

her weder Parteistellung noch Rechtsmittellegitimation zu.<sup>30</sup> Wie bisher kann er gem § 865 Abs 5 ABGB den Schwebezustand zeitlich beschränken, indem er dem gesetzlichen Vertreter (und nur mittelbar dem Gericht) eine angemessene **Genehmigungsfrist** setzt. Die bloße Gewährung der Frist ist ebenso wirkungslos wie die Setzung einer zu kurzen Frist.<sup>31</sup> Die Angemessenheit der Frist richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls, wobei darauf Rücksicht zu nehmen ist, ob eine gerichtliche Genehmigung und allenfalls die Einholung eines Sachverständigengutachtens zur Preisangemessenheit erforderlich sind.<sup>32</sup>

<sup>30</sup> StRsp, zB 3 Ob 4/12b = Zak 2012/516, 273.

<sup>31</sup> 3 Ob 17/08h = Zak 2008/426, 254.

<sup>32</sup> Vgl 3 Ob 17/08h = Zak 2008/426, 254.



#### Der Autor:

Mag. **Wolfgang Kolmasch** ist in der juristischen Fachredaktion von LexisNexis für Zivilrecht zuständig und veröffentlicht regelmäßig Bücher und Fachartikel zu zivilrechtlichen Themen.

#### Publikationen (Auswahl):

Kommentierung der §§ 647-694 in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar Band 4 (5. Auflage in Vorbereitung); Kommentierung der §§ 647-694, 859-916 und 1500 ABGB in Schwimann/Neumayr, ABGB Taschenkommentar (4. Auflage 2017); Kommentierung der §§ 902-917a in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar Band 4 (4. Auflage 2014); Unterhaltsrecht (8. Auflage 2016); Mitarbeit an Vrba, Schadenersatz in der Praxis (seit 2013); Jahrbuch Zivilrecht (seit 2004).

✉ wolfgang.kolmasch@lexisnexis.at

🌐 lesen.lexisnexis.at/autor/Kolmasch/Wolfgang

Foto: privat

Univ.-Prof. Dr. Bettina Nunner-Krautgasser

## Zur Geltendmachung von Zug um Zug zu erfüllenden Anlegeransprüchen im Insolvenzverfahren

Eine Besprechung von 1 Ob 208/17w = Zak 2018/408, 219

» Zak 2018/388

In 1 Ob 208/17w setzt sich der OGH erstmals mit der Frage auseinander, wie Zug um Zug zu erfüllende Anlegeransprüche in einem Insolvenzverfahren geltend zu machen sind. In weitestgehender Übernahme der Rsp des deutschen BGH hält der 1. Senat eine Anmeldung als unbedingte Forderung gem § 14 Abs 1 IO für angebracht, wobei der Wert der „Zug-um-Zug-Einschränkung“ zu schätzen und gegebenenfalls vom Schadenersatzbetrag abzuziehen sei. In den E 4 Ob 57/18p und 9 Ob 81/17b wird diese Sichtweise nunmehr (unter Wiedergabe der Begründung der E 1 Ob 208/17w) bestätigt. Diese aus insolvenzrechtlicher Perspektive problematische Rechtsauffassung wird im folgenden Beitrag hinterfragt.

### 1. Problemstellung

Die **Geltendmachung von Anlegerschäden infolge fehlerhafter Beratung in einem Insolvenzverfahren** ist insb dann heikel, wenn außerhalb eines Insolvenzverfahrens eine nur **Zug um Zug gegen die Rückgabe der Anleihe zu erfüllende Forderung** besteht. Das ist nach der Rsp in jenen Fällen einschlägig, in welchen

der geschädigte Anleger eine – noch werthaltige<sup>1</sup> – Anlage vorläufig behalten will: Dann steht ihm ein – inexakt als Anspruch auf „Naturalrestitution“ bezeichneter<sup>2</sup> – **Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises Zug um Zug gegen einen Bereicherungsausgleich durch Übertragung des noch vorhandenen Finanzprodukts an den Schädiger** zu.<sup>3</sup> Sind die Wertpapiere noch nicht verkauft, so hat der Anleger grundsätzlich kein Wahlrecht zwischen einem solchen „Naturalersatz“ und einem Differenzanspruch;<sup>4</sup> unerwünschte Spekulationen des Anlegers zulasten des Beraters werden auf diese Weise unterbunden.<sup>5</sup> Es ist daher (zumindest) ein Angebot des Anlegers zur Rückerstattung der Wert-

