
1/2015

S. 1–42, ART.-NR. 1–48

ZIK

INSOLVENZRECHT UND KREDITSCHUTZ

Herausgeber: Andreas Konecny, Franz Mohr,
Stephan Riel, Otto Zotter

BEITRÄGE

- » **Philipp Anzenberger:** Sekundärinsolvenz auch im Sitzstaat der Schuldnerin
- » **Martin Trenker:** Anwendung der EulnsVO auf Organhaftungsansprüche wegen Gläubigerbevorzugung
- » **Stephan Riel:** Robert Bartsch über die Entstehung der Insolvenzgesetze 1914
- » **Tina Ehrke-Rabel/Richard Kettisch:** Bescheidadressat im Insolvenzverfahren – ins Ausland anders?

JUDIKATUR

- » Sanierungsplan: keine Mahnung mit unsignierter E-Mail

Dr. Martin Trenker, Innsbruck

Anwendung der EuInsVO auf Organhaftungsansprüche wegen Gläubigerbevorzugung

Anmerkungen zu EuGH C-295/13 H/H.K.¹

» ZIK 2015/6

In Weiterführung seiner bisherigen Rsp zur Abgrenzung von EuGVVO und EuInsVO qualifizierte der EuGH kürzlich auch eine Klage gegen einen Organwalter wegen Zahlungen nach Eintritt materieller Insolvenz der Gesellschaft als „insolvenznahe“ und unterwarf sie damit der internationalen Zuständigkeit im Insolvenzeröffnungsstaat gem Art 3 EuInsVO. Richtungsweisend könnte daran sein, dass derartige Organhaftungsansprüche nicht zwingend die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens voraussetzen. Nur zwei Tage vor der Entscheidung hat der BGH dem EuGH darüber hinaus die praktisch sehr bedeutsame Frage vorgelegt, ob auf solche Ansprüche auch das materielle Recht des Verfahrenseröffnungsstaats zur Anwendung gelangt.²

1. PROBLEMSTELLUNG UND BISHERIGER STAND DER JUDIKATUR

Nach Art 1 Abs 2 lit b EuGVVO³ sind Konkurse, Vergleiche und ähnliche Verfahren vom Anwendungsbereich der Verordnung ausgenommen. Die daraus resultierende Regelungslücke schließt Art 3 EuInsVO, indem für die Eröffnung derartiger Verfahren jener Mitgliedstaat zuständig ist, in dem der Schuldner den Mittelpunkt seiner Interessen („COMI“) hat.

Lange Zeit heftig umstritten war die Frage, ob die Bereichsausnahme von Art 1 Abs 2 lit b EuGVVO auch Klagen erfasst, die irgendwie im Zusammenhang mit einem Insolvenzverfahren stehen, und bejahendenfalls ob auf solche das Zuständigkeitsregime der EuInsVO oder nationales Recht zur Anwendung gelangt.⁴ In der Rs *Seagon/Deko Marty Belgium*⁵ hat der EuGH Klagen iSe *vis attractiva concursus* der internationalen Zuständigkeit im Insolvenzeröffnungsstaat gem Art 3 EuInsVO unterstellt, wenn sich der geltend gemachte Anspruch erstens unmittelbar aus dem eröffneten Insolvenzverfahren ableitet und zweitens mit diesem in engem Zusammenhang steht (vgl Erwägungsgrund 6; Art 25 Abs 1 Unterabs 2 EuInsVO; s nunmehr auch Art 3a COM [2012] 744 endg). Diese beiden überaus auslegungsbedürftigen Kriterien für die Annexzuständigkeit gem

Art 3 EuInsVO wurden in zahlreichen Entscheidungen näher konkretisiert.⁶

In der noch vor Einführung der EuInsVO ergangenen „Leitentscheidung“ *Gourdain/Nadler* hat der EuGH eine Klage gegen einen Organwalter einer französischen Kapitalgesellschaft dem Konkursausnahmetatbestand gem Art 1 Abs 2 Nr 2 EuGVÜ unterworfen und dabei folgende Indizien für eine „Insolvenznähe“ als relevant hervorgehoben: Die Einziehungsbefugnis des Insolvenzverwalters, die Zuständigkeit des Insolvenzgerichts sowie den Umstand, dass der Anspruch der Gesamtheit der Gläubiger zu Gute kommt.⁷ Allein die Prozessführung durch den Masseverwalter reicht allerdings nicht aus, wenn es lediglich um die Geltendmachung einer vor Insolvenzeröffnung begründeten Forderung geht, die folglich auch im Insolvenzverfahren dem Anwendungsbereich der EuGVVO unterliegt.⁸ Ein „insolvenznahe“ Anspruch muss sich nämlich auf einen Tatbestand stützen, der gerade wegen der Insolvenz von den allgemeinen Regelungen des Zivilrechts abweicht.⁹ Paradebeispiel einer solchen insolvenzspezifischen Rechtsgrundlage ist die Insolvenzanfechtung, wie der EuGH in der erwähnten Rs *Seagon/Deko Marty Belgium*¹⁰ klarstellte. Lediglich wenn die Anfechtung nicht der Insolvenzverwalter, sondern wie in der Rs *F-Tex/Jadecloud-Vilma*¹¹ ein Dritter in Folge einer Zession des Anfechtungsanspruchs geltend macht, fehle es an der erforderlichen Konnexität zum Insolvenzverfahren. Deutlich „großzügiger“ war der EuGH indes in *SCT Industri/Alpenblume*,¹² wo eine Insolvenznähe bejaht wurde, weil die (vermeintlich)¹³ allein entscheidende Frage, ob die Unwirksamkeitsanordnung von Verfügungen des Schuldners während des – bereits vor einigen Jahren beendeten – Insolvenzverfahrens in einem anderen Mitgliedstaat anerkannt werden müsse, die Anwendung insolvenzrechtlicher Normen betrifft.

