

**Susen Bielesch**

Problemschwerpunkte des Internationalen Insolvenzrechts unter besonderer Berücksichtigung der Durchsetzung eines transnationalen Eigentumsvorbehalts in der Insolvenz des Käufers

**Heft 121**

**Juli 2012**

**Problemschwerpunkte des Internationalen  
Insolvenzrechts unter besonderer Berücksichtigung  
der Durchsetzung eines transnationalen  
Eigentumsvorbehalts in der Insolvenz des Käufers**

Von

Susen Bielesch

Institut für Wirtschaftsrecht  
Forschungsstelle für Transnationales Wirtschaftsrecht  
Juristische und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät  
der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg

*Susen Bielesch, LL.M.oec, ist Promotionsstudentin an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg.*

Christian Tietje/Gerhard Kraft/Matthias Lehmann (Hrsg.), Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 121

Bibliografische Information der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet unter <http://www.dnb.ddb.de> abrufbar.

ISSN 1612-1368 (print)

ISSN 1868-1778 (elektr.)

ISBN 978-3-86829-500-9 (print)

ISBN 978-3-86829-501-6 (elektr.)

Schutzgebühr Euro 5

Die Hefte der Schriftenreihe „Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht“ finden sich zum Download auf der Website des Instituts bzw. der Forschungsstelle für Transnationales Wirtschaftsrecht unter den Adressen:

<http://institut.wirtschaftsrecht.uni-halle.de/de/node/23>

<http://telc.jura.uni-halle.de/de/node/23>

Institut für Wirtschaftsrecht  
Forschungsstelle für Transnationales Wirtschaftsrecht  
Juristische und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät  
Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg  
Universitätsplatz 5  
D-06099 Halle (Saale)  
Tel.: 0345-55-23149 / -55-23180  
Fax: 0345-55-27201  
E-Mail: [ecohal@jura.uni-halle.de](mailto:ecohal@jura.uni-halle.de)

## INHALTSVERZEICHNIS

A. Einleitung .....	7
B. Das Internationale Insolvenzrecht.....	7
I. Europäischer Rahmen .....	8
II. Globaler Rahmen .....	9
III. Verhältnisstellung.....	10
IV. Die wesentlichen Grundsätze .....	10
1. Grundsatz der par conditio creditorum (Gleichbehandlung aller Gläubiger) .....	10
2. Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens .....	12
3. Universalitätsprinzip .....	12
4. Territorialprinzip.....	13
5. Anerkennung von Auslandsinsolvenzen .....	14
6. Prioritätsprinzip .....	14
7. Kooperations- und Koordinationssystem zwischen Haupt- und Sekundärinsolvenzverfahren und Verwaltern .....	15
C. Ausgewählte Problemschwerpunkte des Internationalen Insolvenzrechts .....	15
I. Bestimmung der internationalen Zuständigkeit nach dem COMI im Rahmen der EuInsVO .....	15
1. Gesellschaften und juristische Personen .....	15
a) Erfordernis einer einheitlichen Auslegung .....	15
b) Auslegung des COMI im Speziellen .....	17
(1) Die Mind-of-Management-Theorie .....	17
(2) Die Business-Activity-Theorie.....	18
(3) Die Eurofood-Entscheidung als Wendepunkt .....	19
c) Lösungsmöglichkeiten .....	21
2. Natürliche Personen.....	22
II. „Forum Shopping“ .....	24
1. Begrifflichkeit.....	24
2. Bedeutung des forum shoppings .....	24
3. Forum shopping des Insolvenzschuldners .....	25
4. Die Möglichkeiten des forum shoppings .....	26
5. Lösungsmöglichkeiten.....	27
III. Regelung von Konzerninsolvenzen .....	30
1. Derzeitige Rechtslage .....	30
2. Änderungsmöglichkeiten .....	30
IV. Behandlung von Annexverfahren (vis attractiva concursus) .....	32
V. Weitere Problemschwerpunkte.....	35

D. Der transnationale Eigentumsvorbehalt in der Insolvenz des Käufers.....	35
I. Der Begriff des Eigentumsvorbehalts.....	35
II. Nach der EuInsVO .....	36
1. Art. 7 I EuInsVO .....	36
a) Verortung in Art. 7 EuInsVO .....	36
b) Form des Eigentumsvorbehalts .....	38
c) Voraussetzungen .....	41
(1) Vorfrage der Entstehung .....	41
(2) Eröffnung eines Insolvenzverfahrens .....	42
(3) Örtlicher Rahmen .....	42
(4) Zeitlicher Rahmen.....	42
d) Rechtsfolge.....	43
(1) „Unberührtheit“ des Eigentumsvorbehalts .....	43
(2) Tragweite der Unberührtheit .....	45
(a) Die lex rei sitae .....	45
(b) Die Aussonderung.....	46
(c) Im Verlauf des Insolvenzverfahrens.....	48
(d) Der Klagegegner.....	48
(3) Einwirkung des dahinterstehenden Kaufvertrages auf den Eigentumsvorbehalt.....	49
(a) Die Regelungen der EuInsVO .....	49
(b) Die Aussonderung des Vorbehaltsgutes nach deutschem Recht.....	50
(c) Die Regelung nach §§ 107 II, 103 InsO .....	52
(d) Die Wirkungen dieser Regelungen .....	53
(e) Wertung und Lösung.....	54
(f) Bedenken .....	57
(g) Weitere Ansprüche aus dem Eigentumsvorbehalt.....	58
e) Die gerichtliche Durchsetzung .....	58
f) Die Einwirkungsmöglichkeit des forum shopping .....	59
2. Weitere Konstellationen.....	60
a) Belegenheit der Sache im Eröffnungsstaat .....	61
b) Belegenheit in einem anderen Mitgliedstaat, wobei dort ein Partikular- oder Sekundärinsolvenzverfahren eröffnet wird.....	61
(1) Im Allgemeinen .....	61
(2) Rechtsfolge .....	62
(3) Im Speziellen .....	63
c) Belegenheit der Sache im Drittstaat.....	65
d) Belegenheit der Sache bei Verfahrenseröffnung im Eröffnungsstaat, unter späterer Verbringung in einen Mitglied- oder Drittstaat.....	65
e) Belegenheit der Sache bei Verfahrenseröffnung in einem Mitgliedstaat, unter späterer Verbringung in den Eröffnungsstaat .....	65
f) Belegenheit der Sache bei Verfahrenseröffnung in einem Mitgliedstaat, unter späterer Verbringung in einen Drittstaat .....	66

g) Belegenheit der Sache bei Verfahrenseröffnung in einem Drittstaat, unter späterer Verbringung in den Eröffnungsstaat bzw. Mitglied- staat.....	66
h) Verbringung der Sache nach Antragsstellung, aber noch vor Verfahrenseröffnung aus dem Eröffnungsstaat .....	66
3. Im Vergleich Art. 7 II EuInsVO .....	66
4. Die Wirkungen des Art. 7 III EuInsVO .....	67
III. Nach autonomem deutschen internationalen Insolvenzrecht.....	68
E. Resümee.....	68
Schrifttum .....	70



## A. Einleitung

Aufgrund der fortschreitenden Globalisierung im Rahmen der zunehmenden Verflechtungen von Wirtschaftstätigkeiten auf internationaler Ebene werden uns Vorteile in verschiedenster Hinsicht zu Teil; man denke nur an die Einflüsse anderer Nationen, Ideen und Produkte oder die positiven Effekte für den Arbeitsmarkt. Jedoch hat jede Medaille auch eine zweite Seite. So kann jede wirtschaftliche Tätigkeit auch zum Misserfolg führen. Daher bringt die Globalisierung ebenso Krisen und damit auch Insolvenzen *im internationalen Rahmen* zwingend mit sich. Grenzüberschreitende Insolvenzverfahren sind damit bereits seit geraumer Zeit gegenwärtig und werden zukünftig noch präsenter. Bei Auflösung und Regelung dieser Insolvenzen ergeben sich jedoch vielschichtige Probleme, die ihren Ursprung in dem Aufeinandertreffen verschiedener Rechtsordnungen haben, deren materielles Recht sehr unterschiedlich ausgeprägt ist.<sup>1</sup> Ohne eine diesbezügliche Lösung im Rahmen einer Koordinierung auf europäischer und internationaler Ebene würde ein Konkurrenzkampf zum letztendlichen Nachteil der Gläubiger entstehen. Gerecht werden kann dieser Aufgabe daher nur ein effizientes und wirksames internationales Insolvenzrecht, das die größtmögliche und vor allem gleichmäßige Befriedigung aller Gläubiger eines Schuldners zum Ziel hat. Mögliche, wenn auch nicht gleich geeignete, Regelungswege sind dabei in weitreichend bedachten Kollisionsnormen in den einzelnen nationalen Insolvenzordnungen, in interessengerechten Übereinkommen oder auf supranationaler Ebene (EU) zu sehen.

Im Mittelpunkt dieser Untersuchung soll daher sein, welche Probleme des Internationalen Insolvenzrechts bestehen, auf welche Weise sie die Zielverwirklichung internationaler Regelungen beeinträchtigen und ob Lösungsansätze denkbar sind, die zu einer zufriedenstellenden Regelung für alle Beteiligten führen.

## B. Das Internationale Insolvenzrecht

Den Gegenstand des Internationalen Insolvenzrechts stellen Insolvenzverfahren dar, die einen grenzüberschreitenden Bezug aufweisen. Zu unterscheiden sind hierbei Verfahren auf zwei Ebenen: zum einen auf der europäischen bzw. unionsrechtlichen und zum anderen auf der weltweiten Ebene. Insolvenzverfahren auf rein nationaler Ebene sind nach den jeweiligen nationalen Rechtsordnungen zu lösen und unterfallen nicht der Anwendung des Internationalen Insolvenzrechts.

<sup>1</sup> Darin sieht auch die *Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates vom 29. Mai 2000 über Insolvenzverfahren (EuInsVO)* im Erwägungsgrund 11 ein Problem.



## I. Europäischer Rahmen

Innerhalb der EU (mit Ausnahme Dänemarks)<sup>2</sup> kommt die EuInsVO<sup>3</sup>, welche am 31. Mai 2002 in Kraft getreten ist, zur Anwendung. Der Weg bis zu einer solch einheitlichen und gem. Art. 288 II AEUV in jedem Mitgliedstaat unmittelbar geltenden Verordnung dauerte hindernisreiche 41 Jahre. Er begann 1959 mit der an die Mitgliedstaaten gerichteten Aufforderung der Kommission der EWG unter Bezugnahme auf Art. 220 4. Spiegelstrich EWGV<sup>4</sup> diesbezügliche Verhandlungen aufzunehmen.<sup>5</sup> Das EuGVÜ<sup>6</sup> sollte dabei ursprünglich das Konkursverfahren mitregeln, was jedoch wegen der besonders schwierigen Problematik und zur Vermeidung unnötiger Verzögerungen der Arbeit am EuGVÜ 1963 aufgegeben und die Aufgabe der Ausarbeitung eines Konkursübereinkommens einem gesonderten Ausschuss übertragen wurde.<sup>7</sup> 1970 mündete dies in einem ersten Entwurf, der nach vielen Überarbeitungen 1995 zu einem gescheiterten Europäischen Insolvenzübereinkommen (EuInsÜ) und 2000 schließlich zur EuInsVO führte.<sup>8</sup> Die EuInsVO entspricht dabei dem EuInsÜ nahezu wortlautgetreu.

Der Anwendungsbereich der EuInsVO ist für die Verfahren eröffnet, welche die folgenden Qualifizierungspunkte erfüllen: in sachlicher Hinsicht muss es sich um ein Gesamtverfahren im Sinne des Art. 1 I EuInsVO (Anhang A und B) handeln, wobei sich, aus räumlicher Sicht, der Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen des Schuldners gem. Art. 3 I, II und Erwägungsgrund 14 EuInsVO innerhalb der EU befinden muss. Im Rahmen der zeitlichen Perspektive muss der Eröffnungsbeschluss für das Insolvenzverfahren gem. Art. 43 S. 1 EuInsVO nach dem Inkrafttreten am 31.

<sup>2</sup> Die EuInsVO gilt gem. Art. 1, 2 des Protokolls (Nr. 5) über die Position Dänemarks zum Vertrag über die Europäische Union und zum Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft im Sinne des Art. 69 EGV nicht für Dänemark. Auch hat Dänemark von der Möglichkeit der Umwandlung des Protokolls (Nr. 22) über die Position Dänemarks zum Vertrag über die Europäische Union und zum Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (gem. Art. 8 des Protokolls Nr. 22 und dessen Anhang) und der sich dadurch ergebenden „opt-in“-Möglichkeit noch keinen Gebrauch gemacht.

<sup>3</sup> Europäische Insolvenzverordnung: Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates vom 29. Mai 2000 über Insolvenzverfahren.

<sup>4</sup> Art. 220 4. Spiegelstrich EWGV (Art. 293 4. Spiegelstrich EGV durch die AEUV ersatzlos gestrichen): „Soweit erforderlich, leiten die Mitgliedstaaten untereinander Verhandlungen ein, um zugunsten ihrer Staatsangehörigen folgendes sicherzustellen: [...] die Vereinfachung der Förmlichkeiten für die gegenseitige Anerkennung und Vollstreckung richterlicher Entscheidungen und Schiedssprüche.“

<sup>5</sup> *Duursma*, in: Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky, EuInsVO-Kommentar, Geschichte der EuInsVO, Rn. 2 f.

<sup>6</sup> Das Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (EuGVÜ) wurde seit dem 1. März 2002 weitgehend durch die EuGVVO, welche gem. Art. 1 II b) Konkurse, Vergleiche und ähnliche Verfahren auch von seinem Anwendungsbereich ausnimmt, ersetzt.

<sup>7</sup> *Pannen/Riedemann*, in: Pannen, EuInsVO-Kommentar, EuInsVO Einleitung, Rn. 3; *Wenner/Schuster*, in: Wimmer (Hrsg.), FK-InsO-Kommentar, Anhang I, Vorbemerkungen EuInsVO, Rn. 6.

<sup>8</sup> *Duursma*, in: Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky, EuInsVO-Kommentar, Geschichte der EuInsVO, Rn. 4, 6 ff.; *Pannen/Riedemann*, in: Pannen, EuInsVO-Kommentar, EuInsVO Einleitung, Rn. 4 ff.

Mai 2002 wirksam geworden sein und in persönlicher Hinsicht kann laut Erwägungsgrund 9 EuInsVO jede natürliche oder juristische Person, egal ob sie als Kaufmann tätig oder Privatperson ist, als Schuldner im Insolvenzverfahren auftreten. Dabei ist zu beachten, dass die EuInsVO Ausnahmen in Bezug auf den persönlichen Anwendungsbereich nur in Art. 1 II regelt und gem. Art. 4 II lit. a) EuInsVO die nähere Bestimmung der Insolvenzfähigkeit dem Recht des Staates der Verfahrenseröffnung überlässt.

## II. Globaler Rahmen

Im Verhältnis zu Drittstaaten (d.h. Nichtmitgliedstaaten der EU und Dänemark) ist die Einrichtung eines für alle einheitlichen Regelungswerkes um einiges schwieriger, was dazu führt, dass eine Existenz global geltender Regelungen in nicht greifbare Ferne rückt. Im globalen Rahmen greift daher das internationale Insolvenzrecht des jeweiligen Staates ein. Bereits aus der dadurch erwachsenden Uneinheitlichkeit ergeben sich jedoch erhebliche Probleme. Hinzu kommen weitere Problemschwerpunkte, die sich aus den Regelungen der einzelnen Staaten selbst ergeben.

In Deutschland enthielt einzig Art. 102 EGIInsO a.F. eine sehr lückenhafte, unzureichende und damit der Rechtssicherheit abträgliche Regelung, die jedoch nur eine Übergangslösung bis zur Fertigstellung des EuInsÜ darstellen und erst dann durch eine Neuregelung des deutschen internationalen Insolvenzrechts in Form einer wesentlichen Übertragung der Vorschriften dieses Übereinkommens ersetzt werden sollte.<sup>9</sup> Während sich viele Staaten, wie z.B. Polen, USA oder Great Britain, das 1997 geschaffene UNCITRAL-Modellgesetz<sup>10</sup> zur Grundlage für die Erstellung oder Erneuerung ihres jeweiligen autonomen internationalen Insolvenzrechts nahmen und so eine weitgehende Vereinheitlichung erreicht wurde, ist Deutschland hiermit einen anderen Weg gegangen und hat sich diese Modellbestimmungen nicht als Vorlage genommen.<sup>11</sup> Nach dem schließlichen Scheitern des EuInsÜ wäre jedoch eine getreue Anwendung der EuInsVO auch gegenüber Drittstaaten nicht sachgerecht gewesen.<sup>12</sup> Problematisch war hierbei vor allem, dass die Verordnung wesentlich vom Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens in die Rechtsstaatlichkeit und Funktionsfähigkeit der Justiz der anderen Mitgliedstaaten ausgeht (siehe Erwägungsgrund 22 EuInsVO) und

<sup>9</sup> BT-Drucks. 12/7303, 117; *Gottwald*, Grenzüberschreitende Insolvenzen, 13; *Westpfahl/Goetker/Wilkens*, Grenzüberschreitende Insolvenzen, Rn. 13; *Rösler-Hecht*, Eigentumsvorbehalt in der Insolvenz, 272; *Smid*, Deutsches und Europäisches Internationales Insolvenzrecht, Teil 3: Insolvenzordnung: Elfter Teil Internationales Insolvenzrecht (§§ 335-358 InsO), Vorbemerkung, Rn. 1 f., 4.

