an die Beklagte, die Vornahme der bezughabenden Buchvermerke, der Drittschuldnerverständigungen gemeinsam mit den in selber Frist vorgenommenen Kreditgewährungen durch jeweilige Wiederausnutzung der Kontokorrentkredite als gegenüber den Konkursgläubigern unwirksam an und begehrt weiters die Zahlung eines Betrages von 26,537.298,54 S samt 10 % Zinsen ab 1. 10. 1992 an die Konkursmasse.

Das Unternehmen der KG sei seit Jahren nicht mehr wirtschaftlich lebensfähig gewesen. Seit 1989 seien Verluste in Millionenhöhe erwirtschaftet worden. Es sei zu hohen Privatentnahmen der Gesellschafter (Kommanditisten) und zu Lohnauszahlungen an diese ohne jede Gegenleistung gekommen. Die Gemeinschuldnerin sei seit Juni 1991 zahlungsunfähig und insolvenzrechtlich relevant überschuldet gewesen. Eine positive Fortbestehensprognose habe nicht mehr erstellt werden können. Auf das Schilling-Kontokorrentkonto seien in den letzten sechs Monaten vor der Konkurseröffnung 38,861.421,66 S eingegangen. Nach der Konkurseröffnung seien Zahlungseingänge von 2,596.975,01 S erfolgt. Die zu Gunsten der beklagten Bank vereinbarte Globalzession sei wegen Formmängel unwirksam. Auf dem DM-Konto seien in den letzten Monaten vor der Konkurseröffnung 148.307,20 DM (1,041.116,54 S) eingegangen. Vom Schilling-Kontokorrentkonto sei es in der kritischen Zeit zu Auszahlungen an Gläubiger der Gemeinschuldnerin in der Höhe von 45,160.659,04 S gekommen, vom DM-Kontokorrentkonto in der Höhe von 3,374.399,64 S. Der geduldete Rahmen auf dem Schilling-Kontokorrentkonto habe 15 Mio S betragen. Dieser habe im ersten Halbjahr 1992 ständig ausgehauft und sei im zweiten Halbjahr bis zu einem Stand von 22 Mio S angestiegen. Der Debethöchststand sei am 10. 11. 1992 mit 25,496.182 S gegeben gewesen. Durch die Zurverfügungstellung zweier Einmalbarkredite an die Gemeinschuldnerin von 10 Mio S und 9 Mio S am 3. 11. 1992 sei der Debetsaldo bloß rein rechnerisch vermindert worden. Die Gewährung dieser Kredite und die dadurch bewirkte Aufrechnungslage seien inkongruente und nachteilige Deckungen gewesen. Für den Einmalkredit von 9 Mio S habe Herwig T***** eine persönliche Haftungsgarantie gegenüber der Beklagten

übernommen. Dies sei zu Lasten der Masse geschehen. Durch die Haftungsgarantie sei die Beklagte begünstigt worden. Es sei dadurch eine rechnerische Verminderung des Kredits in einer für die Masse nachteiligen Weise ermöglicht worden. Anfechtungsgegenstand seien sämtliche Zahlungseingänge auf den Konten der Gemeinschuldnerin bei der Beklagten, die dadurch herbeigeführten Aufrechnungslagen und vorgenommenen Aufrechnungen sowie die ab 29. 6. 1992 angefertigten Buchvermerke, Drittschuldnerverständigungen, Zessionen und die erfolgten Kreditgewährungen durch Wiederausnützen der Kredite. Bis zum 3. 12. 1992 sei es zu keinen Drittschuldnerverständigungen gekommen. Die danach erfolgten Drittschuldnerverständigungen seien anfechtbar, weil es zu keinen Auszahlungen mehr gekommen sei, sodass die Einzahlungen nur mehr der Rückführung der Kredite gedient hätten. Die Gemeinschuldnerin habe die Absicht gehabt, die Beklagte vor den übrigen Gläubigern zu begünstigen. Daneben habe sie auch in Benachteiligungsabsicht gehandelt, weil sie sich zumindest damit abgefunden habe, dass andere Gläubiger nicht oder nicht bei Fälligkeit befriedigt werden könnten. Die Beklagte habe spätestens am 30. 12. 1991 von der Zahlungsunfähigkeit, der Begünstigungsabsicht und der Benachteiligungsabsicht der KG gewusst oder hätte dies bei entsprechender Sorgfalt wissen können. Eine Aufrechnung von Forderungen der Beklagten mit Zahlungseingängen sei unwirksam. Seit Juli 1992 habe die Gemeinschuldnerin die Löhne ihrer 110 Dienstnehmer nicht mehr bezahlen können. Es seien 70 Exekutionen geführt worden. Die Beklagte habe im Dezember 1991 den Sachverhalt erkannt, Zahlungsaufträge nicht mehr befolgt und die sofortige Fälligkeit sämtlicher Kredite angekündigt. Eine weitere Kreditgewährung hätte zumindest im zweiten Halbjahr 1992 unterbleiben müssen. Die Verbindlichkeiten seien in diesem Zeitraum exorbitant angestiegen. Die Beklagte habe durch die Zahlungen, die hergestellten Aufrechnungslagen und Aufrechnungen und durch die unwirksamen Zessionen inkongruente Befriedigung und Sicherstellung erlangt. Die Nachteiligkeit für die Gläubiger liege auch darin, dass mit der Kreditausweitung nicht nur Waren gekauft, sondern Altgläubiger befriedigt worden seien und dass Neugläubiger hinzugekommen wären. Bei einer Konkursöffnung am 29. 6. 1992 wäre eine höhere Gläubigerquote erzielt worden. Dies sei für die Beklagte vorhersehbar gewesen. Mangels wirksamer Zessionen lägen keine Zug-um-Zug-Geschäfte vor. Für die Zahlungseingänge nach der Konkursöffnung fehle es an jeder Rechtsgrundlage. Auch wenn die Auszahlung der Löhne von einer anderen Bank vorgenommen worden sei, sei die Unfähigkeit der KG zur Auszahlung der Löhne der Beklagten bekannt gewesen, weil sich die auszahlende Bank immer vor ihrer Auszahlung von der Beklagten bestätigt habe lassen, dass diese die Auszahlungsbeträge refundiere. Die Gemeinschuldnerin habe die Abgaben an Finanzamt und Gebietskrankenkasse nicht mehr leisten können. Eine beabsichtigte Umschuldung auf eine andere Bank sei an deren Prüfungsergebnis gescheitert. Die Beklagte habe eine positive Fortbestehensprognose nur auf die Angaben der Gemeinschuldnerin gestützt und diese nicht hinterfragt. Durch das von der Beklagten ermöglichte "Weiterwursteln" seien in nachteiliger Weise Forderungen von Neugläubigern in der Höhe von 29,410.169,31 S hinzugekommen.

Die Beklagte beantragte die Abweisung des Klagebegehrens und brachte im Wesentlichen vor:

Die Beklagte habe auf Grund der Anfang 1992 übergebenen Bilanz 1990 sowie auf Grund eines von der Gemeinschuldnerin übergebenen "Budgets" von einer Verbesserung der Ertragslage ausgehen dürfen. Ein Betriebsberatungsunternehmen sei mit Rationalisierungsmaßnahmen beauftragt worden und habe einen positiven Zwischenbericht verfasst. Die Altgesellschafter hätten auf überhöhte Entnahmen und Gehaltszahlungen verzichtet und die Haftung für einen bis längstens

30. 6. 1995 befristeten Einmalkredit von 9 Mio S übernommen. Das jahrelang bestehende Kreditverhältnis sei im Juni 1992 neu geregelt worden:

"DM-Kontokorrentkredit in Gegenwert von max. S 9,5 Mio

mit Gültigkeit bis auf weiteres, vorerst längstens

bis 31. 3. 1993

Einmalbarkredit in Höhe von S 10,0 Mio

mit Gültigkeit bis auf weiteres, längstens

bis 30. 6. 2002

Einmalbarkredit in Höhe von S 9,0 Mio

mit Gültigkeit bis auf weiteres, längstens

bis 30. 6. 1995

Kontokorrentkredit bis zum Höchstbetrag von S 3,3 Mio

bis auf weiteres, vorerst längstens bis 31. 3. 1993."

Die Beklagte habe im letzten halben Jahr vor der Konkursöffnung keine Befriedigung erhalten, die Kreditforderungen hätten sich sogar erhöht, sodass keine anfechtbaren Kreditrückzahlungen vorlägen. Ein auf dem Konto einlangender Betrag, der dem Kontoinhaber wieder zur Verfügung gestellt werde, sei wirtschaftlich gesehen ein Durchlaufposten, wie sich schon aus der Überlegung ergebe, dass die Ein- und Ausgänge auf einem nur dem Zahlungsverkehr dienenden Separatkonto abgewickelt hätten werden können. Bei den angefochtenen beiden Einmalkrediten handle es sich um Umschuldungen, bei denen die Beklagte keine Zahlung erhalten habe. Die Kreditkonditionen seien dabei nicht verschlechtert, sondern sogar verbessert worden. Die von den Kommanditisten übernommene persönliche Haftung sei nicht anfechtbar. Anfechtbar könnte nur eine Sicherstellung durch den Gemeinschuldner sein. Die weitere Kreditgewährung sei nicht nachteilig gewesen. Eine frühere Konkursöffnung hätte nicht zu einer Vergrößerung des Massestandes geführt.

Die Beklagte stellte die Zahlungsunfähigkeit der Gemeinschuldnerin am 29. 6. 1992 und den Umstand, dass ihr die Zahlungsunfähigkeit zu diesem Zeitpunkt bekannt hätte sein müssen, außer Streit.

In der Tagsatzung vom 3. 10. 1994 schlossen die Parteien folgenden Teilvergleich:

"1. Die beklagte Partei verzichtet auf die Rückforderung der auf einem Konkursanderkonto laut Punkt 5.d) der Klage auf einem Massekonto eingegangenen Zahlungen aus Zessionen in der Höhe von S 2,078.596,65.

Allfällige bei der klagenden Partei noch eingehende Zahlungen aus Zessionen von vor der Konkursöffnung fakturierten Lieferungen über den genannten Betrag hinaus sind nach Abzug allfälliger damit verbundener Eintreibungskosten zwischen den Parteien je zur Hälfte zu teilen.

Die klagende Partei nimmt diesen Verzicht an.

2. Die klagende Partei verzichtet auf die Herausgabe der Zahlungseingänge bei der beklagten Partei nach Konkursöffnung laut Punkt 5.b) der Klage mit dem Betrag von S 2,596.975,01 und auf Rückzahlung aller Kontoeingänge ab 1. 12. 1992. Die klagende Partei verzichtet weiters auf die Anfechtung laut Punkt b) des Urteilsbegehrens.

Die beklagte Partei nimmt diesen Verzicht an.

3. Die beklagte Partei verpflichtet sich, der klagenden Partei einen Betrag von S 6,000.000,-- (in Worten: Schilling sechs Millionen) und an Prozesskosten einen Betrag von S 360.000,-- (darin enthalten S 60.000,-- USt) binnen 14 Tagen bei Exekution zu zahlen. Die Parteien kommen überein, wechselseitig nur Kostenersatz auf Basis des nach Abschluss des Teilvergleiches eingeschränkten Betrages auch für die Zeit vor der Einschränkung zu begehren. Der mit S 360.0000,-- festgesetzte Prozesskostenanteil bleibt in jedem Falle unberücksichtigt.

4. Mit diesem Vergleich sind sämtliche Zahlungseingänge auf den Konten der Gemeinschuldnerin bei der Beklagten ab 1. 12. 1992 bereinigt und verglichen."

Der Kläger schränkte daraufhin sein Begehren wie oben dargestellt ein.

