

DE GRUYTER

2021 · BAND 31 · HEFT 10

ISSN 1439-1589 · e-ISSN 1612-7056

DEUTSCHE ZEITSCHRIFT FÜR

# WIRTSCHAFTS- UND INSOLVENZRECHT DZWIR

SCHRIFTFÜHRUNG

Rechtsanwalt *Michael Schmidt*

DE  
|  
G

[www.degruyter.com/dzwir](http://www.degruyter.com/dzwir)

DEUTSCHE ZEITSCHRIFT FÜR

# WIRTSCHAFTS- UND INSOLVENZRECHT

**Herausgeber:** Wilhelm Bichlmeier, Reinfrid Fischer, Rainer Funke, Norbert Horn, Hartmut Oetker, Susanne Riedemann, Jan Roth, Thilo Schultze, Rolf A. Schütze, Stefan Smid, Harm Peter Westermann

**Korrespondierender Beirat:** Rainer M. Bähr, Christian Graf Brockdorff, Peter Depré, Norbert Fehl, Volkhard Frenzel, Ottmar Hermann, Horst M. Johlke, Wulf-Gerd Joneleit, Harro Mohrbutter, Peter Mohrbutter, Hans-Jürgen Papier, Horst Piepenburg, Michael Pluta, Harald Schliemann, Detlef Stürmann, Tobias Wellensiek, Frank M. Welsch, Wilhelm Wessel, Klaus Wimmer, Mark Zeuner  
**Schriftleitung:** Michael Schmidt

## Aufsatz

Univ.-Prof. Dr. Martin Trenker

## Anwendbares Recht bei grenzüberschreitender Insolvenzanfechtung

Insbesondere aus deutsch-österreichischer Perspektive

<https://doi.org/10.1515/dwir-2021-0124>

## I. Einleitung

### 1. Themenwahl

Kaum ein anderer Regelungsgegenstand der EuInsVO<sup>1</sup> wirft derart viele theoretisch anspruchsvolle wie praktisch bedeutsame Fragestellungen auf wie die grenzüberschreitende Insolvenzanfechtung. Davon zeugt nicht zuletzt eine Reihe von rezenten EuGH-Entscheidungen<sup>2</sup>, aber auch

<sup>1</sup> VO (EU) 2015/848.

<sup>2</sup> EuGH v. 16. 4. 2015 – C-557/13, *Lutz/Bäuerle*, DZWIR 2016, 14; v. 15. 10. 2015 – C-310/14, *Nike European Operations Netherlands/Sportland*, DZWIR 2016, 76; v. 8. 6. 2017 – C-54/16, *Vinyls Italia/Mediterranea*, DZWIR 2017, 414; v. 22. 6. 2021 – C-73/20, *Oeltrans Befrachtungsgesellschaft*, DZWIR 2021, 443; vgl. ferner zur Zuständigkeit EuGH v. 12. 2. 2009 – C-339/07, *Seagon/Deko Marty*, DZWIR 2009, 365 mit

**Martin Trenker**, Universitätsprofessor für Zivilgerichtliches Verfahrensrecht, Leiter des Instituts für Zivilgerichtliches Verfahren, Rechtswissenschaftliche Fakultät, Universität Innsbruck (LFU)

die große Fülle an literarischen Stellungnahmen, die sich dem eigentümlichen Zusammenspiel von *lex fori concursus* und *lex causae* widmen, wie es in Art. 7 Abs. 2 lit. m i. V. m. Art. 16 EuInsVO angeordnet wird. Gewissermaßen flankiert wird die Komplexität der Determination des anwendbaren Rechts dadurch, dass die internationale Zuständigkeit für Anfechtungsklagen als justizieller Ausgangspunkt<sup>3</sup> und nunmehr auch »legistischer Prototyp« für die – lange Zeit hochumstrittene – insolvenzrechtliche Annexkompetenz in Art. 6 EuInsVO fungiert.

Trotz oder möglicherweise auch wegen der großen inhaltlichen Ähnlichkeiten zwischen dem deutschen und österreichischen Anfechtungsrecht eignen sich diese beiden Rechtsordnungen gut, um zahlreiche der einschlägigen Problemstellungen zu veranschaulichen, wie nicht zu-

Bespr. *Cranshaw*, DZWIR 2009, 353; v. 19. 4. 2012 – C-213/10, *F-Tex SIA/Jadecloud-Vilma*, DZWIR 2012, 242; v. 14. 11. 2018 – C-296/17, *Wiemer & Trachte/Tadzhe*, DZWIR 2019, 76 mit Bespr. *Rübbeck*, DZWIR 2019, 63.

<sup>3</sup> Siehe nur EuGH v. 12. 2. 2009 – C-339/07, *Seagon/Deko Marty*, DZWIR 2009, 365 mit Bespr. *Cranshaw*, DZWIR 2009, 353.

letzt die vielbeachtete Entscheidung *Lutz/Bäuerle*<sup>4</sup> bestens illustriert. Es bietet sich daher an, die Funktionsweise von Art. 7 Abs. 2 lit. m i. V. m. Art. 16 EuInsVO anhand der deutsch-österreichischen Rechtslage zu untersuchen. Im besonderen Fokus soll dabei die Bestimmung des nach Art. 16 EuInsVO für anfechtbare Handlungen maßgeblichen Rechts stehen, jenes Problem, das auch den EuGH<sup>5</sup> in seiner jüngsten einschlägigen Entscheidung beschäftigt hatte.

## 2. Schwierigkeit der Anknüpfung

Die Insolvenzanfechtung weist schon wegen der zentralen tatbildlichen Voraussetzung der Insolvenzeröffnung einen äußerst engen Bezug zum Insolvenzstatut auf.<sup>6</sup> 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*<sup>7</sup> eine Anwendung der *lex fori concursus* befürwortete.<sup>8</sup> Weiteres Wasser auf die Mühlen erlangten die Vertreter dieser Ansicht durch die

<sup>4</sup> EuGH v. 16. 4. 2015 – C-557/13, *Lutz/Bäuerle*, DZWIR 2016, 14.

<sup>5</sup> EuGH v. 22. 6. 2021 – C-73/20, *Oeltrans Befrachtungsgesellschaft*, DZWIR 2021, 443.

<sup>6</sup> Vgl. nur EuGH v. 10. 12. 2015 – C-594/14, *Kornhaas/Dithmar*, DZWIR 2016, 180 mit Bespr. *Böcker*, DZWIR 2016, 174 Rn. 17 f., wonach sogar das Tatbestandserfordernis materieller Insolvenz (konkret: der Zahlungsunfähigkeit), maßgeblich für die Qualifikation einer Norm als insolvenzrechtlich spreche.

<sup>7</sup> Internationalprivatrecht der Gläubigeranfechtung, ZIP 1981, 569; *ders.*, IPRax 1993, 69 (72 ff.) (Anm.); *ders.*, Bemerkungen zur Insolvenzanfechtung im grenzüberschreitenden Insolvenzfall, in Hohloch/Frank/Schlechtriem, FS Hans Stoll (2001), 503 (506 ff.). Vgl. *König/Trenker*, Die Anfechtung nach der IO<sup>6</sup> (2020), Rn. 23.5.

<sup>8</sup> OGH v. 11. 12. 1989 – 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), Rn. 100 ff., 112; *Rebermig*, Konkursanfechtung des Kontokorrentkredits (1998), Rn. 254; vgl. auch *Burgstaller/Keppelmüller*, in: Burgstaller, Internationales Zivilverfahrensrecht (2000), Rn. 7.115 ff.; *Verschraegen*, in: *Rummel*, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch II<sup>2</sup> (2004), Vor § 35 IPRG Rn. 17.

Entscheidung des EuGH in der Rs. *Seagon/Deko Marty*<sup>9</sup> 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 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.<sup>10</sup> 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.

<sup>9</sup> EuGH v. 12. 2. 2009 – C-339/07, *Seagon/Deko Marty*, DZWIR 2009, 365 mit Bespr. *Cranshaw*, DZWIR 2009, 353.

<sup>10</sup> Für Österreich siehe bereits *Steinbach*, Die Anfechtung der Rechtsgeschäfte in fraudem creditorum, JBl 1874, 243 (245); *ders.*, Kommentar zu den Gesetzen vom 16. März 1884 über die Anfechtung von Rechtshandlungen<sup>3</sup> (1905), 14 f.; siehe auch *König/Trenker*, Anfechtung<sup>6</sup> Rn. 1.4.

Für Deutschland: *Kirchhof*, Münchener Kommentar zum Anfechtungsgesetz (2012), Einf Rn. 2; *Kirchhof/Freudenberg*, in: Stürmer/Eidenmüller/Schoppmeyer, Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung II<sup>4</sup> (2019), Vor §§ 129 bis 147 InsO Rn. 4; *Bork*, in: Kübler/Prütting/Bork, Kommentar zur Insolvenzordnung III (85. Lfg; 9/20) Vor § 129 InsO Rn. 2; *de Bra*, in: *Braun*, Insolvenzordnung<sup>8</sup> (2020) § 129 InsO Rn. 4; *Raupach*, in: Fridgen/Geiwitz/Göpfert, BeckOK InsO<sup>22</sup> (Stand 15. 1. 2021), § 129 InsO Rn. 9 u. v. a.

Verlagert sich das Problem bei einem grenzüberschreitenden Sachverhalt nun auf die »Meta-Ebene« der Frage, *welches Anfechtungsrecht* in einem künftigen Insolvenzszenario über die Anfechtbarkeit einer Rechtshandlung entscheiden wird, erlangt das Bedürfnis nach Verkehrs- und Vertrauensschutz eine zusätzliche Facette<sup>11</sup>: Die sachlich naheliegende Anwendung der *lex fori concursus* würde 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.<sup>12</sup> Insbesondere *Henckel*<sup>13</sup> propagierte im zeitlichen Vorfeld der Einführung der EuInsVO nachdrücklich eine Anwendung des auf die anfechtbare Rechtshandlung anwendbaren Rechts anstatt der *lex fori concursus*.

## 3. Lösung der EuInsVO

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 Schuld-

<sup>11</sup> Vgl. zum Folgenden statt so vieler *Virgos/Schmit*, Report on the Convention on Insolvency Proceedings (1996), Rn. 138; *U. Huber*, Das für die anfechtbare Rechtshandlung maßgebende Recht, in: Lorenz/Trunk/Eidenmüller/Wendehorst/Adolff, FS Andreas Heldrich (2005), 695 (697); *Thole*, Gläubigerschutz durch Insolvenzrecht (2010), 825; *Moss/Fletcher/Isaacs*, The EU Regulation on Insolvency Proceedings<sup>3</sup> (2016), Rn. 4.38; *Konecny*, in: Mayr, Handbuch des europäischen Zivilverfahrensrechts (2017) Rn. 17.164; ferner bereits BGH v. 5. 11. 1980 – VIII ZR 230/79, ZIP 1981, 31 (33). Zur Kritik an der Gewährleistung von Vertrauensschutz auf kollisionsrechtlicher Ebene, siehe noch unten I.3. bei und in Fn. 27.

<sup>12</sup> Zum Meinungsstand BGH v. 21. 11. 1996 – 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.

<sup>13</sup> *Henckel*, 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 *ders.*, in: Habscheid/Schwab, Beiträge zum internationalen Verfahrensrecht und zur Schiedsgerichtsbarkeit, FS Heinrich Nagel (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.

ners zwar ein Kriterium für die Bestimmung des Insolvenzeröffnungsstaats für maßgeblich, welches auf den für Dritte feststellbaren Ort der Interessenverwaltung (Art. 3 Satz 2 EuInsVO) ausgerichtet ist.<sup>14</sup> 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.<sup>15</sup> Schließlich sorgt auch die Möglichkeit eines Sekundärinsolvenzverfahrens insoweit für nicht prognostizierbare Unwägbarkeiten.<sup>16</sup> Kurzum: Ein Anfechtungsgegner kann sich bei einer (ausschließlichen) Anknüpfung der Anfechtung an das 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 Deutschland<sup>17</sup> – als unzumutbar für den Anfechtungsgegner erachtet (vgl. allgemein ErWG 67 EuInsVO).<sup>18</sup> Da er offenbar dennoch das

<sup>14</sup> Dazu z. B. *Koller*, in: Koller/Lovrek/Spitzer, Insolvenzordnung (2019), Art. 3 EuInsVO Rn. 7 f.; *Thole*, in: MK-InsO IV<sup>4</sup> (2021), Art. 6 EuInsVO Rn. 41 f.

<sup>15</sup> Vgl. *Oberhammer*, Von der EuInsVO zum europäischen Insolvenzrecht, KTS 2009, 27 (35); ferner jüngst EuGH v. 22. 6. 2021 – C-73/20, *Oeltrans Befrachtungsgesellschaft*, DZWIR 2021, 443 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, eclex 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.

<sup>16</sup> Bei Eröffnung eines Sekundärinsolvenzverfahrens gilt grundsätzlich die *lex fori concursus secundarii* für jene Anfechtungen, die dem Sekundäreröffnungsstaat »zuordenbar« sind (Art. 21 Abs. 2 letzter Satz EuInsVO). Gerade die Frage nach der Zuordnung einer Anfechtung zum Haupt- oder Sekundärinsolvenzverfahren ist m. E. freilich noch nicht in allen Facetten befriedigend geklärt (dazu z. B. *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 Verfahrenspuralität, NZI 2015; 157 [160]; *Scholz-Berger*, in: Koller/Lovrek/Spitzer, IO Art. 21 EuInsVO Rn. 19; *König/Trenker*, Anfechtung<sup>6</sup> Rn. 17.4 ff.).