1 EuGH 4. 12. 2014, Rs C-195/13, H/H.K. in diesem Heft der ZIK 2015/44, 39.

2 BGH II ZR 119/14.

3 Es wird im Folgenden auf die Bestimmungen der Neufassung der EuGVVO (VO [EU] 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. 12. 2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABI L 2012/351, 1) Bezug genommen.

4 Dafür zB *Kodek* in *Burgstaller/Neumayr/Geroldinger/Schmaranzer*, Internationales Zivilverfahrensrecht (3. Lfg; 2003) Art 25 EuInsVO Rz 20 ff; *Oberhammer*, Von der InsVO zum europäischen Insolvenzrecht, KTS 2009, 27 (40 mwN).

5 EuGH 12. 2. 2009, C-339/07 Rz 21.

6 Zum schier unüberschaubaren Schrifttum s nur die Nachw bei *Oberhammer*, Europäisches Insolvenzrecht: EuGH *Seagon/Deko Marty Belgium* und die Folgen, in FS Koziol (2010) 1239 (1240 FN 6).

7 EuGH 22. 2. 1979, 133/78, *Gourdain/Nadler* Rz 5 f.

8 EuGH 4. 9. 2014, C-157/13, *Nickel und Goeldner/Kintra*; EuGH 18. 7. 2013, C-147/12, *ÖFAB/Frank Coot*; ausf dazu auch *Geroldinger*, Internationale Zuständigkeit für Zahlungsklage des Insolvenzverwalters, ZIK 2014/299, 206.

9 EuGH 4. 9. 2014, C 157/13, *Nickel und Goeldner/Kintra* Rz 24; EuGH 22. 2. 1979, 133/78, *Gourdain/Nadler* Rz 4-6; vgl idS bereits *Haubold*, Europäisches Zivilverfahrensrecht und Ansprüche im Zusammenhang mit Insolvenzverfahren, IPRax 2002, 157 (162).

10 EuGH 12. 2. 2009, C-339/07.

11 EuGH 19. 4. 2012, C-213/10.

12 EuGH 2. 7. 2009, C-111/08.

13 Siehe *Oberhammer*, Im Holz sind Wege: EuGH SCT./ Alpenblume und der Insolvenztatbestand des Art 1 Abs 2 lit b EuGVVO, IPRax 2010, 317 (322).



2. EUGH C-295/13

Im jüngsten Kapitel der Abgrenzung von EuGVVO und EulnsVO unterstellte der EuGH in der Rs *H/H.K.* den Anspruch einer dt GmbH als Insolvenzschuldnerin gegen ihren Geschäftsführer wegen Zahlungen nach Eintritt der Insolvenzreife gem § 64 S 1 dGmbHG der Annexkompetenz des Art 3 EulnsVO.¹⁴ Besonders bemerkenswert ist daran, dass § 64 S 1 dGmbHG nach seinem Wortlaut nicht die Eröffnung des Insolvenzverfahrens, sondern nur den Eintritt materieller Insolvenz voraussetzt. Dies stehe der Qualifikation als insolvenznahe aber zumindest dann nicht entgegen, wenn die Klage konkret im Rahmen eines Insolvenzverfahrens erhoben wird.¹⁵ Entscheidend sei vielmehr, dass der zugrundeliegende Anspruch aus Sonderregeln für das Insolvenzverfahren resultiert, indem eine Haftpflicht des Schuldners gerade wegen der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft angeordnet wird.¹⁶ Dass der beklagte Geschäftsführer vorliegend seinen Wohnsitz in der Schweiz hat, ändere an diesem Ergebnis nichts.¹⁷

3. STELLUNGNAHME

3.1. BEWERTUNG UND RÜCKSCHLÜSSE AUS DER BISHERIGEN JUDIKATUR

Schon bislang bereitete es Schwierigkeiten, die Jud des EuGH dogmatisch unter einen Hut zu bringen. Im Schrifttum wird allen voran die Entscheidung *SCT Industri/Alpenblume*¹⁸ heftig kritisiert,¹⁹ va weil die Wirkung der insolvenzrechtlichen Verfügungssperre nur streitgegenständliche Vorfrage war und lange Zeit nach Beendigung des Insolvenzverfahrens ergangen ist. Ein derart weites Verständnis liefe – vergleichbar der Kernpunkttheorie zur Rechtshängigkeit (Art 29 EuGVVO)²⁰ – darauf hinaus, „Insolvenznahe“ zu bejahen, wenn ausgehend vom Vorbringen des Klägers²¹ Kernpunkt des Verfahrens die Anwendung von insolvenzrechtlich geprägten Normen ist.

