

Privatrecht

Simon Laimer • Christoph Kronthaler •
Bernhard A. Koch (Hrsg)

Europäische und internationale Dimensionen des Privatrechts

Festschrift für Andreas Schwartz

 Jan Sramek Verlag



Simon Laimer • Christoph Kronthaler •
Bernhard A. Koch (Hrsg)

Europäische und internationale Dimensionen des Privatrechts

Festschrift für Andreas Schwartz

 Jan Sramek Verlag

MARTIN TRENKER

Anwendbares Recht bei grenzüberschreitender Insolvenzanfechtung, insbesondere aus deutsch- österreichischer Perspektive*

DOI: <https://doi.org/10.52018/INKB-00276-Bo24>

I. Einleitung

A. Themenwahl

Die Faszination des Jubilars für das internationale Privatrecht ist ebenso notorisch wie seine Expertise in dieser Disziplin. Es lag daher nahe, für die Themenstellung dieses Beitrags nach einer dogmatisch wie praktisch reizvollen Verbindung dieses Themenbereichs mit einem meiner Forschungsschwerpunkte zu suchen. Die Wahl fiel dabei relativ schnell auf die Insolvenzanfechtung bei grenzüberschreitenden Sachverhalten.

Denn zum einen ist gerade die in der EuInsVO¹ angeordnete Kumulation von *lex fori concursus* und *lex causae* zur Ermittlung des anwendbaren Rechts theoretisch hochinteressant und komplex. Zum anderen zeugt eine Reihe einschlägiger EuGH-Entscheidungen² von der großen praktischen Bedeutung und Schwierigkeit der Anwendung dieser Anknüpfungsregel. Gerade die Determination der *lex causae* erfordert zudem besondere Kenntnisse im allgemeinen IPR. Gewissermaßen abgerundet wird die »Eigentümlichkeit« des Kollisionsrechts der Anfechtung dadurch, dass die internationale Zuständigkeit für Anfechtungsklagen

* Der folgende aus Anlass dieser Festschrift entstandene Beitrag wurde kürzlich mit geringfügigen Änderungen auch in DZWIR 2021/10, 527 veröffentlicht.

¹ VO (EU) 2015/848.

² EuGH C-557/13, *Lutz/Bäuerle*; C-310/14, *Nike European Operations Netherlands/Sportland*; C-54/16, *Vinyls Italia/Mediterranea*; C-73/20, *Oeltrans Befrachtungsgesellschaft*; vgl. ferner zur Zuständigkeit EuGH C-339/07, *Seagon/Deko Marty*; C-213/10, *F-TeX SIA/JadecLOUD-Vilma*; C-296/17, *Wiemer & Trachte/Tadzhe*.

als justizieller Ausgangspunkt³ und nunmehr auch »legistischer Prototyp« für die – lange Zeit hochumstrittene – insolvenzrechtliche Annexkompetenz in Art 6 EuInsVO fungiert.

Da die Probleme gerade an der Schnittstelle der Anfechtungsrechte Deutschlands und Österreichs, gewissermaßen die beiden »Heimatrechtsordnungen« des Jubilars, überaus reichhaltig und instruktiv auftreten, bot es sich darüber hinaus an, ein besonderes Augenmerk auf den deutsch-österreichischen Rechtsverkehr zu legen.

B. Schwierigkeit einer interessengerechten Anknüpfung

Die Insolvenzanfechtung weist schon wegen der zentralen tatbildlichen Voraussetzung der Insolvenzeröffnung einen äußerst engen Bezug zum Insolvenzstatut auf.⁴ Es leuchtet *prima vista* auch durchaus ein, dass das Recht des Staates, der für die Haftungsverwirklichung des Vermögens eines Schuldners zur Befriedigung seiner Gläubiger zuständig ist, auch darüber entscheidet, welche Vermögensverschiebungen vor Insolvenzeröffnung im Interesse dieser Haftungsverwirklichung »rückgängig« zu machen sind. Es überrascht daher wenig, dass die vor Einführung der EuInsVO herrschende Ansicht in Österreich wegen des Grundsatzes der engsten Beziehung (§ 1 Abs 1 IPRG) und vor allem im Anschluss an eine Abhandlung des deutschen Autors *Hanisch*⁵ eine Anwendung der *lex fori concursus* befürwortete.⁶ Weiteres Wasser auf die Mühlen erlangten die Vertreter dieser Ansicht durch die Entscheidung des EuGH in der Rs *Seagon/Deko Marty*⁷ und die daran angelehnte Einführung von Art 6 EuInsVO, wonach die Gerichte im Insolvenzeröffnungsstaat (ausschließlich!) international zuständig für Anfechtungsklagen sind (dazu noch näher unten II.). Denn dadurch

3 Siehe nur EuGH C-339/07, *Seagon/Deko Marty*.

4 Vgl nur EuGH C-594/14, *Kornhaas/Dithmar*, Rn 17 f, wonach sogar das Tatbestandserfordernis materieller Insolvenz (konkret: der Zahlungsunfähigkeit) maßgeblich für die Qualifikation einer Norm als insolvenzrechtlich spreche.

5 Internationalprivatrecht der Gläubigeranfechtung, ZIP 1981, 569; *derselbe*, IPRax 1993, 69 (72 ff) (Anm); *derselbe*, Bemerkungen zur Insolvenzanfechtung im grenzüberschreitenden Insolvenzfall, in *Hohloch/Frank/Schlechtriem*, Festschrift für Hans Stoll zum 75. Geburtstag (2004) 503 (506 ff). Vgl *König/Trenker*, Die Anfechtung nach der IO⁶ (2020) Rz 23.5.

6 OGH 6 Ob 540/88 ÖBA 1990, 836 (*Fink*); 2 Ob 265/00k; *Verschraegen*, Internationale Gläubigeranfechtung außerhalb des Konkurses, ZfRV 1986, 280; *Keppelmüller*, Österreichisches internationales Konkursrecht (1997) Rz 100 ff, 112; *Rebernik*, Konkursanfechtung des Kontokorrentkredits (1998) Rz 254; vgl auch *Burgstaller/Keppelmüller* in *Burgstaller*, Internationales Zivilverfahrensrecht (2000) Rz 7.115 ff; *Verschraegen* in *Rummel*, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch II³ (2004) Vor § 35 IPRG Rz 17.

7 EuGH C-339/07, *Seagon/Deko Marty*.

vermochte eine Anknüpfung am Insolvenzstatut einen – generell wünschenswerten – Gleichlauf von Forum und anwendbarem Recht zu gewährleisten.

Andererseits steht jede gesetzliche Regelung einer rückwirkenden Anfechtung von Rechtshandlungen wegen einer (nachträglichen) Insolvenzeröffnung vor dem Dilemma des damit verbundenen Eingriffs in das Vertrauen des Rechtsverkehrs auf die Wirksamkeit einer an sich zivilrechtlich gültigen Rechtshandlung. Es bedarf ja nach allgemeinen privatrechtlichen Prinzipien einer ganz besonderen Rechtfertigung, wenn die Wirksamkeit einer Rechtshandlung letztlich auch von einem zukünftigen Ereignis (Insolvenzeröffnung) abhängig gemacht wird. Jeder nationale Gesetzgeber steht damit vor der schwierigen Aufgabe, sein Anfechtungsrecht durch bestimmte zusätzliche Tatbestandsmerkmale so auszugestalten, dass das Ziel des mit der Anfechtung verfolgten Gläubigerschutzes in ein angemessenes Verhältnis zur dafür notwendigen Beeinträchtigung des Verkehrs- und Vertrauensschutzes gesetzt wird.⁸ Diese Tatbestandsmerkmale bestehen typischerweise zum einen aus inhaltlichen Anforderungen, aus denen sich eine gewisse »Schutzunwürdigkeit« des Anfechtungsgegners ergibt, sowie zum anderen aus einer zeitlichen Nähe der Rechtshandlung zur Insolvenzeröffnung, deren exakte Dauer wiederum von der Intensität der Schutzunwürdigkeit des Anfechtungsgegners abhängt. Die sich daraus ergebenden Tatbestände sollten idealerweise so ausgestaltet sein, dass sich der Rechtsverkehr hierauf einigermaßen – zwangsläufig unvermeidbar bleibt die Schwierigkeit, eine drohende Insolvenzeröffnung »vorherzusehen« – einzustellen vermag.

Verlagert sich das Problem bei einem grenzüberschreitenden Sachverhalt nun auf die »Meta-Ebene« der Frage, *welches Anfechtungsrecht* in einem künftigen Insolvenzscenario über die Anfechtbarkeit einer Rechtshandlung entscheiden wird, erlangt das Bedürfnis nach Verkehrs- und Vertrauensschutz eine zusätzliche Facette⁹: Die sachlich naheliegende Anwendung der *lex fori concursus* würde

8 Für Österreich siehe bereits *Steinbach*, Die Anfechtung der Rechtsgeschäfte in fraudem creditorum, JBl 1874, 243 (245); *derselbe*, Kommentar zu den Gesetzen vom 16. März 1884 über die Anfechtung von Rechtshandlungen³ (1905) 14 f; siehe auch *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 1.4. Für Deutschland: *Kirchhof*, Münchener Kommentar zum Anfechtungsgesetz (2012) Einf Rz 2; *Kirchhof/Freudenberg* in *Stürner/Eidenmüller/Schoppmeyer*, Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung II⁴ (2019) Vor §§ 129 bis 147 InsO Rz 4; *Bork* in *Kübler/Prütting/Bork*, Kommentar zur Insolvenzordnung III (85. Lfg; 9/20) Vor § 129 InsO Rz 2; *de Bra in Braun*, Insolvenzordnung⁸ (2020) § 129 InsO Rz 4; *Raupach* in *Fridgen/Geiwitz/Göpfert*, BeckOK InsO²² (Stand 15.1.2021) § 129 InsO Rz 9 uva.

9 Vgl zum Folgenden statt so vieler *Virgos/Schmit*, Report on the Convention on Insolvency Proceedings (1996) Rz 138; *U. Huber*, Das für die anfechtbare Rechtshandlung maßgebende Recht, in *Lorenz/Trunk/Eidenmüller/Wendehorst/Adolff*, Festschrift für Andreas Heldrich zum 70. Geburtstag (2005) 695 (697); *Thole*, Gläubigerschutz durch Insolvenzrecht (2010) 825; *Moss/Fletcher/Isaacs*, The EU Regulation on Insolvency Proceedings³ (2016) Rz 4,38; *Konecny* in *Mayr*, Handbuch des europäischen Zivilverfahrensrechts (2017) Rz 17.164; ferner bereits BGH VIII

für potenzielle Anfechtungsgegner mitunter zu unvorhersehbaren Ergebnissen führen, weil sie bei Vornahme der potenziell anfechtbaren Handlung nie mit letzter Gewissheit vorhersagen können, wo ein späteres Insolvenzverfahren eröffnet wird. Aus diesem Grund tobte im deutschen Schrifttum seit langem ein intensiver Meinungsstreit.¹⁰ Insbesondere *Henckel*¹¹ propagierte im zeitlichen Vorfeld der Einführung der EuInsVO nachdrücklich eine Anwendung des auf die anfechtbare Rechtshandlung anwendbaren Rechts anstatt der *lex fori concursus*.

C. EuInsVO: De-facto-Kumulierung von Insolvenz- und Wirkungsstatut

Die EuInsVO konnte das grundsätzliche Dilemma der mangelnden Vorhersehbarkeit der *lex fori concursus* zwar entschärfen, aber nicht gänzlich vermeiden. Art 3 EuInsVO erklärt mit dem COMI (*centre of main interests*) des Schuldners zwar ein Kriterium für die Bestimmung des Insolvenzöffnungsstaats für maßgeblich, welches auf den für Dritte feststellbaren Ort der Interessenverwaltung (Art 3 S 2 EuInsVO) ausgerichtet ist.¹² Abgesehen davon, dass diese Beurteilung praktisch keineswegs leicht fallen dürfte, ist ein umfassender Vertrauensschutz allein deshalb unmöglich, weil der Schuldner sein COMI nach Vornahme der potenziell anfechtbaren Rechtshandlung verlagern kann.¹³ Schließlich sorgt auch

- ZR 230/79 ZIP 1981, 31 (33). Zur Kritik an der Gewährleistung von Vertrauensschutz auf kollisionsrechtlicher Ebene, siehe noch unten bei I.C. und in FN 25.
- 10 Zum Meinungsstand BGH IX ZR 148/95 NJW 1997, 657; eingehend *Klumb*, Kollisionsrecht der Insolvenzanfechtung (2005) 26 ff; *Stangl*, Die kollisionsrechtliche Umsetzung des Art 13 EuInsVO (2015) 18 ff. Lesenswert ist in diesem Kontext auch die Analyse des denkbaren Regelungsspektrums zwischen *lex fori concursus* und *lex causae* bei *Zeeck*, Die Anknüpfung der Insolvenzanfechtung, ZInsO 2005, 281 ff.
- 11 Gutachten Insolvenzanfechtung – Artt. 4 und 5 des Vorentwurfs (VE) – und Gläubigeranfechtung außerhalb des Insolvenzverfahrens, in *Stoll*, Stellungnahmen und Gutachten zur Reform des deutschen Internationalen Insolvenzrechts (1992) 156; so bereits *derselbe* in *Habscheid/Schwab*, Beiträge zum internationalen Verfahrensrecht und zur Schiedsgerichtsbarkeit, Festschrift für Heinrich Nagel zum 75. Geburtstag (1987) 93 ff; ebenso *Großfeld*, Gläubigeranfechtung und Durchgriff: Das Problem der liechtensteinischen Anstalt, IPRax 1981, 116; *Schmidt-Räntsch*, Die Anknüpfung der Gläubigeranfechtung außerhalb des Konkursverfahrens (1984) 125 ff.
- 12 Dazu zB *Koller* in *Koller/Lovrek/Spitzer*, Insolvenzordnung (2019) Art 3 EuInsVO Rz 7 f; *Thole* in *MünchKommInsO IV*⁴ (2021) Art 6 EuInsVO Rz 41 f.
- 13 Vgl *Oberhammer*, Von der EuInsVO zum europäischen Insolvenzrecht, KTS 2009, 27 (35); ferner jüngst EuGH C-73/20, *Oeltrans Befrachtungsgesellschaft*, Rn 33. Wegen der Möglichkeit einer Verlagerung des COMI nach Vornahme der betreffenden Handlung überzeugt die Kritik *Oberhammers* (Fristen im deutsch-österreichischen Anfechtungsverkehr und Art 13 EuInsVO, *ecollex* 2015, 781 [782 f]) daran, dass die Notwendigkeit von Vertrauensschutz nach Art 16 EuInsVO generell in Frage zu stellen wäre, zumindest nicht in dieser Allgemeinheit.

die Möglichkeit eines Sekundärinsolvenzverfahrens insoweit für nicht prognostizierbare Unwägbarkeiten.¹⁴ Kurzum: Ein Anfechtungsgegner kann sich bei einer (ausschließlichen) Anknüpfung der Anfechtung am Insolvenzstatut trotz einer einheitlichen europäischen Bestimmung der internationalen Zuständigkeit für die Insolvenzeröffnung nicht sicher sein, welches Recht über die künftige Anfechtbarkeit entscheiden wird.

Diese Unwägbarkeit hat der europäische Gesetzgeber bei Einführung der EuInsVO – wohl insbesondere aufgrund nachhaltiger Kritik aus Deutschland¹⁵ – als unzumutbar für den Anfechtungsgegner erachtet (vgl allgemein ErWG 67 EuInsVO).¹⁶ Da er offenbar dennoch das Insolvenzeröffnungsstatut als engsten Bezugspunkt für eine Anfechtung erkannte, bedurfte es eines Kompromisses. Aufbauend auf einem Vorschlag von *Balz*,¹⁷ der seinen Ursprung freilich bei einer Abhandlung von *Fragistas*¹⁸ aus den 30er Jahren finden dürfte, ist Ergebnis dieses Kompromisses ein eigentümliches Zusammenspiel des Rechts im Insolvenzeröffnungsstaat (*lex fori concursus*) mit dem auf die anfechtbare Rechtshandlung anwendbaren Recht (*lex causae*).

Nach Art 7 Abs 2 lit m EuInsVO regelt das Recht im Eröffnungsstaat zwar, »welche Rechtshandlungen nichtig, anfechtbar oder relativ unwirksam sind, weil sie die Gesamtheit der Gläubiger benachteiligen«. Nach Art 16 EuInsVO kann sich der Anfechtungsgegner jedoch durch den Nachweis entlasten, dass auf eine nach der *lex fori concursus* anfechtbare Handlung erstens das Recht eines anderen Mit-

- 14 Bei Eröffnung eines Sekundärinsolvenzverfahrens gilt grundsätzlich die *lex fori concursus secundarii* für jene Anfechtungen, die dem Sekundäreröffnungsstaat »zuordenbar« sind (Art 21 Abs 2 letzter S EuInsVO). Gerade die Frage nach der Zuordnung einer Anfechtung zum Haupt- oder Sekundärinsolvenzverfahren ist mE freilich noch nicht in allen Facetten befriedigend geklärt (dazu zB *Oberhammer*, Zur internationalen Anfechtungsbefugnis des Sekundärverwalters nach Europäischem Insolvenzrecht, KTS 2008, 271 [285 f]; *Geroldinger*, Verfahrenskoordination im Europäischen Insolvenzrecht [2010] 193 ff; *Fehrenbach*, Insolvenzanfechtung in grenzüberschreitenden Insolvenzverfahren bei Verfahrenspluralität, NZI 2015, 157 [160]; *Scholz-Berger* in *Koller/Lovrek/Spitzer*, IO Art 21 EuInsVO Rz 19; *König/Trenker*, Anfechtung⁹ Rz 17.4 ff).
- 15 So *Balz*, Das neue europäische Insolvenzübereinkommen, ZIP 1996, 948 (951). Richtungsweisend für die »innerstaatliche« Meinungsbildung dürfte idZ die Kritik *Henckels* (in *Stoll*, Stellungnahmen 156) an einer in Deutschland lange zuvor geplanten Regelung gewesen sein, mit der die Maßgeblichkeit der *lex fori concursus* festgelegt werden hätte sollen.
- 16 Zudem hätte die zweifellos gewollte Anerkennung und Vollstreckung von Anfechtungsentscheidungen (Art 32 Abs 1 Unterabs 2 EuInsVO) bei einer ausschließlichen Anwendung der *lex fori concursus* wohl weit schwieriger das politische Einverständnis der Mitgliedstaaten gefunden (vgl zu diesem Aspekt *König*, Die Anfechtung nach der Konkursordnung⁴ [2009] Rz 19.9 im Anschluss an *Hanisch*, ZIP 1981, 569 [573], letzterer freilich zur Gläubigeranfechtung).
- 17 So schildert dies *Balz* (ZIP 1996, 948 [951]) zumindest selbst. Vgl auch – möglicherweise weitgehend zeitgleich – BGH IX ZR 148/95 NJW 1997, 657.
- 18 Das Anfechtungsrecht der Gläubiger im internationalen Privatrecht, *RebelsZ* 1938/39, 452.

gliedstaats als das des Eröffnungsstaats anwendbar (dazu unten III.C.) und die Handlung nach diesem Recht zweitens in keiner Weise anfechtbar ist (dazu unten III.D.). Der Anfechtungsgegner hat damit faktisch ein »Veto-Recht«.¹⁹ Dogmatisch ist Art 16 EuInsVO so zu verstehen, dass er die Anknüpfungsrechtsfolge von Art 7 Abs 2 lit m EuInsVO beschränkt.²⁰ Im Resultat führt dies zu einer Art Kumulation – das Schrifttum spricht von einer »eingeschränkten«²¹, »unechten«²² oder *de-facto*-Kumulierung²³ – von *lex fori concursus* und *lex causae*. Das bemerkenswerte Ergebnis ist, dass sich ein »anfechtungsfeindliches« Wirkungsstatut gegenüber einem strengeren Insolvenzstatut durchsetzt.²⁴ Dass dieses Ergebnis im Interesse des Vertrauensschutzes potenzieller Anfechtungsgegner gewollt ist, ändert nichts daran, dass die damit verbundene Beschneidung des Gläubigerschutzes wesentlicher Anlass für rechtspolitische Kritik an dieser *De-Facto*-Kumulierung sein dürfte. Systematisch-teleologisch wird vorwiegend bemängelt, dass ein derartiger Vertrauensschutz auf Ebene des Kollisionsrechts falsch verortet sei.²⁵

Im Folgenden soll nun einigen ausgewählten Fragen zur exakten Anwendung dieser eingeschränkten Kumulationsregel nachgegangen werden. Zuvor sei jedoch ein kurzer Exkurs zur bereits mehrfach angesprochenen internationalen Zuständigkeit erlaubt, zumal die internationale Zuständigkeit wegen der damit verbundenen Determination des anwendbaren Kollisionsrechts (hierzu III.C.2.a.) mittelbare Auswirkungen auf das anwendbare Recht haben kann.

19 Virgos/Schmit-Bericht Rz 136.

20 Überzeugend Müller in Mankowski/Müller/J. Schmidt, EuInsVO 2015 (2016) Art 21 EuInsVO Rz 31 ff. Freilich dürfte der dogmatischen Konstruktion der Rechtsfolge von Art 16 EuInsVO keine praktische Bedeutung zukommen (Musger, Gläubigerbenachteiligung in der EuInsVO, in Jauffer/Nunner-Krautgasser/Schummer, Unternehmenssanierung mit Auslandsbezug [2019] 87 [98]).

