

TE OGH 2026/2/25 17Ob3/25b

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 25.02.2026

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Präsidenten Univ.-Prof. Dr. Kodek als Vorsitzenden sowie die Hofräte Dr. Stefula und MMag. Sloboda, die Hofrätin Mag. Waldstätten und den Hofrat Dr. Stiefsohn als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Dr. *, als Masseverwalter im Konkursverfahren über das Vermögen der A* AG *, vertreten durch die Freimüller Rechtsanwalts GmbH in Wien, gegen die beklagte Partei lic. oec. HSG J*, vertreten durch die Fellner Wratzfeld & Partner Rechtsanwälte GmbH in Wien, wegen 9.264.830,80 EUR sA, über die Revision und den Rekurs der beklagten Partei sowie den Rekurs der klagenden Partei (Rekursinteresse 5.322.700 EUR) gegen das Teilurteil und den Beschluss des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 6. Dezember 2024, GZ 3 R 126/24g-92, mit dem das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 17. Mai 2024, GZ 33 Cg 57/21p-86, teils abgeändert, teils bestätigt und teils aufgehoben wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Spruch

Der Revision und dem Rekurs der beklagten Partei wird nicht Folge gegeben.

Dem Rekurs der klagenden Partei wird teilweise Folge gegeben. Der Aufhebungsbeschluss des Berufungsgerichts wird behoben und in der Sache selbst erkannt, sodass die Entscheidungen der Vorinstanzen unter Einschluss des bereits in Rechtskraft erwachsenen Teils wie folgt zu lauten haben:

„1. Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei 9.264.830,80 EUR samt 4 % Zinsen pa seit 16. 7. 2020 binnen 14 Tagen zu zahlen.

2. Das Zinsenmehrbegehren, die beklagte Partei sei schuldig, der klagenden Partei aus 9.264.830,80 EUR jeweils weitere Zinsen pa von

4,58 % zwischen 16. 7. 2020 und 26. 7. 2022,

5,08 % zwischen 27. 7. 2022 und 13. 9. 2022,

5,83 % zwischen 14. 9. 2022 und 1. 11. 2022,

6,58 % zwischen 2. 11. 2022 und 20. 12. 2022,

7,08 % zwischen 21. 12. 2022 und 7. 2. 2023,

7,58 % zwischen 8. 2. 2023 und 21. 3. 2023,

8,08 % zwischen 22. 3. 2023 und 20. 6. 2023,

8,58 % zwischen 21. 6. 2023 und 19. 9. 2023,

9,08 % zwischen 20. 9. 2023 und 17. 9. 2024 und

8,23 % seit 18. 9. 2024

binnen 14 Tagen zu zahlen, wird abgewiesen.“

Die beklagte Partei ist weiters schuldig, der klagenden Partei die mit 623.784,14 EUR (darin 33.342,69 EUR an USt und 423.728 EUR an Barauslagen) bestimmten Kosten aller drei Instanzen binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Text

Entscheidungsgründe:

[1] Die Schuldnerin war eine mittelgroße österreichische Bank, die sich insbesondere dem Investment Banking Geschäft widmete und auch eigene Veranlagungsprodukte für zunehmend breitere Kundensegmente generierte. Den Abschluss dieser Phase bildete die Gründung der seit dem Jahr 2002 börsennotierten M* Limited, einem Unternehmen, das vorwiegend in Handelsimmobilien in Zentral- und Osteuropa investierte. Bei dessen Börsengang agierte die Schuldnerin als Placing Agent (Emissionsführer); von 2003 bis 2007 fanden zudem mehrere Kapitalerhöhungen statt.

[2] Letztmalig erwirtschaftete die Schuldnerin 2008 oder 2009 einen Gewinn. Der Schuldnerin wurde schließlich im Juni 2019 der Entzug der Bankkonzession angedroht; am 14. 11. 2019 erging ein entsprechender Beschluss des Rates der Europäischen Zentralbank. Mit Beschluss des *gerichts* vom 2. 3. 2020 wurde über das Vermögen der Schuldnerin sodann das Konkursverfahren eröffnet und der Kläger zum Insolvenzverwalter bestellt (zum Insolvenzverfahren s 8 Ob 27/20h, 8 Ob 79/20f). Das Erstgericht konnte allerdings nicht feststellen, „ob und ab welchem konkreten Zeitpunkt“ materielle Insolvenz bei der Schuldnerin vorlag.

[3] Hintergrund für die Reduzierung des Eigenkapitals und der Bilanzsumme in den Jahren 2015 bis 2018 waren die gegen die Schuldnerin anhängigen Anlegerverfahren; in diesem Zusammenhang musste die Schuldnerin auch Rückstellungen bilden. Im Geschäftsjahr 2019 erwirtschaftete die Schuldnerin einen Jahresverlust von 20.478.922,04 EUR. „Als eine Folge der Involvierung in den Börsengang der M*“ hatte die Schuldnerin in den letzten zehn Jahren vor Insolvenzeröffnung für die Regelung von Forderungen geschädigter Anleger 122.460.000 EUR aufgewendet sowie 81.175.000 EUR an Abwehrkosten. Im Rahmen des Insolvenzverfahrens wurden 395 Insolvenzforderungen mit einer Gesamthöhe von 513.763.332,31 EUR angemeldet, wovon zuletzt 155.288.509,73 EUR anerkannt waren.

[4] Ein strafrechtliches Ermittlungsverfahren wurde mittlerweile eingestellt.

[5] Der Beklagte war von 18. 3. 1987 bis 28. 12. 2007 Vorstand der Schuldnerin und von 3. 1. 2008 bis zu seinem Rücktritt per 27. 6. 2019 Vorsitzender des Aufsichtsrats.

[6] Der Beklagte war zu keinem Zeitpunkt Aktionär der Schuldnerin. Seit dem Jahr 2008 ist der Sohn des Beklagten (Jahrgang 1986) als indirekter wirtschaftlicher Eigentümer im Wege über die auf den Bahamas domizilierte M* Familienstiftung nach den Bestimmungen des WiReG gemeldet; er ist auch Begünstigter. Weiterer indirekter wirtschaftlicher Eigentümer der Schuldnerin ist T* (Jahrgang 1935), ebenfalls ein Familienmitglied, und zwar über die in Liechtenstein domizilierte B* Familienstiftung, deren Begünstigter er ist. Die Stiftungen halten das wirtschaftliche Eigentum an der Schuldnerin im Verhältnis von 2/3 (M* Familienstiftung) zu 1/3 (B* Familienstiftung). Nach den – vom Kläger bekämpften – Feststellungen war und ist der Beklagte nicht (direkt) Begünstigter dieser Stiftungen.

[7] Der Jahresbezug des Beklagten als Vorstandsmitglied der Schuldnerin betrug im Jahr 2007 ca 2,6 Mio EUR (600.000 EUR für das operative Bankgeschäft, jeweils 1 Mio EUR für die Akquise im Inland und Ausland).

[8] Nach seinem Wechsel in den Aufsichtsrat schloss der Beklagte am 31. 3. 2008 mit der Schuldnerin einen Konsulentenvertrag mit einem wechselseitigen Kündigungsverzicht bis 31. 12. 2012 ab. Als „Honorar“ bzw „Beratungsentgelt“ wurde ein pauschaler Betrag von 2 Mio EUR (zzgl USt) vereinbart, zahlbar in zwölf gleichen monatlichen Teilbeträgen. Weiters wurde im Vertrag (ua) festgehalten, dass dem Beklagten die Infrastruktur der Bank zur Verfügung steht und die Schuldnerin ihm die Benützung eines Geschäftsflugzeugs ermöglichen werde, „um die Pflege bestehender und die Herstellung neuer Kontakte zu ermöglichen oder zu erleichtern“. Laut dessen Pkt XII sollte es sich ausdrücklich nicht um ein Dienst-, Anstellungs- oder Gesellschaftsverhältnis handeln, sondern um einen Werkvertrag. Nach seinem Wechsel in den Aufsichtsrat schloss der Beklagte am 31. 3. 2008 mit der Schuldnerin einen Konsulentenvertrag mit einem wechselseitigen Kündigungsverzicht bis 31. 12. 2012 ab. Als „Honorar“ bzw „Beratungsentgelt“ wurde ein pauschaler Betrag von 2 Mio EUR (zzgl USt) vereinbart, zahlbar in zwölf gleichen monatlichen Teilbeträgen. Weiters wurde im Vertrag (ua) festgehalten, dass dem Beklagten die Infrastruktur der Bank zur Verfügung steht und die Schuldnerin ihm die Benützung eines Geschäftsflugzeugs ermöglichen werde, „um die

Pflege bestehender und die Herstellung neuer Kontakte zu ermöglichen oder zu erleichtern“. Laut dessen Pkt römisch zwölf sollte es sich ausdrücklich nicht um ein Dienst-, Anstellungs- oder Gesellschaftsverhältnis handeln, sondern um einen Werkvertrag.

[9] „Hintergrund für den Abschluss des Konsulentenvertrags vom 31. 3. 2008 war, dass sich die Schuldnerin das Wissen und Netzwerk sowie die Arbeitskraft des Beklagten in der Betreuung und Beratung weiter sichern wollte, weshalb die Schuldnerin dem Beklagten anbot, als Konsulent für die Bank tätig zu sein.“ Da mit Beendigung der Vorstandstätigkeit das operative Bankgeschäft als Tätigkeitsbereich des Beklagten wegfiel, einigte man sich auf ein Konsulentenhonorar von jährlich 2 Mio EUR. [Anm: Unstrittig zusätzlich zur Tätigkeit und zum Honorar als Aufsichtsratsvorsitzender]

[10] Am 16. 12. 2009 schlossen der Beklagte und die Schuldnerin (über Ersuchen des Vorstands) eine Zusatzvereinbarung, mit der das Konsulentenhonorar per 1. 1. 2010 auf 1 Mio EUR (zzgl USt) jährlich reduziert wurde – dies bei einer einmaligen Abschlagszahlung von 1,5 Mio EUR (zzgl USt) –, weil sich der Beklagte fortan nur mehr um die Akquise im Ausland kümmern sollte.

[11] Mit „Consultancy Agreement“ vom 22. 12. 2011 zwischen der tschechischen F*, k.s. als Beraterin und der Schuldnerin „wurde der Konsulentenvertrag vom 31. 3. 2008 durch eben dieses Consultancy Agreement ersetzt“. „Dies erfolgte unter einstimmiger Zustimmung des Aufsichtsrats der Schuldnerin im Rahmen der Aufsichtsratssitzung vom 13. 12. 2011.“ Der Beklagte war zu diesem Zeitpunkt Komplementär dieser Gesellschaft.

[12] Das „Consultancy Agreement“, das die Anwendbarkeit österreichischen Rechts vorsah, hatte ua folgenden Inhalt:

„I. Grundlage und Motivation für diesen Beratungsvertrag

[...] Die Marktposition der [Schuldnerin] in Österreich ist seit Abschluss des Beratungsvertrags am 31. 3. 2008 schwieriger geworden. Unter diesen Umständen möchte die [Schuldnerin] ihr Geschäftsmodell in Zukunft ändern und sich noch mehr auf das Anlage- und Privatkundengeschäft in Mittel- und Osteuropa (samt Russland) und in der Türkei konzentrieren. [...] Die [Schuldnerin] beabsichtigt, das Wissen und die Erfahrung der F*, k.s. als Beraterin in Anspruch zu nehmen, und die Beraterin erklärt sich bereit, Beratungsleistungen für die [Schuldnerin] zwecks Expansion ihres Geschäfts in Mittel- und Osteuropa, Russland, in der Ukraine und der Türkei zu erbringen.

II. Leistungsumfang römisch zwei. Leistungsumfang

Die [Schuldnerin] beauftragt die Beraterin mit der Erbringung von Beratungsleistungen in den Geschäftsbereichen der [Schuldnerin], insbesondere im Bereich Anlage- und Privatkundengeschäft in Mittel- und Osteuropa (samt Russland) und in der Türkei, und die Beraterin verpflichtet sich, diese Leistungen zu erbringen. Die Beraterin wird die Bank aufgrund ihrer jahrzehntelangen Erfahrung und beruflichen Expertise im Bankgeschäft allgemein und - auf Wunsch des Vorstands der [Schuldnerin] - in Bezug auf einzelne Transaktionen beraten. Die konkreten Aufgaben werden vom Vorstand der [Schuldnerin] im Einzelfall festgelegt. Die Beraterin ist berechtigt und verpflichtet, Beratungsleistungen vorzuschlagen. Insbesondere hat die Beraterin Vorschläge betreffend Geschäftsideen zu unterbreiten, Geschäftsmöglichkeiten zu erschließen und der [Schuldnerin] ihre inländischen und ausländischen Kontakte zur Erschließung neuer Geschäfte zur Verfügung zu stellen, vor allem in Mittel- und Osteuropa (samt Russland) und in der Türkei. Die Beraterin hat dabei ihr Hauptaugenmerk auf Bereiche zu legen, die eine tiefgehende Beratung der [Schuldnerin] erfordern, insbesondere im Zusammenhang mit umfangreichen Veranlagungen und Transaktionen, die nicht Teil des gewöhnlichen Bankgeschäfts sind, und die - stünde die Beraterin der [Schuldnerin] nicht zur Verfügung - der Vorstand unter Beachtung der Sorgfalt eines ordentlichen Unternehmers aufgrund ihrer Komplexität und der potenziellen rechtlichen und wirtschaftlichen Folgen externen Experten übertragen würde.

Darüber hinaus zieht die [Schuldnerin] die Errichtung einer Repräsentanz in der Tschechischen Republik in Erwägung. Die Erfahrung und die persönlichen Kontakte der Beraterin, vor allem in der Tschechischen Republik, sollen die diesbezüglichen Bemühungen der [Schuldnerin] unterstützen.