<sup>1</sup> Ist die Anlage (endgültig) wertlos geworden, so ist nach der Rsp ein Verkauf für die Geltendmachung des Differenzschadens nicht erforderlich: 4 Ob 67/12z; RIS-Justiz RS0120784 [T17]; 7 Ob 33/13y; RIS-Justiz RS0030153 [T32].

<sup>2</sup> Vgl RIS-Justiz RS0129706.

<sup>3</sup> RIS-Justiz RS0129706, RS0108267 [T15] und RS0120784 [T22].

<sup>4</sup> 8 Ob 66/14k = VbR 2014/118, 196 (*Buder*) = RdW 2014/704, 644 = eclex 2015/64, 191 = EvBl 2015/25, 174 (*Leupold*) = ÖBA 2015/2070, 60 = ZIK 2015/214, 159, sowie *Ramharter*, Anlegerschäden: Klagebegehren bei komplexen Finanzprodukten, VbR 2015/44, 64.

<sup>5</sup> 6 Ob 28/12d = SZ 2012/35; RIS-Justiz RS0120784 [T12].

pagiere Zug um Zug gegen die Rückerstattung des Kaufpreises erforderlich. Im Zivilprozess wird dem Anleger Geldersatz Zug um Zug gegen Rückstellung der Wertpapiere zuerkannt.<sup>6</sup>

Fraglich ist nun, wie ein solcher Anspruch in einem **Insolvenzverfahren des Anlageberaters** geltend zu machen ist, denn das insolvenzspezifische Rechtsdurchsetzungssystem lässt die Anmeldung einer Zug-um-Zug-Forderung als solche nicht zu. Damit verknüpft ist die Frage nach dem **Schicksal von gem § 7 Abs 1 IO unterbrochenen Leistungsprozessen**, in denen es um die Geltendmachung solcher Ansprüche geht.<sup>7</sup>

## 2. 1 Ob 208/17w: Anmeldung mit dem Schätzwert zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens (§ 14 Abs 1 IO)

Im Rahmen der E 1 Ob 208/17w hatte der OGH einen Fall zu beurteilen, in dem die klagende Anlegerin die (in weiterer Folge insolvente) beklagte Beraterin zunächst ua auf Rückzahlung des jeweiligen „Nominalbetrags“ im Sinn einer „Naturalrestitution“ (samt Zug-um-Zug-Angebot) in Anspruch nahm. Nach der Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen der Beklagten meldete die Klägerin in diesem sodann ihre (gesamte) Schadenersatzforderung ohne eine Zug-um-Zug-Beschränkung an.

Nach Auffassung des 1. Senats sei die von der Klägerin im Insolvenzverfahren der Schuldnerin angemeldete Schadenersatzforderung keine bedingte Forderung iSd § 16 IO: Denn bei dem Anspruch auf „Naturalrestitution“ handle es sich nicht um ein schadenersatzrechtliches Feststellungsbegehren über künftige Schadenersatzansprüche, die im Insolvenzverfahren als bedingte Insolvenzforderung (§ 16 IO) mit dem Schätzwert zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens (§ 14 Abs 1 IO) anzumelden wären.

Es handle sich aber auch nicht um einen Anwendungsfall des § 21 Abs 1 IO: Es liege nämlich kein „Rückabwicklungsschuldverhältnis“ vor, sondern es gehe um einen – ohne Beachtung der Besonderheiten des Insolvenzverfahrens – zu berücksichtigenden Bereicherungsausgleich. § 21 IO betreffe im Austauschverhältnis stehende Leistungspflichten. Die Schuldnerin habe ohne Zahlung gerade keinen Anspruch auf Herausgabe der Wertpapiere, den grundsätzlich die wechselseitige Verpflichtung Zug um Zug sichern solle. § 21 IO sei auch nicht analog anzuwenden, weil die Zug-um-Zug-Abwicklung bei Anlegerschäden keine Sicherungsfunktion wie das Zurückbehaltungsrecht nach § 1052 ABGB habe, sondern eine Form des Bereicherungsausgleichs sei. Ihr Zweck sei nicht die Abwicklung von beiderseitigen Leistungspflichten (den geschädigten Anleger trifft keine Herausgabepflicht), sondern die Schadensberechnung „durch Naturalrestitution“.