21 Balz, ZIP 1996, 948 (951); Duursma-Kepplinger in Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky, Europäische Insolvenzverordnung (2013) Art 13 EuInsVO Rz 2; Trenker, Insolvenzanfechtung gesellschaftsrechtlicher Maßnahmen (2012) 49.

22 Burgstaller, Das anwendbare Recht nach der Europäischen Insolvenzverordnung, in Konecny, Insolvenz-Forum 2001 (2002) 27 (34); G. Kodek, Die Geltendmachung von Anfechtungsansprüchen nach der EuInsVO, in Konecny, Insolvenz-Forum 2004 (2005) 119 (128).

23 Duursma-Kepplinger in Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky, EuInsVO Art 13 Rz 18.

24 Statt vieler Pickenbrock, Zur praktischen Anwendung von Art 13 EuInsVO, IPRax 2016, 219 (220); Thole, Die Einrede des Anfechtungsgegners gemäß Art 16 EuInsVO 2017 (Art 13 EuInsVO 2002) zwischen *lex causae* und *lex fori concursus*, IPRax 2018, 388; Kolmann/Keller in Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch⁶ (2020) § 131 Rz 99.

25 Sonnentag, Auslandskonkurs und Anfechtung im Inland, IPRax 1998, 330 (335); Zecek, ZInsO 2005, 281 (287); Adolphsen in Bork, Handbuch des Insolvenzanfechtungsrechts (2006) 667; siehe ferner Brinkmann (Gesellschafterdarlehen und Art 13 EuInsVO – Ein offenes Scheunentor des Gläubigerschutzes, Beilage zu ZIP 22/2016, 14), der davon spricht, dass Art 16 EuInsVO »leider« dem bisherigen Art 13 EuInsVO 2000 entspricht; vgl zudem Thole, IPRax 2018, 388, der von einer – mehr oder weniger starken – zirkulären Argumentation mit dem intendierten Vertrauensschutz spricht.

II. Exkurs: Internationale Zuständigkeit für Anfechtungsklagen (Art 6 EuInsVO)

Bereits lange Zeit vor Inkrafttreten der EuInsVO hatte der EuGH in der Rs *Gourdain/Nadler*²⁶ zur französischen »*action en comblement de passif social*« judiziert, dass Entscheidungen aus Einzelprozessen, welche unmittelbar aus einem Insolvenzverfahren hervorgehen und in engem Zusammenhang damit stehen, unter die Bereichsausnahme von Art 1 Abs 1 Z 2 LGVÜ (vgl nunmehr Art 1 Abs 2 lit b EuGVVO) zu subsumieren waren. Nach In-Kraft-Treten der EuInsVO 2000²⁷ bestätigte der EuGH diese Sichtweise nicht nur, sondern stellte darüber hinaus klar, dass derartige »Annexprozesse« hinsichtlich der internationalen Zuständigkeit unter die EuInsVO fallen.²⁸ Art 3 EuInsVO 2000 wurde damit auch eine Kompetenz für sogenannte Annexprozesse entnommen (vgl bereits Art 25 Abs 1 Unterabs 2 EuInsVO 2000). Die Neufassung der EuInsVO schreibt diese Judikatur in Art 6 ausdrücklich fort und führt Anfechtungsklagen sogar im Gesetzestext als Paradebeispiel für einen derartigen Annexprozess an.

Die internationale Zuständigkeit für Anfechtungsprozesse liegt damit grundsätzlich im Insolvenzeröffnungsstaat. In der Rs *Wierner & Trachte/Tadzhe*²⁹ bejahte der EuGH zudem die lange Zeit umstrittene Frage, ob die Annexkompetenz eine ausschließliche Zuständigkeit begründe. Die Ausschließlichkeit ist richtigerweise analog zu jener des Art 24 EuGVVO zu beurteilen – in traditioneller österreichischer Terminologie spräche man von einer Zwangszuständigkeit³⁰ –, sodass weder eine Gerichtsstandsvereinbarung noch eine rügelose Einlassung (Art 26 EuGVVO) etwas an der Zuständigkeit im Eröffnungsstaat zu ändern vermag.³¹ Dennoch sind mE mehrere Konstellationen denkbar, in denen die Anfechtbarkeit einer Rechtshandlung nicht von den Gerichten des

26 EuGH 133/78.

27 VO (EG) 1346/2000.

28 Dies war keineswegs selbstverständlich: Im Schrifttum wurde sowohl die Ansicht vertreten, dass derartige Prozesse – entgegen *Gourdain/Nadler* – in den Anwendungsbereich der EuGVVO fielen, als auch, dass weder EuGVVO noch EuInsVO, sondern autonomes Recht der Mitgliedstaaten hierauf anwendbar sei (instruktiv dazu G. Kodek in Burgstaller/Neumayr/Geroldinger/Schmaranzer, Internationales Zivilverfahrensrecht [3. Lfg; 2003] Art 25 InsVO Rz 15 ff).

29 EuGH C-296/17.

30 Rechberger/Simotta, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts⁹ (2017) Rz 150 ff; G. Kodek/Mayr, Zivilprozessrecht⁵ (2021) Rz 244.

31 Mankowski in Mankowski/Müller/J. Schmidt, EuInsVO 2015 Art 6 Rz 29; Musger in Jauffer/Nunner-Krautgasser/Schummer, Unternehmenssanierung 87 (95); Madaus in Brinkmann, European Insolvency Regulation (2019) Art 6 Rz 8; Lind/Richter in Koller/Lovrek/Spitzer, IO Art 6 EuInsVO Rz 19; König/Trenker, Anfechtung⁶ Rz 23,24/1; Thole in MünchKommInsO IV⁴ Art 6 EuInsVO Rz 5.

Insolvenzeröffnungsstaats zu beurteilen ist, das *forum concursus* also vom *forum processus* abweicht.

Das gilt erstens für all jene Fälle, in denen die Anfechtung *qua* Einrede oder Replik (vgl § 43 Abs 1 IO) geltend gemacht wird.³² Auch wenn der EuGH das Vorliegen eines Annexanspruchs iSd Art 6 EuInsVO – untechnisch ausgedrückt – bisweilen iSe »Kernpunkttheorie«³³ danach zu beurteilen scheint, ob die »Hauptsache« des Verfahrens eine insolvenzspezifische Fragestellung betrifft,³⁴ muss diese Beurteilung mE ausgehend vom klägerischen Vorbringen getroffen werden. Die Einwendungen des Beklagten sind *ex ante* nicht vorhersehbar und können daher sinnvollerweise nicht die Frage der internationalen Zuständigkeit determinieren.³⁵ Über eine Einrede der Anfechtbarkeit kann/muss somit auch außerhalb des Insolvenzeröffnungsstaats entschieden werden.

Zweitens erlaubt Art 6 Abs 2 EuInsVO dem Insolvenzverwalter, einen insolvenznahen Annexanspruch nach Art 6 Abs 1 EuInsVO auch mit einem damit im Zusammenhang stehenden zivil- oder handelsrechtlichen Anspruch vor den Gerichten des Mitgliedstaats³⁶ zu erheben, in denen der Beklagte seinen Wohnsitz hat; Voraussetzung ist allerdings, dass diese Gerichte nach der EuGVVO für die Klage über den konnexen Anspruch zuständig sind.³⁷ Will der Insolvenzverwalter beide Ansprüche kumulieren, muss er also sogar im – vom Insolvenzeröffnungsstaat verschiedenen – Wohnsitzstaat des Beklagten klagen.

Drittens: Obwohl Art 6 EuInsVO nach Meinung des EuGH auch gegenüber Beklagten mit Wohnsitz in einem Drittstaat anwendbar ist, sollte die Annexkompetenz diesfalls nicht als ausschließliche verstanden werden, sodass eine Anfechtungsklage in einem Drittstaat trotz Insolvenzeröffnung in einem Mitglied-

32 König/Trenker, Anfechtung⁶ Rz 23,17 FN 4220.

33 Vgl EuGH 144/86, Gubisch/Palumbo.

34 Vgl insbesondere EuGH C-111/08, Alpenblume/SCT Industri; anders allerdings C-213/10, F-Tex SIA/Jadecloud-Vilma.

35 Trenker, Anwendung der EuInsVO auf Organhaftungsansprüche wegen Gläubigerbevorzugung, ZIK 2015, 8 (9 mit FN 21); Konecny in Mayr, Europäisches Zivilverfahrensrecht Rz 17.107; Musger in Jaufer/Nunner-Krautgasser/Schummer, Unternehmenssanierung 87 (96); König/Trenker, Anfechtung⁶ Rz 23,24/1; aA Haas, Insolvenzzrechtliche Annexverfahren und internationale Zuständigkeit, ZIP 2013, 2389.

In der Sache ist die E des OLG Linz 1 R 68/16z (Berufungsgericht zu OGH 3 Ob 202/16a) wohl dennoch vertretbar, wenn und weil die Frage nach der insolvenzrechtlichen Zulässigkeit einer Aufrechnung seitens des Beklagten bereits vom Kläger als Kernpunkt des Verfahrens identifiziert worden war.

36 Wie diese Formulierung etwa im Vergleich mit Art 7 Nr 1, 2 EuGVVO belegt, regelt Art 6 Abs 2 EuInsVO mE nur die internationale, nicht jedoch die örtliche Zuständigkeit (zutr Thole in MünchKommInsO IV⁴ Art 6 EuInsVO Rz 4; aA Paulus, EuInsVO⁶ [2021] Art 6 Rz 21).

37 Ausführlich dazu Mankowski in Mankowski/Müller/J. Schmidt, EuInsVO 2015 Art 6 Rz 34 ff; Lind/Richter in Koller/Lovrek/Spitzer, IO Art 6 EuInsVO Rz 27 ff; Hänel in Vallender, EuInsVO² (2020) Art 6 Rz 63 ff; Thole in MünchKommInsO IV⁴ Art 6 EuInsVO Rz 38 ff.

staat möglich bleibt. Richtigerweise kann die EuInsVO gar nicht den Anspruch erheben, Zuständigkeiten in Drittstaaten auszuschließen.³⁸ Denkbar wäre lediglich eine Auslegung, wonach Entscheidungen aus Drittstaaten über Annexstreitigkeiten ohne weiteres die Anerkennung versagt wird, wenn der Drittstaat nicht zugleich der Insolvenzeröffnungsstaat ist.³⁹ Jedoch würde selbst eine derartige Auslegung zu keiner Erleichterung, sondern einer Erschwerung der Verfahrensabwicklung beitragen, ohne dass dies andere Vorteile mit sich brächte; sie ist daher mit der Zielsetzung von Art 6 EuInsVO unvereinbar.

Viertens sollte der etwa in Deutschland (§ 16 Abs 1 AnfG) und Österreich (§ 37 Abs 3 IO) vorgesehene Eintritt des Insolvenzverwalters in einen bereits anhängigen (Einzel-)Anfechtungsprozess von Art 6 EuInsVO aus prozessökonomischen Gründen unberührt bleiben (vgl zur »nationalen Annexzuständigkeit« ausdrücklich § 43 Abs 5 letzter HS, § 63a S 2 IO; siehe auch § 17 Abs 1 S 2 AnfG).⁴⁰

Fünftens geht der EuGH in der Rs *F-Tex SIA/Jadecloud-Vilma*⁴¹ davon aus, dass eine Abtretung des Anfechtungsrechts an einen Dritten die Anfechtungsklage ihrer »Insolvenznähe« iSd Art 6 Abs 1 EuInsVO entkleide, sodass sich die Zuständigkeit diesfalls nach der EuGVVO richte. Auch wenn dieses Ergebnis mE nicht mit der in anderen Entscheidungen eingenommenen Haltung des EuGH (namentlich vor allem in den Rs *Valach/Waldviertler Sparkasse*⁴² und *Alpenblume/SCT Industri*⁴³) vereinbar erscheint, wonach nicht so sehr die verfahrensrechtliche Einbettung als vielmehr die insolvenzspezifische Rechtsgrundlage ausschlaggebend sei,⁴⁴ ist ein Abgehen von dieser Rsp wohl unwahrscheinlich. Da der OGH

38 Planitzer, Die ausschließliche internationale Zuständigkeit für insolvenzrechtliche Annexverfahren, ZIK 2019, 5 (9 f); Konecny, Aktuelles zu insolvenznahen Verfahren, in Jaufer/Nunner-Krautgasser/Schummer, Unternehmenssanierung 73 (81); Lind/Richter in Koller/Lovrek/Spitzer, IO Art 6 EuInsVO Rz 19; Madaus in Brinkmann, EIR Art 6 Rz 12; König/Trenker, Anfechtung⁶ Rz 23,24/3; erwägend Hänel in Vallender, EuInsVO² Art 6 Rz 53; idS schon zuvor Baumert, Offene Praxisfragen beim internationalen Gerichtsstand bei Insolvenzanfechtungsklagen in Drittstaatenfällen – Art 3 EuInsVO analog, NZI 2014, 106; ferner Oberhammer, KTS 2009, 27 (47); aA Musger in Jaufer/Nunner-Krautgasser/Schummer, Unternehmenssanierung 87 (96), der diesfalls eine Abtretung zur »Umgehung« von Art 6 EuInsVO empfiehlt; ebenso Hänel aaO Art 6 Rz 52.

39 Vgl Art 45 Abs 1 lit e ii EuGVVO, wonach Entscheidungen, allerdings aus anderen Mitgliedstaaten (1), die Anerkennung zu versagen ist, wenn eine Zuständigkeit nach Art 24 EuGVVO verletzt wurde.

40 Trenker, ZIK 2015, 8 (10 FN 36); König/Trenker, Anfechtung⁶ Rz 23,25; Hänel in Vallender, EuInsVO² Art 6 Rz 54.

41 EuGH C-213/10.

42 EuGH C-649/16, Rn 29.

43 EuGH C-111/08. Dort kommt die Haltung des EuGH freilich nur implizit, nämlich mit Blick auf Ergebnis und Ausgangssachverhalt, zum Ausdruck.

44 Zu Recht krit bereits Brinkmann, Avoidance Claims in the Context of the EIR, IILR 2013, 371 (373); Cranshaw, Tendenzen im Internationalen Insolvenzrecht, DZWIR 2018, 1 (12).

jüngst erstmals die Abtretbarkeit von Anfechtungsansprüchen bejaht hat,⁴⁵ kann dieser Judikatur künftig bei Insolvenzeröffnung in Österreich Bedeutung zukommen, wenn der *debitor cessus*, also der Anfechtungsgegner, im Ausland sitzt.⁴⁶

Auf den ersten Blick könnte Art 21 Abs 2 EuInsVO noch für eine sechste Ausnahme sorgen, weil die Norm generell als Ausnahme zu Art 6 EuInsVO verstanden wird.⁴⁷ Für die hier interessierenden Prozesse über »Anfechtungsansprüche« iSd Art 7 Abs 2 lit m EuInsVO gilt dies hingegen nicht: Während nämlich Art 21 Abs 2 S 1 EuInsVO Vermögensverschiebungen nach Insolvenzeröffnung zum Gegenstand hat, welche gerade nicht vom Anwendungsbereich des Art 7 Abs 2 lit m EuInsVO erfasst sind (unten III.B.), begründet Art 21 Abs 2 S 2 EuInsVO mE von vornherein keine eigenständige Zuständigkeit, sondern stellt lediglich die (materiellrechtliche) Aktivlegitimation des Sekundärverwalters außer Frage.⁴⁸

Es zeigt sich damit, dass die Konzentration von Anfechtungsklagen auf den Insolvenzeröffnungsstaat in der EuInsVO zwar weitreichend, aber nicht ausnahmslos sichergestellt wird. Diese Erkenntnis sollte bei der im Folgenden zu diskutierenden Auslegung von Art 16 EuInsVO, insbesondere bei der Determination des auf die anfechtbare Rechtshandlung anwendbaren Rechts, stets im Hinterkopf behalten werden (insbesondere unten III.C.2.a.).

45 OGH 17 Ob 6/19k; dazu ausf *Spitzer/Wilfänger*, Übertragbarkeit oder Höchstpersönlichkeit von Anfechtungsrechten, ÖBA 2019, 795; *Trenker*, Abtretbarkeit des Insolvenzanfechtungsanspruchs, ZIK 2019, 161; *Nunner-Krautgasser*, Zur Abtretung des Insolvenzanfechtungsanspruchs, VbR 2020, 167.

46 Auf die innerstaatliche Zuständigkeit nach § 43 Abs 5 IO sollte die Zession indes mE keine Auswirkung haben (*Trenker*, ZIK 2019, 161 [165]; *Nunner-Krautgasser*, VbR 2020, 167 [170]; aA *Kepplinger/Pichler*, ZFR 2019, 578 [581] [Anm], freilich ohne Bezugnahme auf die Rsp des EuGH).

47 Allgemein zum Verhältnis dieser Norm zu Art 6 EuInsVO *Mankowski* in *Mankowski/Müller/J. Schmidt*, EuInsVO 2015 Art 6 Rz 32; *Bramkamp*, Die Attraktivgerichtsstände des europäischen Insolvenzrechts: Eine Untersuchung der Regelungen des Art 6 EuInsVO (2019) 249; *Hänel* in *Vallender*, EuInsVO² Art 6 Rz 53.

48 *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 23,31/1; idS wohl auch *Müller* in *Mankowski/Müller/J. Schmidt*, EuInsVO 2015 Art 21 Rz 27; möglicherweise aA *Thole* in *Brinkmann*, EIR Art 21 Rz 22.

III. Kollisionsrechtliche Anknüpfung im Detail (Art 7 Abs 2 lit m iVm Art 16 EuInsVO)

A. Überblick

Das leitet über zur eigentlichen Themenstellung, dem bei grenzüberschreitenden Sachverhalten anwendbaren Recht. Für einen besseren Überblick seien nochmals die zentralen Weichenstellungen in Erinnerung gerufen: Die insolvenzrechtliche Anfechtbarkeit einer Rechtshandlung vor Insolvenzeröffnung (III.B.2.) richtet sich gem Art 7 Abs 2 lit m EuInsVO grundsätzlich nach den funktional einschlägigen Normen (III.B.1.) der *lex fori concursus*. Der Anfechtungsgegner kann die Anwendung dieser Normen jedoch iSe »Veto-Rechts« nach Art 16 EuInsVO verhindern, indem er nachweist (dazu unten III.E.), dass auf die inkriminierte Rechtshandlung erstens das Recht eines anderen Mitgliedstaats anwendbar wäre (dazu unten III.C.1.) und die Rechtshandlung nach diesem Recht zweitens »in keiner Weise angreifbar ist« (dazu unten III.D.).

B. Gegenstand der Anknüpfung

1. Gläubigerbenachteiligende Handlung

Der gegenständliche Beitrag bezieht sich ausweislich seines Titels auf die »Insolvenzanfechtung«. Die Identifikation der Insolvenzanfechtungstatbestände bereitet zwar nach der Systematik des jeweiligen nationalen Insolvenzrechts (jedenfalls des österreichischen und deutschen⁴⁹) keine allzu großen Probleme. Jedoch ist im gegenständlichen Kontext weit interessanter, wie die EuInsVO die Insolvenzanfechtung abgrenzt. Es gilt dafür, bereits die Frage zu präzisieren: Die EuInsVO grenzt die Insolvenzanfechtung nämlich gar nicht ab. Stattdessen bezieht sich die gegenständlich zu thematisierende Anknüpfung nach Art 7 Abs 2 lit m EuInsVO auf die Regelungen zur Frage, »welche Rechtshandlungen nichtig, anfechtbar oder relativ unwirksam sind, weil sie die Gesamtheit der Gläubiger benachteiligen«.

Erforderlich ist damit nach dem Wortlaut zunächst eine Rechtshandlung. Interessant ist allerdings, dass Art 16 EuInsVO im Gegensatz zu Art 7 Abs 2 lit m EuInsVO in der deutschen Sprachfassung nicht von Rechtshandlungen, sondern nur von Handlungen spricht (eine vergleichbare Diskrepanz besteht in der

49 Dazu noch gleich unten III.B.3.

englischen sowie mittlerweile⁵⁰ auch in der französischen Fassung). Wie hingegen die spanische und italienische Übersetzung belegen, wo jeweils von »actos« bzw »atti/atto« die Rede ist, und wie sich auch aus dem ausdrücklichen Verweis in Art 16 auf Art 7 Abs 2 lit m EuInsVO ergibt, handelt es sich dabei um keine bewusste Differenzierung, sondern ist der Anwendungsbereich beider Normen identisch.⁵¹ ME bietet es sich deshalb an, schlicht auf den kürzeren und unspezifischen Begriff der Handlung abzustellen. Dieser Begriff ist unionsautonom,⁵² aber so weit zu interpretieren,⁵³ dass keine praktisch relevanten Konstellationen ersichtlich sind, in denen dieses Tatbestandsmerkmal eine entscheidende Hürde darstellt.⁵⁴

Weit bedeutsamer ist demgegenüber die Einschränkung, dass die Handlung wegen eines benachteiligenden Effekts für die Gesamtheit der Gläubiger angreifbar sein muss. Es wird damit die funktionale Schlagrichtung der Anknüpfung ausgedrückt, indem lediglich solche Tatbestände der *lex fori concursus* zur Anwendung gelangen, denen ein typischerweise insolvenzspezifisches *telos* zugrunde liegt. Hinzu kommt, dass die Norm die Handlung für nichtig, anfechtbar oder relativ unwirksam erklären muss; es muss daher die Handlung selbst Anfechtungsobjekt sein bzw ihre vermögensrechtliche Wirkung unmittelbar »neutralisiert« werden, während die Anordnung eines mittelbaren Ausgleichs, insbesondere im Wege eines Schadenersatzanspruchs von dritter Seite, nicht erfasst ist.