<sup>10</sup> Aufgrund der Schwierigkeiten bei der Findung eines Konsenses zwischen den verschiedenen Rechtsordnungen weltweit, wurde an Stelle einer einheitlichen Konvention auf Modellbestimmungen zurückgegriffen, die als Vorlage für die Umsetzung in das jeweilige autonome internationale Insolvenzrecht unter der Möglichkeit der Berücksichtigung der Besonderheiten des jeweiligen nationalen Rechts dienen sollten: *Pannen/Riedemann*, in: Pannen, EuInsVO-Kommentar, EuInsVO Einleitung, Rn. 18, 21.

<sup>11</sup> *Westpfahl/Goetker/Wilkens*, Grenzüberschreitende Insolvenzen, Rn. 10, 1474; *Rösler-Hecht*, Eigentumsvorbehalt in der Insolvenz, 271.

<sup>12</sup> BT-Drucks. 15/16, 13.

mit der EuInsVO ein **einheitliches** internationales Insolvenzrecht zwischen den Mitgliedstaaten gilt.<sup>13</sup> Ein allumfassender Verweis auf die EuInsVO, die für einen eng verflochtenen Wirtschaftsraum mit transparentem Rechtssystem (EU) verfasst ist, hätte bei globaler Anwendung daher zu erheblichen Problemen geführt.<sup>14</sup> Somit waren Anpassungen an den weltweiten Wirtschaftsraum erforderlich. Die Regelungen zum autonomen deutschen internationalen Insolvenzrecht finden sich seit Inkrafttreten des Gesetzes zur Neuregelung des Internationalen Insolvenzrechts am 20. März 2003 in den §§ 335-358 InsO.

### III. Verhältnisstellung

Die EuInsVO genießt in grenzüberschreitenden Insolvenzverfahren innerhalb der EU Anwendungsvorrang vor dem autonomen deutschen internationalen Insolvenzrecht. Letzteres kommt jedoch dann zur Anwendung, wenn Verordnung oder Durchführungsbestimmung des Art. 102 EGIInsO die betreffende Frage nicht regeln<sup>15</sup>, der persönliche oder zeitliche<sup>16</sup> Anwendungsbereich nicht eröffnet ist und wenn ein grenzüberschreitendes Insolvenzverfahren mit Drittstaatenbezug vorliegt, d.h. der räumliche Anwendungsbereich nicht eröffnet ist.

Von Interesse für den unionsrechtlichen Bezug des Internationalen Insolvenzrecht ist vorwiegend das europäische Insolvenzrecht und damit die EuInsVO, worauf sich diese Arbeit auch konzentrieren soll. Nur zum Vergleich ist das autonome deutsche internationale Insolvenzrecht kurz und überblicksartig heranzuziehen.

### IV. Die wesentlichen Grundsätze

#### 1. Grundsatz der *par conditio creditorum* (Gleichbehandlung aller Gläubiger)

Der Grundsatz der *par conditio creditorum* ist dem Insolvenzrecht geradezu immanent und damit von ganz wesentlicher Bedeutung. Er bildet daher die Grundlage für die weiteren Prinzipien und die Normen des Insolvenzrechts; explizit wird ihm durch Art. 20 I und vor allem II und dem Erwägungsgrund 21 EuInsVO sowie durch § 342 II 2 InsO Ausdruck verliehen. Auf diesem Grundsatz beruht auch das Universalitätsprinzip.<sup>17</sup>

Der Grundsatz der Gleichbehandlung weist dabei verschiedene Ausprägungen auf: zum einen die „Chancengleichheit“, die durch Sicherung und Erhaltung der Insolvenzmasse keinem der Gläubiger nach Verfahrenseröffnung einen Vorteil gewährt und z.B. durch den Insolvenzbeschluss oder das Einzelzwangsvollstreckungsverbot zum Ausdruck kommt; zum anderen die „materielle Gläubigergleichbehandlung“ bzw.

<sup>13</sup> BT-Drucks. 15/16, 13.

<sup>14</sup> BT-Drucks. 15/16, 13 f.

<sup>15</sup> Siehe auch: BT-Drucks. 15/16, 12 f.

<sup>16</sup> Für Verfahren, die vor dem Inkrafttreten der EuInsVO am 31. Mai 2002 eröffnet worden sind, gilt weiterhin Art. 102 EGIInsO a.F. (siehe auch Art. 43 S. 2 EuInsVO).

<sup>17</sup> BGHZ 95, 256 (264).

Verteilungsgerechtigkeit, bei der es um die gleichmäßige Gläubigerbefriedigung unter Beachtung von Vorrechten geht und zusätzlich kommt im internationalen Rahmen die Gleichbehandlung der Gläubiger der verschiedenen Staaten als weitere Ausprägung dieses Grundsatzes hinzu.<sup>18</sup> Während der letzte Punkt in einer globalisierten Welt keinen Streitgegenstand mehr darstellen sollte und die erste Ausprägung von allen nationalen Rechten weitestmöglich gewährleistet wird, stellt die zweite Ausprägung im internationalen Rahmen ein Problem dar.<sup>19</sup> Aufgrund der Unterschiede der nationalen Rechtsordnungen kann und soll die Gleichbehandlung aller keine absolute, sondern nur eine relative Gleichbehandlung im Sinne einer Gleichstellung entsprechend der jeweiligen Rechte sein. Die Schwierigkeit bei der Beachtung dieser Ausprägung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ist daher die unterschiedliche rechtliche Lage, in der sich die Gläubiger nach ihrer Rechtsordnung befinden, zu berücksichtigen und dabei keinen Gläubiger entgegen seiner Stellung unangemessen zu bevorzugen oder zu benachteiligen.

Dennoch wird die *par conditio creditorum* nicht vollständig umgesetzt, und es bleibt eine unbillige Ungleichbehandlung erhalten. So sei vor allem die Anknüpfung an das Vorhandensein einer Niederlassung für die Eröffnung eines Partikularinsolvenzverfahrens im weiten Sinne<sup>20</sup> in der EuInsVO<sup>21</sup> angemerkt, durch die in Fällen, in denen zwar keine Niederlassung, aber dennoch Vermögen im betroffenen Staat existiert, diese Verfahren ihrer Schutzfunktion ungebührlich beraubt werden und die schützenswerten Interessen inländischer Gläubiger unberücksichtigt bleiben.<sup>22</sup> Des Weiteren ist eine nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung auch in dem System des Quotenausgleichs verschiedener Verfahren zu erblicken.<sup>23</sup> Zwar ist in dessen Grundlage, bei der die Gläubiger, die bereits eine Quote auf ihre Forderung erlangt haben, bei der Verteilung in einem anderen Verfahren erst dann berücksichtigt werden, wenn die übrigen Gläubiger ihnen gleichgestellt sind, eine Gleichbehandlung aller Gläubiger angestrebt. Jedoch scheitert dieser Versuch bereits in der Umsetzung der praktisch darauf folgenden Stufe: Fällt die Quote in einem anderen Verfahren schlechter aus, ist das bereits Erlangte nicht anteilig zurück zu erstatten, um eine gleichmäßige Befriedigung aller Gläubiger bewirken zu können, sondern das *Erlangte* darf *behalten* werden, wodurch sich eine Ungleichbehandlung der Gläubiger einstellt und verfestigt. Insofern bedarf es einer ausgleichenden Neuregelung.

<sup>18</sup> Häsemeyer, ZZZ 107 (1994), 111 (116 f.), der hierbei von Schichten des Gleichbehandlungsgrundsatzes spricht; Leible/Staudinger, KTS 2000, 533 (562) fasst die ersten beiden Ausprägungen als Wege der EuInsVO zur Erreichung des Ziels der gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung auf.

<sup>19</sup> Häsemeyer, ZZZ 107 (1994), 111 (116 f.).

<sup>20</sup> Unter dem von Art. 3 II EuInsVO erfassten Oberbegriff der Partikularinsolvenzverfahren **im weiten Sinne** sind sowohl Sekundärinsolvenzverfahren gem. Art. 3 III EuInsVO als auch Partikularinsolvenzverfahren im engeren Sinne gem. Art. 3 IV EuInsVO zu verstehen.

<sup>21</sup> Im autonomen deutschen internationalen Insolvenzrecht reicht als Voraussetzung für die Eröffnung eines Partikularinsolvenzverfahrens im weiten Sinne inländisches Vermögen aus, so dass eine Unbilligkeit in diesem Sinne nicht vorliegt.

<sup>22</sup> Das Problem der Beeinträchtigung der Schutzfunktion der Sekundärinsolvenzverfahren durch die Anknüpfung an einen wirtschaftlich geprägten Niederlassungsbegriff sieht auch: Wiórek, Prinzip der Gläubigergleichbehandlung, 293.

<sup>23</sup> Zu dem folgenden Problem: vgl. Herchen, Das Übereinkommen, 53 f.; Wiórek, Prinzip der Gläubigergleichbehandlung, 293 f.

## 2. Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens

Der Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens findet sich in der EuInsVO wieder und kann aufgrund der Vereinigung der Staaten in der EU in diesem Ausmaß auch nur hier Anwendung finden. Durch Erwägungsgrund 22 EuInsVO wird deutlich, dass auf diesen Grundsatz das Prioritätsprinzip und der Grundsatz der automatischen Anerkennung aufbauen.<sup>24</sup> Daher sind die beiden letztgenannten Grundsätze in den autonomen internationalen Insolvenzrechten für das globale Verhältnis auch nicht in diesem Maße zu finden. Zwar kann vor allem bezüglich Fragen der Zuständigkeit ein Mangel an Vertrauen zu Problemen führen. Gleiches gilt aber auch bei bestehendem Vertrauen, welches leicht zum eigenen Vorteil bzw. zum Vorteil der nationalen Gläubiger ausgenutzt werden kann, wie dies z.B. bei der differierenden Auslegung der Zuständigkeitsregelungen des Art. 3 I EuInsVO mit der Folge der Vereinfachung des „forum shoppings“ deutlich wird.<sup>25</sup> Um dem zu entgegen ist die grundlegende Rücksichtnahme auf die Gemeinschaft und auf den *par conditio creditorum*-Grundsatz notwendig.

## 3. Universalitätsprinzip

Das Universalitätsprinzip besagt, dass ein Insolvenzverfahren auch in anderen Staaten als dem Eröffnungsstaat, in denen Vermögen des Schuldners belegen ist, Geltung beansprucht und die Abwicklung weltweit einheitlich nach einem Insolvenzrecht, der *lex fori concursus*, d.h. dem Recht des Staates der Verfahrenseröffnung, erfolgt.<sup>26</sup> Durchgesetzt wird dieses Prinzip durch die grundsätzliche Anwendung der *lex fori concursus* für das Insolvenzverfahren und seine Wirkungen gem. Art. 4 und 17 EuInsVO und § 335 InsO.

Dieses Prinzip ist jedoch einzuschränken. Bereits aus dem Erwägungsgrund 11 EuInsVO wird deutlich, dass ein Insolvenzverfahren mit der ausnahmslosen Anwendung des Rechts des Staates der Verfahrenseröffnung und damit dessen universaler Geltung für sämtliche Mitgliedstaaten als nicht durchführbar anzusehen ist. Dies hat seinen Grund in der großen Unterschiedlichkeit der nationalen, materiellen, insolvenzrechtlich relevanten Regelungen, aber auch der beachtlichen Belastung potentieller Gläubiger mit der Aufgabe der antizipierten, rechtlichen Beurteilung eines Insolvenzfalles, so dass aufgrund der nötigen Gewährung von Vertrauensschutz und Rechtssicherheit eine vollständige Einheitlichkeit im Sinne von Universalität nicht

<sup>24</sup> So ähnlich auch: EuGH, Rs. C-341/04, *Eurofood IFSC Ltd*, Slg. 2006, I-3813 Rn. 39; *Pannen/Riedemann*, in: Pannen, EuInsVO-Kommentar, EuInsVO Einleitung, Rn. 31; *Wessels*, International Insolvency Law, Rn. 10466.

<sup>25</sup> So im Grundgedanken auch: *Paulus*, EuInsVO-Kommentar, Einleitung, Rn. 20.

<sup>26</sup> *Gottwald/Kolmann*, in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, § 129, Rn. 5 f.; *Smid*, Internationales Insolvenzrecht, § 1, Rn. 12 ff.; So auch schon: *Herchen*, Das Übereinkommen, 49; Zum Teil wird vom Universalitätsprinzip das Prinzip der Einheit (im Sinne der Eröffnung eines einzigen Insolvenzverfahrens unabhängig von der Belegenheit von Vermögensgegenständen in anderen Staaten) abgegrenzt. Da es hierbei jedoch an einer eindeutig unterscheidenden Definition mangelt und dies für den Verlauf der Arbeit nicht von Bedeutung ist, wird auf eine weitere Ausführung verzichtet.

angemessen ist.<sup>27</sup> Erst recht muss dies für Insolvenzen mit globalem Bezug und somit für die autonomen internationalen Insolvenzrechte gelten. Gem. Erwägungsgrund 11 EuInsVO sind daher eine Kombination aus universalem Haupt- und innerstaatlichen Partikularinsolvenzverfahren im weiten Sinne, sowie Sonderanknüpfungen erforderlich.<sup>28</sup> Diesem letzten Gedanken tragen die Ausnahmen von der Geltung der *lex fori concursus* gem. Art. 5-15 EuInsVO und §§ 336 ff., 346, 351 InsO im Rahmen verschiedener Anknüpfungen, wie an den Belegenheitsort, was zur Geltung der *lex rei sitae* führt, oder der Anknüpfung an das Vertragsstatut, mit der Geltung der *lex contractus*, Rechnung.

#### 4. Territorialprinzip

Im Gegensatz zum Universalitätsprinzip beschränkt dieses Prinzip das Insolvenzverfahren darauf, dass ihm rechtliche Wirkung nur im jeweiligen Eröffnungsstaat zukommt.<sup>29</sup>

Bei alleiniger Anwendung dieses Prinzips würde den Gläubigern in anderen Staaten, aufgrund dessen, dass das Verfahren dort keine insolvenzrechtlichen Wirkungen und damit auch keine Einschränkungen zeitigt, der Zugriff auf das Vermögen des Schuldners unbeschränkt ermöglicht und damit dem *par conditio creditorum*-Grundsatz widersprochen werden.<sup>30</sup> Andererseits ist die Einbeziehung des Territorialprinzips, wie bereits erläutert, notwendig, um die Interessen der Gläubiger und die Sicherheit des Rechtsverkehrs in den einzelnen Mitgliedstaaten zu schützen. Außerdem ist eine, unter dem internationalen Blickwinkel zu betrachtende, Gleichbehandlung nur dann gegeben, wenn den nationalen Unterschieden in den Sicherungsrechten und den Vorrechten einzelner Gläubiger Beachtung geschenkt wird. Eine strikte Nichtbeachtung solcher Ausgestaltungen, die der Rechtsordnung des Eröffnungsstaates des Hauptinsolvenzverfahrens fremd sind, könnte ansonsten dazu führen, dass gleichgestellte Gläubiger, mag dies auch aufgrund einer jeweils anderen Ausgestaltung der Rechte der Fall sein, unterschiedlich behandelt werden. Daher ist ein Kombinationsmodell vorzugswürdig, bei dem das *par conditio creditorum*-Grundsatz im internationalen Rahmen eine Basis gebende Universalitätsprinzip dominiert und das

<sup>27</sup> Herchen, Das Übereinkommen, 50 f.; Gottwald/Kolmann, in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, § 129, Rn. 9; Pannen/Riedemann, in: Pannen, EuInsVO-Kommentar, EuInsVO Einleitung, Rn. 37; Kolmann, Kooperationsmodelle, 464 f.; Virgos/Schmit, in: Vorschläge und Gutachten, 32 (41); siehe aber auch Erwägungsgründe 11 und 24 EuInsVO.