Die einzelnen Mittel und Maßnahmen, die für die Erbringung der Beratungsleistungen erforderlich sind, sind von der Beraterin vorzuschlagen und werden zwischen dem Vorstand der [Schuldnerin] und der Beraterin einvernehmlich festgelegt. Es gilt als wohlverstanden, dass die Beraterin bei der Erbringung der Beratungsleistungen nicht berechtigt ist, die [Schuldnerin] schriftlich oder auf andere Weise zu vertreten, und wird sie dies auf keinen Fall tun.

III. Trennung zwischen den Aufgaben des [Beklagten] als Berater und seiner Position als Vorsitzender des Aufsichtsrats der [Schuldnerin] römisch drei. Trennung zwischen den Aufgaben des [Beklagten] als Berater und seiner Position als Vorsitzender des Aufsichtsrats der [Schuldnerin]

[...]

IV. Haftung römisch vier. Haftung

Die Leistungen der Beraterin stellen lediglich Vorschläge und Empfehlungen dar [...] Die Beraterin haftet nicht für die Vollständigkeit und Richtigkeit ihrer Beratungsleistungen. Jegliche Haftung der Beraterin im Zusammenhang mit Schlussfolgerungen, Maßnahmen, Handlungen und Entscheidungen des Vorstands der [Schuldnerin] ist ausgeschlossen.

V. Unabhängigkeit römisch fünf. Unabhängigkeit

Die Beraterin ist bei der Erbringung ihrer Beratungsleistungen gemäß Punkt I. und II. nicht an Weisungen der [Schuldnerin] gebunden, ausgenommen in Sachfragen. Die Beraterin ist an keinen Erfüllungsort oder einen bestimmten Zeitplan für die [Schuldnerin] gebunden, sondern kann ihre Leistungen selbstständig und unabhängig nach ihrem alleinigen Ermessen erbringen. Die Vertragsparteien gehen davon aus, dass mit der Leistungserbringung der Beraterin eine intensive Reisetätigkeit verbunden sein wird. Die Beraterin ist berechtigt, in Bezug auf die für die Erbringung ihrer Leistungen notwendigen Mittel (Sach- und Personalaufwand), die von der [Schuldnerin] zu übernehmen sind, Vorschläge zu unterbreiten. Diese Mittel sind direkt von der [Schuldnerin] zur Verfügung zu stellen, welche diese Mittel erforderlichenfalls auf dem Markt kaufen kann. Die Beraterin ist bei der Erbringung ihrer Beratungsleistungen gemäß Punkt römisch eins. und römisch zwei. nicht an Weisungen der [Schuldnerin] gebunden, ausgenommen in Sachfragen. Die Beraterin ist an keinen Erfüllungsort oder einen bestimmten Zeitplan für die [Schuldnerin] gebunden, sondern kann ihre Leistungen selbstständig und unabhängig nach ihrem alleinigen Ermessen erbringen. Die Vertragsparteien gehen davon aus, dass mit der Leistungserbringung der Beraterin eine intensive Reisetätigkeit verbunden sein wird. Die Beraterin ist berechtigt, in Bezug auf die für die Erbringung ihrer Leistungen notwendigen Mittel (Sach- und Personalaufwand), die von der [Schuldnerin] zu übernehmen sind, Vorschläge zu unterbreiten. Diese Mittel sind direkt von der [Schuldnerin] zur Verfügung zu stellen, welche diese Mittel erforderlichenfalls auf dem Markt kaufen kann.

VI. Honorar römisch sechs. Honorar

Das Beraterhonorar beläuft sich auf 1.000.000 EUR pro Jahr, gegebenenfalls zuzüglich Umsatzsteuer, zahlbar in zwölf gleichen monatlichen Beträgen. Die Beraterin wird diesem monatlichen Honorar sämtliche Barauslagen sowie Reise- und Fahrtkosten nach Aufwand hinzurechnen, sofern diese Kosten nicht direkt von der [Schuldnerin] bezahlt werden, was generell der Fall sein sollte. [...]

VII. Transportmittel römisch sieben. Transportmittel

Angeichts des weitreichenden geografischen Gebietes, auf dem die Beraterin Leistungen erbringen wird, stellt die [Schuldnerin] den Partnern und Mitarbeitern der Beraterin gegebenenfalls einen Firmenjet zur Verfügung, damit bestehende Kontakte aufrechterhalten und neue Beziehungen in Mitteleuropa (samt Russland) und der Türkei aufgebaut werden können.

[...]

XI. Dauer römisch elf. Dauer

[...] Beide Vertragsparteien verzichten bis 31. 12. 2017 auf ihr Recht auf Kündigung des Vertrages.

[...]

XIII. Auslegung römisch dreizehn. Auslegung

Gemäß Absicht der Vertragsparteien ist dieser Vertrag kein Dienstvertrag, sondern ein Werkvertrag. Die Beraterin übernimmt sämtliche Rechte und Pflichten im Zusammenhang mit diesem Vertrag als unabhängiger Berater. Die Bestimmungen dieses Vertrages sind keinesfalls so auszulegen, als würde damit eine Personengesellschaft oder ein Dienstvertrag errichtet. [...]"

[13] Das Beratungsgeschäft der F*, k.s. wurde am 1. 1. 2014 vom Beklagten übernommen und das Honorar fortan an ihn bezahlt. Sämtliche Rechte und Pflichten sowie Forderungen und Verbindlichkeiten aus den zwischen der Schuldnerin und der Beraterin abgeschlossenen Verträgen gingen auf den Beklagten über.

[14] Der Beratervertrag wurde schließlich am 22. 11. 2019 aus Anlass des Entzugs der Bankkonzession einvernehmlich aufgelöst. Dabei wurde ua festgehalten, dass alle allfälligen wechselseitigen Ansprüche zwischen den Parteien im Zusammenhang mit dem Beratervertrag – mit Ausnahme der Aufwandsersatz- und Schadenersatzansprüche des Beraters – bereinigt und verglichen sind. Auf die Geltendmachung des Wegfalls der Geschäftsgrundlage, von Irrtum und laesio enormis wurde verzichtet.

[15] Die Schuldnerin überwies im Zeitraum 3. 3. 2016 bis 12. 11. 2019 insgesamt 3.942.130,80 EUR als Beraterhonorar an den Beklagten. Weiters überwies die Schuldnerin, die über keinen eigenen Firmenjet verfügte, sondern ein Rahmenabkommen mit einem Luftfahrtunternehmen abgeschlossen hatte, im Zeitraum 26. 2. 2016 bis 15. 11. 2019 insgesamt 5.322.700 EUR für die (tatsächlich erfolgte) Benützung eines Business Jet durch den Beklagten gemäß dem im Konsulentenvertrag vereinbarten Reisekostenersatz durch direkte Bezahlung an die S* GmbH, die die Flüge durchführte (beides im Detail näher aufgeschlüsselt). Die verrechneten Reisekosten standen auch stets im Zusammenhang mit Beratungstätigkeiten des Beklagten. Der Beklagte war weder in die Flugbuchungen, noch in die Abrechnung involviert. Die von der S* GmbH gegenüber der Schuldnerin gelegten Rechnungen wurden von G* auf Basis der vom englischen Flugzeughalter an die S* GmbH gelegten Rechnungen erstellt. G* war nicht nur Vorstand bzw Prokurist der Schuldnerin, sondern auch handelsrechtlicher Geschäftsführer der S* GmbH.

[16] Die Rechnungen/Honorare wurden innerhalb der Schuldnerin nach dem Vier-Augen-Prinzip vom Vorstand jeweils von S* und G* freigegeben. Die Reisekosten wurden von keinem der beiden auf deren Richtigkeit überprüft, insbesondere wurde nicht überprüft, ob es sich jeweils um betrieblich veranlasste Reisen des Beklagten gehandelt hat. „Hinsichtlich der vom Beklagten für die Schuldnerin erbrachten Beratungsleistungen wurde für den Wirtschaftsprüfer der Bank einmal jährlich seitens der Schuldnerin eine schriftliche Zusammenfassung erstellt.“

[17] „Der Beklagte verfasste schriftliche Zusammenfassungen über die von ihm im Rahmen der Konsulentenverträge akquirierten Projekte. Im Rahmen seiner Tätigkeit als Konsulent übte der Beklagte zusammengefasst folgende Tätigkeiten über den gesamten Zeitraum seiner Konsulententätigkeit aus: Vermeidung von Verlusten; Tätigkeiten im Zusammenhang mit Krediten, die notleidend wurden und Setzung von Maßnahmen, um diese Kredite wieder einzutreiben; Bewahrung bestehender Kundenbeziehungen und Bewahrung des Ertragsstroms für die Schuldnerin, Aquirierung neuer Kundenbeziehungen im Bereich Private Banking und Platzierungen; Mitwirkung beim Verkauf nicht notwendiger Betriebsaktiva, Liquiditätsbeschaffung durch den Verkauf schwierig verkaufter Aktiva aus der Bankbilanz, Herantragen von Treuhandgeschäften und Herantragen von sehr vermögenden Privatkunden an die Schuldnerin.“ „Es war nicht so, dass der Beklagte in allen entscheidenden Angelegenheiten der Schuldnerin das letzte Wort hatte, auch wenn seitens des Beklagten Empfehlungen an den Vorstand bei entscheidenden Angelegenheiten regelmäßig abgegeben wurden. Die Empfehlungen des Beklagten wurden vom Vorstand der Schuldnerin teilweise umgesetzt, teilweise auch nicht.“

[18] Das Jahresgehalt der Vorstandsmitglieder der Schuldnerin betrug in den letzten Jahren vor Konkurseröffnung zwischen 205.000 EUR und 400.000 EUR.

[19] Der Kläger begehrt mit seiner am 25. 2. 2021 eingebrachten Klage Ersatz für die im Zeitraum 26. 2. 2016 bis 15. 11. 2019 von der Schuldnerin an den Beklagten ausbezahlten Honorare von 3.942.130,80 EUR sowie für die an das Luftfahrtunternehmen bezahlten Flugkosten von 5.322.700 EUR.

[20] Er stützt sich dafür ua auf eine Anfechtung wegen bekannter Benachteiligungsabsicht iSd § 28 Z 1 IO, Sittenwidrigkeit iSd § 879 Abs 1 ABGB und verbotene Einlagenrückgewähr iSd §§ 52 ff AktG. Die mit dem Beklagten geschlossene und in der Folge adaptierte Konsulentenvereinbarung sei sittenwidrig und halte keinem Drittvergleich stand. Die ausbezahlten Honorare und Reisekosten seien für sich gesehen unangemessen hoch und stünden in einem krassen Missverhältnis zur Größe der Schuldnerin und zu den Entgeltansprüchen der – die volle Verantwortung für den Bankbetrieb tragenden – Vorstandsmitglieder. Die Höhe des Honorars sei sowohl von objektivierbaren Erfolgen aus der Tätigkeit des Konsulenten als auch vom Erfolg des Bankbetriebs völlig unabhängig gewesen. Es habe kein Berichtswesen gegeben, über die tatsächlich vom Beklagten erbrachten Beratungsleistungen und die Reisekosten lägen keine Aufzeichnungen vor, und die betriebliche Veranlassung der Reisekosten sei nicht einmal nachträglich

überprüft worden. Den mit den Flugkosten verbundenen Aufwand habe ausschließlich der Beklagte verursacht, er habe mit dem von der Schuldnerin für ihn angemieteten Privatjet nach seinem Gutdünken Flüge unternommen und diese von der Bank bezahlen lassen. Die Reisespesen, die selbst die Kosten von First-Class-Tickets um ein Vielfaches überstiegen, seien bei gleichzeitigem operativem Verlust ebenfalls als sittenwidrig einzustufen. Er stützt sich dafür auf eine Anfechtung wegen bekannter Benachteiligungsabsicht iSd Paragraph 28, Ziffer eins, IO, Sittenwidrigkeit iSd Paragraph 879, Absatz eins, ABGB und verbotene Einlagenrückgewähr iSd Paragraphen 52, ff AktG. Die mit dem Beklagten geschlossene und in der Folge adaptierte Konsumentenvereinbarung sei sittenwidrig und halte keinem Drittvergleich stand. Die ausbezahlten Honorare und Reisekosten seien für sich gesehen unangemessen hoch und stünden in einem krassen Missverhältnis zur Größe der Schuldnerin und zu den Entgeltansprüchen der – die volle Verantwortung für den Bankbetrieb tragenden – Vorstandsmitglieder. Die Höhe des Honorars sei sowohl von objektivierbaren Erfolgen aus der Tätigkeit des Konsulenten als auch vom Erfolg des Bankbetriebs völlig unabhängig gewesen. Es habe kein Berichtswesen gegeben, über die tatsächlich vom Beklagten erbrachten Beratungsleistungen und die Reisekosten lägen keine Aufzeichnungen vor, und die betriebliche Veranlassung der Reisekosten sei nicht einmal nachträglich überprüft worden. Den mit den Flugkosten verbundenen Aufwand habe ausschließlich der Beklagte verursacht, er habe mit dem von der Schuldnerin für ihn angemieteten Privatjet nach seinem Gutdünken Flüge unternommen und diese von der Bank bezahlen lassen. Die Reisespesen, die selbst die Kosten von First-Class-Tickets um ein Vielfaches überstiegen, seien bei gleichzeitigem operativem Verlust ebenfalls als sittenwidrig einzustufen.