Letztlich könnte eine solch extensive Auslegung aber nur überzeugen, wenn der EuGH das Sachargument für die Annahme eines „Attraktionsgerichtsstands“ in der größeren inhaltlichen Sachnähe der Gerichte im Insolvenzeröffnungsstaat sieht, zumal diese insolvenzspezifische Sachverhalte oftmals effizienter eruieren und rechtlich beurteilen können.²² Folgerichtig hätte dann aber das Urteil in der Rs *F-Text/„JadecLOUD-Vilma“* gegenteilig ausfallen müssen, weil die Insolvenzanfechtung unabhängig von der Geltendmachung durch den Verwalter oder einen Zessionar insolvenzspezi-

fische Sachfragen zum Gegenstand hat. Zudem wäre ein derart weites Verständnis generell nicht damit vereinbar, dass die Annexzuständigkeit gem Art 3 EulnsVO als Ausnahmebestimmung von der EuGVVO nach Ansicht des EuGH eng auszulegen ist.²³

Insgesamt spricht mehr dafür, dass die Annahme eines Attraktionsgerichtsstands – wie in *Seagon/Deko Marty Belgium*²⁴ zumindest angedeutet – teleologisch der effizienten Durchführung des Insolvenzverfahrens dient, indem zugunsten der Masse und des Verwalters ein „Klägergerichtsstand“ begründet wird.²⁵ Eine „Durchbrechung“ des die EuGVVO prägenden Beklagten-schutzes wäre auch schwerlich zu rechtfertigen, wenn dadurch nicht den Interessen der Gläubigergesamtheit ein Dienst erwiesen würde.²⁶ All dem kann freilich nur zustimmen, wer die Rs *SCT Industri/Alpenblume*²⁷ insoweit als verfehlt „Ausreißerentscheidung“ ansieht, als Klagen unter Zugrundelegung dieser Ansicht von vornherein vom Anwendungsbereich der EulnsVO auszunehmen sind, wenn sie erst nach Beendigung eines Insolvenzverfahrens geltend gemacht werden. Denn nach Insolvenzbeendigung kann ein Attraktionsgerichtsstand die Verfahrensdurchführung zwangsläufig nicht mehr erleichtern²⁸. Dennoch bleibt sehr zweifelhaft, ob der EuGH seine Auffassung in *SCT Industri/Alpenblume* einfach als überholt ansehen wird. Sollte er sich aber – mE völlig zu Recht – zur Vereinfachung der Verfahrensabwicklung als „teleologischer Grundlage“ der Annexkompetenz bekennen, wären neben Klagen aufgrund insolvenzspezifisch motivierter materiellrechtlicher Anspruchsgrundlagen wohl auch solche unter Art 3 EulnsVO zu subsumieren, die funktional der Abwicklung des Insolvenzverfahrens dienen, wie zB Prüfungsprozesse (§ 110 IO).²⁹

3.2. WEITERENTWICKLUNG: „INSOLVENZNÄHE“ BEI ANKNÜPFUNG AN MATERIELLE INSOLVENZ

Der größte Neuwert der vorliegenden Entscheidung liegt sicherlich darin, dass es der EuGH für ausreichend erachtet, wenn der *konkrete* Rechtsstreit iZm einem Insolvenzverfahren geführt wird, mag dessen Geltendmachung auch ohne Insolvenzverfahren denkbar sein. Das bedeutet selbstverständlich nicht, dass jeder Anspruch, den ein Verwalter im Rahmen eines Insolvenzverfahrens einklagt, unter die EulnsVO fiele. Denn weiterhin muss der Streitgegenstand in engem Zusammenhang zum Insolvenzverfahren stehen, also auf vom allgemeinen Zivilrecht abweichenden insolvenzrechtlichen Regeln basieren. Wirklich neu ist aber, dass eine Norm auch dann idS als insolvenzrechtlich einzustufen ist, wenn sie bloß die materielle Insolvenz, nicht aber die formelle Verfahrenseröffnung voraussetzt.

¹⁴ EuGH 4. 12. 2014, C-295/13, *H/H.K.*

¹⁵ EuGH 4. 12. 2014, C-295/13, *H/H.K.* Rz 20.

¹⁶ EuGH 4. 12. 2014, C-295/13, *H/H.K.* Rz 21 ff.

¹⁷ EuGH 4. 12. 2014, C-295/13, *H/H.K.* Rz 32 f; so bereits EuGH 16. 1. 2014, C-328/12, *Schmid/Hertel* Rz 30 ff.

¹⁸ EuGH 2. 7. 2009, C-111/08.

