



während des gesamten Vertragsverhältnisses speichert, sondern nur dem Nutzer diese Möglichkeit eröffnet. Dagegen spricht auch, dass bloße E-Mails als dauerhafte Datenträger angesehen werden (instruktiv *Spitzer/Wilfinger*, Dauerhafter Datenträger und Kundenkommunikation beim Online-Banking, ÖBA 2017, 231 mwN), obwohl sie dem Nutzer nur einmal übermittelt werden und er dann selbst dafür sorgen muss, dass er die entsprechende Information für den angemessenen Zeitraum speichert bzw. aufhebt. Insofern könnte es auch als ausreichend angesehen werden, wenn die Information in die Postbox geladen und der Nutzer davon verständigt wird und er die Möglichkeit hat, die Information selbst auf angemessene Dauer zu speichern. Nicht dagegen, sondern eher dafür spricht hingegen, dass, „stellt man (ohne weitere Voraussetzungen) allein auf die bloße Abspeicherbarkeit ab“, auch „gewöhnliche Internetseiten (iS der Diktion des EFTA-Gerichtshofs) für den vorsichtigen Verbraucher ein dauerhafter Datenträger“ wären, „weil deren

Inhalt etwa mit Screenshots, Fotos, Ausdrucken oder allenfalls auch einen Download gesichert werden könnte“ (2.7.7). Damit erwähnt der OGH selbst den springenden Punkt, dass nämlich im vorliegenden Fall nicht „ohne weitere Voraussetzungen“ auf die Abspeicherbarkeit abgestellt, sondern verlangt würde, dass die einmal abgespeicherte Information unveränderlich („dauerhaft“) und vom Nutzer so lange gespeichert werden kann, wie dies angemessen ist. Auch dieses Verständnis ist freilich nicht zwingend: Während der Wortlaut des § 3 Z 23 ZaDiG (Art 4 Nr 25 Zahlungsdienste-RL) eher für die oben aufgezeigte Lösung spricht, betont ErwGr 24 Zahlungsdienste-RL, dass Websites nur dann dauerhafte Datenträger sind, „sofern sie für einen dem Zweck der Information angemessenen Zeitraum konsultiert“ werden können. Insofern liegt kein „acte clair“ vor, so dass eine neuerliche Befassung des EuGH erwägenswert gewesen wäre.

*Wolfgang Zankl,
Universität Wien*

EvBI 2018/148

Art 33 EulnsVO
2015;
§ 6 IPRG

OGH 21. 3. 2018,
1 Ob 24/18p
(LGZ Innsbruck
1 R 208/17 w;
BG Innsbruck
17 C 351/16b)

Hier entscheidet der OGH, dass der Insolvenzverwalter der italienischen Bestandgeberin den Unternehmenspachtvertrag wirksam auflöste.

→ **Beendigung der Unternehmenspacht durch den Insolvenzverwalter**

Art 33 EulnsVO 2015 (§ 6 IPRG)

Eine Bestimmung, wonach im Fall der Insolvenz des Bestandgebers beide Parteien vom Vertrag über eine Betriebspacht zurücktreten können,

Sachverhalt:

Gegenstand des Verfahrens ist die (außerordentliche) Kündigung des **Bestandvertrags** zwischen der österr Kl als Bestandnehmerin und der italienischen Schuldnerin (Bestandgeberin), über die mit Beschluss des LG Treviso vom 16. 3. 2016 in Italien ein Konkursverfahren eröffnet und für die der Bekl zum Insolvenzverwalter bestellt wurde. Die Parteien vereinbarten die Anwendung österr Rechts. Die Schuldnerin ist Eigentümerin einer Liegenschaft in Tirol, auf der sich zwei **Hotelkomplexe** befinden.

Die Gebäude haben eine Gesamtnutzfläche von ca 2.050 m² und eine Baumasse von ca 7.350 m³; seit jeher wurde die Liegenschaft zur Führung zweier Hotelbetriebe verwendet, auch unmittelbar vor Inbestandnahme durch die Kl.