<sup>17</sup> So *Balz*, Das neue europäische Insolvenzübereinkommen, ZIP 1996, 948 (951). Richtungsweisend für die »innerstaatliche« Meinungsbildung dürfte i. d. Z. 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* hätte festgelegt werden sollen.

<sup>18</sup> Zudem hätte die zweifellos gewollte Anerkennung und Vollstreckung von Anfechtungsentscheidungen (Art. 32 Abs. 1 Unterabs. 2

Insolvenzeröffnungsstatut als engsten Bezugspunkt für eine Anfechtung erkannte, bedurfte es eines Kompromisses. Aufbauend auf einem Vorschlag von *Balz*,<sup>19</sup> der seinen Ursprung freilich bei einer Abhandlung von *Fragistas*<sup>20</sup> aus den 30er Jahren haben 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 Mitgliedstaats als das des Eröffnungsstaats anwendbar (dazu unten III.3.) und die Handlung nach diesem Recht zweitens in keiner Weise anfechtbar ist (dazu unten III.4.). Der Anfechtungsgegner hat damit faktisch ein »Veto-Recht«.<sup>21</sup> Dogmatisch ist Art. 16 EuInsVO so zu verstehen, dass er die Anknüpfungsrechtsfolge von Art. 7 Abs. 2 lit. m EuInsVO beschränkt.<sup>22</sup> Im Resultat führt das zu einer Art Kumulation – das Schrifttum spricht von einer »eingeschränkten«<sup>23</sup>, »unechten«<sup>24</sup> oder *de-facto*-Kumulierung<sup>25</sup> – von *lex fori concursus* und *lex causae*. Das

EuInsVO) bei einer ausschließlichen Anwendung der *lex fori concursus* wohl weit schwerer das politische Einverständnis der Mitgliedstaaten gefunden (vgl. zu diesem Aspekt *König*, Die Anfechtung nach der Konkursordnung<sup>4</sup> [2009], Rn. 19.9 im Anschluss an *Hanisch*, ZIP 1981, 569 [573], letzterer freilich zur Gläubigeranfechtung).

<sup>19</sup> So schildert dies *Balz* (ZIP 1996, 948 [951]) zumindest selbst. Vgl. auch – möglicherweise weitgehend zeitgleich – BGH v. 21. 11. 1996 – IX ZR 148/95, NJW 1997, 657.

<sup>20</sup> Das Anfechtungsrecht der Gläubiger im internationalen Privatrecht, RabelsZ 1938/39, 452.

<sup>21</sup> *Virgos/Schmit*-Bericht Rn. 136.

<sup>22</sup> Überzeugend *Müller*, in: Mankowski/Müller/J. Schmidt, EuInsVO 2015 (2016) Art. 21 EuInsVO Rn. 31 ff. Freilich dürfte der dogmatischen Konstruktion der Rechtsfolge von Art. 16 EuInsVO keine praktische Bedeutung zukommen (*Musger*, Gläubigerbenachteiligung in der EuInsVO, in: Jaufer/Nunner-Krautgasser/Schummer, Unternehmenssanierung mit Auslandsbezug [2019], 87 [98]).

<sup>23</sup> *Balz*, ZIP 1996, 948 (951); *Duursma-Kepplinger*, in: Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky, Europäische Insolvenzverordnung (2013), Art. 13 EuInsVO Rn. 2; *Trenker*, Insolvenzanfechtung gesellschaftsrechtlicher Maßnahmen (2012), 49.

<sup>24</sup> *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).

<sup>25</sup> *Duursma-Kepplinger*, in: Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky, EuInsVO Art. 13 Rn. 18.

bemerkenswerte Ergebnis ist, dass sich ein »anfechtungsfeindliches« Wirkungsstatut gegenüber einem strengeren Insolvenzstatut durchsetzt.<sup>26</sup> 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.<sup>27</sup>

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.3.b.a.) mittelbare Auswirkungen auf das anwendbare Recht haben kann.

## II. Exkurs: Internationale Zuständigkeit für Anfechtungsklagen

Bereits lange Zeit vor Inkrafttreten der EuInsVO hatte der EuGH in der Rs. *Gourdain/Nadler*<sup>28</sup> 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 Ziff. 2 LGVÜ (vgl. nunmehr Art. 1 Abs. 2 lit. b EuGVVO) zu subsumieren waren. Nach In-Kraft-Treten der EuInsVO 2000<sup>29</sup> bestätigte der EuGH diese Sichtweise nicht nur, sondern stellte darüber hinaus klar, dass derartige »Annexprozesse« hinsichtlich der internationalen Zuständigkeit unter die EuInsVO fallen.<sup>30</sup> Art. 3

<sup>26</sup> Statt vieler *Piekenbrock*, 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-Handbuch<sup>6</sup> (2020) § 131 Rn. 99.

<sup>27</sup> *Sonntag*, Auslandskonkurs und Anfechtung im Inland, IPRax 1998, 330 (335); *Zeeck*, 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.

<sup>28</sup> EuGH v. 22. 2. 1979 – 133/78.

<sup>29</sup> VO (EG) 1346/2000.

<sup>30</sup> Dies war keineswegs selbstverständlich: Im Schrifttum wurde sowohl die Ansicht vertreten, dass derartige Prozesse – entgegen *Gourdain/Nadler* – in den Anwendungsbereich der EuGVVO fielen, als

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. *Wiener & Trachte/Tadzhe*<sup>31</sup> 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 Zwangszuständigkeit<sup>32</sup> –, sodass weder eine Gerichtsstandsvereinbarung noch eine rügelose Einlassung (Art. 26 EuGVVO) etwas an der Zuständigkeit im Eröffnungsstaat zu ändern vermag.<sup>33</sup> Dennoch sind m. E. mehrere Konstellationen denkbar, in denen die Anfechtbarkeit einer Rechtshandlung nicht von den Gerichten des 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.<sup>34</sup> Auch wenn der EuGH das Vorliegen eines Annexanspruchs i. S. d. Art. 6 EuInsVO – untechnisch ausgedrückt – bisweilen i. S. e. »Kernpunkttheorie«<sup>35</sup> danach zu beurteilen scheint, ob die »Hauptsache« des Verfahrens eine insolvenzspezifische Fragestellung betrifft,<sup>36</sup> muss diese Beurteilung m. E. ausgehend vom klägerischen Vorbringen getroffen werden. Die Einwendungen des Beklagten sind *ex ante* nicht vorhersehbar und können daher sinnvollerweise nicht die internationale Zuständigkeit determinieren.<sup>37</sup> Über eine Einrede der

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 Rn. 15 ff.).

<sup>31</sup> EuGH v. 19. 4. 2012 – C-296/17, *Wiener & Trachte/Tadzhe*, DZWIR 2019, 76 mit Bespr. *Rübbeck*, DZWIR 2019, 63.

<sup>32</sup> *Rechberger/Simotta*, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts<sup>9</sup> (2017), Rn. 150 ff.; *G. Kodek/Mayr*, Zivilprozessrecht<sup>5</sup> (2021), Rn. 244.

<sup>33</sup> *Mankowski*, in: Mankowski/Müller/J. Schmidt, EuInsVO 2015 Art. 6 Rn. 29; *Musger*, in: Jaufer/Nunner-Krautgasser/Schummer, Unternehmenssanierung 87 (95); *Madaus*, in: Brinkmann, European Insolvency Regulation (2019), Art. 6 Rn. 8; *Lind/Richter*, in: Koller/Lovrek/Spitzer, IO Art. 6 EuInsVO Rn. 19; *König/Trenker*, Anfechtung<sup>6</sup> Rn. 23.24/1; *Thole*, in: MK-InsO IV<sup>4</sup> Art. 6 EuInsVO Rn. 5.

<sup>34</sup> *König/Trenker*, Anfechtung<sup>6</sup> Rn. 23.17 Fn. 4220.

<sup>35</sup> Vgl. EuGH v. 8. 12. 1987 – 144/86, *Gubisch/Palumbo*.

<sup>36</sup> Vgl. insbesondere EuGH v. 2. 7. 2009 – C-111/08, *Alpenblume/SCT Industri*; anders allerdings EuGH v. 19. 4. 2012 – C-213/10, *F-Tex SIA/Jadecloud-Vilma*, DZWIR 2012, 242.

<sup>37</sup> *Trenker*, Anwendung der EuInsVO auf Organhaftungsansprüche wegen Gläubigerbevorzugung, ZIK 2015, 8 (9 mit Fn. 21); *Konecny*, in: *Mayr*, Europäisches Zivilverfahrensrecht Rn. 17.107; *Musger*, in: *Jaufer/Nunner-Krautgasser/Schummer*, Unternehmenssanierung 87 (96); *König/Trenker*, Anfechtung<sup>6</sup> Rn. 23.24/1; a. A. *Haas*, Insolvenzzrechtliche Annexverfahren und internationale Zuständigkeit, ZIP 2013, 2389.

In der Sache ist die Entscheidung des OLG Linz v. 3. 6. 2016 – 1 R 68/16z (Berufungsgericht zu OGH v. 23. 11. 2016 – 3 Ob 202/16a) wohl

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 Mitgliedstaats<sup>38</sup> 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.<sup>39</sup> 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 Mitgliedstaat möglich bleibt. Richtigerweise kann die EuInsVO gar nicht den Anspruch erheben, Zuständigkeiten in Drittstaaten auszuschließen.<sup>40</sup> 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.<sup>41</sup> 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

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.

<sup>38</sup> Wie diese Formulierung etwa im Vergleich mit Art. 7 Nr. 1, 2 EuGVVO belegt, regelt Art. 6 Abs. 2 EuInsVO m. E. nur die internationale, nicht jedoch die örtliche Zuständigkeit (zutr. *Thole*, in: MK-InsO IV<sup>4</sup> Art. 6 EuInsVO Rn. 4; a. A. *Paulus*, EuInsVO<sup>6</sup> [2021] Art. 6 Rn. 21).

<sup>39</sup> Ausführlich dazu *Mankowski*, in: Mankowski/Müller/J. Schmidt, EuInsVO 2015 Art. 6 Rn. 34 ff.; *Lind/Richter*, in: Koller/Lovrek/Spitzer, IO Art. 6 EuInsVO Rn. 27 ff.; *Hänel*, in: Vallender, EuInsVO<sup>2</sup> (2020) Art. 6 Rn. 63 ff.; *Thole*, in: MK-InsO IV<sup>4</sup> Art. 6 EuInsVO Rn. 38 ff.

<sup>40</sup> *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 Rn. 19; *Madaus*, in: Brinkmann, EIR Art. 6 Rn. 12; *König/Trenker*, Anfechtung<sup>6</sup> Rn. 23.24/3; erwägend *Hänel*, in: Vallender, EuInsVO<sup>2</sup> Art. 6 Rn. 53; i. d. S. 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); a. A. *Musger*, in: *Jaufer/Nunner-Krautgasser/Schummer*, Unternehmenssanierung 87 (96), der diesfalls eine Abtretung zur »Umgehung« von Art. 6 EuInsVO empfiehlt; ebenso *Hänel* a. a. O. Art. 6 Rn. 52.

<sup>41</sup> Vgl. Art. 45 Abs. 1 lit. e ii EuGVVO, wonach Entscheidungen, allerdings aus anderen Mitgliedstaaten (!), die Anerkennung zu versagen ist, wenn eine Zuständigkeit nach Art. 24 EuGVVO verletzt wurde.

(vgl. zur »nationalen Annexzuständigkeit« ausdrücklich § 43 Abs. 5 letzter Hs., § 63 a Satz 2 IO; siehe auch § 17 Abs. 1 Satz 2 AnFG).<sup>42</sup>

Fünftens geht der EuGH in der Rs. *F-Tex SIA/Jadecloud-Vilma*<sup>43</sup> davon aus, dass eine Abtretung des Anfechtungsrechts an einen Dritten die Anfechtungsklage ihrer »Insolvenznähe« i. S. d. Art. 6 Abs. 1 EuInsVO entkleide, sodass sich die Zuständigkeit diesfalls nach der EuGVVO richte. Auch wenn dieses Ergebnis m. E. nicht mit der in anderen Entscheidungen eingenommenen Haltung des EuGH (namentlich vor allem in den Rs. *Valach/Waldviertler Sparkasse*<sup>44</sup> und *Alpenblume/SCT Industri*<sup>45</sup>) vereinbar erscheint, wonach nicht so sehr die verfahrensrechtliche Einbettung als vielmehr die insolvenzspezifische Rechtsgrundlage ausschlaggebend sei,<sup>46</sup> ist ein Abgehen von dieser Rechtsprechung wohl unwahrscheinlich. Da der OGH jüngst erstmals die Abtretbarkeit von Anfechtungsansprüchen bejaht hat,<sup>47</sup> kann dieser Judikatur künftig bei Insolvenzeröffnung in Österreich Bedeutung zukommen, wenn der *debitor cessus*, also der Anfechtungsgegner, im Ausland sitzt.<sup>48</sup>

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.<sup>49</sup> Für die hier interessierenden Prozesse über »Anfechtungsansprüche« i. S. d. Art. 7 Abs. 2 lit. m EuInsVO gilt dies hingegen nicht: Während nämlich Art. 21 Abs. 2 Satz 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.2.), begründet Art. 21 Abs. 2 Satz 2 EuInsVO m. E. von vornherein keine eigenständige Zuständigkeit, sondern stellt lediglich die (materiellrechtliche) Aktivlegitimation des Sekundärverwalters außer Frage.<sup>50</sup>

<sup>42</sup> Trenker, ZIK 2015, 8 (10 Fn. 36); König/Trenker, Anfechtung<sup>6</sup> Rn. 23.25; Hänel, in: Vallender, EuInsVO<sup>2</sup> Art. 6 Rn. 54.