Das Erstgericht gab dem eingeschränkten Klagebegehren statt. Über den eingangs wiedergegebenen Sachverhalt hinaus traf es noch folgende Feststellungen:

Die Beklagte hat in der Zeit vom 29. 6. 1992 bis Ende November 1992 die Eingänge auf dem gemeinschuldnerischen Konto 0991-41129/00 innerhalb weniger Tage der Gemeinschuldnerin wiederum zur Verfügung gestellt. Die Beklagte hat auf Grund von Avisi von Eingängen noch vor deren Gutschrift in entsprechender Höhe die nunmehrige Gemeinschuldnerin über das Konto in einzelnen Fällen verfügen lassen. Im Zeitraum 1. 10. 1992 bis 24. 11. 1992 hat die Gemeinschuldnerin der Beklagten die Einzahlungen von Kunden in Höhe von S 13,859.203,60 avisiert. Auf Grund der Globalzessionsvereinbarung vom 19./20. 7. 1990 und 25. 6. 1992 waren alle gegenwärtigen und künftigen Forderungen an Kunden im Ausmaß von zumindest 125 % der Kreditinanspruchnahme abzutreten. Auf Grund dieser Vereinbarung war die Beklagte aus besicherungstechnischer Sicht im Zeitraum ab 29. 6. 1992 nicht davon abhängig, ob ihr Einzahlungen durch die spätere Gemeinschuldnerin avisiert wurde. Die Lage der Gemeinschuldnerin war jedoch ab Anfang Juli 1992 derart schlecht, dass nur mehr die "sicheren Zessionen" bevorschusst wurden, das heißt solche, bei denen die Gemeinschuldnerin der Bank zusätzlich mitteilte, dass die Zahlungen unmittelbar bevorstehen. Im Zeitraum 29. 6. 1992 bis 30. 11. 1992 haben die Eingänge auf den Konten der Gemeinschuldnerin nicht zu einer nachhaltigen Verminderung der Kreditforderung geführt. Trotz - aus damaliger Sicht - vorhandener Zessionsdeckung verlangte die Beklagte als weitere Sicherheit das Aviso von Zahlungseingängen der Gemeinschuldnerin. Die Beklagte war für die Gemeinschuldnerin nicht nur reine Buchungsstelle. Auch bei der Bevorschussung von Avisi hatte die Beklagte die Funktion einer Kreditgeberin. Die Zahlungseingänge führten bei der Beklagten teilweise zu Schuldtilgungen und Wiederausnutzungen des Kredites, insgesamt gesehen jedoch zu einer Kreditausweitung. Über den strittigen Zeitraum betrachtet kam es zu keiner Rückführung des Kreditobligos.

Die Lohnzahlungen an die Dienstnehmer der Gemeinschuldnerin wurden nicht über die Beklagte als Hausbank, sondern über die Sparkasse St.

G***** vorgenommen, da die meisten Dienstnehmer dort ihre Lohnkonten hatten. Dies war auch der Beklagten bekannt.

Der Vorgang der Lohnauszahlungen erfolgte über das Lohnkonto der späteren Gemeinschuldnerin bei der Sparkasse, und zwar in der Art, dass jeweils am 10. eines jeden Monats von der Gemeinschuldnerin die Höhe der auszahlenden Löhne mittels Liste an die Sparkasse bekanntgegeben wurde. Gleichzeitig wurde ein Scheck der Beklagten überbracht, in welchem die auszahlenden Löhne gerundet in Summe enthalten waren. Vor der Auszahlung der Löhne hat die Sparkasse bzw Mitarbeiter derselben bei der Beklagten - deren Stellung als Hausbank bekannt war - angerufen und angefragt, ob Deckung für den jeweiligen Scheck gegeben sei. Gesprächspartner auf Seiten der Beklagten waren Heinrich S***** und F*****. Wenn eine telefonische Deckungszusage durch die Beklagte erteilt wurde, wurden die Löhne an die Dienstnehmer der Gemeinschuldnerin ausbezahlt. Diese telefonische Anfrage von Seiten der Sparkasse wurde seit Beginn des Jahres 1992 auf Grund hausinterner Order der Sparkasse so gehandhabt. Ab Juli 1992 erfolgten keine Anrufe der Sparkasse bei der Beklagten mehr, da von Seiten der Gemeinschuldnerin keine Buchungslisten und Schecks mehr der Sparkasse vorgelegt wurden. Zu jener Zeit, als noch Buchungslisten an die Sparkasse übermittelt wurden, haben Reiner Z***** oder Peter T***** selbst bei der Beklagten (S*****) angerufen und angefragt, ob Deckung für die Auszahlung der Löhne bzw für die Schecks gegeben sei. In der Folge erst wurden die Buchungslisten und Schecks an die Sparkasse überbracht.

Bereits in den Monaten April und Mai 1992 hat es Probleme mit der Deckungszusage in der Art gegeben, dass nur eine Teileinlösungszusage vorlag. Im Mai 1992 wurde Z***** von S***** seitens der Beklagten mitgeteilt, dass er keine Zusage machen könne. Dies auf die telefonische Mitteilung, dass die Gemeinschuldnerin Löhne über einen gewissen Gesamtbetrag auszahlen müsse und die Frage, ob diesbezüglich Deckung vorhanden sei. Die Löhne für April und Mai 1992 konnten - nachdem von Seiten der Gemeinschuldnerin ausstehende Zahlungen von Kunden derselben (Fa. P*****) eingeholt (per Scheck) und an die Beklagte überbracht wurden, sodass diese doch eine Deckungszusage erteilte - verspätet ausbezahlt werden. Im Juli 1992 wurden die Löhne nicht mehr über Scheckvorlage der Beklagten ausbezahlt, da diese keine Deckung mehr gegeben hat. Dies, obwohl die spätere Gemeinschuldnerin mit Schreiben/Fax vom 9. 7. 1992 - gerichtet an die Beklagte zu Händen S***** - mitgeteilt hat, dass, wenn die Löhne der Belegschaft nicht bis 10. 7. 1992 verfügbar auf deren Lohnkonten seien, mit einem vorzeitigen Austritt der Belegschaft zu rechnen sei und daher dringend um eine weitere Ausnützung der Kreditlinie ersucht wurde.

Der Beklagten war somit - spätetens mit 9. 7. 1992 - bekannt, dass, wenn sie keine Deckungszusage bzw Erlaubnis zur weiteren Ausnützung der Kreditlinie erteilte, die Löhne nicht mehr an die Mitarbeiter der Gemeinschuldnerin ausbezahlt werden konnten.

Die von der Beklagten gewählte Vorgangsweise der Ein- und Auszahlungen ab 29. 6. 1992 war für die Beklagte als offenkundig nachteilig für die Befriedigung der Gläubiger der späteren Gemeinschuldnerin erkennbar.

Die gewährten Kredite wurden nicht ausschließlich zur Beschaffung von Ware gegen Bezahlung und Weiterverkauf dieser Ware gegen Gewinn, sondern unter anderem auch zur Abwehr von Konkursanträgen der GKK bezahlt.

Im Zeitraum 29. 6. 1992 bis zur Konkurseröffnung sind neue Gläubiger

im Betrag von S 29,410.169,31 entstanden.

Die spätere Gemeinschuldnerin hat andrängende Gläubiger vordringlich befriedigt und auf eine gleichmäßige Befriedigung aller Gläubiger keinen Wert gelegt. Sie hat auch nur deswegen Zahlungen geleistet, um mittels Fristentransformation durch die Bank flüssige Mittel für die Befriedigung andrängender Gläubiger zu erhalten.

Der Massestand zum Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Streitverhandlung I. Instanz betrug S 20,313.592,--".

In rechtlicher Hinsicht führte das Erstgericht aus, dass gemäß § 31 Abs 1 Z 2 KO alle nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit vorgenommenen Rechtshandlungen, durch die ein anderer Konkursgläubiger Sicherstellung oder Befriedigung erlange, und alle vom Gemeinschuldner mit anderen Personen eingegangenen, für die Gläubiger nachteiligen Rechtsgeschäfte anfechtbar seien, wenn dem anderen Teil die Zahlungsunfähigkeit oder der Konkurseröffnungsantrag bekannt war oder bekannt sein musste. Die beiden Erfordernisse der Zahlungsunfähigkeit und der Kenntnis darüber seien außer Streit gestellt worden. Der erste Fall der zitierten Gesetzesstelle setze eine bereits bestehende Gläubigerstellung des Anfechtungsgegners voraus. Zug-um-Zug-Geschäfte seien deswegen anfechtungsfest. Die verbindliche Zusage von Zahlungseingängen und die entsprechend dieser Zusage jeweils eingeräumte Möglichkeit der Kontoüberziehung stelle ein anfechtungsfestes Zug-um-Zug-Geschäft dar. Es sei aber eine Anfechtbarkeit des Rechtsgeschäftes wegen Nachteiligkeit nach dem zweiten Fall der zitierten Gesetzesstelle gegeben. Die Kreditgewährung müsse sich für die Gläubiger tatsächlich nachteilig ausgewirkt haben. Es werde eine typische Nachteiligkeit des Geschäfts gefordert. Die Nachteiligkeit sei auf Grund einer Differenzrechnung zu prüfen, bei der auch die Vorteile zu veranschlagen seien, die sich aus der Fortführung der Geschäfte ergeben hätten. Wenn sich ein Rechtsgeschäft tatsächlich nachteilig ausgewirkt habe, sei weiters zu prüfen, ob die Nachteiligkeit objektiv vorhersehbar gewesen sei. Diesbezüglich treffe den Masseverwalter die Beweislast. Eine Begrenzung der Haftung des Anfechtungsgegners mit der Höhe der Kreditlinie bestehe nicht. Die Obergrenze ergebe sich aus dem Differenzbetrag, um den sich die Masse ab der Vornahme des Rechtsgeschäftes bis zur tatsächlichen Konkurseröffnung verschlechtert habe. Die Obergrenze ergebe sich aus der Formel $Z = Q \times P - A : 1 - Q$, wobei Z der durch den Anfechtungsgegner maximal zu leistende Betrag, Q die Quote, die bei rechtzeitiger Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu erreichen gewesen wäre, P die Summe der Konkursforderungen der allgemeinen Klasse und A die zur Befriedigung der Konkursgläubiger der allgemeinen Klasse vorhandenen Masse darstellten. Diese Formel sei aber hier zu modifizieren, weil bei rechtzeitiger Konkurseröffnung neue Gläubiger gar nicht hinzugekommen wären, daher keinerlei Nachteile erfahren hätten und diesen voller Ersatz zuzubilligen sei. Die Formel habe daher unter Berücksichtigung der Neugläubiger zu lauten: $Z = Q \times (P - N) - (A - N) : 1 - Q$.

Der im Zuge der Anfechtung auf Grund des Teilvergleichs bezahlte Betrag sei bei dieser Berechnung nicht mindernd anzusetzen, da er bei Nichthereinnahme anfechtbarer Zahlungen von vorneherein in der Masse gewesen wäre. Selbst wenn man aber den Teilvergleich (ca 8 Mio S) berücksichtigte, wäre für die Beklagte nichts zu gewinnen, weil sich die Schulden zu Beginn des Anfechtungszeitraums ebenfalls um diesen Betrag vermindert hätten, sodass sich der für Z allenfalls ergebende Betrag jedenfalls erhöht hätte. Wie sich aus dem mittels dieser Formel durchgeführten Quotenvergleich ergebe, sei davon auszugehen, dass die Weitergewährung der Kredite sich nachteilig für die Befriedigung der Gläubiger ausgewirkt habe. Die Nachteiligkeit sei

objektiv vorhersehbar gewesen, weil der Anfechtungsgegnerin bekannt gewesen sei, dass ab Juli 1992 die laufenden Löhne der Dienstnehmer nicht mehr bezahlt hätten werden können. Die Voraussetzungen für eine Anfechtung gemäß § 31 Abs 1 Z 2 zweiter Fall KO lägen vor.