Die Schuldnerin, deren Geschäftszweig die Führung und Verpachtung von Hotels und Hotelbetrieben bzw die Vermietung von eigenen Geschäftszweigen umfasste, und die Kl als Bestandnehmerin schlossen 2014 einen schriftlichen **Bestandvertrag**, worin sie einleitend festhielten, dass die Schuldnerin Eigentümerin der Liegenschaft samt Einrichtungen sei; ebenso dass die Immobilien mit diversen Einrichtungen ausgestattet seien, wie verschiedene Anlagen, Verzierungen (Ornamente), Böden, Einrichtungsgegenstände sowie Zubehör. Dabei hielten sie fest, dass die Verpachtung der gesamten Unternehmensobjekte unter den nachfolgenden Detailvereinbarungen und Bedingungen erfolgt. Nach den Vertragsbedingungen darf keine den „Verwaltungsermächtigungen“ widersprechende geschäftliche Tätigkeit ausgeübt werden und es bildet

wenn sie an die andere Partei eine angemessene Entschädigung zahlen, verstößt nicht gegen den österreichischen ordre public.

die Nichtbeachtung dieser Verpflichtung durch den Pächter einen schwerwiegenden Verstoß, der zur sofortigen Vertragsauflösung führt. Das Vertragsverhältnis begann mit 1. 11. 2014 und wurde ursprünglich auf die Dauer eines Jahres abgeschlossen. Nach Art 18 des Bestandvertrags steht es dem Verpächter zu, den Vertrag (ua) bei Nichtbezahlung des Pachtzinses für aufgelöst zu erklären. Ab November 2014 bis einschließlich Mai 2017 zahlte die Kl den fixen monatlichen Bestandzins nicht mehr. Insgesamt ergeben sich offene fixe Bestandzinse von brutto € 420.000,-. Die Kl hatte die Hotelbetriebe entsprechend dem vereinbarten Vertragszweck am Standort geführt und während der Nutzungszeit umfangreiche Investitionen getätigt; sie rechtfertigt ihre Minderzahlungen an Bestandzins und Betriebskosten mit umfangreich bestehenden Minderungsansprüchen und mit vorausgelegten notwendigen Instandhaltungsaufwendungen.

Die Kl begehrt vom Bekl die **Feststellung**, dass das Bestandverhältnis weiterhin rechtswirksam bestehe. Der Rücktritt vom befristet abgeschlossenen Bestandvertrag sei wegen der Ausnahmebestimmung des Art 8 VO (EG) 1346/2000 über Insolvenzverfahren (EuInsVO) rechtsirrig erfolgt und unwirksam. Der **Bekl** wendete iW ein, er habe als Masseverwalter von dem Recht, den laufenden Vertrag binnen einer angemessenen Frist vorzeitig zu beenden, Gebrauch gemacht; die Sondernorm des Art 8 EuInsVO sei restriktiv zu handhaben und auf das Bestandverhältnis (Unternehmenspacht) nicht anzuwenden.

Das ErstG gab der Klage statt.

Das BerG wies das Feststellungsbegehren ab.

Der OGH gab der Rev der Kl nicht Folge.

Aus den Entscheidungsgründen:

[Anwendbares Recht]

Für Gesamtverfahren, welche die Insolvenz des Schuldners voraussetzen und den vollständigen oder teilweisen Vermögensbeschlagnahme gegen den Schuldner sowie die Bestellung eines Verwalters zur Folge haben, gilt nach deren Art 1 Abs 1 VO (EG) 1346/2000 des Rates vom 29. 5. 2000 über Insolvenzverfahren (ABl L 2000/160, 1 ff; Europäische Insolvenzverordnung – EuInsVO). Die VO (EU) 2015/848 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. 5. 2015 über Insolvenzverfahren (EuInsVO 2015) ist aufgrund der Insolvenzeröffnung über das Vermögen der Schuldnerin am 16. 3. 2016 noch nicht anwendbar (vgl deren Art 84).

Nach Art 4 Abs 2 lit e EuInsVO [2000] regelt das Recht des Staats der **Verfahrenseröffnung** (lex fori concursus), wie sich das Insolvenzverfahren auf laufende Verträge des Schuldners auswirkt. Nach dieser Kollisionsnorm ist daher insofern grundsätzlich das Recht des Eröffnungsstaates (hier Italien) maßgeblich.