<sup>28</sup> So wird bezüglich des Universalitätsprinzips auch von einer „modifizierten Universalität“: Pannen/Riedemann, in: Pannen, EuInsVO-Kommentar, EuInsVO Einleitung, Rn. 34, 37; von einer „kontrollierten Universalität“: Kindler, in: Kindler/Nachmann, Handbuch Insolvenzrecht in Europa, 1. Teil, § 1, Rn. 3; oder von einem „Kombinationsmodell“: Ludwig, Neuregelungen des deutschen Internationalen Insolvenzverfahrensrechts, 41, 145 f. gesprochen.

<sup>29</sup> Gottwald/Kolmann, in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, § 129, Rn. 5; Reinhart, in: Kirchhof/Lwowski/Stürner (Hrsg.), Münchener Kommentar zur InsO, Vor §§ 335 ff., Rn. 20.

<sup>30</sup> BGHZ 95, 256 (264 f.); Ludwig, Neuregelungen des deutschen Internationalen Insolvenzverfahrensrechts, 40 f.

Territorialitätsprinzip ein Korrektiv in dem bestimmten Maße bildet.<sup>31</sup> Dem wird durch die Art. 3 II-IV, 27 ff. EuInsVO und die §§ 354 ff. InsO Rechnung getragen.

## 5. *Anerkennung von Auslandsinsolvenzen*

Gem. Art. 16 I, 25 EuInsVO wird die in einem Mitgliedstaat ergangene Eröffnungsentscheidung sowie weitere bestimmte Entscheidungen eines Insolvenzverfahrens in allen übrigen Mitgliedstaaten automatisch, ohne weitere Förmlichkeiten, anerkannt, sobald die Entscheidung im Staat der Verfahrenseröffnung wirksam ist.<sup>32</sup> Hinzu kommt, dass die Eröffnung eines Hauptinsolvenzverfahrens gem. Art. 17 EuInsVO in derselben Weise in jedem anderen Mitgliedstaat die Wirkungen entfaltet, die die *lex fori concursus* dem Verfahren beilegt. Nach dem Erwägungsgrund 22 EuInsVO ist dies Ausfluss des Grundsatzes des gegenseitigen Vertrauens. Andererseits ist es aber auch Voraussetzung für das Universalitätsprinzip.<sup>33</sup>

Ob die automatische Anerkennung auch im globalen Rahmen Anwendung findet, kommt auf das jeweilige autonome internationale Insolvenzrecht an. So ist z.B. in der Schweiz gem. Art. 166 ff. IPRG ein besonderes Anerkennungsverfahren notwendig. Dagegen sieht das deutsche Recht in § 343 InsO die automatische Anerkennung, ohne ein solches Verfahren, vor.<sup>34</sup> Die unterschiedliche Handhabung bei der Anerkennung ausländischer Insolvenzverfahren zeigt bereits der Wortlaut, der im deutschen Recht die grundsätzliche Anerkennung gem. § 343 I 1 InsO kraft Gesetzes anordnet, wobei das schweizer Recht hierfür ausdrücklich ein Verfahren fordert.

## 6. *Prioritätsprinzip*

Im Rahmen von positiven Kompetenzkonflikten über die internationale Eröffnungszuständigkeit regelt das Prioritätsprinzip, dass das zuerst eröffnete Hauptinsolvenzverfahren nachfolgende Eröffnungen weiterer Hauptverfahren ausschließt.<sup>35</sup> Dieser Grundsatz wird durch Erwägungsgrund 22 in die EuInsVO eingeführt, durch Art. 16 I Unterabsatz 1 EuInsVO umgesetzt und in Art. 102 § 3 I EGIInsO konkretisiert.

Da das autonome deutsche internationale Insolvenzrecht die internationale Zuständigkeit nicht explizit regelt, wird, entsprechend dem internationalen Zivilprozess-

<sup>31</sup> Diese Schlussfolgerung aus der beschriebenen Problematik wird in Erwägungsgrund 11 EuInsVO gezogen. Dementsprechend so auch zur EuInsVO: *Virgos/Schmit*, in: Vorschläge und Gutachten, 32 (39); *Fritz/Bähr*, DZWIR 2001, 221 (224); *Duursma-Kepplinger*, in: Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky, EuInsVO-Kommentar, Vorbemerkung zur EuInsVO, Rn. 43; zu den Vorteilen eines solchen Kombinationsmodells: *Kolmann*, Kooperationsmodelle, 481 ff.; generell auch: *Wood*, Principles of International Insolvency, Rn. 13-4.

<sup>32</sup> Die einzige Einschränkung findet sich in Art. 26 EuInsVO bei Unvereinbarkeit mit dem jeweiligen Ordre Public.

<sup>33</sup> *Paulus*, EuInsVO-Kommentar, Einleitung, Rn. 23; *Ludwig*, Neuregelungen des deutschen internationalen Insolvenzverfahrensrechts, 41, 73.

<sup>34</sup> BT-Drucks. 15/16, 21.

<sup>35</sup> *Westpfahl/Goetker/Wilkens*, Grenzüberschreitende Insolvenzen, Rn. 236, 238; *Eidenmüller*, NJW 2004, 3455 (3457); *Kienle*, NotBZ 2008, 245 (249).

recht, auf die örtliche Zuständigkeit und somit auf § 3 InsO analog zurückgegriffen, der in Absatz 2 dem Prioritätsprinzip folgt.<sup>36</sup>

#### 7. Kooperations- und Koordinationssystem zwischen Haupt- und Sekundärinsolvenzverfahren und Verwaltern

Bei der Parallelität mehrerer Verfahren sind Koordination, Kooperation und gegenseitige Unterrichtung unerlässlich. So normiert die EuInsVO in den Art. 31-35 diese Erforderlichkeiten.

Das autonome deutsche internationale Insolvenzrecht regelt dies in § 357 InsO.

### C. Ausgewählte Problemschwerpunkte des Internationalen Insolvenzrechts

#### I. Bestimmung der internationalen Zuständigkeit nach dem COMI im Rahmen der EuInsVO

Das *centre of main interests* (COMI) gem. Art. 3 I 1 EuInsVO zur Bestimmung der internationalen Zuständigkeit für die Eröffnung eines Hauptinsolvenzverfahrens ist eines der grundlegendsten Merkmale der EuInsVO, leider aber auch gleichermaßen uneindeutig. Dies macht es umso misslicher, dass die Aufnahme einer Legaldefinition für dieses Merkmal in den enumerativen Katalog des Art. 2 EuInsVO anscheinend für unnötig erachtet wurde. Dass dies eine Fehlentscheidung war, sieht man an der anhaltenden Problematik der Feststellung, was den Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen des Schuldners darstellt und damit wo dieser liegt. Dies führt zum einen zu Kompetenzkonflikten, ist zum anderen aber auch der Ausgangspunkt für Streitigkeiten, wie z.B. das „forum shopping“ oder die Regelung von Konzerninsolvenzen.

##### 1. Gesellschaften und juristische Personen

###### a) Erfordernis einer einheitlichen Auslegung

Sowohl in Rechtsprechung als auch in der Literatur entwickelten sich, grob betrachtet, zwei Grundtendenzen<sup>37</sup>, innerhalb derer es jedoch verschiedene Ausprägungen gibt und meist eine Gesamtwürdigung aus verschiedenen Umständen vorgenommen wird. Zum einen gibt es die Ansicht<sup>38</sup>, dass das COMI an dem Ort liegt, an

<sup>36</sup> *Dahl*, in: Andres/Leithaus/Dahl, InsO-Kommentar, § 335 InsO, Rn. 17; *Lüer*, in: Uhlenbruck (Hrsg.), InsO-Kommentar, § 335 InsO, Rn. 5; *Reinhart*, in: Kirchhof/Lwowski/Stürner (Hrsg.), Münchener Kommentar zur InsO, § 335 InsO, Rn. 26 f.; zur Doppelfunktionalität im Internationalen Zivilprozessrecht: *Geimer*, Internationales Zivilprozessrecht, Rn. 946 ff.

<sup>37</sup> Im Überblick: *Reinhart*, in: Kirchhof/Lwowski/Stürner (Hrsg.), Münchener Kommentar zur InsO, Art. 3 EuInsVO, Rn. 7 ff.; *Kübler*, in: Schilken/Kreft/Wagner/Eckardt (Hrsg.), FS Gerhardt, 540 ff.; *Keggenhoff*, Internationale Zuständigkeit, 106 ff.

<sup>38</sup> Z.B.: *Paulus*, EWiR 2004, 493 (494); *Paulus*, ZIP 2003, 1725 (1727); AG München, Beschluss vom 4.05.2004 – 1501 IE 1276/04 (*Hettlage*) = ZIP 2004, 962; High Court of Justice Leeds, Be-



dem sich das *mind of management* bzw. die *headquarter-/ head office functions* oder auch die *Verwaltungskontrolle* befindet, wobei grundlegend auf strategische Entscheidungen abgestellt wird. Den zweiten Ansatz bildet die *Business-Activity-Theorie*<sup>39</sup>, die das operative Geschäft zu Grunde legt. Bei unterschiedlicher und vor allem weiter (im Sinne von weiträumiger) Auslegung dieses Rechtsbegriffes kann die Eröffnungszuständigkeit für einen jeweils anderen Staat gegeben sein. Dadurch werden in Anwendung des Art. 4 EuInsVO, aufgrund bereits angesprochener, erheblicher Unterschiede des materiellen, insolvenzrechtlich relevanten Rechts der Mitgliedstaaten, je nach Staat der Verfahrenseröffnung, die rechtlichen und dadurch auch die wirtschaftlichen Folgen sowohl für Schuldner als auch für Gläubiger stark differieren und für Letztere damit auch unvorhersehbar werden. Dass dies nicht sein darf, wird mit einem Blick auf die Bedeutung der Risikokalkulation im heutigen Rechtsverkehr deutlich: die Insolvenz stellt ein Risiko für den Gläubiger dar und dies führt dazu, dass er die rechtlichen Folgen eines solchen Insolvenzfalles in seine Kalkulation miteinbeziehen können muss, was er aber nur kann, wenn er das COMI und damit das nach Art. 4 EuInsVO anzuwendende Recht kennt.<sup>40</sup> Nur so ist Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit bezüglich der Bestimmung der Eröffnungszuständigkeit und des daraus gem. Art. 4 I EuInsVO abzuleitenden, anzuwendenden Insolvenzrechts garantiert.<sup>41</sup> Damit ist eine autonome, von den nationalen Rechtsordnungen unabhängige und vor allem einheitliche Auslegung nötig.<sup>42</sup> Diese ist aus besagtem Grunde unter Berücksichtigung der verschiedenen Aspekte auf Schuldner-, aber auch auf Gläubigerseite zu ermitteln und somit interessengerecht auszugestalten. Dahingehend besagt Erwägungsgrund 13 EuInsVO<sup>43</sup>, dass als COMI der Ort gelten sollte, an dem der Schuldner gewöhnlich der Verwaltung seiner Interessen nachgeht und damit **für Dritte feststellbar ist**. Damit soll aber nicht nur der Einzelfall beschrieben, sondern eine generelle Erwägung angestellt werden, die eine weite und ausschweifende Auslegung nicht zulassen möchte. Eine „ausufernde Interpretation“ des Begriffes des COMI vor allem durch die Rechtsprechung, die dazu noch uneinheitlich ist, ist der Feststellbarkeit durch Dritte abträglich.<sup>44</sup> Hiermit steht zunächst fest, dass eine international einheitliche Auslegung des COMI zwingend erforderlich ist.

schluss vom 16.05.2005 – No. 861 – 876/03 (*ISA I/Daisytek*) = ZIP 2003, 1362; Tribunale di Parma, Urteil vom 19.02.2004 – 53/04 (*Eurofood/Parmalat I*) = ZIP 2004, 1220.

<sup>39</sup> Z.B.: *Mankowski*, EWiR 2005, 637 (638); *Bähr/Riedemann*, ZIP 2004, 1066 (1067); *Pannen/Riedemann*, NZI 2004, 646 (651); *Herchen*, ZInsO 2004, 825 (827 f.); AG Mönchengladbach, Beschluss vom 27.04.2004 – 19 IN 54/04 (*EMBIC I*) = ZIP 2004, 1064; High Court Dublin, Judgement. v. 23.03.2004 – 33/04 (*Eurofood/Parmalat II*) = ZIP 2004, 1223.

<sup>40</sup> Grundlegend: *Virgos/Schmit*, in: Vorschläge und Gutachten, 32 (60); *Moss/Fletcher/Isaacs*, The EC Regulation on Insolvency Proceedings, Rn. 3.10; *Kübler*, in: Schilken/Kreft/Wagner/Eckardt (Hrsg.), FS Gerhardt, 527 (551 f.).

<sup>41</sup> EuGH, Rs. C-341/04, *Eurofood IFSC Ltd*, Slg. 2006, I-3813 Rn. 33; *Westpfahl/Goetker/Wilkens*, Grenzüberschreitende Insolvenzen, Rn. 141.

<sup>42</sup> EuGH, Rs. C-341/04, *Eurofood IFSC Ltd*, Slg. 2006, I-3813 Rn. 31.

<sup>43</sup> Gem. Art. 296 II AEUV sind die Rechtsakte, und damit auch die Verordnungen, mit einer Begründung zu versehen. Durch diese „Offenlegung“ kommt den Erwägungsgründen ein besonderes Gewicht bei der Auslegung, vor allem in historischer und teleologischer Sicht, zu.

<sup>44</sup> So auch: *Sabel*, NZI 2004, 126 (126).

## b) Auslegung des COMI im Speziellen

Um das soeben genannte Ideal zu erreichen, muss geklärt werden, wie das COMI, der „Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen des Schuldners“, auszulegen ist. Aufgrund dessen, dass eine Insolvenz auf dem wirtschaftlichen Scheitern basiert, muss auch der Anknüpfungspunkt für Verfahrensfragen dementsprechend gewählt werden. Somit ist als Mittelpunkt der hauptsächlichen Schuldnerinteressen der Ort zu wählen, an dem sich das Zentrum der wesentlichen, wirtschaftlich geprägten Interessen befindet.<sup>45</sup> Klar ist damit, dass es sich um bedeutsame wirtschaftliche Tätigkeiten, die Belegenheit von Vermögensgegenständen oder dergleichen ökonomischer Art handeln muss. Unklar bleibt hingegen, an welche konkreten Umstände innerhalb dieser Vorgabe anzuknüpfen ist.

### (1) Die Mind-of-Management-Theorie

Nach der, oben bereits angesprochenen, *mind-of-management-Theorie* wurde z.B. in den Entscheidungen der *Enron Directo SL*<sup>46</sup>, *ISA I/Daisytek*<sup>47</sup> (jeweils durch englische Gerichte) oder aber auch in der durch ein deutsches Gericht entschiedenen Rechtssache *Hettlage*<sup>48</sup> das COMI dort gesehen, wo die strategischen und unternehmensführenden Entscheidungen, wie z.B. Bestimmung von Unternehmenszielen/-konzepten, Marketing, Steuerung der Finanzen oder Personalentscheidungen bezüglich leitender Angestellter, getroffen (nicht umgesetzt) worden sind. Derartige Entscheidungen werden innerhalb eines Konzerns meist durch die Organe der Muttergesellschaft (zum Teil auch durch eine Tochtergesellschaft<sup>49</sup>) und damit an deren tatsächlichem Sitz erfolgen. Durch die Anwendung dieser Theorie wird eine einheitliche Konzerninsolvenz im Rahmen einer Verfahrenskonzentration ermöglicht und es werden damit die einzelnen Verfahren vereinfacht und effizienter ausgestaltet, was nicht nur die Liquidation betrifft, sondern auch eine flexiblere Sanierung des gesamten Konzerns bedeutet.<sup>50</sup> Dadurch kann dem Erwägungsgrund 2 EuInsVO Rechnung getragen werden.<sup>51</sup> Jedoch spielen die für die vorliegende Theorie entscheidenden, unternehmensinternen<sup>52</sup> Umstände nur im Innenverhältnis eine direkte Rolle,

<sup>45</sup> Ausführlich zur Wortlautauslegung jedes einzelnen Merkmals: *Keggenhoff*, Internationale Zuständigkeit, 130 ff.

<sup>46</sup> High Court of Justice London, Beschluss vom 4.06.2002 – Die Entscheidung selbst ist unveröffentlicht, aber das „Skeleton Argument on Behalf of the Petitioner in Re Enron Directo Sociedad Limitada“ ist erhältlich im Internet: <<http://www.iiiglobal.org/component/jdownloads/viewdownload/39/407.html>> (besucht am 19. Juli 2012).