<sup>43</sup> EuGH v. 19. 4. 2012 – C-213/10, *F-Tex SIA/Jadecloud-Vilma*, DZWIR 2012, 242.

<sup>44</sup> EuGH v. 20. 12. 2017 – C-649/16, Rn. 29.

<sup>45</sup> EuGH v. 2. 7. 2009 – C-111/08. Dort kommt die Haltung des EuGH freilich nur implizit, nämlich mit Blick auf Ergebnis und Ausgangsachverhalt, zum Ausdruck.

<sup>46</sup> Zu Recht krit. bereits Brinkmann, Avoidance Claims in the Context of the EIR, III.R 2013, 371 (373); Cranshaw, Tendenzen im Internationalen Insolvenzrecht, DZWIR 2018, 1 (12).

<sup>47</sup> OGH v. 17. 6. 2019 – 17 Ob 6/19k; dazu ausf. Spitzer/Wilfinger, Übertragbarkeit oder Höchstpersönlichkeit von Anfechtungsrechten, ÖBA 2019, 795; Trenker, Abtretbarkeit des Insolvenzanfechtungsanspruchs, ZIK 2019, 161; Nunner-Krautgasser, Zur Abtretung des Insolvenzanfechtungsanspruchs, VbR 2020, 167.

<sup>48</sup> Auf die innerstaatliche Zuständigkeit nach § 43 Abs. 5 IO sollte die Zession indes m. E. keine Auswirkung haben (Trenker, ZIK 2019, 161 [165]; Nunner-Krautgasser, VbR 2020, 167 [170]; a. A. Kepplinger/Pichler, ZFR 2019, 578 [581] [Anm.], freilich ohne Bezugnahme auf die Rechtsprechung des EuGH).

<sup>49</sup> Allgemein zum Verhältnis dieser Norm zu Art. 6 EuInsVO Mankowski, in: Mankowski/Müller/J. Schmidt, EuInsVO 2015 Art. 6 Rn. 32; Bramkamp, Die Attraktivgerichtsstände des europäischen Insolvenzrechts: Eine Untersuchung der Regelungen des Art. 6 EuInsVO (2019) 249; Hänel, in: Vallender, EuInsVO<sup>2</sup> Art. 6 Rn. 53.

<sup>50</sup> König/Trenker, Anfechtung<sup>6</sup> Rn. 23.31/1; i. d. S. wohl auch Müller, in: Mankowski/Müller/J. Schmidt, EuInsVO 2015 Art. 21 Rn. 27; möglicherweise a. A. Thole, in: Brinkmann, EIR Art. 21 Rn. 22.

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.3.b.aa).

### III. Kollisionsrechtliche Anknüpfung

#### 1. 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.2.b.) richtet sich gemäß Art. 7 Abs. 2 lit. m EuInsVO grundsätzlich nach den funktional einschlägigen Normen (III.2.a.) der *lex fori concursus*. Der Anfechtungsgegner kann die Anwendung dieser Normen jedoch i. S. e. »Veto-Rechts« nach Art. 16 EuInsVO verhindern, indem er nachweist (dazu unten III.5.), dass auf die inkriminierte Rechtshandlung erstens das Recht eines anderen Mitgliedstaats anwendbar wäre (dazu unten III.3.a.) und die Rechtshandlung nach diesem Recht zweitens »in keiner Weise angreifbar ist« (dazu unten III.4.).

#### 2. Gegenstand der Anknüpfung

##### a) 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 deutschen<sup>51</sup>) 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«.

<sup>51</sup> Dazu noch gleich unten III.2.c).

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 englischen sowie mittlerweile<sup>52</sup> 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.<sup>53</sup> M. E. bietet es sich deshalb an, schlicht auf den kürzeren und unspezifischen Begriff der Handlung abzustellen. Dieser Begriff ist unionsautonom,<sup>54</sup> aber so weit zu interpretieren,<sup>55</sup> dass keine praktisch relevanten Konstellationen ersichtlich sind, in denen dieses Tatbestandsmerkmal eine entscheidende Hürde darstellt.<sup>56</sup>

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.

<sup>52</sup> 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«.

<sup>53</sup> Richtig Stürner/Fix, Das maßgebliche Recht im Sinne des Art. 13 EuInsVO – Bestimmung und Geltungsumfang, in: Flitsch/Hagebusch/Oberle/Seagon/Schreiber, FS Jobst Wellensiek (2011) 833 (834 f.).

<sup>54</sup> Müller, in: Mankowski/Müller/J. Schmidt, EuInsVO 2015 Art. 16 Rn. 6; Reinhart, in: MK-InsO IV<sup>4</sup> Art. 16 EuInsVO Rn. 6; a. A. 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 Rn. 6 je m. w. N.

<sup>55</sup> ZB Müller, in: Mankowski/Müller/J. Schmidt, EuInsVO 2015 Art. 16 Rn. 6; Maesch/Knof, in: Brinkmann, EIR Art. 16 Rn. 12; Reinhart, in: MK-InsO IV<sup>4</sup> Art. 16 EuInsVO Rn. 6.

<sup>56</sup> Vgl. Maderbacher, in: Konecny, Insolvenzgesetze Art. 16 EuInsVO 2015 Rn. 6.

#### b) Vor Insolvenzeröffnung

Ungeschriebene Tatbestandsvoraussetzung ist ferner, dass die gläubigerbenachteiligende Handlung vor Insolvenzeröffnung stattgefunden haben muss.<sup>57</sup> 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.<sup>58</sup> Das harmonisiert 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*<sup>59</sup> 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.<sup>60</sup> 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 –

<sup>57</sup> EuGH v. 16. 4. 2015 – C-557/13, *Lutz/Bäuerle*, DZWIR 2016, 14 Rn. 36; v. 15. 10. 2015 – C-310/14, *Nike European Operations Netherlands BV/Sportlan Oy*, DZWIR 2016, 76 Rn. 41; Virgos/Schmit-Bericht Rn. 138; Schneider, Die Anwendung der *lex fori concursus* auf die Anfechtung, Unwirksamkeit oder Nichtigkeit und ihre Ausnahmen, ZIK 2015, 126 (128); Konecny, in: Mayr, Europäisches Zivilverfahrensrecht Rn. 17.165; Koller, Die internationale Zuständigkeit für Annexverfahren und das Kollisionsrecht der Insolvenzanfechtung im Spiegel jüngster Entwicklungen, in: Konecny, Insolvenz-Forum 2017 (2018) 37 (53 f.); ausf. Maesch/Knof, in: Brinkmann, EIR Art. 16 Rn. 17; a. A. Reinhart, in: MK-InsO IV<sup>4</sup> Art. 16 EuInsVO Rn. 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 Rn. 69; Kindler, in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limperg, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch XIII<sup>8</sup> (2021) Art. 7 EuInsVO Rn. 52.

<sup>58</sup> Zutr Koller, in: Konecny, Insolvenz-Forum 2017, 37 (53 f.).

<sup>59</sup> EuGH v. 16. 4. 2015 – C-557/13.

<sup>60</sup> Zu dieser Begründung eingehend Frevel, Das europäische Kollisionsrecht der Insolvenzanfechtung (2017) 75 ff.

aus § 39 IO ergeben hätte.<sup>61</sup> Eine echte Ausnahme von der Anwendung des Art. 16 EuInsVO lag daher m. E. wohl gar nicht vor.<sup>62</sup>

### c) Zusammenschau und beispielhafte Abgrenzung

Das »Regime« von Art. 7 Abs. 2 lit. m i. V. m. 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.<sup>63</sup> 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* »wohlerworbenes« 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 Wirkungstatut. Der Entlastungsbeweis nach Art. 16 EuInsVO kann den »Anfechtungsgeg-

61 I. d. S. wohl die Schlussanträge GA *Szpunar* 27. 11. 2014, C-557/13, *Lutz/Bäuerle*, DZWIR 2016, 14. 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 i. V. m. Art. 16 EuInsVO richtigerweise zur Anwendung gebracht wurde (zutr. *Piekenbrock* a. a. O. 221 f.).

62 So bereits *Schneider*, ZIK 2015, 126 (129); i. d. S. auch *Müller*, in: *Mankowski/Müller/J. Schmidt*, EuInsVO 2015 Art. 16 Rn. 10.

63 *Trenker*, in: *Koller/Lovrek/Spitzer*, IO Art. 7 EuInsVO Rn. 28; vgl. i. d. S. *Virgos/Schmit*-Bericht Rn. 58; *Reinhart*, in: MK-InsO IV<sup>4</sup> Art. 7 EuInsVO Rn. 47.

ner« darüber hinaus jedoch auch vor der »Rückschlagsperre« der § 12 Abs. 1 IO und § 88 InsO schützen.<sup>64</sup>

Auch der Ersatzanspruch wegen unzulässiger Rückzahlung eines Gesellschafterkredits (§ 14 Abs. 1 Satz 2 EKEG; § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO) oder die Unwirksamklärung der Besicherung eines solchen Kredits (§ 12b IO; § 135 Abs. 2 Nr. 1 InsO<sup>65</sup>) ist aufgrund der insolvenzspezifischen Funktion des Eigenkapitalersatzrechts<sup>66</sup> entsprechend als Regelung zur »Neutralisierung« einer gläubigerbenachteiligenden Handlung i. S. d. Art. 7 Abs. 2 lit. m bzw. Art. 16 EuInsVO zu qualifizieren (ausf. dazu noch unten III.3.c.dd.).<sup>67</sup> Dass der Rückerersatzanspruch gemäß § 14 Abs. 1 Satz 2 EKEG auch außerhalb eines Insolvenzverfahrens bestehen kann, vermag nichts daran zu ändern, dass die Sonderregelung dieses Lebenssachverhalts insolvenzrechtlich motiviert ist, was bei richtiger Lesart<sup>68</sup> der Entscheidung des EuGH in der Rs. *Kornhaas/Dithmar*<sup>69</sup> den Ausschlag zu geben hat.<sup>70</sup>

(Schaden)Ersatzansprüche der Insolvenzmasse gegen Geschäftsleiter wegen Insolvenzverschleppung, ein-

64 EuGH v. 16. 4. 2015 – C-557/13, *Lutz/Bäuerle*, DZWIR 2016, 14 Rn. 31; *Taupitz*, Das (zukünftige) europäische Internationale Insolvenzrecht – insbesondere aus international-privatrechtlicher Sicht, ZZP 111 (1998) 315 (328); *Brinkmann*, in: K. Schmidt, Insolvenzordnung<sup>19</sup> (2016) Art. 4 EuInsVO Rn. 30; *Maderbacher*, in: *Konecny*, Insolvenzgesetze Art. 7 EuInsVO 2015 Rn. 68; zumindest im Ergebnis auch *Reinhart*, in: MK-InsO IV<sup>4</sup> Art. 8 EuInsVO Rn. 20; »in Anlehnung an Art. 16«; a. A. *Thole*, Gläubigerschutz 814.

65 A. A. *Eckert*, Internationales Gesellschaftsrecht (2010) 319 f. (siehe dazu noch in Fn. 70).

66 BGH v. 21. 7. 2011 – IX ZR 185/10, DZWIR 2012, 79; *Trenker*, in: *Koller/Lovrek/Spitzer*, IO Art. 7 EuInsVO Rn. 33; ausf. *Thomale*, Die Scheinauslandsgesellschaft in der Krise – Gläubigerschutz zwischen Gesellschafts- und Insolvenzstatut, JBl 2021, 83 (95 f.) m. w. N. Siehe ferner die Nw in der folgenden Fn.

67 Zur Subsumtion von § 135 InsO unter Art. 16 EuInsVO z. B. *Kindler*, in: MK-BGB XIII<sup>8</sup> Art. 7 EuInsVO Rn. 51; *Brinkmann*, Beilage zu ZIP 22/2016, 14 (16); *Bitter*, in: *Scholz*, GmbH-Gesetz III<sup>12</sup> (2021) Anh. § 64 Rn. 538 u. a. m.; implizit generell auch *Moss/Fletcher/Isaacs*, Insolvency Proceedings<sup>3</sup> Rn. 8.607; siehe ferner die Nachweise bei Fn. 139 ff.

68 Vgl. dazu *Trenker*, in: *Koller/Lovrek/Spitzer*, IO Art. 7 EuInsVO Rn. 8 Fn. 38.

69 EuGH v. 10. 12. 2015 – C-594/14, *Kornhaas/Dithmar*, DZWIR 2016, 180 mit Bespr. *Böcker*, DZWIR 2016, 174.

70 A. A. *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 *ders.*, 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 v. 11. 1. 2011 – II ZR 157/09, DZWIR 2011, 209; *Kindler*, in: MK-BGB XIII<sup>8</sup> Teil 10. Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht 601.

schließlich unzulässiger Zahlungen (siehe § 25 Abs. 3 Ziff. 2 öGmbHG; § 84 Abs. 3 Ziff. 6 öAktG; § 69 IO i. V. m. § 1311 ABGB;<sup>71</sup> für Deutschland nunmehr § 15 b InsO) sind zwar ebenfalls insolvenzrechtlich anzuknüpfen.<sup>72</sup> 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 »wohlerworbenen« Rechtsstellung. Ein beklagter Geschäftsleiter kann sich deshalb nicht nach Art. 16 EuInsVO »freibeweisen«.<sup>73</sup>

### 3. Anknüpfung nach der *lex causae* eines anderen Mitgliedstaats

#### a) Keine Anwendung bei *lex causae* eines Drittstaats

Grundvoraussetzung für den Einredebeweis nach Art. 16 EuInsVO ist (selbstverständlich) ein Auseinanderfallen von *lex fori concursus*<sup>74</sup> 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*<sup>75</sup> im Eröffnungsstaat gemäß Art. 7 Abs. 2 lit. m EuInsVO. Anderes würde nur gelten, wenn man die EuInsVO diesfalls räumlich von vornherein nicht für anwendbar erachtet;<sup>76</sup>

71 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.