¹⁹ ZB *Mankowski*, „Enger Zusammenhang“ zwischen Zivilklage und Konkursverfahren – Anerkennung von Entscheidungen eines anderen Mitgliedstaats, NZI 2009, 570; *Nunner-Krautgasser*, Zak 2009/438, 278 (Entscheidungsanmerkung); *Oberhammer*, IPrax 2010, 317.

²⁰ Treffend *Oberhammer*, IPrax 2010, 323; *Haas*, Insolvenzrechtliche Annexverfahren und internationale Zuständigkeit, ZIP 2013, 2381 (2388).

²¹ Mögliche Einwendungen des Beklagten können nicht ausschlaggebend für die Beurteilung der internationalen Zuständigkeit sein, aA aber *Haas*, ZIP 2013, 2389.

²² Vgl zutr *Kodek*, EuGH zur Konkursanfechtung: Eine erste Analyse, ÖBA 2009, 629 (634); *Koller*, Neues zum Abgrenzungsenigma EuGVVO/EulnsVO, *ecolex* 2012, 693 (695).

²³ EuGH 10. 9. 2009, C-292/08, *German Graphics/van der Schee* Rz 23 ff; zust *Koller*, *ecolex* 2012, 694; *Oberhammer*, Zur Abgrenzung von EuGVVO und EulnsVO bei insolvenzbezogenen Erkenntnisverfahren, ZIK 2010/5, 6 (11); vgl auch bereits *Brinkmann*, Der Aussonderungsstreit im internationalen Insolvenzrecht, IPrax 2010, 324 (326).

²⁴ EuGH 12. 2. 2009, C-339/07, *Seagon/Deko Marty Belgium* Rz 22.

²⁵ So *Kodek*, ÖBA 2009, 631; *Oberhammer* in FS Koziol 1249 f.

²⁶ Vgl *Koller*, *ecolex* 2012, 695; *Oberhammer*, ZIK 2010/5, 7.

²⁷ Der Sachverhalt in *SCT Industri/Alpenblume* war freilich insofern ein „hard case“, als die EulnsVO auf das Verfahren noch nicht anwendbar war und sich die entscheidungsrelevante Frage nach der Anerkennung einer ausländischen Verfügungssperre wegen Art 17 EulnsVO mittlerweile so nicht mehr stellen kann.

²⁸ Zweifelhafte ist aber auch, ob die Gerichte im Eröffnungsstaat nach Verfahrensbeendigung überhaupt noch über größere „Sachnähe“ verfügen.

²⁹ So jüngst Schweizer BGer 4 A_740/12 BGE 140, III, 320 = ZIP 2014, 2095; zust *Piekenbrock*, Klagen und Entscheidungen über Insolvenzforderungen zwischen LugÜb, ZIP 2014, 2067 (2070 ff) mit beachtlichen historischen Argumenten.

Dem ist im Ergebnis zuzustimmen, weil § 64 S 1 dGmbHG sowie das ihm nachgestaltete³⁰ österr Pendant in § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG bzw § 84 Abs 3 Z 6 AktG trotz seiner systematischen Verortung ausschließlich durch insolvenzrechtliche *teloi* motiviert ist. Die tatbildliche „Zahlung“ nach Insolvenzreife, also die Tilgung bestehender Verbindlichkeiten, führt nämlich nicht einmal zu einem Schaden der Gesellschaft, sodass ein solcher nur im Interesse der Gleichbehandlung der Gläubiger³¹ und einer rechtzeitigen Insolvenzeröffnung fingiert wird.³² Es nimmt daher wenig Wunder, dass die Anspruchsgeltendmachung selbst im Sanierungsverfahren mit Eigenverwaltung dem Sanierungsverwalter obliegt (§ 84 Abs 5 AktG).³³ Auf den Punkt gebracht unterscheiden sich die Ersatzansprüche wegen Gläubigerbevorzugung in ihrer Zwecksetzung entscheidend von „gewöhnlichen“ Schadenersatzforderungen gegen die Organwalter, die der OGH zu Recht nicht unter Art 3 EulnsVO subsumiert hat.³⁴

Mit Spannung zu erwarten bleibt dagegen, ob der EuGH die in der Rs *ÖFAB/Frank Coot*³⁵ der EuGVVO unterstellten Existenzvernichtungsansprüche auch dann vom Anwendungsbereich der EulnsVO ausnehmen wird, wenn sie - anders als in dieser Entscheidung - im Zuge eines konkreten Insolvenzverfahrens eingeklagt werden. Dies dürfte maßgeblich davon abhängen, ob der jeweilige nationale Haftungstatbestand insofern insolvenzspezifisch ist, als der Eintritt materieller Insolvenz der Gesellschaft haftungsbegründendes Tatbestandsmerkmal ist. IdS „insolvenznah“ sind mE ebenso Anfechtungsansprüche gem §§ 28, 29 IO, obwohl sie im Wege der Einzelanfechtung auch außerhalb eines Insolvenzverfahrens geltend gemacht werden können.³⁶ Denn die zentrale Voraussetzung der Einzelanfechtung, die Erfolglosigkeit der Exekutionsführung (§ 8 AnfO), ist letztlich kaum etwas anderes als Zahlungsunfähigkeit, weshalb eine gewisse speziell insolvenzrechtliche Teleologie auch §§ 28, 29 IO nicht abzusprechen ist.