<sup>47</sup> High Court of Justice Leeds, Beschluss vom 16.05.2005 – No. 861 – 876/03 = ZIP 2003, 1362; nachträgliche Begründung: ZIP 2004, 963.

<sup>48</sup> AG München, Beschluss vom 4.05.2004 – 1501 IE 1276/04 = ZIP 2004, 962.

<sup>49</sup> High Court of Justice London, Beschluss vom 20.05.2003 (Crisscross Telecommunications Group) – Die Entscheidung selbst ist unveröffentlicht, aber eine kurze Übersicht findet sich in *Pannen*, in: *Pannen*, EuInsVO-Kommentar, Anhang A zu Art. 3 EuInsVO, Rn. 6.

<sup>50</sup> *Mankowski*, BB 2006, 1753 (1754); *Westpfahl/Goetker/Wilkens*, Grenzüberschreitende Insolvenzen, Rn. 124, 127; *Keggenhoff*, Internationale Zuständigkeit, 181 ff.

<sup>51</sup> Im Ergebnis so auch: *Keggenhoff*, Internationale Zuständigkeit, 186.

<sup>52</sup> *Mankowski*, BB 2006, 1753 (1754).

wodurch sie für Dritte, d.h. für die Gläubiger, nicht (eindeutig) feststellbar sind. Genau dies stellt den Missstand an der vorliegenden Theorie dar. Dahinter steht Erwägungsgrund 13 EuInsVO, der das COMI näher erläutert. Dieser soll nicht nur eine uneinheitliche Auslegung verhindern, sondern das Kriterium der Feststellbarkeit vorrangig auch auf die in jedem Einzelfall zu berücksichtigenden Elemente beziehen, welche die gewöhnliche Interessenverwaltung des Schuldners ausmachen und damit das COMI bestimmen. Das bedeutet, dass grundsätzlich nur solche Umstände oder Abläufe von Bedeutung sind, die eine Außenwirkung in dem Sinne entfalten, als dass sie für die Gläubiger feststellbar sind<sup>53</sup>; denn nur so ist auch der Ort des COMI feststellbar<sup>54</sup>. Bei einer rein internen und damit nicht (eindeutig) feststellbaren Anlage kommt hingegen die Gefahr der spezifischen Eigenart der Innenwirkung zum Tragen, die in der leichten Anfälligkeit für opportunistisches Verhalten und damit für Manipulationen zu sehen ist.<sup>55</sup> Diese Manipulationen können zu einer willkürlichen Verlegung des COMI und damit zur Vereinfachung des forum shopping führen, welches einem ordnungsgemäßen Funktionieren des Binnenmarktes widerspricht und nach Erwägungsgrund 4 EuInsVO verhindert werden soll.<sup>56</sup> Die Folgen dieser Ansicht widersprechen damit den Zielen der EuInsVO. Der mind-of-management-Theorie ist mithin nicht zu folgen.

## (2) Die Business-Activity-Theorie

Anders wird nach der *Business-Activity-Theorie*, der in Fällen wie *EMBIC*<sup>57</sup> oder *Eurofood/Parmalat*<sup>58</sup> gefolgt wurde, auf den Ort abgestellt, an dem der Schuldner seine werbende Tätigkeit ausübt und an dem damit das operative Geschäft geführt wird. Dabei darf diese Ansicht jedoch nicht derart verstanden werden, dass darunter nur „Endtätigkeiten“, wie die Produktion oder der Verkauf, zu zählen sind. Vielmehr ist die **Umsetzung** der head office-Entscheidungen von Bedeutung, erst diese wirkt nach außen und ist damit für Dritte feststellbar, wenn nicht sogar erkennbar.<sup>59</sup> Die Umsetzung dieser grundlegenden Entscheidungen stellt den Kern der nach außen gerichteten wirtschaftlichen Betätigung dar. Damit kann, muss aber nicht notwendigerweise,

<sup>53</sup> Im Ergebnis so auch: *Keggenhoff*, Internationale Zuständigkeit, 164.

<sup>54</sup> Richtigerweise macht *Keggenhoff* den Unterschied der Feststellbarkeit zur Erkennbarkeit (welche von *Virgos/Schmit*, in: Vorschläge und Gutachten, 32 (60) verwendet wird) deutlich: dieser liegt darin, dass etwas feststellbar ist, wenn es „sich in objektiv zumutbarer Weise durch Dritte ermitteln lässt“, wobei keine zu hohen Anforderungen an die Erforschungsobliegenheit zu stellen sind; erkennbar dagegen ist etwas, was sofortig deutlich gesehen werden kann, ohne eine weitere vorherige Nachforschung oder Aktivität vorzunehmen: *Keggenhoff*, Internationale Zuständigkeit, 171 ff., 178.

<sup>55</sup> Vgl. *Mankowski*, BB 2006, 1753 (1754); *Westpfahl/Goetker/Wilkens*, Grenzüberschreitende Insolvenzen, Rn. 128; *Kübler*, in: Schilken/Kreft/Wagner/Eckardt (Hrsg.), FS Gerhardt, 554.

<sup>56</sup> *Kübler*, in: Schilken/Kreft/Wagner/Eckardt (Hrsg.), FS Gerhardt, 554; *Keggenhoff*, Internationale Zuständigkeit, 190, 187: der hier auf die Möglichkeit von Wettbewerbsverzerrungen hindeutet.

<sup>57</sup> AG Mönchengladbach, Beschluss vom 27.04.2004 – 19 IN 54/04 (*EMBIC I*) = ZIP 2004, 1064.

<sup>58</sup> High Court Dublin, Judgment. v. 23.03.2004 – 33/04 = ZIP 2004, 1223.

<sup>59</sup> *Reinhart*, in: Kirchhof/Lwowski/Stürner (Hrsg.), Münchener Kommentar zur InsO, Art. 3 EuInsVO, Rn. 21; *Keggenhoff*, Internationale Zuständigkeit, 165 f.

das COMI mit dem Ort des effektiven Verwaltungssitzes übereinstimmen.<sup>60</sup> Weiterhin erfüllt auch erst eine derartige Umsetzung das vom Erwägungsgrund 13 EuInsVO geforderte Merkmal der **Verwaltung** der Interessen, welches dem im Internationalen Privatrecht (IPR) herrschenden Grundsatz der engsten Verbindung entspricht.

Als Verwaltung der Schuldnerinteressen im Rahmen des Erwägungsgrundes 13 EuInsVO sind in Anlehnung an die Legaldefinition der Niederlassung (die als „Minus“ zum COMI angesehen werden kann)<sup>61</sup> gem. Art. 2 lit. h) EuInsVO wirtschaftliche Aktivitäten einzubeziehen, die den Einsatz von Personal und Vermögenswerten voraussetzen, wobei je nach Art des Geschäfts und des Tätigkeitsschwerpunktes an die jeweils hierfür relevanten Aspekte angeknüpft und somit jeder Einzelfall gesondert betrachtet werden muss.<sup>62</sup>

### (3) Die Eurofood-Entscheidung als Wendepunkt

Durch das Urteil des EuGH im Fall *Eurofood*<sup>63</sup> wurde schließlich der *mind-of-management-Theorie* der Boden entzogen und mit der Hervorhebung der unabdingbaren Erforderlichkeit des Kriteriums der Feststellbarkeit durch Dritte die *Business-Activity-Theorie* bestärkt. Auch wenn keine konkreten Umstände zur Bestimmung des COMI benannt wurden, so ist dennoch richtigerweise deutlich klargestellt worden, dass der Erwägungsgrund 13 EuInsVO und damit vor allem das Merkmal der Feststellbarkeit von unabdingbarer und grundlegender Bedeutung für die COMI-Bestimmung ist.<sup>64</sup> So wird festgestellt, dass eine, nach außen nicht sichtbare, Kontrolle durch die Muttergesellschaft mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat als dem der Tochtergesellschaft nicht ausreicht, um die Vermutung des Art. 3 I 2 EuInsVO zu entkräften. Zu deren Widerlegung sind objektive und für Dritte feststellbare Kriterien erforderlich.<sup>65</sup> Dies wird auch anhand der folgenden Betrachtung deutlich: die Vermutung gem. Art. 3 I 2 EuInsVO – das COMI befindet sich am Ort des satzungsmä-

<sup>60</sup> Eine feste Anknüpfung an den effektiven Verwaltungssitz schlagen vor: *Duursma-Kepplinger*, in: *Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky*, EuInsVO-Kommentar, Art. 3 EuInsVO, Rn. 24; *Eidenmüller*, *Ausländische Kapitalgesellschaften*, § 9, Rn. 11; *Huber*, ZZZ 114 (2001), 133 (141); AG München, Beschluss vom 4.05.2004 – 1501 IE 1276/04 = ZIP 2004, 962 (963).

<sup>61</sup> Dies folgt meiner Meinung nach aus der systematischen Einordnung der Niederlassung in Art. 3 II-IV EuInsVO als Voraussetzung für die Eröffnung eines Sekundär- und Partikularinsolvenzverfahrens in Relation zum Hauptinsolvenzverfahren, für dessen Eröffnung gem. Art. 3 I EuInsVO die Gerichte zuständig sind, in dessen Gebiet der Schuldner das COMI hat. Daher muss das COMI mindestens die Voraussetzungen erfüllen, die auch für die Niederlassung erforderlich sind.

<sup>62</sup> *Reinhart*, in: *Kirchhof/Lwowski/Stürner* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zur InsO*, Art. 3 EuInsVO, Rn. 31 ff., 35;

<sup>63</sup> EuGH, Rs. C-341/04, *Eurofood IFSC Ltd*, Slg. 2006, I-3813.

<sup>64</sup> Dies wird auch durch den Verordnungsgeberwillen gestützt, der der Initiative der Bundesrepublik Deutschland und der Republik Finnland vom 26.05.1999 in dem Erfordernis der Bekanntheit des Ortes des COMI und dessen Verdeutlichung in Erwägungsgrund 13 EuInsVO folgte und sich damit bewusst gegen die in der Stellungnahme des Ausschusses für die Freiheiten und Rechte der Bürger, Justiz und innere Angelegenheiten vom 28.01.2000 vorgeschlagenen Definition des COMI in Art. 2 lit. i) EuInsVO entschied, welche auf die Kenntnis der Gläubiger verzichtete und damit Satz 4 des Erwägungsgrundes 13 des vorgenannten Initiententwurfs zur EuInsVO ersatzlos strich. Ausführlicher: *Kübler*, in: *Schilken/Kreft/Wagner/Eckardt* (Hrsg.), *FS Gerhardt*, 552 f.

<sup>65</sup> EuGH, Rs. C-341/04, *Eurofood IFSC Ltd*, Slg. 2006, I-3813 Rn. 34.

figen Sitzes – unterliegt selbst dem Ansatz der Feststellbarkeit für Dritte, so dass auch dessen Widerlegung durch Umstände geschehen muss, die für Dritte feststellbar sind, da sonst die Vertrauensschutzwirkung der Vermutung, aber auch allgemein das Prinzip des Vertrauensschutzes ausgehöhlt werden würden.<sup>66</sup> Die Objektivität und vor allem die Feststellbarkeit sind so aus den oben bereits erläuterten Gründen der Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit für die Gläubiger unbedingt erforderlich. Denn nur dadurch kann Vertrauen in den Rechtsverkehr und damit Rechtssicherheit gewährleistet werden. Nur durch die Feststellbarkeit der für das COMI entscheidenden Umstände und damit der Feststellung, wo sich das COMI befindet, können die Gläubiger die internationale Zuständigkeit gem. Art. 3 EuInsVO kennen und das daraus nach Art. 4 EuInsVO abzuleitende, anzuwendende Recht vorhersehen, welches wichtig für die Risikokalkulation und damit für die Entscheidung ist, ob sie ein Schuldverhältnis mit diesem Schuldner eingehen wollen. Unsicherheiten führen dabei zur Erhöhung der Kapitalkosten, was binnenmarktschädlich und daher mit den Zielen der EU nicht zu vereinbaren ist. Nur durch die Außenwirkung und die damit gegebene Kontrollmöglichkeit der Gläubiger bezüglich der Veränderung des COMI kann forum shopping verhindert, damit Erwägungsgrund 4 EuInsVO verwirklicht und auch die Durchsetzung des Grundsatzes der Gleichberechtigung aller Gläubiger gewährleistet werden.

Zusammenfassend ist damit ein alleiniges Abstellen auf die *mind-of-management-Theorie* als nicht mit der EuInsVO und den Prinzipien des Internationalen Insolvenzrechts vereinbar anzusehen. Jene ist aber auch nicht grundsätzlich und gänzlich auszuschließen.<sup>67</sup> Sondern die für sie entscheidenden Umstände können nur dann (als zusätzliche Kriterien) Berücksichtigung finden, wenn diese für Dritte eindeutig feststellbar sind.<sup>68</sup>

Im autonomen deutschen internationalen Insolvenzrecht ist zur Bestimmung der internationalen Zuständigkeit eine analoge Anwendung des § 3 InsO vorzunehmen.<sup>69</sup> In analoger Anwendung des § 3 I 2 InsO ist vorrangig an den Mittelpunkt der (selbstständigen) wirtschaftlichen Tätigkeit des Schuldners anzuknüpfen.<sup>70</sup> Dieser ist entsprechend dem zum COMI Gesagten zu behandeln.

<sup>66</sup> Kübler, in: Schilken/Kreft/Wagner/Eckardt (Hrsg.), FS Gerhardt, 551, 562; Keggenhoff, Internationale Zuständigkeit, 142, 145, 151 f.; dies wird auch nicht dadurch entkräftet, dass Virgos/Schmit, in: Vorschläge und Gutachten, 32 (60) schreibt: „[...] bis zum Nachweis des Gegenteils [befindet] sich der Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen des Schuldners am Ort des satzungsmäßigen Sitzes [...] Dieser Ort entspricht gewöhnlich dem Hauptsitz [head office] des Schuldners.“ und damit das COMI scheinbar insoweit mit dem head office gleichsetzt, dass es zur Widerlegung der Vermutung ausreicht, wenn sich die head office Kriterien nicht an dem Ort des Sitzungssitzes befinden. Jedoch wird hiermit nur auf einen möglichen, wenn auch gewöhnlichen, Fall der Verortung des Hauptsitzes hingewiesen und es soll damit weder eine Ausfüllung des COMI mit head office Kriterien erfolgen noch soll das Kriterium der Feststellbarkeit für Dritte als für die COMI Bestimmung unwesentlich angesehen werden.

<sup>67</sup> Keggenhoff, Internationale Zuständigkeit, 111; Westpfahl/Goetker/Wilkens, Grenzüberschreitende Insolvenzen, Rn. 134.

<sup>68</sup> So ähnlich auch: Lautenbach, NZI 2004, 384 (386).

<sup>69</sup> Siehe oben: Fn. 32.

<sup>70</sup> Reinhart, in: Kirchhof/Lwowski/Stürner (Hrsg.), Münchener Kommentar zur InsO, § 335 InsO, Rn. 28; Liersch, in: Braun, InsO-Kommentar, § 335 InsO, Rn. 10; Dahl, in: Andres/Leithaus/Dahl, InsO-Kommentar, § 335 InsO, Rn. 17.

### c) Lösungsmöglichkeiten

Die internationale Zuständigkeit und damit das COMI müssen konkret bestimmbar sein. Denn nur so kann auch das anzuwendende Insolvenzrecht vorhergesehen werden, welches gem. Art. 4 I EuInsVO durch die internationale Zuständigkeit, abgesehen von Sonderanknüpfungen, mitbestimmt wird.

Es könnte daher im Rahmen des COMI an ein anderes flexibles Kriterium, wie z.B. eine internationale Gerichtsstandsvereinbarung<sup>71</sup>, angeknüpft werden. Diese würde zwar meist für den Staat getroffen werden, dessen materielles Recht den Schuldnerbedürfnissen besser entspricht, aber zum einen erlangt auch der Gläubiger Vorteile, indem die Vorhersehbarkeit des anwendbaren Rechts gesteigert und damit Rechtssicherheit gewährt wird und zum anderen kann forum shopping durch die Bindung des Schuldners an seine Wahl verhindert werden.<sup>72</sup> Eine solche Vereinbarung kann jedoch bei verschiedenen Gläubigern unterschiedlich ausfallen, und spätere Gläubiger, die an der Vereinbarung nicht beteiligt waren, sind an diese auch nicht gebunden, so dass die erforderliche einheitliche Zuständigkeit nicht zu Stande kommen würde. Eine solche Lösung ist daher bei einem Kollektivverfahren, welches der Beachtung der Interessen der Gläubigergesamtheit dient, schon praktisch nicht möglich. Diese ist aber auch mit Blick auf das deutsche Insolvenzrecht auf rechtlicher Ebene nicht anzuerkennen – hier stellt sich die örtliche, wie auch die sachliche, Zuständigkeit als eine ausschließliche Zuständigkeit dar, für die gem. § 40 II Nr. 2 ZPO i.V.m. § 4 InsO eine Gerichtsstandsvereinbarung nicht zulässig ist. Dieser Gedanke ist auch auf die internationale Zuständigkeit des Art. 3 EuInsVO anzuwenden.

