

Verfahrensgang

BGH, Urt. vom 08.02.2018 – IX ZR 103/17, [IPRspr 2018-330](#)

Rechtsgebiete

Insolvenz- und Anfechtungsrecht

Außervertragliche Schuldverhältnisse → Unerlaubte Handlungen, Gefährdungshaftung

Rechtsnormen

AnfG § 19

BGB § 195; BGB § 199; BGB § 389; BGB § 826

EGBGB Art. 4

EuInsVO 2015/848 Art. 7; EuInsVO 2015/848 Art. 9; EuInsVO 2015/848 Art. 13

InsO § 92; InsO §§ 94 ff.; InsO § 96; InsO § 130; InsO §§ 130 ff.; InsO § 133; InsO § 146; InsO § 335; InsO § 338; InsO § 339

Rom I-VO 593/2008 Art. 4; Rom I-VO 593/2008 Art. 12; Rom I-VO 593/2008 Art. 17

Rom II-VO 864/2007 Art. 4; Rom II-VO 864/2007 Art. 23; Rom II-VO 864/2007 Art. 31

SchKG (Schweiz) Art. 213; SchKG (Schweiz) Art. 214

Fundstellen

LS und Gründe

BB, 2018, 2060

DB, 2018, 2234, m. Anm. *Vorwerk*

DB, 2018, 2037

MDR, 2018, 1021

NZl, 2018, 721

NZl, 2018, 683, *Dahl-Michels*

RIW, 2018, 526

WM, 2018, 1264

WuB, 2018, 523, m. Anm. *Reinhart*

ZInsO, 2018, 1622

ZIP, 2018, 1299

DZWIR, 2019, 22, m. Anm. *Riedemann*

NJW, 2019, 2404, m. Anm. *Paulus*

VersR, 2019, 43

Aufsatz

Swierczok, BB, 2018, 2057

nur Leitsatz

BB, 2018, 1601

Bericht

Brinkmann, EWIR, 2018, 497

Permalink

<https://iprspr.mpipriv.de/2018-330>

Lizenz

Copyright (c) 2024 [Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht](#)



Dieses Werk steht unter der [Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz](#).

möglich die Gläubigerstruktur bezogen auf die Territorialität des Verfahrens abbildet.“

330. *Die insolvenzrechtlichen Voraussetzungen und Wirkungen einer Aufrechnung sowie die Anfechtbarkeit einer Aufrechnungslage sind grundsätzlich Gegenstand des allgemeinen Insolvenzstatuts und unterliegen daher der lex fori concursus.*

Eine alternative Anknüpfung für das Aufrechnungsstatut ist nur eröffnet, wenn das nach der lex fori concursus anwendbare Insolvenzrecht die materiell-rechtlich bestehende Aufrechnungsmöglichkeit des Insolvenzgläubigers aus einem anderen Grund als dem einer Insolvenzanfechtung einschränkt.

In einem solchen Fall ist maßgeblich, ob der Insolvenzgläubiger nach dem Insolvenzrecht der lex causae zur Aufrechnung berechtigt wäre. Daran fehlt es, wenn die Aufrechnungslage nach dem Insolvenzrecht der lex causae anfechtbar ist.

Ist eine Aufrechnungslage nach der lex fori concursus anfechtbar, kann sich der Anfechtungsgegner im Hinblick auf die Anfechtung nur auf die alternative Anknüpfung für das Anfechtungsstatut berufen.

Ist eine Rechtshandlung nach der lex fori concursus anfechtbar, hat das Gericht die alternative Anknüpfung für das Anfechtungsstatut nur auf Einrede des Anfechtungsgegners zu prüfen.

Der Anfechtungsgegner trägt die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass die angefochtene Rechtshandlung nach dem anwendbaren Recht eines anderen Staats in keiner Weise angreifbar ist.

Auch in den Fällen, in denen ausländisches Insolvenzanfechtungsrecht anwendbar ist, kommt eine Haftung wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung nur in Betracht, wenn der beanstandete Vorgang über einen bloßen Anfechtungstatbestand im Sinne der §§ 130 ff. InsO hinaus besondere Umstände aufweist, die den Vorwurf der Sittenwidrigkeit rechtfertigen.

Eine sogenannte Firmenbestattung kann eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung darstellen.

BGH, Urt. vom 8.2.2018 – IX ZR 103/17; NJW 2019, 2404 m. Anm. Paulus; RIW 2018, 526; WM 2018, 1264; MDR 2018, 1021; VersR 2019, 43; ZIP 2018, 1299; BB 2018, 2057 Swierczok; BB 2018, 2060; DB 2018, 2037; DB 2018, 2234 m. Anm. Vorwerk; DZWIR 2019, 22 m. Anm. Riedemann; NZI 2018, 683 Dahl-Michels; NZI 2018, 721; WuB 2018, 523 m. Anm. Reinhart; ZInsO 2018, 1622. Leitsatz in BB 2018, 1601. Bericht in EWIR 2018, 497 Brinkmann.

Die R. I. AG i.L. (fortan: Schuldnerin) ist eine Gesellschaft nach schweizerischem Recht. Sie hatte ihren Sitz zuletzt in Glarus, Schweiz. Die Schuldnerin erwarb vor allem in Ostdeutschland Grundstücke. Zur Finanzierung nahm sie Darlehen auf. Unter anderem war sie Eigentümerin mehrerer Grundstücke in Berlin und Potsdam, die zugunsten der V. Berlin mit Grundpfandrechten belastet waren (sog. V.-Paket). Die V. Berlin erklärte sich zur Erteilung einer Löschungsbewilligung gegen Zahlung von 8,5 Mio. € bereit. Am 15.12.2011 wurde ein Teil der Grundstücke aus dem V.-Paket zum Preis von 5 Mio. € an die C. GmbH verkauft. Die danach aus dem V.-Paket verbliebenen Grundstücke in Berlin sollten an die Bekl. zu 3) veräußert werden. Die Bekl. zu 3) bestand als Vorratsgesellschaft mit 25.000 Geschäftsanteilen zu jeweils 1,00 €. Am 11.1.2012 wurden die Bekl. zu 1), eine Rechtsanwältin, und der Bekl. zu 2) zu Geschäftsführern der Bekl. zu 3) bestellt. Am gleichen Tag erwarben die am 14.7.2011 gegründete K. AG (fortan: K. AG) 23.500 Geschäftsanteile an der Bekl. zu 3) und die R. GmbH (fortan: R. GmbH) die übrigen 1.500 Geschäftsanteile. Alleiniger Gesellschafter der R. GmbH war der Bekl. zu 2). Kurze Zeit später erwarb die R. GmbH von der K. AG weitere 21.850 Geschäftsanteile an der Bekl. zu 3). Am 24.9.2012 übertrug die K. AG ihre verbliebenen 1.650 Anteile an der Bekl. zu 3) an die S. GmbH. Zeitlich nach den am 11.1. 2012 erfolgten