Eine **Abweichung** von dieser Grundsatzbestimmung zur Anwendung der lex fori concursus findet sich in Art 8 EuInsVO (identisch mit Art 11 Abs 1 EuInsVO 2015). Danach ist für die Wirkungen des Insolvenzverfahrens auf einen Vertrag, der zum Erwerb oder zur Nutzung eines **unbeweglichen Gegenstands** berechtigt, ausschließlich das Recht des Mitgliedstaats maßgebend, in dessen Gebiet dieser Gegenstand gelegen ist (lex rei sitae). Zu den hiervon erfassten Verträgen gehören insb Miet- und Pachtverträge (*Burgstaller* in *Burgstaller/Neumayr/Geroldinger/Schmaranzer*, Internationales Zivilverfahrensrecht Art 8 InsVO Rz 1; *Maderbacher* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze Art 8 EuInsVO Rz 12; *Duursma-Kepplinger* in *Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky*, Europäische Insolvenzverordnung [2002] Art 8 Rz 1).

Nach überwiegender Auffassung ist der Begriff des „unbeweglichen Gegenstands“ verordnungsautonom iS einer „europäischen Durchschnittsbetrachtung“ oder einer „Gesamtschau“ auszulegen (*Duursma-Kepplinger*, aaO Art 8 Rz 4; *Reinhart* in *MüKoInsO*³ [2016] Art 8 EuInsVO 2000 Rz 4; *Nerlich/Hübler* in *Nerlich/Römermann*, Insolvenzordnung Art 8 Rz 4; *Lüer* in *Uhlenbruck/Hirte/Vallender*, InsO¹⁴ Art 8 EuInsVO Rz 4; zweifelnd *Mankowski* in *Mankowski/Müller/J. Schmidt*, EuInsVO 2015 [2016] Art 11 Rz 11 f; aA *Maderbacher*, aaO Art 8 EuInsVO Rz 10; *Paulus*, Europäische Insolvenzverordnung⁴ [2013] Art 8 Rz 5 [jeweils: lex rei sitae]). Darunter fallen jedenfalls Grundstücke und Gebäude (*Reinhart*, aaO).

Fraglich ist, ob auch **Unternehmen** von Art 8 EuInsVO erfasst sind. Nach einer Ansicht muss die **Gebrauchsüberlassung der Immobilie** den Vertrag charakterisieren. ZB werde die Überlassung eines Ladengeschäfts durch die Übertragung des Betriebs, der unternehmerischen Einheit, nicht durch die insoweit nicht prägende Überlassung der Ladenräume charakterisiert, sodass dieser Vertrag nicht Art 11 Abs 1 EuInsVO 2015 (Art 8 EuInsVO) unterfalle (*Mankowski*, aaO Art 11 Rz 21 unter Bezugnahme auf das Urteil des EuGH in der Rechtssache *Sanders*, 73/77, ECLI:EU:C:97:1977:208, Slg 1977, 2383, 2391, Rz 19 zu Art 16

LGvÜ). Zu „typengemischten Verträgen“, die den Erwerb oder die Nutzung einer Immobilie mit einer weiteren Verpflichtung verbinden, wird die Auffassung vertreten, dass danach zu unterscheiden sei, ob der durch Art 8 EuInsVO geschützte Teil des Vertrags separierbar sei. Sei dies der Fall, sei eine separate Anknüpfung an die lex rei sitae für den unter Art 8 EuInsVO fallenden Teil des Vertrags und für den anderen Teil an die lex concursus vorzunehmen (*Paulus*, aaO Art 8 Rz 3; *Nerlich/Hübler*, aaO Art 8 EuInsVO Rz 8; *Lüer*, aaO Art 8 EuInsVO Rz 10). Bei Unteilbarkeit wird der Vertrag teils nach der lex concursus behandelt, weil der Schutzzweck des Art 8 EuInsVO in diesem Fall ohnedies nicht erfüllt werden könne (*Paulus*, aaO Art 8 Rz 3), teils wird das Gesamtgeschäft aufgrund der besonderen Bedeutung, die der Ordnungsgeber den grundstücksbezogenen Rechtsgeschäften zugeschrieben habe, der lex rei sitae unterworfen (*Nerlich/Hübler*, aaO Art 8 EuInsVO Rz 8). Nach einer anderen Ansicht sollte dann, wenn sich der Vertrag als nicht teilbar erweist, eine **Gesamtbetrachtung** erfolgen und die Anwendbarkeit des Art 8 EuInsVO danach beurteilt werden, ob sich der Schwerpunkt des gesamten Vertrags auf die Berechtigung zum Erwerb bzw zur Nutzung des unbeweglichen Gegenstands richtet (*Lüer*, aaO Art 8 EuInsVO Rz 10). Nach einer weiteren Ansicht hänge die Anwendung von Art 8 EuInsVO bei nicht teilbaren Sachgesamtheiten davon ab, was den Schwerpunkt des Erwerbs- oder Nutzungsrechts bilde. Bei einem Unternehmenskauf sei dies, auch wenn es sich um ein Betriebsgrundstück mit einem komplexen Maschinenpark handle, idR nicht der unbewegliche Gegenstand selbst, sondern die Sachgesamtheit, sodass Art 8 EuInsVO nicht anwendbar wäre. Anderes gelte beispielsweise bei der Verpachtung eines Restaurants einschließlich des beweglichen Mobiliars, weil insoweit die Lage des unbeweglichen Gegenstands entscheidender sein dürfte als die bewegliche, im Ergebnis ersetzbare Innenausstattung (*Reinhart*, aaO Art 8 EuInsVO 2000 Rz 9).