72 EuGH v. 10. 12. 2015 – C-594/14, *Kornhaas/Dithmar*, DZWIR 2016, 180 mit Bespr. *Böcker*, DZWIR 2016, 174; so bereits *Trenker*, ZIK 2015, 8 (11); ausf. jüngst *Thomale*, JBl 2021, 83 (94 f.).

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

74 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 Rn. 4).

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

76 So generell *Maderbacher*, in: *Konecny*, Insolvenzgesetze Art. 16 EuInsVO 2015 Rn. 8; diff. *Paulus*, EuInsVO<sup>6</sup> Art. 16 Rn. 9; Notwendig-

die bloße Nichtanwendung einer Ausnahmevorschrift wie Art. 16 EuInsVO vermag einen Sachverhalt indes m. E. 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,<sup>77</sup> stellt jedoch ein planwidriges Versehen des Gesetzgebers dar. Denn die EuInsVO sollte ausweislich des *Virgos/Schmit*-Berichts<sup>78</sup> 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 ein mit Art. 16 EuInsVO vergleichbares »Veto-Recht« einräumt.<sup>79</sup> 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.<sup>80</sup>

Zutreffende Rechtsfolge ist damit eine Anwendung des autonom-nationalen Insolvenzkollisionsrechts durch das angerufene Gericht,<sup>81</sup> jedenfalls für Staaten, die wie Österreich (z. B. § 229 Abs. 1 IO) und Deutschland (§ 339

keit des Mittelpunkts der Interessen des Anfechtungsgegners in einem Mitgliedstaat; *Reinhart*, in: MK-InsO IV<sup>4</sup> Art. 16 EuInsVO Rn. 23; Notwendigkeit der Belegenheit des anfechtbar übertragenen Vermögensgegenstands in einem Mitgliedstaat.

77 Z. B. *Clumb*, Kollisionsrecht 72; *Prager/Keller*, NZI 2011, 697 (700); *Müller*, in: *Mankowski/Müller/J. Schmidt*, EuInsVO 2015 Art. 7 Rn. 18; *Bork*, in: *Kübler/Prütting/Bork*, InsO V (77. Lfg. 8/18) Art. 16 EuInsVO 2015 Rn. 16; *Reinhart*, in: MK-InsO IV<sup>4</sup> Art. 16 EuInsVO Rn. 24; *Thole*, in: *Vallender*, EuInsVO<sup>2</sup> Art. 16 Rn. 2; ebenso wohl auch *Moss/Fletcher/Isaacs*, Insolvency Proceedings<sup>3</sup> Rn. 4.38; sympathisierend, aber letztlich offenlassend BGH v. 12. 12. 2019 – IX ZR 328/18, DZWIR 2020, 531 m. w. N.

78 Rn. 93.

79 I. d. S. *Maesch/Knof*, in: *Brinkmann*, EIR Art. 16 Rn. 48.

80 Vgl. *Leible/Domröse*, in: *Riesenhuber*, Europäische Methodenlehre<sup>3</sup> (2015) § 9 Rn. 35; *Stotz*, in: *Riesenhuber*, Methodenlehre<sup>3</sup> § 2 Rn. 17.

81 *Trenker*, in: *Koller/Lovrek/Spitzer*, IO Art. 16 EuInsVO Rn. 4; *König/Trenker*, Anfechtung<sup>6</sup> Rn. 23.14 mit Fn. 4205; im Ergebnis ebenso *Duursma-Kepplinger*, in: *Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky*, EuInsVO Art. 13 Rn. 3; *G. Kodek*, in: *Konecny*, Insolvenz-Forum 2014, 147; *Brinkmann*, in: *K. Schmidt*, InsO<sup>19</sup> Art. 13 EuInsVO Rn. 7; *Maderbacher*, in: *Konecny*, Insolvenzgesetze Art. 16 EuInsVO 2015 Rn. 8; *Kindler*, in: MK-BGB XIII<sup>8</sup> Art. 16 EuInsVO Rn. 4.

InsO) die Regelung des Art. 16 EuInsVO nachempfunden haben.

## b) Bestimmung des anwendbaren Rechts

### aa) Maßgeblichkeit der *lex fori processus*<sup>82</sup>

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 Insolvenzeröffnungsstaat<sup>83</sup> oder jenes des angerufenen Gerichts<sup>84</sup> heranzuziehen sei. Der praktische Unterschied zwischen beiden Lösungen dürfte sich wegen der Annexkompetenz nach Art. 6 EuInsVO zwar ohnehin in Grenzen halten.<sup>85</sup> 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 m. E. das Kollisionsrecht der *lex fori processus* relevant, weil Art. 7 EuInsVO keine Grundlage enthält, für diese Vorfrage<sup>86</sup> von allgemeinen international-privatrechtlichen Grundsätzen abzuweichen.

<sup>82</sup> Der Terminus hat sich mittlerweile etabliert: siehe nur *Maderbacher*, in: Konecny, Insolvenzesetze Art. 18 EuInsVO 2015 Rn. 14 ff. und schon *dens.*, in: Konecny/Schubert, Insolvenzesetze (15. Lfg.; 2007) Art. 15 EuInsVO Rn. 14 ff.; *Trenker*, in: Koller/Lovrek/Spitzer, IO Art. 18 EuInsVO Rn. 1; *Paulus*, EuInsVO<sup>6</sup> Art. 18 Rn. 1; ferner OGH v. 25. 11. 2016 – 10 Ob 28/16i.

<sup>83</sup> *U. Huber*, Internationales Insolvenzrecht in Europa – Das internationale Privat- und Verfahrensrecht der Europäischen Insolvenzverordnung, ZJP 114 (2001) 133 (165); *Duursma-Kepplinger*, in: Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky, EuInsVO Art. 13 Rn. 16; *Dammann*, in: Pannen, Europäische Insolvenzverordnung (2007) Art. 13 Rn. 5; *Maderbacher*, in: Konecny, Insolvenzesetze Art. 16 EuInsVO 2015 Rn. 5; *Musger* in Jauffer/Nunner-Krautgasser/Schummer, Unternehmenssanierung 87 (99).

<sup>84</sup> *Brinkmann*, in: K. Schmidt, InsO<sup>19</sup> Art. 13 EuInsVO Rn. 9; *Frevel*, Kollisionsrecht 95 f.; *Koller*, in: Konecny, Insolvenz-Forum 2017, 37 (54); *Thole*, IP<sup>Rax</sup> 2018, 388 (390); *Reinhart*, in: MK-InsO IV<sup>4</sup> Art. 16 EuInsVO Rn. 8; *Bork*, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO V Art. 16 EuInsVO 2015 Rn. 13; *König/Trenker*, Anfechtung<sup>6</sup> Rn. 23.17/1; *Dornblüth*, in: Kayser/Thole, Insolvenzordnung<sup>10</sup> (2020) Art. 16 EuInsVO Rn. 6.

<sup>85</sup> Statt vieler *Stürmer/Fix*, in: FS Wellensiek 833 (835 f.); *Müller*, in: Mankowski/Müller/J. Schmidt, EuInsVO 2015 Art. 16 Rn. 17; vgl. auch *Koller*, in: Konecny, Insolvenz-Forum 2017, 37 (54 Fn. 82).

<sup>86</sup> Richtig *Reinhart*, in: MK-InsO IV<sup>4</sup> Art. 16 EuInsVO Rn. 8; *Bork*, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO V Art. 16 EuInsVO 2015 Rn. 13.

### bb) Aber: Unionsrechtliche anfechtungsspezifische Kollisionsregeln

Mit der Anwendung der *lex fori processus* steht allerdings noch nicht fest, ob das ansonsten maßgebliche Kollisionsrecht des Prozessesstaats 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,<sup>87</sup> mehrten sich in Deutschland die Stimmen, die eine eigenständige, zumeist als funktional<sup>88</sup> bezeichnete Bestimmung der *lex causae* fordern.<sup>89</sup>

Letzterer Ansicht ist m. E. 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.<sup>90</sup>

Vor allem lässt sich auch nur eine »anfechtungsspezifische« Determination sinnvoll mit einer (weitgehend) unionsautonomen Bestimmung des von Art. 16 EuInsVO gemeinten anwendbaren Rechts vereinbaren. Eine derart unionsautonome Interpretation ist m. E. 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 Um-

<sup>87</sup> *Burgstaller*, Zur Anfechtung nach der Europäischen Insolvenzverordnung, in: Simotta, Der Zivilprozess zu Beginn des 21. Jahrhunderts, FS für Wolfgang Jelinek (2002), 31 (36); *Gelter*, Konkurs- und Gläubigeranfechtung bei europäischen Auslandsgesellschaften in Österreich, JBl 2007, 17 (21); *Maderbacher*, in: Konecny, Insolvenzesetze Art. 16 EuInsVO 2015 Rn. 6; *Kindler*, in: MK-BGB XIII<sup>8</sup> Art. 16 EuInsVO Rn. 9.

<sup>88</sup> Überzeugend *Brinkmann*, Beilage zu ZIP 22/2016, 14 (15); vgl. auch *Stangl*, Kollisionsrechtliche Umsetzung 331; *Thole*, NZI 2020, 535 (536 f.) (Anm.).

<sup>89</sup> *U. Huber*, in: FS Heldrich 695 (709 ff.); *Stürmer/Fix*, in: FS Wellensiek 833 (838 ff.); *Brinkmann*, Beilage zu ZIP 22/2016, 14 (15); vgl. *dens.*, in: K. Schmidt, InsO<sup>19</sup> Art. 13 EuInsVO Rn. 9; *Stangl*, Kollisionsrechtliche Umsetzung 330 ff.; *Frevel*, Kollisionsrecht 98 ff.; offenbar a. A. *Kolmann/Keller*, in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch<sup>6</sup> § 131 Rn. 95 mit Fn. 195.

<sup>90</sup> Ganz i. d. S. auch *Frevel*, Kollisionsrecht 98 ff.

ständen ab, die potenzielle Anfechtungsgegner *ex ante* wiederum nicht vorhersehen können.<sup>91</sup>

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.<sup>92</sup> Zuzugestehen ist diesen skeptischen Stimmen, 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*<sup>93</sup> 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*<sup>94</sup> bestätigt und zugleich verallgemeinert. Der Gerichtshof betont in diesem Zusammenhang auch explizit, dass die Norm im Einklang mit den Zielen der EuInsVO auszulegen sei.

### cc) Zwischenergebnis: Unionsautonomer kollisionsrechtlicher Rahmen

Das m. E. zutreffende Ergebnis ist, dass Art. 16 EuInsVO – und damit *de facto*: der EuGH – i. S. e. einheitlichen Rahmens<sup>95</sup> vorgibt, welches Statut (z. B. Schuldstatut oder Erfüllungstatut) für bestimmte Anfechtungssachverhalte maßgeblich ist. Der Spielraum der Mitgliedstaaten redu-

<sup>91</sup> Vgl. schon *Stangl*, Kollisionsrechtliche Umsetzung 5 f.; ferner *Maderbacher*, in: Konecny, Insolvenzesetze Art. 7 EuInsVO 2015 Rn. 21.

<sup>92</sup> 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 a. a. O. 363.

<sup>93</sup> EuGH v. 8. 6. 2017 – C-54/16, *Vinyls/Mediterranea*, DZWIR 2017, 414 Rn. 48.

<sup>94</sup> EuGH v. 22. 6. 2021 – C-73/20, *Oeltrans Befrachtungsgesellschaft*, DZWIR 2021, 443 Rn. 26, 30.

<sup>95</sup> In C-73/20 v. 22. 6. 2021, *Oeltrans Befrachtungsgesellschaft*, DZWIR 2021, 443 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 m. E. schwerlich eine »vollständige Kollisionsnorm« entnommen werden.

ziert 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.<sup>96</sup> 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.<sup>97</sup> Zusätzlich müssen aber sowohl der zu verbürgende Vertrauensschutz als *telos* von Art. 16 EuInsVO<sup>98</sup> und die typische Funktion der den jeweiligen Lebenssachverhalt erfassenden »Anfechtungstatbestände« 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.

## c) Kollisionsrechtlicher Rahmen im Einzelnen

### aa) Vertragsabschluss und Schuld erfüllt

Wohl allseits unbestritten ist, dass die Anfechtung eines Vertrags nach dem Vertragsstatut zu beurteilen ist.<sup>99</sup> 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.<sup>100</sup>

<sup>96</sup> Dazu oben bei und in Fn. 88.

<sup>97</sup> I. d. S. EuGH v. 22. 6. 2021 – C-73/20, *Oeltrans Befrachtungsgesellschaft*, DZWIR 2021, 443 Rn. 35 ff.

<sup>98</sup> So explizit EuGH v. 8. 6. 2017 – C-54/16, *Vinyls/Mediterranea*, DZWIR 2017, 414 Rn. 48; v. 22. 6. 2021 – C-73/20, *Oeltrans Befrachtungsgesellschaft*, DZWIR 2021, 443 Rn. 26, 31.

<sup>99</sup> Vgl. *Stürmer/Fix*, in: FS Wellensiek 833 (837).