Freilich dürften solche Haftungsnormen insgesamt selten sein, die zwar an die Zahlungsunfähigkeit anknüpfen, nicht aber die formelle Insolvenz voraussetzen. Es ist nämlich trotz Eintritts der Insolvenzreife teleologisch kaum zu rechtfertigen, an sich unbedenkliche Handlungen zu sanktionieren, wenn es letztlich nicht zum „worst case“ kommt, sondern sich der Schuldner wieder erholt. Genau aus diesem Grund setzen die Ansprüche gem § 64 S 1 dGmbHG bzw § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG richtigerweise entgegen deren Wortlaut im Grundsatz sehr wohl die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens voraus,³⁷ was die Richtigkeit der Auffassung des EuGH zusätzlich untermauert.

3.3. KEINE „VERFAHRENSUNABHÄNGIGE“ SUBSUMTION UNTER ART 3 EUINSVO

Ohne aufrechtes Insolvenzverfahren ist eine Haftung wegen Zahlungen nach Insolvenzreife lediglich im Falle der Abweisung mangels Masse im Interesse der Verhaltenssteuerung des Geschäftsführers zu bejahen.³⁸ Ferner ist eine Geltendmachung auch noch nach Beendigung eines Insolvenzverfahrens denkbar, zumal die Gesellschaft nicht vollbeendet sein kann, solange sie noch über Aktivvermögen wie den Ersatzanspruch gem § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG verfügt.³⁹ In diesen Fällen, also ohne Bezug zu einem aufrechten Insolvenzverfahren, lässt der EuGH die Behandlung solcher Ansprüche weiterhin offen; er spricht nur davon, dass die EuGVVO diesfalls anwendbar sein „kann“.⁴⁰ Wenn man die für die Ausdehnung von Art 3 EulnsVO ausschlaggebende Wertungsgrundlage aber wie oben angenommen (s 3.1.) in der Erleichterung der Verfahrensabwicklung im Interesse der Gläubigergemeinschaft erblickt, sind solche Ansprüche der EuGVVO und nicht der EulnsVO zu unterstellen, wenn sie (ausnahmsweise) nicht im Rahmen einer formellen Insolvenzabwicklung geltend gemacht werden.⁴¹

Dennoch ist Vorsicht davor geboten, jeden nach Verfahrensbeendigung eingeklagten Anspruch unbeschrieben vom Anwendungsbereich des Art 3 EulnsVO auszunehmen. Dies zeigt sich bei der „nachträglichen“ Geltendmachung eines Anfechtungsanspruchs durch einen Überwachungstreuhänder (§ 157i IO) nach österr Recht. Auch wenn das Insolvenzverfahren formal bereits beendet wurde (§ 152b Abs 2 IO), stellt die Treuhandüberwachung mit Vermögensübergabe nämlich mE funktional betrachtet eine Art Weiterführung des Verfahrens dar.⁴² Insb bestehen in §§ 157a – m IO zahlreiche Kompetenzen des Insolvenzgerichts fort und der Anfechtungserlös kommt allein den Sanierungsplangläubigern zu Gute.⁴³ Durch eine Zuständigkeit im Staat der Verfahrenseröffnung werden also weiterhin ähnliche verfahrensvereinfachende Effekte wie während aufrechten Insolvenzverfahrens erzielt. Anders als bei der – in Österreich nach hM ohnehin unzulässigen⁴⁴ – Anfechtung durch einen „gewöhnlichen“ Zessionar⁴⁵ ist für eine Anfechtung durch einen Treuhänder als „funktionellen Nachfolger“⁴⁶ des Insolvenzverwalters daher eine Subsumtion unter Art 3 EulnsVO zugswürdig.

³⁰ ErläutRV 236 BlgHH 17. Sess 66.

³¹ *Karollus*, Pflichten und Haftung der Organe von Kapitalgesellschaften in der Krise und bei Sanierung, in *Feldbauer-Durstmüller/Schlager*, Krisenmanagement – Sanierung – Insolvenz (2002) 1145 (1168); OGH 9 ObA 138/12b.

³² Ausf *U. Torggler/Trenker*, Zur Organhaftung für Gläubigerbevorzugung gemäß § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG, § 84 Abs 3 Z 6 AktG, JBl 2013, 613 (614 f).

³³ Dies ist freilich nicht zwingend erforderlich (zutr *Konecny*, Internationale Zuständigkeit des Insolvenzeröffnungsstaats für Anfechtungsklagen, ZIK 2009/62, 40 [41]).

³⁴ OGH 3 Ob 2/04x ZIK 2004/274, 213.

³⁵ EuGH 18. 7. 2013, C-147/12.