Das Berufungsgericht gab der Berufung der Beklagten Folge und hob das erstinstanzliche Urteil zur Verfahrensergänzung auf. Eine Anfechtung nach § 28 KO komme hier nicht in Betracht, weil die Zahlung laufender Betriebsverbindlichkeiten zur Ermöglichung der Fortführung eines Betriebs nicht auf Benachteiligungsabsicht zurückgeführt werden könnte. Der Umstand allein, dass mit der Bezahlung jeweils fälliger Forderungen die Gefahr eines Ausfalls für andere Gläubiger verbunden sei, könne eine Benachteiligungsabsicht nicht begründen. Sonst wäre zwischen den Anfechtungstatbeständen der Benachteiligungsabsicht und der Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit kein Unterschied mehr zu sehen. Das Berufungsgericht könne sich der Lehrmeinung Königs, dass sich die Kenntnis von der Insolvenz "nur um Nuancen" von der Kenntnis der Benachteiligungsabsicht unterscheide, nicht anschließen. Die Anfechtungstatbestände hätten verschiedene Anfechtungsfristen, woraus zu folgern sei, dass der Gesetzgeber beiden Tatbeständen unterschiedlichen Unrechtsgehalt beimesse. Bei der Absichtsanfechtung sei die Gläubigerbenachteiligung das überwiegende Motiv für die Leistung des Gemeinschuldners. Dies liege hier nicht vor. Die Wiederausnutzungen des Kredits nach eingehenden Zahlungen seien Zug-um-Zug-Geschäfte, bei denen eine Anfechtung sowohl nach § 30 KO als auch nach § 31 Abs 1 Z 2 erster Fall KO ausgeschlossen sei. Die Beklagte habe bewiesen, dass im anfechtungsrelevanten Zeitraum nur dann eine Wiederausnutzung gewährt worden sei, wenn damit im engen zeitlichen und wirtschaftlichen Zusammenhang mit der Wiederausnutzung stehende Eingänge erfolgt seien. Die Anfechtung derartiger wiederausgenutzter Eingänge sei unzulässig. Es könne auch ein Entgang der Masse im Sinne des § 39 KO nur im Ausmaß einer Saldosenkung vorliegen. Wenn nun - wie hier - die Gemeinschuldnerin vor der Konkurseröffnung nur über die Eingänge am Kreditkonto disponiert und keine Tilgungen vorgenommen habe, liege keine Saldosenkung vor. Daran scheitere eine Anfechtung nach den angeführten Gesetzesstellen.

Die Anfechtung wegen Nachteiligkeit nach dem zweiten Fall des § 31 Abs 1 Z 2 KO sei auch bei anfechtungsfesten Zug-um-Zug-Geschäften zulässig. Die erfolgreiche Anfechtung führe dazu, dass der Gläubiger das Empfangene an die Masse zurückzustellen habe und seine Forderungen nur als Konkursforderungen geltend machen könne. Anfechtbar seien alle für die Gläubiger nachteiligen Rechtsgeschäfte. Die Nachteiligkeit liege darin, dass das Kreditverhältnis trotz Zahlungsunfähigkeit weiter aufrecht erhalten und kein Konkursantrag gestellt werde. Nach ständiger Rechtsprechung seien nicht nur die mit der angefochtenen Rechtshandlung unmittelbar verbundenen Nachteile zu berücksichtigen. Die bloß mittelbare Nachteiligkeit reiche aus. Die Nachteiligkeit müsse aber bei Eingehen des Geschäftes objektiv vorhersehbar sein. Diese Vorhersehbarkeit sei hier zu bejahen, weil der Beklagten ab Juni 1992 die Zahlungsunfähigkeit der Gemeinschuldnerin bekannt gewesen sei und sie gewusst habe, dass die KG aus Eigenem nicht mehr in der Lage gewesen sei, die Löhne und Gehälter der Dienstnehmer auszuzahlen, sodass sie nicht in der Lage gewesen wäre, andere Kreditmittel für diesen Zweck zu erlangen. In dieser Situation habe mit einer nachhaltigen Sanierung nicht mehr gerechnet werden können. Es sei anzunehmen gewesen, dass sich der Schuldenstand - wie auch geschehen - durch das Hinzutreten von Neugläubigern vergrößern werde. Es sei daher die vom Erstgericht getroffene Feststellung nicht zu beanstanden, dass die Nachteiligkeit vorhersehbar gewesen sei. Für die Annahme, dass die getätigten Bevorschussungen für die Konkursverzögerung nicht kausal gewesen wären, bestehe kein Raum. Für die Beurteilung der tatsächlichen

Nachteiligkeit sei ein Vergleich der Quoten vorzunehmen, und zwar der im Konkurs zu erwartenden Ist-Quote mit der hypothetischen Quote, die bei rechtzeitiger Konkurseröffnung zu erwarten gewesen wäre. Bei der Differenzrechnung seien auch die Vorteile der Betriebsführung (Betriebsfortführung) zu berücksichtigen. Wenn die so ermittelte Ist-Quote schlechter als die hypothetische Quote sei, sei die tatsächliche Nachteiligkeit zu bejahen. Der Masseverwalter könne sich zum Beweis hiefür auf die Differenzrechnung nach der sogenannten Weissel'schen Formel berufen. Das Erstgericht sei von dieser Formel ausgegangen und habe einen maximal zu leistenden Betrag von 32 Mio S ermittelt. Die dieser Berechnung zugrunde liegenden Beträge seien im Ersturteil aber nicht dargestellt worden. Die Beklagte bekämpfe die Berücksichtigung der Neugläubiger mit 100 %. Nach der oberstgerichtlichen Entscheidung 2 Ob 2147/96s sei - auch nach Ansicht des Berufungsgerichtes - zwischen Alt- und Neugläubigern nicht zu differenzieren. Das Erstgericht habe die Neugläubiger voll berücksichtigt, es könne daher der von ihm zugrunde gelegte Betrag von 32 Mio S nicht übernommen werden. Es habe eine Neuberechnung stattzufinden. Eine solche könne aber vom Berufungsgericht mangels entsprechender Feststellungen des Erstgerichtes nicht vorgenommen werden. Zum erforderlichen Quotenvergleich lägen Feststellungsmängel vor. Das Erstgericht werde nach der zitierten Formel den im Zeitpunkt des Abschlusses der angefochtenen Rechtshandlungen bestandenen Status der Gemeinschuldnerin dem tatsächlichen Status bei Konkurseröffnung gegenüberzustellen haben. Bei der vorzunehmenden Neuberechnung werde aber auch zu beachten sein, dass der Masse der von der Beklagten aus dem Teilvergleich zugeflossene Betrag nicht zur Verfügung gestanden wäre, wenn der durch den Teilvergleich erledigte Vorgang erst nach Beginn der Frist des § 31 Abs 4 KO verwirklicht worden wäre. Diesfalls wäre der aus dem Teilvergleich zugeflossene Betrag, soweit er aus einer Deckungsanfechtung resultiere, bei Berechnung der erzielbaren Quote zu Beginn der kritischen Frist nicht zu berücksichtigen. Hätte der Anfechtungsanspruch hingegen schon früher, d.h. im Zeitpunkt der fiktiven Konkurseröffnung bestanden, so wäre er auch in die Erstellung des fiktiven Insolvenzstatus mit einzubeziehen. Schließlich werde noch zu beachten sein, dass die Zahlung des Vergleichsbetrags zu einer Einschränkung des Klagebegehrens im ursprünglichen Punkt b und einer ziffernmäßigen Einschränkung des Leistungsbegehrens geführt habe. Da die Beklagte damit eine Leistung zurückgeführt habe, auf die sie keinen Anspruch gehabt habe, könnte sie die Rückstellung dieser Leistung nur so weit verlangen, als die Masse dadurch bereichert wäre. Die Feststellungen des Erstgerichtes reichten zur Beantwortung dieser Fragen nicht aus. Im zweiten Rechtsgang müssten Feststellungen zu den Vergleichsgrundlagen getroffen werden.

Das Berufungsgericht sprach aus, dass der Rekurs gegen den Aufhebungsbeschluss wegen der Erheblichkeit der zu lösenden Rechtsfragen zulässig sei.

Der Kläger beantragt mit seinem Rekurs die Abänderung dahin, dass das Urteil des Erstgerichtes wiederhergestellt werde, hilfsweise die Aufhebung des Beschlusses zur neuerlichen Entscheidung des Berufungsgerichtes über die Berufung der Beklagten.

Die Beklagte beantragt mit ihrem Rekurs die Abänderung dahin, dass das Klagebegehren zur Gänze abgewiesen werde.

Beide Parteien beantragen jeweils, dem Rekurs der Gegenseite nicht Folge zu geben.

Rechtssatz

Beide Rekurse sind zulässig, aber nicht berechtigt.

I. Zu den vom Kläger relevierten Anfechtungsgründen nach den §§ 28 und 30 Abs 1 Z 3 KO sowie § 31 Abs 1 Z 2 erster Fall KO:

Vorauszuschicken ist, dass der Schwerpunkt der Rekurse beider Parteien auf der Anfechtung wegen mittelbarer Nachteiligkeit nach § 31 Abs 1 Z 2 zweiter Fall KO liegt, dem das Erstgericht die entscheidende Bedeutung zumaß. Das Berufungsgericht erachtete das Verfahren nur zu diesem Anfechtungstatbestand für ergänzungsbedürftig und verneinte die übrigen Anfechtungsgründe.

1. Nach § 28 KO sind alle Rechtshandlungen anfechtbar, die der Gemeinschuldner in der dem anderen Teil bekannten Absicht, seine Gläubiger zu benachteiligen, in den letzten 10 Jahren vor der Konkurseröffnung vorgenommen hat (Z 1) sowie alle Rechtshandlungen, durch welche die Gläubiger des Gemeinschuldners benachteiligt werden und die er in den letzten zwei Jahren vor der Konkurseröffnung vorgenommen hat, wenn dem anderen Teil die Benachteiligungsabsicht bekannt sein musste (Z 2). Der Oberste Gerichtshof hält trotz der Kritik der Lehre an seiner Auffassung fest, dass auch kongruente Deckungen der Absichtsanfechtung unterliegen und dass für die Benachteiligungsabsicht des Gemeinschuldners der Vorsatz in der Form des dolus eventualis ausreicht, etwa wenn zur Begünstigung noch das Wissen hinzukommt, dass das zahlungsunfähige Unternehmen nicht mehr saniert werden kann und eine volle Befriedigung aller Gläubiger auch in Zukunft nicht mehr möglich ist (ÖBA 1997/666; ÖBA 1999/823; zuletzt 6 Ob 52/99m). Gegen die Ansicht, dass die Zahlung auch fälliger Forderungen in Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit zumindest den Tatbestand der subjektiven Begünstigung erfülle und dann, wenn der Schuldner keine Hoffnung auf eine Sanierung habe, auch den Tatbestand des § 28 KO, wendet die Lehre ua das vom Berufungsgericht gebrauchte Argument ein, dass damit die unterschiedlichen Anfechtungsfristen obsolet wären. Dies trifft schon deshalb nicht zu, weil der vom Masseverwalter zu erbringende Beweis durchaus unterschiedlich ist, muss er doch nach § 28 KO jedenfalls die Benachteiligungsabsicht beweisen, was bei den anderen Anfechtungstatbeständen nicht der Fall ist. Das zweite Argument der Lehre liegt im unterschiedlichen Gesetzeszweck der einzelnen Tatbestände. Nach § 28 KO sind Rechtshandlungen auch vor der materiellen Insolvenz anfechtbar, die also zu einem Zeitpunkt gesetzt wurden, zu dem noch keine Verpflichtung zur Gläubigergleichbehandlung bestand. § 28 KO bezwecke nicht die gleichmäßige Befriedigung der Gläubiger, sondern nur die Verminderung des Befriedigungsfonds durch andere Handlungen. Die Verletzung der par conditio creditorum sei entgegen der Auffassung des Obersten Gerichtshofs auch dann nicht § 28 KO zu unterstellen, wenn die angefochtene Rechtshandlung nach Eintritt der materiellen Insolvenz gesetzt worden sei (so zuletzt Doralt in der Entscheidungsanmerkung zu 4 Ob 99/97f = ÖBA 1997/666). Dieses Argument verwendet auch hier die Beklagte, indem sie auf die fehlende Verringerung des Befriedigungsfonds verweist. Die beklagte Bank habe ja keine Deckung erhalten, sondern im Gegenteil in der kritischen Frist ihr Kreditengagement ausgeweitet.