Änderungen bei der Bekl. zu 3) verkaufte die Schuldnerin mit notariellem Kaufvertrag vom 11.1.2012 an die Bekl. zu 3) die verbliebenen Grundstücke in Berlin zum Kaufpreis von 4,9 Mio. €. Die Schuldnerin wurde dabei durch die Bekl. zu 1) vertreten. Die Bekl. zu 3) wurde durch den Bekl. zu 2) vertreten.

Die Schuldnerin befand sich bereits seit längerem in wirtschaftlichen Schwierigkeiten. Spätestens im November 2011 war der Schuldnerin eine Konkursandrohung (Art. 160 Schweizer Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs [vom 11.4.1889 BS 3, 3]; fortan SchKG) zugestellt worden; auf diese hin stellte ein Gläubiger ein Konkursbegehren (Art. 166 SchKG; Konkursantrag); wann die Ladung zur gerichtlichen Verhandlung über den Konkursantrag (Art. 168 SchKG) zugestellt worden ist, ist ungeklärt. Am 23.1.2012 eröffnete das Konkursamt Glarus (Schweiz) das Konkursverfahren über das Vermögen der Schuldnerin. Im Verfahren haben 143 Gläubiger Forderungen im Umfang von 132 Mio. CHF angemeldet. Mit einer Quote für die Gläubiger ist nicht zu rechnen. Die Bekl. zu 3) wurde nach Eröffnung des Konkurses als Eigentümerin der Grundstücke im Grundbuch eingetragen. Sie hat die Grundstücke inzwischen weiterveräußert. Die Kl. ist eine Bank nach Schweizer Recht. Ihr stehen Forderungen in Höhe von rund 3,5 Mio. CHF gegen die Schuldnerin zu, die sie im Konkursverfahren angemeldet hat. Mit Zirkularbeschluss vom 24.9.2014 hat das Konkursamt Glarus gemäß Art. 260 SchKG der Kl. bescheinigt, dass die Gläubiger des Konkurses auf die Geltendmachung folgender Rechtsansprüche der Masse verzichtet haben:

- „1.1. Ansprüche der Konkursitin im Ausland
- Sämtliche Ansprüche gegenüber Personen mit Sitz oder Wohnsitz im Ausland.
- Sämtliche Rechte an beweglichen und unbeweglichen Sachen im Ausland sowie sämtliche Ansprüche, die in irgendeiner Weise aus Rechtsgeschäften über solche Sachen herrühren, beides ungeachtet des Sitzes oder Wohnsitzes der Person, gegen welche sich der Anspruch richtet.“

Zugleich ermächtigte das Konkursamt Glarus die Kl. mit diesem Zirkularbeschluss, die Rechte an Stelle der Masse in eigenem Namen und auf eigene Rechnung und Gefahr geltend zu machen. Weiter trat die Schuldnerin, vertreten durch das Konkursamt Glarus, der Kl. mit Vereinbarung vom 24.9.2014 sämtliche Ansprüche aus der Konkursmasse der Schuldnerin ab, welche im Ausland liegen. Aus dem Überschuss der Verwertung der Ansprüche im Ausland standen der Kl. nach der Vereinbarung 80 vom Hundert, der Konkursmasse 20 vom Hundert zu. Die Kl. verfolgt gestützt auf den Zirkularbeschluss des Konkursamtes Glarus Ansprüche der Schuldnerin gegen die Bekl. zu 1) bis 3).

Das LG hat der auf Zahlung von 1,4 Mio. € gerichteten Klage stattgegeben. Auf die Berufung der Bekl. hat das KG die Klage abgewiesen. Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision erstrebt die Kl. die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

Aus den Gründen:

„[10] Die Revision führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht ...

C. ...[20] In der Sache halten die Ausführungen des Berufungsgerichts rechtlicher Überprüfung in entscheidenden Punkten nicht stand.

I. [21] Ansprüche gegen die Bekl. zu 3) können mit der Begründung des Berufungsgerichts nicht verneint werden.

[22] 1. Zu Unrecht meint das Berufungsgericht, dass der Kaufpreisanspruch der Schuldnerin in Höhe von 1,4 Mio. € im Konkurs der Schuldnerin deshalb nicht durchsetzbar sei, weil sich die Anfechtung der Aufrechnungslage nach deutschem Anfechtungsrecht richte und insoweit Verjährung eingetreten sei.

[23] a) Nach den von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts ist allerdings davon auszugehen, dass der Bekl. zu 3) ein Darlehensanspruch aus abgetretenem Recht der K. AG zustand, mit dem sie gegen den Kaufpreisanspruch in Höhe von 1,4 Mio. € aufgerechnet hat. Insoweit ist der Kaufpreisanspruch durch die im Kaufvertrag erklärte Aufrechnung gemäß § 389 BGB erloschen.