³⁶ Keine Änderung der Zuständigkeit bewirkt mE der Eintritt des Insolvenzverwalters in einen vor Insolvenzeröffnung initiierten Einzelanfechtungsprozess (§ 37 Abs 3 IO).

³⁷ *U. Torggler/Trenker*, JBl 2013, 625 f; ebenso dt hM, zB *H. F. Müller in Fleischer/Goette*, Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung² III (2014) § 64 Rz 146 (mwN auch der Gegenansicht); *Nerlich in Michalski*, Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung² II (2010) § 64 Rz 47; BGH II ZR 370/99 NJW 2000, 304.

³⁸ *Casper in Ulmer/Habersack/Winter*, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung Großkommentar III (2008) § 64 Rz 95; *U. Torggler/Trenker*, JBl 2013, 626; BGH II ZR 370/99 NJW 2000, 304.

³⁹ Statt vieler *Koppensteiner/Rüffler*, GmbH-Gesetz Kommentar³ (2007) § 84 Rz 5; *Leupold in U. Torggler*, GmbH-Gesetz Kurzkommentar (2014) § 84 Rz 30 mwN.

⁴⁰ EuGH 4. 12. 2014, C-295/13, *H/H.K.* Rz 25.

⁴¹ Vgl EuGH 18. 7. 2013, C-147/12, *ÖFAB/Frank Coot* Rz 25.

⁴² *Schumacher/Trenker*, Zur Prozessführungsbefugnis bei der Sanierungsplanerfüllung mit Treuhänderüberwachung, in *Nunner-Krautgasser/Kapp/Clavora*, Jahrbuch Insolvenz- und Sanierungsrecht 14 (2014) 235 (251 f, 256).

⁴³ *König*, Insolvenzanfechtung im Sanierungsverfahren, ZIK 2012/7, 11 (12).

⁴⁴ *Koziol/Bollenberger in Bartsch/Pollak/Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht I⁴ (2000) § 27 KO Rz 56; *Petschek/Reimer/Schiemer*, Das österreichische Insolvenzrecht (1973) 379 uam; aA BGH IX ZR 91/10 NZI 2011, 486; zweifelnd auch *U. Torggler/Trenker*, JBl 2013, 622 (mwN).

⁴⁵ EuGH 19. 4. 2012, C-213/10, *F-Tex/ Jadecloud Vilma*.

⁴⁶ Ähnlich *Kodek*, Von der KO zur IO – das IRÄG 2010 im Überblick, ÖBA 2010, 499 (501); *Schumacher*, Der Liquidationssanierungsplan, ZIK 2014/63, 57; vgl aber OGH 3 Ob 30/14d ÖBA 2014, 858 (*Nunner-Krautgasser*).

3.4. IRRELEVANZ DES BEKLAGTENWOHNSITZES

Zuzustimmen ist dem EuGH, dass es nach Art 3 EulnsVO konsequenterweise keinen Unterschied macht, in welchem Staat der Beklagte ansässig ist.⁴⁷ Die Drittstaatszugehörigkeit kann zwar dazu führen, dass die Entscheidung nicht anerkannt und vollstreckt wird;⁴⁸ das ist aber grundsätzlich ein allgemeines Problem und kein solches der Abgrenzung von EuGVVO und EulnsVO. Lediglich in der gegenständlichen Konstellation, dass der Wohnsitzstaat des Beklagten nur der Geltung des LugÜb, nicht aber der EulnsVO untersteht, würde eine Subsumtion unter den Anwendungsbereich des LugÜb zu einer Anerkennungspflicht führen (Art 33 *leg cit*).⁴⁹ Im Interesse einer der Rechtssicherheit dienlichen Formulierung allgemeingültiger Abgrenzungskriterien und des notwendigen Gleichklangs zwischen der Auslegung der EuGVVO und dem Lugano-II-Übereinkommen ist es aber erfreulich, dass der EuGH diese besondere praktische Konsequenz vorliegend nicht für entscheidend erachtet hat.

3.5. ANWENDBARES MATERIELLES RECHT

Klärzustellen ist noch, dass sich die bisherigen Ausführungen nur auf die internationale Zuständigkeit, nicht aber auf das für den jeweils geltend gemachten Anspruch materiell anwendbare Sachrecht beziehen. Grundsätzlich schafft Art 4 EulnsVO einen Gleichklang zwischen Zuständigkeit und anwendbarem Recht, indem es für das Insolvenzverfahren und seine Wirkungen im Rahmen einer Sachnormverweisung die *lex fori concursus* für anwendbar erklärt.⁵⁰ Es wäre daher denkbar, dass ganz in dieser Kohärenz die Zuordnung eines Anspruchs zur Annexkompetenz gem Art 3 EulnsVO zwangsläufig auch die Anwendung der *lex fori concursus* bedingt. Entscheidend dagegen spricht aber, dass das für die Attraktionsgerichtsbarkeit im Verfahrenseröffnungsstaat besonders bedeutsame Kriterium der Erleichterung der Verfahrensabwicklung keine zwingenden Rückschlüsse auf die international-privatrechtliche Qualifikation erlaubt.⁵¹ Auch der EuGH hat beide Fragen in der Rs *German Graphics/van der Schee*⁵² sauber voneinander getrennt. Zu Recht hat sich der BGH daher kürzlich veranlasst gesehen, die Frage nach der Anwendung von Art 4 EulnsVO⁵³ auf Ansprüche nach § 64 S 1 dGmbHG dem EuGH vorzulegen.⁵⁴