Dem Einwand der Lehre zum Schutzzweck der Norm des § 28 KO ist zunächst entgegenzuhalten, dass dieser zwar vor der materiellen Insolvenz primär in der Verhinderung einer absichtlichen Verringerung des künftigen Befriedigungsfonds besteht, damit ist aber noch nicht gesagt, dass nach Eintritt der materiellen Insolvenz nicht auch andere nachteilige Handlungen, die das Tatbild anderer Anfechtungstatbestände erfüllen, wegen des Benachteiligungsvorsatzes des Gemeinschuldners unter § 28 KO fallen können. Schließlich reicht nach herrschender Ansicht für die Bejahung der Gläubigerbenachteiligung schon die bloß mittelbare Benachteiligung

(Koziol/Bollenberger in Bartsch/Pollak⁴ Rz 44 zu § 27 KO mwN und Rz 18 zu § 28). Auch Zug-um-Zug-Geschäfte sind von der Absichtsanfechtung nicht ausgenommen (6 Ob 532/94 = ÖBA 1995, 230; SZ 64/37 uva). Die praktische Bedeutung der strittigen Rechtsfrage ist hier aber ohnehin nicht gegeben, weil sie nur bei einer Verfristung der anderen Anfechtungstatbestände vorläge. Die angefochtenen absichtlichen (also in Kenntnis des Schuldners über seine nicht mehr sanierbare Zahlungsunfähigkeit gesetzten) nur mittelbar nachteiligen Rechtshandlungen sind nach § 31 Abs 1 Z 2 zweiter Fall KO ohnehin anfechtbar, ohne dass der Masseverwalter dort die Benachteiligungsabsicht nachzuweisen hätte. Dazu wird noch bei der Behandlung des Schwerpunktes beider Rekurse Stellung zu nehmen sein. Gegen die grundsätzliche Zulässigkeit der hier nicht ökonomischen kumulativen Geltendmachung beider Anfechtungstatbestände durch den klagenden Masseverwalter bestehen aber entgegen den Lehrmeinungen keine Bedenken. Dass eine Anfechtbarkeit gebührender Deckungen auch nach § 28 KO jedenfalls bei feststellungsspezifischen Indizien für eine Benachteiligungsabsicht (wie sie bei König, Anfechtung² Rz 133 [S 84] mit "Umtrieben" und "Ränken" beschrieben werden), zu bejahen ist, bezweifelt die Beklagte nicht. Es genügt dolus eventualis. Benachteiligungsabsicht ist anzunehmen, wenn zur Begünstigung noch das Wissen hinzukommt, dass das zahlungsunfähige und überschuldete Unternehmen nicht mehr saniert werden kann und eine volle Befriedigung aller Gläubiger auch in Zukunft nicht möglich ist (4 Ob 99/97f = ÖBA 1997/666, 1020 mwN). Es reicht aus, dass der Schuldner andere Ziele, etwa die Begünstigung des Partners oder auch die Befreiung von einer drohenden Exekution, verfolgt hat und dabei die Benachteiligung anderer Gläubiger als sicher eintretend erkannte oder sich damit bewusst und positiv abfand (7 Ob 354/98d = ÖBA 1999/823). An dieser Rechtsprechung hat der erkennende Senat erst jüngst festgehalten (6 Ob 52/99m).

Es ist nicht einsichtig, dass etwa eine durch die Aufrechterhaltung des Kreditverhältnisses ermöglichte Unternehmensfortführung zum Zwecke der vom Gemeinschuldner geplanten weiteren Aushöhlung des Unternehmens nicht unter den Tatbestand des § 28 KO fallen dürfte. Auf das Erfordernis eines tatsächlich eingetretenen Nachteils für die Gläubiger, das für alle Anfechtungstatbestände gilt, wird noch einzugehen sein. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichtes kommt eine Anfechtung nach § 28 Z 2 KO hier durchaus in Frage. Solange der Masseverwalter seinen Anfechtungsanspruch nach § 31 Abs 1 Z 2 zweiter Fall KO jedoch aufrecht erhält, kommt der grundsätzlich gegebenen Ergänzungsbedürftigkeit des Verfahrens zum Thema der Benachteiligungsabsicht aber keine praktische Bedeutung zu, weil zuvor schon der Anfechtungsgrund nach § 31 KO bejaht werden könnte, wenn die noch darzustellenden Voraussetzungen vorliegen, die auch bei einer Beurteilung nach § 28 KO gegeben sein müssen (insbesondere die tatsächliche Nachteiligkeit und die Vorhersehbarkeit).

2. Das Berufungsgericht verneinte die Anfechtbarkeit nach § 30 KO sowie nach § 31 Abs 1 Z 2 erster Fall KO wegen des festgestellten Zug-um-Zug-Charakters der festgestellten Einzahlungen und Auszahlungen im Einklang mit der Lehre (Koziol/Bollenberger aaO Rz 14 zu § 30 mwN und Rz 11 zu § 31 mwN; SZ 64/73 uva; zuletzt 4 Ob 306/98y = RdW 1999, 350 = ÖBA 1999, 477 = ZIK 1999, 24 = SZ 71/210). Der Kläger lässt diese mit der Erwägung begründete Auffassung, dass die Anfechtungstatbestände eine schon bestehende Gläubigerstellung voraussetzen, die bei Zug-um-Zug-Geschäften aber nicht gegeben sei, unbekämpft, bestreitet aber den Zug-um-Zug-Charakter zumindest der bis 1. 10. 1992 erfolgten Einzahlungen und Auszahlungen, weil das Erstgericht erst ab diesem Zeitpunkt Zahlungsverhältnisse festgestellt habe, davor also anfechtbare Deckungen geleistet worden seien. Für diesen Standpunkt sprächen auch die weiteren Feststellungen, dass sie nicht

reine Buchungsstelle gewesen sei und dass die Beklagte die Funktion einer Kreditgeberin gehabt habe. Dem Rekurswerber ist zwar einzuräumen, dass die erstinstanzlichen Feststellungen auslegungsbedürftig sind, stellte das Erstgericht doch einerseits fest, dass sie nur mehr die "sicheren Zessionen" bevorschusst habe, also solche, bei denen die Gemeinschuldnerin der Bank zusätzlich mitteilte, dass die Zahlungen unmittelbar bevorstehen, andererseits aber auch feststellte, dass sie als weitere Sicherheit ab 1. 10. 1992 das Aviso von Zahlungseingängen der Gemeinschuldnerin verlangt habe. Die Auslegung des Berufungsgerichtes, das von einer Ankündigungspflicht der Gemeinschuldnerin schon ab Ende Juni 1992 ausging, ist jedoch nach den im Gesamtzusammenhang zu lesenden Feststellungen des Erstgerichtes und seiner Beweiswürdigung nicht zu beanstanden. Der Masseverwalter führt für seine Ansicht, dass die jeweiligen Auszahlungen nicht nach den Eingängen, sondern nach dem jeweiligen Bedarf der Gemeinschuldnerin erfolgt seien, auch nur ins Treffen, dass die Eingänge erst jeweils rund einen Monat nach den Auszahlungen erfolgt seien. Anfechtungsrelevant könnte aber nur der umgekehrte Fall sein, nämlich dass Eingängen über längere Zeit keine Auszahlungen folgten, sodass von einer Deckung und einer nachfolgenden neuerlichen Kreditgewährung ausgegangen werden könnte. Dass die Beklagte auch ohne vorherige Einzahlungen Auszahlungen vornahm, geht schließlich schon aus dem Umstand der Saldoerhöhung in der kritischen Zeit hervor. Zutreffend verweist die Beklagte in ihrer Rekursbeantwortung auf den für den Kontokorrentkredit während der gesamten Dauer des Kreditverhältnisses zu bejahenden Zug-um-Zug-Zusammenhang zwischen Kontoeingängen und späteren Wiederausnutzungen (4 Ob 306/98y), sodass nur eine Saldoabsenkung eine anfechtbare Deckung bedeuten kann. Eine solche ist aber nicht erfolgt. Da sich auch für die Überziehung des Kreditrahmens und die danach geleisteten Einzahlungen nichts anderes ergibt, wenn diesen wieder die Zug um Zug geleisteten Auszahlungen gegenüberstehen, hängt vom wirtschaftlichen und zeitlichen ("time lag") Zusammenhang ab, der hier wegen der grundsätzlich festgestellten Absprache, die Wiederausnutzung oder Überziehung nur gegen Mitteilung von sicheren Eingängen zu gestatten, zu bejahen ist (zum engen zeitlichen und wirtschaftlichen Zusammenhang: Koziol/Bollenberger aaO Rz 11 und 12 zu § 31 mwN aus der Lehre und Rechtsprechung; König, Anfechtung² Rz 225). Mit dem relevierten Umstand, dass Eingänge erst verspätet einlangten, kann der Zug-um-Zug-Charakter nicht erschüttert werden, weil es auf die zeitliche Nähe der Auszahlungen zu den Einzahlungen ankommt.

Der Kläger bestreitet schließlich das Erfordernis der Saldosenkung für die Deckungsanfechtung bei Überziehungskrediten. Auch hier steht seinem Standpunkt der von der zitierten Rechtsprechung für entscheidungswesentlich erachtete Zug-um-Zug-Charakter entgegen. Eine Haftung des Anfechtungsgegners ohne erfolgte Deckung kann somit nur in der mittelbaren Nachteiligkeit des Zug-um-Zug-Geschäfts ihre Grundlage haben (Koziol/Bollenberger aaO Rz 26 zu § 31; König aaO Rz 225; 4 Ob 306/98y uva).

II. Zur Anfechtung nach § 31 Abs 1 Z 2 zweiter Fall KO:

Alle nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit vom Gemeinschuldner mit anderen Personen eingegangene, für die Gläubiger nachteiligen Rechtsgeschäfte sind anfechtbar, wenn dem anderen Teil die Zahlungsunfähigkeit bekannt war oder bekannt sein musste. Diesem Gesetzestext kann nicht entnommen werden, ob nur unmittelbar nachteilige Rechtsgeschäfte anfechtbar sind oder ob schon die mittelbare Nachteiligkeit ausreicht. Unmittelbare Nachteiligkeit liegt vor, wenn die Leistung des Gemeinschuldners und die Gegenleistung des Gläubigers (Anfechtungsgegners) nicht äquivalent sind (beispielsweise die Unangemessenheit des Kaufpreises der vom

Gemeinschuldner verkauften Sache oder des Mietzinses des vom Gemeinschuldner vermieteten Objekts). Bei der mittelbaren Nachteiligkeit liegt zwar die Äquivalenz bei Eingehen des angefochtenen Rechtsgeschäftes vor, ein danach eintretendes weiteres Ereignis bewirkt aber, dass die dem Gemeinschuldner erbrachte Leistung für die Masse nicht wirksam wird, die Gläubiger also dadurch einen Nachteil erleiden. In der Lehre besteht ein Meinungsstreit: Den Befürwortern der Anfechtbarkeit nur unmittelbar nachteiliger Rechtsgeschäfte (vgl ua Koziol, Grundlagen und Streitfragen der Gläubigeranfechtung; Doralt, Zur Gläubigeranfechtung wegen mittelbarer nachteiliger Rechtsgeschäfte in ÖBA 1995, 113; Koziol in ÖBA 1988, 1079) steht diametral die Gegenmeinung (insbesondere von König, Anfechtung² Rz 284 ff) gegenüber, dass auch mittelbar nachteilige Rechtsgeschäfte anfechtbar seien. Der Oberste Gerichtshof hat einen Mittelweg beschritten, dass zwar bloß mittelbare Benachteiligung als Anfechtungsvoraussetzung ausreicht, diese aber für den Anfechtungsgegner zum Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses objektiv vorhersehbar gewesen sein muss (so schon SZ 57/87 mit eingehender Darstellung der gegensätzlichen Lehrmeinungen). Es soll nicht jedes Rechtsgeschäft mit dem in der Krise befindlichen späteren Gemeinschuldner als mittelbar nachteilig anfechtbar sein, weil gegen eine generelle Kontrahierungssperre im Sinne der Ansicht Königs die im § 69 Abs 2 KO normierte Befristung des Konkursantrags des Gemeinschuldners und die ihm eingeräumte Möglichkeit, ein Ausgleichsverfahren zu betreiben, sprechen (SZ 69/262 mwN). Zessionskredite wurden in der früheren oberstgerichtlichen Rechtsprechung als typisch nachteilig angesehen und dem Anfechtungsgegner die Beweislast auferlegt, dass die Nachteiligkeit doch nicht vorhersehbar war (SZ 57/87; SZ 59/216). Von dieser Beweislastverteilung ist der Oberste Gerichtshof in jüngerer Zeit aber abgerückt; er geht auch bei den in der Krise gewährten Bankkrediten von einer Beweislast des Masseverwalters zur objektiven Erkennbarkeit, dass eine Sanierung nicht erreicht werden kann, aus (SZ 62/97; SZ 69/262; 4 Ob 306/98y = RdW 1999, 350 = ÖBA 1999, 477 = ZIK 1999, 24 = SZ 71/210). Die rekurrierende Bank strebt hier keine Änderung der Judikatur im Sinne der Befürworter der Anfechtbarkeit nur unmittelbar nachteiliger Rechtsgeschäfte an (beispielsweise P. Doralt ua in ÖBA 1995, 113), verneint aber aus mehreren Gründen die mittelbare Nachteiligkeit der angefochtenen Wiederausnutzung des revolvingierenden Kontokorrentkredites und der Gewährung von Überziehungskrediten.