[21] Der Vorstand sei während des gesamten für die Klage maßgeblichen Zeitraums in Kenntnis der Höhe der der Bank drohenden und letztlich auch von ihr zu befriedigenden Ansprüche geschädigter Anleger gewesen. Es habe stets die Gefahr bestanden, zum Stichtag des Jahresabschlusses das regulatorisch notwendige Eigenkapital nicht zu erreichen. Die Gesamtheit der Umstände indiziere, dass sich der Vorstand der Schuldnerin durchgehend darüber im Klaren gewesen sei, dass die Zahlungen der Honorare und Reisekosten die Gläubiger benachteiligten, weil sich der Befriedigungsfonds durch den Abfluss der Mittel sukzessive reduziert habe, und dass er diese Folge auch in Kauf genommen habe. Es habe sich um ein zwischen dem Beklagten und den Organen der Schuldnerin abgestimmtes Verhalten gehandelt, im Rahmen dessen die Schuldnerin dem Vater ihres indirekten wirtschaftlichen Mehrheitseigentümers langfristig ein vom Erfolg der Bank unabhängiges Einkommen zukommen habe lassen wollen, dies trotz der konstant negativen Jahresergebnisse. Dem Beklagten sei als Vorsitzenden des Aufsichtsrats die dadurch erfolgte Schädigung voll bewusst gewesen.

[22] Ein Nutzen der Konsulententätigkeit des Beklagten sei nicht annähernd erkennbar. Tatsächliche Aktivitäten des Beklagten zu Gunsten der Schuldnerin seien nur bei den Projekten „Verkauf der R* GmbH“, „Transaktion St*“ und dem Verkauf einer zweifelhaften Forderung feststellbar.

[23] Der Beklagte beantragte die Abweisung der Klage und brachte vor, dass die Insolvenz der Schuldnerin auf den Entzug der Bankkonzession zurückzuführen sei; eine Zahlungsunfähigkeit bzw Überschuldung sei frühestens mit 15. 11. 2019 eingetreten.

[24] Die Konsumentenverträge seien nicht sittenwidrig gewesen und hielten unter Berücksichtigung der Kenntnisse, Fähigkeiten und Kontakte sowie der vormaligen und laufenden Tätigkeiten des Beklagten einem Drittvergleich stand. Der Beklagte habe durchgehend adäquate Gegenleistungen sowohl selbst erbracht als auch auf eigene Kosten Dritte beigezogen, sodass weder eine unmittelbare noch eine mittelbare Gläubigerbenachteiligung vorliege. Im Zeitraum 2015 bis 2019 sei er bei rund 50 Projekten für die Schuldnerin mit einem Gegenwert von ca 37 Mio EUR verdienstlich geworden (wie im Einzelnen näher dargestellt wird). Der Konsumentenvertrag stelle als Dauerschuldverhältnis auf die vereinbarte Tätigkeit und nicht auf einen Erfolg ab, das Honorar sei marktüblich und gerechtfertigt gewesen.

[25] Sämtliche Reisetätigkeiten seien aus Anlass der Beratungstätigkeit für die Schuldnerin und zur Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen erfolgt. Ohne die Flexibilität, die ein Geschäftsflugzeug mit sich bringe, hätte er seine Leistungen nicht effizient erbringen können. Hinsichtlich der Flugkosten sei er zudem nicht Anfechtungsgegner, die Abwicklung sei allein zwischen der Schuldnerin und dem Luftfahrtunternehmen erfolgt.

[26] Das Erstgericht wies die Klage ab. Es verneinte einen Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr, weil der Beklagte weder Aktionär der Schuldnerin noch Begünstigter der Familienstiftungen gewesen sei.

[27] Auch eine Anfechtung nach § 28 IO komme nicht in Betracht. Im Abschluss des Konsulentenvertrags und der daraus resultierenden Verpflichtung zur Zahlung eines erfolgsunabhängigen Honorars sowie von Flugkosten liege zwar eine unmittelbare Gläubigerbenachteiligung. Eine Benachteiligungsabsicht der Schuldnerin sei damit jedoch noch nicht nachgewiesen, weil der Vertrag dazu dienen habe sollen, die für die Schuldnerin sehr relevante und seit Jahrzehnten ausgeübte Tätigkeit des Beklagten auch nach seinem Ausscheiden aus dem Vorstand weiter zu sichern. Hinsichtlich der zwischen der Schuldnerin und dem Luftfahrtunternehmen vereinbarten und verrechneten Flugkosten sei der Beklagte zudem nicht Anfechtungsgegner. Auch eine Anfechtung nach Paragraph 28, IO komme nicht in Betracht. Im Abschluss des Konsulentenvertrags und der daraus resultierenden Verpflichtung zur Zahlung eines erfolgsunabhängigen Honorars sowie von Flugkosten liege zwar eine unmittelbare Gläubigerbenachteiligung. Eine Benachteiligungsabsicht der Schuldnerin sei damit jedoch noch nicht nachgewiesen, weil der Vertrag dazu dienen habe sollen, die für die Schuldnerin sehr relevante und seit Jahrzehnten ausgeübte Tätigkeit des Beklagten auch nach seinem Ausscheiden aus dem Vorstand weiter zu sichern. Hinsichtlich der zwischen der Schuldnerin und dem Luftfahrtunternehmen vereinbarten und verrechneten Flugkosten sei der Beklagte zudem nicht Anfechtungsgegner.

[2 8] Auch wenn es sich um ein sehr hohes Honorar gehandelt habe, könne schließlich weder eine Vermögensverschleuderung iSd § 28 Z 4 IO noch Sittenwidrigkeit nach § 879 Abs 1 ABGB oder Kollusion angenommen werden. Das Beratungshonorar habe sich am Honorar des Beklagten als Vorstandsmitglied „für ähnliche bzw dieselben Tätigkeiten“ orientiert und sei im Jahr 2009 auf 1 Mio EUR halbiert worden. Ein kollusives Zusammenwirken zum Nachteil der Schuldnerin, für welche es „strategisch wichtig“ gewesen sei, sich die Tätigkeit des Beklagten zu erhalten, sei im Hinblick auf die tatsächliche Ausübung der Konsulententätigkeit des Beklagten, „welche der Schuldnerin auch Vorteile gebracht habe“, nicht nachgewiesen worden. Auch wenn es sich um ein sehr hohes Honorar gehandelt habe, könne schließlich weder eine Vermögensverschleuderung iSd Paragraph 28, Ziffer 4, IO noch Sittenwidrigkeit nach Paragraph 879, Absatz eins, ABGB oder Kollusion angenommen werden. Das Beratungshonorar habe sich am Honorar des Beklagten als Vorstandsmitglied „für ähnliche bzw dieselben Tätigkeiten“ orientiert und sei im Jahr 2009 auf 1 Mio EUR halbiert worden. Ein kollusives Zusammenwirken zum Nachteil der Schuldnerin, für welche es „strategisch wichtig“ gewesen sei, sich die Tätigkeit des Beklagten zu erhalten, sei im Hinblick auf die tatsächliche Ausübung der Konsulententätigkeit des Beklagten, „welche der Schuldnerin auch Vorteile gebracht habe“, nicht nachgewiesen worden.

[29] Das Berufungsgericht gab einer Berufung des Klägers insofern Folge, als es ihm mit Teilurteil Ersatz für die eingeklagten Konsulentenhonorare zusprach, sohin 3.942.130,80 EUR samt 4 % Zinsen pa seit 16. 7. 2020; das Zinsenmehrbegehren von 9,2 % Zinsen pa über dem Basiszinssatz wies es ab. Hinsichtlich der Flugkosten von 5.322.700 EUR sa hob es das Urteil zur neuerlichen Entscheidung nach Verfahrensergänzung auf.

[30] Das Berufungsgericht ließ die Beweistrüben des Klägers unerledigt, ergänzte aber den vom Erstgericht festgestellten Sachverhalt um nach seinem Verständnis unbestrittenes Vorbringen und unstrittigen Urkundeninhalt und ging im Ergebnis von einer Benachteiligungsabsicht der Schuldnerin iSd § 28 Z 1 IO sowie einer Kenntnis des Beklagten davon aus, dies sowohl bei Abschluss des Beratungsvertrags im Jahr 2011 als auch bei den jeweils angefochtenen Auszahlungen der Konsulentenhonorare und Flugkosten. Das Berufungsgericht ließ die Beweistrüben des Klägers unerledigt, ergänzte aber den vom Erstgericht festgestellten Sachverhalt um nach seinem Verständnis unbestrittenes Vorbringen und unstrittigen Urkundeninhalt und ging im Ergebnis von einer Benachteiligungsabsicht der Schuldnerin iSd Paragraph 28, Ziffer eins, IO sowie einer Kenntnis des Beklagten davon aus, dies sowohl bei Abschluss des Beratungsvertrags im Jahr 2011 als auch bei den jeweils angefochtenen Auszahlungen der Konsulentenhonorare und Flugkosten.

[31] Eine Gläubigerbenachteiligung durch den Abschluss des – als sittenwidrig qualifizierten – Beratungsvertrags und die laufenden Mittelabflüsse liege auf der Hand; auch eine Befriedigungstauglichkeit sei im Hinblick auf den Forderungsstand zu bejahen.

[3 2] Das „Consultancy Agreement“ aus 2011 unterliege vereinbarungsgemäß österreichischem Recht und daher auch § 879 Abs 1 ABGB. Sittenwidrigkeit sei nach der Rechtsprechung anzunehmen, wenn eine Interessenabwägung eine grobe Verletzung rechtlich geschützter Interessen ergebe, oder wenn bei Interessenkollisionen ein grobes Missverhältnis zwischen den verletzten und den geförderten Interessen vorliege. Das „Consultancy Agreement“ habe dem Beklagten als ehemaligem Vorstand und aktuellem Aufsichtsratsvorsitzenden ein gesichertes Einkommen für sechs Jahre von je 1 Mio EUR verschafft, dies ohne Vereinbarung einer an Erfolg oder

Aufwand objektivierbaren Gegenleistung, zuzüglich Aufwandsersatz und zuzüglich seines Gehalts als Aufsichtsratsvorsitzender. Hinzu komme ein umfassender Haftungsausschluss für die Vollständigkeit und Richtigkeit sowie sämtliche Folgen. Dem Beklagten sei damit nach seinem Ausscheiden aus dem Vorstand die Möglichkeit der Mitgestaltung nach seinen Vorstellungen zu einem regelmäßigen hohen Einkommen samt Spesenersatz ohne das Risiko einer Haftung oder die Notwendigkeit eines Leistungsnachweises eingeräumt worden. Dass diese Vertragsgestaltung einem Drittvergleich mit einem Beratungsdienstleister standhielte, der nicht mit den mittelbaren wirtschaftlichen Eigentümern familiär verbunden sei, habe der Beklagte weder behauptet noch unter Beweis gestellt. Ebenso wenig rechtfertigten die Feststellungen, Hintergrund für den Abschluss des ursprünglichen Konsulentenvertrags aus 2008 sei gewesen, dass sich die Schuldnerin das Wissen und Netzwerk sowie die Arbeitskraft des Beklagten weiter sichern habe wollen, und dass sich die Höhe des Honorars zunächst an seinem Vorstandsgehalt orientiert habe, die konkreten Bedingungen des „Consultancy Agreements“. Dieses sei zu einem Zeitpunkt abgeschlossen worden, als die Marktposition der Schuldnerin – wie im Vertragstext festgehalten – „schwieriger“ geworden sei und die Eigentümer die Reduktion des Geschäftsvolumens und den Rückzug aus dem bilanzsummenbasierten Geschäft angestrebt hätten. Damals habe die Schuldnerin bereits seit mehreren Jahren keinen Gewinn mehr erwirtschaftet, außerdem sei gegen sie wegen der behaupteten Schädigung tausender M*-Anleger ein strafrechtliches Ermittlungsverfahren geführt worden, sodass sie mit hohen Schadenersatzforderungen und Vertretungskosten rechnen habe müsse. In einer solchen Situation sei es unverständlich, dass die Schuldnerin jene Person, die sie für die Existenz der Bank für unverzichtbar halte, nicht zum Vorstand bestelle, sondern als nicht haftenden Berater zu nicht fremdüblichen Bedingungen beziehe. Das Gehalt sei nicht nur absolut, sondern auch in Relation zum (zusätzlich zu bezahlenden) Gehalt der Vorstandsmitglieder außerordentlich hoch gewesen. Das „Consultancy Agreement“ aus 2011 unterliege vereinbarungsgemäß österreichischem Recht und daher auch Paragraph 879, Absatz eins, ABGB. Sittenwidrigkeit sei nach der Rechtsprechung anzunehmen, wenn eine Interessenabwägung eine grobe Verletzung rechtlich geschützter Interessen ergebe, oder wenn bei Interessenkollisionen ein grobes Missverhältnis zwischen den verletzten und den geförderten Interessen vorliege. Das „Consultancy Agreement“ habe dem Beklagten als ehemaligem Vorstand und aktuellem Aufsichtsratsvorsitzenden ein gesichertes Einkommen für sechs Jahre von je 1 Mio EUR verschafft, dies ohne Vereinbarung einer an Erfolg oder Aufwand objektivierbaren Gegenleistung, zuzüglich Aufwandsersatz und zuzüglich seines Gehalts als Aufsichtsratsvorsitzender. Hinzu komme ein umfassender Haftungsausschluss für die Vollständigkeit und Richtigkeit sowie sämtliche Folgen. Dem Beklagten sei damit nach seinem Ausscheiden aus dem Vorstand die Möglichkeit der Mitgestaltung nach seinen Vorstellungen zu einem regelmäßigen hohen Einkommen samt Spesenersatz ohne das Risiko einer Haftung oder die Notwendigkeit eines Leistungsnachweises eingeräumt worden. Dass diese Vertragsgestaltung einem Drittvergleich mit einem Beratungsdienstleister standhielte, der nicht mit den mittelbaren wirtschaftlichen Eigentümern familiär verbunden sei, habe der Beklagte weder behauptet noch unter Beweis gestellt. Ebenso wenig rechtfertigten die Feststellungen, Hintergrund für den Abschluss des ursprünglichen Konsulentenvertrags aus 2008 sei gewesen, dass sich die Schuldnerin das Wissen und Netzwerk sowie die Arbeitskraft des Beklagten weiter sichern habe wollen, und dass sich die Höhe des Honorars zunächst an seinem Vorstandsgehalt orientiert habe, die konkreten Bedingungen des „Consultancy Agreements“. Dieses sei zu einem Zeitpunkt abgeschlossen worden, als die Marktposition der Schuldnerin – wie im Vertragstext festgehalten – „schwieriger“ geworden sei und die Eigentümer die Reduktion des Geschäftsvolumens und den Rückzug aus dem bilanzsummenbasierten Geschäft angestrebt hätten. Damals habe die Schuldnerin bereits seit mehreren Jahren keinen Gewinn mehr erwirtschaftet, außerdem sei gegen sie wegen der behaupteten Schädigung tausender M*-Anleger ein strafrechtliches Ermittlungsverfahren geführt worden, sodass sie mit hohen Schadenersatzforderungen und Vertretungskosten rechnen habe müsse. In einer solchen Situation sei es unverständlich, dass die Schuldnerin jene Person, die sie für die Existenz der Bank für unverzichtbar halte, nicht zum Vorstand bestelle, sondern als nicht haftenden Berater zu nicht fremdüblichen Bedingungen beziehe. Das Gehalt sei nicht nur absolut, sondern auch in Relation zum (zusätzlich zu bezahlenden) Gehalt der Vorstandsmitglieder außerordentlich hoch gewesen.