[24] Die zivilrechtlichen Aufrechnungsvoraussetzungen richten sich auch im Insolvenzfall nach dem gewöhnlichen Aufrechnungsstatut (MünchKommInsO-Reinhart, 3. Aufl., § 338 Rz. 7; HK-InsO-Swierczok, 9. Aufl., § 338 Rz. 6; Schmidt-Brinkmann, InsO, 19. Aufl., § 338 Rz. 3; Kübler-Prütting-Bork-Paulus, InsO, 2013, § 338 Rz. 6). Dies ist gemäß Art. 12 I lit. d Rom-I-VO oder jedenfalls gemäß Art. 17

Rom-I-VO das Recht, dem die Forderung unterliegt, gegen die aufgerechnet wird. Die Hauptforderung unterliegt im Streitfall deutschem Recht, Art. 4 I lit. c Rom-I-VO. Die der Schuldnerin zustehende Kaufpreisforderung, gegen welche die Bekl. zu 3) aufrechnet, stammt aus einem Kaufvertrag über in Deutschland belegene Grundstücke.

[25] b) Jedoch sind die Überlegungen des Berufungsgerichts, die im Kaufvertrag erklärte Aufrechnung sei insolvenzfest, von Rechtsirrtum beeinflusst. Die gezogene Schlussfolgerung kann nicht darauf gestützt werden, dass – wie das Berufungsgericht meint – das Aufrechnungsstatut stets die Anfechtung der Aufrechnungslage erfasse, diese sich gemäß § 338 InsO nach deutschem Insolvenzrecht richte und ein solcher Anfechtungsanspruch gemäß § 146 I InsO verjährt sei.

[26] aa) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts enthält § 338 InsO keine §§ 335, 339 InsO verdrängende Spezialnorm. Vielmehr sind die insolvenzrechtlichen Voraussetzungen und Wirkungen einer Aufrechnung grundsätzlich Gegenstand des allgemeinen Insolvenzstatuts gemäß § 335 InsO und unterliegen daher der *lex fori concursus*.

[27] (1) § 338 InsO bestimmt, dass das Recht eines Insolvenzgläubigers zur Aufrechnung von der Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht berührt wird, wenn der Insolvenzgläubiger nach dem für die Forderung des Schuldners maßgebenden Recht zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens zur Aufrechnung berechtigt ist. Anders als das Berufungsgericht meint, handelt es sich dabei nicht um eine umfassende Kollisionsregel für die Aufrechnung in der Insolvenz. Vielmehr richtet sich die insolvenzrechtliche Aufrechnungsbefugnis nach der *lex fori concursus* (§ 335 InsO). Diese allgemeine Regel betrifft auch die Auswirkungen des ausländischen Insolvenzverfahrens auf das Recht eines Insolvenzgläubigers zur Aufrechnung (BT-Drucks. 15/16, S. 18; allgemeine Meinung, vgl. nur MünchKommInsO-Reinhart aaO § 335 Rz. 85; Kübler-Prütting-Bork-Paulus aaO § 338 Rz. 5; HK-InsO-Swierczok aaO § 338 Rz. 2).

[28] Die alternative Anknüpfung (vgl. von Bar-Mankowski, Int. Privatrecht, Band I, 2. Aufl., § 7 Rz. 103 ff.) nach § 338 InsO greift ein, wenn die Aufrechnungsbefugnis nach der *lex fori concursus* eingeschränkt ist (MünchKommInsO-Reinhart aaO § 338 Rz. 6). Insoweit handelt es sich um eine Kollisionsnorm, nicht um eine Sachnorm (MünchKommInsO-Reinhart, aaO § 338 Rz. 3; HK-InsO-Swierczok, aaO § 338 Rz. 3; a.A. MünchKomm-Kindler, 7. Aufl., § 338 InsO Rz. 1; Kübler-Prütting-Bork-Paulus aaO § 338 Rz. 2; Liersch, NZI 2003, 302, 305). Denn § 338 InsO beruft das gemäß der *lex causae* der Passivforderung anwendbare Insolvenzrecht (BT-Drucks. aaO). Die Norm regelt damit nicht die Rechtsfolge selbst, sondern bestimmt, welche Rechtsordnung anzuwenden ist (vgl. von Bar-Mankowski aaO § 4 Rz. 1 ff.).

[29] (2) Mithin richtet sich die insolvenzrechtliche Aufrechnungsbefugnis im Streitfall gemäß § 335 InsO nach Schweizer Recht. Dabei handelt es sich um eine Gesamtverweisung (Art. 4 EGBGB; MünchKommInsO-Reinhart aaO Vor §§ 335 ff. Rz. 38). Das Berufungsgericht hat keine Feststellungen zum Schweizer Internationalen Konkursrecht und zum Umfang der Aufrechnungsbefugnis nach Schweizer Konkursrecht getroffen. Es ist auch nicht ersichtlich, dass die Parteien überhaupt zur Insolvenzfestigkeit einer Aufrechnung nach Schweizer Konkursrecht (etwa zur

Reichweite von Art. 213 SchKG) Stellung genommen hätten. Die Revision zeigt keinen entsprechenden Vortrag auf.

[30] bb) Der Inhalt des schweizerischen Konkursrechts zur Aufrechnungsbefugnis kann nicht deshalb dahinstehen, weil – wie das Berufungsgericht annimmt – die Anfechtbarkeit der Aufrechnungslage sich gemäß § 338 InsO nach deutschem Anfechtungsrecht richte und ein solcher Anfechtungsanspruch verjährt sei.

[31] (1) § 338 InsO enthält nur eine alternative Anknüpfung für das insolvenzrechtliche Aufrechnungsstatut. Für die Frage, welchem Recht die Anfechtbarkeit einer Aufrechnungslage untersteht, sind jedoch die Anwendungsbereiche der §§ 335, 338, 339 InsO abzugrenzen. Maßgeblich ist, welchen rechtlichen Anknüpfungsgegenstand die jeweilige Kollisionsnorm erfassen will. Besteht zugunsten eines Sachbereichs eine besondere Kollisionsnorm, so ist diese Kollisionsnorm maßgeblich.