2. Vor Insolvenzeröffnung

Ungeschriebene Tatbestandsvoraussetzung ist ferner, dass die gläubigerbenachteiligende Handlung vor Insolvenzeröffnung stattgefunden haben muss.⁵⁵

- 50 In der EuInsVO 2000 war dagegen in Art 4 und Art 13 *leg cit* nur von »actes« die Rede, nunmehr heißt es in Art 7 Abs 2 lit m EuInsVO, nicht aber in Art 16 EuInsVO, »actes juridiques«.
- 51 Richtig *Stürner/Fix*, Das maßgebliche Recht im Sinne des Art 13 EuInsVO – Bestimmung und Geltungsumfang, in *Flitsch/Hagebusch/Oberle/Seagon/Schreiber*, Festschrift für Jobst Wellensiek zum 80. Geburtstag (2011) 833 (834f).
- 52 *Müller in Mankowski/Müller/J. Schmidt*, EuInsVO 2015 Art 16 Rz 6; *Reinhart* in MünchKommInsO IV⁴ Art 16 EuInsVO Rz 6; aA *Thole*, Die Anwendung des Art 13 EuInsVO bei Zahlungen auf fremde Schuld, NZI 2013, 113 (114); *Maderbacher in Konecny*, Kommentar zu den Insolvenzgesetzen (62. Lfg; 2018) Art 16 EuInsVO 2015 Rz 6 je mwN.
- 53 *ZB Müller in Mankowski/Müller/J. Schmidt*, EuInsVO 2015 Art 16 Rz 6; *Maesch/Knof in Brinkmann*, EIR Art 16 Rz 12; *Reinhart* in MünchKommInsO IV⁴ Art 16 EuInsVO Rz 6.
- 54 Vgl *Maderbacher in Konecny*, Insolvenzgesetze Art 16 EuInsVO 2015 Rz 6.
- 55 EuGH C-557/13, *Lutz/Bäuerle*, Rn 36; C-310/14, *Nike European Operations Netherlands BV/Sportlan Oy*, Rn 41; *Virgos/Schmit-Bericht* Rz 138; *Schneider*, Die Anwendung der *lex fori concursus*

Rechtshandlungen nach Insolvenzeröffnung sind indes grundsätzlich nicht erfasst, weil die Anwendung des besonderen Verkehrs- und Vertrauensschutzkonzepts des Art 16 EuInsVO hierauf teleologisch nicht zu rechtfertigen wäre.⁵⁶ Das harmoniert systematisch damit, dass für eine außerhalb des Eröffnungsstaats erfolgte Befriedigung eines Gläubigers nach Insolvenzeröffnung Art 23 EuInsVO gilt.

Anderes soll freilich in Konstellationen gelten, bei denen zwar (formell) eine Handlung nach Insolvenzeröffnung »bekämpft« wird, der Erfolg der Klage aber (auch) von der Anfechtbarkeit einer vor Insolvenzeröffnung vorgenommenen Handlung abhängt: So hat der EuGH in der Rs *Lutz/Bäuerle*⁵⁷ entschieden, dass auch bei der Anfechtung der nach Insolvenzeröffnung erfolgten Auszahlung eines bereits vor Insolvenzeröffnung gepfändeten Geldbetrags eine Entlastung nach Art 16 EuInsVO möglich sei. Diese Auslegung wurde vom EuGH primär damit begründet, dass andernfalls die Wirksamkeit der Begründung eines dinglichen Rechts vor Insolvenzeröffnung in einer mit Art 8 EuInsVO unvereinbaren Weise beeinträchtigt worden wäre.⁵⁸ Nach dem konkret auf die Rechtshandlung anwendbaren österreichischen Recht war dogmatisch freilich ohnehin die Pfändung vor Insolvenzeröffnung das richtige Ziel der Anfechtung, woraufhin sich der Anspruch auf Rückzahlung der nach Insolvenzeröffnung erfolgten Auszahlung einfach – *quasi* als Folgewirkung – aus § 39 IO ergeben hätte.⁵⁹ Eine echte Ausnahme von der Anwendung des Art 16 EuInsVO lag daher mE wohl gar nicht vor.⁶⁰

auf die Anfechtung, Unwirksamkeit oder Nichtigkeit und ihre Ausnahmen, ZIK 2015, 126 (128); *Konecny in Mayr*, Europäisches Zivilverfahrensrecht Rz 17.165; *Koller*, Die internationale Zuständigkeit für Annexverfahren und das Kollisionsrecht der Insolvenzanfechtung im Spiegel jüngster Entwicklungen, in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2017 (2018) 37 (53f); ausf *Maesch/Knof in Brinkmann*, EIR Art 16 Rz 17; aA *Reinhart* in MünchKommInsO IV⁴ Art 16 EuInsVO Rz 7. Nach Teilen des Schrifttums soll dies freilich nicht für Art 7 Abs 2 lit m EuInsVO gelten: *Müller in Mankowski/Müller/J. Schmidt*, EuInsVO 2015 Art 7 Rz 69; *Kindler in Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg*, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch XIII⁸ (2021) Art 7 EuInsVO Rz 52.

- 56 Zutr *Koller in Konecny*, Insolvenz-Forum 2017, 37 (53f).
- 57 EuGH C-557/13.
- 58 Zu dieser Begründung eingehend *Frevel*, Das europäische Kollisionsrecht der Insolvenzanfechtung (2017) 75 ff.
- 59 IdS wohl die Schlussanträge GA *Szpunar* 27.11.2014, C-557/13, *Lutz/Bäuerle*. Nach der deutschen *lex fori concursus* hätte sich die Rückforderung aus einer bereicherungsrechtlichen Anspruchsgrundlage ergeben (*Piekenbrock*, IPRax 2016, 219 [220]), was aber nichts daran ändert, dass die funktionale Grundlage die Rückschlagsperre nach § 88 InsO war, womit Art 7 Abs 2 lit m iVm Art 16 EuInsVO richtigerweise zur Anwendung gebracht wurde (zutr *Piekenbrock* aaO 221f).
- 60 So bereits *Schneider*, ZIK 2015, 126 (129); idS auch *Müller in Mankowski/Müller/J. Schmidt*, EuInsVO 2015 Art 16 Rz 10.

3. Zusammenschau und beispielhafte Abgrenzung

Das »Regime« von Art 7 Abs 2 lit m iVm Art 16 EuInsVO gilt zusammengefasst für sämtliche insolvenzspezifische Tatbestände, deren Funktion darin besteht, eine Benachteiligung des Gläubigerkollektivs durch (Rechts-)Handlungen, die vor Insolvenzeröffnung vorgenommen wurden, zu »neutralisieren«; einerlei ist, ob dies *ex lege*, durch Ausübung von Gestaltungsrechten oder Durchsetzung schuldrechtlicher/dinglicher Leistungsansprüche geschieht.⁶¹ Insbesondere aus der zentralen Einschränkung auf Rechtshandlungen vor Insolvenzeröffnung ergibt sich folgender Wertungszusammenhang: Während insolvenzspezifische Wirkungen ab Verfahrenseröffnung ausschließlich nach der *lex fori concursus* zu beurteilen sind, werden Verkehrsteilnehmer vor deren zeitlicher »Vorwirkung« geschützt; ihre Rechtsstellung aus Handlungen vor Insolvenzeröffnung wird gegenüber der Anwendung des Insolvenzstatuts immunisiert, wenn diese Rechtsstellung nach dem auf diese Handlung anwendbaren Recht wirksam und unanfechtbar begründet wurde.

Auf den Punkt gebracht: Das Insolvenzstatut darf Verkehrsteilnehmern ein nach der *lex causae* »wohlerwobenes« Recht nicht mehr nachträglich streitig machen.

Im Einzelnen ist der Anwendungsbereich von Art 7 Abs 2 lit m und Art 16 EuInsVO somit – anhand einiger ausgewählter Beispiele zum österreichischen und deutschen Recht – wie folgt abzugrenzen: Die österreichischen (§§ 27–31 IO, § 188 UGB) oder deutschen (§§ 130–136 InsO) Insolvenzanfechtungstatbestände fallen zweifellos unter das Regime der eingeschränkten Kumulation von Insolvenz- und Wirkungsstatut. Der Entlastungsbeweis nach Art 16 EuInsVO kann den »Anfechtungsgegner« darüber hinaus jedoch auch vor der »Rückschlagsperre« der § 12 Abs 1 IO und § 88 InsO schützen.⁶²

Auch der Ersatzanspruch wegen unzulässiger Rückzahlung eines Gesellschafterkredits (§ 14 Abs 1 S 2 EKEG; § 135 Abs 1 Nr 2 InsO) oder die Unwirksamklärung der Besicherung eines solchen Kredits (§ 12b IO; § 135 Abs 2 Nr 1 InsO⁶³) ist aufgrund der insolvenzspezifischen Funktion des Eigenkapitaler-

61 *Trenker in Koller/Lovrek/Spitzer*, IO Art 7 EuInsVO Rz 28; vgl idS *Virgos/Schmit-Bericht* Rz 58; *Reinhart in MünchKommInsO IV* Art 7 EuInsVO Rz 47.

62 EuGH C-557/13, *Lutz/Bäuerle*, Rn 31; *Taupitz*, Das (zukünftige) europäische Internationale Insolvenzrecht – insbesondere aus international-privatrechtlicher Sicht, ZJP 111 (1998) 315 (328); *Brinkmann in K. Schmidt*, Insolvenzordnung⁹⁹ (2016) Art 4 EuInsVO Rz 30; *Maderbacher in Konecny*, Insolvenzgesetze Art 7 EuInsVO 2015 Rz 68; zumindest im Ergebnis auch *Reinhart in MünchKommInsO IV* Art 8 EuInsVO Rz 20: »in Anlehnung an Art 16«; aA *Thole*, Gläubigerschutz 814.

63 AA *Eckert*, Internationales Gesellschaftsrecht (2010) 319 f (siehe dazu noch in FN 68).

satzrechts⁶⁴ entsprechend als Regelung zur »Neutralisierung« einer gläubigerbenachteiligenden Handlung iSd Art 7 Abs 2 lit m bzw Art 16 EuInsVO zu qualifizieren (ausf dazu noch unten III.C.3.d.).⁶⁵ Dass der Rückersatzanspruch gem § 14 Abs 1 S 2 EKEG auch außerhalb eines Insolvenzverfahrens bestehen kann, vermag nichts daran zu ändern, dass die Sonderregelung dieses Lebenssachverhalts insolvenzrechtlich motiviert ist, was bei richtiger Lesart⁶⁶ der E des EuGH in der Rs *Kornhaas/Dithmar*⁶⁷ den Ausschlag zu geben hat.⁶⁸

(Schaden)Ersatzansprüche der Insolvenzmasse gegen Geschäftsleiter wegen Insolvenzverschleppung, einschließlich unzulässiger Zahlungen (siehe § 25 Abs 3 Z 2 öGmbHG; § 84 Abs 3 Z 6 öAktG; § 69 IO iVm § 1311 ABGB;⁶⁹ für Deutschland nunmehr § 15b InsO) sind zwar ebenfalls insolvenzrechtlich anzuknüpfen.⁷⁰ Jedoch sind diese Ansprüche lediglich auf den mittelbaren Ausgleich der erlittenen Gläubigerbenachteiligung gegenüber einem Dritten gerichtet und zielen daher nicht *per se* auf die »Neutralisierung« (Anfechtung/Unwirksamklärung) der Rechtshandlung ab (das zeigt sich etwa daran, dass der Schuldner des Ersatzanspruchs ja nicht der Empfänger der Leistung ist). Es geht dementsprechend auch nicht um den Schutz einer »wohlerwobenen« Rechtsstellung. Ein beklagter Geschäftsleiter kann sich deshalb nicht nach Art 16 EuInsVO »freibeweisen«.⁷¹

64 BGH IX ZR 185/10 NJW 2011, 3784; *Trenker in Koller/Lovrek/Spitzer*, IO Art 7 EuInsVO Rz 33; ausf *Thomale*, Die Scheinauslandsgesellschaft in der Krise – Gläubigerschutz zwischen Gesellschafts- und Insolvenzstatut, JBl 2021, 83 (95 f) mwN. Siehe ferner die Nw in der folgenden FN.

65 Zur Subsumtion von § 135 InsO unter Art 16 EuInsVO zB *Kindler in MünchKommBGB XIII* Art 7 EuInsVO Rz 51; *Brinkmann*, Beilage zu ZIP 22/2016, 14 (16); *Bitter in Scholz*, GmbH-Gesetz III¹² (2021) Anh § 64 Rz 538 uam; implizit generell auch *Moss/Fletcher/Isaacs*, Insolvency Proceedings³ Rz 8.607; siehe ferner die Nachweise bei FN 137 ff.

66 Vgl dazu *Trenker in Koller/Lovrek/Spitzer*, IO Art 7 EuInsVO Rz 8 FN 38.

67 C-594/14, *Kornhaas/Dithmar*.

68 AA *Eckert*, Internationales Gesellschaftsrecht 319 f: Vertragsstatut; *G. Kodek*, Eigenkapitalersatzrecht und Internationales Privatrecht, in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2009 (2010) 161 (168 ff): Gesellschaftsstatut; möglicherweise abweichend noch *derselbe*, Die Bekämpfbarkeit ausländischer Forderungen im Insolvenzverfahren mit besonderer Berücksichtigung des Eigenkapitalersatzrechts, in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2005 (2006) 191 (202 ff); ebenso wohl noch für Deutschland BGH II ZR 157/09 NJW 2011, 844; *Kindler in MünchKommBGB XIII* Teil 10. Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht 601.

69 Zu den unterschiedlichen Ansprüchen ausf *Trenker*, Schaden der Insolvenzmasse bei Insolvenzverschleppung des Geschäftsleiters – zugleich eine Anmerkung zu 6 Ob 164/16k, JBl 2018, 354, 434.

70 EuGH C-594/14, *Kornhaas/Dithmar*; so bereits *Trenker*, ZIK 2015, 8 (11); ausf jüngst *Thomale*, JBl 2021, 83 (94 f).

71 *Trenker in Koller/Lovrek/Spitzer*, IO Art 7 EuInsVO Rz 29; ebenso *Müller in Mankowski/Müller/J. Schmidt*, EuInsVO 2015 Art 7 Rz 71; im Ergebnis auch *Prager/Keller*, Die Einrede des Art 13 EuInsVO, NZI 2011, 697 (699 f).

C. Anknüpfung nach der *lex causae* eines anderen Mitgliedstaats

1. Keine Anwendung bei *lex causae* eines Drittstaats

Grundvoraussetzung für den Einredebeweis nach Art 16 EuInsVO ist (selbstverständlich) ein Auseinanderfallen von *lex fori concursus*⁷² und *lex causae*. Nach dem Wortlaut von Art 16 EuInsVO muss es sich jedoch um die *lex causae* eines Mitgliedstaats handeln. Ist die *lex causae* hingegen das Recht eines Drittstaats, greift Art 16 EuInsVO nicht. Nach Wortlaut und Systematik der Art 7 ff EuInsVO führt die Nichtanwendbarkeit von Art 16 EuInsVO freilich zur uneingeschränkten Verweisung auf das *Sachrecht*⁷³ im Eröffnungsstaat gem Art 7 Abs 2 lit m EuInsVO. Anderes würde nur gelten, wenn man die EuInsVO diesfalls räumlich von vornherein nicht für anwendbar erachtet;⁷⁴ die bloße Nichtanwendung einer Ausnahmvorschrift wie Art 16 EuInsVO vermag einen Sachverhalt indes mE nicht vom grundsätzlichen Anwendungsbereich der EuInsVO auszuschließen.

Die somit eigentlich folgerichtige exklusive Anwendung der *lex fori concursus* nach Art 7 Abs 2 lit m EuInsVO, welche die wohl überwiegende Ansicht in Deutschland in der Tat befürwortet,⁷⁵ stellt jedoch ein planwidriges Versehen des Gesetzgebers dar. Denn die EuInsVO sollte ausweislich des *Virgos/Schmit*-Berichts⁷⁶ die Mitgliedstaaten gerade nicht hindern, bei Drittstaatsbezug in ihrem autonomen Recht vergleichbaren Vertrauensschutz zu gewährleisten. Vorzugswürdig ist daher die Annahme einer planwidrigen Lücke, welche durch teleologische Reduktion von Art 7 Abs 2 lit m EuInsVO zu schließen ist, jedenfalls wenn das jeweilige autonome Recht des Eröffnungsstaats dem Anfechtungsgegner

72 Sinnvollerweise muss die Rechtshandlung nach der *lex fori concursus* zudem überhaupt anfechtbar sein, auch wenn dies *de iure* wohl keine Anwendungsvoraussetzung ist (Müller in *Mankowski/Müller/J. Schmidt*, EuInsVO 2015 Art 7 Rz 4).

73 AA *G. Kodek*, Die EuInsVO und Drittstaaten – Zum räumlichen Anwendungsbereich der EuInsVO, in *Konecny*, Insolvenzf-Forum 2014 (2015) 141; *Frevel*, Kollisionsrecht 86 ff.

74 So generell *Maderbacher* in *Konecny*, Insolvenzf-Forum 2015 Rz 8; diff *Paulus*, EuInsVO⁶ Art 16 Rz 9; Notwendigkeit des Mittelpunkts der Interessen des Anfechtungsgegners in einem Mitgliedstaat; *Reinhardt* in *MünchKommInsO* IV⁴ Art 16 EuInsVO Rz 23; Notwendigkeit der Belegenheit des anfechtbar übertragenen Vermögensgegenstands in einem Mitgliedstaat.

75 ZB *Klumb*, Kollisionsrecht 72; *Prager/Keller*, NZI 2011, 697 (700); Müller in *Mankowski/Müller/J. Schmidt*, EuInsVO 2015 Art 7 Rz 18; *Bork* in *Kübler/Prütting/Bork*, InsO V (77. Lfg; 8/18) Art 16 EuInsVO 2015 Rz 16; *Reinhardt* in *MünchKommInsO* IV⁴ Art 16 EuInsVO Rz 24; *Thole* in *Vallender*, EuInsVO² Art 16 Rz 2; ebenso wohl auch *Moss/Fletcher/Isaacs*, *Insolvency Proceedings*³ Rz 4,38; sympathisierend, aber letztlich offenlassend BGH IX ZR 328/18 NZI 2020, 383 mwN.

76 Rz 93.

ein mit Art 16 EuInsVO vergleichbares »Veto-Recht« einräumt.⁷⁷ Dass der EuGH sich methodisch wohl kaum auf das Instrument der teleologischen Reduktion berufen würde, ändert im Ergebnis nichts daran, dass er durchaus bereit ist, funktional entsprechende Operationen vorzunehmen, gerade um bestimmten Absichten des (historischen) Gesetzgebers zum Durchbruch zu verhelfen.⁷⁸

Zutreffende Rechtsfolge ist damit eine Anwendung des autonom-nationalen Insolvenzkollisionsrechts durch das angerufene Gericht,⁷⁹ jedenfalls für Staaten, die wie Österreich (zB § 229 Abs 1 IO) und Deutschland (§ 339 InsO) die Regelung des Art 16 EuInsVO nachempfunden haben.

2. Bestimmung des anwendbaren Rechts

a. Grundsatz: Maßgeblichkeit der *lex fori processus*⁸⁰

Zentrale Bedeutung für den Einredebeweis nach Art 16 EuInsVO hat die – auch im Zentrum dieses Beitrags stehende – Frage, nach welchem Kollisionsrecht das auf die gläubigerbenachteiligende Handlung anwendbare Recht überhaupt zu bestimmen ist.

Strittig ist insoweit zunächst, ob stets das Kollisionsrecht im Insolvenzeröffnungsstaat⁸¹ oder jenes des angerufenen Gerichts⁸² heranzuziehen sei. Der praktische Unterschied zwischen beiden Lösungen dürfte sich wegen der Annex-

77 *IdS Maesch/Knof* in *Brinkmann*, EIR Art 16 Rz 48.

78 Vgl *Leible/Domröse* in *Riesenhuber*, Europäische Methodenlehre³ (2015) § 9 Rz 35; *Stotz* in *Riesenhuber*, Methodenlehre³ § 22 Rz 17.

79 *Trenker* in *Koller/Lovrek/Spitzer*, IO Art 16 EuInsVO Rz 4; *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 23,14 mit FN 4205; im Ergebnis ebenso *Duursma-Kepplinger* in *Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky*, EuInsVO Art 13 Rz 3; *G. Kodek* in *Konecny*, Insolvenzf-Forum 2014, 147; *Brinkmann* in *K. Schmidt*, InsO¹⁹ Art 13 EuInsVO Rz 7; *Maderbacher* in *Konecny*, Insolvenzf-Forum Art 16 EuInsVO 2015 Rz 8; *Kindler* in *MünchKommBGB* XIII⁸ Art 16 EuInsVO Rz 4.