[33] Die Interessenkollision und das grobe Missverhältnis führe zu einer ex tunc wirkenden Sittenwidrigkeit des „Consultancy Agreement“. Ausgehend davon sowie aufgrund weiterer Umstände schloss das Berufungsgericht sodann auf eine Begünstigungs- und Benachteiligungsabsicht der (Organe der) Schuldnerin und einer Kenntnis des Beklagten davon. Der Umstand, dass im Rahmen der Auflösungsvereinbarung nur Ansprüche des Beklagten von der Generalbereinigung ausgenommen worden seien, stünde einer Anfechtung durch den Masseverwalter nach den

§§ 27 ff IO nicht entgegen (und sei tatsächlich ein weiteres Indiz für das Bewusstsein auf beiden Seiten, dass es zu einer Rückforderung kommen könne). Die Interessenkollision und das grobe Missverhältnis führe zu einer ex tunc wirkenden Sittenwidrigkeit des „Consultancy Agreement“. Ausgehend davon sowie aufgrund weiterer Umstände schloss das Berufungsgericht sodann auf eine Begünstigungs- und Benachteiligungsabsicht der (Organe der) Schuldnerin und einer Kenntnis des Beklagten davon. Der Umstand, dass im Rahmen der Auflösungsvereinbarung nur Ansprüche des Beklagten von der Generalbereinigung ausgenommen worden seien, stünde einer Anfechtung durch den Masseverwalter nach den Paragraphen 27, ff IO nicht entgegen (und sei tatsächlich ein weiteres Indiz für das Bewusstsein auf beiden Seiten, dass es zu einer Rückforderung kommen könne).

[3 4] Dass der Beklagte den Feststellungen nach über den gesamten Zeitraum seiner Konsulententätigkeit allgemein und unkonkret beschriebene Tätigkeiten erbracht habe, stelle auch wegen der teilweise unmöglichen Abgrenzbarkeit zur ohnehin als Aufsichtsrat geschuldeten Beratungstätigkeit keine adäquate Gegenleistung für die im Zeitraum 2016 bis 2019 an ihn bezahlten Honorare dar. Da die vom Beklagten erbrachten Dienstleistungen weder „noch unterscheidbar vorhanden“ seien noch eine Bereicherung der Masse bejaht werden könne, weil unmittelbar nachteilige Rechtshandlungen vorlägen, die gemessen an der wirtschaftlichen Entwicklung der Schuldnerin keinen angemessenen Gegenwert hätten, scheide schließlich eine Rückforderung nach § 41 Abs 1 IO aus. Dass der Beklagte den Feststellungen nach über den gesamten Zeitraum seiner Konsulententätigkeit allgemein und unkonkret beschriebene Tätigkeiten erbracht habe, stelle auch wegen der teilweise unmöglichen Abgrenzbarkeit zur ohnehin als Aufsichtsrat geschuldeten Beratungstätigkeit keine adäquate Gegenleistung für die im Zeitraum 2016 bis 2019 an ihn bezahlten Honorare dar. Da die vom Beklagten erbrachten Dienstleistungen weder „noch unterscheidbar vorhanden“ seien noch eine Bereicherung der Masse bejaht werden könne, weil unmittelbar nachteilige Rechtshandlungen vorlägen, die gemessen an der wirtschaftlichen Entwicklung der Schuldnerin keinen angemessenen Gegenwert hätten, scheide schließlich eine Rückforderung nach Paragraph 41, Absatz eins, IO aus.

[3 5] Ob der Kläger vom Beklagten die von der Schuldnerin gezahlten Flugkosten von 5.322.700 EUR zurückfordern könne, hänge nach Ansicht des Berufungsgerichts aber davon ab, ob er als wirtschaftlicher Eigentümer des Luftfahrtunternehmens einen Vermögensvorteil erlangt habe; insofern sei das Verfahren ergänzungsbedürftig. Ob der Kläger vom Beklagten die von der Schuldnerin gezahlten Flugkosten von 5.322.700 EUR zurückfordern könne, hänge nach Ansicht des Berufungsgerichts aber davon ab, ob er als wirtschaftlicher Eigentümer des Luftfahrtunternehmens einen Vermögens-, vorteil erlangt habe; insofern sei das Verfahren ergänzungsbedürftig.

[3 6] Der Berufungsgericht ließ die Revision gegen das Urteil und den Rekurs gegen den Aufhebungsbeschluss wegen vom Obersten Gerichtshof noch nicht beantworteten Fragen zum Vorteilsausgleich und zur Passivlegitimation bei einer Anfechtung nach § 28 Z 1 IO zu. Der Berufungsgericht ließ die Revision gegen das Urteil und den Rekurs gegen den Aufhebungsbeschluss wegen vom Obersten Gerichtshof noch nicht beantworteten Fragen zum Vorteilsausgleich und zur Passivlegitimation bei einer Anfechtung nach Paragraph 28, Ziffer eins, IO zu.

[37] Der Kläger strebt mit seinem Rekurs gegen den Aufhebungsbeschluss eine gänzliche Klagsstattgebung an; die Abweisung seines Zinsenmehrbegehrens ließ er in Rechtskraft erwachsen.

[38] Der Beklagte möchte mit seiner Revision und seinem Rekurs im Ergebnis eine Wiederherstellung des klagsabweisenden Ersturteils erreichen; hilfsweise stellen beide Parteien Aufhebungsanträge.

[39] In ihren Rechtsmittelbeantwortungen beantragen die Streitparteien jeweils, dem Rechtsmittel der Gegenseite nicht Folge zu geben.

Rechtliche Beurteilung

[40] Während der Rekurs des Klägers zulässig und (bis auf Teile des Zinsenbegehrens) berechtigt ist, sind die Rechtsmittel des Beklagten zwar zur Klarstellung zulässig, aber nicht berechtigt.

I. Zur Revision des Beklagten:römisch eins. Zur Revision des Beklagten:

[41] I.1. Der Beklagte bestreitet in seiner Revision nicht nur eine Benachteiligungsabsicht der Schuldnerin iSd § 28 Z 1 IO und seine Kenntnis (oder fahrlässige Unkenntnis iSd Z 2), sondern schon grundsätzlich das Vorliegen einer Gläubigerbenachteiligung sowie eine Befriedigungstauglichkeit der Anfechtung insbesondere mit dem Argument, dass

er werthaltige Leistungen und Vermögensvorteile für die Schuldnerin auf Basis eines wirksamen und angemessenen Konsumentenvertrags generiert habe. römisch eins.1. Der Beklagte bestreitet in seiner Revision nicht nur eine Benachteiligungsabsicht der Schuldnerin iSd Paragraph 28, Ziffer eins, IO und seine Kenntnis (oder fahrlässige Unkenntnis iSd Ziffer 2.), sondern schon grundsätzlich das Vorliegen einer Gläubigerbenachteiligung sowie eine Befriedigungstauglichkeit der Anfechtung insbesondere mit dem Argument, dass er werthaltige Leistungen und Vermögensvorteile für die Schuldnerin auf Basis eines wirksamen und angemessenen Konsumentenvertrags generiert habe.

[42] Weiters macht er eine Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens geltend, weil das Berufungsgericht ohne Beweiswiederholung von den Feststellungen des Erstgerichts abgegangen sei, subsidiär eine Aktenwidrigkeit.

[4 3] I.2. Auf die Feststellungen im Zusammenhang mit der Benachteiligungsabsicht sowie die sonstigen Voraussetzungen des § 28 Z 1 IO kommt es jedoch nicht entscheidend an: römisch eins.2. Auf die Feststellungen im Zusammenhang mit der Benachteiligungsabsicht sowie die sonstigen Voraussetzungen des Paragraph 28, Ziffer eins, IO kommt es jedoch nicht entscheidend an:

[4 4] Der Insolvenzverwalter ist nicht auf eine Anfechtung der Rechtshandlungen nach den §§ 27 ff IO beschränkt, sondern kann etwa auch eine Ungültigkeit oder Nichtigkeit einer Rechtshandlung geltend machen, insbesondere gemäß § 879 Abs 1 ABGB (vgl RS0064255; König/Trenker, Die Anfechtung nach der IO6 Rz 24.1). Der Insolvenzverwalter ist nicht auf eine Anfechtung der Rechtshandlungen nach den Paragraphen 27, ff IO beschränkt, sondern kann etwa auch eine Ungültigkeit oder Nichtigkeit einer Rechtshandlung geltend machen, insbesondere gemäß Paragraph 879, Absatz eins, ABGB vergleiche RS0064255; König/Trenker, Die Anfechtung nach der IO6 Rz 24.1).

[4 5] Auf die Nichtigkeit kann sich ein Vertragspartner selbst dann berufen, wenn er diese beim Vertragsabschluss gekannt hat, weil der Zweck solcher Verbotsnormen anders kaum zu erreichen wäre (vgl RS0016432 [T2], RS0016442 [T1]). Auf die Nichtigkeit kann sich ein Vertragspartner selbst dann berufen, wenn er diese beim Vertragsabschluss gekannt hat, weil der Zweck solcher Verbotsnormen anders kaum zu erreichen wäre vergleiche RS0016432 [T2], RS0016442 [T1]).

[46] Wird ein Vertrag angefochten und ein Zahlungsanspruch aus der Rückabwicklung geltend gemacht, so kann der Kläger auch nur eine auf Rückabwicklung gerichtete Leistungsklage erheben; ein gesondertes Klagebegehren auf Rechtsgestaltung ist nicht erforderlich (vgl RS0025029 [T2], RS0016879 [T4], RS0016253 [T8]). Wird ein Vertrag angefochten und ein Zahlungsanspruch aus der Rückabwicklung geltend gemacht, so kann der Kläger auch nur eine auf Rückabwicklung gerichtete Leistungsklage erheben; ein gesondertes Klagebegehren auf Rechtsgestaltung ist nicht erforderlich vergleiche RS0025029 [T2], RS0016879 [T4], RS0016253 [T8]).

[47] I.3.1. Gemäß § 879 Abs 1 ABGB ist ein Vertrag nichtig, der gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstößt. römisch eins.3.1. Gemäß Paragraph 879, Absatz eins, ABGB ist ein Vertrag nichtig, der gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstößt.

[4 8] § 879 ABGB stellt klar, dass die Rechtsordnung trotz der im Schuldrecht grundsätzlich geltenden Vertragsfreiheit der Parteien eine ihre Normen und Grundsätze missachtende privatautonome Rechtsgestaltung nicht duldet und der Missbrauch der Privatautonomie durch die Anordnung der Nichtigkeit des unerwünschten Rechtsgeschäfts verhindert sowie ein dennoch geschlossenes eliminiert werden soll (RS0116899). Paragraph 879, ABGB stellt klar, dass die Rechtsordnung trotz der im Schuldrecht grundsätzlich geltenden Vertragsfreiheit der Parteien eine ihre Normen und Grundsätze missachtende privatautonome Rechtsgestaltung nicht duldet und der Missbrauch der Privatautonomie durch die Anordnung der Nichtigkeit des unerwünschten Rechtsgeschäfts verhindert sowie ein dennoch geschlossenes eliminiert werden soll (RS0116899).

[4 9] Unter § 879 Abs 1 ABGB werden auch Versuche subsumiert, zwingende gesetzliche Vorgaben und Vorschriften zur Wahrung öffentlicher Interessen mittels interner Abmachungen zu umgehen, ohne dass dabei eine spezielle „Umgehungsabsicht“ gefordert würde (vgl RS0016841, RS0016780, RS0038675). Unter Paragraph 879, Absatz eins, ABGB werden auch Versuche subsumiert, zwingende gesetzliche Vorgaben und Vorschriften zur Wahrung öffentlicher Interessen mittels interner Abmachungen zu umgehen, ohne dass dabei eine spezielle „Umgehungsabsicht“ gefordert würde vergleiche RS0016841, RS0016780, RS0038675).

[50] I.3.2. Bei der Beurteilung, ob ein Vertrag unter einen Tatbestand des § 879 ABGB fällt, ist grundsätzlich auf

den Abschlusszeitpunkt abzustellen (RS0017936, RS0024917). Allerdings kann nach der Rechtsprechung im Einzelfall auch ein Beharren auf Vertragserfüllung sittenwidrig sein (vgl RS0016740). römisch eins.3.2. Bei der Beurteilung, ob ein Vertrag unter einen Tatbestand des Paragraph 879, ABGB fällt, ist grundsätzlich auf den Abschlusszeitpunkt abzustellen (RS0017936, RS0024917). Allerdings kann nach der Rechtsprechung im Einzelfall auch ein Beharren auf Vertragserfüllung sittenwidrig sein vergleiche RS0016740).