Um eine unterschiedliche Auslegung zu verhindern und eine erhöhte Sicherheit für die Gläubiger zu gewährleisten, könnte abweichend von dem zuvor genannten Weg auch ein sehr starres Kriterium gewählt werden. Hierbei ist z.B. an eine *unwiderlegliche* Vermutung zu Gunsten des Satzungssitzes zu denken.<sup>73</sup> Zwar ist der Satzungssitz für Dritte feststellbar, jedoch kann er später noch verlegt werden, so dass eine Vereinfachung und ein gehäuftes Auftreten von forum shopping zu befürchten und die Möglichkeit eröffnet ist, dass zu dem Ort des satzungsmäßigen Sitzes keine tatsächliche Verbindung besteht.<sup>74</sup> Dies würde aber dem Willen des Ordnungsgebers der EuInsVO widersprechen, der das Hauptinsolvenzverfahren an dem Ort eröffnen will, an dem sich der Mittelpunkt der hauptsächlichen Schuldnerinteressen befindet. Bei einem Sitz ohne jede tatsächliche Verbindung, der damit gleichsam einer inhaltlosen Hülle erscheint, ist dies nicht gegeben. Auch die angesprochene erhöhte Sicherheit würde letztlich nicht bestehen.

Diese möglichen Lösungsansätze, die dem bisher in der EuInsVO verwendeten Ansatz entgegenstehen, sind somit ungeeignet. Dagegen kann die *Business-Activity-*

<sup>71</sup> Mit dieser Forumwahl geht gem. Art. 4 I EuInsVO aber auch eine Rechtswahl einher, bzw. ist diese eigentliches Ziel, das durch das Mittel der Forumwahl erreicht werden soll.

<sup>72</sup> *Franken*, ELJ (2005) 11, 232 (242 f.).

<sup>73</sup> So *Gottwald*, Grenzüberschreitende Insolvenzen, 21; ähnlich auch: *Eidenmüller*, ZGR 2006, 467 (469 f.), der den Satzungssitz einer Gesellschaft als allein maßgeblich für die Eröffnungszuständigkeit bezüglich des Hauptinsolvenzverfahrens fordert.

<sup>74</sup> *Duursma-Kepplinger*, in: *Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky*, EuInsVO-Kommentar, Art. 3 EuInsVO, Rn. 17, Fn. 26 a.E.

*Theorie* treffend und interessengerecht ausgelegt werden. Wünschenswert scheint hingegen zu sein, dass das COMI diesbezüglich genauer bestimmt wird; dass bestimmte, eindeutige Schwerpunkt Kriterien in die EuInsVO aufgenommen werden und sich das COMI somit als ein spezifischer Umstand darstellt. Jedoch ist das COMI jedes Unternehmens je nach Art des Geschäfts und des Tätigkeitsschwerpunktes unterschiedlich, so dass an die **jeweils hierfür** relevanten Aspekte angeknüpft werden muss.<sup>75</sup> Dies wäre bei einer Anknüpfung an ein bestimmtes und somit starres Kriterium jedoch nicht möglich und würde daher zu Lasten der Einzelfallgerechtigkeit gehen. Dies kann auch die Existenz von Partikular- und Sekundärinsolvenzverfahren, die im Rahmen der genannten Gründe<sup>76</sup> nur ein Korrektiv darstellen soll, nicht ausgleichen. Jedes andere Verständnis würde das durch die Regelungen der Art. 3 II-IV, 27 ff. EuInsVO und die §§ 354 ff. InsO gut abgestufte Verhältnis zwischen Haupt- und Partikularinsolvenzverfahren im weiten Sinne und damit das Regel-Ausnahme-Verhältnis zerstören. Damit kann zwar nicht generell an einen oder wenige bestimmte Umstände angeknüpft werden, aber die jeweils relevanten Umstände sind stets der Umsetzung grundlegender Entscheidungen vor allem hinsichtlich des operativen Geschäfts zu entnehmen. Geeignet erscheint ein nichtabschließender Katalog an Beispielkriterien, die sich im Einzelfall durch eine Gesamtbetrachtung der vorliegenden Umstände konkretisieren lassen. Daher ist eine Änderung im Rahmen einer Konkretisierung durch die Normierung der Erforderlichkeit von Objektivität, Feststellbarkeit und damit der Außenwirkung der Kriterien für das COMI unter Art. 3 bzw. als Legaldefinition in Art. 2 EuInsVO<sup>77</sup> am geeignetsten, die Ziele der EuInsVO zu erreichen.

## 2. *Natürliche Personen*

Durch das Vorliegen einer Vermutungsregel allein für Gesellschaften und juristische Personen in Art. 3 I 2 EuInsVO wird der Anschein hervorgerufen, als ob dieses Problem bei natürlichen Personen weniger zum Tragen kommt. Diese können sich, anders als Gesellschaften und juristische Personen, nicht in Organisationseinheiten aufteilen, so dass eine vielfältige Zuständigkeitsbegründung zumindest selten der Fall sein wird. Dennoch ist die exakte Bestimmung des Anknüpfungspunktes für das COMI auch bei natürlichen Personen notwendig.

Für Selbstständige, bei denen die Insolvenz in der gewerblichen bzw. beruflichen Tätigkeit wurzelt, liegt das COMI grundsätzlich am Ort ihrer gewerblichen Niederlassung bzw. ihrer beruflichen Tätigkeit.<sup>78</sup> In analoger Anwendung des § 3 I 2 InsO gilt dies auch für das autonome deutsche internationale Insolvenzrecht.

<sup>75</sup> Siehe oben: Fn. 57.

<sup>76</sup> Siehe oben: Abschnitt B.IV.3. und B.IV.4.

<sup>77</sup> So vorgeschlagen durch den Entwurf eines Berichts mit Empfehlungen an die Kommission zu Insolvenzverfahren im Rahmen des EU-Gesellschaftsrechts vom 06. Juni 2011 (2011/2006(INI)), erhältlich im Internet: <[http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009\\_2014/documents/juri/pr/869/869632/869632de.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/juri/pr/869/869632/869632de.pdf)> (besucht am 19. Juli 2012).

<sup>78</sup> *Balz*, ZIP 1996, 948 (949); *Huber*, ZZP 114 (2001), 133 (140); *Kemper*, ZIP 2001, 1609 (1612).

Für unselbstständig Erwerbstätige könnte entweder an den Wohnsitz<sup>79</sup> oder aber auch an den gewöhnlichen Aufenthaltsort<sup>80</sup> angeknüpft werden. Zwar entspricht die Anknüpfung an den Wohnsitz der deutschen Rechtslage in § 3 I 1 InsO i.V.m. § 13 ZPO i.V.m. § 7 BGB, jedoch bezieht sich dies allein auf die örtliche und nicht auf die internationale Zuständigkeit, durch die das anzuwendende materielle Recht indirekt mitbestimmt wird und deren Bestimmung daher eine gesteigerte Beachtung aller Beteiligteninteressen erfordert.<sup>81</sup> Daher ist der Sinn und Zweck der COMI-Anknüpfung in die Betrachtung miteinzubeziehen. Der Begriff des Interesses im Rahmen des COMI soll generell wirtschaftliche Tätigkeiten erfassen.<sup>82</sup> Für den Wohnsitzbegriff ist dieser Aspekt jedoch völlig irrelevant. Hinzu kommt, dass der Begriff des Wohnsitzes in den Mitgliedstaaten mit einem unterschiedlichen Verständnis belegt ist.<sup>83</sup> Eine Anknüpfung an den Wohnsitz würde einer autonomen Auslegung daher nicht gerecht werden. Damit ist eine derartige Anknüpfung als ungeeignet anzusehen. Dies gilt auch für die Anknüpfung an den Lebensmittelpunkt<sup>84</sup>, bei dem nicht nur der Aufenthalt von bestimmter Dauer, sondern auch weitere Umstände, wie z.B. persönlicher, familiärer oder beruflicher Art, einbezogen und individuell gewichtet werden, so dass diese Anknüpfung dadurch wenig konturiert ist und vor allem durch die Individualität und die Einbeziehung rein privater Umstände für Dritte schwer feststellbar wird.

Der gewöhnliche Aufenthalt ist dagegen, wie in Erwägungsgrund 13 EuInsVO gefordert, für Dritte feststellbar und er liegt zumeist an dem Ort der wirtschaftlichen Betätigung, welche die Insolvenz begründet, so dass dementsprechend auch als Folge der Insolvenz das darauf folgende Insolvenzverfahren daran anknüpfen muss. Des Weiteren kann zwar ein Wohnsitz gleichzeitig an mehreren Orten bestehen, aber nicht ein gewöhnlicher Aufenthalt, so dass dieses in der EuGVVO<sup>85</sup> (bzw. früher im

<sup>79</sup> *Balz*, ZIP 1996, 948 (949); *Kemper*, ZIP 2001, 1609 (1612); *Fritz/Bähr*, DZWIR 2001, 221 (224); so auch noch *Virgos/Schmit*, in: Vorschläge und Gutachten, 32 (60).

<sup>80</sup> High Court of Justice London, Beschluss vom 20.12.2006 – No. 9849/02 = NZI 2007, 361 (364); *Taupitz*, ZZZ 111 (1998), 315 (326); *Mankowski*, NZI 2005, 368 (369 f.); *Huber*, ZZZ 114 (2001), 133 (140), der bei einem abweichenden gewöhnlichen Aufenthalt eine Durchbrechung der grundsätzlichen Anknüpfung an den Wohnsitz als notwendig folgert und damit durch die Annahme des gewöhnlichen Aufenthalts als vorrangiges und maßgebliches Kriterium zum gleichen Ergebnis kommt.

<sup>81</sup> Zwar wird im autonomen deutschen internationalen Insolvenzrecht auch eine analoge Anwendung des § 3 InsO vorgenommen und damit an die Regeln der örtlichen Zuständigkeit angeknüpft. Jedoch ist dies dadurch angemessen, dass jedenfalls bei juristischen Personen, Gesellschaften und selbstständig tätigen natürlichen Personen das Vorrangverhältnis des § 3 I 2 InsO zu beachten ist, welcher zu einer Regelung führt, die dem COMI ähnelt.

<sup>82</sup> *Virgos/Schmit*, in: Vorschläge und Gutachten, 32 (60).

<sup>83</sup> *Reinhart*, in: Kirchhof/Lwowski/Stürner (Hrsg.), Münchener Kommentar zur InsO, Art. 3 EuInsVO, Rn. 41; *von Bar/Mankowski*, Internationales Privatrecht, § 7, Rn. 24 ff.; *Schlösser*, EU-Zivilprozessrecht, Art. 59 EuGVVO, Rn. 3, 5: die vor allem das unterschiedliche Verständnis des Begriffes des Wohnsitzes im deutschen Recht zum in den common law-Staaten (z.B. UK) verwendeten Begriff des *domicile* herausstellen. Aber auch andere Staaten, wie z.B. Belgien, verwenden den Begriff des Wohnsitzes mit einem anderen Inhalt.

<sup>84</sup> *Reinhart*, in: Kirchhof/Lwowski/Stürner (Hrsg.), Münchener Kommentar zur InsO, Art. 3 EuInsVO, Rn. 43.

<sup>85</sup> Verordnung über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen: Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22. Dezember 2000.



EuGVÜ) sich zeigende Problem der möglichen mehrfachen internationalen Zuständigkeit bei einer Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt vermieden wird.<sup>86</sup> Letzterer ist daher grundsätzlich als Anknüpfungspunkt für das COMI anzusehen. Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn der Interessenmittelpunkt an einem anderen Ort festgestellt wird: in diesem Fall ist dieser Ort maßgeblich.

Im autonomen deutschen internationalen Insolvenzrecht muss hingegen in analoger Anwendung des § 3 I 1 InsO i.V.m. § 13 ZPO i.V.m. § 7 BGB an den Wohnsitz angeknüpft werden. Diesem Auseinanderfallen von autonomem internationalen Insolvenzrecht und EuInsVO zu entgehen, obliegt dem deutschen Gesetzgeber.

## II. „Forum Shopping“

### 1. *Begrifflichkeit*

Nach der EuInsVO soll nur der Mitgliedstaat international zuständig sein, in dessen Gebiet das COMI liegt. Naturgemäß kann der Mittelpunkt der hauptsächlichen Schuldnerinteressen nur an einem Ort liegen, so dass auch nur eine internationale Zuständigkeit bestehen kann. Daran anknüpfend ist im Internationalen Insolvenzrecht unter „forum shopping“ nicht nur die Zuständigkeitswahl (die daher hier nicht relevant ist), sondern vor allem die Zuständigkeitserschleichung zu verstehen ist, bei dem der Schuldner das für ihn günstigste Forum anstrebt, d.h. die Zuständigkeit des Mitgliedstaates herbeiführt, der für ihn die bessere Rechtsstellung bereit hält.<sup>87</sup>

### 2. *Bedeutung des forum shoppings*

Forum shopping<sup>88</sup> und Wettbewerb sind von gegenseitiger Abhängigkeit geprägt. Forum shopping kann nur existieren, wenn es Wettbewerb gibt, und Wettbewerb kann es nur bei der Möglichkeit zum forum shopping geben. Konkreter formuliert heißt dies: der Regulierungswettbewerb kann, wie auch der wirtschaftliche Wettbewerb, nur bestehen, wenn es Anbieter (Regelgeber) und Nachfrager (Schuldner) gibt und Letztere unmittelbare (direkte Rechtswahl) oder mittelbare (tatsächliche Erfüllung der Voraussetzungen einer Norm) Wahlmöglichkeiten bezüglich der verschiedenen Angebote haben, so dass weder eine Monopolstellung eines Anbieters noch eine grundsätzliche Beschränkung der Wahlmöglichkeiten vorliegt.<sup>89</sup> Durch die Möglichkeit, eine andere Rechtsordnung frei zu wählen (Mobilität) und forum shopping zu

<sup>86</sup> von Bar/Mankowski, Internationales Privatrecht, § 7, Rn. 24; Duursma-Kepplinger, in: Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky, EuInsVO-Kommentar, Art. 3 EuInsVO, Rn. 21; Westpfahl/Goetker/Wilkens, Grenzüberschreitende Insolvenzen, Rn. 154 f.

<sup>87</sup> Thole, ZZP 122 (2009), 423 (425); Saenger/Klockenbrink, DZWIR 2006, 183 (184); Knof, ZInsO 2005, 1017 (1025); Huber, in: Gottwald (Hrsg.), Europäisches Insolvenzrecht, 3; Reuß, Forum Shopping, 6 f.

<sup>88</sup> Eine interessante empirische Untersuchung legten Eidenmüller/Frobenius/Prusko, NZI 2010, 545 vor.

<sup>89</sup> Grundmann, ZGR 2001, 783 (793 f.); Reuß, Forum Shopping, 14 ff.; Kerber, in: Grundmann (Hrsg.), Systembildung und Systemlücken, 80 f.

betreiben, wird für die anderen Staaten wiederum ein Anreiz geschaffen, ihre Rechtsordnungen durch Reformen zu verbessern, durch die Möglichkeit wechselseitigen Lernens aus den Erfahrungen der Anderen angemessene Problemlösungen im eigenen Recht zu finden, dieses innovativ weiterzuentwickeln und damit das „beste Recht“ zu schaffen.<sup>90</sup> Mithin ist forum shopping sowohl als Motor als auch als Ergebnis des Wettbewerbs in einem sich endlich steigernden Kreislauf anzusehen.

Forum Shopping, auch als „Insolvenztourismus“ bezeichnet, wird, als zunächst zulässige oder auch gewünschte Wahrnehmung von Gestaltungsmöglichkeiten<sup>91</sup>, jedoch dann zu einem Problem, wenn im Widerspruch zu den Zielen des EU-Rechts die Gestaltungsmöglichkeiten zu binnenmarktschädlichen und verordnungsfremden Zwecken missbraucht werden und die Interessengerechtigkeit damit auf der Strecke bleibt. Dies wird vor allem zu Ungunsten der Gläubiger geschehen, die sich veränderten rechtlichen Rahmenbedingungen stellen müssen und denen durch die dadurch heraufbeschworene Unvorhersehbarkeit die Möglichkeit angemessener Entscheidungen im Rechtsverkehr genommen und damit eine Risikokalkulation willkürlich vereitelt wird.<sup>92</sup> Dies wiederum führt zur Gefährdung der Befriedigung der Gläubiger. Dementsprechend müssen diese unzulässigen Umgehungen des Art. 3 I EuInsVO und der jeweiligen nationalen Insolvenzbestimmungen, aber auch nur diese, verhindert werden.