<sup>100</sup> Auf diese Norm weisen *Maesch/Knof* (in: Brinkmann, EIR Art. 16 Rn. 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,<sup>101</sup> 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.<sup>102</sup> Im Ergebnis geht die mittlerweile ganz h.M. im deutschsprachigen Schrifttum dennoch zu Recht davon aus, dass *lex causae* der Tilgung einer vertraglichen Schuld ebenfalls das Vertragsstatut ist.<sup>103</sup> Auch der EuGH<sup>104</sup> 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.<sup>105</sup> 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 deutschsprachigem Verständnis – gewissermaßen zwischen der sachen- und schuldrechtlichen Sphäre ansiedeln kann, so geht es eindeutig nicht um die sachenrechtliche Zuordnung i.e.S., 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.<sup>106</sup> Ausgehend vom bezweckten Vertrauensschutz ist eine Anknüpfung an das 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.<sup>107</sup> Dafür spricht auch, dass die Alternative der Anknüpfung nach dem Verfügungsstatut weit eher geeignet wäre, »Zufallsergebnisse« zu provozieren.<sup>108</sup> 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 EuGH<sup>109</sup> besonders hochgehaltenen Rechtssicherheit, vorzuziehen ist.<sup>110</sup>

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-VO<sup>111</sup> – 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.3.c.cc.).<sup>112</sup> Auch ist – entgegen *Gelter*<sup>113</sup> und in Abweichung von Art. 16 des früheren deutsch-österreichischen Konkursvertrags vom 25. 5. 1979<sup>114</sup> – keine Ausnahme bei der Erfüllung von Verpflichtungen aus Immobilientransaktionen zu befürworten.<sup>115</sup> Im Ergebnis hätte die von der Gegenansicht befür-

<sup>106</sup> I. d. S. EuGH v. 22. 6. 2021 – C-73/20, *Oeltrans Befrachtungsgesellschaft*, DZWIR 2021, 443 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.

<sup>107</sup> EuGH v. 22. 6. 2021 – C-73/20, *Oeltrans Befrachtungsgesellschaft*, DZWIR 2021, 443 Rn. 31.

<sup>108</sup> Zutr. *U. Huber*, in: FS Heldrich 698 (715); *Thole*, NZI 2020, 535 (536) (Anm.).

<sup>109</sup> EuGH v. 22. 6. 2021 – C-73/20, *Oeltrans Befrachtungsgesellschaft*, DZWIR 2021, 443 Rn. 24, 38 f.

<sup>110</sup> Statt vieler *Stürmer/Fix*, in: FS Wellensiek 833 (838).

<sup>111</sup> Das darin angesprochene Erlöschen erfasst auch den Fall der Erfüllung, z. B. *Junker*, in: MK-BGB XIII<sup>8</sup> Art. 15 Rom II-VO Rn. 25.

<sup>112</sup> *U. Huber*, in: FS Heldrich 698 (714 ff.); *Thole*, Gläubigerschutz 835; a. A. *Piekenbrock*, IPRax 2016, 219 (222).

<sup>113</sup> *JBI* 2007, 17 (24); offenlassend *Musger*, in: *Jaufer/Nunner-Krautgasser/Schummer*, Unternehmenssanierung 87 (100); i. d. S. wohl auch noch *Hanisch*, ZIP 1981, 569 (572); *Trunk*, Internationales Insolvenzrecht (1998) 191.

<sup>114</sup> Vertrag zwischen der Republik Österreich und der Bundesrepublik Deutschland auf dem Gebiet des Konkurs- und Ausgleichs-(Vergleichs-)rechts, öBGBI 1985/233 i. d. F. öBGBI 1986/612 bzw. dBGBI II 1985, 410.

<sup>115</sup> Zutr. *U. Huber*, in: FS Heldrich 698 (714 f.); *Frevel*, Kollisionsrecht 144 f.

wortete Referenz der *lex rei sitae* geringe Auswirkungen, weil sich das Schuldstatut in Ermangelung einer Rechtswahl gemäß 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.

## bb) 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.<sup>116</sup> 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 EuGH<sup>117</sup> 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 wahren Vertrauens anzusehen ist.<sup>118</sup> Zudem spricht für die Anwendung des Schuldstatuts, dass die mangelnde Werthaltigkeit der getilgten Schuld wohl typischerweise (zugegebenermaßen beruht diese Vermutung auf deutschem<sup>119</sup> und österreichischem<sup>120</sup> Vorverständnis) eine Kernfrage für die Anfechtung der Tilgung eines Dritten wegen Unentgeltlichkeit ist.<sup>121</sup>

<sup>116</sup> EuGH v. 22. 6. 2021 – C-73/20, *Oeltrans Befrachtungsgesellschaft*, DZWIR 2021, 443. Dem lag eine Vorlage des BGH v. 23. 1. 2020 – IX ZR 94/19, NZI 2020, 534 (*Thole*) = GWR 2020, 180 (*Fuchs*) = EWIR 2020, 147 (*Bork*) zugrunde.

<sup>117</sup> EuGH v. 22. 6. 2021 – C-73/20, *Oeltrans Befrachtungsgesellschaft*, DZWIR 2021, 443.

<sup>118</sup> EuGH v. 22. 6. 2021 – C-73/20, *Oeltrans Befrachtungsgesellschaft*, DZWIR 2021, 443 Rn. 31 f. So bereits *Frevel*, Kollisionsrecht 156 f., 160 f.

<sup>119</sup> Statt vieler BGH v. 30. 3. 2006 – IX ZR 84/05, DZWIR 2006, 348 = NZI 2006, 399 (*Gundlach/Frenzel*); *Thole*, Grundfragen und aktuelle Problemstellungen der Anfechtung unentgeltlicher Leistungen, KTS 2011, 219 (224 ff.).

<sup>120</sup> Siehe OGH v. 27. 5. 1992 – 2 Ob 534/92; näher *König/Trenker*, Anfechtung<sup>6</sup> Rn. 9/8.

<sup>121</sup> *Frevel*, Kollisionsrecht 153 ff.; a. A. einerseits *Thole*, NZI 2013, 113, der auf das »Zuwendungsstatut« zwischen Insolvenzschuldner und Gläubiger abstellt, womit er letztlich zur Maßgeblichkeit des Rechts am gewöhnlichen Aufenthalt des Insolvenzschuldners gelangt (vgl. allerdings nunmehr auch *dens.*, NZI 2020, 535 [536] [Anm.]); andererseits *Maesch/Knof*, in: *Brinkmann*, EIR Art. 16 Rn. 44, die – m. E. 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.

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, so dass es konsequent ist, das hierauf anwendbare Recht als *lex causae* anzusehen.

## cc) 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 i. S. e. einheitlichen Anknüpfung der Deckungsanfechtung ebenfalls das Schuldstatut der gesicherten Forderung für maßgeblich erachten.<sup>122</sup> Es wird dementsprechend argumentiert, dass die Besicherung bei funktionaler Betrachtung eine Art bedingte Befriedigung eines bestimmten Schuldverhältnisses sei.<sup>123</sup>

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 bestehen daher in der Tat Zweifel, ob eine Sicherstellung wirklich nicht *mehr bzw. nicht etwas anderes* ist als eine bedingte Erfüllungshandlung.<sup>124</sup> Aufgrund dieser Erwägungen hat sich eine starke Gegenansicht etabliert, die dementsprechend dafür eintritt, den Vorgang der Sicherheitenbestellung vom Statut der gesicherten Forderung loszulösen. Überwiegend wird dabei befürwortet, die *lex rei sitae* des Sicherungsgegenstands als *lex causae* anzusehen;<sup>125</sup> mitunter wird dies allerdings auf Sicherungsrechte an Immobilien eingeschränkt.<sup>126</sup> Eine andere Mindermeinung stellt überhaupt auf das Statut der Sicherungsabrede ab.<sup>127</sup>

<sup>122</sup> *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 Rn. 41.

<sup>123</sup> *U. Huber*, in: FS Heldrich 698 (713 f.).

<sup>124</sup> So *Frevel*, Kollisionsrecht 163 f.; i. d. S. auch *Brinkmann*, in: *K. Schmidt*, InsO<sup>19</sup> Art. 13 Rn. 6.

<sup>125</sup> *Brinkmann*, IILR 2013, 371 (380); vgl. *dens.*, in: *K. Schmidt*, InsO<sup>19</sup> Art. 13 EuInsVO Rn. 6; *Frevel*, Kollisionsrecht 166 ff.; *Knof*, in: *Uhlenbruck*, Insolvenzordnung II<sup>15</sup> (2020) Art. 16 EuInsVO Rn. 27; *Mock*, in: *BeckOK InsO*<sup>22</sup> Art. 16 EuInsVO Rn. 11.

<sup>126</sup> *Maesch/Knof*, in: *Brinkmann*, EIR Art. 16 Rn. 42.

<sup>127</sup> *Stangl*, Kollisionsrechtliche Umsetzung 363 f. Noch unausgegrenzt auf den Grundsatz der engsten Beziehung abstellend *Trenker*, in: *Koller/Lovrek/Spitzer*, IO Art. 16 EuInsVO Rn. 6.

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 (i. d. S. auch Art. 10 EuInsVO) zu entnehmen.<sup>128</sup> Unabhängig davon, wie man dessen umstrittene Rechtsfolgenanordnung versteht,<sup>129</sup> 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.<sup>130</sup> 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.<sup>131</sup> Welches das für die Beurteilung nach Art. 16 EuInsVO maßgebliche Recht ist, sagt die Norm aber nicht.<sup>132</sup> 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*<sup>133</sup> getan hat.<sup>134</sup>

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« ausgestaltet 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.<sup>135</sup> 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.<sup>136</sup> Vorzugswürdig ist es deshalb, die *lex rei sitae* im Zeitpunkt der Begründung, d. h. der »insolvenzrechtlichen Perfektion« der Sicherstellung, als *lex causae* i. S. d. 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 Immo-

lien zu beschränken.<sup>137</sup> 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.<sup>138</sup> 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.3.c.aa.), m. E. 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.

#### dd) Rückzahlung von Gesellschafterdarlehen

Heftig umstritten ist die Beurteilung der *lex causae* bei der Rückzahlung (oder in gleicher Weise: der Besicherung) eines Gesellschafterkredits.<sup>139</sup> Geht es um 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 z. B. bei § 14 Abs. 1 Satz 2 EKEG, § 12b IO oder § 135 InsO der Fall ist, plädieren Teile des deutschen Schrifttums seit einer vielbeachteten Entscheidung des OLG Naumburg<sup>140</sup> 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-<sup>141</sup> oder Gesellschaftsstatut<sup>142</sup> richtet.

<sup>137</sup> A. A. *Maesch/Knof*, in: Brinkmann, EIR Art. 16 Rn. 42.

<sup>138</sup> (Nur) Insofern zutr. *Trenker*, in: Koller/Lovrek/Spitzer, IO Art. 16 EuInsVO Rn. 6.

<sup>139</sup> Der BGH (12. 12. 2019 – IX ZR 328/18, DZWIR 2020, 531) konnte die Frage im Anwendungsbereich von § 339 InsO vor kurzem offen lassen.

<sup>140</sup> V. 6. 10. 2010 – 5 U 73/10, ZIP 2011, 677.

<sup>141</sup> *Brinkmann*, Beilage zu ZIP 22/2016, 14 (16 f. m. w. N.); *Frevel*, Kollisionsrecht 177 ff.; *Weller/Thomale*, Gesellschafterdarlehen und Gesellschaftersicherheiten in der internationalen Konzerninsolvenz, in: Boel-Woelki/Faust/Jacobs/Kuntz/Röthel/Thorn/Weitemeyer, FS für Karsten Schmidt II (2019) 613 (621 f.); *Bitter*, in: Scholz, GmbH-Gesetz III<sup>12</sup> Anh § 64 Rn. 538.

<sup>142</sup> So *Schall*, Crossborder-Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz, ZIP 2011, 2177 (2181) mit m. E. allerdings schwer nachvollziehbarer Begründung; *Kalbfleisch*, Insolvenzanfechtung bei grenzüberschreitenden Gesellschafterdarlehen, WM 2020, 1619 (1623 f.); *Paulus*, EuInsVO<sup>6</sup> Art. 16 Rn. 8 Fn. 27; ebenso noch *Brinkmann*, in: K. Schmidt, InsO<sup>19</sup> Art. 13 Rn. 4; offenlassend *Knof*, EWIR 2011, 709 (710) (Anm.); für Österreich auch *Musger*, in: Jaufer/Nunner-Krautgasser/Schummer, Unternehmensanierung 87 (100), der sich m. E. aber zu stark von den »Wertungen des österreichischen Sachrechts« leiten lässt.

<sup>128</sup> Ebenso *Frevel*, Kollisionsrecht 169 f.

<sup>129</sup> Dazu einerseits *Trenker*, in: Koller/Lovrek/Spitzer, IO Art. 8 EuInsVO Rn. 17 ff.; andererseits *Reinhart*, in: MK-InsO IV<sup>4</sup> Art. 8 EuInsVO Rn. 17 ff. je m. w. N.

<sup>130</sup> Vgl. *Brinkmann*, IILR 2013, 371 (380).

<sup>131</sup> *Müller*, in: Mankowski/Müller/J. Schmidt, EuInsVO 2015 Art. 8 Rn. 35 m. w. N.; *Trenker*, in: Koller/Lovrek/Spitzer, IO Art. 8 EuInsVO Rn. 24.

<sup>132</sup> Vgl. zutr. *Frevel*, Kollisionsrecht 170.

<sup>133</sup> EuGH v. 16. 4. 2015 – C-557/13.

<sup>134</sup> Darauf weist zu Recht *Frevel* (Kollisionsrecht 170 ff.) hin.

<sup>135</sup> A. A. *Stangl*, Kollisionsrechtliche Umsetzung 363 f.