Die Klägerin habe ihre Schadenersatzforderungen auf „Naturalrestitution“ daher zutreffend als (unbedingte) unbestimmte Forderungen iSd § 14 Abs 1 IO angemeldet: Die Anmeldung einer Forderung Zug um Zug gegen die Übertragung der Finanzprodukte sei im Insolvenzrecht nicht vorgesehen. Die „Naturalrestitution“ sei beim Schaden durch Erwerb einer unerwünschten Anlage nur eine besondere Berechnungsform des Geldersatzes. Unter weitestgehender Übernahme der Rsp des deutschen BGH zu § 45 dInsO judiziert der 1. Senat, der Wert einer „Zug-um-Zug-Einschränkung“ eines Schadenersatzanspruchs sei im Insolvenzverfahren in entsprechender Anwendung des § 14 Abs 1 IO zu schätzen und – falls nicht null – vom Schadenersatzbetrag abzuziehen. Daher sei (bei Werthaltigkeit) der Wert der Finanzprodukte zum Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung von den wegen Fehlberatung aufgewendeten Ankaufskosten abzuziehen und die Differenz als unbedingte Insolvenzforderung anzumelden.

Zur Aufnahme des unterbrochenen Leistungsprozesses als Prüfungsprozess meint der 1. Senat, Gegenstand der Forderungsanmeldung der Klägerin seien ihre unbedingt angemeldeten Schadenersatzforderungen aus der fehlerhaften Anlageberatung ohne Abzug des Werts des Bereicherungsausgleichs („Zug-um-Zug-Einschränkung“) gewesen. Die Klägerin habe in weiterer Folge kein anderes Klagebegehren erhoben, denn dass sich der Schadenersatzanspruch der Höhe nach um den Wert der jeweiligen Anlageprodukte vermindern könnte, führe nicht dazu, dass Gegenstand des Prüfungsprozesses ein anderer als die angemeldete Forderung wäre.

## 3. Stellungnahme

### 3.1. Bedingte Forderung nach § 16 IO?

Dem 1. Senat ist zunächst insoweit zuzustimmen, als eine **Zug-um-Zug-Forderung nicht unter den Bedingungsbezug des § 16 IO** fallen kann. Der Grund hierfür liegt allerdings nicht allein darin, dass es sich nicht um ein Feststellungsbegehren über künftige Schadenersatzansprüche handelt, denn als (aufschiebend) bedingte Forderungen iSd § 16 IO kommen durchaus auch andere Forderungen in Betracht. Vielmehr sind als (aufschiebend) bedingte Forderungen iSd § 16 IO nur solche von einem zukünftigen ungewissen Ereignis abhängende Forderungen zu qualifizieren, bei denen der Eintritt der Bedingung ohne jedes Zutun des Insolvenzschuldners eintritt.<sup>8</sup> Da aber bei einer Zug-um-Zug-Rückabwicklung ein Zutun seitens des Schuldners (bzw des Insolvenzverwalters) gerade zentral ist, kann der Bedingungsbezug des § 16 IO schon deshalb nicht erfüllt sein. Im Übrigen müsste auch eine Qualifikation als auflösend bedingte Forderung scheitern: Der Anleger hat nämlich keinen für sich allein bestehenden Zahlungsanspruch, dessen rechtliche Existenz durch ein zukünftiges ungewisses Ereignis bedroht ist; vielmehr ist sein

<sup>6</sup> Vgl etwa 8 Ob 66/14k = VbR 2014/118, 196 (Buder) = RdW 2014/704, 644 = ecoloex 2015/64, 191 = EvBl 2015/25 (Leupold) = ÖBA 2015/2070, 60 = ZIK 2015/214, 159.