80 Der Terminus hat sich mittlerweile etabliert: siehe nur *Maderbacher* in *Konecny*, Insolvenzf-Forum Art 18 EuInsVO 2015 Rz 14 ff und schon *denselben* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzf-Forum (15. Lfg; 2007) Art 15 EuInsVO Rz 14 ff; *Trenker* in *Koller/Lovrek/Spitzer*, IO Art 18 EuInsVO Rz 1; *Paulus*, EuInsVO⁶ Art 18 Rz 1; ferner OGH 10 Ob 28/16i.

81 *U. Huber*, Internationales Insolvenzrecht in Europa – Das internationale Privat- und Verfahrensrecht der Europäischen Insolvenzverordnung, ZEP 114 (2001) 133 (165); *Duursma-Kepplinger* in *Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky*, EuInsVO Art 13 Rz 16; *Dammann* in *Pannen*, Europäische Insolvenzverordnung (2007) Art 13 Rz 5; *Maderbacher* in *Konecny*, Insolvenzf-Forum Art 16 EuInsVO 2015 Rz 5; *Musger* in *Jaufer/Nunner-Krautgasser/Schummer*, Unternehmenssanierung 87 (99).

82 *Brinkmann* in *K. Schmidt*, InsO¹⁹ Art 13 EuInsVO Rz 9; *Frevel*, Kollisionsrecht 95 f; *Koller* in *Konecny*, Insolvenzf-Forum 2017, 37 (54); *Thole*, IPRax 2018, 388 (390); *Reinhardt* in *MünchKommInsO* IV⁴ Art 16 EuInsVO Rz 8; *Bork* in *Kübler/Prütting/Bork*, InsO V Art 16 EuInsVO 2015 Rz 13; *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 23,17/1; *Dornblüth* in *Kayser/Thole*, Insolvenzf-Forum¹⁰ (2020) Art 16 EuInsVO Rz 6.

kompetenz nach Art 6 EuInsVO zwar ohnehin in Grenzen halten.⁸³ Die obigen Ausführungen (II.) haben aber immerhin gezeigt, dass es gleich mehrere Konstellationen geben kann, in denen die Anfechtbarkeit einer Handlung außerhalb des Eröffnungsstaats beurteilt werden muss. In solchen Konstellationen kommt der aufgeworfenen Frage sehr wohl Bedeutung zu. Richtigerweise ist mE das Kollisionsrecht der *lex fori processus* relevant, weil Art 7 EuInsVO keine Grundlage enthält, für diese Vorfrage⁸⁴ von allgemeinen international-privatrechtlichen Grundsätzen abzuweichen.

b. Aber: Unionsrechtliche anfechtungsspezifische Kollisionsregeln

Mit der Anwendung der *lex fori processus* steht allerdings noch nicht fest, ob das ansonsten maßgebliche Kollisionsrecht des Prozessstaats nicht durch unionsrechtliche, anfechtungsspezifische Vorgaben zur Ermittlung der *lex causae* nach Art 16 EuInsVO überlagert wird. Während lange Zeit und besonders von österreichischen Autoren ohne weiteres auf »allgemeine« Regeln des IPR abgestellt wurde,⁸⁵ mehren sich in Deutschland die Stimmen, die eine eigenständige, zu meist als funktional⁸⁶ bezeichnete Bestimmung der *lex causae* fordern.⁸⁷

Letzterer Ansicht ist mE zuzustimmen. Während nämlich eine Anknüpfung nach »allgemeinem« Kollisionsrecht zwangsläufig vielfach Zufallsergebnisse provozieren würde, kann nur eine funktionale Anknüpfung dem durch Art 16 EuInsVO verbürgten *telos* des Vertrauensschutzes sowie sonstigen spezifisch insolvenz- und anfechtungsrechtlichen Wertungen Rechnung tragen, wie sie insbesondere, aber nicht nur der EuInsVO zu entnehmen sind.⁸⁸

Vor allem lässt sich auch nur eine »anfechtungsspezifische« Determination sinnvoll mit einer (weitgehend) unionsautonomen Bestimmung des von Art 16

83 Statt vieler *Stürner/Fix* in FS Wellensiek 833 (835 f); *Müller* in *Mankowski/Müller/J. Schmidt*, EuInsVO 2015 Art 16 Rz 17; vgl auch *Koller* in *Konecny*, Insolvenzf-Forum 2017, 37 (54 FN 82).

84 Richtig *Reinhart* in MünchKommInsO IV⁴ Art 16 EuInsVO Rz 8; *Bork* in *Kübler/Prütting/Bork*, InsO V Art 16 EuInsVO 2015 Rz 13.

85 *Burgstaller*, Zur Anfechtung nach der Europäischen Insolvenzverordnung, in *Simotta*, Der Zivilprozess zu Beginn des 21. Jahrhunderts, Festschrift für Wolfgang Jelinek zum 60. Geburtstag (2002) 31 (36); *Gelter*, Konkurs- und Gläubigeranfechtung bei europäischen Auslandsgeellschaften in Österreich, JBl 2007, 17 (21); *Maderbacher* in *Konecny*, Insolvenzgesetze Art 16 EuInsVO 2015 Rz 6; *Kindler* in MünchKommBGB XIII⁸ Art 16 EuInsVO Rz 9.

86 Überzeugend *Brinkmann*, Beilage zu ZIP 22/2016, 14 (15); vgl auch *Stangl*, Kollisionsrechtliche Umsetzung 331; *Thole*, NZI 2020, 535 (536 f) (Anm).

87 *U. Huber* in FS Heldrich 695 (709 ff); *Stürner/Fix* in FS Wellensiek 833 (838 ff); *Brinkmann*, Beilage zu ZIP 22/2016, 14 (15); vgl *denselben* in *K. Schmidt*, InsO¹⁹ Art 13 EuInsVO Rz 9; *Stangl*, Kollisionsrechtliche Umsetzung 330 ff; *Frevel*, Kollisionsrecht 98 ff; offenbar aa *Kolmann/Keller* in *Gottwald*, Insolvenzrechts-Handbuch⁶ § 131 Rz 95 mit FN 195.

88 Ganz idS auch *Frevel*, Kollisionsrecht 98 ff.

EuInsVO gemeinten anwendbaren Rechts vereinbaren. Eine derart unionsautonome Interpretation ist mE aber notwendig. Das ergibt sich bereits aus der systematisch-teleologischen Überlegung, dass lediglich ein einheitlicher kollisionsrechtlicher Rahmen den intendierten Verkehrs- und Vertrauensschutz (weitgehend) sicherzustellen vermag. Denn unter Zugrundelegung der ausschließlichen Maßgeblichkeit des allgemeinen Kollisionsrechts der *lex fori processus* (oder auch der *lex fori concursus*) hinge die maßgebliche *lex causae* mitunter entscheidend von Umständen ab, die potenzielle Anfechtungsgegner *ex ante* wiederum nicht vorhersehen können.⁸⁹

Der Annahme, Art 16 EuInsVO beinhalte eigenständige, einheitliche Kollisionsregeln auf Ebene der EuInsVO, wurde im Schrifttum zwar bisweilen selbst von den Befürwortern einer spezifischen Determination der *lex causae* mit Skepsis begegnet.⁹⁰ Zuzugestehen ist dem, dass der Wortlaut von Art 16 EuInsVO für einen solchermaßen »einheitlichen kollisionsrechtlichen Rahmen« wenig hergibt. Das offenkundige Ziel einer eigenständigen Anknüpfung, welche frei von nationaler Vorprägung dem supranationalen Charakter des Regelungsgegenstands von Art 16 EuInsVO und seinen Eigenheiten gerecht wird, kann aber sinnvollerweise nur auf Ebene der EuInsVO erreicht werden. Vor allem ist zu beachten, dass der EuGH offenbar selbst von einer weitreichenden unionsrechtlichen Determination der *lex causae* ausgeht. Das zeigt sich deutlich, wenn er zunächst in der Rs *Vinyls/Mediterranea*⁹¹ für die Maßgeblichkeit einer Rechtswahl die EuInsVO ausdrücklich zur *lex specialis* gegenüber der Rom I-VO erklärt und dieses Verständnis anschließend in der Rs *Oeltrans Befrachtungsgesellschaft*⁹² bestätigt und zugleich verallgemeinert. Der Gerichtshof betont in diesem Zusammenhang auch explizit, dass die Norm im Einklang mit den Zielen der EuInsVO auszulegen sei.

c. Zwischenergebnis: Unionsautonomer kollisionsrechtlicher Rahmen

Das mE zutreffende Ergebnis ist, dass Art 16 EuInsVO – und damit *de facto*: der EuGH – iSe einheitlichen Rahmens⁹³ vorgibt, welches Statut (zB Schuldstatut

89 Vgl schon *Stangl*, Kollisionsrechtliche Umsetzung 5 f; ferner *Maderbacher* in *Konecny*, Insolvenzgesetze Art 7 EuInsVO 2015 Rz 21.

90 So wohl *U. Huber* in FS Heldrich 695 (709), wenn er einen Verweis auf das autonome Recht der Mitgliedstaaten annimmt; ähnlich, wenn auch letztlich offenlassend *Stangl*, Kollisionsrechtliche Umsetzung 332 ff; vgl ferner aaO 363.

91 C-54/16, *Vinyls/Mediterranea*, Rn 48.

92 C-73/20, *Oeltrans Befrachtungsgesellschaft*, Rn 26, 30.

93 In C-73/20, *Oeltrans Befrachtungsgesellschaft*, Rn 30, betont der EuGH zwar an einschlägiger Stelle sogar, dass für den Insolvenzbereich »einheitliche Kollisionsnormen« formuliert werden sollten, jedoch kann der von Art 16 EuInsVO vorausgesetzten Anknüpfung am für die Handlung maßgeblichen Recht mE schwerlich eine »vollständige Kollisionsnorm« entnommen werden.

oder Erfüllungsstatut) für bestimmte Anfechtungssachverhalte maßgeblich ist. Der Spielraum der Mitgliedstaaten reduziert sich indes darauf, das jeweilige Statut nach der *lex fori processus* zu bestimmen. Gerade die dafür maßgeblichen Anknüpfungsregeln sind jedoch ohnehin in weiten Bereichen – insbesondere durch die Rom I-VO – vereinheitlicht.

Zur Determination dieses »kollisionsrechtlichen Rahmens« ist eine funktionale Auslegung geboten.⁹⁴ Ihr Ausgangspunkt muss zwar der konkrete »Angriffsgegenstand« und der – hiermit mitunter untrennbar verbundene – »Angriffsgrund« (!) sein, wie er sich in den unterschiedlichen nationalen Insolvenzordnungen präsentiert; jedoch sind insoweit letztlich losgelöst von spezifischen einzelstaatlichen Tatbestandsmerkmalen und Zielsetzungen aus der typischen Funktion eines Anfechtungsgrunds jene maßgeblichen Lebenssachverhalte »herauszuschälen«, die Art 7 Abs 2 lit m EuInsVO unterfallen. Im zweiten Schritt gilt es auf Rechtsfolgenebene, für diese Lebenssachverhalte ein interessengerechtes Statut zu definieren. Dafür ist der Blick zwar (auch) auf allgemeine kollisionsrechtliche Grundsätze zu richten, besonders, wenn sie unionsrechtlich vereinheitlicht sind.⁹⁵ Zusätzlich müssen aber sowohl der zu verbürgende Vertrauensschutz als *telos* von Art 16 EuInsVO⁹⁶ und die typische Funktion der den jeweiligen Lebenssachverhalt erfassenden »Anfechtungsstatbestände« als auch andere spezifisch insolvenzrechtliche Erwägungen, wie sie sich insbesondere aus der EuInsVO ergeben, gewürdigt werden.

Um diese abstrakten Überlegungen »mit Leben zu erfüllen« und zugleich ihre Brauchbarkeit zu zeigen, gilt es im Folgenden, den »kollisionsrechtlichen Rahmen« für gängige Fallkonstellationen abzustecken.

3. Kollisionsrechtlicher Rahmen im Einzelnen

a. Anfechtung von Vertragsabschlüssen und Erfüllungshandlungen

Wohl allseits unbestritten ist, dass die Anfechtung eines Vertrags nach dem Vertragsstatut zu beurteilen ist.⁹⁷ Bestärkt wird dieses Verständnis durch Art 12 Abs 1 lit e Rom I-VO, wonach das auf einen Vertrag anzuwendende Recht auch die Folgen der Nichtigkeit dieses Vertrags regelt.⁹⁸

94 Dazu oben bei und in FN 86.

95 IdS EuGH C-73/20, *Oeltrans Befrachtungsgesellschaft*, Rn 35 ff.

96 So explizit EuGH C-54/16, *Vinyls/Mediterranea*, Rn 48; C-73/20, *Oeltrans Befrachtungsgesellschaft*, Rn 26, 31.

97 Vgl *Stürner/Fix* in FS Wellensiek 833 (837).

98 Auf diese Norm weisen *Maesch/Knof* (in *Brinkmann*, EIR Art 16 Rz 30) hin, wobei sie daraus wohl sogar weiterreichende Folgerungen ziehen wollen.

Die Anfechtung der Erfüllung eines Vertrags (oder einer sonstigen Schuld) ist hiermit zwar nicht gleichzusetzen; denn unabhängig davon, dass nicht alle Mitgliedstaaten eine Trennung zwischen Verfügungs- und Verpflichtungsgeschäft kennen,⁹⁹ ändert sich die »Schlagrichtung« bei der Anfechtung der Tilgung einer Schuld als Begünstigung eines Gläubigers gegenüber der Anfechtung eines – schon für sich genommen – nachteiligen Vertragsabschlusses diametral.¹⁰⁰ Im Ergebnis geht die mittlerweile ganz hM im deutschsprachigen Schrifttum dennoch zu Recht davon aus, dass *lex causae* der Tilgung einer vertraglichen Schuld ebenfalls das Vertragsstatut ist.¹⁰¹ Auch der EuGH¹⁰² ist dem jüngst gefolgt.

Ausgangspunkt für diese Lösung ist, dass es bei der Frage der Anfechtbarkeit der Tilgung um eine Facette der Erfüllungswirkung geht. Art 12 Abs 1 lit b Rom I-VO erklärt hierfür das jeweilige Vertragsstatut für maßgeblich. Im Schrifttum wird zwar vertreten, dass Art 12 Abs 1 lit b Rom I-VO nur die schuldrechtliche, nicht jedoch die sachenrechtliche Erfüllungswirkung determiniere, die einer Erfüllung regelmäßig innewohnende dingliche Verfügung also einem eigenen Statut unterliege.¹⁰³ Bei der Anfechtbarkeit steht jedoch nicht die dingliche Wirkung, sondern – in den Worten deutschsprachiger Dogmatik – der haftungsrechtliche Bestand der Erfüllung gegenüber den sonstigen Gläubigern zur Debatte. Wenngleich man diese Facette der Erfüllungswirkung – wiederum nach deutsch-

99 Vgl nur *Stürner/Fix* in FS Wellensiek 833 (836 f).

100 Das belegen die rechtsvergleichenden Erkenntnisse von *Stangl* (Kollisionsrechtliche Umsetzung 206 ff, 300 ff), wonach auch im englischen und französischen Recht »Vollzugshandlungen« isoliert, also ohne Miteinbeziehung der Verpflichtungsebene angefochten werden können.

101 *Duursma-Kepplinger* in *Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky*, EuInsVO Art 13 Rz 20; *U. Huber* in FS Heldrich 698 (709 ff); *Stürner/Fix* in FS Wellensiek 833 (838 ff); *Brinkmann*, IILR 2013, 371 (380); *derselbe* in *K. Schmidt*, InsO⁹⁹ Art 13 EuInsVO Rz 6; *J. Schmidt*, EWiR 2014, 659 (660) (Anm); *Mankowski*, EWiR 2015, 773 (774) (Anm); *Müller* in *Mankowski/Müller/J. Schmidt*, EuInsVO 2015 Art 16 Rz 7; *Bork* in *Kübler/Prütting/Bork*, InsO V Art 16 EuInsVO 2015 Rz 14; *Paulus*, EuInsVO⁹⁸ Art 16 Rz 8; wohl ebenso *Musger* in *Jaufer/Nunner-Krautgasser/Schummer*, Unternehmenssanierung 87 (100); ebenso bereits *Fragistas*, *RabelsZ* 1938/39, 452 (463); wohl auch *Moss/Fletcher/Isaacs*, *Insolvency Proceedings*³ Rz 8.267; aA *Burgstaller* in FS Jelinek 31 (36); *Gelter*, *JBl* 2007, 17 (21); *Maderbacher* in *Konecny*, *Insolvenzgesetze* Art 16 EuInsVO 2015 Rz 6; *Kindler* in *MünchKommBGB XIII*⁹ Art 16 EuInsVO Rz 9. Unklar ist mE, wie jener Ansatz zu verstehen sei, wonach es bei der Erfüllungshandlung zwar auf das Schuldstatut ankomme, bei Verfügungen aber dennoch das Verfügungsstatut ausschlaggebend sei: so *Kolmann/Keller* in *Gottwald*, *Insolvenzrechts-Handbuch*⁶ § 131 Rz 96; ebenso wohl *Mock* in *BeckOK InsO*²² Art 16 EuInsVO Rz 6, 9 und 10. Siehe zum Meinungsstand in Deutschland auch BGH IX ZR 94/19 NZI 2020, 534 (*Thole*) = GWR 2020, 180 (*Fuchs*) = EWiR 2020, 147 (*Bork*).

102 C-73/20, *Oeltrans Befrachtungsgesellschaft*, Rn 31.

103 Statt vieler *Freitag* in *Rauscher*, *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht* EuZPR/EuIPR III⁴ (2015) Art 12 Rom I-VO Rz 8; *Spellenberg* in *MünchKommBGB XIII*⁹ Art 12 Rom I-VO Rz 78; idS wohl auch *Lurger/Melcher*, *Handbuch Internationales Privatrecht* (2017) Rz 4/78; ebenso im konkreten Kontext zB *Bork*, EWiR 2020, 147 (148) (Anm); vgl ferner *Musger* in *Jaufer/Nunner-Krautgasser/Schummer*, *Unternehmenssanierung* 87 (100).

sprachigem Verständnis – gewissermaßen zwischen der sachen- und schuldrechtlichen Sphäre ansiedeln kann, so geht es eindeutig nicht um die sachenrechtliche Zuordnung iES, welche eine von Art 12 Abs 1 lit b Rom I-VO abweichende Anknüpfung rechtfertigen würde. Es fehlt folglich bei der Anfechtung an hinreichenden Gründen für eine Einschränkung des Wortlauts von Art 12 Abs 1 lit b Rom I-VO.¹⁰⁴ Ausgehend vom bezweckten Vertrauensschutz ist eine Anknüpfung am Vertragsstatut der getilgten Forderung zudem überzeugend. Es ist nämlich aus Sicht eines Anfechtungsgegners naheliegend, für die Frage, ob ein Gläubiger von der Erfüllung einer notleidenden Forderung im Verhältnis zu anderen Gläubigern alles, nur eine bestimmte Quote seiner Forderung oder gar nichts behalten darf, auf das Recht zu vertrauen, welches auf diese Forderung anwendbar ist.¹⁰⁵ Dafür spricht auch, dass die Alternative der Anknüpfung nach dem Verfügungsstatut weit eher geeignet wäre, »Zufallsergebnisse« zu provozieren.¹⁰⁶ Ganz abgesehen von alledem dürfte außer Frage stehen, dass eine einheitliche Anknüpfung der Anfechtung des Vertrags und der Erfüllung aus praktischen wie systematischen Gründen, und nicht zuletzt auch im Interesse der vom EuGH¹⁰⁷ besonders hochgehaltenen Rechtssicherheit, vorzuziehen ist.¹⁰⁸

Das Ergebnis der Maßgeblichkeit des Vertragsstatuts bei der Tilgung einer Verbindlichkeit ist freilich zu verallgemeinern: Wird die Erfüllung eines außervertraglichen Schuldverhältnisses angefochten, gilt – im Einklang mit Art 15 lit h Rom II-VO¹⁰⁹ – das jeweilige Schuldstatut.

Keinen Unterschied kann es ausgehend von der gefundenen Argumentation machen, ob die Erfüllung der Schuld freiwillig oder exekutiv erfolgt (dazu auch noch III.C.3.c.).¹¹⁰ Auch ist – entgegen *Gelter*¹¹¹ und in Abweichung von Art 16 des früheren deutsch-österreichischen Konkursvertrags vom 25. 5. 1979¹¹² – keine

104 IdS EuGH C-73/20, *Oeltrans Befrachtungsgesellschaft*, Rn 35 ff; vgl ferner *Thole*, Gläubigerschutz 831, der zudem auf die funktionale Ähnlichkeit zur Leistungskondition und die dafür geltende Regel des Art 10 Rom II-VO hinweist.

105 C-73/20, *Oeltrans Befrachtungsgesellschaft*, Rn 31.

106 Zutr *U. Huber* in FS Heldrich 698 (715); *Thole*, NZI 2020, 535 (536) (Anm.).

107 C-73/20, *Oeltrans Befrachtungsgesellschaft*, Rn 24, 38 f.

108 Statt vieler *Stilrner/Fix* in FS Wellensiek 833 (838).

109 Das darin angesprochene Erlöschen erfasst auch den Fall der Erfüllung, zB *Junker* in MünchKommBGB XIII⁶ Art 15 Rom II-VO Rz 25.