Wenngleich die international prozessuale und die privatrechtliche Anknüpfung also nicht zwangsläufig identisch sind, geht doch eine Indizwirkung für das anwendbare materielle Recht davon aus, dass eine Materie Art 3 EulnsVO zugeordnet wird *et vice versa*. Auch im Kontext von § 25 Abs 3 Z 2

GmbHG, § 84 Abs 3 Z 6 AktG ist eine materiellrechtliche Anknüpfung am Insolvenzstatut mit der dt hM zu bejahen.⁵⁵ Irrelevant ist zunächst, dass die Organhaftung wegen Gläubigerbevorzugung in gesellschaftsrechtlichen Kodifikationen verankert ist.⁵⁶ Wesentlich ist indes auch für die international-privatrechtliche Beurteilung, dass der Anspruch auf Rechtsgrundlagen fußt, die zugunsten typischer Insolvenzzwecke von allgemeinen Zivilrechtsgrundlagen abweichen. Gerade wenn das Vorliegen eines Insolvenzgrunds bzw die darauf aufbauende Antragspflicht tatbildlich ist, spricht dies für die Anwendung des materiellen Rechts des Verfahrenseröffnungsstaats, zumal diese Umstände herrschend nach der *lex fori concursus* zu beurteilen sind.⁵⁷ Andernfalls käme es zu einer differenzierten Anknüpfung einzelner Tatbestandsmerkmale, die im Zweifel zu vermeiden ist. Mit der insolvenzrechtlichen Qualifikation von Organhaftungsansprüchen wegen Zahlungen nach Insolvenzreife korrespondiert schließlich auch, dass der funktional vergleichbare Ersatzanspruch wegen Verletzung der Insolvenzantragspflicht nach hA insolvenzrechtlich angeknüpft wird.⁵⁸

Das bedeutet im Ergebnis, dass auch Geschäftsführer ausländischer Kapitalgesellschaften⁵⁹ mit COMI in Österreich eine Haftung wegen gläubigerbegünstigenden Zahlungen nach Insolvenzreife treffen kann. Methodisch ist hierfür eine analoge Anwendung von § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG, § 84 Abs 3 Z 6 AktG erforderlich.⁶⁰ Im Endeffekt ist somit auch (begrenzte) Abhilfe gegen die oft beklagte⁶¹ Aushöhlung des inländischen Gläubigerschutzregimes für zugezogene Gesellschaften durch die Niederlassungsfreiheit geschaffen. Umgekehrt sind Bestimmungen des Gründungsstaats auf eine Gesellschaft mit COMI in Österreich konsequenterweise nicht anzuwenden,⁶² wenn sie – unabhängig vom „Regelungsstandort“ in ihrer Rechtsordnung – insolvenzrechtlichen Charakter aufweisen.⁶³ Damit wird auch die bei Anwendung der gesellschaftsrechtlichen „Sitztheorie“ (§§ 10, 12 IPRG) gegebene, im Lichte der Niederlassungsfreiheit besonders problematische Konsequenz vermieden, dass Sitz- und Gründungsrechtsordnungen kumulativ zur Anwendung gelangen können.⁶⁴ Ein Verstoß gegen Primärrecht ist daher mE nicht anzunehmen;⁶⁵ die Vorlage der Frage nach der

47 Zu diesem Problemkomplex bereits auf *Oberhammer* in FS Koziol 1269 ff; *Geroldinger*, Internationale Zuständigkeit für Insolvenz- und Annexverfahren bei Drittstaatsnachverhalten, ZIK 2014/61, 48.

48 EuGH 16. 1. 2014, C-328/12, *Schmid/Hertel* Rz 36 ff.

49 Vgl *Oberhammer* in FS Koziol 1271 f.

50 ZB *Duursma-Kepplinger* in *Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky*, Europäische Insolvenzverordnung (2002) Art 4 Rz 2; *Madersbacher* in *Konecny/Schubert*, Kommentar zu den Insolvenzgesetzen (27. Lfg; 2007) Art 4 EulnsVO Rz 1 f.

51 Ähnlich *Thole*, Gläubigerschutz durch Insolvenzrecht (2010) 867.

52 EuGH 10. 9. 2009, C-292/08, Rz 37.

53 Zum dogmatischen Streit, ob die Anknüpfung am Recht des COMI-Staats auf einer insolvenzrechtlichen Sonderanknüpfung oder – mE vorzugswürdig – auf Art 4 EulnsVO beruht, auf *Thole*, Gläubigerschutz 870 ff.