[Bestandvertrag]

Ob der gegenständliche Bestandvertrag gem Art 4 Abs 2 lit e EuInsVO dem Recht des Staats der Verfahrenseröffnung (Italien) unterliegt oder nach Art 8 leg cit dem Recht des Mitgliedstaats, in dessen Gebiet die Liegenschaft liegt (Österreich), braucht allerdings nicht abschließend geklärt zu werden, weil der Vertrag bei Anwendung jedes der in Frage kommenden Rechte vom Bekl **rechtswirksam aufgelöst** wurde.

Soweit die Kl die Auffassung vertritt, es handle sich nicht um eine **Unternehmenspacht**, sondern um eine Geschäftsraummieta, ist ihr entgegenzuhalten, dass es bei der Unterscheidung zwischen Geschäftslokalmieta und Unternehmenspacht immer auf die Gesamtheit der Umstände des Einzelfalls ankommt (RIS-Justiz RS0031183). Unternehmenspacht liegt im Allgemeinen dann vor, wenn ein lebendes Unternehmen Gegenstand des Bestandvertrags ist. Neben den Räumen muss dem Bestandnehmer vom Bestandgeber auch das beigelegt werden, was wesentlich zum Betrieb des Unternehmens und dessen wirtschaftlichem Fortbestand gehört: Betriebsmittel (Einrichtung und Warenlager), Kundenstock und Gewerbeberechtigung. Das bedeutet aber

nicht, dass im Einzelfall alle diese Merkmale gleichzeitig gegeben sein müssten. Das Fehlen einzelner Betriebsgrundlagen lässt noch nicht darauf schließen, dass Miete und nicht Pacht vorliegt, wenn nur die übrigen Betriebsgrundlagen vom Bestandgeber beigestellt werden und das lebende Unternehmen als rechtliche und wirtschaftliche Einheit fortbesteht (RIS-Justiz RS0020398). Es kommt bei der Abgrenzung darauf an, welchen Umständen die größere wirtschaftliche Bedeutung zukommt (RIS-Justiz RS0020521). Ein wesentliches Begriffsmerkmal der Unternehmensverpachtung ist, dass das vom Pächter betriebene Unternehmen mit dem des Verpächters identisch ist; es kommt aber immer auf die Umstände des Einzelfalls und ihre Gewichtung an, ob Unternehmenspacht oder Geschäftsraummieta anzunehmen ist. Deutliche Indizien für eine Unternehmenspacht liegen vor, wenn ein lebendes Unternehmen mit zwar nicht bedeutsamem, aber doch vorhandenem Kundenstock und der Vereinbarung einer Betriebspflicht übergeben wurde (RIS-Justiz RS0020398 [T 7]), 3 Ob 208/10 z aaO [T 15]). Im Allgemeinen ist die Vereinbarung einer Betriebspflicht das wesentlichste Kriterium für die Qualifikation als Pachtvertrag, sofern dies auf einem wirtschaftlichen Interesse des Bestandgebers an der Art des Betriebs und an seinem Bestehen (RIS-Justiz RS0020451 [T 6]) sowie seiner Weiterführung beruht, nicht aber schon dann, wenn eine solche in den Vertrag als Leerformel ohne echtes Substrat aufgenommen wird (RIS-Justiz RS0020361).