<sup>7</sup> Dazu bereits Nunner-Krautgasser/Muhri, Zur formalen Geltendmachung von Anlegerschäden im Insolvenzverfahren, ZIK 2018/5, 13.

<sup>8</sup> RIS-Justiz RS0051527; siehe auch Kodek, Bedingte Anmeldung und bedingte Forderung – Versuch einer Klärung, in Konecny, Insolvenzforum 2015 (2016) 55 (56).

Anspruch ab ovo in das Zug-um-Zug-Rückabwicklungsverhältnis eingebunden.<sup>9</sup>

### 3.2. Rückgewährschuldverhältnis analog § 21 IO?

Zu Unrecht verneint der 1. Senat jedoch die **Anwendbarkeit des § 21 IO**. Er stützt seine ablehnende Ansicht va darauf, dass Zweck der Zug-um-Zug-Abwicklung nicht die Abwicklung von beiderseitigen Leistungspflichten sei (und den Anleger keine Herausgabepflicht treffe), sondern die Schadensberechnung „durch Naturalrestitution“; daher gehe es nur um einen Bereicherungsausgleich.

Bei dieser Argumentation werden allerdings das **Ziel und die Ausgestaltung eines Rechtsgeschäfts vermengt**: Dass die „Naturalrestitution“ im Ergebnis auf einen Bereicherungsausgleich abzielt, ist nicht zu bestreiten. Darauf kommt es aber gar nicht an, denn § 21 IO stellt hinsichtlich seines Anwendungsbereichs nicht auf das Ziel, sondern allein auf die **Ausgestaltung** eines Rechtsgeschäfts als synallagmatisch ab.<sup>10</sup> Dass die Rückabwicklung in den hier interessierenden Fällen im Ergebnis einen Bereicherungsausgleich bewirken soll, heißt daher keineswegs, dass dieser Ausgleich nicht in Form eines Rückabwicklungsschuldverhältnisses abgewickelt werden könnte. Bei der „Naturalrestitution“ in Zusammenhang mit Anlegerschäden ist die Ausgestaltung – wie erwähnt – nun gerade so, dass der Anleger, der die (noch werthaltige) Anlage vorläufig behalten will, die Rückzahlung des Kaufpreises nur Zug um Zug gegen die Übertragung des noch vorhandenen Finanzprodukts erhalten kann.<sup>11</sup> Die Aussage, dass den Anleger hier keine Herausgabepflicht treffe, ist im gegebenen Zusammenhang missverständlich: Zwar trifft es zu, dass der Anleger per se nicht herausgabepflichtig ist. Wenn er aber seinen Schadenersatzanspruch verwirklichen will, so kann er das nur tun, indem er im Gegenzug auch das Finanzprodukt überträgt. Insoweit hat der 8. Senat deutlich ausgesprochen, dass der Anleger „Zug um Zug gegen Ersatz der wegen Fehlberatung aufgewendeten Ankaufskosten oder des wegen Fehlberatung entgangenen Verkaufserlöses zur Übertragung des Finanzprodukts verpflichtet wird“.<sup>12</sup> Ebenso wenig kann aus dem (nicht in insolvenzrechtlichem Zusammenhang entwickelten) Rechtssatz,<sup>13</sup> der „Naturalersatz“ sei beim Anlegerschaden eine besondere Berechnungsform des Geldersatzes, gewonnen werden: Damit wird nämlich nur das insolvenzrechtlich nicht ausschlaggebende Ziel, nicht jedoch die insoweit entscheidende **Ausgestaltung des Abwicklungsvorgangs** definiert. Und von der Ausgestaltung her handelt es sich hier – wie dargelegt – keineswegs um einen bloßen Berechnungsvorgang, sondern sehr wohl um einen Rücktausch der ursprünglichen Leistungen in einem funktionellen Synallagma. Es liegt mithin – entgegen der Ansicht des 1. Senats –

durchaus ein **Rückabwicklungsschuldverhältnis** vor.<sup>14</sup> Da es dabei nicht um das rechtliche Schicksal des ursprünglichen Vertragsverhältnisses (bzw um die ursprünglichen Leistungspflichten), sondern um dasjenige des Rückgewährschuldverhältnisses (und die daraus resultierenden wechselseitigen Pflichten) geht, ist keine unmittelbare, sondern (infolge einer ungeplanten Regelungslücke bei vergleichbarer Interessenlage) eine **analoge Anwendung des § 21 IO** geboten.<sup>15</sup>