54 BGH II ZR 119/14.

55 Siehe nur die Nachw in BGH II ZR 119/14 auch der Gegenansicht; vgl auch bereits *U. Torggler/Trenker*, JBl 2013, 614.

56 *Zutr Haas*, ZIP 2013, 2385; *Konecny*, ZIK 2009/62, 41.

57 *Adensamer*, Deutsches Amtsgericht zu englischer Limited, ZIK 2005/176, 155 (157 f); *Madersbacher* in *Konecny/Schubert*, EulnsVO Art 4 Rz 24; *Paulus*, Europäische Insolvenzverordnung* (2013) Art 4 Rz 9, 11 je mwN.

58 *Adensamer*, ZIK 2005/176, 157 f; *Eidenmüller*, Geschäftsleiter- und Geschäftshalterhaftung bei europäischen Auslandsgesellschaften mit tatsächlichem Inlandssitz, NJW 2005, 1618 (1620); *Madersbacher* in *Konecny/Schubert*, EulnsVO Art 4 Rz 79 (mwN auch der Gegenansicht); *Spindler/Berner*, Der Gläubigerschutz im Gesellschaftsrecht nach Inspire Art, RfW 2004, 7 (12).

59 Für eine analoge Anwendung dürfte vor allem das Charakteristikum ausschlaggebend sein, dass bei der konkreten Gesellschaftsform keinen Gesellschafter eine unbeschränkte persönliche Haftung trifft.

60 *Zutr Madersbacher* in *Konecny/Schubert*, EulnsVO Art 4 Rz 79.

61 Stellvertretend *G. H. Roth*, Vorgaben der Niederlassungsfreiheit für das Kapitalgesellschaftsrecht (2010) 32.

62 IdS wohl auch *Oberhammer*, Europäisches Insolvenzrecht in praxi – „Was bisher geschah“, ZInsO 2004, 761 (770).

63 Vgl konkret *Thole*, Gläubigerschutz 873.

64 Vgl nur EuGH 30. 9. 2003, C-167/01, *Inspire Art* Rz 95 ff; zum Problem zB *Eckert*, Internationales Gesellschaftsrecht (2010) 85 f.

65 Vgl auf zur primärrechtlichen Zulässigkeit der Insolvenzanfechtung *Trenker*, Insolvenzanfechtung gesellschaftsrechtlicher Maßnahmen (2012) 130 ff mwN.

Vereinbarkeit mit der Niederlassungsfreiheit durch den BGH⁶⁶ war mangels „acte clair“ dennoch mehr als berechtigt.

4. KONSEQUENZEN FÜR DIE PRAXIS

Der EuGH hat in der Rs *H/H.K.* klargestellt, dass ein „insolvenznaher“ Anspruch, der der Annexkompetenz gem Art 3 EulnsVO unterfällt, seinem Wesen nach nicht zwangsläufig von der formellen Insolvenzeröffnung abhängen muss. Der Anspruch muss aber „insolvenzspezifisch“ sein, wozu es wie bei Ersatzforderungen gem § 64 S 1 dGmbHG (bzw § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG, § 84 Abs 3 Z 6 AktG) idR ausreichen wird, dass der anspruchsbegründende Tatbestand einen Insolvenzgrund (bzw eine entsprechende Insolvenzantragspflicht) voraussetzt. Alternativ dazu ist ein Prozess mE auch dann insolvenzspezifisch, wenn er seiner Funktion nach untrennbar mit der Abwicklung des Insolvenzverfahrens verbunden ist (zB Prüfungsprozesse gem § 110 IO). Zudem liegt es aufgrund der jüngeren Rsp nahe, dass entgegen der Rs *SCT Industri/Alpenblume* zusätzlich im konkreten Fall ein Insolvenzverfahren eröffnet worden und dieses auch noch auf-

recht sein muss. Anderes dürfte aber gelten, wenn Ansprüche im Rahmen einer Art „Nachverfahren“ zum beendeten Insolvenzverfahrens eingeklagt werden.

Auch international-privatrechtlich sind die Ansprüche gem § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG, § 84 Abs 3 Z 6 AktG am Insolvenzstatut anzuknüpfen. Das bedeutet nicht zuletzt, dass Geschäftsführer ausländischer Gesellschaften mit COMI in Österreich in Folge deren analoger Anwendung für Zahlungen nach Eintritt der Insolvenzreife belangt werden können, auch wenn ein solcher Anspruch nach ihrer Gründungsrechtsordnung nicht vorgesehen ist. Ob der EuGH diese Auffassung teilt, wird er aufgrund eines Vorlagebeschlusses des BGH bald klarzustellen haben.



Der Autor

Univ.-Ass. MMag. Dr. **Martin Trenker** ist Mitarbeiter am Institut für Zivilgerichtliches Verfahren der Universität Innsbruck und Autor zahlreicher Publikationen zum Zivil-, Zivilprozess-, Gesellschafts- und Insolvenzrecht.

✉ martin.trenker@uibk.ac.at

🌐 lesen.lexisnexus.at/autor/Trenker/Martin

Foto privat

66 BGH II ZR 119/14.