[5 1] Die Geltendmachung der Nichtigkeit eines Vertrags nach § 879 ABGB unterliegt nicht der dreijährigen Verjährungsfrist des § 1487 ABGB (RS0016466). Die bereicherungsrechtliche Rückforderung von Leistungen, die aufgrund des nichtigen Rechtsgeschäfts erbracht wurden, ist gemäß § 1478 ABGB innerhalb von 30 Jahren geltend zu machen (sofern nicht besondere Tatbestände heranzuziehen sind; vgl Laimer in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang 3 § 879 ABGB Rz 219 mwN). Die Geltendmachung der Nichtigkeit eines Vertrags nach Paragraph 879, ABGB unterliegt nicht der dreijährigen Verjährungsfrist des Paragraph 1487, ABGB (RS0016466). Die bereicherungsrechtliche Rückforderung von Leistungen, die aufgrund des nichtigen Rechtsgeschäfts erbracht wurden, ist gemäß Paragraph 1478, ABGB innerhalb von 30 Jahren geltend zu machen (sofern nicht besondere Tatbestände heranzuziehen sind; vergleiche Laimer in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang 3 Paragraph 879, ABGB Rz 219 mwN).

[5 2] I.3.3. Sittenwidrig iSd § 879 Abs 1 ABGB ist nach ständiger Rechtsprechung ein Geschäft, wenn es, ohne gegen ein positives inländisches Gesetz zu verstoßen, offenbar rechtswidrig ist, wobei es auf den Gesamteindruck der Vereinbarung ankommt. Im Sinne eines beweglichen Systems sind alle Umstände zu berücksichtigen und durch deren Gewichtung zu prüfen, ob eine grobe Verletzung rechtlich geschützter Interessen oder bei Interessenkollision ein grobes Missverhältnis zwischen den durch die Handlung verletzten und den durch sie geförderten Interessen vorliegt (RS0113653, vgl auch RS0045886). Die Sittenwidrigkeit eines Rechtsgeschäfts kann sich nicht nur aus seinem Inhalt, sondern auch aus dem Gesamtcharakter der Vereinbarung – im Sinne einer zusammenfassenden Würdigung von Inhalt, Beweggrund und Zweck – ergeben, weshalb es insbesondere auch auf alle Umstände ankommt, unter denen das Rechtsgeschäft geschlossen wurde (RS0022884). römisch eins.3.3. Sittenwidrig iSd Paragraph 879, Absatz eins, ABGB ist nach ständiger Rechtsprechung ein Geschäft, wenn es, ohne gegen ein positives inländisches Gesetz zu verstoßen, offenbar rechtswidrig ist, wobei es auf den Gesamteindruck der Vereinbarung ankommt. Im Sinne eines beweglichen Systems sind alle Umstände zu berücksichtigen und durch deren Gewichtung zu prüfen, ob eine grobe Verletzung rechtlich geschützter Interessen oder bei Interessenkollision ein grobes Missverhältnis zwischen den durch die Handlung verletzten und den durch sie geförderten Interessen vorliegt (RS0113653, vergleiche auch RS0045886). Die Sittenwidrigkeit eines Rechtsgeschäfts kann sich nicht nur aus seinem Inhalt, sondern auch aus dem Gesamtcharakter der Vereinbarung – im Sinne einer zusammenfassenden Würdigung von Inhalt, Beweggrund und Zweck – ergeben, weshalb es insbesondere auch auf alle Umstände ankommt, unter denen das Rechtsgeschäft geschlossen wurde (RS0022884).

[5 3] I.3.4. Dass die Vertragspartner Unternehmer sind, steht der Beurteilung einer vertraglichen Abrede als sittenwidrig nicht entgegen. Je weniger die Bevorzugung eines Vertragspartners – am dispositiven Recht gemessen – sachlich gerechtfertigt erscheint, desto eher wird auch beim beiderseitigen Unternehmergeschäft Sittenwidrigkeit zu bejahen sein (vgl RS0119324). römisch eins.3.4. Dass die Vertragspartner Unternehmer sind, steht der Beurteilung einer vertraglichen Abrede als sittenwidrig nicht entgegen. Je weniger die Bevorzugung eines Vertragspartners – am dispositiven Recht gemessen – sachlich gerechtfertigt erscheint, desto eher wird auch beim beiderseitigen Unternehmergeschäft Sittenwidrigkeit zu bejahen sein vergleiche RS0119324).

[5 4] Gerade bei einem „bewusst“ geschlossenen größeren Geschäft von Vertragspartnern, die sich „auf Augenhöhe“ begegnen, reicht eine – im Vergleich zum dispositiven Gesetzesrecht – Bevorzugung einer Vertragspartei bei einer einzelnen Vertragsklausel aber in der Regel nicht aus, um diese als (teil-)nichtig qualifizieren zu können. Es ist durchaus denkbar, dass ein solcher Vorteil einen Ausgleich in einem anderen Teil des Vertragsinhalts gefunden hat, etwa bei der Preisbildung. Um die Anwendung der „Rosintheorie“ zu vermeiden, muss der Vertragsinhalt in einem breiteren Rahmen analysiert werden (vgl 10 Ob 52/15t ErwGr 5.2.). Gerade bei einem „bewusst“ geschlossenen größeren Geschäft von Vertragspartnern, die sich „auf Augenhöhe“ begegnen, reicht eine – im Vergleich zum dispositiven Gesetzesrecht – Bevorzugung einer Vertragspartei bei einer einzelnen Vertragsklausel aber in der Regel nicht aus, um diese als (teil-)nichtig qualifizieren zu können. Es ist durchaus denkbar, dass ein solcher Vorteil einen

Ausgleich in einem anderen Teil des Vertragsinhalts gefunden hat, etwa bei der Preisbildung. Um die Anwendung der „Rosinentheorie“ zu vermeiden, muss der Vertragsinhalt in einem breiteren Rahmen analysiert werden (vergleiche 10 Ob 52/15t ErwGr 5.2.).

[5 5] Daher werden für das Sittenwidrigkeitsurteil häufig mehrere Elemente zusammenspielen, etwa (als objektives Element) ein krasses Missverhältnis der beiderseitigen Verpflichtungen sowie (als subjektives Element) eine verdünnte Entscheidungsfreiheit auf einer Seite oder ein Ausnützen der Schwäche des Vertragspartners auf der anderen Seite (vgl 10 Ob 52/15t ErwGr 5.1.). Ob sich die handelnde Person der die Sittenwidrigkeit begründenden Umstände bewusst war oder bewusst sein konnte, ist allerdings nicht entscheidend (vgl RS0045886 [T2]). Daher werden für das Sittenwidrigkeitsurteil häufig mehrere Elemente zusammenspielen, etwa (als objektives Element) ein krasses Missverhältnis der beiderseitigen Verpflichtungen sowie (als subjektives Element) eine verdünnte Entscheidungsfreiheit auf einer Seite oder ein Ausnützen der Schwäche des Vertragspartners auf der anderen Seite (vergleiche 10 Ob 52/15t ErwGr 5.1.). Ob sich die handelnde Person der die Sittenwidrigkeit begründenden Umstände bewusst war oder bewusst sein konnte, ist allerdings nicht entscheidend (vergleiche RS0045886 [T2]).

[5 6] I.3.5. Die Sittenwidrigkeitsklausel ist im Hinblick auf die Privatautonomie ein restriktiv einzusetzendes Regulativ (vgl RS0113654). Insbesondere kann allein aus der Ungleichheit der beiderseitigen Vertragspflichten noch keine Sittenwidrigkeit abgeleitet werden (vgl RS0016527 [T1]). Die wirtschaftliche Gleichwertigkeit der Leistungen ist bei einem zweiseitigen Vertrag nämlich keine Voraussetzung für seine Gültigkeit (vgl RS0016482). Zudem kann etwa auch ein von einer Seite übernommenes besonderes Risiko ein (vermeintliches) Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung rechtfertigen (vgl RS0104128). römisch eins.3.5. Die Sittenwidrigkeitsklausel ist im Hinblick auf die Privatautonomie ein restriktiv einzusetzendes Regulativ (vergleiche RS0113654). Insbesondere kann allein aus der Ungleichheit der beiderseitigen Vertragspflichten noch keine Sittenwidrigkeit abgeleitet werden (vergleiche RS0016527 [T1]). Die wirtschaftliche Gleichwertigkeit der Leistungen ist bei einem zweiseitigen Vertrag nämlich keine Voraussetzung für seine Gültigkeit (vergleiche RS0016482). Zudem kann etwa auch ein von einer Seite übernommenes besonderes Risiko ein (vermeintliches) Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung rechtfertigen (vergleiche RS0104128).

[5 7] Aus dem Ausnahmecharakter wird von der Rechtsprechung schließlich gefolgert, dass denjenigen, der sich auf Sittenwidrigkeit beruft, die Behauptungs- und Beweislast für das Vorliegen der die Sittenwidrigkeit begründenden Eigenschaften des Geschäfts trifft (vgl 10 Ob 52/15t ErwGr 4.). Aus dem Ausnahmecharakter wird von der Rechtsprechung schließlich gefolgert, dass denjenigen, der sich auf Sittenwidrigkeit beruft, die Behauptungs- und Beweislast für das Vorliegen der die Sittenwidrigkeit begründenden Eigenschaften des Geschäfts trifft (vergleiche 10 Ob 52/15t ErwGr 4.).

[5 8] I.3.6. Selbst wenn nicht alle Tatbestandsmerkmale des Wuchers nach § 879 Abs 2 Z 4 ABGB vorliegen (und auch keine Verkürzung über die Hälfte nach § 934 ABGB), kann gemäß ständiger Rechtsprechung und herrschender Lehre ein Vertrag unter die Generalklausel des § 879 Abs 1 ABGB subsumiert werden, wenn ein den individuellen Fall prägendes, zusätzliches Element der Sittenwidrigkeit hinzukommt (vgl RS0016476, RS0016477; Graf in Klete?ka/Schauer, ABGB-ON1.06 § 879 ABGB Rz 145; Riedler in Schwimann/Kodek, ABGB5 § 879 ABGB Rz 8). Krejci (in Rummel/Lukas, ABGB4 § 879 ABGB Rz 98 ff mwN; Rz 103 zum Rechtsanwaltshonorar) führt dafür etwa eine krasse Unterentlohnung oder eine grob unausgewogene Differenzierung der Rechtspositionen ins Treffen. römisch eins.3.6. Selbst wenn nicht alle Tatbestandsmerkmale des Wuchers nach Paragraph 879, Absatz 2, Ziffer 4, ABGB vorliegen (und auch keine Verkürzung über die Hälfte nach Paragraph 934, ABGB), kann gemäß ständiger Rechtsprechung und herrschender Lehre ein Vertrag unter die Generalklausel des Paragraph 879, Absatz eins, ABGB subsumiert werden, wenn ein den individuellen Fall prägendes, zusätzliches Element der Sittenwidrigkeit hinzukommt (vergleiche RS0016476, RS0016477; Graf in Klete?ka/Schauer, ABGB-ON1.06 Paragraph 879, ABGB Rz 145; Riedler in Schwimann/Kodek, ABGB5 Paragraph 879, ABGB Rz 8). Krejci (in Rummel/Lukas, ABGB4 Paragraph 879, ABGB Rz 98 ff mwN; Rz 103 zum Rechtsanwaltshonorar) führt dafür etwa eine krasse Unterentlohnung oder eine grob unausgewogene Differenzierung der Rechtspositionen ins Treffen.

[5 9] Als weitere Sittenwidrigkeitselemente kommen (im hier interessierenden Zusammenhang) insbesondere die von Rechtsprechung und Lehre herausgearbeiteten Fallgruppen „Einschränkung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit“ und „Verletzung von Dritt- und Allgemeininteressen“ in Betracht (s insb Laimer in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang3, § 879 ABGB Rz 64, 68 mwN; vgl auch Bollenberger/Bydlinski in

Bydlinski/Perner/Spitzer, ABGB7 § 879 ABGB Rz 7 ff). Als weitere Sittenwidrigkeitselemente kommen (im hier interessierenden Zusammenhang) insbesondere die von Rechtsprechung und Lehre herausgearbeiteten Fallgruppen „Einschränkung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit“ und „Verletzung von Dritt- und Allgemeininteressen“ in Betracht (s insb Laimer in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang3, Paragraph 879, ABGB Rz 64, 68 mwN; vergleiche auch Bollenberger/Bydlinski in Bydlinski/Perner/Spitzer, ABGB7 Paragraph 879, ABGB Rz 7 ff).

[6 0] So kann sich eine Sittenwidrigkeit etwa aus der Gestaltung von Ausschließlichkeitsbindungen und Kündigungsmöglichkeiten ergeben, nämlich wenn damit eine wirtschaftliche Knebelung des anderen Vertragsteils verbunden ist, sodass dieser in seiner unternehmerischen und wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit in sittenwidriger Weise eingeschränkt wird (vgl RS0016718, RS0016793). Je geringer die Abschätzbarkeit der Folgen einer übernommenen Vertragsbindung ist, desto kürzer wird die als zulässig anzusehende Bindungszeitspanne anzusetzen sein (RS0016718 [T5]). So kann sich eine Sittenwidrigkeit etwa aus der Gestaltung von Ausschließlichkeitsbindungen und Kündigungsmöglichkeiten ergeben, nämlich wenn damit eine wirtschaftliche Knebelung des anderen Vertragsteils verbunden ist, sodass dieser in seiner unternehmerischen und wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit in sittenwidriger Weise eingeschränkt wird (vergleiche RS0016718, RS0016793). Je geringer die Abschätzbarkeit der Folgen einer übernommenen Vertragsbindung ist, desto kürzer wird die als zulässig anzusehende Bindungszeitspanne anzusetzen sein (RS0016718 [T5]).