<sup>136</sup> *Frevel*, Kollisionsrecht 167.

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.<sup>143</sup> Sind die *lex fori concursus* und das auf die Rechtsbehandlung 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 i. S. d. 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 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 »anrühlich« 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.<sup>144</sup>

Letzteres bleibt jedoch eine bloße Behauptung, sofern man nicht auf einen Zirkelschluss zurückgreift.<sup>145</sup> 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.<sup>146</sup> 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

<sup>143</sup> *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 Rechtsbehandlung 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.

<sup>144</sup> So *Brinkmann*, Beilage zu ZIP 22/2016, 14 (17); *Bitter*, in: Scholz, GmbHG III<sup>12</sup> Anh § 64 Rn. 538.

<sup>145</sup> Vgl. *Prager/Keller*, NZI 2011, 697 (700); *Thole*, in: Vallender, EuInsVO<sup>2</sup> Art. 16 Rn. 5.

<sup>146</sup> Vgl. i. d. S. *Thole*, in: Vallender, EuInsVO<sup>2</sup> Art. 16 Rn. 5; wohl ebenso *Prager/Keller*, NZI 2011, 697 (700). Im Grundsatz erkennt dies auch *Frevel* (Kollisionsrecht 180 f.), die allerdings einen – m. E. aber nicht hinreichenden – Unterschied zwischen der Funktion von § 135 InsO und jener der Deckungstatbestände erkennen möchte (a. a. O. 181 f.).

EuInsVO der *lex fori concursus* unterliegen;<sup>147</sup> *Weller/Thomale*<sup>148</sup> 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 i. V. m. Art. 16 EuInsVO, egal ob es um die Wahrung der Gleichbehandlung gleichrangiger Gläubiger oder die Gewährleistung der Schlechterstellung nachrangiger Gläubiger geht (vgl. oben III.2. c.).<sup>149</sup> Daraus ergibt sich folgende systemkonforme 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«<sup>150</sup>); der Rückersatzanspruch bei Tilgung des Gesellschafterkredits vor Insolvenzeröffnung (§ 14 Abs. 1 Satz 2 EKEG, § 135 InsO) genießt dagegen besonderen Vertrauensschutz nach Art. 16 EuInsVO, indem sich der Gesellschafter nach dem Kreditvertragsstatut entlasten kann.<sup>151</sup> 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 i. S. d. Art. 7 Abs. 2 lit. i EuInsVO – das allgemeine Wirkungsstatut insolvenzrechtlich qualifiziert wird.<sup>152</sup>

<sup>147</sup> Darauf stellt etwa auch *Knof*, EWIR 2011, 709 (710) (Anm.) ab.

<sup>148</sup> In FS K. Schmidt II 613 (621).

<sup>149</sup> Wenn *Weller/Thomale* (in FS K. Schmidt II 613 [621]) daher gegen eine Anknüpfung der Rückzahlung von Gesellschafterkrediten an die *lex causae* einwenden, es würde damit eine dem fundamentalen Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung verpflichtete Ordnung »der rechtswahlgestützten Vertragsrechtsarbitrage« ausgesetzt, würden sie m. E. nicht hinreichend, dass hinsichtlich der »Vorwirkung« auf Handlungen vor Insolvenzeröffnung sogar der Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung selbst durch Art. 16 EuInsVO unterlaufen werden kann (ganz i. d. S. *Thole*, in: Vallender, EuInsVO<sup>2</sup> Art. 16 Rn. 5). Dementsprechend widerspricht ihre Berufung auf eine »indispositive Rechtseinheit« sowie die konstatierte Gefährdung der »Rechtseinheit und Rechtssicherheit der lex concursus« dieser »supranationalen Strukturrechtsentscheidung« von Art. 16, wonach ein Rechts-erwerb vor Insolvenzeröffnung einen gewissen Schutz vor der *lex concursus* genießen soll.

<sup>150</sup> Insofern zutr. BGH v. 29. 7. 2011 – IX ZR 185/10, DZWIR 2012, 79.

<sup>151</sup> Dementsprechend übersieht die Argumentation von Befürwortern der Anwendung des Insolvenzstatuts (z. B. *Brinkmann*, Beilage zu ZIP 22/2016, 14 [17]; *Bitter*, in: Scholz, GmbHG III<sup>12</sup> Anh § 64 Rn. 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 wohl erworbenes Recht – behalten darf, wenn sie nach dem Darlehensstatut in keiner Weise angreifbar ist!

<sup>152</sup> Vgl. zutr. *Kolmann*, IILR 2011, 193 (195 f.) (Anm.).

All das gilt umso mehr, wenn man sich vergegenwärtigt, dass die insolvenzrechtliche »Schlechterstellung« von Gesellschafterkrediten keineswegs allen Rechtsordnungen der EU-Mitgliedstaaten geläufig ist.<sup>153</sup> Nicht zuletzt aus diesem Grund ist ein Kredit bei gebotener unionsautonomer Interpretation auch nicht einfach dem Gesellschaftsstatut zu unterstellen, nur weil ihn ein Gesellschafter vergibt.<sup>154</sup> 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.<sup>155</sup> 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.<sup>156</sup>

Richtigerweise hat es daher m.E. auch bei der Rückzahlung oder Besicherung von Gesellschafterkrediten bei den allgemein ermittelten Grundsätzen zur Anfechtung der Tilgung oder Besicherung von vertraglichen Schuldverhältnissen zu bleiben.<sup>157</sup> 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 Anfechtungsstatbestand konkret geltend gemacht wird.

### ee) Sonstige 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 rechtsfolgenrechtlich 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.3.c.cc) – die *lex rei sitae* der

<sup>153</sup> Nach U. Huber/Habersack (Zur Reform des Rechts der kapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen, in: Lutter, Das Kapital der Aktiengesellschaft in Europa ZGR-Sonderheft 17 [2006] 370 [383ff.]) gibt 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 Rn. 32f., die das Problem als deutsch-österreichische Eigenheit abtun.

<sup>154</sup> Maesch/Knof, in: Brinkmann, EIR Art. 16 Rn. 34f.

<sup>155</sup> Überzeugend Eckert, Internationales Gesellschaftsrecht 313ff. m.w.N.; a.A. G. Kodek, in: Konecny, Insolvenz-Forum 2009, 161 (177ff.); wohl auch von Hein, in: Rauscher, EuZPR/EuIPR III<sup>4</sup> Art. 1 Rom I-VO Rn. 47 mit Fn. 221.

<sup>156</sup> Insoweit zutr. Weller/Thomale, in: FS K. Schmidt II 613 (621). Dazu schon oben III.2.c. bei und in Fn. 67ff.

<sup>157</sup> Ebenso OLG Dresden v. 14. 11. 2018 – 13 U 730/16 BeckRS 2018, 30341; Prager/Keller, NZI 2011, 697 (700); Kolmann, ILLR 2011, 193 (195f.) (Anm.); Müller, in: Mankowski/Müller/J. Schmidt, EuInsVO 2015 Art. 16 Rn. 17; Maesch/Knof, in: Brinkmann, EIR Art. 16 Rn. 32ff.; Thole, in: Vallender, EuInsVO<sup>2</sup> Art. 16 Rn. 6f.; Kolmann/Keller, in: Gottwald, Insolvenzschrift-Handbuch<sup>6</sup> § 131 Rn. 97; Kindler, in: MK-BGB XIII<sup>8</sup> Art. 16 EuInsVO Rn. 12.

zedierten Forderung maßgeblich; es ist demnach gemäß der Wertung von Art. 2 Nr. 9 VIII EuInsVO das Recht im Wohnsitzstaat des Drittschuldners ausschlaggebend.<sup>158</sup>

Für eine (einseitige) Aufrechnung erklärt Art. 17 Rom I-VO das Recht für maßgeblich, das auf die Forderung anwendbar ist, gegen die aufgerechnet werden soll (Hauptforderung).<sup>159</sup> 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 Betrachtung<sup>160</sup> – 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.<sup>161</sup> Regelmäßig wird dieser Akt freilich die Begründung der Verbindlichkeit des Anfechtungsgegners gegenüber dem Schuldner sein, womit gemäß 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.<sup>162</sup>

Ein einseitiger Verzicht ist nach dem Schuldstatut der verzichteten Forderung zu beurteilen (Art. 12 Abs. 1 lit. d Rom I-VO),<sup>163</sup> während ein Erlassvertrag selbständig als solcher anzuknüpfen ist.<sup>164</sup>

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.<sup>165</sup> 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.<sup>166</sup> Dasselbe gilt *mutatis mu-*

<sup>158</sup> Abweichend Frevel, Kollisionsrecht 177.

<sup>159</sup> Statt vieler Musger, in: Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB<sup>6</sup> Art. 17 Rom I-VO Rn. 1.

<sup>160</sup> Auf die etwa in der österreichischen Dogmatik anzutreffenden, spitzfindigen Differenzierungen anhand der jeweils anfechtbaren Handlung (vgl. dazu König/Trenker, Anfechtung<sup>6</sup> Rn. 14.6ff.) kann es daher nicht ankommen.

<sup>161</sup> Trenker, in: Koller/Lovrek/Spitzer, IO Art. 9 EuInsVO Rn. 7; wohl abweichend Musger, in: Jaufer/Nunner-Krautgasser/Schummer, Unternehmenssanierung 87 (100).

<sup>162</sup> 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.

<sup>163</sup> Trenker, in: Koller/Lovrek/Spitzer, IO Art. 16 EuInsVO Rn. 6; König/Trenker, Anfechtung<sup>6</sup> Rn. 23.17/1.

<sup>164</sup> Vgl. Thole, Gläubigerschutz 834.

<sup>165</sup> I.d.S. Gelter, JBl 2007, 17 (21f.); ebenso noch Trenker, in: Koller/Lovrek/Spitzer, IO Art. 16 EuInsVO Rn. 6; König/Trenker, Anfechtung<sup>6</sup> Rn. 23.17/1.

<sup>166</sup> Zutr. Thole, Gläubigerschutz 834.

*tandis*, wenn ein künftiger Erwerb ausgeschlagen wird (vgl. § 36 Satz 2 IO),<sup>167</sup> 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 i.S.d. 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.<sup>168</sup> Für die Determination der *lex causae* des Zweiterwerbs gelten m.E. 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.<sup>169</sup> 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 Ziff. 1, 3 IO) vorausgesetzte – Anfechtbarkeit des Ersterwerbs sein.<sup>170</sup>

### ff) 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.

In der Rs. *Vinyls/Mediterranea*<sup>171</sup> hatte der Gerichtshof erstmals Gelegenheit zur Stellungnahme und vertrat dabei einen äußerst liberalen Standpunkt. Fast selbstverständlich war zwar noch, dass 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

<sup>167</sup> Zur strittigen Frage der Anfechtbarkeit nach österreichischem Recht König/Trenker, Anfechtung<sup>6</sup> Rn. 3.23ff.

<sup>168</sup> Frevel, Kollisionsrecht 195f.; insoweit gleicher Ansicht auch U. Huber, in: FS Heldrich 695 (716ff.); vgl. schon *Fragistas*, RabelsZ 1938/39, 452 (464); a.A. Thole, Gläubigerschutz 836.

<sup>169</sup> Frevel, Kollisionsrecht 195f.; a.A. U. Huber, in: FS Heldrich 695 (716ff.), 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.

<sup>170</sup> Richtig Frevel, Kollisionsrecht 194f.

<sup>171</sup> EuGH v. 8. 6. 2017 – C-54/16, *Vinyls/Mediterranea*, DZWIR 2017, 414.

auszulegen sind.«<sup>172</sup> Denn er zog daraus die Konsequenz, dass die Einrede gemäß Art. 16 EuInsVO auch in einem reinen »Binnenfall« nach jenem Recht zu beurteilen sei, dessen Anwendung für den angefochtenen Vertrag vereinbart worden war.<sup>173</sup>

Überzeugen kann diese Auffassung – wie bereits angedeutet – nur unter der Prämisse unionsrechtlicher kollisionsrechtlicher Vorgaben zur Bestimmung der *lex causae* i.S.d. 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.<sup>174</sup> 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.<sup>175</sup> Der EuGH setzt der Rechtswahlmöglichkeit stattdessen<sup>176</sup> (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.<sup>177</sup> 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*.<sup>178</sup>

In der Sache verbleiben allerdings selbst ausgehend von der m.E. richtigen Prämisse eines unionsautonomen Rahmens zur Ermittlung der *lex causae* Zweifel, ob wirklich hinreichende insolvenz- oder anfechtungsspezifische Gründe 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.<sup>179</sup> 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 i.S.d. Art. 7 Abs. 2 lit. m und Art. 16 EuInsVO wohl praktisch immer zwingende Normen i.S.d. Art. 3 Abs. 3 Rom I-

<sup>172</sup> EuGH v. 8. 6. 2017 – C-54/16, *Vinyls/Mediterranea*, DZWIR 2017, 414 Rn. 29, 48.

<sup>173</sup> EuGH v. 8. 6. 2017 – C-54/16, *Vinyls/Mediterranea*, DZWIR 2017, 414 Rn. 50; so schon *Koutsoukou*, *ecolex* 2016, 48 (49) (Anm.).

<sup>174</sup> Eckert, Internationales Gesellschaftsrecht 218; Thole, Gläubigerschutz 839f.; *ders.*, IPRax 2018, 388 (391f.); Trenker, Insolvenzanfechtung 51; *ders.*, in: Koller/Lovrek/Spitzer, IO Art. 16 EuInsVO Rn. 7; m.E. widersprüchlich Mock, in: BeckOK InsO<sup>22</sup> Art. 16 EuInsVO Rn. 7.1 und 8.