[32] (a) Die Anfechtbarkeit einer Aufrechnungslage richtet sich nach der *lex fori concursus*. § 339 InsO enthält eine eigenständige Kollisionsnorm für das Anfechtungsrecht. Danach richtet sich die Anfechtung – im Einklang mit Art. 7 II 2 lit. m der VO (EU) 2015/848 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.5.2015 über Insolvenzverfahren (fortan *EuInsVO* 2015) – entsprechend der Regelanknüpfung des § 335 InsO nach dem Recht des Staats der Verfahrenseröffnung. Anknüpfungsgegenstand des § 339 InsO sind sämtliche Ansprüche und Rechtsbehelfe, die darauf abzielen, die Wirkungen gläubigerbenachteiligender Rechtshandlungen für die Zwecke des Insolvenzverfahrens rückgängig zu machen oder auszugleichen. § 339 InsO erfasst auch die Anfechtbarkeit einer Aufrechnungslage, so dass sich das auf die Anfechtbarkeit einer Aufrechnungslage anzuwendende Recht – im Einklang mit Art. 9 II *EuInsVO* 2015 – aus § 339 InsO ergibt (*MünchKommInsO-Reinhart aaO* § 338 Rz. 8; *FK-InsO-Wenmer-Schuster*, 9. Aufl., § 338 Rz. 5, § 339 Rz. 7; *Uhlenbruck-Lüer*, *InsO*, 14. Aufl., § 339 Rz. 9; a.A. wohl Paulus in *Kübler-Prütting-Bork-Paulus aaO* § 338 Rz. 5; *MünchKomm-Kindler aaO* § 338 InsO Rz. 5).

[33] (b) Anknüpfungsgegenstand des § 338 InsO sind hingegen die eine Aufrechnung ermöglichenden oder beschränkenden insolvenzrechtlichen Regelungen. Die Norm betrifft allein die insolvenzrechtliche Zulässigkeit der Aufrechnung (*MünchKommInsO-Reinhart aaO* § 338 Rz. 7). Hierzu beruft § 338 InsO nur im Rahmen der alternativen Anknüpfung das Insolvenzrecht der *lex causae*. Dieses kommt nur zum Tragen, wenn die *lex fori concursus* die Aufrechnungsmöglichkeit eines Insolvenzgläubigers aus anderen Gründen als einer Insolvenzanfechtung beschränkt. Erst wenn deshalb zu entscheiden ist, ob der Insolvenzgläubiger nach der *lex causae* zur Aufrechnung berechtigt ist, sind sämtliche insolvenzrechtlichen Bestimmungen der *lex causae* zu prüfen, die Einfluss auf die Wirksamkeit oder Unwirksamkeit der Aufrechnung haben. Insoweit führt die Anknüpfung an die *lex causae* zur hypothetischen Prüfung, ob die Aufrechnung – wäre ein Insolvenzverfahren nach der *lex causae* eröffnet worden – nach diesem Insolvenzrecht insolvenzfest ist oder nicht. In diesem Rahmen ist auch zu prüfen, ob die Aufrechnung deshalb insolvenzrechtlich unberechtigt ist, weil die Aufrechnungslage nach der *lex causae* anfechtbar wäre.

[34] (2) Im Streitfall ist – sofern die alternative Anknüpfung des § 338 InsO greift – deutsches Insolvenzrecht als alternatives Aufrechnungsstatut berufen. Die Frage, ob die Bekl. zu 3) nach deutschem Insolvenzrecht zur Aufrechnung berechtigt ist, richtet sich im Falle einer alternativen Anknüpfung gemäß § 338 InsO nach

§§ 94 ff. InsO (vgl. MünchKomm-Kindler aaO § 338 InsO Rz. 3; Uhlenbruck-Lüer aaO § 338 Rz. 10). Damit ist – wie das Berufungsgericht nur im Ergebnis zu Recht annimmt – gemäß § 96 I Nr. 3 InsO auch zu prüfen, ob die Aufrechnungslage anfechtbar wäre. Jedoch hält die Auffassung des Berufungsgerichts, der Anfechtungsanspruch sei verjährt, rechtlicher Überprüfung nicht stand.

[35] (a) Da die Bekl. zu 3) materiell-rechtlich bereits zur Zeit der Eröffnung des Konkursverfahrens zur Aufrechnung berechtigt war, kann der Streit offenbleiben, ob die alternative Anknüpfung des § 338 InsO auch Fälle erfasst, in denen die Aufrechnungslage erst nach Verfahrenseröffnung eintritt (bejahend etwa MünchKomm-InsO-Reinhart aaO § 338 Rz. 10; verneinend etwa HK-InsO-Swierczok aaO § 338 Rz. 7).

[36] (b) Die Auffassung des Berufungsgerichts, eine mögliche Anfechtung der Aufrechnungslage sei nach deutschem Insolvenzrecht verjährt, hält rechtlicher Überprüfung nicht stand. Wie die Revision zutreffend rügt, hat das Berufungsgericht hierzu keine ausreichenden Feststellungen getroffen.