[6 1] Auch wenn die Unterwerfung unter die Fremdbestimmung des Vertragspartners oder eines Dritten im Hinblick auf § 1056 ABGB an sich zulässig ist, sind weiters Vertragsabreden sittenwidrig, die den Vertragspartner gänzlich der Fremdbestimmung durch den anderen ausliefern (vgl Krejci in Rummel/Lukas, ABGB4 § 879 ABGB Rz 96; RS0016655, RS0020079). Auch wenn die Unterwerfung unter die Fremdbestimmung des Vertragspartners oder eines Dritten im Hinblick auf Paragraph 1056, ABGB an sich zulässig ist, sind weiters Vertragsabreden sittenwidrig, die den Vertragspartner gänzlich der Fremdbestimmung durch den anderen ausliefern (vergleiche Krejci in Rummel/Lukas, ABGB4 Paragraph 879, ABGB Rz 96; RS0016655, RS0020079).

[6 2] Ebenso wenig ist der Ausschluss von Haftungen oder die Überwälzung eines (unternehmerischen) Risikos unbeschränkt zulässig (vgl RS0038178). Ebenso wenig ist der Ausschluss von Haftungen oder die Überwälzung eines (unternehmerischen) Risikos unbeschränkt zulässig (vergleiche RS0038178).

[6 3] Werden Verträge abgeschlossen, die eine Schädigung der Interessen Dritter bewirken, kann diese ebenfalls zur Sittenwidrigkeit führen. Voraussetzung wird in der Regel das Fehlen eines den konkreten Vertragsabschluss erklärenden, legitimen wirtschaftlichen Grundes sein, sodass die Absicht der Drittschädigung das primäre oder doch zumindest dominierende Motiv ist (Graf in Kletečka/Schauer, ABGB-ON1.06 § 879 ABGB Rz 233; s weiters Laimer in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang3, § 879 ABGB Rz 64, nach dem die Generalklausel auch dem Schutz Dritter und der Allgemeinheit vor nachteiligen Auswirkungen fremder Rechtsgeschäfte dient; zum Konterkarieren einer Zwangsversteigerung durch Abschluss eines Mietvertrags s RS0008356). Werden Verträge abgeschlossen, die eine Schädigung der Interessen Dritter bewirken, kann diese ebenfalls zur Sittenwidrigkeit führen. Voraussetzung wird in der Regel das Fehlen eines den konkreten Vertragsabschluss erklärenden, legitimen wirtschaftlichen Grundes sein, sodass die Absicht der Drittschädigung das primäre oder doch zumindest dominierende Motiv ist (Graf in Kletečka/Schauer, ABGB-ON1.06 Paragraph 879, ABGB Rz 233; s weiters Laimer in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang3, Paragraph 879, ABGB Rz 64, nach dem die Generalklausel auch dem Schutz Dritter und der Allgemeinheit vor nachteiligen Auswirkungen fremder Rechtsgeschäfte dient; zum Konterkarieren einer Zwangsversteigerung durch Abschluss eines Mietvertrags s RS0008356).

[6 4] Unabhängig von einer konkreten Schädigungsabsicht qualifizierte der Oberste Gerichtshof etwa in 6 Ob 35/16i die Bestimmung in einem Gesellschaftsvertrag wegen einer Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen für nichtig iSd § 879 Abs 1 ABGB, mit der ein Abfindungsanspruch eines ausscheidenden Gesellschafters für den Fall seines Konkurses unter den Verkehrswert beschränkt wurde. Unabhängig von einer konkreten Schädigungsabsicht qualifizierte der Oberste Gerichtshof etwa in 6 Ob 35/16i die Bestimmung in einem Gesellschaftsvertrag wegen einer Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen für nichtig iSd Paragraph 879, Absatz eins, ABGB, mit der ein Abfindungsanspruch eines ausscheidenden Gesellschafters für den Fall seines Konkurses unter den Verkehrswert beschränkt wurde.

[6 5] 1.4.1. Die ständige Rechtsprechung zu sittenwidrigen Dienst- oder Bezugsverträgen ist auf den

vorliegenden Fall nicht unmittelbar übertragbar, weil nach dem Vorwurf des Klägers (und des Berufungsgerichts) die Schuldnerin als Auftraggeberin den Beklagten mit dem Konsulentenvertrag nicht etwa knebeln und ausbeuten, sondern vielmehr begünstigen wollte, dies insbesondere zu Lasten ihrer liquiden Mittel und damit mittelbar zu Lasten der durch den Erwerb von M*-Zertifikaten geschädigten Anleger. römisch eins.4.1. Die ständige Rechtsprechung zu sittenwidrigen Dienst- oder Bezugsverträgen ist auf den vorliegenden Fall nicht unmittelbar übertragbar, weil nach dem Vorwurf des Klägers (und des Berufungsgerichts) die Schuldnerin als Auftraggeberin den Beklagten mit dem Konsulentenvertrag nicht etwa knebeln und ausbeuten, sondern vielmehr begünstigen wollte, dies insbesondere zu Lasten ihrer liquiden Mittel und damit mittelbar zu Lasten der durch den Erwerb von M*-Zertifikaten geschädigten Anleger.

[66] Ein schlichter Vergleich von Leistung und Gegenleistung und mit Beratern im Allgemeinen scheidet – sowohl zu Lasten als auch zu Gunsten des Beklagten – in der vorliegenden Sonderkonstellation aus; vielmehr sind sämtliche Umstände dieses besonderen Einzelfalls einer gesamthaften Beurteilung zu unterziehen.

[67] Beizupflichten ist dem Beklagten grundsätzlich darin, dass Parteien bei der Vereinbarung von Beratungsleistungen im Sinne der Privatautonomie ein weiter Gestaltungsspielraum zukommen muss, dies sowohl bezogen auf die rechtliche und inhaltliche Ausgestaltung als auch das Honorar. Weiters kann eine werthaltige Konsulentenleistung naturgemäß selbst dann vorliegen, wenn diese nicht Hand in Hand mit einem wirtschaftlichen Erfolg einhergeht und sich die wirtschaftliche Situation des Beratenen trotzdem verschlechtert.

[68] I.4.2. Für die konkrete rechtliche Beurteilung ist nochmals hervorzuheben, dass vom Kläger ausschließlich Zahlungen im Zeitraum 26. 2. 2016 bis 15. 11. 2019 angefochten wurden, deren Rechtsgrundlage das am 22. 12. 2011 geschlossene und im Jahr 2014 auf den Beklagten übergegangene „Consultancy Agreement“ ist (idF: Beratungsvertrag). römisch eins.4.2. Für die konkrete rechtliche Beurteilung ist nochmals hervorzuheben, dass vom Kläger ausschließlich Zahlungen im Zeitraum 26. 2. 2016 bis 15. 11. 2019 angefochten wurden, deren Rechtsgrundlage das am 22. 12. 2011 geschlossene und im Jahr 2014 auf den Beklagten übergegangene „Consultancy Agreement“ ist in der Fassung, Beratungsvertrag).

[6 9] Während der noch mit dem Beklagten nach seinem Wechsel vom Vorstand in den Aufsichtsrat im Jahr 2008 vereinbarte Kündigungsverzicht am 31. 12. 2012 ausgelaufen wäre, ging die Schuldnerin mit diesem Beratungsvertrag – trotz der nach eigener Diktion „schwierigeren“ Marktposition – eine neuerliche, noch längere Verpflichtung bis 31. 12. 2017 ein. Nach den Feststellungen erwirtschaftete die Schuldnerin zuletzt 2008 oder 2009 einen Gewinn, wobei das Honorar des Beklagten im Dezember 2009 gekürzt wurde, nicht aber nochmals im Dezember 2011. Diese langfristige Bindung mit einem hohen Honorar und Spesenersatz wurde zu einem Zeitpunkt vereinbart, in dem die zukünftige Entwicklung der Marktposition, Liquidität und „Bedürfnisse“ der Schuldnerin einerseits sowie des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens und von Ansprüchen geschädigter Anleger andererseits völlig ungewiss war. Der Oberste Gerichtshof hatte bereits im Jahr 2009 eine Werbung der Schuldnerin für M*-Zertifikate als irreführend qualifiziert (vgl 4 Ob 188/08p) und im Jahr 2010 ausgesprochen, dass geschädigte Anleger mit der Schuldnerin geschlossene Kaufverträge über M*-Zertifikate wegen eines Geschäftsirrtums anfechten könnten (vgl 4 Ob 65/10b uvm). Weiters waren in diesem Zeitpunkt bereits Klagen geschädigter Anleger streitanhängig, die sich (auch) auf eine persönliche Haftung des Beklagten stützen (vgl 5 Ob 146/11y, 8 Ob 17/12a, 1 Ob 51/12z; § 269 ZPO). Während der noch mit dem Beklagten nach seinem Wechsel vom Vorstand in den Aufsichtsrat im Jahr 2008 vereinbarte Kündigungsverzicht am 31. 12. 2012 ausgelaufen wäre, ging die Schuldnerin mit diesem Beratungsvertrag – trotz der nach eigener Diktion „schwierigeren“ Marktposition – eine neuerliche, noch längere Verpflichtung bis 31. 12. 2017 ein. Nach den Feststellungen erwirtschaftete die Schuldnerin zuletzt 2008 oder 2009 einen Gewinn, wobei das Honorar des Beklagten im Dezember 2009 gekürzt wurde, nicht aber nochmals im Dezember 2011. Diese langfristige Bindung mit einem hohen Honorar und Spesenersatz wurde zu einem Zeitpunkt vereinbart, in dem die zukünftige Entwicklung der Marktposition, Liquidität und „Bedürfnisse“ der Schuldnerin einerseits sowie des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens und von Ansprüchen geschädigter Anleger andererseits völlig ungewiss war. Der Oberste Gerichtshof hatte bereits im Jahr 2009 eine Werbung der Schuldnerin für M*-Zertifikate als irreführend qualifiziert (vergleiche 4 Ob 188/08p) und im Jahr 2010 ausgesprochen, dass geschädigte Anleger mit der Schuldnerin geschlossene Kaufverträge über M*-Zertifikate wegen eines Geschäftsirrtums anfechten könnten (vergleiche

4 Ob 65/10b uvm). Weiters waren in diesem Zeitpunkt bereits Klagen geschädigter Anleger streitanhängig, die sich (auch) auf eine persönliche Haftung des Beklagten stützen vergleiche 5 Ob 146/11y, 8 Ob 17/12a, 1 Ob 51/12z; Paragraph 269, ZPO).

[70] Wesentlich ist aber vor allem, dass sich die Schuldnerin zu einem jährlichen Honorar von 1 Mio EUR (zzgl USt), zahlbar in gleichen monatlichen Raten, sowie eines Reise- und Fahrtkostenaufwandsersatzes verpflichtete, ohne dass dafür eine konkrete Gegenleistung vereinbart wurde. Die Parteien dieses Vertrags hielten darin ausdrücklich fest, dass es sich um keinen Dienstvertrag, sondern einen Werkvertrag handeln solle. Dies steht auch im Einklang mit den Regelungen, nach denen die Beraterin bei der Leistungserbringung weder an Weisungen der Schuldnerin gebunden sein sollte (ausgenommen in Sachfragen) noch an einen Erfüllungsort oder einen bestimmten Zeitplan, sondern ihre Leistungen selbständig und unabhängig nach ihrem alleinigen Ermessen erbringen können sollte. Auch bestand keine Pflicht des Beklagten, über (einseitigen) Auftrag des Vorstands tätig zu werden. Weiters sollte die Abrechnung nicht von einem Leistungsnachweis nach Stunden oder Aufwand abhängig sein. Für einen Werkvertrag fehlt es jedoch an einem konkreten Erfolg iSd § 1151 Abs 1 ABGB, dessen Eintritt gemäß § 1170 ABGB grundsätzlich erst zur Fälligkeit des Werklohns führt. Vielmehr verpflichtete sich die Beraterin nur allgemein, Beratungsleistungen in den Geschäftsbereichen der Schuldnerin, „insbesondere im Bereich Anlage- und Privatkundengeschäft in Mittel- und Osteuropa (samt Russland) und in der Türkei“ zu erbringen, auf Wunsch des Vorstands ebenso in Bezug auf einzelne Transaktionen. Ein „Werk“ war zudem unter dem Gesichtspunkt nicht geschuldet, dass die Beraterin jegliche Haftung für die Vollständigkeit und Richtigkeit ihrer Beratungsleistungen sowie im Zusammenhang mit Schlussfolgerungen und Handlungen des Vorstands ausschloss. Insgesamt liegt damit ein auf sechs Jahre ausgelegtes Dauerschuldverhältnis vor, ohne dass ein bestimmter Erfolg oder Arbeitseinsatz geschuldet war, und ohne Zug-um-Zug-Verpflichtung; dies gerade entgegen dem behaupteten Zweck, die Arbeitskraft und Expertise des Beklagten möglichst umfassend für die Schuldnerin zu „sichern“. Wesentlich ist aber vor allem, dass sich die Schuldnerin zu einem jährlichen Honorar von 1 Mio EUR (zzgl USt), zahlbar in gleichen monatlichen Raten, sowie eines Reise- und Fahrtkostenaufwandsersatzes verpflichtete, ohne dass dafür eine konkrete Gegenleistung vereinbart wurde. Die Parteien dieses Vertrags hielten darin ausdrücklich fest, dass es sich um keinen Dienstvertrag, sondern einen Werkvertrag handeln solle. Dies steht auch im Einklang mit den Regelungen, nach denen die Beraterin bei der Leistungserbringung weder an Weisungen der Schuldnerin gebunden sein sollte (ausgenommen in Sachfragen) noch an einen Erfüllungsort oder einen bestimmten Zeitplan, sondern ihre Leistungen selbständig und unabhängig nach ihrem alleinigen Ermessen erbringen können sollte. Auch bestand keine Pflicht des Beklagten, über (einseitigen) Auftrag des Vorstands tätig zu werden. Weiters sollte die Abrechnung nicht von einem Leistungsnachweis nach Stunden oder Aufwand abhängig sein. Für einen Werkvertrag fehlt es jedoch an einem konkreten Erfolg iSd Paragraph 1151, Absatz eins, ABGB, dessen Eintritt gemäß Paragraph 1170, ABGB grundsätzlich erst zur Fälligkeit des Werklohns führt. Vielmehr verpflichtete sich die Beraterin nur allgemein, Beratungsleistungen in den Geschäftsbereichen der Schuldnerin, „insbesondere im Bereich Anlage- und Privatkundengeschäft in Mittel- und Osteuropa (samt Russland) und in der Türkei“ zu erbringen, auf Wunsch des Vorstands ebenso in Bezug auf einzelne Transaktionen. Ein „Werk“ war zudem unter dem Gesichtspunkt nicht geschuldet, dass die Beraterin jegliche Haftung für die Vollständigkeit und Richtigkeit ihrer Beratungsleistungen sowie im Zusammenhang mit Schlussfolgerungen und Handlungen des Vorstands ausschloss. Insgesamt liegt damit ein auf sechs Jahre ausgelegtes Dauerschuldverhältnis vor, ohne dass ein bestimmter Erfolg oder Arbeitseinsatz geschuldet war, und ohne Zug-um-Zug-Verpflichtung; dies gerade entgegen dem behaupteten Zweck, die Arbeitskraft und Expertise des Beklagten möglichst umfassend für die Schuldnerin zu „sichern“.