<sup>175</sup> Ebenso Musger, in: Jaufer/Nunner-Krautgasser/Schummer, Unternehmenssanierung 87 (99).

<sup>176</sup> Für eine kumulative Anwendung beider Schranken Thole, Gläubigerschutz 839ff.

<sup>177</sup> EuGH v. 8. 6. 2017 – C-54/16, *Vinyls/Mediterranea*, DZWIR 2017, 414 Rn. 52.

<sup>178</sup> Vgl. EuGH v. 8. 6. 2017 – C-54/16, *Vinyls/Mediterranea*, DZWIR 2017, 414 Rn. 54. Demgegenüber wurde ursprünglich verbreitet darauf abgestellt, dass eine grundlose Rechtswahl unzulässig sein müsse (vgl. König, Anfechtung<sup>4</sup> Rn. 19/8 m.w.N.).

<sup>179</sup> EuGH v. 8. 6. 2017 – C-54/16, *Vinyls/Mediterranea*, DZWIR 2017, 414 Rn. 49f.

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 auszuklammern, wohl zumindest erleichtert haben dürfte.<sup>180</sup>

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.<sup>181</sup> Ein abweichendes Ergebnis kann sich m. E. nur dann ergeben, wenn man eine analoge Anwendung von Art. 10 Abs. 2 Rom I-VO befürworten sollte. Jedenfalls ist m. E. 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 Recht<sup>182</sup> 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.<sup>183</sup>

#### 4. Unangreifbarkeit nach der *lex causae*

##### a) 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 h. M. versteht die Wendung »in keiner Weise« im Einklang mit dem Virgos/Schmit-Bericht<sup>184</sup> wörtlich und prüft die Anfechtbarkeit folglich nicht nur anhand der Gläubigerschutzvorschriften i. S. d. Art. 7 Abs. 2 lit. m EuInsVO, sondern auch anhand sonstiger potenzieller Unwirksamkeitsgründe (z. B. Sittenwidrigkeit, Willensmängel etc) des auf die Handlung anwendbaren Rechts.<sup>185</sup>

<sup>180</sup> Siehe nur Thole, IPRax 2018, 388 (391f.).

<sup>181</sup> Richtig Brinkmann, in: K. Schmidt, InsO<sup>19</sup> Art. 13 EuInsVO Rn. 15; Frevel, Kollisionsrecht 210f.; Mock, in: BeckOK InsO<sup>22</sup> Art. 16 EuInsVO Rn. 7; Knof, in: Uhlenbruck, InsO II<sup>15</sup> Art. 16 EuInsVO Rn. 25; a. A. Reinhart, in: MK-InsO IV<sup>4</sup> Art. 16 EuInsVO Rn. 6, 8; Klumb, Kollisionsrecht 111.

<sup>182</sup> Nach m. E. unrichtiger Ansicht des EuGH (unten III.4.c) sind im Ergebnis allerdings stets sowohl die Modalitäten der Geltendmachung nach der *lex fori concursus* als auch nach der *lex causae* zu beachten.

<sup>183</sup> Es handelt sich um eine »verteidigungsweise« Geltendmachung, zum Ganzen König/Trenker, Anfechtung<sup>6</sup> Rn. 11.87f.

<sup>184</sup> Rn. 137.

<sup>185</sup> EuGH v. 15. 10. 2015 – C-310/14, Nike European Operations Netherlands BV/Sportlan Oy, DZWIR 2016, 76 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, Euro-

Diese Auffassung ist überzeugend. Sie vermeidet zusätzliche Qualifikationsschwierigkeiten 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 z. B. durch gesellschaftsrechtliche Bestimmungen.<sup>186</sup> 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.

##### b) Entlastung nur bei »gänzlicher Unanfechtbarkeit«

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«).<sup>187</sup>

Im deutsch-österreichischen Rechtsverkehr könnte dies etwa zu folgenden Ergebnissen führen: Ficht ein österreichischer Insolvenzverwalter einen zessionsbesicherten Kontokorrentkreditvertrag – einschließlich der darauf basierenden Rückzahlungen/Sicherstellungen<sup>188</sup> – als mittel-

päisches Zivilverfahrensrecht Rn. 17.166; Moss/Fletcher/Isaacs, Insolvency Proceedings<sup>3</sup> Rn. 8.260; Bork, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO V Art. 16 EuInsVO 2015 Rn. 17; Maderbacher, in: Konecny, Insolvenzgesetze Art. 16 EuInsVO 2015 Rn. 9; Thole, in: Vallender, EuInsVO<sup>2</sup> Art. 16 Rn. 10; Knof, in: Uhlenbruck, InsO II<sup>15</sup> Art. 16 EuInsVO Rn. 30; Paulus, EuInsVO<sup>6</sup> Art. 16 Rn. 10f.; a. A. Müller, in: Mankowski/Müller/J. Schmidt, EuInsVO 2015 Art. 16 Rn. 24; Frevel, Kollisionsrecht 215 ff.

<sup>186</sup> Fraglich bleibt, ob es sich diesfalls überhaupt um »Gesellschaftsrecht« i. S. d. 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, 83 ff.).

<sup>187</sup> 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 Rn. 25, 33; Bork, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO V Art. 16 EuInsVO 2015 Rn. 22; Reinhart, in: MK-InsO IV<sup>4</sup> Art. 16 EuInsVO Rn. 12.

<sup>188</sup> Gerade dieses Beispiel offenbart zusätzliche Probleme von Art. 16 EuInsVO: Die Anfechtung des mittelbar nachteiligen Kontokor-

rentkredits dürfte erstens eine weitgehende Besonderheit des österreichischen Rechts sein; zweitens bleibt der exakte Anfechtungsgegenstand sogar nach österreichischem Recht diffus (dazu einerseits OGH v. 23. 11. 2000 – 6 Ob 110/00w; v. 9. 11. 2006 – 6 Ob 72/06s; andererseits König/Trenker, Anfechtung<sup>6</sup> Rn. 11.103). Das erschwert die Handhabung von Art. 16 EuInsVO immens, weil – trotz unionsautonomer Determination des Begriffs der Handlung (oben III.2.a) und einheitlicher funktionaler Anknüpfung (oben III.3.b.bb) – zu einem gewissen Grad zwangsläufig Zweifel verbleiben, welche Handlung nach der *lex causae* auf ihre Anfechtbarkeit hin zu »untersuchen« ist.

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 z. B. darin haben, dass bei Darlehensgewährung keine

rentkredits dürfte erstens eine weitgehende Besonderheit des österreichischen Rechts sein; zweitens bleibt der exakte Anfechtungsgegenstand sogar nach österreichischem Recht diffus (dazu einerseits OGH v. 23. 11. 2000 – 6 Ob 110/00w; v. 9. 11. 2006 – 6 Ob 72/06s; andererseits König/Trenker, Anfechtung<sup>6</sup> Rn. 11.103). Das erschwert die Handhabung von Art. 16 EuInsVO immens, weil – trotz unionsautonomer Determination des Begriffs der Handlung (oben III.2.a) und einheitlicher funktionaler Anknüpfung (oben III.3.b.bb) – zu einem gewissen Grad zwangsläufig Zweifel verbleiben, welche Handlung nach der *lex causae* auf ihre Anfechtbarkeit hin zu »untersuchen« ist.

<sup>189</sup> Vgl. allgemein zu Sicherstellungen vor/in *statu cridae* BGH v. 7. 11. 2013 – IX ZR 248/12, DZWIR 2014, 185; vgl. auch zu Zahlungen im Rahmen einer »Sanierungsskizze« v. 28. 3. 2019 – IX ZR 7/18, NZI 2019, 594; zu Sicherheitenbestellungen im Gründungsstadium v. 5. 3. 2009 – IX ZR 85/07, DZWIR 2009, 303 (Zeuner).

<sup>190</sup> Vgl. BGH v. 9. 7. 1953 – IV ZR 242/52, NJW 1953, 1665; v. 12. 4. 2016 – XI ZR 305/14, DZWIR 2017, 66; allgemein hierzu ferner v. 30. 4. 1992 – IX ZR 233/90, NJW 1992, 2026.

<sup>191</sup> Es gilt nach h. M. der geringste der folgenden drei Werte: Erstens der Quotenschaden, zweitens der Kreditrahmen und drittens das Ausmaß der Rückzahlungen/Besicherungen (OGH v. 15. 12. 1998 – 4 Ob 306/98y; v. 23. 11. 2000 – 6 Ob 110/00w; v. 9. 11. 2006 – 6 Ob 72/06s; RIS-Justiz RS0111460 mit Beisatz T 1; Bollenberger, in: Koller/Lovrek/Spitzer, IO § 31 IO Rn. 19; König/Trenker, Anfechtung<sup>6</sup> Rn. 11.105 ff. m. w. N.), wobei letztere bei der Anfechtung eines Kontokorrentkreditverhältnisses als nachteiliges Rechtsgeschäft – anders als bei der Deckungsanfechtung – zu kumulieren sind.

Krise i. S. d. § 2 EKEG vorlag<sup>192</sup> 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 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 i. a. R. nichts erhält, weil die getilgte Forderung gemäß § 144 Abs. 1 InsO nur im Rang des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO wiederauflebt.<sup>193</sup> Dass er bei einer Insolvenzanfechtung in Österreich gemäß § 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 BGH<sup>194</sup> bejaht dies mittlerweile,<sup>195</sup> wohingegen die h. M. in Österreich kein Aussonderungsrecht annimmt.<sup>196</sup> Dementsprechend könnte sich die Frage 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. M. E. entscheidet hierüber ausschließlich die *lex fori concursus* des Anfechtungsgegners,

<sup>192</sup> Hierauf kommt es nach § 39 InsO bekanntlich nicht mehr (vgl. dagegen § 32a Abs. 1 dGmbHG a. F.) an; siehe nur BGH v. 30. 4. 2015 – IX ZR 196/13, DZWIR 2015, 483; Bitter, in: Scholz, GmbHG III<sup>12</sup> Anh § 64 Rn. 1, 10, 25; Behme, in: MK-InsO I<sup>4</sup> (2019) § 39 InsO Rn. 39.

<sup>193</sup> Kirchhoff/Piekenbrock, in: MK-InsO II<sup>4</sup> § 144 InsO Rn. 14.

<sup>194</sup> BGH v. 23. 10. 2003 – IX ZR 252/01 NJW 2004, 214; v. 27. 6. 2019 – IX ZR 167/18, NJW 2019, 2923; aus dem Schrifttum z. B. Kirchhoff/Freudenberg, in: MK-InsO II<sup>4</sup> Vor §§ 129 bis 147 InsO Rn. 23; Kirchhoff/Piekenbrock, in: MK-InsO II<sup>4</sup> § 143 InsO Rn. 36.

<sup>195</sup> Vgl. dagegen noch BGH v. 11. 1. 1990 – IX ZR 27/89, NJW 1990, 990.

<sup>196</sup> Koziol, Grundlagen und Streitfragen der Gläubigeranfechtung (1991) 38 ff., 54; Trenker, Insolvenzanfechtung 20f.; König/Trenker, Anfechtung<sup>6</sup> Rn. 2.20; Spitzer, Das persönliche Recht auf Aussonderung (2017) 297 ff.; ebenso noch Nunner-Krautgasser, Schuld, Vermögenshaftung und Insolvenz (2007) 138 Fn. 104; a. A. nunmehr dies., Zur rechtlichen Qualifikation von Anfechtungsansprüchen in der Insolvenz des Anfechtungsgegners, JBl 2021, 69.

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.

### c) »Nachträgliche« Unangreifbarkeit (Verjährung)?

Nach Ansicht des EuGH,<sup>197</sup> die mittlerweile auch im (deutschsprachigen) Schrifttum als herrschend anzusehen ist,<sup>198</sup> führt selbst eine nach Insolvenzeröffnung eingetretene Verjährung/Präklusion von Unwirksamkeitsgründen i. S. d. 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 m. E. nicht zu überzeugen.<sup>199</sup>

Wird vom Insolvenzverwalter im Eröffnungsstaat lediglich die gebotene Form der Geltendmachung nach der *lex causae* (z. B. 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 (z. B. § 43 Abs. 2 IO; § 146 InsO), lässt sich zwar ausgehend vom Wortlaut argumentieren, dass die Rechtshandlung in keiner Weise *mehr* angreifbar ist.<sup>200</sup> Auch ist es bei gebotener unionsautonomer Interpretation völlig richtig, dass es keinen Unterschied machen kann, ob die Fristversäumnis nach nationalem 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.<sup>201</sup> Die kumulative Anwendung von Insolvenz- und Wirkungsstatut führt bei diesem Verständnis aus Sicht potenzieller Anfechtungsgegner zu nicht gerechtfertigten »Zufallsgeschenken«.<sup>202</sup> Für betroffene Insolvenzverwalter birgt die Auffassung des EuGH hingegen eine unnötige Haftungsfälle.<sup>203</sup> 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*<sup>204</sup> zu einem deutsch-österreichischen-Fall ergangen.

Dass der EuGH mit der Anwendung von Art. 16 EuInsVO auf rechtshemmende/-vernichtende Fristen, die erst nach Insolvenzeröffnung ablaufen, seinem eigenen Postulat von der engen Auslegung des »Einredebeweises«<sup>205</sup> widerspricht, erhärtet die Kritik zusätzlich. Der berechnete 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.<sup>206</sup> Das Gegenargument, der Wortlaut von Art. 16 EuInsVO differenziere nicht danach, ob die Handlung ursprünglich unwirksam war oder erst nach Insolvenzeröffnung unwirk-

<sup>201</sup> Die Entkräftung dieses – von *Oberhammer* (ecolex 2015, 781 [782f.]) 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.3 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.