### 3. *Forum shopping des Insolvenzschuldners*

Im Internationalen Insolvenzrecht kann aufgrund der bereits angesprochenen stark differierenden Unterschiede in den Rechtsordnungen die Anwendung des nationalen Insolvenzrechts eines bestimmten Staates, insbesondere für den Schuldner, besonders günstig sein. Daher ist eine Besserstellung der eigenen Position, gleich ob hinsichtlich prozessualer oder materieller Gestaltungen und Rechte, ob für juristische oder natürliche Personen, Ziel und Zweck des forum shoppings.<sup>93</sup> Mit Blick auf die entscheidende Bedeutung des materiellen Rechts wird klar, dass es primär meist nicht um die Wahl der internationalen Zuständigkeit, sondern um die Herbeiführung der Anwendung eines bestimmten materiellen Rechts geht und der Weg über die internationale Zuständigkeit, aufgrund der grundsätzlich Anwendung der *lex fori concursus*, nur notwendiges Mittel zum Zweck darstellt.

<sup>90</sup> Kerber, in: Grundmann (Hrsg.), Systembildung und Systemlücken, 75 ff., 80 f.; Reuß, Forum Shopping, 18; Eidenmüller, ZGR 2006, 467 (477).

<sup>91</sup> Reuß, Forum Shopping, 10 f.; Thole, ZZZ 122 (2009), 423 (425); Sander/Breßler, ZZZ 122 (2009), 157 (162); von Bar/Mankowski, Internationales Privatrecht, § 5, Rn. 164 f.

<sup>92</sup> Siehe oben: Abschnitt C.I.1.a) und C.I.1.b); ausführlich: Reuß, Forum Shopping, 11 ff., 17 f.; dies bei einer „offenkundigen Rückkehroption“ annehmend: d’Avoine, NZI 2011, 310 (31).

<sup>93</sup> Reuß, Forum Shopping, 8 f., 63 ff.; d’Avoine, NZI 2011, 310 (310); Saenger/Klockenbrink, DZWIR 2006, 183 (184), die richtig auf die für natürliche Personen bestehende Relevanz der Möglichkeit einer günstigeren Gestaltung der Restschuldbefreiung, vor allem in zeitlicher Hinsicht, hinweisen; zum Restschuldbefreiungstourismus auch: Hergenröder, DZWIR 2009, 309.

#### 4. Die Möglichkeiten des *forum shopping*s

Die Herbeiführung einer günstigeren Position kann sowohl bezüglich des Haupt- als auch der Partikularinsolvenzverfahren im weiten Sinne oder auch im Rahmen der Sonderanknüpfungen geschehen. Hierbei kann sich der Schuldner die oben beschriebene Möglichkeit der Kombination von Universalitäts- und Territorialprinzip, die dem Grunde nach dem Gläubigerschutz dienen soll,<sup>94</sup> zu Nutze machen, um so die Wirkungen des Hauptinsolvenzverfahrens zu beschränken. Dies ist möglich, weil die Gegenstände und Rechtsverhältnisse, die dem Anwendungsbereich eines (eröffneten) räumlich begrenzten Partikularinsolvenzverfahrens im weiten Sinne unterliegen, gem. Art. 3 II, 17 I, 27 EuInsVO nicht den Wirkungen des Hauptinsolvenzverfahrens unterstehen.<sup>95</sup> Für die Eröffnung eines solchen Territorialverfahrens kann der Schuldner, in Voraussicht der Insolvenz, die Grundsteine legen, indem er eine Niederlassung in dem betreffenden Mitgliedstaat errichtet bzw. diese dorthin verlegt oder Vermögensgegenstände in den Staat der Niederlassung verbringt. Eine derartige Verbringung von Gegenständen in einen anderen Staat ist auch für die Anwendung der Sonderanknüpfungen relevant.

Von größerer Bedeutung ist aber die Einflussnahme auf das Hauptverfahren: Gem. Art. 4 EuInsVO wird das Insolvenzrecht nach dem Staat der Verfahrenseröffnung und damit nach dem COMI bestimmt – jenes ist damit für den Schuldner Ausgangspunkt zur Änderung des anzuwendenden Rechts. Dementsprechend erfolgt das *forum shopping* in die gewünschte Rechtsordnung durch die Verlegung des Mittelpunktes der hauptsächlichlichen Schuldnerinteressen in einen anderen Mitgliedstaat vor Stellung des Insolvenzantrages, indem eine tatsächliche oder auch nur vorgetäuschte örtliche Veränderung der Umstände, an die für das COMI anzuknüpfen ist<sup>96</sup>, oder die Verlegung des Sitzungssitzes<sup>97</sup> bei juristischen Personen und Gesellschaften vorgenommen wird. Dabei ist es folgerichtig, zu sagen, dass eine gezielte Verlegung des COMI umso einfacher ist, je größer der Kreis der möglichen Anknüpfungskriterien gezogen und je mehr auf interne Kriterien abgestellt wird. Wie oben bereits erläutert,

<sup>94</sup> Siehe oben: Abschnitt B.IV.3 und B.IV.4.

<sup>95</sup> *Virgos/Schmit*, in: Vorschläge und Gutachten, 32 (87); *Leible/Staudinger*, KTS 2000, 533 (562); *Duursma-Kepplinger/Chalupsky*, in: *Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky*, EuInsVO-Kommentar, Art. 17 EuInsVO, Rn. 10.

<sup>96</sup> Siehe oben: Abschnitt C.I.1.b) und C.I.1.c).

<sup>97</sup> Die Sitzverlegung ist aber nicht uneingeschränkt möglich: Der EuGH hat in der *Cartesio-Entscheidung* (EuGH, Rs. C-210/06, *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*, Slg. 2008, I-9641 Rn. 110) festgelegt, dass es einem Mitgliedstaat ohne Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit gestattet ist, einer nach dem nationalen Recht dieses Mitgliedstaates gegründeten Gesellschaft die Verlegung ihres Sitzes in einen anderen Mitgliedstaat unter gleichzeitiger Beibehaltung ihrer Eigenschaft als Gesellschaft des nationalen Rechts des Mitgliedstaates, nach dessen Recht sie gegründet wurde, zu verwehren und damit den Wegzug zu beschränken. Eine solche Beschränkung gilt hiernach hingegen nicht (gem. Art. 49, 54 AEUV verboten) für eine Verlegung des Sitzes unter grenzüberschreitender Umwandlung der Gesellschaft in eine Gesellschaftsform des nationalen Rechts des Mitgliedstaates, in den der Sitz verlegt werden soll, soweit dies nach diesem Recht möglich ist. Diese, in der ersten Aussage kritisch zu betrachtende, Entscheidung bezüglich der Reichweite der Niederlassungsfreiheit ist aber nicht das einzige Problem: wie *Eidenmüller/Frobenius/Prusko*, NZI 2010, 545 (548) herausfinden, werden vor allem die hohen Kosten und die Komplexität einer „insolvenzmotivierten Sitzverlegung“ als Hindernisse angesehen.

ist es daher wichtig, konkreten Anknüpfungspunkten und einer engen Auslegung zu folgen. So scheiterten z.B. im Fall *Hans Brochier Holdings Ltd* die Bemühungen eines forum shoppings durch Verlegung des Satzungssitzes nach England daran, dass die Vermutung des Art. 3 I 2 EuInsVO widerlegt wurde, indem das COMI durch objektive, für Dritte feststellbare Umstände des operativen Geschäfts tatsächlich und abweichend vom Satzungssitz in Deutschland festgestellt wurde.<sup>98</sup>

Jedoch sind auch die objektiven, für Dritte feststellbaren Umstände des operativen Geschäfts örtlich veränderbar oder manipulierbar, so dass allein die oben geforderte enge Bestimmung des COMI anhand dieser Kriterien das forum shopping zwar eindämmen, aber nicht verhindern würde. Das COMI ist damit für den Schuldner zwar Ausgangspunkt zur Änderung des anzuwendenden Rechts, aber nicht gleichzeitig auch alleinige Lösung zur Vermeidung von forum shopping. Eine Verlegung ist nämlich grundsätzlich durch die europarechtlichen Grundfreiheiten der Arbeitnehmerfreizügigkeit gem. Art. 45 AEUV und der Niederlassungsfreiheit gem. Art. 49, 54 AEUV für natürliche Personen und Letztere gem. Art. 49, 54 AEUV auch für juristische Personen und Gesellschaften gerechtfertigt. Damit kann ein rechtsmissbräuchliches Verhalten nicht grundsätzlich bereits in den Fällen angenommen werden, in denen die Verlegung aufgrund des Willens geschieht, von einer z.B. kürzeren Verfahrenslaufzeit zu profitieren.<sup>99</sup> Das entspricht dem Gedanken des Wettbewerbs.

Fraglich ist daher, wann eine zulässige Verlegung rechtsmissbräuchlich wird. Dies ist einzelfallabhängig. Eine richtige Einschränkung in zeitlicher Hinsicht hat der EuGH jedoch in der *Staubitz-Schreiber-Entscheidung*<sup>100</sup> bereits deutlich gemacht: eine Verlegung des COMI in einen anderen Mitgliedstaat **nach Antragsstellung**, aber vor Verfahrenseröffnung, ist unbeachtlich und es bleibt das Gericht des Mitgliedstaates international zuständig, in dessen Gebiet der Schuldner zum Zeitpunkt der Stellung des Insolvenzeröffnungsantrages den Mittelpunkt seiner hauptsächlichen Interessen hat. Das reicht jedoch nicht als Einschränkung, es sind weitere Lösungen erforderlich.

## 5. Lösungsmöglichkeiten

Neben der soeben erwähnten Entscheidung des EuGH und der genauen Bestimmung des COMI durch die Anknüpfung an die Kriterien der *Business-Activity-Theorie* hält die EuInsVO auch selbst einige Modalitäten zur Eindämmung von forum shopping, vor allem bezüglich Sekundärinsolvenzverfahren, bereit: So steht dem Schuldner nach meinem Erachten regelmäßig kein Antragsrecht zur Eröffnung eines Sekundärinsolvenzverfahrens zu.<sup>101</sup> Des Weiteren sind in den Art. 31, 36 und in den

<sup>98</sup> AG Nürnberg, Beschluss vom 1.10.2006 – 8034 IN 1326/06 = ZIP 2007, 83 = EWiR 2007, 179 (179 f.) (mit Kurzkomentar *Kodek*); *Reuß*, Forum Shopping, 116, 324; *Eidenmüller*, KTS 2009, 137 (144), der, anders als Reuß, den Sachverhalt von einem anderen Ausgangspunkt betrachtete und damit von Betrug statt Rechtsmissbrauch ausging.

<sup>99</sup> *D'Avoine*, NZI 2011, 310 (312).

<sup>100</sup> EuGH, Rs. C-1/04, *Susanne Staubitz-Schreiber*, Slg. 2006, I-701.

<sup>101</sup> So auch: *Paulus*, EuInsVO-Kommentar, Art. 29 EuInsVO, Rn. 6; *Sabel*, NZI 2004, 126 (128); ein Antragsrecht des Schuldners bejahend: AG Köln, Beschluss vom 23.01.2004 – 71 IN 1/04 = ZIP 2004, 471 (473); *Liersch*, NZI 2004, 271 (272); differenzierend (nach der jeweiligen *lex fori concursus secundarii*) *Herchen*, in: Pannen, EuInsVO-Kommentar, Art. 29 EuInsVO, Rn. 21 ff.

Erwägungsgründen 12 a.E., 20 EuInsVO Koordinations- und Unterrichtungspflichten bei einer Parallelität von Haupt- und Sekundärinsolvenzverfahren normiert, wobei dem Verwalter des Hauptinsolvenzverfahrens gem. Art. 33 und Erwägungsgrund 20 EuInsVO Einwirkungsmöglichkeiten, wie die Beantragung der Aussetzung der Verwertung der Insolvenzmasse im Sekundärinsolvenzverfahren, gestattet werden. Aber auch die zentralen Bestimmungen der EuInsVO können forum shopping bereits einschränken. Hierfür ist die Anknüpfung an das COMI selbst und nicht an ein anderes Merkmal zu nennen. Der möglichen Änderung oder Ersetzung des COMI durch die Anknüpfung an andere Kriterien, wie an den Satzungssitz oder an eine Forum-/Rechtswahl, ist die oben zu Abschnitt C. I. 1. c) genannte Kritik ebenfalls entgegen zu bringen. Die von *Ringe* vorgeschlagene Trennung von prozessuellem und materiellem Recht, indem die internationale Zuständigkeit weiterhin gem. Art. 3 I EuInsVO für den Mitgliedstaat begründet ist, in dem das COMI liegt, sich aber das anzuwendende materielle Recht (nach einer Änderung des Art. 4 I EuInsVO) nach dem Recht des Staates richtet, in dem sich der Satzungssitz befindet, wird von ihm selbst direkt, wenn auch ungenügend, problematisiert, schließlich jedoch aufgrund des Vorteils durch den Gleichlauf von nationalem Gesellschafts- und Insolvenzrechts (einheitliche Rechtsordnung) vor dem jetzigen System bevorzugt.<sup>102</sup> Kritik übt er dennoch an den praktischen Problemen der Vermischung der nicht aufeinander abgestimmten Rechtsordnungen, die zur Nichtdurchsetzbarkeit des anzuwendenden Rechts führen können, z.B. wenn hoheitliche Aufgaben betroffen sind oder bestimmte Rechte nur in einer Rechtsordnung existieren.<sup>103</sup> Auch muss beachtet werden, dass dies dem in Erwägungsgrund 23 EuInsVO zum Ausdruck kommenden gesetzgeberischen Willen, das Verfahren durch aus derselben Rechtsordnung stammendes prozessuales und materielles Recht zu regeln, widersprechen würde. Weitere Argumente gegen die Ansicht *Ringes* stellen die Verdoppelung der Gestaltungsmöglichkeiten und die hinzukommenden negativen ökonomischen Auswirkungen in Form von erhöhtem Aufwand und vermehrten Kosten dar.<sup>104</sup>

Dagegen greifen weitere Vorschläge zur Lösung des Problems von forum shopping an verschiedenen anderen Ansatzpunkten an, wobei auch diesen Lösungswegen Kritik entgegen zu bringen ist. In zeitlicher Hinsicht wird die Unbeachtlichkeit der COMI- oder Sitz-Verlegung innerhalb einer bestimmten Zeit vor Antragsstellung vorgeschlagen, die jedoch die Niederlassungsfreiheit unbeachtet lässt und auch zulässige Gestaltungen verhindern würde.<sup>105</sup> Eine weitere Lösungsmöglichkeit wäre die Eröffnung eines Partikularinsolvenzverfahrens im weiten Sinne gem. Art. 3 II EuInsVO für den Ort der früheren COMI-Belegenheit, die aber nur bei Bestehen einer dortigen Niederlassung möglich ist und auch die Nachteile des forum shoppings (bezüglich des Hauptinsolvenzverfahrens) nicht kompensieren könnte. Auch dem Weg über die Verhinderung der Wirkungen des in einem anderen Mitgliedstaat eröffneten

und *Reinhardt*, in: Kirchhof/Lwowski/Stürner (Hrsg.), Münchener Kommentar zur InsO, Art. 29 EuInsVO, Rn. 8.

<sup>102</sup> *Ringe*, EBOR (2008) 9, 579 (615).

<sup>103</sup> *Ibid.*, 579 (615 f.); diese Bedenken äußert auch: *Reuß*, Forum Shopping, 154 f.

<sup>104</sup> *Reuß*, Forum Shopping, 155.

<sup>105</sup> So nun auch: EuGH, Rs. C-396/09, *Interedil*, Slg. 2011, I-0000 Rn. 56.