110 *U. Huber* in FS Heldrich 698 (714 ff); *Thole*, Gläubigerschutz 835; aA *Piekenbrock*, IPRax 2016, 219 (222).

111 JBl 2007, 17 (24); offenlassend *Musger* in *Jaufer/Nunner-Krautgasser/Schummer*, Unternehmensanierung 87 (100); idS wohl auch noch *Hanisch*, ZIP 1981, 569 (572); *Trunk*, Internationales Insolvenzrecht (1998) 191.

112 Vertrag zwischen der Republik Österreich und der Bundesrepublik Deutschland auf dem Gebiet des Konkurs- und Ausgleichs-(Vergleichs-)rechts, öBGBI 1985/233 idF öBGBI 1986/612 bzw dBGBl II 1985, 410.

Ausnahme bei der Erfüllung von Verpflichtungen aus Immobilientransaktionen zu befürworten.¹¹³ Im Ergebnis hätte die von der Gegenansicht befürwortete Relevanz der *lex rei sitae* geringe Auswirkungen, weil sich das Schuldstatut in Ermangelung einer Rechtswahl gem Art 4 Abs 1 lit c Rom I-VO ohnehin nach der Belegenheit der Immobilie richtet. Ob es sich bei der erfüllten Verbindlichkeit schließlich um ein unentgeltliches oder entgeltliches Rechtsgeschäft handelt, ändert ebenfalls nichts an der Maßgeblichkeit des Schuldstatuts.

b. Tilgung fremder Verbindlichkeiten

Ob das Statut der getilgten Forderung allerdings auch dann maßgeblich ist, wenn die Tilgung einer fremden Verbindlichkeit ohne eigenes Schuldverhältnis zwischen Leistendem (Schuldner) und Zuwendungsempfänger (Anfechtungsgegner) angefochten wird, hat der EuGH vor kurzem bejaht.¹¹⁴ Freilich muss insoweit zwischen einer Anfechtung gegenüber dem befriedigten Gläubiger – dies hatte der EuGH zu beurteilen – und einer Anfechtung gegenüber dem bisherigen Schuldner, der durch die Zahlung von seiner Schuld befreit wird, differenziert werden.

Gegenüber dem befriedigten Gläubiger ist mit dem EuGH¹¹⁵ ebenfalls von der Maßgeblichkeit des Statuts der getilgten Schuld auszugehen. Abermals hat es aus der Warte der Rechtssicherheit und -klarheit *per se* viel für sich, auf eine »Sonderlösung« in dieser Frage zu verzichten. Inhaltlich ist relevant, dass das vom Anfechtungsgegner bei der Begründung der Schuld »mitbestimmte« Schuldstatut am ehesten als Bezugspunkt seines im Rahmen von Art 16 EuInsVO zu wahrenen Vertrauens anzusehen ist.¹¹⁶ Zudem spricht für die Anwendung des Schuldstatuts, dass die mangelnde Werthaltigkeit der getilgten Schuld wohl typischerweise (zugegebenermaßen beruht diese Vermutung auf deutschem¹¹⁷ und österreichischem¹¹⁸ Vorverständnis) eine Kernfrage für die Anfechtung der Tilgung eines Dritten wegen Unentgeltlichkeit ist.¹¹⁹

113 Zutr *U. Huber* in FS Heldrich 698 (714 f); *Frevel*, Kollisionsrecht 144 f; aA jüngst *Finkelmaier*, NZI 2021, 502 (504) (Anm.).

114 C-73/20, *Oeltrans Befrachtungsgesellschaft*. Dem lag eine Vorlage des BGH IX ZR 94/19 NZI 2020, 534 (*Thole*) = GWR 2020, 180 (*Fuchs*) = EWiR 2020, 147 (*Bork*) zugrunde.

115 C-73/20, *Oeltrans Befrachtungsgesellschaft*.

116 EuGH C-73/20, *Oeltrans Befrachtungsgesellschaft*, Rn 31 f. So bereits *Frevel*, Kollisionsrecht 156 f, 160 f.

117 Statt vieler BGH IX ZR 84/05 NZI 2006, 399 (*Gundlach/Frenzel*); *Thole*, Grundfragen und aktuelle Problemstellungen der Anfechtung unentgeltlicher Leistungen, KTS 2011, 219 (224 ff).

118 Siehe OGH 2 Ob 534/92; näher *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 9/8.

119 *Frevel*, Kollisionsrecht 153 ff; aA einerseits *Thole*, NZI 2013, 113, der auf das »Zuwendungsstatut« zwischen Insolvenzschuldner und Gläubiger abstellt, womit er letztlich zur Maß-

Bei der Anfechtung gegenüber dem bisherigen Schuldner sollte jedoch auf das Statut eines spezielleren Valutaverhältnisses zum Insolvenzschuldner abgestellt werden, sofern der Bestand eines solchen überhaupt behauptet wird. Die Tilgung gegenüber dem befriedigten Gläubiger stellt im Verhältnis des Leistenden zum bisherigen Schuldner ja nur die Erfüllung dieses Valutaverhältnisses dar, sodass es konsequent ist, das hierauf anwendbare Recht als *lex causae* anzusehen.

c. Anfechtung von Sicherheitenbestellungen

Anfechtungsrechtlich besteht zwischen der Tilgung einer Schuld und ihrer Besicherung ein enger funktionaler Zusammenhang. Nicht umsonst werden Befriedigung und Sicherstellung sowohl nach österreichischem (§§ 30, 31 Fall 1 IO) als auch nach deutschem (§§ 130, 131 InsO) Anfechtungsrecht unter dem Oberbegriff der Deckungsanfechtung einem prinzipiell einheitlichen Regelungsregime unterworfen. Es nimmt daher wenig Wunder, dass viele jener Autoren, welche bei der Erfüllung einer Schuld das Schuldstatut als *lex causae* ansehen, bei der Bestellung einer Sicherheit iSe einheitlichen Anknüpfung der Deckungsanfechtung ebenfalls das Schuldstatut der gesicherten Forderung für maßgeblich erachten.¹²⁰ Es wird dementsprechend argumentiert, dass die Besicherung bei funktionaler Betrachtung eine Art bedingte Befriedigung eines bestimmten Schuldverhältnisses sei.¹²¹

Letzterer Gesichtspunkt zeigt freilich gewisse Schwächen dieser Begründung auf: Wurde die Sicherheit nämlich *uno actu* für mehrere Forderungen begründet, müsste es zu einer – gelinde gesprochen – überraschenden Aufspaltung der Anknüpfung ein- und desselben Akts kommen. Ganz generell hängt die Überzeugungskraft dieses Ansatzes mit einem unionsweit keineswegs selbstverständlichen Akzessorietätsdenken der Sicherheitenbestellung zusammen. Es erheben sich daher in der Tat Zweifel, ob eine Sicherstellung wirklich nicht *mehr* bzw nicht etwas *anderes* ist als eine bedingte Erfüllungshandlung.¹²² Aufgrund dieser Erwägungen hat sich eine starke Gegenansicht etabliert, die dementsprechend dafür eintritt, den Vorgang der Sicherheitenbestellung vom Statut der gesicherten

geblichkeit des Rechts am gewöhnlichen Aufenthalt des Insolvenzschuldners gelangt (vgl allerdings nunmehr auch *denselben*, NZI 2020, 535 [536] [Anm]); andererseits *Maesch/Knof* in *Brinkmann*, EIR Art 16 Rz 44, die – mE wenig überzeugend – auf das Insolvenzstatut abstellen wollen und damit den Veto-Mechanismus von Art 16 EuInsVO »leerlaufen« lassen, weil die Schädigung des schuldnerischen Vermögens den einzig relevanten Kontext für die Handlung bilde.

120 U. Huber in FS Heldrich 698 (712 ff); Thole, Gläubigerschutz 835; Knof, EWIR 2011, 709 (710) (Anm); im Grundsatz auch *Maesch/Knof* in *Brinkmann*, EIR Art 16 Rz 41.

121 U. Huber in FS Heldrich 698 (713 f).

122 So *Frevel*, Kollisionsrecht 163 f; idS auch *Brinkmann* in *K. Schmidt*, InsO¹⁹ Art 13 Rz 6.

Forderung loszulösen. Überwiegend wird dabei befürwortet, die *lex rei sitae* des Sicherungsgegenstands als *lex causae* anzusehen;¹²³ mitunter wird dies allerdings auf Sicherungsrechte an Immobilien eingeschränkt.¹²⁴ Eine andere Mindermeinung stellt überhaupt auf das Statut der Sicherungsabrede ab.¹²⁵

Ob die Bestellung einer Sicherheit insoweit eine »Sonderanknüpfung« verdient, ist wohl zu einem gewissen Grad eine Glaubensfrage. Gute Gründe sprechen allerdings dafür, den durch Art 16 EuInsVO gewährleisteten Vertrauensschutz nach der *lex rei sitae* auszurichten, zumal der Anfechtungsgegner nach diesem Statut ohnehin bereits die sachenrechtliche Wirksamkeit und damit die grundsätzliche Insolvenzfestigkeit der Sicherheit beurteilen muss. Ein weiteres, wenn auch letztlich ähnliches Argument, das für eine vom Schuldstatut der gesicherten Forderung abweichende Anknüpfung sprechen könnte, ist Art 8 EuInsVO (idS auch Art 10 EuInsVO) zu entnehmen.¹²⁶ Unabhängig davon, wie man dessen umstrittene Rechtsfolgenanordnung versteht,¹²⁷ belegt er ausweislich ErwG 68 EuInsVO erstens, dass die Auswirkung dinglicher Sicherheiten auf die insolvenzrechtliche Abwicklung nach Auffassung des europäischen Gesetzgebers eine Sonderregelung verdient. Zweitens ist genau diese Auswirkung der dinglichen Sicherheit auf die insolvenzrechtliche Abwicklung typischer Angriffsgegenstand bei einer Anfechtung von Sicherheitenbestellungen.¹²⁸ Zwingend ist freilich die Argumentation mit Art 8 EuInsVO nicht. Der darin verbürgte Schutz wird in Abs 4 *leg cit* nämlich gerade davon abhängig gemacht, dass die Begründung des dinglichen Rechts nicht nach Art 7 Abs 2 lit m EuInsVO anfechtbar ist, wobei auch insofern Art 16 EuInsVO maßgeblich ist.¹²⁹ Welches das für die Beurteilung nach Art 16 EuInsVO maßgebliche Recht ist, sagt die Norm aber nicht.¹³⁰ Dennoch ist es durchaus wahrscheinlich, dass der EuGH geneigt sein könnte, die Wertung von Art 8 EuInsVO auf das Vertrauensschutzkonzept des Art 16 EuInsVO »ausstrahlen« zu lassen, wie er dies bereits in der Rs *Lutz/Bäuerle*¹³¹ getan hat.¹³²

123 *Brinkmann*, IILR 2013, 371 (380); vgl *denselben* in *K. Schmidt*, InsO¹⁹ Art 13 EuInsVO Rz 6; *Frevel*, Kollisionsrecht 166 ff; *Knof* in *Uhlenbruck*, Insolvenzordnung II¹⁵ (2020) Art 16 EuInsVO Rz 27; *Mock* in BeckOK InsO²² Art 16 EuInsVO Rz 11.

124 *Maesch/Knof* in *Brinkmann*, EIR Art 16 Rz 42.

125 *Stangl*, Kollisionsrechtliche Umsetzung 363 f. Noch unausgegoren auf den Grundsatz der engsten Beziehung abstellend *Trenker* in *Koller/Lovrek/Spitzer*, IO Art 16 EuInsVO Rz 6.

126 Ebenso *Frevel*, Kollisionsrecht 169 f.

127 Dazu einerseits *Trenker* in *Koller/Lovrek/Spitzer*, IO Art 8 EuInsVO Rz 17 ff; andererseits *Reinhart* in *MünchKommInsO* IV⁴ Art 8 EuInsVO Rz 17 ff je mwN.

128 Vgl *Brinkmann*, IILR 2013, 371 (380).

129 *Müller* in *Mankowski/Müller/J. Schmidt*, EuInsVO 2015 Art 8 Rz 35 mwN; *Trenker* in *Koller/Lovrek/Spitzer*, IO Art 8 EuInsVO Rz 24.

130 Vgl zutr *Frevel*, Kollisionsrecht 170.

131 EuGH C-557/13.

132 Darauf weist zu Recht *Frevel* (Kollisionsrecht 170 ff) hin.

Sollte sich der EuGH dementsprechend mit guten Gründen dazu bekennen, eine Sicherheitenbestellung nicht einfach nach dem Statut der gesicherten Schuld zu beurteilen, ist noch zu klären, wie diese »Sonderanknüpfung« auszugestalten wäre: Ausgehend von jenen Erwägungen, die ein Abweichen vom Schuldstatut der gesicherten Forderung rechtfertigen, sollte es nicht auf das für den Sicherheitenbestellungsvertrag maßgebliche Recht ankommen.¹³³ Ansonsten müsste der Anfechtungsgegner mitunter wiederum drei verschiedene Rechtsordnungen ins Kalkül ziehen, um die Insolvenzfestigkeit seiner Sicherheit zu beurteilen. Außerdem kommt diese Anknüpfung von vornherein nur für rechtsgeschäftlich bestellte Sicherheiten in Betracht.¹³⁴ Vorzugswürdig ist es deshalb, die *lex rei sitae* im Zeitpunkt der Begründung, dh der »insolvenzrechtlichen Perfektion« der Sicherstellung, als *lex causae* iSd Art 16 EuInsVO anzusehen. Nach der Wertung von Art 8 EuInsVO, der ausweislich seines Wortlauts dingliche Rechte an beweglichen und unbeweglichen Sachen gleichermaßen erfasst, ist diese Anknüpfung auch nicht auf Immobilien zu beschränken.¹³⁵ Für die Bestimmung der *rei sitae* ist im Interesse einer (bestmöglich) unionseinheitlichen Interpretation Rückgriff bei Art 2 Nr 9 EuInsVO zu nehmen.

All das gilt grundsätzlich auch für exekutiv bestellte Sicherheiten. Die *lex rei sitae* deckt sich wegen des Territorialitätsprinzips freilich weitgehend mit der *lex fori executionis*, außer das Zwangsvollstreckungsrecht des jeweiligen Mitgliedstaats beurteilt die Belegenheit von Vermögen abweichend zu Art 2 Nr 9 EuInsVO.¹³⁶ Allerdings: Bei der Zwangsvollstreckung ist wohl danach zu differenzieren, ob die Sicherstellung nur als Zwischenschritt für die zwangsweise Erfüllung dient, oder – zumindest vorerst – wirklich nur eine Sicherstellung begründet wurde. Ersterenfalls determiniert das auf die Erfüllung anwendbare Recht, also das Schuldstatut der befriedigten Forderung (oben III.C.3.a.), mE auch die *lex causae* der zwischenzeitlichen Sicherstellung. Bei einer exekutiven Sicherstellung erscheint eine Anknüpfung nach der *lex rei sitae* folglich nur sachgerecht, wenn kein einheitlicher Vorgang der Befriedigungsexekution vorliegt.

d. Anfechtung der Rückzahlung von Gesellschafterdarlehen

Heftig umstritten ist die Beurteilung der *lex causae* bei der Rückzahlung (oder in gleicher Weise: der Besicherung) eines Gesellschafterkredits.¹³⁷ Geht es um

133 AA Stangl, Kollisionsrechtliche Umsetzung 363 f.

134 Frevel, Kollisionsrecht 167.

135 AA Maesch/Knof in Brinkmann, EIR Art 16 Rz 42.

136 (Nur) Insoweit zutr Trenker in Koller/Lovrek/Spitzer, IO Art 16 EuInsVO Rz 6.

137 Der BGH (IX ZR 328/18 ZIP 2020, 280) konnte die Frage im Anwendungsbereich von § 339 InsO vor kurzem offenlassen.

die Anfechtung der Tilgung des Kredits wegen der damit generell verbundenen Gläubigerungleichbehandlung, steht also kein spezifisches Problem eines *Gesellschafterkredits* zur Debatte, so besteht wohl kein Zweifel, dass die Anknüpfung wie bei der Erfüllung oder Sicherstellung jeder anderen Kreditverbindlichkeit vorzunehmen ist. Wird hingegen die Rückzahlung/Besicherung *wegen der Qualifikation als Gesellschafterkredit* »angegriffen«, wie dies zB bei § 14 Abs 1 S 2 EKEG, § 12b IO oder § 135 InsO der Fall ist, plädieren Teile des deutschen Schrifttums seit einer vielbeachteten E des OLG Naumburg¹³⁸ für eine besondere Anknüpfung: Umstritten ist zwischen den Befürwortern dieser Ansicht allerdings – auch das OLG Naumburg ließ dies offen –, ob sich die *lex causae* nach dem Insolvenz-¹³⁹ oder Gesellschaftsstatut¹⁴⁰ richtet.

Eine Anwendung des Insolvenzstatuts ist freilich von vornherein problematisch, führt sie doch zum merkwürdigen Ergebnis, dass der Veto-Mechanismus von Art 16 EuInsVO ausgehebelt wird.¹⁴¹ Sind die *lex fori concursus* und das auf die Rechtshandlung anwendbare Recht nämlich *per definitionem* identisch, ist eine Entlastung nach Art 16 EuInsVO *de facto* ausgeschlossen. Das erhebt die generelle Frage, ob das Insolvenzstatut überhaupt zugleich das auf eine Handlung anwendbare Recht iSd Art 16 EuInsVO sein kann. Man wird dies möglicherweise nicht *per se* ausschließen dürfen; ein solches Ergebnis wäre aber jedenfalls besonders begründungsbedürftig.

Dies leitet über zur konkret entscheidenden Frage, was die Rückzahlung von Gesellschafterkrediten denn so speziell macht, dass ihre Anfechtung nicht nur grundsätzlich Art 7 Abs 2 lit m EuInsVO unterfällt, sondern sie als solche

138 5 U 73/10 ZIP 2011, 677.

139 Brinkmann, Beilage zu ZIP 22/2016, 14 (16 f mwN); Frevel, Kollisionsrecht 177 ff; Weller/Thomale, Gesellschafterdarlehen und Gesellschaftersicherheiten in der internationalen Konzerninsolvenz, in Boel-Woelki/Faust/Jacobs/Kuntz/Röthel/Thorn/Weitemeyer, Festschrift für Karsten Schmidt zum 80. Geburtstag II (2019) 613 (621 f); Bitter in Scholz, GmbH-Gesetz III¹² Anh § 64 Rz 538.

140 So Schall, Crossborder-Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz, ZIP 2011, 2177 (2181) mit mE allerdings schwer nachvollziehbarer Begründung; Kalbfleisch, Insolvenzanfechtung bei grenzüberschreitenden Gesellschafterdarlehen, WM 2020, 1619 (1623 f); Paulus, EuInsVO⁶ Art 16 Rz 8 FN 27; ebenso noch Brinkmann in K. Schmidt, InsO¹⁹ Art 13 Rz 4; offenlassend Knof, EWiR 2011, 709 (710) (Anm); für Österreich auch Musger in Jaufer/Nunner-Krautgasser/Schummer, Unternehmenssanierung 87 (100), der sich mE aber zu stark von den »Wertungen des österreichischen Sachrechts« leiten lässt.

141 Brinkmann, Beilage zu ZIP 22/2016, 14 (17), will den Vorwurf eines »Leerlaufens« von Art 16 EuInsVO dadurch entkräften, dass er auf das COMI im Zeitpunkt der Vornahme der Rechtshandlung abstellt. Die Anwendung eines solchermaßen »modifizierten« oder »hypothetischen« Insolvenzstatuts zu einem bestimmten Zeitpunkt läuft jedoch auf die Entwicklung eines eigenständigen Vertrauensschutzkonzepts hinaus. Für dieses mögen *de lege ferenda* durchaus gute Gründe sprechen, *de lege lata* findet sich dafür jedoch kein hinreichender Anhaltspunkt.

umfassend dem Insolvenzstatut unterliegen soll. Offensichtlich werden von den Befürwortern einer insolvenzrechtlichen Qualifikation diese Spezifika in jenen Tatbestandsmerkmalen erblickt, welche die Rückzahlung aus insolvenzrechtlichem Blickwinkel »unberechtigt« oder gar »anrühig« erscheinen lassen. In diese Kerbe dürfte auch die Behauptung schlagen, die Unanfechtbarkeit der Rückzahlung eines Kredits nach dem allgemeinen Kreditvertragsstatut sei nicht geeignet, ein schutzwürdiges Vertrauen des Gesellschafters zu begründen.¹⁴²

Letzteres bleibt jedoch eine bloße Behauptung, sofern man nicht auf einen Zirkelschluss zurückgreift.¹⁴³ Auf diesen Zirkelschluss läuft es nämlich hinaus, wenn man gerade jene Tatbestandsmerkmale, welche die zugrundeliegende Handlung als »anfechtbar« erweisen, als jene Tatbestandsmerkmale ansieht, die für die Determination der *lex causae* charakteristisch sind. Mit dieser Argumentation könnte man nämlich ebenso gut jede nach Eintritt der materiellen Insolvenz vorgenommene Sicherstellung oder Befriedigung eines Gläubigers dem Insolvenzstatut zuordnen, zumal der damit verbundenen Gläubigerungleichbehandlung zwangsläufig ein insolvenzspezifisches Charakteristikum innewohnt.¹⁴⁴ Das würde den Mechanismus von Art 16 EuInsVO allerdings von vornherein *ad absurdum* führen.