Dieses Ergebnis wird dadurch untermauert, dass das Gesetz **keinerlei Anhaltspunkte** dafür liefert, dass ein Rückabwicklungsschuldverhältnis mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens in einen bloßen Berechnungsvorgang umschlagen würde. Auch bei der vergleichbaren Situation bei Rücktritt von einem Kaufvertrag oder bei Wandlung<sup>16</sup> würde man nicht auf die Idee verfallen, dass nunmehr nicht (mehr) § 21 IO anzuwenden sei, sondern lediglich ein allfälliger Differenzbetrag als Insolvenzforderung iSd § 14 Abs 1 IO angemeldet werden könne. Solches würde auch die durch § 21 IO zu wahrende Interessenlage<sup>17</sup> gröblich vernachlässigen, wonach einerseits der Vertragspartner davor geschützt werden soll, voll an die Insolvenzmasse leisten zu müssen, mit seiner Gegenforderung aber auf die Insolvenzquote beschränkt zu sein, und andererseits der Insolvenzverwalter sich möglichst masseschonend von für die Insolvenzmasse nachteiligen Schuldverhältnissen lösen (aber gegebenenfalls auch den Eintritt in ein vorteilhaftes Schuldverhältnis erklären) können soll. Der allgemeine Grundsatz, dass Schuldverhältnisse durch die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens nur dann inhaltlich verändert werden, wenn dies gesetzlich normiert ist, gilt auch hier. Mangels einer solchen Sonderregelung ist daher die **allgemeine Norm des § 21 IO per analogiam anzuwenden**, womit im Übrigen auch dem Schutz des geschädigten Anlegers besser Rechnung getragen wird als mit einem bloßen Berechnungsvorgang.

### 3.3. Unterschiede zwischen der deutschen und der österreichischen Rechtslage

Ergänzend sei darauf hingewiesen, dass die **Übernahme der Judikatur des deutschen BGH** gerade im gegebenen Zusammen-

<sup>9</sup> Nunner-Krautgasser/Muhri, ZIK 2018/5, 14.

<sup>10</sup> Statt vieler Widhalm-Budak in Konecny, Kommentar zu den Insolvenzgesetzen (57. Lfg; 2017) §§ 21, 22 IO Rz 30 ff.

<sup>11</sup> Siehe oben FN 3–6.

<sup>12</sup> 8 Ob 79/16z; RIS-Justiz RS0129706 [T4].

<sup>13</sup> RIS-Justiz RS0129706.

<sup>14</sup> Vgl Widhalm-Budak in Konecny, Insolvenzgesetze § 21 IO Rz 50; Kepplinger, Das Synallagma in der Insolvenz (2000) 343 ff; Fichtinger, Anlegerschaden in der Insolvenz des Beraters, VbR 2018/62, 117 f; aA (allerdings ohne Begründung) Iro, Das Zug-um-Zug-Prinzip im Insolvenzverfahren, RdW 1985, 101 f; wie hier für Deutschland (zur Anwendbarkeit des § 17 dKO aF bzw nunmehr des § 103 dInsO) etwa RG V 93/14 = LZ 1915, 217; BGH VIII ZR 24/60 = WM 1961, 482; Henckel, Sachmängelhaftung beim Kauf im Konkurs, in FS Wieacker (1978) 366; Henckel in Jaeger, Konkursordnung mit Einführungsgesetzen – Großkommentar (2. Lfg; 1980) § 17 dKO Rz 28; Scherer, Neues Kaufgewährleistungsrecht und § 103 InsO, NZI 2002, 356 (359); Jacoby in Henckel/Gerhardt, Insolvenzordnung – Großkommentar III (2014) § 103 Rz 87 ff; Wegener in Uhlenbruck, Insolvenzordnung<sup>14</sup> (2015) § 103 Rz 95; Huber in MünchKomm InsO II<sup>3</sup> (2013) § 103 Rz 86; Marotzke, Gegenseitige Verträge im neuen Insolvenzrecht<sup>3</sup> (2001) Rz 4.114 ff.