Verfahrens sind Bedenken entgegen zu setzen. Als gewollt alleinig normierte Ausnahme vom Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung und des gegenseitigen Vertrauens gilt der Verstoß gegen den jeweiligen *ordre public* eines Mitgliedstaates gem. Art. 26 EuInsVO als das „einzige“ Anerkennungshindernis<sup>106</sup> der Verordnung, der aus diesem Grund eng auszulegen und nicht auf weitere Fälle zu übertragen ist, so dass es als *ultimo ratio* damit nicht bei der reinen Ausnutzung der Vorteile, die die Unterschiede der verschiedenen Rechtsordnungen mit sich bringen, angewandt werden kann.<sup>107</sup> Vorgeschlagen wird auch die *anti-suit injunction* und die Anfechtung durch das Gericht des Sekundär-/Partikularinsolvenzverfahrens, die jedoch mit den Prinzipien der gegenseitigen Anerkennung und Vertrauens der EuInsVO nicht vereinbar ist.<sup>108</sup> Mit der gleichen Begründung ist Zurückhaltung auch beim Rechtsmissbrauchsverbot als allgemeiner Rechtsgrundsatz, der zur Unwirksamkeit der missbräuchlichen Gestaltung führen würde, geboten und auch hier sind die Grenzen durch die soeben genannten Prinzipien der EuInsVO gesetzt, so dass allein das jeweilige Verfahrensgericht das Rechtsmissbrauchsverbot geltend machen könnte.<sup>109</sup> All diese Vorschläge können unzulässiges *forum shopping* daher nur in ganz wenigen, aber nicht in allen Fällen angemessen verhindern.

Zur Verringerung des missbräuchlichen *forum shopping*s ist es daher erforderlich, dass eine interessengerechte internationale Zuständigkeitsregelung endlich durch die zwingende Anknüpfung des COMI an die oben bereits genannten Kriterien mit Hilfe der vorgeschlagenen Mittel normiert wird.<sup>110</sup>

Angereichert werden muss diese Lösung mit einem Kommunikations-, Koordinations- und Informationsausbau, der der Feststellung und somit der Verhinderung von rechtsmissbräuchlichem *forum shopping* dient. Auch eine eigene Regelung zu Rechtsmissbrauch und Betrug sollte in die EuInsVO aufgenommen werden, welche sowohl die rechtsmissbräuchlich tatsächliche als auch die vorgetäuschte Verlegung des COMI, sowie die missbräuchliche Ausnutzung von Partikularinsolvenzverfahren im weiten Sinne erfasst und so der missbräuchlichen Gestaltung Einhalt gebietet. Dem Schuldner wird hierdurch eine im Rahmen wirtschaftlicher Erwägungen notwendige oder nachvollziehbare Verlegung seines COMI weiterhin möglich bleiben, wobei diese jedoch, zur Verhinderung von *forum shopping*, an die Feststellbarkeit für die Gläubiger gebunden sein muss.

Zum autonomen deutschen internationalen Insolvenzrecht gilt Entsprechendes.

<sup>106</sup> Daneben normiert auch Art. 25 III EuInsVO ein Anerkennungshindernis, dessen Fälle aber zu meist bereits unter den *ordre public*-Vorbehalt fallen und diese daher keine weitergehende Funktion erfüllen.

<sup>107</sup> Reuß, *Forum Shopping*, 194, 196 f.; *d'Avoine*, NZI 2011, 310 (313 f.); *Saenger/Klockenbrink*, DZWIR 2006, 183 (185); allgemein zur Auslegung des *ordre public*-Vorbehalts: EuGH, Rs. C-341/04, *Eurofood IFSC Ltd*, Slg. 2006, I-3813 Rn. 62 f.

<sup>108</sup> Reuß, *Forum Shopping*, 183 ff., 191 f., 194; *Weller*, ZGR 2008, 835 (851); auf Zurückhaltung bei der Stigmatisierung jeglicher Sitz- oder COMI-Verlegung als *forum shopping* weist unter Beachtung der Prinzipien des gegenseitigen Vertrauens und der gegenseitigen Anerkennung auch: *Paulus*, EuInsVO-Kommentar, Einleitung, Rn. 19 hin.

<sup>109</sup> Reuß, *Forum Shopping*, 318, 336 ff., 340.

<sup>110</sup> Siehe oben: Abschnitt C.I.1.c).

### III. Regelung von Konzerninsolvenzen

#### 1. Derzeitige Rechtslage

Zum Problem wird die Frage der Regelung von Konzerninsolvenzen erst dann, wenn die Satzungssitze von Mutter- und Tochtergesellschaft mitgliedstaatlich auseinander fallen und sich auch die tatsächlichen COMI nicht im selben Staat befinden. Die EuInsVO kennt keine Gruppeninsolvenzen – sie betrachtet jede juristische Einheit und damit jede rechtlich selbstständige (Tochter-) Gesellschaft gesondert, so dass sie auch für jede Einheit eine eigene internationale Zuständigkeit in Abhängigkeit vom jeweiligen COMI normiert.<sup>111</sup> Die EuInsVO enthält damit keine Regelung für Konzerninsolvenzen. Aus diesem Grund kommt es zu zahlreichen Insolvenzverfahren in verschiedenen Mitgliedstaaten, die durch die einzelnen Rechtsordnungen kaum koordiniert werden können und eine Sanierung des Konzerns unmöglich machen. Wie an den vielen Versuchen, einen einheitlichen Konzerngerichtsstand zu schaffen, zu sehen ist, ist eine solche Regelung zwar auch als erforderlich anzusehen, denn durch die Konzentration der Insolvenzverfahren an einem einheitlichen Gerichtsstand können ein wirtschaftliches Auseinanderreißen vermieden, eine bessere Koordinierung der Verfahren ermöglicht, deren Effizienz gesteigert und so dem Erwägungsgrund 2 und 8 EuInsVO Rechnung getragen werden.<sup>112</sup> Aber, auch wenn der EuGH die Konzerninsolvenz in seiner *Eurofood*-Entscheidung nicht als grundsätzlich unzulässig ausgeschlossen hat, darf der Weg über eine weite Auslegung des COMI, um so auch das COMI der Tochtergesellschaften am Ort des COMI der Muttergesellschaft verorten zu können, wie z.B. im Fall *Enron Directo SL*, aus oben genannten Gründen nicht anerkannt werden.<sup>113</sup> Eine Lösung muss über andere Wege erreicht werden.

#### 2. Änderungsmöglichkeiten

Die EuInsVO enthält, wie erläutert, keine Regelung für Konzerninsolvenzen. Eine einheitliche internationale Zuständigkeit kann aber auch nicht in die EuInsVO hineingelesen werden, indem (hundertprozentige) Tochtergesellschaften als Niederlassungen ihrer Muttergesellschaft im Sinne von Art. 2 lit. h) EuInsVO qualifiziert werden.<sup>114</sup> Gemacht wurde dies jedoch im Fall *ISA/Daisytek*.<sup>115</sup> Hierbei wird über die

<sup>111</sup> *Westpfahl/Goetker/Wilkens*, Grenzüberschreitende Insolvenzen, Rn. 127, 129; *Keggenhoff*, Internationale Zuständigkeit, 118 f., 150.

<sup>112</sup> *Keggenhoff*, Internationale Zuständigkeit, 185 f.; *Kompat*, Die neue Europäische Insolvenzverordnung, 98; *Bezelgues*, Konzerninsolvenzen in der Europäischen Union, 67, der diesen Aspekt jedoch nur auf eine Konzerninsolvenz mit getrennten Insolvenzmassen bezieht und für eine Konzerninsolvenz mit Bildung einer gemeinsamen Insolvenzmasse das Hauptziel der Vereinfachung der schwierigen finanziellen Lage und die Bestrafung von Rechtsmissbräuchen nennt.

<sup>113</sup> Siehe oben: Abschnitt C.I.1.a) und C.I.1.b); EuGH, Rs. C-341/04, *Eurofood IFSC Ltd*, Slg. 2006, I-3813; mit den genannten Gründen der Feststellbarkeit und Sicherheit für Dritte ist auch die Einfügung einer Konzernregelung, die das COMI als für alle Konzerngesellschaften am Ort der head office functions belegen ansieht, abzulehnen.

<sup>114</sup> *Riedemann*, in: Pannen, EuInsVO-Kommentar, Art. 2 EuInsVO, Rn. 60; *Vallender*, KTS 2005, 283 (303); *Bezelgues*, Konzerninsolvenzen in der Europäischen Union, 213, 215 f.

<sup>115</sup> AG Düsseldorf, Beschluss vom 12.03.2004 – 502 IN 126/03 = ZIP 2004, 623 (625).

Tochtergesellschaft nur ein Sekundärinsolvenzverfahren zu dem Hauptinsolvenzverfahren über die Konzernmutter eröffnet, was zur Aberkennung der eigenen, juristisch selbstständigen Rechtspersönlichkeit entgegen dem bereits genannten System der EuInsVO<sup>116</sup>, zur gem. Art. 3 III 2 EuInsVO notwendigen Liquidation der Tochtergesellschaft und auch zur Zusammenfassung der Vermögen aller Gesellschaften zu einer gemeinsamen Insolvenzmasse führen würde.<sup>117</sup> Dies hätte Unsicherheiten und eine Gefährdung der Gläubigerbefriedigung zur Folge.

Der dem vorangegangenen Weg ähnelnde Vorschlag der modifizierten Verfahrenskonzentration, nach der über die Tochtergesellschaft am Sitz der Muttergesellschaft ein Hauptinsolvenzverfahren und gleichzeitig am satzungsmäßigen Sitz der Tochtergesellschaft (der fraglicherweise als Niederlassung und nicht als die Hauptverfahrenszuständigkeit begründendes COMI qualifiziert wird) ein Sekundärinsolvenzverfahren eröffnet wird<sup>118</sup>, bringt aufgrund der hierbei ausschlaggebenden Entfaltung des Sekundärinsolvenzverfahrens nur ein fast nutz- und wirkungsloses Hauptinsolvenzverfahren hervor.<sup>119</sup> Aber auch hier verhindert die gem. Art. 3 III 2 EuInsVO unabdingbare Notwendigkeit der Durchführung eines Liquidationsverfahrens, auch wenn dieses den Zielen des Hauptverfahrens dienen muss, das eigentlich angestrebte Ziel des Verlangens nach einer einheitlichen Konzerninsolvenz, welches in der Ermöglichung einer flexibleren und erfolgreicherer Sanierung des gesamten Konzerns zu erblicken ist.<sup>120</sup> Dennoch ist der Gedanke hinter dem Weg über das Sekundärinsolvenzverfahren, die Koordinations-, Kooperations- und Unterrichtungspflichten gem. Art. 31-35 EuInsVO zur Anwendung zu bringen, richtig und verfolgenswert. Dies könnte man aber auch mit einer zu normierenden Koordinierungspflicht bezüglich der einzelnen Verfahren der Konzerngesellschaften erreichen<sup>121</sup>, denn auch bei Kon-

<sup>116</sup> Die EuInsVO betrachtet jede juristische Einheit und damit jede rechtlich selbstständige (Tochter-)Gesellschaft gesondert; der Niederlassungsbegriff gem. Art. 2 lit. h) EuInsVO kann aufgrund der gesetzlichen Systematik, vor allem in den Art. 27 EuInsVO, aber nur unselbstständige Gesellschaftsteile umfassen, so dass das Haupt- und die Sekundärinsolvenzverfahren stets **ein und denselben** Schuldner, d.h. nur eine rechtlich selbstständige Gesellschaft, betreffen.

<sup>117</sup> *Riedemann*, in: Pannen, EuInsVO-Kommentar, Art. 2 EuInsVO, Rn. 60; *Bezelgues*, Konzerninsolvenzen in der Europäischen Union, 215 ff.; *Reuß*, Forum Shopping, 364; *Kompat*, Die neue Europäische Insolvenzverordnung, 113 ff.

<sup>118</sup> *Bezelgues*, Konzerninsolvenzen in der Europäischen Union, 192 f.; *Weller*, ZHR 169 (2005), 570 (583 ff); dagegen: *Smid*, DZWIR 2004, 397 (402).

<sup>119</sup> *Bezelgues*, Konzerninsolvenzen in der Europäischen Union, 193 f.; a.A. *Sabel*, NZI 2004, 126 (127), der die Masse an Vermögen, das sich im Staat des Sekundärverfahrens belegen ist, nicht ausreichend würdigt.

<sup>120</sup> *Bezelgues*, Konzerninsolvenzen in der Europäischen Union, 202 ff.; *Westpfahl/Goetker/Wilkens*, Grenzüberschreitende Insolvenzen, Rn. 127; *Pannen*, in: Pannen, EuInsVO-Kommentar, Art. 3 EuInsVO, Rn. 46.

<sup>121</sup> *Reuß*, Forum Shopping, 366 ff.; für eine nuancierte, aber umfangreichere Verknüpfung der Hauptinsolvenzverfahren von Mutter- und Tochtergesellschaften durch die analoge Anwendung der Art. 27 ff. EuInsVO, wodurch dem Insolvenzverwalter des Verfahrens über die Muttergesellschaft die Rechte eingeräumt werden, die dem Insolvenzverwalter eines Hauptinsolvenzverfahrens gegenüber dem Sekundärinsolvenzverfahren zustehen, spricht sich aus: *van Galen*, The European Insolvency Regulation and Groups of Companies, 8 ff., erhältlich im Internet: <<http://www.iiiglobal.org/component/jdownloads/?task=finish&cid=399&catid=39>> (besucht am 19. Juli 2012); a.A. *Vallender/Deyda*, NZI 2009, 825 (831, 833), die gegen einen internationalen Konzerngerichtsstand sind, jedoch auch zu bedenken geben, dass eine enge Koordinierung der



zerninsolvenzen geht es lediglich darum, eine die Koordinierung ermöglichende, einheitliche internationale Zuständigkeit bzw. einen Gerichtsstand für die verschiedenen Verfahren der einzelnen insolventen Konzerngesellschaften zu begründen und nicht darum, ein einziges Verfahren über alle Gesellschaften des Konzerns zu eröffnen. Durch eine reine Koordinierungspflicht bei Konzernen würden zwar Unsicherheiten vermieden, die dadurch entstehen, dass bei einheitlichen Konzernzuständigkeiten die internationale Zuständigkeit vom wahren COMI abweicht. Die Frage, ob nun schon ein Konzerngerichtsstand eingreift oder noch immer das eigene COMI einschlägig ist, stellt sich zu Gunsten der eigenständigen COMI-Bestimmung für jede Gesellschaft dann nicht mehr. Damit wird der mangelnden Feststellbarkeit für Dritte sowie der damit bestehenden weiteren Möglichkeit für forum shopping vorgebeugt. Jedoch ist sowohl die ausnahmslose Verständigung sämtlicher Gerichte zweifelhaft als auch die strikte Einhaltung dieser Pflicht unzureichend gesichert.

Festzuhalten bleibt, dass nach den derzeitigen Regelungen der EuInsVO eine Konzerninsolvenz mit einem einheitlichen Konzerngerichtsstand *de lege lata* nicht möglich und daher der Verordnungsgeber gefragt ist. Dabei ist jedoch zu beachten, dass ein für den gesamten Konzern einheitlicher Gerichtsstand vom COMI einiger Konzerngesellschaften abweichen kann und dadurch der Feststellbarkeit für Dritte abträglich wirkt. Dies führt zu Unsicherheiten bei den Gläubigern. Für die EuInsVO ist die Feststellbarkeit und Vermeidung von Unsicherheiten für Dritte jedoch von grundlegender Bedeutung und muss auch beibehalten werden. Eine neue Regelung sollte dementsprechend mit dem COMI konform gehen. Welche konkreten Regelungen hier getroffen werden müssen, erfordert eine umfangreiche und detaillierte Ausarbeitung, die im Rahmen dieser Arbeit, unter Beachtung der sich gegenüber stehenden Interessen, nicht die erforderliche Eingehung erfahren kann.

Auch im autonomen deutschen internationalen Insolvenzrecht existiert für Konzerninsolvenzen keine normative Grundlage, so dass Problematik und Gedanken auch auf das autonome Recht zu übertragen sind.

#### IV. Behandlung von Annexverfahren (*vis attractiva concursus*)

Die Problematik der Annexverfahren betrifft zwei Bereiche: zum einen die Frage nach der Bestimmung der internationalen Zuständigkeit für Annexverfahren und zum anderen die vorab zu entscheidende Frage, welche Verfahren als Annexverfahren zu qualifizieren sind.