Es ist dementsprechend zwar richtig, dass der »Anfechtungsgrund« bei der Rückzahlung eines Gesellschafterkredits die insolvenzrechtliche Nachrangigkeit dieses Kredits (§ 57a IO, § 39 Abs 1 Nr 4, 5 InsO) ist und derartige Rangfragen nach Art 7 Abs 2 lit i EuInsVO der *lex fori concursus* unterliegen;¹⁴⁵ Weller/Thomale¹⁴⁶ sprechen sogar davon, dass die spezifische Behandlung von Gesellschafterdarlehen einen »archetypischen Grundkonflikt des Insolvenzrechts« regle; auch das mag sein. Es ändert jedoch nichts daran, dass Art 7 Abs 2 lit i EuInsVO eben erst in einem aufrechten Insolvenzverfahren uneingeschränkt gilt. Währenddessen unterliegt die »Vorwirkung« dieser materiellen Anordnung auf *Handlungen vor Insolvenzeröffnung* dem besonderen Vertrauensschutzregime des Art 7 Abs 2 lit m iVm Art 16 EuInsVO, egal ob es um die Wahrung der Gleichbehandlung gleichrangiger Gläubiger oder die Gewährleistung der Schlechterstellung nachrangiger Gläubiger geht (vgl oben III.B.3.).¹⁴⁷ Daraus ergibt sich folgende systemkonforme

142 So Brinkmann, Beilage zu ZIP 22/2016, 14 (17); Bitter in Scholz, GmbHG III¹² Anh § 64 Rz 538.

143 Vgl Prager/Keller, NZI 2011, 697 (700); Thole in Vallender, EuInsVO² Art 16 Rz 5.

144 Vgl idS Thole in Vallender, EuInsVO² Art 16 Rz 5; wohl ebenso Prager/Keller, NZI 2011, 697 (700). Im Grundsatz erkennt dies auch Frevel (Kollisionsrecht 180 f), die allerdings einen – mE aber nicht hinreichenden – Unterschied zwischen der Funktion von § 135 InsO und jener der Deckungstatbestände erkennen möchte (aaO 181 f).

145 Darauf stellt etwa auch Knof, EWIR 2011, 709 (710) (Anm) ab.

146 In FS K. Schmidt II 613 (621).

147 Wenn Weller/Thomale (in FS K. Schmidt II 613 [621]) daher gegen eine Anknüpfung der Rückzahlung von Gesellschafterkrediten nach der *lex causae* einwenden, es würde damit eine

Abgrenzung: Die Nachrangigkeit eines Gesellschafterdarlehens im eröffneten Insolvenzverfahren (§ 57a IO; § 39 Abs 1 Nr 4, 5 InsO) richtet sich uneingeschränkt nach der *lex fori concursus* (dies übrigens auch bei »Scheinauslandsgesellschaften«¹⁴⁸); der Rückersatzanspruch bei Tilgung des Gesellschafterkredits vor Insolvenzeröffnung (§ 14 Abs 1 S 2 EKEG, § 135 InsO) genießt dagegen besonderen Vertrauensschutz nach Art 16 EuInsVO, indem sich der Gesellschafter nach dem Kreditvertragsstatut entlasten kann.¹⁴⁹ Diesen Vertrauensschutz kann man *de lege ferenda* vielleicht mit guten Gründen kritisieren. *De lege lata* darf er aber nicht dadurch umgangen werden, dass wegen der insolvenzrechtlichen Anknüpfung einzelner Tatbestandsmerkmale – hier jene der Rangordnung iSd Art 7 Abs 2 lit i EuInsVO – das allgemeine Wirkungsstatut insolvenzrechtlich qualifiziert wird.¹⁵⁰

All das gilt umso mehr, wenn man sich vergegenwärtigt, dass die insolvenzrechtliche »Schlechterstellung« von Gesellschafterkrediten keineswegs allen Rechtsordnungen der EU-Mitgliedstaaten geläufig ist.¹⁵¹ Nicht zuletzt aus diesem Grund ist ein Kredit bei gebotener unionsautonomer Interpretation auch nicht einfach dem Gesellschaftsstatut zu unterstellen, nur weil ihn ein Gesellschafter

dem fundamentalen Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung verpflichtete Ordnung »der rechtswahlgestützten Vertragsrechtsarbitrage« ausgesetzt, würdigen sie mE nicht hinreichend, dass hinsichtlich der »Vorwirkung« auf Handlungen vor Insolvenzeröffnung sogar der Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung selbst durch Art 16 EuInsVO unterlaufen werden kann (ganz idS Thole in Vallender, EuInsVO² Art 16 Rz 5). Dementsprechend widerspricht ihre Berufung auf eine »indispositive Rechtseinheit« sowie die konstatierte Gefährdung der »Rechtseinheit und Rechtssicherheit der lex concursus« durch eine mangelnde Anerkennung des insolvenzrechtlichen Charakters dieser »supranationalen Strukturentscheidungen« von Art 16, wonach ein Rechtserwerb vor Insolvenzeröffnung gewissen Schutz vor der *lex concursus* genießen soll.

148 Insoweit zutr BGH IX ZR 185/10 NJW 2011, 3784.

149 Dementsprechend übersieht die Argumentation von Befürwortern der Anwendung des Insolvenzstatuts (zB Brinkmann, Beilage zu ZIP 22/2016, 14 [17]; Bitter in Scholz, GmbHG III¹² Anh § 64 Rz 538), wonach ein Gesellschafter, der sich an einer deutschen GmbH beteilige, nicht ernsthaft darauf vertrauen könne, insolvenzrechtlich nur nach dem Statut des Schuldvertrags beurteilt zu werden, einen wesentlichen Aspekt der Wirkungsweise von Art 16 EuInsVO: Selbstverständlich darf der Gesellschafter nicht darauf vertrauen, dass sich der Rang seines Darlehens im Insolvenzfall nach dem Vertragsstatut beurteilt. Jedoch darf er nach der Wertung von Art 16 EuInsVO darauf vertrauen, dass er eine Rückzahlung vor Insolvenzeröffnung – *quasi* als wohlverwobenes Recht – behalten darf, wenn sie nach dem Darlehensstatut in keiner Weise angreifbar ist!

150 Vgl zutr Kolmann, IILR 2011, 193 (195 f) (Anm).

151 Nach U. Huber/Habersack (Zur Reform des Rechts der kapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen, in Lutter, Das Kapital der Aktiengesellschaft in Europa ZGR-Sonderheft 17 [2006] 370 [383 ff]) gebe es vergleichbare Regelungen wie in Deutschland und Österreich auch in Italien, Spanien, Griechenland, Portugal und Slowenien. Zu weitgehend ist daher wohl der Befund von Maesch/Knof in Brinkmann, EIR Art 16 Rz 32 f, die das Problem als deutsch-österreichische Eigenheit abtun.

vergibt.¹⁵² Konsequenterweise ist ja auch die Bereichsausnahme von Art 1 Abs 2 lit f Rom I-VO für Fragen betreffend das Gesellschaftsrecht nicht auf Gesellschafterkredite anwendbar.¹⁵³ Ganz abgesehen davon ist nicht einmal die Teleologie des deutsch-österreichischen Kapitalersatzrechts gesellschaftsrechtlich, sondern eben insolvenzrechtlich motiviert, andernfalls der Anwendungsbereich von Art 7 Abs 2 lit m EuInsVO gar nicht eröffnet wäre.¹⁵⁴

Richtigerweise hat es daher mE auch bei der Rückzahlung oder Besicherung von Gesellschafterkrediten bei den allgemein ermittelten Grundsätzen zur Anfechtung der Tilgung oder Besicherung von vertraglichen Schuldverhältnissen zu bleiben.¹⁵⁵ Vermieden wird damit jene »Zersplitterung« der *lex causae*, zu der die Gegenauffassung führen würde, weil sie auf die Rückzahlung ein anderes Recht zur Anwendung bringen will, je nachdem, welcher Anfechtungstatbestand konkret geltend gemacht wird.

e. Anfechtung sonstiger Handlungen

Bei einer Zession gelten insoweit keine Besonderheiten, als bei Anfechtung des Verpflichtungs- und des Verfügungsgeschäfts das der Abtretung zugrundeliegende Vertragsstatut ausschlaggebend ist (vgl Art 14 Rom I-VO). Gerade das Beispiel der Zession belegt zusätzlich, dass eine unterschiedliche Behandlung von Verpflichtungsgeschäft und Erfüllung rechtsfolgenseitig kaum überzeugend zu rechtfertigen wäre, zumal beide Vorgänge bei der Zession in aller Regel *uno actu* erfolgen. Bei der Sicherungszession ist allerdings – sofern man der Annahme einer Sonderanknüpfung für dingliche Sicherheitenbestellungen folgt (oben III.C.3.c.) – die *lex rei sitae* der zedierten Forderung maßgeblich; es ist demnach gemäß der Wertung von Art 2 Nr 9 VIII EuInsVO das Recht im Wohnsitzstaat des Drittschuldners ausschlaggebend.¹⁵⁶

Für eine (einseitige) Aufrechnung erklärt Art 17 Rom I-VO das Recht für maßgeblich, das auf die Forderung anwendbar ist, *gegen* die aufgerechnet werden

152 Maesch/Knof in Brinkmann, EIR Art 16 Rz 34 f.

153 Überzeugend Eckert, Internationales Gesellschaftsrecht 313 ff mwN; aA G. Kodek in Konecny, Insolvenz-Forum 2009, 161 (177 ff); wohl auch von Hein in Rauscher, EuZPR/EuIPR III⁴ Art 1 Rom I-VO Rz 47 mit FN 221.

154 Insoweit zutr Weller/Thomale in FS K. Schmidt II 613 (621). Dazu schon oben III.B. bei und in FN 65 ff.

155 Ebenso OLG Dresden 13 U 730/16 BeckRS 2018, 30341; Prager/Keller, NZI 2011, 697 (700); Kolmann, IILR 2011, 193 (195 f) (Anm); Müller in Mankowski/Müller/J. Schmidt, EuInsVO 2015 Art 16 Rz 17; Maesch/Knof in Brinkmann, EIR Art 16 Rz 32 ff; Thole in Vallender, EuInsVO³ Art 16 Rz 6 f; Kolmann/Keller in Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch⁶ § 131 Rz 97; Kindler in Münch-KommBGB XIII⁹ Art 16 EuInsVO Rz 12.

156 Anders Frevel, Kollisionsrecht 177.

soll (Hauptforderung).¹⁵⁷ Art 9 EuInsVO bestätigt diese Anknüpfung im insolvenzrechtlichen Kontext. Beim »insolvenzrechtlichen Angriff« auf eine Aufrechnung ist jedoch zu beachten, dass – jedenfalls bei gebotener funktionaler und unionsautonomer Betrachtung¹⁵⁸ – prinzipiell nicht die Aufrechnung selbst, sondern jene Rechtshandlung Gegenstand der Anfechtung ist, welche die Aufrechnungslage herbeiführt (vgl § 96 Abs 1 Nr 3 InsO). Die Beseitigung der Aufrechnung als Erfüllungshandlung kann die Gläubigerbenachteiligung nämlich nicht dauerhaft verhindern, sofern die zugrundeliegende Aufrechnungslage bestehen bleibt. Die *lex causae* ist daher das auf die Begründung der Aufrechnungslage anwendbare Recht.¹⁵⁹ Regelmäßig wird dieser Akt freilich die Begründung der Verbindlichkeit des Anfechtungsgegners gegenüber dem Schuldner sein, womit gem Art 10 Abs 1 Rom I-VO doch im Einklang mit Art 17 Rom I-VO bzw Art 9 EuInsVO auf das Schuldstatut der Forderung abzustellen ist, gegen die aufgerechnet wird.¹⁶⁰

Ein einseitiger Verzicht ist nach dem Schuldstatut der verzichteten Forderung zu beurteilen (Art 12 Abs 1 lit d Rom I-VO),¹⁶¹ während ein Erlassvertrag selbständig als solcher anzuknüpfen ist.¹⁶²

Bei der Anfechtung der Unterlassung einer Handlung bedarf es zu einem gewissen Grad einer Orientierung am internationalprivatrechtlich anerkannten Grundsatz der engsten Beziehung; dementsprechend liegt es nahe, einfach das auf die gebotene Handlung anwendbare Recht als *lex causae* anzusehen.¹⁶³ Soweit die Unterlassung – was regelmäßig der Fall sein wird – bei wirtschaftlicher Betrachtung dem Verzicht auf ein Recht gleichkommt, ist es allerdings vorzugswürdig, wie bei einem solchen auf das Schuldstatut des »aufgegebenen« Rechts abzustellen.¹⁶⁴ Dasselbe gilt *mutatis mutandis*, wenn ein künftiger Erwerb

157 Statt vieler Musger in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁶ Art 17 Rom I-VO Rz 1.

158 Auf die etwa in der österreichischen Dogmatik anzutreffenden, spitzfindigen Differenzierungen anhand der jeweils anfechtbaren Handlung (vgl dazu König/Trenker, Anfechtung⁶ Rz 14.6 ff) kann es daher nicht ankommen.

159 Trenker in Koller/Lovrek/Spitzer, IO Art 9 EuInsVO Rz 7; wohl aA Musger in Jaufer/Nunner-Krautgasser/Schummer, Unternehmenssanierung 87 (100).

160 Da der Anfechtungsgrund darin liegt, dass durch die Begründung der Aufrechnungslage eine Forderung des Anfechtungsgegners »besichert« wird, könnte man auf den ersten Blick geneigt sein, auf das Schuldstatut dieser »besicherten« Forderung abzustellen. Diese Lösung ist freilich schon deshalb wenig überzeugend, weil im Zeitpunkt der Begründung der Aufrechnungslage gar nicht klar ist, ob und – bei mehreren Forderungen – mit welchen Forderungen der Anfechtungsgegner aufrechnen wird.

161 Trenker in Koller/Lovrek/Spitzer, IO Art 16 EuInsVO Rz 6; König/Trenker, Anfechtung⁶ Rz 23,17/1.

162 Vgl Thole, Gläubigerschutz 834.

163 IdS Gelter, JBl 2007, 17 (21 f); ebenso noch Trenker in Koller/Lovrek/Spitzer, IO Art 16 EuInsVO Rz 6; König/Trenker, Anfechtung⁶ Rz 23,17/1.

164 Zutr Thole, Gläubigerschutz 834.

ausgeschlagen wird (vgl § 36 S 2 IO),¹⁶⁵ wobei es diesfalls auf das hypothetische Statut der nicht entstandenen Forderung ankommen muss. Soweit der Schuldner durch die Unterlassung kein Recht verliert, sondern einen vermögensrechtlichen Anspruch gegen sich begründet (vgl § 36 Fall 2 IO), ist indes iSd Grundsatzes der engsten Beziehung eine objektive Anknüpfung nach dem Recht zu befürworten, das maßgeblich wäre, wenn dieser Anspruch durch jene aktive Handlung begründet worden wäre, welche der Unterlassung bei gebotener wirtschaftlicher Betrachtungsweise am nächsten kommt.

Schließlich ist fraglich, was bei der Anfechtung gegenüber einem Einzelrechtsnachfolger des ursprünglichen Anfechtungsgegners gilt. Ausgehend vom *telos* des Art 16 EuInsVO, nämlich das Vertrauen auf die Wirksamkeit einer Handlung zu schützen, muss dem Singularsukzessor wohl eine Entlastung durch Nachweis der Unanfechtbarkeit des Zweiterwerbs nach der hierfür maßgeblichen *lex causae* zugebilligt werden.¹⁶⁶ Für die Determination der *lex causae* des Zweiterwerbs gelten mE die erarbeiteten Grundsätze, weil nicht ersichtlich ist, inwieweit der Bezugspunkt des schutzwürdigen Vertrauens des Zweiterwerbs ein grundsätzlich anderer sein soll als jener bei einem Ersterwerb.¹⁶⁷ Es wird folglich zumeist auf das Vertrags-/Schuldstatut im Verhältnis zwischen Erst- und Zweiterwerber ankommen. Selbständig anzuknüpfende Vorfrage hierfür kann die – zumindest in Deutschland (§ 145 Abs 2 Nr 1, 2 InsO) und Österreich (§ 38 Abs 2 Z 1, 3 IO) vorausgesetzte – Anfechtbarkeit des Ersterwerbs sein.¹⁶⁸

f. Rechtswahl

Da zumindest das regelmäßig maßgebliche Vertragsstatut eine Rechtswahl zulassen wird, kommt dieser Möglichkeit besonders große Bedeutung zu. Freilich birgt die Rechtswahlfreiheit auch ein gewisses Missbrauchspotenzial, indem sich potenzielle Anfechtungsgegner ein möglichst »anfechtungsfeindliches« Recht suchen könnten. Es war daher lange Zeit mit Spannung erwartet worden, ob der EuGH der Rechtswahlmöglichkeit im Rahmen von Art 16 EuInsVO gewisse Schranken setzen würde.

165 Zur strittigen Frage der Anfechtbarkeit nach österreichischem Recht *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 3,23 ff.

166 *Frevel*, Kollisionsrecht 195 f; insoweit gleicher Ansicht auch *U. Huber* in FS Heldrich 695 (716 ff); vgl schon *Fragistas*, *RabelsZ* 1938/39, 452 (464); aA *Thole*, Gläubigerschutz 836.

167 *Frevel*, Kollisionsrecht 195 f; aA *U. Huber* in FS Heldrich 695 (716 ff), der diesfalls auf die *lex rei sitae* abstellt; siehe auch schon *Hanisch*, ZIP 1981, 569 (572), der das Recht am Ort anwenden will, an dem sich der Zweiterwerber die Sache einverleibt.

168 Richtig *Frevel*, Kollisionsrecht 194 f.

In der Rs *Vinyls/Mediterranea*¹⁶⁹ hatte der Gerichtshof erstmals Gelegenheit zur Stellungnahme und vertrat dabei einen äußerst liberalen Standpunkt. Fast selbstverständlich war zwar noch, dass er eine Rechtswahl generell für tauglich erachtete, das anwendbare Recht zu determinieren. Überraschend war aber doch, dass der EuGH die Regelungen der Art 7 Abs 2 lit m und 16 EuInsVO (*in casu* noch: Art 4 und 13 EuInsVO 2000) als *leges speciales* gegenüber der Rom I-VO qualifizierte, die »im Licht der mit der [EuInsVO] verfolgten Ziele auszulegen sind«.¹⁷⁰ Denn er zog daraus die Konsequenz, dass die Einrede gem Art 16 EuInsVO auch in einem reinen »Binnenfall« nach jenem Recht zu beurteilen sei, dessen Anwendung für den angefochtenen Vertrag vereinbart worden war.¹⁷¹

Überzeugen kann diese Auffassung – wie bereits angedeutet – nur unter der Prämisse unionsrechtlicher kollisionsrechtlicher Vorgaben zur Bestimmung der *lex causae* iSd Art 16 EuInsVO. Würde sich die *lex causae* hingegen nach dem IPR des *forum concursus* oder *processus* richten, führte mangels einer eigenständigen Vorschrift zur Rechtswahl in der EuInsVO kein Weg an Art 3 Abs 3 Rom I-VO vorbei.¹⁷² Nach dieser Norm gelangen bei Fehlen eines Auslandsbezugs trotz Rechtswahl alle zwingenden Vorschriften der ohne Rechtswahl heranzuziehenden Rechtsordnung zur Anwendung, wozu wohl auch die Anfechtungsnormen zu zählen wären.¹⁷³ Der EuGH setzt der Rechtswahlmöglichkeit stattdessen¹⁷⁴ (nur) durch das Korrektiv des Missbrauchs Grenzen; die Zulässigkeitschürde einer Rechtswahl ist damit auch bei reinen Binnensachverhalten relativ niedrig gesteckt, weil der EuGH für einen Missbrauch fordert, dass »wesentlicher Zweck« der Rechtswahl die Erlangung eines ungerechtfertigten Vorteils sein müsse.¹⁷⁵ Die Wahl einer anfechtungsfeindlichen Rechtsordnung ist damit schon dann wirksam, wenn sie einen anderen – plausiblen – Hintergrund haben könnte als die Vermeidung der Anwendung der *lex fori concursus*.¹⁷⁶

In der Sache verbleiben allerdings selbst ausgehend von der mE richtigen Prämisse eines unionsautonomen Rahmens zur Ermittlung der *lex causae* Zweifel, ob wirklich hinreichende insolvenz- oder anfechtungsspezifische Gründe

169 EuGH C-54/16, *Vinyls/Mediterranea*.

170 EuGH C-54/16, *Vinyls/Mediterranea*, Rn 29, 48.

171 EuGH C-54/16, *Vinyls/Mediterranea*, Rn 50; so schon *Koutsoukou*, *ecolex* 2016, 48 (49) (Anm).

172 *Eckert*, Internationales Gesellschaftsrecht 218; *Thole*, Gläubigerschutz 839 f; *derselbe*, IPRax 2018, 388 (391 f); *Trenker*, Insolvenzanfechtung 51; *derselbe* in *Koller/Lowrek/Spitzer*, IO Art 16 EuInsVO Rz 7; mE widersprüchlich *Mock* in BeckOK InsO²² Art 16 EuInsVO Rz 7.1 und 8.