[37] Zwar umfasst die alternative Anknüpfung gemäß § 338 InsO auch verjährungsrechtliche Regeln des Insolvenzrechts, sofern sie zu einer insolvenzfesten Anfechtungslage führen können. Das Berufungsgericht hat jedoch keine ausreichenden Feststellungen getroffen, die einen Verjährungsbeginn gemäß § 146 InsO, §§ 195, 199 BGB noch im Jahr 2012 begründen könnten. Die Darlegungs- und Beweislast für die Kenntnis des Konkursamts trägt die Bekl. zu 3). Anders als das Berufungsgericht meint, reicht für die grob fahrlässige Unkenntnis eines nur nach deutschem Insolvenzrecht bestehenden Anfechtungsanspruchs im Streitfall nicht aus, dass der notariell beurkundete Kaufvertrag in den Unterlagen der Schuldnerin vorhanden war. Die Existenz eines solchen Vertrags allein begründet für einen Insolvenzverwalter keine grob fahrlässige Unkenntnis hins. der Tatsachen, die einen Anfechtungsstatbestand erfüllen, insbesondere nicht hins. der vom Berufungsgericht angenommenen Tatbestandsvoraussetzungen des § 133 I InsO. Entscheidend ist nicht, welche Urkunden in den Unterlagen der Schuldnerin vorhanden sind, sondern ob und unter welchen Umständen diese Unterlagen dem Insolvenzverwalter zur Verfügung stehen. Daher erfordert eine grob fahrlässige Unkenntnis, dass der Insolvenzverwalter einem sich aufdrängenden Verdacht nicht nachgeht oder auf der Hand liegende, Erfolg versprechende Erkenntnismöglichkeiten nicht nutzt oder sich die Kenntnis in zumutbarer Weise ohne nennenswerte Mühen oder Kosten beschaffen könnte (MünchKommInsO-Kirchhof, 3. Aufl., § 146 Rz. 8b). Insoweit ist stets entscheidend, welche tatsächlichen Anforderungen ein Konkurs- oder Insolvenzverfahren im Einzelnen stellt (vgl. BGH, Beschl. vom 15.12.2016 – IX ZR 224/15, WM 2017, 108 Rz. 20 – Göttinger Gruppe). Feststellungen hierzu hat das Berufungsgericht nicht getroffen.

[38] Im Streitfall zeigt das Berufungsgericht hins. der Frage, ob die Aufrechnung nach dem Recht der *lex causae* berechtigt ist, auch nicht auf, dass die Bekl. zu 3) Tatsachen vorgetragen hat, die für das Konkursamt Glarus Anhaltspunkte begründet hätten, die für eine Anfechtbarkeit der Aufrechnungslage nach der *lex causae* erheblichen Tatsachen noch im Jahr 2012 zu ermitteln. Dass der notarielle Kaufvertrag in den Unterlagen der Schuldnerin vorhanden war, ist kein ausreichendes Indiz, zumal das LG ausdrücklich festgestellt hat, dass das Konkursamt Glarus vor Auszahlung des Kaufpreises keine Kenntnis vom Kaufvertrag gehabt hat.

[39] (c) ... [41] c) Ebenso wenig trägt die Hilfsüberlegung des Berufungsgerichts, die Aufrechnung sei deshalb insolvenzfest, weil für die Aufrechnungslage zum Schutz des Anfechtungsgegners jedenfalls gemäß § 339 InsO deutsches Insolvenzanfechtungsrecht maßgebend sei. § 339 InsO greift nur ein, sofern eine Rechtshandlung nach der *lex fori concursus* anfechtbar ist. Nur im Hinblick auf die Anfechtbarkeit eröffnet § 339 InsO eine alternative Anknüpfung zum Schutz des Anfechtungsgegners, wenn dieser beweist, dass die Rechtshandlung nach dem auf sie anwendbaren deutschen Recht in keiner Weise angreifbar sei. Hingegen eröffnet § 339 InsO keinen Raum dafür, einen Gläubiger vor Einschränkungen aus der *lex fori concursus* zu schützen, die auf anderen Gründen als der Anfechtbarkeit der Rechtshandlung beruhen.

[42] aa) Die alternative Anknüpfung in § 339 InsO setzt mithin voraus, dass die Aufrechnungslage nach Schweizer Konkursrecht anfechtbar ist. Nachdem das Berufungsgericht zu dieser Frage keine Feststellungen getroffen hat, ist dies zugunsten der Kl. zu unterstellen. Zwar hat die Kl. in der Instanz geltend gemacht, dass Anfechtungsansprüche nach Schweizer Recht verjährt seien. Da in dieser Hinsicht Feststellungen des Berufungsgerichts fehlen und zudem unklar ist, ob sich dies auch auf die Anfechtung der Verrechnungslage nach Art. 214 SchKG bezieht, kann in der Revisionsinstanz dies nicht zum Nachteil der Kl. festgestellt werden.

[43] bb) Die Begründung des Berufungsgerichts, die alternative Anknüpfung nach § 339 InsO führe dazu, dass ein etwa nach Schweizer Konkursrecht bestehender Anfechtungsanspruch bzgl. der Aufrechnungslage nicht durchgesetzt werden könne, hält rechtlicher Überprüfung nicht stand. Soweit das Berufungsgericht annimmt, dass die Anfechtung ausgeschlossen sei, weil eine Anfechtung der Aufrechnungslage nach deutschem Insolvenzanfechtungsrecht verjährt sei, wird dies der alternativen Anknüpfung des § 339 InsO nicht gerecht. Danach ist eine Anfechtung erst dann ausgeschlossen, wenn der Anfechtungsgegner nachweist, dass für die Rechtshandlung das Recht eines anderen Staats maßgebend und die Rechtshandlung nach diesem Recht in keiner Weise angreifbar ist.

[44] (1) Diese Ausnahme ist zum einen nur auf ausdrückliche Einrede des Anfechtungsgegners zu berücksichtigen (allgemeine Meinung, vgl. HK-InsO-*Swierczok aaO* § 339 Rz. 9; *Schmidt-Brinkmann aaO* § 339 Rz. 4). Darüber hinaus trägt der Anfechtungsgegner in diesem Fall die Darlegungs- und Beweislast, dass die angefochtene Rechtshandlung in keiner Weise angreifbar ist. Dies beschränkt sich nicht nur auf anfechtungsrechtliche Gründe, sondern erstreckt sich auf sämtliche Unwirksamkeits- und Nichtigkeitsgründe (MünchKomm-InsO-*Reinhart aaO* § 339 Rz. 11; HK-InsO-*Swierczok* § 339 Rz. 11). Zudem muss der Anfechtungsgegner die Tatsachen darlegen und beweisen, die dazu führen, dass eine zur Nichtigkeit führende Norm des nationalen Rechts jedenfalls aus tatsächlichen Gründen nicht zum Erfolg führt.