1. Entgegen der Auffassung der Beklagten ist eine Anfechtung des Kreditgeschäftes wegen mittelbarer Nachteiligkeit hier nicht schon deswegen ausgeschlossen, weil dies die Besicherung des Kredits, etwa durch Zessionen, zur Voraussetzung hätte (unstrittig war der Kontokorrentkredit hier infolge Unwirksamkeit der Zessionen nicht gesichert). Die Wiederausnutzung eines revolvingierenden Kontokorrentkredits, der bis zum Rahmen ausgeschöpft ist, setzt Eingänge auf dem Konto des Kreditnehmers voraus. Der Zug-um-Zug-Charakter der Eingänge (Zahlungen) des Schuldners und die Wiederausnutzung des Kreditrahmens macht diese vor Anfechtungen nach § 31 Abs 1 Z 2 erster Fall KO anfechtungsfest, weil die Gläubigerstellung erst gleichzeitig mit der Sicherung oder Befriedigung begründet wird (SZ 62/97; 1 Ob 308/98w mwN = ZIK 1999, 199 = ÖBA 2000, 242). Einzahlungen des Schuldners auf das Kontokorrentkreditkonto sind auch bei einem unbesicherten Kredit Zug um Zug erfolgt, wenn eine Wiederausnutzung erfolgt. Der Hinweis der Rekurswerberin auf ihr mangelndes Recht zur Fälligestellung des aushaftenden Kontokorrentkredits ist nicht zielführend. Dieses Recht ist zwar für die Beurteilung der Kongruenz der Zahlung (§ 30 KO) und für die Deckungsanfechtung bedeutsam (vgl dazu zuletzt 2 Ob 128/99h = ÖBA 2000/848), nicht aber für die Anfechtung wegen mittelbarer

Nachteiligkeit. Im Übrigen stünde einer einseitigen Aufkündigung des Kreditverhältnisses durch die Bank aus dem Grund schlechter Vermögensverhältnisse des in die Krise geratenen Kreditschuldners nichts im Wege (Unsicherheitseinrede in analoger Anwendung der §§ 1052 und 1062 ABGB). Dauerschuldverhältnisse können aus wichtigem Grund jederzeit aufgelöst werden (SZ 60/77 uva).

2. Dem Argument, ein nachteiliges Rechtsgeschäft liege hier nicht vor, weil die beklagte Bank in der Anfechtungsfrist keine Kreditrückführung erlangt habe und sogar eine Kreditausweitung erfolgt sei, sodass kein Rechtsgeschäft, sondern nur eine nach § 31 Abs 1 Z 2 zweiter Fall KO unanfechtbare Zahlung erfolgt sei, ist die oberstgerichtliche Rechtsprechung entgegenzuhalten, dass die Aufrechterhaltung des Kontokorrentverhältnisses im Wege der erforderlichen wirtschaftlichen Gesamtbetrachtung (vgl 4 Ob 306/98y) das anfechtbare Rechtsgeschäft darstellt. Die Wiederausnutzung des Kreditrahmens kann nicht vom Krediteröffnungsvertrag und dem Charakter des Kreditverhältnisses als Dauerschuldverhältnis gelöst werden. § 31 Abs 1 Z 2 erster Fall KO erfasst die Befriedigung des Gläubigers (Zahlung), also das Erfüllungsgeschäft. Von dieser Deckungsanfechtung (Gläubigertatbestand) ist die Anfechtung des Grundgeschäfts wegen Nachteileiligkeit zu unterscheiden. Von der Anfechtung ist jede einzelne Kreditausnutzung (Abrufung) des Schuldners betroffen, der sich die Bank nicht widersetzt. Auch Bollenberger, auf dessen Ausführungen (Konkursanfechtung beim Kreditgeschäft - Umfang des Anfechtungsanspruchs, ÖBA 2000, 15 [16, Anm 6]) sich die Rekurswerberin mehrfach bezieht, bezweifelt dies nicht und führt aus, dass es für die Qualifikation der Kreditausnutzungen als Rechtsgeschäfte keine Rolle spiele, ob der Kredit durch Zessionen besichert sei. Die Anfechtung nach § 31 Abs 1 Z 2 zweiter Fall KO habe für den Zessionskredit deshalb eine größere Bedeutung, weil Zug um Zug erlangte Deckungen nicht der Anfechtung nach dem ersten Fall leg cit unterlägen. In den schon zitierten Entscheidungen 4 Ob 306/98y und 1 Ob 308/98w wird die Wiederausnutzung eines revolvingierenden Kontokorrentkredits als das anfechtbare Rechtsgeschäft behandelt. Dem schließt sich der erkennende Senat an.

3. Unter Wiedergabe der vom Obersten Gerichtshof nunmehr in ständiger Rechtsprechung vertretenen Auffassung, dass die Anfechtung solcher Rechtsgeschäfte eine tatsächlich eingetretene, ex post festzustellende nachteilige Auswirkung voraussetzt (2 Ob 2147/96s = ÖBA 1999, 472 = ZIK 1998, 166; 4 Ob 306/98y; 1 Ob 308/98w), steht die Beklagte auf dem Standpunkt, dass die Kausalität der Wiederausnutzung des Kreditrahmens vor dem avisierten Zahlungseingang zur verspäteten Konkurseröffnung zu prüfen sei. Bei einer Bevorschussung von nur wenigen Tagen sei eine Konkursverzögerung nicht zu vermuten. An anderer Stelle verweist die Rekurswerberin auf die Rechtsprechung, dass die Kausalität jeder einzelnen Inanspruchnahme des Kreditrahmens zur Nachteileiligkeit zu prüfen sei. Letzteres mag bei der Einzelanfechtung von Kreditgewährungen (Deckungsanfechtung) zutreffen. Beim Rahmenkredit und seine Wiederausnutzung geht es aber um die Aufrechterhaltung der Liquidität eines zahlungsunfähigen und potentiell nicht mehr sanierbaren Kreditschuldners als Dauertatbestand, sodass für die Nachteileiligkeit der Zeitpunkt der ersten anfechtbaren Rechtshandlung (d.i. die erste Wiederausnutzung des Rahmens in der kritischen Frist infolge Unterlassung der Kündigung) für den Quotenvergleich maßgeblich ist, bei dem die bessere hypothetische Quote im Vergleich zur Istquote am Tag der Konkurseröffnung nach der von der Rechtsprechung anerkannten Formel von Weissel (ÖBA 1992, 630, 634) festzustellen ist. Die oberstgerichtliche Rechtsprechung stellt bei der Beurteilung der Nachteileiligkeit grundsätzlich nur auf diesen einen Zeitpunkt ab, lässt

aber dem Anfechtungsgegner den Beweis offen, dass die wirtschaftliche Erholung die Zahlungsunfähigkeit des Gemeinschuldners beseitigt habe, sodass die davor abgeschlossenen Rechtsgeschäfte anfechtungsfest wären. Ob durch jede einzelne Kreditausnutzung für sich allein genommen eine Nachteiligkeit eingetreten ist, sei deshalb nicht zu prüfen, weil der Anfechtungsgegner ohnehin nicht die Summe sämtlicher Eingänge an die Masse zu zahlen habe und die Nachteiligkeit schon darin gesehen werde, dass das Kreditverhältnis trotz Zahlungsunfähigkeit aufrecht erhalten und kein Konkursantrag gestellt worden sei (4 Ob 306/98y; 1 Ob 308/98w). Auch der erkennende Senat schließt sich dieser Auffassung entgegen der von den Vorentscheidungen schon abgelehnten Meinung Bollenbergers (Anfechtung von Finanzierungsgeschäften gemäß § 31 Abs 1 Z 2 Fall 2 KO, ÖBA 1999, 409 [412 f und 423 f]) an. Dieser Autor meint, dass die weitere Kreditgewährung anstatt der möglichen Fälligkeitstellung noch nicht kausal für die Konkursverzögerung sein muss, stellt für den Quotenvergleich auf den Zeitpunkt ab, zu dem der Konkurs ohne das angefochtene Geschäft eröffnet worden wäre und plädiert analog zu § 69 Abs 2 KO für eine Überlegungsfrist der Bank von 60 Tagen. Diese Ausführungen lassen aber außer Acht, dass es für die Beurteilung der Nachteiligkeit der weiteren Kreditgewährung nicht auf ihre ausschließliche Kausalität an der Konkursverschleppung ankommen kann. Diese hat regelmäßig auch andere Ursachen, insbesondere das Fehlen eines Konkursantrages des Schuldners oder anderer Gläubiger. Dass ein Sanierungskredit (die Aufrechterhaltung des Kreditrahmens in der Krise anstatt der Kündigung des Kreditverhältnisses) das berühmte "Weiterwursteln" ermöglicht, also für die nicht rechtzeitige Konkursöffnung zumindest mit kausal ist, kann nicht bezweifelt werden. Andere Mitursachen können daran nichts ändern. Die von der Rekurswerberin vermissten Feststellungen zum Thema der Nachteiligkeit jeder einzelnen Einzahlung und der ihr entsprechenden Wiederausnutzung des Kredits wären nur bei entsprechenden Parteibehauptungen über eine während der Krise eingetretenen Sanierung (Wiedererlangung der Zahlungsfähigkeit) erforderlich. Derartige behauptet die Rekurswerberin aber nicht.

Zu der für erforderlich gehaltenen Überlegungsfrist für eine Bank als Kreditgeberin kann schon an dieser Stelle darauf hingewiesen werden, dass Banken jedenfalls auf Grund ihrer personellen und sachlichen Ausstattung zur Bonitätsprüfung die erforderlichen Mittel zur Verfügung stehen, die andere Geschäftspartner nicht haben (Bucheinsicht), woraus sich die in der früheren Rechtsprechung vertretene Beurteilung des Kreditgeschäfts als typisch nachteilig ergab, jedenfalls aber abzuleiten ist, dass die Frage der objektiven Voraussehbarkeit der Nachteiligkeit bei Bankgeschäften anderen Beurteilungskriterien unterliegt als bei anderen Rechtsgeschäften, wie etwa Kaufverträgen oder der Belieferung eines in der Krise befindlichen Unternehmens mit Strom (SZ 69/262). Die angestrebte Überlegungsfrist (Prüfungsfrist) von 60 Tagen wird noch zu behandeln sein.

4. Mit dem eben behandelten Thema im Zusammenhang stehen die weiteren Rekursausführungen der Beklagten, dass entgegen der zu 4 Ob 306/98y vertretenen Begrenzung des Anfechtungsanspruchs mit dem Rahmen des Kontokorrentkredits oder der höchsten Kreditausnutzung des Überziehungskredits eine weitere Begrenzung vorzunehmen sei, nämlich auf das Ausmaß der Saldosenkung. Soweit die Ausgänge die Eingänge nicht überschritten hätten, handle es sich um die unanfechtbare Gestionierung eines Girokontos auf gedeckter Basis. Für diese Ansicht spreche die anfechtungsfeste Möglichkeit einer getrennten Kontenführung (auf dem Kreditkonto bliebe der ausgenutzte Kreditrahmen offen; über die Eingänge = Zahlungen des Gemeinschuldners auf dem zweiten Konto könnte dieser anfechtungsfest

frei verfügen). Bollenberger begründet (ÖBA 1999, 421 f) ferner seine Ansicht (im Anschluss an die von ihm zitierte Meinung Koziols, Bankvertragsrecht II Rz 1/248) über eine Begrenzung auf die Kreditausweitung im Wesentlichen mit der auch in der Entscheidung 4 Ob 306/98y vertretenen wirtschaftlichen Sicht, dass dem Kreditnehmer mit Ausnutzungen, die sich bloß im Rahmen vorheriger Eingänge halten, nur sein eigenes Geld zur Verfügung gestellt wird und führt weiters als Beispiel den Fall an, dass bei einem zu Beginn der kritischen Frist voll ausgeschöpften Kreditrahmen keine weiteren Bewegungen erfolgten. Hier würde das Höchstgericht einen Anfechtungsanspruch verneinen. Bei dieser Fallkonstellation bestehe "gar kein Kreditrahmen mehr". Der Umstand, dass die Kreditkündigung in der Krise unterlassen wurde, rechtfertige keinen Anfechtungsanspruch, weil die Kündigung am bisher ausgenützten Kreditrahmen nichts geändert hätte. Dazu ist Folgendes auszuführen:

Die zweifellos bestehenden dogmatischen Schwierigkeiten ergeben sich primär aus der Anerkennung von Anfechtungsansprüchen wegen bloß mittelbarer Gläubigerschädigung. Die oberstgerichtliche Rechtsprechung vermutet einen gesetzgeberischen Willen in diese Richtung und hat dabei die im wirtschaftlichen Alltag immer wieder vorkommenden Insolvenzfälle im Auge, dass schon zahlungsunfähige Unternehmen durch die kreditgebenden Banken in der Hoffnung auf eine Sanierung über so lange Zeit am Leben erhalten werden, dass Ausfallsschäden in "astronomischer" Höhe entstehen, wie die Großinsolvenzen der letzten Jahre deutlich machen. Eine Haftung der Bank, die sehenden Auges (Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit und die Voraussehbarkeit der Unmöglichkeit einer Sanierung vorausgesetzt) die Kündigung eines Kontokorrentkredits unterlässt, verursacht jedenfalls dann den Schaden anderer Gläubiger, wenn der Schuldner immer wieder den Kredit (auch den kurzfristig bis zum Einlangen avisierter Eingänge) abrufen kann, um die zu einem Konkursantrag entschlossenen, drängenden Gläubiger befriedigen zu können. Ansprüche gegen die Bank, auf Schadenersatzrecht gestützt, setzen eine schuldhaft Verletzung einer Sorgfaltspflicht voraus. Schadenersatzansprüche wurden etwa dann bejaht, wenn die Bank bestimmenden Einfluss auf die Geschäftsführung des Kreditnehmers hatte (ÖBA 1999, 231 mwN). Es müsste ein Schutzgesetz zu Gunsten anderer Gläubiger verletzt werden (Straftatbestand). Fraglich ist, ob allenfalls im Kreditvertrag (Betriebsmittelkredit) ein Vertrag mit Schutzwirkungen zu Gunsten Dritter erblickt werden kann. Um Schadenersatz geht es im Anfechtungsrecht aber nicht, wenngleich - wie auch Bollenberger aaO zutreffend anmerkt - das Anfechtungsrecht eine schadenersatzrechtliche Komponente enthält, was schon der Begriff "nachteiliges Rechtsgeschäft" nahelegt. Der Anfechtungsgegner hat das, was durch die anfechtbare Handlung dem Vermögen des Gemeinschuldners entgangen oder daraus veräußert oder aufgegeben worden ist, zur Konkursmasse zu leisten (§ 39 Abs 1 KO). Der Konkursmasse entgangen sind aber alle in der kritischen Frist erfolgten Eingänge auf dem Konto des Schuldners, sodass die frühere Rechtsprechung auch beim wegen Nachteiligkeit angefochtenen Kontokorrentkredit keine Begrenzung des Anfechtungsanspruchs auf den Kreditrahmen vorsah (1 Ob 686/88 = SZ 62/97 = ÖBA 1989/177 mit Anm Doralt). Der 4. Senat (4 Ob 306/98y) begründete seine auf die "bankenfreundlichen" Lehrmeinungen gestützte Ansicht über eine Begrenzung auf den Kreditrahmen ua mit der schon angesprochenen Möglichkeit einer getrennten Kontenführung. Dann sei die bloße Abwicklung des Zahlungsverkehrs kein anfechtbares Rechtsgeschäft. Er erblickt aber durchaus auch im Fall des nur kurzfristig gewährten Zug-um-Zug-Kredits in der Wiederausnutzung das nachteilige Rechtsgeschäft, weil die Bank ihrem Kunden im gesamten ausgenützten Umfang und nicht nur im Umfang der Krediterhöhung Kredit gewährt. Für eine Begrenzung mit dem Kreditrahmen spreche, dass ein revolvingender

Kontokorrentkredit bei wirtschaftlicher Betrachtung nicht in die Zahlungseingänge und Kreditausnutzungen zergliedert werden könne. Der erkennende Senat ist der Auffassung, dass die von Bollenberger befürwortete weitere Begrenzung des Anfechtungsanspruchs auf die Kreditausweitung jedenfalls dann nicht in Frage kommt, wenn - wie hier unterstellt - die Summe der in der Krise retournierten Beträge den Kreditrahmen erreichte oder überstieg. Wenn bei einer vollen Ausnutzung des Rahmens zu Beginn der kritischen Frist keine weiteren Bewegungen (Ausnutzungen) erfolgten, ist dies für einen auf das Anfechtungsrecht gestützten Anspruch durchaus bedeutsam, weil dieser nach § 39 KO ein entgangenes Vermögen durch die anfechtbare Handlung voraussetzt, sodass mangels jeglicher Eingänge beim Anfechtungsgegner die Anfechtung nur mehr auf die unterlassene Kündigung des Kontokorrentverhältnisses und das dadurch mitverursachte Entstehen weiterer Forderungen gegen den Schuldner infolge Unternehmensfortsetzung gestützt werden könnte. Damit wäre aber mit der Bejahung eines Anfechtungsanspruchs dieser offenkundig zu einem reinen Schadenersatzanspruch mutiert. Das Anfechtungsrecht setzt voraus, dass der Anfechtungsgegner etwas Anfechtbares erhalten hat. Dies ist aber hier entgegen dem Beispiel fehlender Kontobewegungen zu bejahen. Die Eingänge in der kritischen Frist haben den Kreditrahmen erreicht und sind über diesen sogar hinausgegangen. Die Wiederausnutzung des Rahmens in der kritischen Frist darf nicht zergliedert, sondern muss einheitlich betrachtet werden. Diese wirtschaftliche Sicht ist die Begründung für die Begrenzung des Anfechtungsanspruchs auf den Kreditrahmen. Sie kann nicht zur Begründung einer weiteren Begrenzung wieder aufgegeben werden. Die festgestellte Gesamtsumme der Eingänge und Ausgänge reicht grundsätzlich (das noch zu behandelnde Problem der Forderungen der Neugläubiger ausgeklammert) zur Beurteilung der Nachteiligkeit aus, weil es - im Gegensatz zur Ansicht der Beklagten - nicht auf die Nachteiligkeit jeder einzelnen Kreditinanspruchnahme und der mit ihr verknüpften Einzahlungen ankommt. Dies wäre nur bei einer zergliedernden Betrachtungsweise erforderlich, die konsequenterweise aber auch zur Bejahung eines Anfechtungsanspruchs in der Höhe der Summe aller Einzahlungen, also ohne Begrenzung auf den Kreditrahmen, führen müsste. Zu den jüngsten oberstgerichtlichen Entscheidungen 2 Ob 2147/96s, 4 Ob 306/98y und 2 Ob 140/99y wurden verschiedene Aufsätze (vor allem die Bollenbergers in ÖBA 1999, 409 und ÖBA 2000, 15 und von Widhalm in ZIK 1999, 39) sowie Entscheidungsanmerkungen publiziert, in denen sich die Diskussion von der Frage der unmittelbaren und mittelbaren Nachteiligkeit dahin verlagert hat, ob der Zug-um-Zug-Charakter eines Rechtsgeschäfts dessen Anfechtbarkeit wegen mittelbarer Nachteiligkeit ausschließt. Bei Bejahung dieser Frage wäre der Meinungsstreit im Ergebnis zu Gunsten der Verfechter der Meinung, dass nur unmittelbar nachteilige Rechtshandlungen vom zweiten Fall des § 31 Abs 1 Z 2 KO erfasst seien (zuletzt wiederum Bollenberger/Koziol in Bartsch/Pollak, Österreichisches Insolvenzrecht⁴, Hrsg Buchegger, Rz 22 zu § 31 KO mwN in Anm 68), entschieden. Rebernick (Das Phantom des "Zug-um-Zug-Geschäftes" im System der Konkursanfechtung, ZIK 2000, 74), untersucht den anfechtungsrechtlichen Zug-um-Zug-Begriff nach dem materiellrechtlichen Leistungsverweigerungsrecht der §§ 1052 und 1062 ABGB und wendet sich gegen das in der Entscheidung 4 Ob 306/98y für das Kontokorrentverhältnis generell bejahte Zug-um-Zug-Verhältnis. In früheren Entscheidungen sei das zur Anfechtungsfestigkeit führende Zug-um-Zug-Prinzip immer nur dann bejaht worden, wenn die Sicherheit oder Zahlung des Schuldners nur für die neue Kreditgewährung gegeben wurde. Der Autor gelangt im Gegensatz zur oberstgerichtlichen Judikatur, die eine Gläubigerstellung infolge des Zug-um-Zug-Charakters erst entstehen lässt, wegen des Leistungsverweigerungsrechtes zu einer schon bestehenden Gläubigerstellung (als Konkursgläubiger). Dieser Gedanke findet sich

offenkundig auch bei Widhalm (Kontokorrentkredit und Anfechtung nach den Gläubigertatbeständen [§§ 30, 31 Abs 1 Z 2 erster Fall KO] in ZIK 1999, 39). Das Zug-um-Zug-Geschäft sei ein Bargeschäft. Wenn Leistung und Gegenleistung gleichzeitig erbracht werden (oder in dem gleichzuhaltenden engen zeitlichen und wirtschaftlichen Zusammenhang stehen), liege keine Kreditierung vor. Ein gewisser "time-lag" sei zu tolerieren. Die Autorin wendet sich gegen das von Doralt (Entscheidungsanmerkungen ÖBA 1993, 659 und ÖBA 1989, 1018) vertretene und auch in der Entscheidung 4 Ob 306/98y vorgetragene Argument, die Bank könne durch Kontensplitting die schon erfolgte Ausnützung des Kontokorrentkredits anfechtungsfest gestalten, mit dem auch für den erkennenden Senat für richtig erachteten Argument, dass die Führung getrennter Konten an der durch die Einzahlung entstehenden Aufrechnungslage nichts ändert. Die Bank darf aufrechnen, wenn sie dies nicht tut, kann das für die anderen Gläubiger mittelbar nachteilig sein. Bei der Anfechtung nach den §§ 30, 31 Abs 1 Z 2 erster Fall KO kommt es nicht darauf an, ob die Bank die Aufrechnungslage nicht ausnützt oder es zu keiner Wiederausnützung kommt, sodass nur die Deckung im Ausmaß der Saldosenkung herauszugeben ist. Bei einer sofortigen Wiederausnützung oder - wie hier - bei einer kurzfristigen Vorleistung der Bank (Bevorschussung) gegen avisierte Eingänge liegt ein Bargeschäft, also wirtschaftlich in Wahrheit nicht einmal eine Kreditgewährung vor. Das entspricht aber den schon angeführten Zug-um-Zug-Leistungen bei anderen Rechtsgeschäften (Kauf, Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Stromlieferungsvertrag), die - wie schon ausgeführt - auch ohne jede Äquivalenzstörung wegen ihrer den Konkurs verschleppenden Wirkung nachteilig sein können. Es besteht zwar keine allgemeine Kontrahierungssperre, aber immerhin doch nach ständiger oberstgerichtlicher Rechtsprechung der letzten Jahrzehnte eine Anfechtbarkeit unter der Voraussetzung der Erkennbarkeit der mangelnden Behebbarkeit der Zahlungsunfähigkeit des Kreditschuldners. Die in der Krise der Schuldners vereinbarte (weitere) Kreditgewährung nur im Umfang geleisteter Zahlungen (Zug um Zug) hat den anfechtbaren Inhalt, dass die Bank bei vereinbartem Recht auf Fälligestellung auf die Deckung der Einzahlungen (der Aufrechnungsmöglichkeit) oder auf das ihr in der Krise analog § 1052 ABGB jedenfalls zustehende Kündigungsrecht verzichtet. Die Begrenzung der Anfechtung (neben der sich schon nach dem Quotenvergleich ergebenden Begrenzung auf den tatsächlichen Nachteil) auf den Kreditrahmen ist aus den in der Entscheidung 4 Ob 306/98y angestellten Überlegungen gerechtfertigt.