Hier stellte die Schuldnerin sowohl die Betriebsmittel in Form der eingerichteten Hotelbetriebe als auch die notwendigen behördlichen Bewilligungen für den Betrieb der Hotels zur Verfügung. Zudem wurden auf der Liegenschaft die beiden Hotelbetriebe bis zur Übergabe an die Kl geführt. Schließlich vereinbarten die Parteien eine Betriebspflicht, die vor allem angesichts des Umstands, dass auf der Liegenschaft seit jeher Hotels betrieben wurden, nicht als Leerformel zu werten ist. Aufgrund der Gesamtheit der Umstände ist hier von einer Unternehmenspacht auszugehen, wofür auch die von den Parteien gewählte Bezeichnung spricht.

[Beurteilung nach italienischem Recht]

Sollte der Bestandvertrag nach Art 4 Abs 2 lit e EuInsVO ital Recht unterliegen, so bildete nach Art 79 it Konkursgesetz (Legge Fallimentare – Del fallimento) der Konkurs keinen Grund für die Auflösung eines Vertrags über die Pacht eines Betriebs. Beide Parteien können aber innerhalb von 60 Tagen zurücktreten, wenn sie an die andere Partei eine angemessene Entschädigung zahlen, die bei fehlendem Einvernehmen der Parteien vom beauftragten Richter nach Anhörung der Betroffenen festgesetzt wird (Übersetzung nach *Bauer/König/Kreuzer*, Das neue Italienische Gesetz über Konkurs und andere Insolvenzverfahren [2006] 83 [damals noch Art 80bis]). Es besteht demnach im Fall der Betriebspacht ein beiderseitiges sechzigtägliches „Rücktrittsrecht“ [It ital Recht „scioglimento“], dessen Ausübung zu einer angemessenen Entschädigung verpflichtet (*Kindler/Conow* in *Kindler/Nachmann*, Handbuch Insolvenzrecht in Europa, Italien I Rn 130). Der Bekl konnte daher mit der gegenüber der Kl abgegebenen Erklärung rechtswirksam den Rücktritt vom

Vertrag erklären, der zur Auflösung des Bestandvertrags führte.

Entgegen der Ansicht der Kl verstößt die auf Art 79 des ital Konkursgesetzes gestützte Auflösung der Betriebspacht im Fall der Insolvenz der Bestandgeberin (Schuldnerin) nicht gegen den „österreichischen ordre public“. Art 26 EuInsVO (gleichlautend Art 33 EuInsVO 2015) sieht lediglich im Zusammenhang mit der Anerkennung eines eröffneten Insolvenzverfahrens oder mit der Vollstreckung einer in einem solchen Verfahren ergangenen Entscheidung einen Ordre-public-Vorbehalt vor (*Klauser/Pogacar* in *Konecny*, Insolvenzgesetze Art 26 EuInsVO Rz 5, 7 und 10). Zu Art 4 bis 15 EuInsVO (nunmehr Art 7 bis 18 EuInsVO 2015) fehlt ein solcher ausdrücklicher Vorbehalt. „Der EuGH ist (so *Tashiro* in *Braun*, Insolvenzordnung⁷ [2017] Art 7 EuInsVO 2017 Rn 51) ohnehin sehr zurückhaltend und die Ausnahmen zu Art 7 [EuInsVO 2015] in den nachfolgenden Vorschriften gestatten bereits die Anwendung lokalen Rechts in vielen Konstellationen. Über den Vorbehalt in Art 33 und 32 hinaus besteht deshalb weder die Notwendigkeit noch der Raum für eine weitere ordre-public-Prüfung.“ Bereits der Umstand, dass die auf Art 79 Legge Fallimentare gestützte Auflösungserklärung die Bestandgeberin zu einer angemessenen Entschädigung verpflichtet, schließt den von der Kl behaupteten Verstoß gegen den „österreichischen ordre public“ aus.

[Beurteilung nach österreichischem Recht]

Sollte der Bestandvertrag – was die Kl anstrebt – gem Art 8 EuInsVO österr Recht unterliegen, wäre maßgeblich, dass § 1118 ABGB nachgiebiges Recht enthält. Unterliegt das Bestandverhältnis – hier der Unternehmenspachtvertrag über zwei Hotelbetriebe und einen Handelsbetrieb – keinen besonderen Schutzbestimmungen, dann können auch für den Bestandgeber **günstigere Kündigungsbestimmungen** vereinbart werden. Bei einem Pachtverhältnis müssen die von den Parteien vereinbarten Auflösungsgründe keineswegs die Bedeutung eines wichtigen Kündigungsgrundes iS gesetzlicher Kündigungsschutzbestimmungen haben. Wegen der weitreichenden Folge muss jedoch eine solche Lösungsmöglichkeit klar und deutlich vereinbart werden (RIS-Justiz RS0020946 [T 1, T 6] ua; 7 Ob 2424/96 p mwN).