[45] (2) Im Streitfall hält bereits die Annahme des Berufungsgerichts, ein Anfechtungsanspruch sei gemäß § 146 I InsO verjährt, der rechtlichen Überprüfung aus den dargelegten Gründen nicht stand. Die Bkl. zu 3) hat weder Tatsachen dargelegt, die eine grob fahrlässige Unkenntnis von den einen Anfechtungstatbestand begründenden Tatsachen darstellen, noch hat sie für solche Tatsachen Beweis angetreten. Allerdings ist – im Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH zu

Art. 13 EuInsVO (vgl. EuGH, Urt. vom 16.4.2015 – Lutz ./ B. Bäuerle als Verwalterin in dem Insolvenzverfahren über das Vermögen der ECZ Autohandel GmbH, Rs C-557/13, ZInsO 2015, 1052 Rz. 49; BGH, Urt. vom 15.10.2015 – IX ZR 265/12¹, WM 2015, 2199 Rz. 26) – auch die Verjährung des Anfechtungsanspruchs nach der *lex causae* ein tauglicher Einwand, der nach § 339 InsO zu berücksichtigen ist. Für eine unterschiedliche Auslegung des § 339 InsO ist kein Raum, weil der Gesetzgeber § 339 [InsO] in Anlehnung an die Regelungen der EuInsVO ausgestaltet hat (BT-Drucks. 15/16, S. 19; *Schmidt-Brinkmann aaO* § 339 Rz. 1; a.A. MünchKomm-InsO-Reinhart aaO § 339 Rz. 12 m.w.N.).

[46] (3) Unabhängig davon hat die Bekl. zu 3) auch zu weiteren Gründen, die eine Angreifbarkeit der Rechtshandlung nach dem Vortrag der Kl. möglich erscheinen lassen, keinen Beweis angetreten. § 339 InsO enthält zugleich eine von den Beweisregeln des anwendbaren Rechts abweichende besondere Beweisregel. Hinsichtlich dieser Beweislastverteilung handelt es sich um eine Sachnorm, weil § 339 InsO diese Rechtsfolge unabhängig vom anwendbaren Recht unmittelbar selbst anordnet. Danach trifft den Anfechtungsgegner unabhängig von der Beweislastverteilung nach dem anwendbaren Recht stets die Beweislast für alle Tatsachen, welche die Rechtshandlung angreifbar machen könnten (vgl. MünchKomm-InsO-Reinhart aaO § 339 Rz. 15; wohl auch FK-InsO-Wenner-Schuster aaO § 339 Rz. 11; a.A. wohl *Schmidt-Brinkmann aaO* Art. 13 EuInsVO Rz. 24, wonach nur die Existenz der nach der *lex causae* einschlägigen Beweislastregeln und Vermutungen zu beweisen sei; vgl. auch EuGH, Urt. vom 15.10.2015 – Nike European Operations Netherlands B.V. ./ Sportland Oy in Liquidation, C-310/14, ZIP 2015, 2379 Rz. 25 f. zu Art. 13 EuInsVO a.F.). Dies gilt zumindest in Fällen wie im Streitfall, in denen die Wirksamkeit der Aufrechnung deshalb unklar ist, weil zwischen den Parteien Streit darüber besteht, ob die Gegenforderung der K. AG tatsächlich bestand. Für die Einrede aus § 339 InsO trifft bei einem solchen Streit die Beweislast für die Existenz der Forderung den Insolvenzgläubiger ...

[48] 2. Deliktische Ansprüche lassen sich auf der Grundlage des vom Berufungsgericht für anwendbar gehaltenen deutschen Rechts ebenfalls nicht ausschließen.

[49] a) Die Ausführungen des Berufungsgerichts zu einem Anspruch aus § 826 BGB halten in einem entscheidenden Punkt rechtlicher Überprüfung nicht stand.

[50] aa) Zu Recht hat das Berufungsgericht angenommen, dass Ansprüche aus § 826 BGB in den Fällen, in denen die Tatbestandsvoraussetzungen eines Anfechtungsgrundes insbes. nach § 133 I InsO verwirklicht sind, nach ständiger Rechtsprechung nur dann gegeben sind, wenn der Fall besondere Umstände aufweist, die über die Erfüllung der Tatbestandsvoraussetzungen des § 133 I InsO hinausgehen (BGH, Urt. vom 4.7.2000 – VI ZR 192/99, WM 2000, 1855, 1856; BGH Urt. vom 23.4.2002 – XI ZR 136/01², WM 2002, 1186, 1189 unter II.4.b.aa.; BGH Urt. vom 7.4.2005 – IX ZR 258/01, WM 2005, 1037, 1038 unter II.2.a.bb., je m.w.N.). Dies stellt die Revision auch nicht in Frage.

[51] Insoweit kommt es nicht darauf an, ob der Anwendungsbereich des deutschen Insolvenzanfechtungsrechts eröffnet ist. Auch in den Fällen, in denen gemäß §§ 335, 339 InsO ausländisches Insolvenzanfechtungsrecht anwendbar ist, kommt es für eine Haftung gemäß § 826 BGB darauf an, ob der beanstandete Vorgang über

¹ IPRspr. 2015 Nr. 294.

² IPRspr. 2002 Nr. 3.

einen bloßen Anfechtungstatbestand i.S.d. §§ 130 ff. InsO hinaus noch besondere Umstände aufweist, die den Vorwurf der Sittenwidrigkeit im Sinn von § 826 BGB rechtfertigen. Insoweit ist die Reichweite von Ansprüchen aus § 826 BGB in allen Fällen begrenzt, in denen nur die Tatbestandsvoraussetzungen eines Anfechtungsgrundes erfüllt sind. Sie setzt hingegen nicht voraus, dass im Einzelfall tatsächlich ein Anfechtungsanspruch durchsetzbar ist. Es handelt sich vielmehr um eine Abgrenzung verschiedener Tatbestände im Wege der Gesetzeskonkurrenz. Andernfalls würde die vom deutschen Gesetzgeber durch das Anfechtungsrecht geschaffene besondere Wertentscheidung umgangen. Es geht dabei um eine Frage der Auslegung der tatbestandlichen Voraussetzungen des § 826 BGB. Nur wenn eine Rechtshandlung von vornherein keiner Anfechtung unterliegen kann, ist bei der Auslegung des § 826 BGB die vorrangige Wertung der Anfechtungsvorschriften unerheblich (BGH, Urt. vom 4.3.1993 – IX ZR 151/92, ZIP 1993, 602, 603 unter II.2.b).