5. Zur Frage der Nachteiligkeit des Überziehungskredits und der Haftungsbegrenzung nach dem Höchstmaß der Überziehung:

Auch für die vereinbarungsgemäß nur gegen unmittelbar folgende Einzahlungen gewährten Überziehungskredite gilt, weil die Gläubigerstellung erst gleichzeitig mit der Zahlung begründet wird, die Anfechtungsfestigkeit nach den §§ 30, 31 Abs 1 Z 2 erster Fall KO. Der 2. Senat (2 Ob 140/00y) vertritt zum Anfechtungsumfang von Zahlungen aus einer Kontoüberziehung die Auffassung, dass - anders als bei Zahlungen aus einem revolvingierenden Kontokorrentkredit - keine Begrenzung auf den (anzunehmenden neuen) Rahmen oder den Höchststand der Kreditausnützung während der kritischen Zeit, wie dies offenbar die Entscheidung 4 Ob 306/98y befürwortet - vorzunehmen sei. Eine Begrenzung auf die damit vergleichbare höchste Überziehung während der Krise komme wegen des mangelnden Rechts auf Wiederausnützung (auf neuerliche Überziehung) nicht in Frage. Weitere Überziehungen begründeten neue, von der ursprünglichen Überziehung losgelöste Schuldverhältnisse. Es sei daher jede einzelne Zahlung - sofern es sich nicht um ein Zug-um-Zug-Geschäft handle - kumulativ anfechtbar. Eine Beschränkung der Haftung auf die Saldosenkung könnte nur durch eine Rahmenerhöhung erreicht werden. Dieser auf die Meinung Widhalm's

(ZIK 1999, 44 f) gestützte Auffassung ist Bollenberger (ÖBA 2000, 15) entgegengetreten. Wenn im Bereich der Deckungsanfechtung zutreffend judiziert werde, dass die Anfechtung nur im Ausmaß der Saldosenkung oder der tatsächlich höchsten Ausnützung des Rahmens erfolgen könne, weil sich die Position der Bank nur in diesem Umfang verbessert habe, müsse dies auch für den Überziehungskredit gelten. Wenn die Bank Einzahlungen gleich wieder zu Auszahlungen an den Schuldner verwende, fehle es an der Gläubigerbenachteiligung. Es sei beim Gestaltungsrecht auf neuerliche Abrufung des Kredits anzusetzen. Bollenberger bejaht dies beim Überziehungskredit auch ohne ausdrückliche Absprache der Parteien und verweist dazu auf die verwandten Fälle eines Warenlieferanten, der eine weitere Lieferung von der Bezahlung einer vorherigen noch nicht bezahlten Lieferung abhängig macht. Der erkennende Senat muss sich mit diesen Lehrmeinungen hier vor allem deshalb nicht auseinandersetzen, weil ohnehin der Sachverhalt zu beurteilen ist, dass die beklagte Bank dem Schuldner Überziehungen nur gegen das Aviso von Eingängen gestattete, insofern also von einer schlüssigen Erhöhung des Kreditrahmens ausgegangen werden kann, womit das bisherige Dauerschuldverhältnis einverständlich abgeändert wurde. Dann ist aber für eine unterschiedliche Behandlung der Frage des Haftungsumfanges kein Raum mehr. Die Haftungsbegrenzung kommt auch für den Bereich der Anfechtung wegen mittelbarer Nachteiligkeit zum Tragen. Der anfechtungsrechtlich relevante Tatbestand besteht in dem Gestatten von Mehrfachüberziehungen und dem Verzicht auf Kündigung in der Krise aus den schon dargelegten Gründen. Die zergliedernde Betrachtungsweise wäre nur bei Einzelkrediten geboten. Dann müsste aber feststehen, dass jeweils nur im Einzelfall eine Überziehung mit einem konkreten, über den schon angesprochenen "time lag" hinausgehenden Rückzahlungstermin gestattet wurde (Einmalkredit).

6. Zum Einfluss des Teilvergleichs auf die Feststellung des tatsächlich entstandenen, nach dem Quotenvergleich zu ermittelnden Nachteils:

Mit dem Teilvergleich wurden die Klageansprüche teilweise verglichen und das Klagebegehren daraufhin eingeschränkt. Die Erwägungen beider Parteien und die ihnen im Grundsatz folgende Ansicht des Berufungsgerichtes gehen dahin, dass der verglichene Teilbetrag bei Anwendung der Formel von Weissel bei der Ermittlung der Verschlechterung der Gläubigerquote von Einfluss wäre. Dies könnte aber nach Auffassung des erkennenden Senates zu einer nicht gerechtfertigten doppelten Berücksichtigung des verglichenen Betrages führen, die nur dadurch vermieden werden kann, dass der Quotenvergleich unabhängig vom Teilvergleich vorgenommen wird und die verglichene Zahlungsverpflichtung zur Kürzung des Leistungsanspruchs des Klägers herangezogen wird. Dies muss jedenfalls insoweit gelten, als der verglichene Betrag ausschließlich streitverfangene Ansprüche betrifft, der Vergleich also nicht darüber hinausgehende verfahrensfremde Ansprüche einbezog. Nach dem wiedergegebenen Vergleichstext allein ist eine Zuordnung nicht ohne weiteres möglich; insofern ist also der Ergänzungsauftrag des Berufungsgerichtes zur Erforschung der Vergleichsgrundlagen nicht zu beanstanden. Erst danach wird beurteilt werden können, welche Ansprüche die Parteien mit den einzelnen Vergleichspunkten abschließend bereinigen wollten. Diese Frage ist aber der Ermittlung des Quotenschadens nach der Formel von Weissel nachgelagert. Diese Ermittlung wird unabhängig vom Teilvergleich durch einen Quotenvergleich nach den maßgeblichen Zeitpunkten 29. 6. 1992 und 29. 12. 1992 vorzunehmen sein.

7. Zur Berücksichtigung des Nachteils der Neugläubiger im Rahmen des Quotenvergleichs:

Das Erstgericht ist der Lehrmeinung Königs gefolgt, der die mittelbare, anfechtungsrelevante Nachteiligkeit schon im Entstehen von Neugläubigern erblickt (König, Anfechtung² Rz 286a) und deren volle Berücksichtigung fordert. Dies steht mit der Judikatur, wonach der Anfechtungsgegner nur für den durch die Konkursverzögerung eingetretene Quotenverschlechterung einzustehen hat und mit der von Bollenberger (ÖBA 1999, 418 f) ins Treffen geführten Erwägung im Widerspruch, dass eine volle Befriedigung der Neugläubiger höchstens nach Schadenersatzrecht in Frage kommen könnte. Auch Neugläubiger sind Konkursgläubiger, die nur Anspruch auf die Quote haben. Eine volle Befriedigung können sie im Konkursverfahren nicht erreichen. Der Umweg über das Anfechtungsrecht führte zu einer dem Konkursrecht widersprechenden Unterscheidung in zwei Gruppen von Konkursgläubigern. Zutreffend verweist die Beklagte auf die fehlende Aktivlegitimation des Masseverwalters, den über die Quote hinausgehenden Vertrauensschaden der Neugläubiger geltend zu machen. In der Entscheidung 2 Ob 2147/96s wurden unter Ablehnung der Ansicht Königs und im Anschluss an eine Entscheidungsanmerkung Doraltz (in ÖBA 1989, 1015) die Neugläubiger nur quotenmäßig berücksichtigt. Der Kläger, der mit seiner die Formel Weissels modifizierten Formel einen Mittelweg beschreiten will, ist auf diese Ausführungen zu verweisen. Das Berufungsgericht hat zutreffend eine Neuberechnung der Quotenverschlechterung nach der Formel von Weissel aufgetragen. Wenn es für die Anwendung dieser Formel noch zusätzlichen Feststellungen für erforderlich hielt, kann dem der Oberste Gerichtshof, der nicht Tatsacheninstanz ist, nicht entgegenreten. Zu den auf Schadenersatzrecht gestützten Ansprüchen der Neugläubiger und zur Aktivlegitimation des Masseverwalters ist auf die erst jüngst veröffentlichten Ausführungen von Karsten Schmidt (Insolvenzverschleppungshaftung - Haftungsrechtsprechung zwischen Gesellschafts-, Insolvenz- und Zivilrecht, JBl 2000, 477) mit der eingehenden Darstellung der widersprechenden Lehrmeinungen und der höchstgerichtlichen Entscheidungen in Deutschland und in Österreich zu verweisen. Der BGH hatte zunächst judiziert, dass alle Gläubiger, also auch die Neugläubiger wegen Konkursverschleppung den Quotenschaden erhalten, ist davon aber mit der in BGHZ 126, 181 veröffentlichten Entscheidung abgegangen und billigt den Neugläubigern (gegen den pflichtwidrig handelnden Geschäftsführer) einen Ersatzanspruch auf Ausgleich des vollen Schadens zu, der ihnen dadurch entstand, dass sie in Rechtsbeziehung zu einer überschuldeten oder zahlungsunfähigen Gesellschaft mbH getreten sind. Der BGH gründet den Individualgläubigerschutz auf die Verletzung von Schutzgesetzen zugunsten der Gläubiger (§§ 84 d GmbHG; § 823 Abs 2 BGB). In der weiteren von Karsten Schmidt referierten Entscheidung BGHZ 138, 211 verneinte der BGH eine Legitimation des Masseverwalters, "einen Quoten- oder sonstigen Schaden der Neugläubiger wegen schuldhaft verspäteter Stellung des Konkursantrages" geltend zu machen. Karsten Schmidt begrüßt die Anerkennung des Anspruchs der Neugläubiger auf Ersatz des negativen Interesses (will diesen Anspruch aber im Gegensatz zum BGH auf eine culpa in contrahendo des Geschäftsführers gestützt sehen, der trotz Überschuldung seiner Gesellschaft kontrahiert), kritisiert aber die Konsequenz dieser Entscheidung, dass der Masseverwalter nicht mehr legitimiert sei, den Schaden der Neugläubiger im Bereich des Quotenschadens geltend zu machen und verweist auf die überaus komplizierte individuelle Quotenberechnung der einzelnen Neugläubiger je nach dem Zeitpunkt ihres Kontrahierens mit dem Gemeinschuldner. Hinsichtlich des Quotenschadens vertritt Karsten Schmidt sowohl für den deutschen als auch den österreichischen Rechtsbereich die Ansicht, dass der Masseverwalter für alle durch die Konkursverschleppung in einheitlicher Weise geschädigten Gläubiger legitimiert sei, dass er das Obsiegte an alle Gläubiger zu verteilen habe. Die neuen Gläubiger könnten nur den überschießenden

Vertrauensschaden einklagen.

Im Anfechtungsrecht geht es um die Verschlechterung der Quote wegen verspäteter Antragstellung auf Konkurseröffnung als Begrenzung der Haftung des Anfechtungsgegners. Der darüber hinausgehende Ausfall der Neugläubiger kann nur in einem Schadenersatzprozess geklärt werden, in dem der Masseverwalter nicht aktiv legitimiert ist. Zu diesem Ergebnis führt schon die Überlegung, dass der Masseverwalter zwar im Interesse aller Gläubiger, aber nach herrschender Meinung immer nur als Vertreter und Organ (Amtsorgan) der Konkursmasse tätig wird (vgl zu den Theorien über die Stellung des Masseverwalters im Konkurs Fasching ZPR2 Rz 340 f) und deshalb auch nur Ansprüche der Masse geltend machen kann. Das Entstehen von Schäden im Vermögen der Neugläubiger ist kein der Konkursmasse erwachsener, von ihr einklagbarer Schaden. Die Konkursmasse erleidet einen Nachteil durch die Verschlechterung der Quote, der durch erfolgreiche Anfechtung verringert oder ausgeglichen werden kann. Der darüber hinausgehende Ausfall ist ein Individualschaden der Gläubiger, zu dessen Geltendmachung der Masseverwalter nicht legitimiert ist (dazu jüngst **Wagner-Braun**, ecollex 2000, 710). Der erkennende Senat sieht sich nicht veranlasst, von der schon zitierten Vorjudikatur abzuweichen.