[71] Auch der – zusätzlich abzugeltende – Reiseaufwand, ua für einen eigens anzumietenden Business Jet, stand dem Grunde und der Höhe nach im alleinigen Ermessen des Beklagten.

[72] Das Berufungsgericht betonte weiters zutreffend, dass es sich beim Beklagten nicht um einen Dritten handelte, dessen besondere Expertise oder Risikoübernahme für einen konkreten Bedarf oder Zeitraum im Interesse der Schuldnerin zusätzlich zu jenem des (mehrköpfigen) Leitungsteams „zugekauft“ werden sollte (etwa im Rahmen eines Betriebsübergangs, für ein bestimmtes Projekt oder als Restrukturierungsmaßnahme), und für dessen (deutlich) höheres Honorar als jenes des Vorstands eine betriebliche Rechtfertigung erkennbar gewesen wäre. Vielmehr handelte es sich beim Beklagten um ein Familienmitglied der mittelbaren wirtschaftlichen Eigentümer der Schuldnerin, dem

nach seinem Wechsel vom Vorstand in den Aufsichtsrat im Jahr 2008 eine weitere Einflussnahmemöglichkeit auf die Geschäftstätigkeit der Schuldnerin bis zum Jahr 2017 eingeräumt wurde, dies trotz der bereits 2011 bestehenden wirtschaftlichen Schwierigkeiten der Schuldnerin und ohne die Beschränkungen und Haftungen nach dem AktG.

[7 3] Ungeachtet der fachlichen und persönlichen Qualifikationen des Beklagten, seiner Relevanz für die Schuldnerin und der (behaupteten) Werthaltigkeit seiner (vormaligen und nachfolgenden) Tätigkeiten als Konsulent ist der Abschluss dieses Beratungsvertrags, aus dem eine langfristige und unbedingte periodische Zahlungspflicht der Schuldnerin ohne äquivalente Leistungspflicht und Haftung des Beklagten und ein stetiger Abfluss liquider Mittel in einer wirtschaftlich besonders prekären Situation resultieren, im Rahmen der besonderen Gesamtumstände des Einzelfalls somit als sittenwidrig iSd § 879 Abs 1 ABGB zu qualifizieren. Ungeachtet der fachlichen und persönlichen Qualifikationen des Beklagten, seiner Relevanz für die Schuldnerin und der (behaupteten) Werthaltigkeit seiner (vormaligen und nachfolgenden) Tätigkeiten als Konsulent ist der Abschluss dieses Beratungsvertrags, aus dem eine langfristige und unbedingte periodische Zahlungspflicht der Schuldnerin ohne äquivalente Leistungspflicht und Haftung des Beklagten und ein stetiger Abfluss liquider Mittel in einer wirtschaftlich besonders prekären Situation resultieren, im Rahmen der besonderen Gesamtumstände des Einzelfalls somit als sittenwidrig iSd Paragraph 879, Absatz eins, ABGB zu qualifizieren.

[7 4] Auf die vom Berufungsgericht angenommene und vom Beklagten mittels Mängel- und Rechtsrüge bekämpfte Begünstigungs- und Benachteiligungsabsicht (sowie die sonstigen Voraussetzungen des § 28 Z 1 IO) kommt es damit nicht entscheidend an. Auf die vom Berufungsgericht angenommene und vom Beklagten mittels Mängel- und Rechtsrüge bekämpfte Begünstigungs- und Benachteiligungsabsicht (sowie die sonstigen Voraussetzungen des Paragraph 28, Ziffer eins, IO) kommt es damit nicht entscheidend an.

[75] I.5.1. Der Beklagte beruft sich weiteres darauf, dass er sehr wohl laufend werthaltige Leistungen erbracht habe, die, wenn schon nicht bei der Benachteiligungsabsicht, so doch jedenfalls für die Nachteiligkeit des Rechtsgeschäfts und seine Gegenforderungen relevant seien. In diesem Zusammenhang macht er auch sekundäre Feststellungsmängel geltend, weil die Vorinstanzen sein Vorbringen nicht prüften, wonach seine Tätigkeit (für näher dargestellte Projekte) zu einem Vermögenszuwachs bei der Schuldnerin von zumindest 37 Mio EUR geführt habe. römisch eins.5.1. Der Beklagte beruft sich weiteres darauf, dass er sehr wohl laufend werthaltige Leistungen erbracht habe, die, wenn schon nicht bei der Benachteiligungsabsicht, so doch jedenfalls für die Nachteiligkeit des Rechtsgeschäfts und seine Gegenforderungen relevant seien. In diesem Zusammenhang macht er auch sekundäre Feststellungsmängel geltend, weil die Vorinstanzen sein Vorbringen nicht prüften, wonach seine Tätigkeit (für näher dargestellte Projekte) zu einem Vermögenszuwachs bei der Schuldnerin von zumindest 37 Mio EUR geführt habe.

[76] I.5.2. Die vom Beklagten ins Treffen geführten Projekte bezogen sich aber auf einen Zeitraum seit 2015. Da der Konsulentenvertrag, wie bereits dargelegt, keine konkrete, abgrenzbare Leistungspflicht des Beklagten vorsah, kann der von ihm behauptete, später geleistete Aufwand auch nicht als „vereinbarte Gegenleistung“ im engeren Sinn verstanden werden; der Vertrag ist bei einer ex ante-Betrachtung schlicht inäquivalent. römisch eins.5.2. Die vom Beklagten ins Treffen geführten Projekte bezogen sich aber auf einen Zeitraum seit 2015. Da der Konsulentenvertrag, wie bereits dargelegt, keine konkrete, abgrenzbare Leistungspflicht des Beklagten vorsah, kann der von ihm behauptete, später geleistete Aufwand auch nicht als „vereinbarte Gegenleistung“ im engeren Sinn verstanden werden; der Vertrag ist bei einer ex ante-Betrachtung schlicht inäquivalent.

[77] Der Beklagte behauptete ebenso wenig einen übereinstimmenden abweichenden Parteiwillen bei Abschluss des „Consultancy Agreements“ am 22. 12. 2011 oder eine konkret gelebte Vertragspraxis seit dem Jahr 2008, die über ein allgemeines Tätigwerden nach seinen Vorstellungen hinausginge. Die ins Treffen geführten „Zusammenfassungen des Beklagten über im Rahmen der Konsulentenverträge akquirierten Projekte“, die „laufenden Kenntnisse des Vorstands von der Beratungstätigkeit aufgrund der ständigen Zusammenarbeit“ sowie die „nachträglichen Leistungsaufstellungen der Schuldnerin für den Wirtschaftsprüfer“ sind ebenso vage gehalten; eine Prüfung der Notwendigkeit des Reiseaufwands fand ausdrücklich nicht statt.

[78] Schließlich ordnete die Revision auch keine konkreten Leistungen des Beklagten konkreten angefochtenen Zahlungen im Zeitraum 26. 2. 2016 bis 15. 11. 2019 zu.

[79] I.6. Ob Teil- oder Gesamtnichtigkeit eintritt, entscheidet sich primär nach Natur und Zweck des Verbots (vgl RS0016431, RS0016417). römisch eins.6. Ob Teil- oder Gesamtnichtigkeit eintritt, entscheidet sich primär nach Natur und Zweck des Verbots vergleiche RS0016431, RS0016417).

[8 0] Da hier nicht eine einzelne Bestimmung des Vertrags, sondern das Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung in seiner gesamthaften Ausgestaltung zur Sittenwidrigkeit führt, ist das am 22. 12. 2011 geschlossene und im Jahr 2014 auf den Beklagten übergegangene „Consultancy Agreement“ daher insgesamt als nichtig iSd § 879 Abs 1 ABGB zu qualifizieren. Da hier nicht eine einzelne Bestimmung des Vertrags, sondern das Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung in seiner gesamthaften Ausgestaltung zur Sittenwidrigkeit führt, ist das am 22. 12. 2011 geschlossene und im Jahr 2014 auf den Beklagten übergegangene „Consultancy Agreement“ daher insgesamt als nichtig iSd Paragraph 879, Absatz eins, ABGB zu qualifizieren.

[8 1] I.7. Die „Auflösungsvereinbarung“ vom 22. 11. 2019, mit welcher alle (allfälligen) wechselseitig entstandenen und künftig entstehenden, bekannten und unbekannten Ansprüche zwischen den Parteien im Zusammenhang mit dem Konsulentenvertrag (mit Ausnahme der Aufwandersatz- und Schadenersatzansprüche des Beklagten) bereinigt und verglichen wurden, und mit welcher auf die Geltendmachung des Wegfalls der Geschäftsgrundlage sowie von Irrtum und laesio enormis verzichtet wurde, steht einer Anfechtung des Vertrags nach § 879 Abs 1 ABGB und einer Rückforderung der auf dieser Grundlage geleisteten Beträge nicht entgegen. römisch eins.7. Die „Auflösungsvereinbarung“ vom 22. 11. 2019, mit welcher alle (allfälligen) wechselseitig entstandenen und künftig entstehenden, bekannten und unbekannten Ansprüche zwischen den Parteien im Zusammenhang mit dem Konsulentenvertrag (mit Ausnahme der Aufwandersatz- und Schadenersatzansprüche des Beklagten) bereinigt und verglichen wurden, und mit welcher auf die Geltendmachung des Wegfalls der Geschäftsgrundlage sowie von Irrtum und laesio enormis verzichtet wurde, steht einer Anfechtung des Vertrags nach Paragraph 879, Absatz eins, ABGB und einer Rückforderung der auf dieser Grundlage geleisteten Beträge nicht entgegen.

[8 2] Zum einen ist die Einwendung der Sittenwidrigkeit nach der Rechtsprechung unverzichtbar (vgl RS0016530), zum anderen wäre eine Perpetuierung dieser sittenwidrigen Vereinbarung durch einen derartigen Anfechtungsverzicht selbst sittenwidrig (wobei gerade eine sittenwidrige Gläubigerbenachteiligung auch von Amts wegen aufgegriffen werden kann, vgl 6 Ob 35/16i ErwGr 4.9 mwN; RS0116900). Zum einen ist die Einwendung der Sittenwidrigkeit nach der Rechtsprechung unverzichtbar vergleiche RS0016530), zum anderen wäre eine Perpetuierung dieser sittenwidrigen Vereinbarung durch einen derartigen Anfechtungsverzicht selbst sittenwidrig (wobei gerade eine sittenwidrige Gläubigerbenachteiligung auch von Amts wegen aufgegriffen werden kann, vergleiche 6 Ob 35/16i ErwGr 4.9 mwN; RS0116900).

[83] I.8. Die Nichtigkeit eines Vertrags nach § 879 Abs 1 ABGB wirkt in der Regel ex tunc und hat auch dingliche Wirkung (RS0038454). römisch eins.8. Die Nichtigkeit eines Vertrags nach Paragraph 879, Absatz eins, ABGB wirkt in der Regel ex tunc und hat auch dingliche Wirkung (RS0038454).

[8 4] Die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung eines iSd § 879 Abs 1 ABGB nichtigen Vertrags erfolgt grundsätzlich nach § 877 ABGB (vgl RS0016325) sowie anhand des Zwecks der verletzten Norm (vgl RS0016325). Die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung eines iSd Paragraph 879, Absatz eins, ABGB nichtigen Vertrags erfolgt grundsätzlich nach Paragraph 877, ABGB vergleiche RS0016325) sowie anhand des Zwecks der verletzten Norm vergleiche RS0016325).

[85] Der klagende Masseverwalter der Schuldnerin hat somit schon aus Gläubigerschutzgründen einen Anspruch auf Rückzahlung der auf Grundlage des nichtigen Konsulentenvertrags ausbezahlten monatlichen Pauschalhonorare (die der Höhe nach unstrittig sind), sodass das Berufungsgericht diesem Teil des Klagebegehrens im Ergebnis zu Recht stattgegeben hat.