[52] Dies gilt auch in Fällen, in denen Anfechtungsvorschriften nur nach Maßgabe eines ausländischen Rechts in Betracht kommen. Soweit deutsches Deliktsrecht erst aufgrund Kollisionsrecht zur Anwendung kommt, gilt nichts anderes (BGH, Urt. vom 30.4.1992 – IX ZR 233/90³, BGHZ 118, 151, 169 f unter 7.). Dabei ist unerheblich, unter welchen Voraussetzungen das ausländische Recht neben einer Anfechtung eine weitere Haftung ermöglicht. Deshalb kommt es nicht darauf an, ob – wie die Revision geltend macht – nach Schweizer Recht Ansprüche aus allgemeinem Deliktsrecht uneingeschränkt neben Anfechtungsansprüchen geltend gemacht werden können. Bei § 826 BGB handelt es sich um eine Sachnorm des deutschen Rechts, deren Auslegung sich nach dem Inhalt des deutschen Rechts richtet. Diese Auslegung des § 826 BGB hängt nicht davon ab, nach welchem Recht Anfechtungsmöglichkeiten bestehen. Insbesondere hängt sie nicht davon ab, welche Reichweite das ausländische Sachrecht den Anfechtungsvorschriften zumisst.

[53] Dies verdeutlichen die Regelungen über eine Gläubigeranfechtung. Gemäß § 19 AnFG ist bei Sachverhalten mit Auslandsberührung für die Anfechtbarkeit einer Rechtshandlung das Recht maßgeblich, dem die Wirkungen der Rechtshandlung unterliegen. Soweit – wie im Streitfall – auf den Kaufvertrag deutsches Recht anzuwenden ist, richtet sich mithin auch die Gläubigeranfechtung nach deutschem Recht. Dies führt dazu, dass außerhalb einer Insolvenz ein Anspruch der Kl. aus § 826 BGB nur begründet ist, wenn über die Anfechtungsmerkmale hinaus besondere Umstände vorliegen, welche die Sittenwidrigkeit begründen. Fehlt es an solchen Umständen, kann allein die Tatsache, dass nunmehr ein ausländisches Insolvenzverfahren eröffnet wird, nicht dazu führen, dass die deliktischen Ansprüche durch diesen Umstand erweitert werden ...

II. ... III. [69] Schließlich hält auch die Abweisung der Klage hins. der Ansprüche gegen die Bekl. zu 1) rechtlicher Überprüfung in einem Punkt nicht stand.

[70] 1. Vertragliche Ansprüche der Schuldnerin gegen die Bekl. zu 1) bestehen nicht. Insoweit ist deutsches Recht maßgebend (Art. 4 I lit. b Rom-I-VO). Die Annahme des Berufungsgerichts, es liege nur ein beschränktes Mandat vor, greift die Revision nicht an. Soweit die Revision meint, die Bekl. zu 1) habe die Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin erkannt und dies begründe auch bei einem beschränkten Mandat eine Hinweis- oder Warnpflicht, handelt es sich um einen anderen Streitge-

³ IPRspr. 1992 Nr. 265.

genstand als die deliktische Haftung im Rahmen der Vermögensverschiebung. Ein solcher Anspruch wegen der Verletzung einer – unabhängig vom Kaufvertrag – bestehenden Hinweis- oder Warnpflicht war nicht Streitgegenstand in der Berufungsinstanz. Die Revision zeigt schon keinen entsprechenden Tatsachenvortrag der Kl. in der Instanz auf. Der Kl. ist es verwehrt, in der Revisionsinstanz einen neuen Streitgegenstand einzuführen.

[71] 2. ... D. I. ... II. [73] Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

[74] 1. Hinsichtlich der Übertragung der Ansprüche der Schuldnerin wird das Berufungsgericht zu prüfen haben, ob diese nach Schweizer Recht wirksam ist und auch Anfechtungsansprüche umfasst. Da die Kl. keine eigenen Ansprüche sondern ausdrücklich nur Ansprüche aus abgetretenem Recht der Schuldnerin verfolgt, kann die Klage bzgl. deliktischer Ansprüche zudem nur Erfolg haben, soweit der Schuldnerin im schweizerischen Konkursverfahren selbst deliktische Ansprüche zustehen. Insoweit wird ggf. zu klären sein, ob die behauptete vorsätzliche sittenwidrige Schädigung die Schuldnerin oder die Gesamtheit der Insolvenzgläubiger durch Verkürzung der zu ihrer gemeinschaftlichen Befriedigung dienenden Insolvenzmasse getroffen hat (vgl. BGH, Urt. vom 28.1.1986 – VI ZR 201/84, ZIP 1986, 378, 380).

[75] a) ... [76] b) Andererseits kommt nach dem Sachvortrag der Kl. in Betracht, dass die behauptete vorsätzliche sittenwidrige Schädigung zu einem Gesamtschaden geführt hat.

[77] aa) Insoweit liegt der Schaden darin, dass die den Gläubigern zur Verfügung stehende Haftungsmasse durch ein schädigendes Verhalten verkürzt worden ist. Ein Gesamtschaden bezieht sich auf einen solchen Schaden, den der einzelne Gläubiger ausschließlich aufgrund seiner Gläubigerstellung und damit als Teil der Gesamtheit der Gläubiger erlitten hat (BGH, Beschl. vom 14.7.2011 – IX ZR 210/10, WM 2011, 1483 Rz. 9). Voraussetzung ist dafür aber immer, dass eine echte Masseverkürzung vorliegt. Das, was vom Schädiger wieder zur Masse gezogen werden soll, hätte ohne das schädigende Verhalten zur gemeinschaftlichen Befriedigung der Gesamtheit der Insolvenzgläubiger zur Verfügung stehen müssen (BGH, Urt. vom 28.1.1986 – VI ZR 201/84, ZIP 1986, 378, 380).