8. Zu der vom Berufungsgericht bejahten objektiven Vorhersehbarkeit der Nachteiligkeit der angefochtenen Rechtshandlung:

a) Die Vorinstanzen haben die objektiv erkennbare Vorhersehbarkeit, dass das Unternehmen des Schuldners nicht mehr sanierungsfähig sei, auf den Umstand gestützt, dass der Beklagten im Juni 1992 bekannt gewesen sei, dass die spätere Gemeinschuldnerin nicht einmal mehr in der Lage war, die Löhne und Gehälter der Dienstnehmer auszuzahlen, was die Beklagte im Verfahren erster Instanz auch insofern zugestand, als sie vorbrachte, die Erkennbarkeit der Zahlungsunfähigkeit nur deshalb außer Streit gestellt zu haben, weil die Beklagte die Löhne für Juli 1992 nicht mehr finanziert habe. Bei der objektiven Vorhersehbarkeit der mittelbaren Nachteiligkeit eines Rechtsgeschäfts kommt es auf die Art und die Größenordnung des abgeschlossenen Rechtsgeschäftes an (so schon SZ 57/87). Die frühere Rechtsprechung erachtete den in der Krise gegebenen Kredit als typisch nachteilig und überließ dem Anfechtungsgegner den Gegenbeweis. Davon ist die Rechtsprechung zwar wieder abgerückt und hat die Beweislast wieder dem Masseverwalter zugewiesen. Die von Kreditgeschäften in der Krise ausgehende Gefahr des "Versickerns" der Geldmittel muss prima facie aber nach wie vor angenommen werden, sodass der Masseverwalter etwa schon dadurch den Beweis erbringen kann, dass aus den Geschäftsbüchern, den Bilanzen, dem Lagebericht und ähnlichen Unterlagen des Unternehmens Umstände hervorgehen, die eine Sanierung mit ausreichender Wahrscheinlichkeit als unmöglich erscheinen lassen. Es ist fraglich, ob sich aus den Bestimmungen des Bankwesengesetzes über eine Prüfpflicht der Bank vor Vergabe von Krediten (bei Krediten ab einer gewissen, im vorliegenden Fall gegebenen Höhe hat eine Bonitätsprüfung stattzufinden) eine Sorgfaltspflicht zu Gunsten von Konkursgläubigern ableiten lässt (zu den Vorgängerbestimmungen des KWG wurde dies verneint: Weissel, ÖBA 1992, 630 [638 f] mwN). Es ist aber immerhin denkbar, dass die Bejahung einer solchen Sorgfaltspflicht schon mit dem umfassenden Bucheinsichtsrecht der Bank, die sich dieses regelmäßig auch ausbedingt, nach der Lehre von den vertraglichen Schutzwirkungen zu Gunsten Dritter begründet werden kann (ablehnend Koziol, Kreditgewährung in der Krise, ÖBA 1992, 673 [680]). Eine subjektive Sorgfaltsverletzung ist jedoch nur im Schadenersatzrecht bedeutsam, im Anfechtungsrecht ist auf die objektive Erkennbarkeit fehlender Sanierungsmöglichkeiten abzustellen. Das Bucheinsichtsrecht ist die Grundlage dieser Erkennbarkeit. Geben die Bücher des Unternehmens über die

wirtschaftliche Situation nicht ausreichend Auskunft, dann kann von einer Sanierungschance zumindest dann nicht ausgegangen werden, wenn ein nachhaltiger Insolvenzstatus deshalb erkennbar ist, weil nicht einmal die für eine Betriebsfortführung unbedingt erforderlichen Mittel für Löhne und Gehälter zur Verfügung stehen. Aus dieser der Beklagten bekannten Situation war für sie im Lichte der ohnehin schon vorangegangenen Sanierungsbemühungen (Aufbringung von Geldmitteln durch die "Altgesellschafter" der Kreditschuldnerin; Durchleuchtung des Unternehmens durch einen Unternehmensprüfer) und auf Grund des Umstands, dass offensichtlich mangels vorhandener Sicherheiten andere Kreditgeber kaum zu finden wären (die Beklagte hatte sich ja - wenn auch nicht wirksam - alle Geschäftsforderungen zedieren lassen) auch bei einer ex ante-Betrachtung eine positive Zukunftsprognose nicht ableitbar. Aus dem Umstand, dass die Beklagte nur mehr zu einer Zug-um-Zug-Ausnutzung des Kontokorrentkredits (bzw zu Überziehungen) bereit war, gehen ihre realen Befürchtungen über eine massive Krise des Unternehmens hervor. Die Rekurswerberin führt zum Thema der Vorhersehbarkeit auch nur ins Treffen, dass die Nachteiligkeit der angefochtenen Kreditgewährung erst nach Ermittlung der Quotenverschlechterung feststehe, dass diese Berechnung noch ausstehe, sodass die Vorhersehbarkeit der Nachteiligkeit der ermöglichten Unternehmensfortführung durch Kreditgewährung erst nach Feststellung einer Quotenverschlechterung stattfinden könne. Es ist wohl richtig, dass eine ex ante-Prüfung unter Umständen eine negative Zukunftsprognose ergibt, dann aber dennoch nach dem Quotenvergleich keine Nachteiligkeit feststellbar ist - etwa deshalb, weil die Unternehmensfortführung eine höhere Ist-Quote als die Soll-Quote bewirkt - , damit ist aber noch nicht gesagt, dass im Anfechtungsprozess zuerst der Quotenvergleich vorzunehmen und die Vorhersehbarkeit erst nachrangig zu prüfen wäre. Wenn die Erkennbarkeit der Sanierungsunfähigkeit auf Grund negativer Zukunftsprognose im Sinne der Meinung der Vorinstanzen feststünde, bräuchte dieses Thema im zweiten Rechtsgang nicht nochmals behandelt werden.

b) Beim Tatbestand der Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit ist das Verschulden der Bank zu prüfen. Ob eine Kreditvergabe fahrlässig war, hängt von den Bemühungen der Bank ab, wie sie die ihr zur Verfügung stehenden Auskunftsmittel nützt. In diesem Bereich besteht eine Sorgfaltspflicht (ÖBA 1990, 463 uva). Bei Banken ist ein strenger Maßstab anzulegen (König, Anfechtung² Rz 280 mwN aus der Rechtsprechung). Diese Sorgfaltspflicht ist nicht ohne Einfluss auf die im Anfechtungsrecht wegen mittelbarer Nachteiligkeit erforderliche objektive Erkennbarkeit fehlender Sanierungsmöglichkeiten, weil die Bank schon bei der Prüfung des allfälligen Insolvenztatbestandes Gelegenheit hatte, die wirtschaftliche Situation des Kreditschuldners genau zu prüfen. Die Lehre vertritt zu diesem Thema den Standpunkt, dass der Bank ab Kenntnis der Insolvenz eine angemessene Überlegungsfrist in Anlehnung an die dem Gemeinschuldner zur Verfügung stehende Frist des § 69 Abs 2 KO einzuräumen sei, wie dies die oberstgerichtliche Rechtsprechung auch dem Gesellschafter beim Stehenlassen eines eigenkapitalersetzenden Darlehens in der Krise zubillige (Koziol/Bollenberger in Bartsch/Pollak⁴ Rz 23 zu § 31 KO; 8 Ob 254/97d = ÖBA 1998/752 mit Anm Schumacher). Der Oberste Gerichtshof räumte dem Gesellschaftergläubiger die 60-Tagesfrist ab Erkennbarkeit der Krise (also wohl ab Kreditunwürdigkeit der Gesellschaft) für die Entscheidung ein, ob der Gesellschafter die Kredithilfe belässt oder durch Abzug der Mittel die Liquidation beschleunigt. Schumacher plädiert (aaO) für die Einräumung der Frist ab dem objektiven Eintritt der Insolvenz, also einer gegenüber der Kreditunwürdigkeit verschärften Situation. Für die Ansicht der Lehre, auch der kreditgebenden Bank wie den darlehensgewährenden Gesellschaftern

analog § 69 Abs 2 KO eine 60-tägige Prüfungsfrist einzuräumen, spricht zwar die Vergleichbarkeit im Bereich der zur Verfügung stehenden Auskunftsmittel (die Gesellschafter und die Bank haben ein umfassendes Bucheinsichtsrecht) und der prima facie Wertungswiderspruch zu der dem insolvent gewordenen Schuldner vom Gesetz eingeräumten Frist. Es ist aber auf den möglicherweise entscheidenden Unterschied zu verweisen, dass die Analogie bei den Gesellschaftern einer insolvent gewordenen Kapitalgesellschaft deshalb gerechtfertigt erscheint, weil die Gesellschafter ja aus wirtschaftlicher Sicht die Eigentümer des Unternehmens und damit selbst die (insolventen) Unternehmer sind, was auf die kreditgebende Bank nicht zutrifft. Eine nähere Vertiefung des Problems ist hier aber deswegen entbehrlich, weil die Beklagte nach den getroffenen Feststellungen schon vor der außer Streit gestellten Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit ausreichend Zeit hatte, die Sanierungschancen des Unternehmens zu prüfen und zu beurteilen:

Bei Handelsgesellschaften ist gemäß § 67 Abs 1 KO schon bei Überschuldung der Konkurs zu eröffnen. Zur rechnerischen Überschuldung, das ist ein Überschuldungsstatus nach Liquidationswerten muss eine ungünstige Fortbestehensprognose hinzutreten, die eine künftige Zahlungsunfähigkeit als wahrscheinlich erscheinen lässt (SZ 59/216; 6 Ob 235/99y uva; Karollus Die Fortbestehensprognose im Rahmen der Überschuldungsprüfung 17 ff mwN aus Lehre und Rechtsprechung). Die Frage nach der Überschuldung und damit nach der Notwendigkeit der Einholung einer Fortbestehensprognose stellt sich spätestens dann, wenn die Bilanz ein negatives Eigenkapital ausweist (§ 225 Abs 1 HGB) oder wenn es klare Indizien für eine rechnerische Überschuldung gibt. Im Anhang der Bilanz hat der Geschäftsführer einen Lagebericht zu geben. Wenn dieser fehlt oder nur mangelhaft begründet ist, wird eine Prüfpflicht ausgelöst, weil sich die kreditgebende Bank im Anfechtungsprozess auf eine positive Fortbestehensprognose ja nur dann berufen kann, wenn eine solche vom Unternehmer erstellt und ausreichend begründet wurde (vgl dazu Karollus aaO 58; zur Erklärungspflicht des Geschäftsführers Jabornegg, HGB Rz 3 zu § 225). Die Fortbestehensprognose ist positiv, wenn die Lebensfähigkeit des Unternehmens, dessen Eigenkapital weitgehend aufgezehrt ist, aus konkreten Gründen mit zumindest überwiegender Wahrscheinlichkeit gesichert ist. Die Prüfung hat anhand von Analysen der Verlustursachen, eines Firmenplans und der Zukunftsaussichten auf dem Markt zu erfolgen. Dabei können auch Finanzhilfen von dritter Seite eine Rolle spielen. Ausgehend von diesen grundsätzlichen Erwägungen lagen für die beklagte Bank die schon angesprochenen gewichtigen Indizien einer Insolvenzgefahr schon lange vor der unstrittigen erstmaligen Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit vor. Die Beklagte verweist selbst auf ein von ihr entriertes Sanierungskonzept und die Beseitigung der zuvor gepflogenen, wirtschaftlich nicht begründeten überhöhten Privatentnahmen. Wenn trotz der schon Monate zuvor eingeleiteten Sanierungsmaßnahmen im Juni 1992 die Zahlungsunfähigkeit des Unternehmens zutage trat (die Beklagte gab schon im April und Mai der die Gehälter auszahlenden Bank nur mehr teilweise Deckungszusagen), konnte die Beklagte daraus nur den Schluss ziehen, dass das Konzept untauglich war und die Sanierungsversuche als gescheitert anzusehen waren. Bei einem solchen Sachverhalt könnte - wenn überhaupt - die (neuerliche) Einräumung einer Prüfungsfrist zur Feststellung der Überlebenschancen des Unternehmens nur dann in Frage kommen, wenn unverzüglich ein neues Gutachten eingeholt und eine fundierte Prognose erstellt worden wäre, nicht aber dann, wenn - wie hier - der Kredit ohne weitere Sanierungsmaßnahmen auf der Basis eines offenkundig schon gescheiterten Konzepts weitergewährt und sogar ausgeweitet wurde.

Die Sache ist in den beiden vom Berufungsgericht für ergänzungsbedürftig erachteten Punkten noch nicht spruchreif. Das Erstgericht wird die für die Anwendung der Formel von Weissel erforderlichen Parameter nach den beiden maßgeblichen Zeitpunkten 29. 6. und 29. 12. 1992 festzustellen haben. Wenn die errechnete Quotenverschlechterung über dem Betrag der höchsten Kreditausnutzung in der kritischen Frist liegen sollte, wird dieser als Haftungsbegrenzung heranzuziehen sein. Die Reduktion der Zahlungsverpflichtung auf Grund des Teilvergleiches wird vom Ergebnis der aufgetragenen Verfahrensergänzung über den Vergleichsinhalt nach der Parteienabsicht abhängen.

Der Kostenvorbehalt beruht auf § 52 Abs 1 ZPO.