Nach dem Inhalt des zu beurteilenden Bestandvertrags ist der Verpächter zur Auflösung des Pachtvertrags bei „**Nichtbezahlung**, auch teilweise, egal welcher Nebenverpflichtungen (einschließlich Gebühren und Steuern) innerhalb der Vertragsfristen und/oder der gesetzlichen Fristen“ berechtigt. Die Bestandgeberin hat daher das Recht zur sofortigen Vertragsauflösung, wenn der monatliche Pachtzins nicht fristgerecht gezahlt wird. Diese Vertragsklausel ist ausreichend klar und entspricht – anders als das ErstG meint – dem Bestimmtheitsgebot. Sie ist auch nicht undeutlich. Vereinbart wurde somit, dass es eines qualifizierten Pachtzinsrückstands iSd § 1118 ABGB nicht bedarf. Nach den Feststellungen bestehen offene Bestandzinsforderungen gegen die Kl; sie leitet aus der behaupteten Sanierungsbedürftigkeit der Anlage eine Mietzinsreduktion des fixen Bestandzins um 50% ab. Hinsichtlich der

von ihr getätigten Instandhaltungsaufwendungen konnte nicht festgestellt werden, ob sie außergerichtlich eine Aufrechnungserklärung gegenüber der Schuldne-

rin oder dem Bekl abgegeben hat. Damit war aber der Bekl zur Auflösung des Bestandvertrags wegen des jedenfalls bestehenden Pachtzinsrückstands berechtigt.

Hinweis:

Weil die Ordre-public-Klausel eine systemwidrige Ausnahme darstellt, wird allgemein sparsamster Gebrauch gefordert, eine schlichte Unbilligkeit des Ergebnisses genügt ebensowenig wie der bloße Widerspruch zu zwingenden österreichischen Vorschriften. Gegenstand der Verletzung müssen vielmehr **Grundwertungen** der österreichischen Rechtsordnung sein. Zweite wesentliche Voraussetzung für das Eingreifen der Vorbehaltsklausel ist, dass das Ergebnis der Anwendung fremden Sachrechtes und nicht bloß dieses selbst anstößig ist und überdies eine ausreichende Inlandsbeziehung besteht (RIS-Justiz RS0110743).

Martina Weixelbraun-Mohr

Anmerkung:

1. Im Zentrum der Entscheidung des 1. Senats stand die Frage nach dem anwendbaren Recht auf einen vom OGH als Unternehmenspacht qualifizierten Vertrag eines ital Insolvenzschuldners über eine Liegenschaft samt zwei Hotelbetrieben in Österreich unter dem komplexen kollisionsrechtlichen Regime der EuInsVO. Sedes materiae sind insoweit Art 4 ff EuInsVO 2000 (nunmehr: Art 7 ff EuInsVO 2015). Diese gehen zwar in Art 4 vom Grundsatz einer universellen und umfassenden Anwendung des Insolvenzrechts des Eröffnungsstaats (*lex fori concursus*) aus. Art 5 – 15 EuInsVO sehen hiervon aber zahlreiche Ausnahmen vor, darunter die Sonderanknüpfung in Art 8 *leg cit* für **Verträge, die zum Erwerb oder zur Nutzung eines unbeweglichen Gegenstands** berechtigen.

2. Unterfiele der gegenständliche Unternehmenspachtvertrag letzterer Bestimmung, so wäre für die **Wirkungen des Insolvenzverfahrens** auf diesen Vertrag ausschließlich die *lex rei sitae*, sohin österr Sachrecht, anwendbar. Der Insolvenzverwalter hätte sich folglich nicht auf das besondere Kündigungsrecht nach ital Insolvenzrecht (Art 79 Legge Fallimentare) stützen können. Entgegen einigen – zumindest missverständlichen – Formulierungen des OGH war indes die Beurteilung des vertraglichen Kündigungsrechts nach dem ausdrücklich gewählten österr Recht von der Subsumtion unter Art 8 EuInsVO völlig unabhängig: Die EuInsVO regelt – egal, ob gem Art 4 Abs 2 lit e oder Art 8 EuInsVO – nur das hinsichtlich der **insolvenzbedingten Folgen** auf einen Vertrag (konkret zB § 24 IO) **anwendbare Recht** (irreführend auch *Virgós/Schmit*-Bericht Rz 118: „einschließlich seines Konkursrechts“). Der Vertrag als solcher und daher auch ein vertragliches oder gesetzliches (zB § 1118 ABGB) Kündigungsrecht wegen Zinsrückstands unterliegt hingegen allein dem nach allgemeinem Kollisionsrecht am angerufenen Forum zu ermittelnden Recht; danach richtet sich auch die – vorliegend unzweifelhafte – Zulässigkeit einer Rechtswahl hinsichtlich des nicht insolvenzspezifischen Vertragsregimes (Art 3 Rom I-VO;