[78] bb) Hierbei handelt es sich nach deutschem Deliktsrecht materiell-rechtlich um einen Anspruch des jeweiligen Gläubigers. Ein Schadensersatzanspruch, der daraus folgt, dass ein über die bloße Tatbestandserfüllung der Anfechtungsvorschriften hinausgehendes Verhalten vorliegt, steht regelmäßig allein dem einzelnen geschädigten (Dritt-)Gläubiger zu (MünchKomm-InsO-Kirchhof aaO Vor §§ 129 Rz. 92). Jedoch können sittenwidrige Schädigungen infolge von Vermögensverschiebungen in Kenntnis der Insolvenz unter § 92 InsO fallen (vgl. Kübler-Prütting-Bork-Lüke, InsO, 2012, § 92 Rz. 14). Die Frage, ob ein solcher Gesamtschaden im Insolvenzfall vom Insolvenzverwalter geltend gemacht werden kann oder von vornherein in die Insolvenzmasse fällt, unterliegt dem Insolvenzstatut. Hierauf ist gemäß § 335 InsO die lex fori concursus anzuwenden.

[79] Mithin kommt es darauf an, ob ein etwaiger Gesamtschaden durch die Vermögensverschiebung nach dem maßgeblichen Insolvenzstatut vom Schweizer Konkursverwalter geltend gemacht werden kann und die Kl. ebenfalls berechtigt ist, diesen Gesamtschaden geltend zu machen. Vortrag zur Frage, ob nach Schweizer Konkursrecht ein solcher Gesamtschaden stets in die Insolvenzmasse fällt oder ein

§ 92 InsO entsprechendes Einziehungsrecht des Konkursverwalters besteht, zeigen die Parteien nicht auf. Hierzu wird das Berufungsgericht den Parteien Gelegenheit zur Stellungnahme bieten müssen, nachdem diese Frage bislang übersehen worden ist.

[80] c) ... [81] 2. Das Berufungsgericht wird weiter ggf. seine Annahme zu überprüfen haben, welchem Recht die geltend gemachten Schadensersatzansprüche unterliegen.

[82] a) Die Rom-II-Verordnung ist – soweit ihr Anwendungsbereich eröffnet ist – im Streitfall anwendbar, weil die schadensbegründenden Ereignisse im Januar 2012 und damit nach Inkrafttreten der Rom-II-Verordnung eingetreten sind (Art. 31 Rom-II-VO). Eine Anknüpfung gemäß Art. 4 II Rom-II-VO scheidet aus, weil kein gemeinsames Aufenthaltsrecht besteht. Kl. und Schuldnerin haben ihren Sitz in der Schweiz (Art. 23 I Rom-II-VO); die Bkl. haben ihren Aufenthaltsort bzw. ihren Sitz in Deutschland. Daher richtet sich das anwendbare Recht gemäß Art. 4 I Rom-II-VO nach der *lex loci delicti commissi*, dem Recht am Ort des Schadenseintritts.

[83] Gemäß Art. 4 I Rom-II-VO ist auf ein außervertragliches Schuldverhältnis aus unerlaubter Handlung das Recht des Staats anzuwenden, in dem der Schaden eintritt, unabhängig davon, in welchem Staat das schadensbegründende Ereignis oder indirekte Schadensfolgen eingetreten sind. Dabei sind sowohl der Begriff des Schadens als auch das für den Schaden relevante Rechtsgut oder Interesse autonom auszulegen. Es handelt sich um eine Anknüpfung allein an den Erfolgsort, also den Ort, an dem der erste Verletzungserfolg im Hinblick auf den Geschädigten eingetreten ist (MünchKomm-Junker, 7. Aufl., Art. 4 Rom-II-VO Rz. 20; Rauscher-Unberath-Cziupka, Europ. Zivilprozess- und Kollisionsrecht, 4. Aufl., Art. 4 Rom-II-VO Rz. 35).

[84] b) Die Kl. verfolgt nach ihren Behauptungen Vermögensschäden. Für die Anknüpfung kommt es nur auf den von der Kl. behaupteten Schadenserfolg an. Im Streitfall sind daher die Besonderheiten zu beachten, welche sich aus der Bestimmung des Erfolgsorts bei Vermögensschäden ergeben (vgl. Palandt-Thorn, BGB, 77. Aufl., Art. 4 Rom-II-VO Rz. 9; MünchKomm-Junker, aaO Rz. 21). Insoweit wird das Berufungsgericht zu erwägen haben, ob der Schadenserfolg bei einem Vermögensschaden aufgrund eines kollusiven Verkaufs von in Deutschland belegenen Grundstücken unter Wert im Rahmen einer Firmenbestattung als in Deutschland belegen angesehen werden kann und ob eine behauptete Verkürzung des Gläubigerzugriffs durch Veräußerung der Grundstücke zu ungünstigen Konditionen und ohne ausreichende Gegenleistung andere Anknüpfungen erfordert.“

331. *Die Anfechtbarkeit von Rechtshandlungen bei Verträgen, die ein dingliches Recht an einem unbeweglichen Gegenstand oder ein Recht zur Nutzung eines unbeweglichen Gegenstands betreffen, ist Gegenstand des allgemeinen Insolvenzstatuts und unterliegt daher der lex fori concursus.*

Das besondere Insolvenzstatut für Verträge über einen unbeweglichen Gegenstand betrifft das Schicksal der weiteren Durchführung des Vertrags aufgrund von insolvenzrechtlichen Bestimmungen und die Frage, ob Lösungsmöglichkeiten aufgrund insolvenzrechtlicher Bestimmungen bestehen.

Ob ein Vertrag wegen eines Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig ist, richtet sich nach dem Recht, das auf den Vertrag anzuwenden wäre, wenn der Vertrag wirksam wäre.