[86] I.9. Dem Beklagten ist schließlich insofern beizupflichten, als die von ihm tatsächlich als „Gegenleistung“ (im weiteren Sinne) für sein Honorar und auf Basis des Beratungsvertrags erbrachten Tätigkeiten und Auslagen für Drittleistungen nicht gänzlich unberücksichtigt bleiben und zu einer ungerechtfertigten Bereicherung der Masse führen dürfen. römisch eins.9. Dem Beklagten ist schließlich insofern beizupflichten, als die von ihm tatsächlich als „Gegenleistung“ (im weiteren Sinne) für sein Honorar und auf Basis des Beratungsvertrags erbrachten Tätigkeiten und Auslagen für Drittleistungen nicht gänzlich unberücksichtigt bleiben und zu einer ungerechtfertigten Bereicherung der Masse führen dürfen.

[8 7] Der Beklagte hat in erster Instanz aber nur (abstrakt) vorgebracht, dass ihm die Insolvenzmasse „fremdübliche Kosten für die Konsulententätigkeit“ schulde (und es sich dabei um eine Masseforderung iSd § 41 Abs 1 2. Fall IO handle), aber weder einen Zug-um-Zug-Einwand noch eine bestimmte Gegenforderung erhoben (vgl RS0020997, RS0011499, RS0034059). Der Beklagte hat in erster Instanz aber nur (abstrakt) vorgebracht, dass ihm die Insolvenzmasse „fremdübliche Kosten für die Konsulententätigkeit“ schulde (und es sich dabei um eine Masseforderung iSd Paragraph 41, Absatz eins, 2. Fall IO handle), aber weder einen Zug-um-Zug-Einwand noch eine bestimmte Gegenforderung erhoben vergleiche RS0020997, RS0011499, RS0034059).

[88] I.10. Zusammenfassend folgt sohin, dass der Anfechtungsanspruch des Klägers betreffend die pauschalen „Konsulentenhonorare“ über 3.942.130,80 EUR sA schon nach § 879 Abs 1 ABGB berechtigt und das Teilurteil des Berufungsgerichts im Ergebnis zu bestätigen ist, ohne dass näher auf eine Anfechtung nach § 28 Z 1 IO und Ansprüche des Beklagten für tatsächlich erbrachte Leistungen sowie eigenen Aufwand eingegangen werden müsste. römisch eins.10. Zusammenfassend folgt sohin, dass der Anfechtungsanspruch des Klägers betreffend die pauschalen „Konsulentenhonorare“ über 3.942.130,80 EUR sA schon nach Paragraph 879, Absatz eins, ABGB berechtigt und das Teilurteil des Berufungsgerichts im Ergebnis zu bestätigen ist, ohne dass näher auf eine Anfechtung nach Paragraph 28, Ziffer eins, IO und Ansprüche des Beklagten für tatsächlich erbrachte Leistungen sowie eigenen Aufwand eingegangen werden müsste.

II. Zu den Rekursen beider Parteienrömisch zwei. Zu den Rekursen beider Parteien:

[8 9] II.1. Angesichts der Nichtigserklärung des Vertrags nach § 879 Abs 1 ABGB stellt sich das vom Berufungsgericht verortete Problem bei der Passivlegitimation für die Anfechtung der Flugkosten von gesamt 5.322.700 EUR sA schon grundsätzlich nicht, was im Rahmen der umfassenden Prüfungsbefugnis im Rekursverfahren über den Aufhebungsbeschluss aufzugreifen war (vgl RS0043903, RS0043853, RS0043939). römisch zwei.1. Angesichts der Nichtigserklärung des Vertrags nach Paragraph 879, Absatz eins, ABGB stellt sich das vom Berufungsgericht verortete Problem bei der Passivlegitimation für die Anfechtung der Flugkosten von gesamt 5.322.700 EUR sA schon grundsätzlich nicht, was im Rahmen der umfassenden Prüfungsbefugnis im Rekursverfahren über den Aufhebungsbeschluss aufzugreifen war vergleiche RS0043903, RS0043853, RS0043939).

[9 0] Klagsgegenständlich sind nicht die Beförderungsverträge zwischen der Schuldnerin und dem Luftfahrtunternehmen und deren Entgelt, wovon der Beklagte „nur“ als Fluggast und allenfalls als wirtschaftlicher Eigentümer des Luftfahrtunternehmens profitierte, sondern vielmehr die jeweilige Zurverfügungstellung von Flugleistungen von der Schuldnerin an den Beklagten. Dass dieses Vorgehen durch den Beratervertrag gedeckt war und alle Flugreisen nach den Feststellungen im Zusammenhang mit Beratungsleistungen des Beklagten erfolgten, schließt eine bereicherungsrechtliche Rückabwicklung zwischen Schuldnerin und Beklagtem als Folge einer Anfechtung des zugrunde liegenden Beratervertrags nach § 879 Abs 1 ABGB nicht aus. Daher ist auch irrelevant, ob man die jeweilige Buchung des Flugzeugs für den Beklagten als Teil des von der Schuldnerin vertraglich geschuldeten Entgelts oder als vertraglichen Aufwandsersatz qualifiziert. Die Flugleistungen für die Beratungstätigkeit (die der Höhe nach das vereinbarte Honorar sogar überschritten haben und denen die Revision keine konkreten Vorteile der Schuldnerin im Einzelfall gegenüberstellte) können nicht anders beurteilt werden als der sittenwidrige Beratervertrag an sich. Klagsgegenständlich sind nicht die Beförderungsverträge zwischen der Schuldnerin und dem Luftfahrtunternehmen und deren Entgelt, wovon der Beklagte „nur“ als Fluggast und allenfalls als wirtschaftlicher Eigentümer des Luftfahrtunternehmens profitierte, sondern vielmehr die jeweilige Zurverfügungstellung von Flugleistungen von der Schuldnerin an den Beklagten. Dass dieses Vorgehen durch den Beratervertrag gedeckt war und alle Flugreisen nach den Feststellungen im Zusammenhang mit Beratungsleistungen des Beklagten erfolgten, schließt eine bereicherungsrechtliche Rückabwicklung zwischen Schuldnerin und Beklagtem als Folge einer Anfechtung des zugrunde liegenden Beratervertrags nach Paragraph 879, Absatz eins, ABGB nicht aus. Daher ist auch irrelevant, ob man die jeweilige Buchung des Flugzeugs für den Beklagten als Teil des von der Schuldnerin vertraglich geschuldeten Entgelts oder als vertraglichen Aufwandsersatz qualifiziert. Die Flugleistungen für die Beratungstätigkeit (die der Höhe nach das vereinbarte Honorar sogar überschritten haben und denen die Revision keine konkreten Vorteile der Schuldnerin im Einzelfall gegenüberstellte) können nicht anders beurteilt werden als der sittenwidrige Beratervertrag an sich.

[91] Falls bei einer Anfechtung eine Naturalrückstellung unter den konkreten Umständen nicht in Betracht kommt – wie es bei den hier vorliegenden Flugleistungen unstrittig der Fall ist –, ist die Bereicherung herauszugeben

(vgl. RS0016361). Falls bei einer Anfechtung eine Naturalrückstellung unter den konkreten Umständen nicht in Betracht kommt – wie es bei den hier vorliegenden Flugleistungen unstrittig der Fall ist –, ist die Bereicherung herauszugeben (vergleiche RS0016361).

[92] Der Beklagte gesteht in seiner Rekursbeantwortung ausdrücklich zu, dass er diese von der Schuldnerin zur Verfügung gestellten Flugleistungen – zusätzlich zu seinem Konsulentenonorar – auf Basis des Beratervertrags in Anspruch genommen hat und die vom Luftfahrtunternehmen der Schuldnerin dafür verrechneten Reisekosten marktüblich sind. Darin liegt ein Zugeständnis der Höhe des vom Insolvenzverwalter eingeklagten Ersatzanspruchs.

[93] II.2. Der Kläger hat daher ebenso einen Anspruch auf Ersatz der Flugkosten, während der Beklagte mit seinen Gegenansprüchen auch insoweit auf einen allfälligen eigenen (im Insolvenzverfahren geltend zu machenden) Bereicherungsanspruch zu verweisen ist. römisch zwei.2. Der Kläger hat daher ebenso einen Anspruch auf Ersatz der Flugkosten, während der Beklagte mit seinen Gegenansprüchen auch insoweit auf einen allfälligen eigenen (im Insolvenzverfahren geltend zu machenden) Bereicherungsanspruch zu verweisen ist.

[9 4] Das Berufungsgericht hat in seinem Teilurteil ausgeführt, dass dem Kläger mangels besonderen Vorbringens und ungeachtet des Vorliegens eines beidseitig unternehmensbezogenen Geschäfts nur der Zinssatz gemäß § 1000 ABGB von 4 % zuzusprechen sei. Ausgehend vom unbestrittenen Zinslauf kam es daher zu einer Teilabweisung des Zinsenbegehrens. Das Berufungsgericht hat in seinem Teilurteil ausgeführt, dass dem Kläger mangels besonderen Vorbringens und ungeachtet des Vorliegens eines beidseitig unternehmensbezogenen Geschäfts nur der Zinssatz gemäß Paragraph 1000, ABGB von 4 % zuzusprechen sei. Ausgehend vom unbestrittenen Zinslauf kam es daher zu einer Teilabweisung des Zinsenbegehrens.

[95] Da sich keine der Parteien gegen diese Rechtsansicht wendet, der Kläger aber ausdrücklich einen Zuspruch im Sinne seines Klagebegehrens begehrt, ist auch das Zinsenmehrbegehren für die Flugkosten (entsprechend der Zinsstaffel des zweitinstanzlichen Teilurteils) abzuweisen und dem Rekurs insofern nur teilweise Folge zu geben.

[9 6] II.3. Der Beklagte wird mit seinem Rekurs gegen den Aufhebungsbeschluss auf diese Entscheidung verwiesen. römisch zwei.3. Der Beklagte wird mit seinem Rekurs gegen den Aufhebungsbeschluss auf diese Entscheidung verwiesen.

III. Zur Kostenentscheidung:römisch drei. Zur Kostenentscheidung:

[97] Die Kostenentscheidung beruht auf § 43 Abs 2 1. Fall ZPO, für das Rechtsmittelverfahren iVm§ 50 ZPO. Die Abweisung des Zinsenmehrbegehrens ist kostenneutral. Die Kostenentscheidung beruht auf Paragraph 43, Absatz 2, 1. Fall ZPO, für das Rechtsmittelverfahren in Verbindung mit Paragraph 50, ZPO. Die Abweisung des Zinsenmehrbegehrens ist kostenneutral.

[98] Den Einwendungen des Beklagten gegen die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens iSd § 54 Abs 1a ZPO war nicht zu folgen. Beim Schriftsatz vom 20. 4. 2023 (ON 51) handelt es sich nicht nur um die Bekanntgabe einer Sitzverlegung, sondern auch eines Vertreterwechsels; diese ist daher zweckmäßig und wie verzeichnet nach TP 1 zu honorieren. Der Schriftsatz des Klägers vom 3. 1. 2024 (ON 76), der vom Erstgericht verlesen und verwertet wurde, ist ausnahmsweise nach TP 3A ersatzfähig. Dieser diente der Vorbereitung auf die geplantermaßen letzte mündliche Verhandlung, indem nicht nur Erklärungen zu neuen Urkunden des Beklagten abgegeben, sondern auch Umstände vorgebracht wurden, die sich seit der letzten Tagsatzung ereignet hatten, wofür zusätzliche Urkunden vorgelegt und Beweisanträge gestellt wurden. Den Einwendungen des Beklagten gegen die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens iSd Paragraph 54, Absatz eins a, ZPO war nicht zu folgen. Beim Schriftsatz vom 20. 4. 2023 (ON 51) handelt es sich nicht nur um die Bekanntgabe einer Sitzverlegung, sondern auch eines Vertreterwechsels; diese ist daher zweckmäßig und wie verzeichnet nach TP 1 zu honorieren. Der Schriftsatz des Klägers vom 3. 1. 2024 (ON 76), der vom Erstgericht verlesen und verwertet wurde, ist ausnahmsweise nach TP 3A ersatzfähig. Dieser diente der Vorbereitung auf die geplantermaßen letzte mündliche Verhandlung, indem nicht nur Erklärungen zu neuen Urkunden des Beklagten abgegeben, sondern auch Umstände vorgebracht wurden, die sich seit der letzten Tagsatzung ereignet hatten, wofür zusätzliche Urkunden vorgelegt und Beweisanträge gestellt wurden.

[99] Von Amts wegen war zu berücksichtigen, dass dem Kläger ein nicht verbrauchter Kostenvorschuss von 40 EUR rücküberwiesen wurde (ON 85.5).

[100] Dem Kläger sind daher für das erstinstanzliche Verfahren 267.769,34 EUR als Kostenersatz zuzusprechen (darin 25.453,39 EUR an USt, 114.666 EUR an Pauschalgebühren, 360 EUR an Dolmetschergebühren und 23 EUR an Fahrtkosten).

[101] Für die Berufung stehen dem Kläger 194.417,12 EUR zu (darin 3.596,52 EUR an USt und 172.838 EUR an Pauschalgebühren), für den Rekurs auf Basis eines Streitwerts von 5.322.700 EUR gesamt 146.058,40 EUR (darin 1.702,90 EUR an USt und 135.841 EUR an Pauschalgebühren) und für die Revisions- und Rekursbeantwortung auf Basis eines Streitwerts von 9.264.830,80 EUR gesamt 15.539,28 EUR (darin 2.589,88 EUR an USt).

Textnummer

E146905

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2026:0170OB00003.25B.0225.000

Im RIS seit

16.03.2026

Zuletzt aktualisiert am

29.07.2026

Quelle: Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at