173 Ebenso *Musger* in *Jaufer/Nunner-Krautgasser/Schummer*, Unternehmenssanierung 87 (99).

174 Für eine kumulative Anwendung beider Schranken *Thole*, Gläubigerschutz 839 ff.

175 EuGH C-54/16, *Vinyls/Mediterranea*, Rn 52.

176 Vgl EuGH C-54/16, *Vinyls/Mediterranea*, Rn 54. Demgegenüber wurde ursprünglich verbreitet darauf abgestellt, dass eine grundlose Rechtswahl unzulässig sein müsse (vgl *König*, Anfechtung⁴ Rz 19/8 mwN).

gegeben sind, die eine derartige »Lockerung« im Vergleich zu Art 3 Abs 3 Rom I-VO rechtfertigen. Der EuGH bleibt diesen Nachweis jedenfalls schuldig, wenn er sich zur Begründung hierfür auf die Feststellung beschränkt, der EuInsVO fehle eine mit Art 3 Abs 3 Rom I-VO vergleichbare Ausnahmebestimmung.¹⁷⁷ Dieser Befund hat nämlich keine Aussagekraft, weil die EuInsVO zur Bestimmung der *lex causae* ja keinerlei explizite Regeln enthält. Ein Argument, das für die Auffassung des EuGH ins Treffen geführt werden könnte, ist aber immerhin, dass Gläubigerschutzvorschriften iSd Art 7 Abs 2 lit m und Art 16 EuInsVO wohl praktisch immer zwingende Normen iSd Art 3 Abs 3 Rom I-VO sein werden. Die Wahl einer fremden Rechtsordnung für diese Frage wäre damit unter der Prämisse einer Anwendung von Art 3 Abs 3 Rom I-VO bei Inlandssachverhalten faktisch ausgeschlossen, was als zu weitreichende Beschränkung der Parteiautonomie empfunden worden sein mag. Hinzu kommt das Problem der äußerst komplizierten Handhabung von Art 3 Abs 3 Rom I-VO, welche dem Gerichtshof die Entscheidung, diese Sonderregel aus dem Regime der EuInsVO auszuklamern, wohl zumindest erleichtert haben dürfte.¹⁷⁸

Von alledem unberührt bleibt jedenfalls die vieldiskutierte Möglichkeit der gesonderten Anfechtung einer Rechtswahl. Als *lex causae* für die Rechtswahl wäre diesfalls im Einklang mit der Wertung von Art 10 Rom I-VO das gewählte Recht anzusehen.¹⁷⁹ Ein abweichendes Ergebnis kann sich mE nur dann ergeben, wenn man eine analoge Anwendung von Art 10 Abs 2 Rom I-VO befürworten sollte. Jedenfalls ist mE äußerst zweifelhaft, ob die gesonderte Bekämpfung einer Rechtswahl große praktische Bedeutung erlangen wird. Daran wird es auch nicht viel ändern, dass die Anfechtbarkeit zumindest nach österreichischem Recht¹⁸⁰ durch eine unbefristete Einrede nach § 43 Abs 1 Fall 2 IO in Form einer Replik auf die »Art-16-Verteidigung« des Anfechtungsgegners vollzogen werden könnte.¹⁸¹

177 EuGH C-54/16, *Vinyls/Mediterranea*, Rn 49f.

178 Siehe nur *Thole*, IPRax 2018, 388 (391f).

179 Richtig *Brinkmann* in *K. Schmidt*, InsO¹⁹ Art 13 EuInsVO Rz 15; *Frevel*, Kollisionsrecht 210f; *Mock* in *BeckOK InsO*²³ Art 16 EuInsVO Rz 7; *Knof* in *Uhlenbruck*, InsO II¹⁵ Art 16 EuInsVO Rz 25; aA *Reinhart* in *MünchKommInsO IV*⁴ Art 16 EuInsVO Rz 6, 8; *Klumb*, Kollisionsrecht 111.

180 Nach mE unrichtiger Ansicht des EuGH (unten III.D.3.) sind im Ergebnis allerdings stets sowohl die Modalitäten der Geltendmachung nach der *lex fori concursus* als auch nach der *lex causae* zu beachten.

181 Es handelt sich um eine »verteidigungsweise« Geltendmachung, zum Ganzen *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 11,87f.

D. Unangreifbarkeit nach der *lex causae*

1. Umfassende Beurteilung der Unangreifbarkeit

Ist die *lex causae* nach den vorstehenden Grundsätzen ermittelt, ist freilich erst der Ausgangspunkt für die eigentlich entscheidende materiellrechtliche Beurteilung gelegt: Die konkret inkriminierte Handlung darf in keiner Weise angreifbar sein. Die hM versteht die Wendung »in keiner Weise« im Einklang mit dem *Virgos/Schmit-Bericht*¹⁸² wörtlich und prüft die Anfechtbarkeit folglich nicht nur anhand der Gläubigerschutzvorschriften iSd Art 7 Abs 2 lit m EuInsVO, sondern auch anhand sonstiger potenzieller Unwirksamkeitsgründe (zB Sittenwidrigkeit, Willensmängel etc) des auf die Handlung anwendbaren Rechts.¹⁸³

Diese Auffassung ist überzeugend. Sie vermeidet zusätzliche Qualifikations-schwierigkeiten in der Rechtsordnung der *lex causae*, was nicht nur pragmatisch, sondern auch inhaltlich berechtigt ist. Denn diese umfassende Beurteilung der Unangreifbarkeit schließt es von vornherein aus, dass ein Anfechtungsgegner deshalb »ungeschoren« davonkommt, weil eine Rechtsordnung vermehrt auf – mittelbaren – Gläubigerschutz durch nicht insolvenzspezifische Normen setzt, wie zB durch gesellschaftsrechtliche Bestimmungen.¹⁸⁴ Zudem ist es gerechtfertigt, dass der Gesetzgeber den ohnehin besonders begründungsbedürftigen Schutz des Art 16 EuInsVO nur demjenigen zukommen lassen will, der darauf vertraut, dass eine Handlung nach der *lex causae* in jeder Hinsicht »wasserdicht« ausgestaltet ist, seine Hände also – bildlich gesprochen – in Unschuld waschen kann.

182 Rz 137.

183 EuGH C-310/14, *Nike European Operations Netherlands BV/Sportlan Oy*, Rn 22, 36; *Kemper*, Die Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 über Insolvenzverfahren, ZIP 2001, 1609 (1618); *U. Huber* in *FS Heldrich* 695 (697); *Konecny* in *Mayr*, Europäisches Zivilverfahrensrecht Rz 17.166; *Moss/Fletcher/Isaacs*, *Insolvency Proceedings*³ Rz 8.260; *Bork* in *Kübler/Prütting/Bork*, *InsO V Art 16 EuInsVO* 2015 Rz 17; *Maderbacher* in *Konecny*, *Insolvenzgesetze Art 16 EuInsVO* 2015 Rz 9; *Thole* in *Vallender*, *EuInsVO*² Art 16 Rz 10; *Knof* in *Uhlenbruck*, *InsO II*¹⁵ Art 16 *EuInsVO* Rz 30; *Paulus*, *EuInsVO*⁶ Art 16 Rz 10f; aA *Müller* in *Mankowski/Müller/J. Schmidt*, *EuInsVO* 2015 Art 16 Rz 24; *Frevel*, *Kollisionsrecht* 215ff.

184 Fraglich bleibt, ob es sich diesfalls überhaupt um »Gesellschaftsrecht« iSd Internationalen Privatrechts handelt. Dies ist aber durchaus denkbar, insbesondere wenn eine Norm auch oder primär gesellschaftsrechtlichen Minderheitenschutz verfolgt (zu diesem hochinteressanten Kriterium zur Abgrenzung von Insolvenz- und Gesellschaftsrecht *Thomale*, *JBl* 2021, 83ff).

2. Keine Entlastung nur wegen wenig »schwerwiegenderer« Rechtsfolgen

Letztere Überlegung ist zugleich die Rechtfertigung dafür, dass es für eine Entlastung des Anfechtungsgegners nicht ausreicht, wenn die *lex causae* nur weniger weitreichende Folgen der Angreifbarkeit als die *lex fori concursus* vorsieht, solange die Wirkung der Handlung nur dem Grunde nach angegriffen werden kann (»Alles-oder-Nichts-Lösung«).¹⁸⁵

Im deutsch-österreichischen Rechtsverkehr könnte dies etwa zu folgenden Ergebnissen führen: Ficht ein österreichischer Insolvenzverwalter einen zessionsbesicherten Kontokorrentkreditvertrag – einschließlich der darauf basierenden Rückzahlungen/Sicherstellungen¹⁸⁶ – als mittelbar nachteiliges Rechtsgeschäft (§ 31 Fall 2 IO) an, unterliegen der Kreditvertrag sowie die darauf basierenden Sicherstellungen dagegen deutschem Recht (= *lex causae*), so wird der Erfolg der Einrede des Anfechtungsgegners primär davon abhängen, ob nach deutschem Recht eine Absichtsanfechtung (§ 133 InsO) dieses Handlungsvorgangs möglich ist¹⁸⁷ oder dieser vielleicht sogar sittenwidrig (§ 138 Abs 1 BGB) ist.¹⁸⁸ Ist einer dieser beiden »Anfechtungsgründe« – wohl eher: ausnahmsweise – verwirklicht, unterliegt der Anfechtungsgegner jedoch uneingeschränkt dem komplizierten und für deutsche Insolvenzpraktiker gewiss ungewöhnlichen Regime des österreichischen Anfechtungsrechts zur Berechnung des Anfechtungsvolumens bei solchen mittelbar nachteiligen Kreditgeschäften.¹⁸⁹

185 Balz, ZIP 1996, 948 (951); Chalupsky, Das europäische Übereinkommen über Insolvenzverfahren, in Baudenbacher, Aktuelle Probleme des Europäischen und Internationalen Wirtschaftsrechts I (1998) 297 (361); Müller in Mankowski/Müller/J. Schmidt, EuInsVO 2015 Art 16 Rz 25, 33; Bork in Kübler/Prütting/Bork, InsO V Art 16 EuInsVO 2015 Rz 22; Reinhart in MünchKommInsO IV⁴ Art 16 EuInsVO Rz 12.

186 Gerade dieses Beispiel offenbart zusätzliche Probleme von Art 16 EuInsVO: Die Anfechtung des mittelbar nachteiligen Kontokorrentkredits dürfte erstens eine weitgehende Besonderheit des österreichischen Rechts sein; zweitens bleibt der exakte Anfechtungsgegenstand sogar nach österreichischem Recht diffus (dazu einerseits 6 Ob 110/00w; 6 Ob 72/06s; andererseits König/Trenker, Anfechtung⁶ Rz 11.103). Das erschwert die Handhabung von Art 16 EuInsVO immens, weil – trotz unionsautonomer Determination des Begriffs der Handlung (oben III.B.1.) und einheitlicher funktionaler Anknüpfung (oben III.C.2.b.) – zu einem gewissen Grad zwangsläufig Zweifel verbleiben, welche Handlung nach der *lex causae* auf ihre Anfechtbarkeit hin zu »untersuchen« ist.

187 Vgl allgemein zu Sicherstellungen vor/in *statu cridae* BGH IX ZR 248/12; vgl auch zu Zahlungen im Rahmen einer »Sanierungsskizze« IX ZR 7/18 NZI 2019, 594; zu Sicherheitenbestellungen im Gründungsstadium IX ZR 85/07.

188 Vgl BGH IV ZR 242/52 NJW 1953, 1665; XI ZR 305/14 NZI 2016, 659; allgemein hierzu ferner IX ZR 233/90 NJW 1992, 2026.

189 Es gilt nach hM der geringste der folgenden drei Werte: Erstens der Quotenschaden, zweitens der Kreditrahmen und drittens das Ausmaß der Rückzahlungen/Besicherungen (OGH 4 Ob 306/98y; 6 Ob 110/00w; 6 Ob 72/06s; RIS-Justiz RS0111460 mit Beisatz T 1; Bollenberger

Oder um nochmals auf die Rückzahlung eines Gesellschafterdarlehens zurückzukommen: Angenommen, es wird in einem deutschen Insolvenzverfahren die Rückzahlung eines Gesellschafterdarlehens nach § 135 InsO angefochten, der Darlehensvertrag unterliegt aber österreichischem Recht (= *lex causae*). Weiters wird angenommen, dass die Anfechtung nach § 135 InsO berechtigt ist, die funktional entsprechende Rückzahlungssperre des § 14 EKEG hingegen nicht greift; das kann seinen Grund zB darin haben, dass bei Darlehensgewährung keine Krise iSd § 2 EKEG vorlag¹⁹⁰ oder der Gesellschafter zwar zu mehr als 10 % (§ 39 Abs 5 InsO), aber weniger als 25 % (§ 5 Abs 1 Z 2 EKEG) an der Gesellschaft beteiligt ist. Diesfalls gelingt dem Anfechtungsgegner die Entlastung nach österreichischem Recht jedoch nur, wenn die Rückzahlung zusätzlich auch nicht nach den allgemeinen »Deckungstatbeständen« der §§ 30, 31 IO anfechtbar ist. Ist die Rückzahlung hiernach anfechtbar, muss sich der Anfechtungsgegner indes gefallen lassen, dass er nach deutschem Recht iaR nichts erhält, weil die getilgte Forderung gem § 144 Abs 1 InsO nur im Rang des § 39 Abs 1 Nr 5 InsO wiederauflebt.¹⁹¹ Dass er bei einer Insolvenzanfechtung in Österreich gem § 41 Abs 2 Fall 2 IO Anspruch auf die Insolvenzquote hätte, zumal sein Kredit nach österreichischem Kapitalersatzrecht entsprechend der getätigten Annahmen eben nicht dem EKEG unterliegt, vermag daran trotz Art 16 EuInsVO nichts zu ändern. Denn es handelt sich nur um eine umfängliche Einschränkung einer grundsätzlich auch nach der *lex causae* berechtigten Anfechtung.

Nicht zu verwechseln ist die aufgeworfene Problemstellung übrigens mit der auf den ersten Blick vielleicht vergleichbaren Frage, ob einem anfechtungsrechtlichen Rückersatzanspruch in der Insolvenz eines ausländischen Anfechtungsgegners Aussonderungscharakter zukommt. Der BGH¹⁹² gesteht der Anfechtung mittlerweile Aussonderungscharakter zu,¹⁹³ wohingegen die hM in Österreich kein Aussonderungsrecht annimmt.¹⁹⁴ Dementsprechend könnte sich die Frage

in Koller/Lovrek/Spitzer, IO § 31 IO Rz 19; König/Trenker, Anfechtung⁶ Rz 11.105 ff mwN), wobei letztere bei der Anfechtung eines Kontokorrentkreditverhältnisses als nachteiliges Rechtsgeschäft – anders als bei der Deckungsanfechtung – zu kumulieren sind.

190 Hierauf kommt es nach § 39 InsO bekanntlich nicht mehr (vgl dagegen § 32a Abs 1 dGmbHG aF) an; siehe nur BGH IX ZR 196/13 ZIP 2015, 1130; Bitter in Scholz, GmbHG III¹² Anh § 64 Rz 1, 10, 25; Behme in MünchKommInsO I⁴ (2019) § 39 InsO Rz 39.

191 Kirchhof/Piekenbrock in MünchKommInsO II⁴ § 144 InsO Rz 14.

192 IX ZR 252/01 NJW 2004, 214; IX ZR 167/18 NJW 2019, 2923; aus dem Schrifttum zB Kirchhof/Freudenberg in MünchKommInsO II⁴ Vor §§ 129 bis 147 InsO Rz 23; Kirchhof/Piekenbrock in MünchKommInsO II⁴ § 143 InsO Rz 36.

193 Vgl dagegen noch BGH IX ZR 27/89 NJW 1990, 990.

194 Kozioł, Grundlagen und Streitfragen der Gläubigeranfechtung (1991) 38 ff, 54; Trenker, Insolvenzanfechtung 20 f; König/Trenker, Anfechtung⁶ Rz 2,20; Spitzer, Das persönliche Recht auf Aussonderung (2017) 297 ff; ebenso noch Nunner-Krautgasser, Schuld, Vermögenshaftung und

stellen, ob der Anspruch eines deutschen Insolvenzverwalters nach § 143 InsO in einem österreichischen Insolvenzverfahren über das Vermögen des Anfechtungsgegners einen Aussonderungsanspruch (§ 44 IO) oder eine bloße Insolvenzforderung (§ 51 IO) begründet. ME entscheidet hierüber ausschließlich die *lex fori concursus* des Anfechtungsgegners, im Beispiel also österreichisches Recht. Dieses Ergebnis folgt jedoch nicht aus Art 16 EuInsVO, sondern aus Art 7 Abs 2 lit b, g EuInsVO. Es ist also völlig unabhängig davon, welches Recht auf die anfechtbare Handlung nach Art 16 EuInsVO anwendbar ist.

3. Entlastung bei »nachträglicher« Unangreifbarkeit (Verjährung/Präklusion)?

Nach Ansicht des EuGH,¹⁹⁵ die mittlerweile auch im (deutschsprachigen) Schrifttum als herrschend anzusehen ist,¹⁹⁶ führt selbst eine nach Insolvenzeröffnung eingetretene Verjährung/Präklusion von Unwirksamkeitsgründen iSd Art 7 Abs 2 lit m EuInsVO sowie ein sonstiger (Form-)Mangel bei der Geltendmachung nach der *lex causae* zur Unangreifbarkeit und damit zur Entlastung des Anfechtungsgegners. Beides vermag mE nicht zu überzeugen.¹⁹⁷

Wird vom Insolvenzverwalter im Eröffnungsstaat lediglich die gebotene Form der Geltendmachung nach der *lex causae* (zB keine klageweise Geltendmachung) missachtet, so ändert dies für sich genommen nichts daran, dass die Rechtshandlung nach diesem Recht sehr wohl angreifbar ist. Verstreichen demgegenüber die Fristen für die Geltendmachung der Anfechtung/Unwirksamklärung (zB § 43 Abs 2 IO; § 146 InsO), lässt sich zwar ausgehend vom Wortlaut argumentieren, dass die Rechtshandlung in keiner Weise *mehr* angreifbar ist.¹⁹⁸ Auch ist es bei gebotener unionsautonomer Interpretation völlig richtig, dass es keinen Unterschied machen kann, ob das Fristversäumnis nach nationalem

Insolvenz (2007) 138 FN 104; aA nunmehr *dieselbe*, Zur rechtlichen Qualifikation von Anfechtungsansprüchen in der Insolvenz des Anfechtungsgegners, JBl 2021, 69.

195 C-557/13, *Lutz/Bäuerle*, Rn 36.

196 *Stürner/Fix* in FS Wellensiek 833 (841 f); *Oberhammer*, *ecolex* 2015, 781 (782 f); *Schumacher*, EuGH zum Einredebeweis des Anfechtungsbeklagten (Art 13 EuInsVO), ÖBA 2016, 266 (268); *Konecny* in *Mayr*, Europäisches Zivilverfahrensrecht Rz 17.166; *Frevel*, Kollisionsrecht 226 ff; diff *König*, Die Anfechtung nach der IO⁵ (2014) Rz 17,99, 23/20; ausf zum Meinungsstand in Deutschland *Stangl*, Kollisionsrechtliche Umsetzung 36 f.

197 Ebenso OLG Stuttgart 5 U 17/12 ZInsO 2012, 2153; *Balz*, ZIP 1996, 951 FN 25; *Chalupsky* in *Baudenbacher*, Wirtschaftsrecht I 297 (361); *Thole*, Gläubigerschutz 827; *derselbe*, IPRax 2018, 388 (389); *Piekenbrock*, IPRax 2016, 219 (225).

198 Eine Differenzierung zwischen beiden Fragen wäre schon aus diesem Grund durchaus denkbar (iSd *König*, Anfechtung⁵ Rz 17,99, 23.20), ist mE aber letztlich nicht überzeugend.

Verständnis ein materiellrechtliches oder prozessuales Hindernis für einen erfolgreichen Angriff bildet.

Maßgeblich ist aber, dass es sich um ein Hindernis handelt, das erst nach Insolvenzeröffnung entstanden ist. Denn diesfalls geht eine Anwendung von Art 16 EuInsVO deutlich über die eingangs skizzierte Zielsetzung des Vertrauensschutzes vor einem unvorhersehbaren Anfechtungsrecht hinaus. Für die Frage, welche Fristen *nach Insolvenzeröffnung* zu beachten sind, kann sich ein Anfechtungsgegner ohne weiteres auf die mit Verfahrenseröffnung bekannte *lex fori concursus* einstellen, weshalb er keines besonderen Vertrauensschutzes bedarf.¹⁹⁹ Die kumulative Anwendung von Insolvenz- und Wirkungsstatut führt bei diesem Verständnis aus Sicht potenzieller Anfechtungsgegner zu nicht gerechtfertigten »Zufallsgeschenken«.²⁰⁰ Für betroffene Insolvenzverwalter birgt die Auffassung des EuGH hingegen eine unnötige Haftungsfalle.²⁰¹ Das Zusammenspiel von österreichischer und deutscher Rechtslage zeigt dies besonders gut, weil deutsche Insolvenzverwalter bei österreichischem Wirkungsstatut plötzlich nicht mehr die dreijährige Verjährungsfrist des § 146 InsO, sondern die einjährige Präklusivfrist des § 43 Abs 2 IO beachten müssen. Nicht zufällig ist ja auch die einschlägige EuGH-Entscheidung *Lutz/Bäuerle*²⁰² zu einem deutsch-österreichischen-Fall ergangen.