<sup>202</sup> *Piekenbrock*, IPRax 2016, 219 (225).

<sup>203</sup> *Piekenbrock*, IPRax 2016, 219 (225f.).

<sup>204</sup> EuGH v. 16. 4. 2015 – C-557/13.

<sup>205</sup> EuGH v. 15. 10. 2015 – C-310/14, *Nike European Operations Netherlands BV/Sportlan Oy*, DZWIR 2016, 76 Rn. 18, 21, 30, 40; v. 22. 6. 2021 – C-73/20, *Oeltrans Befrachtungsgesellschaft*, DZWIR 2021, 443 Rn. 24.

<sup>206</sup> Ganz i. d. S. der EuGH (v. 22. 6. 2021 – C-73/20, *Oeltrans Befrachtungsgesellschaft*, DZWIR 2021, 443 Rn. 24) selbst.

<sup>197</sup> EuGH v. 16. 4. 2015 – C-557/13, *Lutz/Bäuerle*, DZWIR 2016, 14 Rn. 36.

<sup>198</sup> *Stürner/Fix*, in: FS Wellensiek 833 (841f.); *Oberhammer*, ecolex 2015, 781 (782f.); *Schumacher*, EuGH zum Einredebeweis des Anfechtungsbeklagten (Art. 13 EuInsVO), ÖBA 2016, 266 (268); *Konecny*, in: Mayr, Europäisches Zivilverfahrensrecht Rn. 17.166; *Frevel*, Kollisionsrecht 226ff.; diff. *König*, Die Anfechtung nach der IO<sup>5</sup> (2014) Rn. 17.99, 23/20; ausf. zum Meinungsstand in Deutschland *Stangl*, Kollisionsrechtliche Umsetzung 36f.

<sup>199</sup> Ebenso OLG Stuttgart v. 28. 9. 2012 – 5 U 17/12 ZInsO 2012, 2153; *Balz*, ZIP 1996, 951 Fn. 25; *Chalupsky*, in: Baudenbacher, Wirtschaftsrecht I 297 (361); *Thole*, Gläubigerschutz 827; *ders.*, IPRax 2018, 388 (389); *Piekenbrock*, IPRax 2016, 219 (225).

<sup>200</sup> Eine Differenzierung zwischen beiden Fragen wäre schon aus diesem Grund durchaus denkbar (i. d. S. *König*, Anfechtung<sup>5</sup> Rn. 17.99, 23.20), ist m. E. aber letztlich nicht überzeugend.

sam geworden ist,<sup>207</sup> ist leicht zu entkräften. Denn 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 h. M. aus teleologischen Erwägungen ab (oben III.2.b).

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 Immunität von der *lex fori concursus* rechtfertigen würde. Mit dieser Abgrenzung können m. E. für sämtliche, durchaus unterschiedliche »Befristungskonzepte« der Mitgliedstaaten<sup>208</sup> interessengerechte Ergebnisse erzielt werden, ohne die Verkehrssicherheit ungebührlich zu beeinträchtigen.

Entsprechend dieser Überlegungen kann sich ein Anfechtungsgegner m. E. – 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,<sup>209</sup> mit der er die Abtretung des anfechtungsrechtlichen Leistungsanspruchs – auch im Anschluss an die neuere Judikatur des BGH<sup>210</sup> – erstmals anerkannt hat, allerdings nicht (mehr) stellen.<sup>211</sup>

<sup>207</sup> *Stürner/Fix*, in: FS Wellensiek 833 (841); *Frevel*, Kollisionsrecht 227.

<sup>208</sup> Eine beeindruckende Auflistung zu unterschiedlichen Konzepten zahlreicher Mitgliedstaaten (und auch ausgewählter Drittstaaten) findet sich bei *Piekenbrock*, IPRax 2016, 219 (226).

<sup>209</sup> OGH v. 17. 6. 2019 – 17 Ob 6/19k; dazu oben II. bei und in Fn. 47.

<sup>210</sup> BGH v. 17. 2. 2011 – IX ZR 91/10, DZWIR 2011, 332; wegbereitend *Eckardt*, Zur Abtretbarkeit anfechtungsrechtlich begründeter Ansprüche im Konkurs, KTS 1993, 585.

<sup>211</sup> Vgl. jedoch die Kritik von *König*, JBl 2019, 789 (794 ff.) (Anm.).

## 5. »Nachweis« seitens des Anfechtungsgegners

### a) 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* eines Mitgliedstaats sowie der Nachweis der Unangreifbarkeit nach diesem Recht. Es handelt sich dabei um eine unionsrechtlich vorgegebene Beweislastumkehr.<sup>212</sup> 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.<sup>213</sup> Die Präklusivvorschriften der § 179 öZPO und § 296 dZPO<sup>214</sup> dürften – sofern sie unterschiedslos angewendet werden – den daraus resultierenden Vorgaben entsprechen. Auch eine amtswegige Wahrnehmung der Unangreifbarkeit ist nach Ansicht des EuGH zulässig.<sup>215</sup> 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 m. E. »nur« entsprechendes Vorbringen erstatten, eine formelle Einrede ist darüber hinaus entbehrlich.<sup>216</sup>

### b) 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* auf-

<sup>212</sup> EuGH v. 15. 10. 2015 – C-310/14, *Nike European Operations Netherlands BV/Sportlan Oy*, DZWIR 2016, 76 Rn. 31, 45.

<sup>213</sup> EuGH v. 8. 6. 2017 – C-54/16, *Vinyls Italia*, DZWIR 2017, 414 Rn. 33; *Musger*, in: Jaufer/Nunner-Krautgasser/Schummer, Unternehmensanierung 87 (105).

<sup>214</sup> Vgl. *Thole*, IPRax 2018, 388 (389).

<sup>215</sup> EuGH v. 8. 6. 2017 – C-54/16, *Vinyls Italia*, DZWIR 2017, 414 Rn. 33; abl. *Kindler*, in: MK-BGB XII<sup>8</sup> Art. 16 EuInsVO Rn. 24 Fn. 54.

<sup>216</sup> Möglicherweise strenger *Maderbacher*, in: Konecny, Insolvenzesetze Art. 16 EuInsVO 2015 Rn. 13, 17; diesem zust. *Edel/Gassner*, Insolvenzanfechtung nach der EuInsVO – in kleinen Schritten zur Auslegungsklarheit, ZIK 2017, 211 (213).

oktroiert werden. Zu Recht wird daher nur von einer »veranlassten Beweislast«<sup>217</sup> gesprochen: Der Anfechtungsgegner muss sich m. E. lediglich auf jene Tatbestände beziehen, auf deren funktional vergleichbare Rechtssätze der *lex fori concursus* sich der Insolvenzverwalter stützt<sup>218</sup> oder die das Gericht von sich aus (vgl. § 182a öZPO; § 139 dZPO) als potenzielle Angriffspunkte hervorhebt.<sup>219</sup> Dies sollte praktisch wie in der Rs. *Nike European/Sportlan Oy*<sup>220</sup> 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.

### c) 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. Zweifelhaft ist allerdings, worauf sich die Beweislastumkehr konkret bezieht. Zumind. aus deutsch-österreichischer Perspektive ist zunächst bemerkenswert, dass Art. 16 EuInsVO primär an die Unaufklärbarkeit der Rechtslage nach der *lex causae* denkt.<sup>221</sup> Strittig ist dementsprechend etwa, ob dennoch der nationale Grundsatz *iura novit curia* (§ 4 Abs. 1 IPRG; ähnlich § 293 dZPO) zur Anwendung gebracht werden kann. M. E. ist dies i. S. d. vom EuGH auch sonst hochgehaltenen Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten<sup>222</sup> zu bejahen,<sup>223</sup> wenngleich die Frage wohl vor-

lagebedürftig 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?<sup>224</sup> M. E. 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 wurde oder das Gericht nach der jeweiligen *lex fori* von sich aus ermittelt hat, auf unterinstanzliche Rechtsprechung, einschlägige Literaturmeinungen und/oder Rechtsgutachten stützen.

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 z. B. 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, z. B. weil der Anfechtungsgegner eben kein naher Angehöriger (vgl. § 31 Abs. 1 Ziff. 1 i. V. m. § 32 IO) bzw. keine nahestehende Person (§ 130 Abs. 3 i. V. m. § 138 InsO) ist? Eine solche Auslegung schießt m. E. über das Ziel hinaus, weil ansonsten Wertungszusammenhänge auseinandergerissen würden, die Bestandteil der vom *lex-causae*-Gesetzgeber austarierten Interessenabwägung zwischen Gläubiger- und Verbraucherschutz 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

(705); a. A. wohl U. Huber, in: FS Heldrich 695 (698); Thole, Gläubigerschutz 826; tendenziell auch Musger, in: Jaufer/Nunner-Krautgasser/Schummer, Unternehmenssanierung 87 (104); Reinhart, in: MK-InsO IV<sup>4</sup> Art. 16 EuInsVO Rn. 16 f.

<sup>224</sup> Möglicherweise i. d. S. BGH v. 12. 12. 2019 – IX ZR 328/18, DZWIR 2020, 531.

<sup>217</sup> König, Anfechtung<sup>5</sup> Rn. 23/19.

<sup>218</sup> König/Trenker, Anfechtung<sup>6</sup> Rn. 23/19; im Ergebnis ähnlich Burgstaller, in: Burgstaller/Neumayr/Geroldinger/Schmaranzer, IZVR Art. 13 InsVO Rn. 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: MK-BGB XII<sup>8</sup> Art. 16 EuInsVO Rn. 22.

<sup>219</sup> Vgl. Oberhammer, ÖBA 2002, 698 (705); etwas restriktiver Piekenbrock, IPRax 2016, 219 (229).

<sup>220</sup> EuGH v. 15. 10. 2015 – C-310/14, DZWIR 2016, 76 Rn. 31.

<sup>221</sup> BGH v. 12. 12. 2019 – IX ZR 328/18, DZWIR 2020, 531; Brinkmann, in: K. Schmidt, InsO<sup>19</sup> Art. 13 EuInsVO Rn. 24; Kindler, in: MK-BGB XII<sup>8</sup> Art. 16 EuInsVO Rn. 22.

<sup>222</sup> EuGH v. 15. 10. 2015 – C-310/14, *Nike European Operations Netherlands BV/Sportlan Oy*, DZWIR 2016, 76 Rn. 28; v. 8. 6. 2017 – C-54/16, *Vinyls Italia*, DZWIR 2017, 414 Rn. 26.

<sup>223</sup> Ebenso Maderbacher, in: Konecny, Insolvenzgesetze Art. 16 EuInsVO 2015 Rn. 16; Piekenbrock, IPRax 2016, 219 (229) und im Ergebnis schon Oberhammer, Das Europäische Insolvenzrecht und Österreich: Grundstrukturen und ausgewählte Probleme, ÖBA 2002, 698

praktisch bedeutsamer Fragestellungen aufwirft. Die *De-facto*-Kumulation von Insolvenz- und Wirkungsstatut macht die materielle und prozessuale Rechtslage freilich derart kompliziert, dass den Bedürfnissen des Verkehrs m. E. 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 damit zu einem gewissen Grad als bloße Fiktion.

## Aufsatz

Prof. Dr. iur. Michael Hippeli, LL. M., MBA

# Das Finanzmarktintegritätsstärkungsgesetz (FISG) als Folge des Wirecard-Skandals

Gesetz zur Stärkung der Finanzmarktintegrität vom 3. 6. 2021

<https://doi.org/10.1515/dwir-2021-0122>

## I. Einleitung

Das FISG ist da. Circa ein Jahr nach dem Insolvenzantrag der Wirecard AG vom 25. 6. 2020 erfolgte das Inkrafttreten dieses Akts von Anlassgesetzgebung mit Verkündung im Bundesgesetzblatt am 10. 6. 2021.<sup>1</sup> Das Gesetz zur Stärkung der Finanzmarktintegrität (Finanzmarktintegritätsgesetz – FISG) vom 3. 6. 2021 ist gewissermaßen ein legislatives Schwergewicht. Denn es stellt ein Artikelgesetz mit 26 Artikeln dar, wobei allein der zugrundeliegende Regierungsentwurf des FISG<sup>2</sup> 146 Seiten umfasst. Regulatorische

<sup>1</sup> BGBl. I, S. 1534.

<sup>2</sup> BT-Drs. 19/26966.

Michael Hippeli, ab dem 1. 10. 2021 Professor an der Hochschule für Wirtschaft und Gesellschaft, Ludwigshafen, ehemals langjähriger Mitarbeiter der BaFin. Der Autor stellt lediglich seine persönlichen Auffassungen dar.

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.

Schwerpunkte bilden Neuregelungen im Wertpapierhandelsgesetz (WpHG), im Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz (FinDAG), im Aktiengesetz (AktG) und im Handelsgesetzbuch (HGB).

Der vorliegende Beitrag will einen Überblick über die wesentlichen Regelungsansätze liefern, eine Kontextverordnung schaffen und eine Wirkungskontrolle mit Innenperspektive vornehmen. Aufgrund der vorgenannten Quantität wird indes kein Anspruch auf Vollständigkeit erhoben.

## II. Wirecard-Skandal als Causa

Der Wirecard-Skandal als Causa des FISG stellt sich im Wesentlichen wie folgt dar<sup>3</sup>:

Die Wirecard AG ist ein 1999 gegründetes börsennotiertes deutsches Zahlungsdienstleistungsunternehmen.

<sup>3</sup> Vgl. im Überblick etwa Hippeli, JSE 2021, 74 ff.; Steiger, CCZ 2021, 12 ff.; Klöhn, ZIP 2021, 381 ff.