offenbar aA *Maderbacher*, Unternehmenspacht in der grenzüberschreitenden Insolvenz, ZIK 2018, 130 [132]).

3. Art 8 EuInsVO war folglich konkret nur für die Frage maßgeblich, ob neben dieser nach österr Recht zu beurteilenden vertraglichen Kündigung auch Art 79 Legge Fallimentare zur Anwendung gelangt. Der OGH ließ dies offen, weil er eine Kündigung sowohl nach dieser Norm als auch nach österr Recht bejahte (zust *Ofner*, ZfRV 2018, 130; abl *Maderbacher*, ZIK 2018, 131 ff). Damit harrt die umstrittene und letztlich nur vom EuGH lösbare Frage weiterhin der Klärung, ob ein **Unternehmen**, dessen assets teilweise auch aus einer oder mehreren Liegenschaften bestehen, als **unbewegliche Sache iSd Art 8 EuInsVO** einzustufen ist. Str ist freilich bereits, ob der Begriff der unbeweglichen Sache unionsautonom oder nach dem Verständnis der *lex rei sitae* zu definieren ist. ME ist – in ähnlicher Weise wie beim dinglichen Recht iSd Art 5 EuInsVO (EuGH C-195/15, *Senior Home*, Rz 20) – eine Kombination beider Zugänge vorzugswürdig: Als autonomes Mindestkriterium ist ein unmittelbarer Bezug zu einer körperlichen, physisch unbeweglichen Sache zu fordern, im Übrigen aber das mitgliedstaatliche Verständnis der *lex rei sitae* maßgeblich (ähnlich *Maderbacher*, ZIK 2018, 130 [133]). Nach österr Recht wird allerdings gerade ein Unternehmen richtigerweise differenziert beurteilt, dh je nach der anzuwendenden Norm als beweglich oder unbeweglich eingestuft (s nur *Helmich* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 302 Rz 9 mwN [Stand: 1. 1. 2010]). Im Kontext von Art 8 EuInsVO ist ein Unternehmen mE dementsprechend dann als unbeweglich zu qualifizieren, wenn der Erwerb bzw die Nutzung der Immobilie und seines Zubehörs, nicht hingegen der sonstigen Unternehmensbestandteile den Schwerpunkt des Vertragszwecks darstellt (idS *Reinhart* in *MüKoInsO* IV³ [2016] Art 8 EuInsVO Rz 9; *Lüer* in *Uhlenbruck*, *InsO*¹⁴ [2015] Art 8 EuInsVO Rz 10). Gegenständlich dürfte dies wohl der Fall gewesen sein, so dass Art 79 Legge Fallimentare nicht zur Anwendung gelangt wäre.

4. Der österr **ordre public** hätte dem Kündigungsrecht des ital Insolvenzverwalters indessen keinesfalls einen Riegel verschieben können, wie der OGH zu Recht erkennt. Offen bleibt allerdings die spannende Frage, ob Art 26 EuInsVO das gem Art 4 EuInsVO anwendbare ausländische Insolvenzrecht des Eröffnungsstaats überhaupt einem Ordre-public-Vorbehalt unterwirft oder – entsprechend seinem engeren Wortlaut – insoweit wirklich nur gerichtliche Entscheidungen, seien es Eröffnungs- oder Annexentscheidungen, überprüfbar sind (idS *Tashiro* in *Braun*, *Insolvenzordnung*⁷ [2017] Art 7 Rz 51 f; *Mankowski*, Der ordre public im europäischen und im deutschen Internationalen Insolvenzrecht, KTS 2011, 185 [188 f]; vgl hingegen Art 21 Rom I-VO; Art 26 Rom II-VO).

Martin Trenker,
Universität Innsbruck