Der EuGH widerspricht mit der Anwendung von Art 16 EuInsVO auf rechts-hemmende/-vernichtende Fristen, die erst nach Insolvenzeröffnung ablaufen, auch seinem eigenen Postulat von der engen Auslegung des »Einredebeweises«²⁰³. Der berechtigte Kern des Gebots enger Auslegung ist nämlich die Erkenntnis, dass jede Ausnahme von der *lex fori concursus* nicht weiter interpretiert werden darf, als es durch teleologische Überlegungen gerechtfertigt werden kann.²⁰⁴ Das Gegenargument, der Wortlaut von Art 16 EuInsVO differenziere nicht danach, ob die Handlung ursprünglich unwirksam war oder erst nach Insolvenzeröffnung unwirksam geworden ist,²⁰⁵ ist leicht zu entkräften. Denn

199 Die Entkräftung dieses – von *Oberhammer* (*ecolex* 2015, 781 [782 f]) selbst trefflich herausgearbeiteten – Arguments mit dem Hinweis, das Vertrauensschutzsystem des Art 16 EuInsVO sei auch sonst nicht vollends ausgefeilt, trifft schon von einem theoretischen Standpunkt aus bestenfalls eingeschränkt zu (siehe oben I.C. bei und in FN 15). Vor allem aber muss der darin implizit ausgedrückten Haltung, wegen Unzulänglichkeiten einer Regelung im Grundsatz gar nicht mehr zu versuchen, *de lege lata* konsequent systematisch-teleologisch zu argumentieren, widersprochen werden, schüttet sie doch das Kind mit dem Bade aus.

200 *Piekenbrock*, IPRax 2016, 219 (225).

201 *Piekenbrock*, IPRax 2016, 219 (225 f).

202 EuGH C-557/13.

203 EuGH C-310/14, *Nike European Operations Netherlands BV/Sportlan Oy*, Rn 18, 21, 30, 40; C-73/20, *Oeltrans Befrachtungsgesellschaft*, Rn 24.

204 Ganz iSd der EuGH (C-73/20, *Oeltrans Befrachtungsgesellschaft*, Rn 24) selbst.

205 *Stürner/Fix* in FS Wellensiek 833 (841); *Frevel*, Kollisionsrecht 227.

ebenso wenig beschränkt der Wortlaut von Art 16 EuInsVO seinen Anwendungsbereich auf Rechtshandlungen vor Insolvenzeröffnung und trotzdem leitet der EuGH diese zeitliche Einschränkung mit der ganz hM aus teleologischen Erwägungen ab (oben III.B.2.).

Richtigerweise sollte deshalb für die Angreifbarkeit nach der *lex causae* auf den Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung abgestellt werden. Ist die Rechtshandlung in diesem Zeitpunkt (noch) angreifbar, ist kein hinreichend schutzwürdiges Vertrauen des Anfechtungsgegners anzuerkennen, das eine Immunisierung von der *lex fori concursus* rechtfertigen würde. Mit dieser Abgrenzung können mE für sämtliche, durchaus unterschiedliche »Befristungskonzepte« der Mitgliedstaaten²⁰⁶ interessengerechte Ergebnisse erzielt werden, ohne die Verkehrssicherheit ungebührlich zu beeinträchtigen.

Entsprechend dieser Überlegungen kann sich ein Anfechtungsgegner mE – der EuGH müsste konsequenterweise wohl anderer Ansicht sein – auch nicht entlasten, wenn er von einem Zessionar belangt wird, dem der Anfechtungsanspruch nach Insolvenzeröffnung und im Einklang mit der *lex fori concursus* abgetreten wurde, der Anfechtungsanspruch nach der *lex causae* aber unabtretbar wäre. Dieses Problem hatte bislang weder der EuGH zu entscheiden, noch wurde es soweit ersichtlich im Schrifttum diskutiert. Dennoch ist eine derartige Konstellation keineswegs ausgeschlossen. In deutsch-österreichischen Fällen dürfte sich das Problem aufgrund der schon erwähnten Grundsatzentscheidung des OGH,²⁰⁷ mit der er die Abtretung des anfechtungsrechtlichen Leistungsanspruchs – auch im Anschluss an die neuere Judikatur des BGH²⁰⁸ – erstmals anerkannt hat, allerdings nicht (mehr) stellen.²⁰⁹

E. »Nachweis« seitens des Anfechtungsgegners

1. Unionsrechtliche Beweislastumkehr im Zusammenspiel mit nationalem Prozessrecht

Zu guter Letzt wirft die prozessuale Handhabung des Einredebeweises nach Art 16 EuInsVO enorm schwierige Fragen auf. Der Wortlaut verlangt vom Anfechtungsgegner den »Nachweis« einer vom Insolvenzstatut abweichenden *lex causae*

206 Eine beeindruckende Auflistung zu unterschiedlichen Konzepten zahlreicher Mitgliedstaaten (und auch ausgewählter Drittstaaten) findet sich bei *Piekenbrock*, IPRax 2016, 219 (226).
 207 17 Ob 6/19k; dazu oben bei II. und in FN 45.
 208 IX ZR 91/10 NZI 2011, 486; wegbereitend *Eckardt*, Zur Abtretbarkeit anfechtungsrechtlich begründeter Ansprüche im Konkurs, KTS 1993, 585.
 209 Vgl jedoch die Kritik von *König*, JBl 2019, 789 (794 ff) (Anm).

eines Mitgliedstaats sowie den Nachweis der Unangreifbarkeit nach diesem Recht. Es handelt sich dabei um eine unionsrechtlich vorgegebene Beweislastumkehr.²¹⁰ Das Beweismaß und die Modalität der Geltendmachung der Entlastungsmöglichkeit (Form, Frist) regelt indes grundsätzlich das Prozessrecht des angerufenen Gerichts, das insoweit aber dem Effektivitäts- und Äquivalenzprinzip Rechnung tragen muss.²¹¹ Die Präklusionsvorschriften der § 179 öZPO und § 296 dZPO²¹² dürften – sofern sie unterschiedslos angewendet werden – den daraus resultierenden Vorgaben entsprechen. Auch eine amtswegige Wahrnehmung der Unangreifbarkeit ist nach Ansicht des EuGH zulässig.²¹³ Fraglich ist jedoch, ob der EuGH mit der Zulässigkeit amtswegiger Wahrnehmung nur einen Verzicht auf eine formelle Einrede für legitim erachtet oder ob er auch eine investigative Ermittlung seitens des Gerichts erlaubt. In Österreich jedenfalls muss der Anfechtungsgegner mE »nur« entsprechendes Vorbringen erstatten, eine formelle Einrede ist darüber hinaus entbehrlich.²¹⁴

2. Reichweite der subjektiven Beweislast

Ungeachtet dessen stellt sich die Frage, wie weit die Darlegungslast des Anfechtungsgegners, also die subjektive Beweislast, reicht. Sinnvollerweise kann ihm nicht das Vorbringen der Unangreifbarkeit hinsichtlich sämtlicher denkbarer Unwirksamkeitsgründe nach der *lex causae* aufoktroiert werden. Zu Recht wird daher nur von einer »veranlassten Beweislast«²¹⁵ gesprochen: Der Anfechtungsgegner muss sich mE lediglich auf jene Tatbestände beziehen, auf deren funktional vergleichbare Rechtssätze der *lex fori concursus* sich der Insolvenzverwalter stützt²¹⁶ oder die das Gericht von sich aus (vgl § 182a öZPO; § 139 dZPO) als

210 EuGH C-310/14, *Nike European Operations Netherlands BV/Sportlan Oy*, Rn 31, 45.

211 EuGH C-54/16, *Vinyls Italia*, Rn 33; *Musger* in *Jaufer/Nunner-Krautgasser/Schummer*, Unternehmenssanierung 87 (105).

212 Vgl *Thole*, IPRax 2018, 388 (389).

213 EuGH C-54/16, *Vinyls Italia*, Rn 33; abl *Kindler* in *MünchKommBGB XII*⁹ Art 16 EuInsVO Rz 24 FN 54.

214 Möglicherweise strenger *Maderbacher* in *Konecny*, Insolvenzgesetze Art 16 EuInsVO 2015 Rz 13, 17; diesem zust *Edel/Gassner*, Insolvenzanfechtung nach der EuInsVO – in kleinen Schritten zur Auslegungsklarheit, ZIK 2017, 211 (213).

215 *König*, Anfechtung⁵ Rz 23/19.

216 *König/Trenker*, Anfechtung⁵ Rz 23/19; im Ergebnis ähnlich *Burgstaller* in *Burgstaller/Neumayr/Geroaldinger/Schmaranzer*, IZVR Art 13 InsVO Rz 15; *G. Kodek/Reisch*, Ausgewählte Probleme der Anfechtung nach der EuInsVO, ZIK 2006, 182 (183); *Musger* in *Jaufer/Nunner-Krautgasser/Schummer*, Unternehmenssanierung 87 (105); etwas strenger *Kindler* in *MünchKommBGB XII*⁹ Art 16 EuInsVO Rz 22.

potenzielle Angriffspunkte hervorhebt.²¹⁷ Dies sollte praktisch wie in der Rs *Nike European/Sportlan Oy*²¹⁸ gewährleisten, dass der Anfechtungsgegner den Kreis der konkret naheliegenden Rechtssätze, welche die Handlung nach der *lex causae* bedrohen, sowie die dafür erforderlichen Voraussetzungen identifizieren kann, und anschließend (nur) jene Tatsachen, aus denen ihr Nichtvorliegen folgt, im erforderlichen Ausmaß beweisen muss.

3. Reichweite der objektiven Beweislast

Fast noch diffiziler sind die Fragen rund um die objektive Beweislast. Art 16 EuInsVO bürdet diese – insoweit ist die grammatikalische Interpretation eindeutig – zumindest zu einem gewissen Grad dem Anfechtungsgegner auf. Zweifelhafte ist allerdings, worauf sich die Beweislastumkehr konkret bezieht. Zumindest aus deutsch-österreichischer Perspektive ist zunächst bemerkenswert, dass Art 16 EuInsVO primär an die Unaufklärbarkeit der *Rechtsslage* nach der *lex causae* denkt.²¹⁹ Strittig ist dementsprechend etwa, ob dennoch der nationale Grundsatz *iura novit curia* (§ 4 Abs 1 IPRG; ähnlich § 293 dZPO) zur Anwendung gebracht werden kann. ME ist dies iSd vom EuGH auch sonst hochgehaltenen Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten²²⁰ zu bejahen,²²¹ wenngleich die Frage wohl vorlagebedürftig ist. Zudem ist unklar, wann ein »rechtliches *non-liquet*« überhaupt vorliegt. Ist dies etwa schon dann der Fall, wenn eine Rechtsfrage im ausländischen Recht noch nicht höchstrichterlich entschieden wurde?²²² ME ist dies zu verneinen, sondern muss das Prozessgericht diesfalls wie sonst bei der Anwendung ausländischen Rechts selbst eine Entscheidung über die rechtliche Beurteilung treffen. Es kann sich dabei, je nachdem, was die Parteien beigebracht haben oder das Gericht nach der jeweiligen *lex fori* von sich aus ermittelt hat, auf unterinstanzliche Rsp, einschlägige Literaturmeinungen und/oder Rechtsgutachten stützen.

217 Vgl *Oberhammer*, ÖBA 2002, 698 (705); etwas restriktiver *Piekenbrock*, IPRax 2016, 219 (229).

218 EuGH C-310/14, Rn 31.

219 BGH IX ZR 328/17 NZI 2020, 383; *Brinkmann* in *K. Schmidt*, InsO⁹ Art 13 EuInsVO Rz 24; *Kindler* in *MünchKommBGB XII*⁸ Art 16 EuInsVO Rz 22.

220 EuGH C-310/14, *Nike European Operations Netherlands BV/Sportlan Oy*, Rn 28; C-54/16, *Vinyls Italia*, Rn 26.

221 Ebenso *Maderbacher* in *Konecny*, Insolvenzgesetze Art 16 EuInsVO 2015 Rz 16; *Piekenbrock*, IPRax 2016, 219 (229) und im Ergebnis schon *Oberhammer*, Das Europäische Insolvenzrecht und Österreich: Grundstrukturen und ausgewählte Probleme, ÖBA 2002, 698 (705); aA wohl *U. Huber* in FS Heldrich 695 (698); *Thole*, Gläubigerschutz 826; tendenziell auch *Musger* in *Jaufer/Nunner-Krautgasser/Schummer*, Unternehmenssanierung 87 (104); *Reinhart* in *MünchKommInsO IV*⁴ Art 16 EuInsVO Rz 16 f.

222 Möglicherweise iSd BGH IX ZR 328/17 NZI 2020, 383.

Aber auch bei einem *non-liquet* auf Tatsachenebene scheint die Funktionsweise von Art 16 EuInsVO noch nicht befriedigend geklärt. Insbesondere erhebt sich die Frage, ob die Bestimmung zu Lasten des Anfechtungsgegners auch in die vom jeweiligen Tatbestand der *lex causae* vorgegebene Beweislastverteilung eingreift. Muss der Anfechtungsgegner also zB den Beweis antreten, dass er keine (fahrlässige Un-)Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners hatte, obwohl dieser Beweis nach der *lex causae* den Insolvenzverwalter trifft, zB weil der Anfechtungsgegner eben kein naher Angehöriger (vgl § 31 Abs 1 Z 1 iVm § 32 IO) bzw keine nahestehende Person (§ 130 Abs 3 iVm § 138 InsO) ist? Eine solche Auslegung schießt mE über das Ziel hinaus, weil ansonsten Wertungszusammenhänge auseinandergerissen würden, die Bestandteil der vom *lex-causae*-Gesetzgeber austarierten Interessenabwägung zwischen Gläubiger- und Verkehrerschutz sind. Sofern der Anfechtungsgegner somit »beweisen« kann, dass den Insolvenzverwalter nach der *lex causae* die objektive Beweislast hinsichtlich eines Tatbestandsmerkmals trifft, genügt die mangelnde Aufklärbarkeit dieses Tatbestandsmerkmals, um ihn nach Art 16 EuInsVO zu entlasten. Auch dabei handelt es sich aber wohl (noch) um keinen *acte clair*.

IV. Fazit

Die vorstehenden Ausführungen sollten zumindest eines bewiesen haben, nämlich den einleitend geäußerten Befund, dass die grenzüberschreitende Anfechtung eine Vielzahl theoretisch hochanspruchsvoller, aber dennoch praktisch bedeutsamer Fragestellungen aufwirft. Aus dogmatischer Sicht mag die Bearbeitung solcher Probleme zwar das Herz eines IPR-Experten wie des Jubilars höherschlagen lassen. Jedoch macht die *De-facto*-Kumulation von Insolvenz- und Wirkungsstatut die materielle und prozessuale Rechtsslage derart kompliziert, dass den Bedürfnissen des Verkehrs mE mehr Schaden zugefügt wird, als ihnen der dadurch gewährleistete Vertrauensschutz nützt. Das gilt umso mehr, als die komplexe und hochumstrittene Determination des für die Zwecke des Art 16 EuInsVO anwendbaren Rechts die Entstehung eines *tatsächlichen* Vertrauens potenzieller Anfechtungsgegner auf die Unangreifbarkeit einer Handlung von vornherein äußerst unwahrscheinlich macht. Die Rechtfertigung des »Veto-Rechts« erweist sich damit zu einem gewissen Grad als bloße Fiktion.

Es ist daher in jene Rufe einzustimmen, die eine Reform, und zwar in Form einer Vereinfachung von Art 16 EuInsVO fordern. Eine exklusive Anwendung der *lex fori concursus* drängt sich als Alternative regelrecht auf, weil sie nach dem moderner IPR-Gesetzgebung innewohnenden Grundsatz der engsten Beziehung

sachgerecht, im Hinblick auf Art 6 EuInsVO zweckmäßig und Anfechtungsgegnern bei grenzüberschreitenden Sachverhalten innerhalb der Europäischen Union auch zumutbar erscheint.

□

1. Einleitung

1.1. Die rechtliche Einordnung des Totenbesuchs

Der Totenbesuch ist ein zentraler Bestandteil des Trauerrituals und hat eine lange Tradition in der westlichen Kultur. Er dient der Aufrechterhaltung des sozialen Kontakts zwischen den Angehörigen und dem Verstorbenen sowie der Verarbeitung des Todes.

In der rechtlichen Hinsicht ist der Totenbesuch als ein Akt der Trauerbegleitung zu verstehen, der in der Regel durch den Arzt/die Ärztin geleitet wird. Er ist ein wesentlicher Bestandteil der Trauerbegleitung und hat eine wichtige Funktion bei der Aufrechterhaltung des sozialen Kontakts zwischen den Angehörigen und dem Verstorbenen.

Die rechtliche Einordnung des Totenbesuchs ist von der jeweiligen Rechtsordnung abhängig. In der Regel wird der Totenbesuch als ein Akt der Trauerbegleitung angesehen, der in der Regel durch den Arzt/die Ärztin geleitet wird.

Die rechtliche Einordnung des Totenbesuchs ist von der jeweiligen Rechtsordnung abhängig. In der Regel wird der Totenbesuch als ein Akt der Trauerbegleitung angesehen, der in der Regel durch den Arzt/die Ärztin geleitet wird.

Die rechtliche Einordnung des Totenbesuchs ist von der jeweiligen Rechtsordnung abhängig. In der Regel wird der Totenbesuch als ein Akt der Trauerbegleitung angesehen, der in der Regel durch den Arzt/die Ärztin geleitet wird.

Die rechtliche Einordnung des Totenbesuchs ist von der jeweiligen Rechtsordnung abhängig. In der Regel wird der Totenbesuch als ein Akt der Trauerbegleitung angesehen, der in der Regel durch den Arzt/die Ärztin geleitet wird.

Die rechtliche Einordnung des Totenbesuchs ist von der jeweiligen Rechtsordnung abhängig. In der Regel wird der Totenbesuch als ein Akt der Trauerbegleitung angesehen, der in der Regel durch den Arzt/die Ärztin geleitet wird.

Die rechtliche Einordnung des Totenbesuchs ist von der jeweiligen Rechtsordnung abhängig. In der Regel wird der Totenbesuch als ein Akt der Trauerbegleitung angesehen, der in der Regel durch den Arzt/die Ärztin geleitet wird.

Die rechtliche Einordnung des Totenbesuchs ist von der jeweiligen Rechtsordnung abhängig. In der Regel wird der Totenbesuch als ein Akt der Trauerbegleitung angesehen, der in der Regel durch den Arzt/die Ärztin geleitet wird.

Die rechtliche Einordnung des Totenbesuchs ist von der jeweiligen Rechtsordnung abhängig. In der Regel wird der Totenbesuch als ein Akt der Trauerbegleitung angesehen, der in der Regel durch den Arzt/die Ärztin geleitet wird.

Die rechtliche Einordnung des Totenbesuchs ist von der jeweiligen Rechtsordnung abhängig. In der Regel wird der Totenbesuch als ein Akt der Trauerbegleitung angesehen, der in der Regel durch den Arzt/die Ärztin geleitet wird.

Die rechtliche Einordnung des Totenbesuchs ist von der jeweiligen Rechtsordnung abhängig. In der Regel wird der Totenbesuch als ein Akt der Trauerbegleitung angesehen, der in der Regel durch den Arzt/die Ärztin geleitet wird.

Die rechtliche Einordnung des Totenbesuchs ist von der jeweiligen Rechtsordnung abhängig. In der Regel wird der Totenbesuch als ein Akt der Trauerbegleitung angesehen, der in der Regel durch den Arzt/die Ärztin geleitet wird.

Die rechtliche Einordnung des Totenbesuchs ist von der jeweiligen Rechtsordnung abhängig. In der Regel wird der Totenbesuch als ein Akt der Trauerbegleitung angesehen, der in der Regel durch den Arzt/die Ärztin geleitet wird.

Die rechtliche Einordnung des Totenbesuchs ist von der jeweiligen Rechtsordnung abhängig. In der Regel wird der Totenbesuch als ein Akt der Trauerbegleitung angesehen, der in der Regel durch den Arzt/die Ärztin geleitet wird.

Die rechtliche Einordnung des Totenbesuchs ist von der jeweiligen Rechtsordnung abhängig. In der Regel wird der Totenbesuch als ein Akt der Trauerbegleitung angesehen, der in der Regel durch den Arzt/die Ärztin geleitet wird.

Die rechtliche Einordnung des Totenbesuchs ist von der jeweiligen Rechtsordnung abhängig. In der Regel wird der Totenbesuch als ein Akt der Trauerbegleitung angesehen, der in der Regel durch den Arzt/die Ärztin geleitet wird.

Die rechtliche Einordnung des Totenbesuchs ist von der jeweiligen Rechtsordnung abhängig. In der Regel wird der Totenbesuch als ein Akt der Trauerbegleitung angesehen, der in der Regel durch den Arzt/die Ärztin geleitet wird.

Die rechtliche Einordnung des Totenbesuchs ist von der jeweiligen Rechtsordnung abhängig. In der Regel wird der Totenbesuch als ein Akt der Trauerbegleitung angesehen, der in der Regel durch den Arzt/die Ärztin geleitet wird.

Die rechtliche Einordnung des Totenbesuchs ist von der jeweiligen Rechtsordnung abhängig. In der Regel wird der Totenbesuch als ein Akt der Trauerbegleitung angesehen, der in der Regel durch den Arzt/die Ärztin geleitet wird.