<sup>15</sup> Nunner-Krautgasser/Muhri, ZIK 2018/5, 14 f; Fichtinger, VbR 2018/62, 117 f.

<sup>16</sup> Vgl Widhalm-Budak in Konecny, Insolvenzgesetze § 21 IO Rz 50.

<sup>17</sup> Zum Zweck des § 21 IO Gamerith in Bartsch/Pollak/Buchegger, Österreichisches Insolvenzrecht I<sup>4</sup> (2000) § 21 KO Rz 2; ausf Widhalm-Budak in Konecny, Insolvenzgesetze § 21 IO Rz 4 ff.

hang **überaus problematisch** ist: Denn zum einen konzentriert sich der BGH in den vom 1. Senat zitierten Entscheidungen<sup>18</sup> auf die Frage, ob sich Zug-um-Zug-Forderungen überhaupt zur Anmeldung zur Insolvenztabelle eignen; die Frage, ob die so angemeldete Forderung auch **materiell berechtigt** ist (und insoweit „richtig“ angemeldet wurde), wird hingegen nicht analysiert.<sup>19</sup> Und zum anderen ermöglicht die deutsche Dogmatik – ganz im Gegensatz zur österreichischen – auch im Anwendungsbereich des § 103 dInsO (der funktionell § 21 IO entspricht) eine sofortige **Qualifikation des Anlegerspruchs als Insolvenzforderung**: Denn auch nach der Aufgabe der sog. „Erlöschenstheorie“<sup>20</sup> gehen der deutsche BGH und die deutsche hL – nunmehr auf Grundlage der seit 2002 vertretenen „Suspensivtheorie“<sup>21</sup> – davon aus, dass der Vertragspartner bereits ab der Eröffnung des Insolvenzverfahrens eine (unbedingte und sogleich anmeldbare) Insolvenzforderung hat.<sup>22</sup> Nach der insoweit völlig konträren österreichischen hA<sup>23</sup> liegt hingegen bis **zur Ausübung des Wahlrechts** – also während des Schwebezustands – **(noch) keine Insolvenzforderung** vor, sodass die österreichische und die deutsche Rechtslage in diesem Punkt ganz erheblich voneinander abweichen.

### 3.4. Schicksal des unterbrochenen Leistungsprozesses

Das wirkt sich auch auf das **Schicksal des unterbrochenen Leistungsprozesses** aus: Da vor der Erfüllungsablehnung durch den Insolvenzverwalter iSd § 21 IO – wie soeben ausgeführt – noch gar keine Insolvenzforderung vorliegt, wäre Voraussetzung für einen Prüfungsprozess zunächst die Anmeldung des Schadenersatzanspruchs iSd § 21 Abs 2 S 3 IO und in weiterer Folge dessen Bestreitung in der Prüfungstagsatzung (§ 102 und § 110 IO).<sup>24</sup> Sollte der unterbrochene Leistungsprozess bereits vor der Erfüllungsablehnung wegen der im Insolvenzverfahren ohne das Zug-um-Zug-Element angemeldeten (ursprünglichen) Forderung des Anlegers fortgesetzt werden, so hätte das Prozessgericht richti-

gerweise festzustellen, dass es die geltend gemachte Insolvenzforderung nicht gibt: Wegen der Anwendbarkeit des § 21 IO wäre der geltend gemachte Anspruch nämlich im Fall der Erfüllungswahl eine Masseforderung, dann aber nur Zug um Zug durchsetzbar. Im Fall der Erfüllungsablehnung würde sich die Forderung hingegen – wie ausgeführt – in einen Schadenersatzanspruch iSd § 21 Abs 2 S 3 IO verwandeln. Der **ursprünglich angemeldete Anspruch kann aber – entgegen dem Ergebnis des 1. Senats – nie als Insolvenzforderung festgestellt werden**.<sup>25</sup>

Die Frage, ob das Weglassen des Zug-um-Zug-Elements bei der Anmeldung der ursprünglichen Forderung einer Aufnahme des Prozesses als Prüfungsprozess im Weg steht, hat sich hier also in Wahrheit überhaupt nicht gestellt.

## 4. Zusammenfassung

Der Anspruch eines Anlegers auf Rückzahlung des Kaufpreises Zug um Zug gegen die Übertragung des noch vorhandenen Finanzprodukts ist keine bedingte Forderung iSd § 16 IO. Es handelt sich aber – entgegen der Ansicht des 1. Senats – auch um keine Forderung iSd § 14 Abs 1 IO, bei der der Wert des Finanzprodukts zum Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung von den Ankaufskosten abzuziehen und die Differenz als unbedingte Insolvenzforderung anzumelden wäre. Vielmehr liegt in solchen Fällen ein Rückgewährschuldverhältnis vor, auf das § 21 IO per analogiam anzuwenden ist. Wird daher ein insolvenzbedingt unterbrochener Leistungsprozess bereits vor einer Erfüllungsablehnung wegen der im Insolvenzverfahren ohne das Zug-um-Zug-Element angemeldeten (ursprünglichen) Forderung des Anlegers fortgesetzt, so hat das Prozessgericht festzustellen, dass es die geltend gemachte Insolvenzforderung nicht gibt; das Klagebegehren ist kostenpflichtig abzuweisen.

<sup>25</sup> Nunner-Krautgasser/Muhri, ZIK 2018/5, 16 f.

<sup>18</sup> BGH II ZR 9/12 = WM 2013, 1597; III ZR 383/12; III ZR 384/12; VII ZR 58/13; IX ZR 315/14.

<sup>19</sup> In der E BGH IX ZR 165/02 wird eine entsprechende materiell-rechtliche Problematik zwar kurz angeschnitten, aber mangels Relevanz für den zu entscheidenden Fall im Ergebnis offengelassen.

<sup>20</sup> Dazu statt vieler *Jacoby* in *Henckel/Gerhardt*, Insolvenzzordnung III § 103 Rz 20 f.

<sup>21</sup> Beginnend mit BGH IX ZR 313/99 = NJW 2002, 2783; dazu statt vieler *Jacoby* in *Henckel/Gerhardt*, Insolvenzzordnung III § 103 Rz 22 f.

<sup>22</sup> *Jacoby* in *Henckel/Gerhardt*, Insolvenzzordnung III § 103 Rz 22 mwN; *Wegener* in *Uhlenbruck*, Insolvenzzordnung<sup>14</sup> § 103 Rz 13.

<sup>23</sup> Statt vieler *Widhalm-Budak* in *Konecny*, Insolvenzzesetze § 21 IO Rz 245 mwN.

<sup>24</sup> *Nunner-Krautgasser/Muhri*, ZIK 2018/5, 16; siehe dort auch zur Frage, ob nach Bestreitung eine bedingte Anmeldung einer bedingten Insolvenzforderung erfolgen kann.



#### Die Autorin:

Univ.-Prof. Dr. **Bettina Nunner-Krautgasser** lehrt Zivilverfahrensrecht an der Karl-Franzens-Universität Graz.

#### Publikationen (Auswahl):

Zur formalen Geltendmachung von Anlegerschäden im Insolvenzverfahren, ZIK 2018/5, 13; Zur Exekutionsführung auf insolvenzfrees Vermögen durch Insolvenzgläubiger während eines anhängigen Insolvenzverfahrens, ZIK 2017/217, 167; Sicherungsrechte an freigegebenem Vermögen und Berücksichtigung bei Verteilungen, ZIK 2016/4; Prozesskostenfinanzierung und Organkompetenzen im Insolvenzverfahren, ZIK 2015/99.

✉ [bettina.nunner@uni-graz.at](mailto:bettina.nunner@uni-graz.at)

🌐 [lesen.lexisnexis.at/autor/Nunner-Krautgasser/Bettina](http://lesen.lexisnexis.at/autor/Nunner-Krautgasser/Bettina)

Foto: Sissi Furgler