Bedeutung erlangen diese Verfahren hinsichtlich der Förderung der Verfahrenseffizienz, was durch einen Gleichlauf bestimmter Rechtsbereiche erreicht werden soll. *Ringe* wollte durch die Trennung von materiellem und prozessualen Recht ein Auseinanderfallen von Insolvenz- und Gesellschaftsstatut verhindern, so dass die aufeinander abgestimmten Gläubigerschutzregelungen dieser beiden Rechtsgebiete nicht beeinträchtigt werden. Im Rahmen der Frage der Behandlung der Annexverfahren ist neben dem Erreichen eines prozessualen Gleichlaufs der internationalen Zuständigkeit

einzelnen Insolvenzverfahren nicht für jeden Konzern vorteilhaft ist und damit wohl auch eine solche Koordinierungspflicht ohne jegliche Differenzierungen ablehnen würden.

ten von Insolvenz- und Annexverfahren auch die Bedeutung eines Gleichlaufs von internationaler Zuständigkeit und anwendbarem Recht für Annexverfahren, welcher in der Folge zu einer teilweisen Übereinstimmung von Insolvenz- und Gesellschaftsstatut führen kann, von Interesse. Bezüglich dieser Parallelitätsvorstellungen herrscht noch breite Uneinigkeit. Hierbei ist die Abgrenzung von EuInsVO und EuGVVO und damit des Insolvenzrechts zu anderen Rechtsgebieten von grundlegender Bedeutung. Die Anwendungsbereiche von EuInsVO und EuGVVO sollen dabei lückenlos ineinander übergehen. So ist zwar in der EuGVVO als Ausnahme von deren Anwendung gem. Art. 1 II lit. b) nur das Insolvenzverfahren selbst aufgezählt, jedoch sah der EuGH „Entscheidungen, die sich auf ein Insolvenzverfahren beziehen [Annexverfahren] nur dann von der Anwendung des Übereinkommens [EuGVÜ, heute EuGVVO] ausgeschlossen, wenn sie unmittelbar aus diesem Verfahren hervorgehen und sich eng innerhalb des Rahmens eines Konkurs- oder Vergleichsverfahrens [...] halten“<sup>122</sup>. Diese speziellen Annexverfahren müssen daher dem Anwendungsbereich der EuInsVO als speziellerem Gesetz unterstehen.

Die Frage ist aber vielmehr, wie weit diese Definition reicht. Hierbei ist zu beachten, dass gem. Erwägungsgrund 2, 6 und 8 EuInsVO nur solche Einzelverfahren als Annexverfahren zu qualifizieren sind, die so eng mit dem Insolvenzverfahren verzahnt sind, dass es zur Bewirkung effizienter und wirksamer grenzüberschreitender Insolvenzverfahren notwendig und nicht nur förderlich erscheint, diese „in einem System“ zu regeln, und bezüglich der die Anwendung der Verordnung verhältnismäßig ist.<sup>123</sup> Ist auf das Einzelverfahren das materielle Recht des Eröffnungsstaates anwendbar, ist allein der dadurch mögliche Gleichlauf von internationaler Zuständigkeit und anwendbarem Recht nicht ausreichend. Das Einzelverfahren bzw. der betroffene Anspruch muss eine insolvenzrechtliche Natur aufweisen, die dadurch gekennzeichnet ist, dass der Anspruch seine Rechtsgrundlage im Insolvenzrecht findet, d.h. das Verfahren ohne die Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht entstehen könnte bzw. durch dieses qualitativ insolvenzrechtlich modifiziert wird, das gleiche Verfahrensziel wie dieses verfolgt und somit unmittelbar der Verwirklichung des Insolvenzverfahrenszweckes dient.<sup>124</sup> Jedoch wird die diesbezügliche Einordnung eines Verfahrens oder Anspruchs durch das jeweilige nationale Recht der Mitgliedstaaten getroffen, so dass jeder nationale Einzelfall gesondert zu betrachten ist.<sup>125</sup> Die Insolvenzanfechtung gem. §§ 129 ff. InsO ist ein typisches Beispiel für Annexverfahren.<sup>126</sup> Weitere Verfahren, wie Klagen über Aus- oder Absonderung, Feststellung von Gläubigerforderungen, Insolvenzverwalterhaftung, gesellschaftsrechtliche Gläubigerschutzansprüche, sind jeweils einzeln zu betrachten. Das Vorabentscheidungsersuchen des LG Essen<sup>127</sup> be-

<sup>122</sup> EuGH, Rs. 133/78, *Gourdain/Nadler*, Slg. 1979, 733 Rn. 4; daran festgehalten in: EuGH, Rs. C-339/07, *Seagon/Deko Marty Belgium*, Slg. 2009, I-767.

<sup>123</sup> *Willemer*, *Vis attractiva concursus*, 124 ff; *Oberhammer*, ZInsO 2004, 761 (767).

<sup>124</sup> *Zeuner/Elsner*, DZWIR 2008, 1 (3); *Lorenz*, Annexverfahren, 63; *Willemer*, *Vis attractiva concursus*, 129 f.

<sup>125</sup> *Zeuner/Elsner*, DZWIR 2008, 1 (4); *Lorenz*, Annexverfahren, 62 f.; *Haubold*, IPRax 2002, 157 (162).

<sup>126</sup> EuGH, Rs. C-339/07, *Seagon/Deko Marty Belgium*, Slg. 2009, I-767; *Zeuner/Elsner*, DZWIR 2008, 1 (4); *Haubold*, IPRax 2002, 157 (162); *Paulus*, ZInsO 2006, 295, (297 f.).

<sup>127</sup> LG Essen, Vorlagebeschluss vom 25.11.2010 – 43 O 129/09 = ZIP 2011, 875.

züglich der Anwendung des Art. 3 I EuInsVO bei Anspruchskonkurrenz von Anfechtungsansprüchen und gesellschaftsrechtlichen Ansprüchen aus Kapitalerhaltungsrecht („Altfälle“) lässt die Frage nach einem Zusammenhang zwischen der Anwendung inländischer Rechtsinstitute auf Auslandsgesellschaften im Rahmen des Internationalen Insolvenz- und Gesellschaftsrechts und Annexverfahren, bzw. deren Kriterien, aufkommen. Jedoch kann dieser Zusammenhang und die darauf basierende Weiterführung des Problems nur Gegenstand eingehender und umfassender Forschungsarbeit sein, die im Rahmen der reinen Problembetrachtung nicht ausreichend ausgeführt werden kann.

Die erste Frage, welcher Staat für Annexverfahren international zuständig ist, wurde durch die EuInsVO nicht geregelt. Diese Problematik gewinnt seine grundlegende Bedeutung aber daraus, dass die Entscheidung der internationalen Zuständigkeit Auswirkungen auf das materiell anzuwendende Recht hat, weil dieses in Abhängigkeit vom Kollisionsrecht des jeweilig international zuständigen Verfahrensstaates unterschiedlich bestimmt werden kann. Dahinter steht das Problem, ob aus der EuInsVO zu folgern ist, dass die Gerichte des Mitgliedstaates, die für die Eröffnung des Insolvenzverfahrens international zuständig sind, im Sinne einer *vis attractiva concursus* auch für die beschriebenen Annexverfahren international zuständig sind. Hierzu hat sich der EuGH im Rahmen eines Vorabentscheidungsersuchens bezüglich Insolvenzanfechtungsklagen gegen einen Anfechtungsgegner, der seinen satzungsmäßigen Sitz in einem anderen Mitgliedstaat hat, der Meinung angeschlossen, die die internationale Zuständigkeit in analoger Anwendung des Art. 3 I EuInsVO bestimmt.<sup>128</sup> Die Grundlagen hierfür finden sich in der aus dem Wortlaut des Erwägungsgrundes 6 EuInsVO hervorgehenden, eindeutigen gesetzgeberischen Absicht (der die Planwidrigkeit der Regelungslücke verdeutlicht), in der Steigerung der Effizienz und damit der Verwirklichung der Erwägungsgründe 2 und 8 EuInsVO sowie in der Verhinderung von *forum shopping* und in der Systematik von Art. 3 I i.V.m. 25 I EuInsVO.<sup>129</sup> Im Gegensatz dazu würde eine Anwendung der Normen der EuGVVO auf Annexverfahren nach Art. 25 I Unterabsatz 2 EuInsVO dem Willen des Verordnungsgebers entgegenstehen und die Lücke wieder öffnen, die der Verordnungsgeber mit der Übernahme der EuGH-Formulierung<sup>130</sup> in Art. 25 I Unterabsatz 2 EuInsVO schließen wollte.<sup>131</sup>

<sup>128</sup> EuGH, Rs. C-339/07, *Seagon/Deko Marty Belgium*, Slg. 2009, I-767 Rn. 21, 28.

<sup>129</sup> EuGH, Rs. C-339/07, *Seagon/Deko Marty Belgium*, Slg. 2009, I-767 Rn. 22 ff.

<sup>130</sup> Die Formulierung des EuGH zur Auslegung des Art. 1 II Nr. 2 EuGVÜ (wortlautgetreu nun Art. 1 II lit. b) EuGVVO) bezüglich des Anwendungsbereiches der Zuständigkeitsregelung der EuGVÜ: „[...] Entscheidungen, die sich auf ein Insolvenzverfahren beziehen, sind nur dann von der Anwendung des Übereinkommens [EuGVÜ, heute EuGVVO] ausgeschlossen, wenn sie unmittelbar aus diesem Verfahren hervorgehen und sich eng innerhalb des Rahmens eines Konkurs- oder Vergleichsverfahrens [...] halten.“, EuGH, Rs. 133/78, *Gourdain/Nadler*, Slg. 1979, 733 Rn. 4, wurde in die EuInsVO (Art. 25 I Unterabsatz 2) übernommen, um die entstandene Lücke in der EuGVVO durch die Anwendung der EuInsVO zu schließen und damit Rechtslücken zu vermeiden.

<sup>131</sup> *Lüer*, in: Uhlenbruck (Hrsg.), *InsO-Kommentar*, Art. 3 EuInsVO, Rn. 58; *Westpfahl/Goetker/Wilkens*, *Grenzüberschreitende Insolvenzen*, Rn. 216; *Pannen*, in: *Pannen*, *EuInsVO-Kommentar*, Art. 3 EuInsVO, Rn. 105; *Gruber*, in: *Haß/Huber/Gruber/Heiderhoff*, *EU-InsO-Kommentar*, Art. 25 EuInsVO, Rn. 25 f; *Willemer*, *Vis attractiva concursus*, 89 f.

Auch eine Anwendung des autonomen nationalen Zuständigkeitsrechts der einzelnen Mitgliedstaaten würde dem Ziel des Erwägungsgrundes 6 EuInsVO widersprechen und zur Verhinderung einer gewollten einheitlichen Regelung der internationalen Zuständigkeit in Europa und mithin zu Kompetenzkonflikten führen.<sup>132</sup>

Die besagte Rechtsprechung ist auch auf andere Annexverfahren zu übertragen, so dass das Gericht des Mitgliedstaates, welches gem. Art. 3 I EuInsVO für die Eröffnung des Insolvenzverfahrens hauptsächlich zuständig ist, in analoger Anwendung dieser Norm auch für die mit dem Insolvenzverfahren in besagter qualifizierter Weise zusammenhängenden Einzelverfahren die internationale Zuständigkeit erlangt.

## V. Weitere Problemschwerpunkte

Weitere interessante Problemschwerpunkte sind z.B. die, aufgrund der Attraktivität der Insolvenzrechte anderer Rechtsordnungen, bereits angesprochenen Privatinsolvenzen in England und Frankreich sowie die Sanierungsmöglichkeiten in England. Interessant zu bleiben versprechen auch die Fragen der Anwendung der EuInsVO gegenüber Drittstaaten (Nichtmitgliedstaaten der EU und Dänemark), der Amtsermittlungspflicht, des Kommunikations-, Koordinations- und Informationsausbau sowie der Modifizierung deutscher InsO-Normen durch das Internationale Insolvenzrecht. An der Schnittstelle von Insolvenz- und Gesellschaftsrecht ergeben sich vielerlei Problempunkte. Im Kern dieser Probleme ist aber die Anwendung inländischer Rechtsinstitute auf Auslandsgesellschaften von ganz besonderer Bedeutung.

Die nähere Betrachtung dieser Problemkreise erfordert eine weitaus intensivere Betrachtung als es im Rahmen dieser Arbeit möglich erscheint. Es kann daher nicht näher darauf eingegangen werden.

## D. Der transnationale Eigentumsvorbehalt in der Insolvenz des Käufers

Der Eigentumsvorbehalt in seiner einfachen Form und vor allem in seinen Sonderformen steht im Geschäftsverkehr auf der Tagesordnung und nimmt dementsprechend in Unternehmensinsolvenzen einen wichtigen Stellenwert ein. Der transnationale Eigentumsvorbehalt erwächst dabei aus der Geschäftsbeziehung zwischen zwei oder mehreren Vertragspartnern, die aus unterschiedlichen Staaten stammen.

### I. Der Begriff des Eigentumsvorbehalts

Hierunter ist nach deutschem Recht eine im Rahmen des unbedingt geschlossenen schuldrechtlichen Verpflichtungsgeschäfts zwischen Käufer und Verkäufer geschlossene Vereinbarung zu verstehen, bei der sich der Verkäufer das Eigentum an der

<sup>132</sup> *Lüer*, in: Uhlenbruck (Hrsg.), InsO-Kommentar, Art. 3 EuInsVO, Rn. 59; *Duursma-Kepplinger*, in: Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky, EuInsVO-Kommentar, Art. 25 EuInsVO, Rn. 26; *Pannen*, in: Pannen, EuInsVO-Kommentar, Art. 3 EuInsVO, Rn. 100; *Gruber*, in: Haß/Huber/Gruber/Heiderhoff, EU-InsO-Kommentar, Art. 25 EuInsVO, Rn. 27; *Willemer*, Vis attractiva concursus, 77 f., 84; *Zeuner/Elsner*, DZWIR 2008, 1 (5).

beweglichen Sache bis zum Eintritt der aufschiebenden Bedingung, d.h. bis zur vollständigen Kaufpreiszahlung, vorbehält (§ 449 I BGB). Das dingliche Verfügungsgeschäft erfolgt in der Regel nach §§ 929, 158 I BGB.

## II. Nach der EuInsVO

Gem. Art. 4 I EuInsVO gilt, soweit die Verordnung nichts anderes bestimmt, für das Insolvenzverfahren und seine Wirkungen das Insolvenzrecht des Staates der Verfahrenseröffnung. Die Umsetzung des Universalitätsprinzips erfolgt gem. Art. 17 I EuInsVO durch die Erstreckung der Wirkungen des Insolvenzverfahrens auf die anderen Mitgliedstaaten. Eine Ausnahme von der Anwendung des Universalitätsprinzips und damit der *lex fori concursus* macht Art. 7 EuInsVO für den Eigentumsvorbehalt. Hierdurch werden inländische Interessen im Hauptinsolvenzverfahren berücksichtigt und das Vertrauen der Vertragsparteien auf die Geltendmachung der Rechte aus dem Eigentumsvorbehalt bzw. des Anwartschaftsrechts auch in der Insolvenz des Käufers bzw. des Verkäufers geschützt.<sup>133</sup> Diese Begründung wird durch die Erwägungsgründe 24 und 25 EuInsVO getragen.

Zu beachten ist jedoch, dass Art. 7 EuInsVO nicht ausnahmslos jeden Eigentumsvorbehalt schützt. Die Anwendung des Art. 7 I EuInsVO ist des Weiteren an die Voraussetzungen von Belegenheitsort und Zeitpunkt gebunden, so dass die Durchsetzung eines transnationalen Eigentumsvorbehalts von den jeweiligen Konstellationen im Einzelfall abhängt und daher unterschiedlich ausfallen kann. Damit sind die verschiedenen Konstellationen einzeln zu untersuchen. Anzufangen ist bei dem für den Verkäufer anscheinend günstigsten Fall, der Anwendbarkeit des Art. 7 I EuInsVO.

### 1. Art. 7 I EuInsVO

Gem. Art. 7 I EuInsVO lässt die Eröffnung des Insolvenzverfahrens gegen den Käufer einer Sache die Rechte des Verkäufers aus einem Eigentumsvorbehalt unberührt, wenn sich diese Sache zum Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung im Gebiet eines anderen Mitgliedstaates als dem der Verfahrenseröffnung befindet.

#### a) Verortung in Art. 7 EuInsVO

Der Eigentumsvorbehalt wird vom Ordnungsgeber als Annex zum Kaufvertrag und nicht primär als dingliches Recht angesehen, so dass er in Art. 7 EuInsVO eine eigene, wenn auch für die Insolvenz des Käufers mit Art. 5 I EuInsVO übereinstim-

<sup>133</sup> *Virgos/Schmit*, in: Vorschläge und Gutachten, 32 (41 f.); *Reinhardt*, in: Kirchhof/Lwowski/Stürner (Hrsg.), Münchener Kommentar zur InsO, Art. 7 EuInsVO, Rn. 1; *Kindler*, in: Rixecker/Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Art. 7 EuInsVO, Rn. 3; *Wenner/Schuster*, in: Wimmer (Hrsg.), FK-InsO-Kommentar, Anhang I, Art. 5 EuInsVO, Rn. 1; EuGH, Rs. C-292/08, *German Graphics*, Slg. 2009, I-8421 Rn. 35.

mende Regelung trifft.<sup>134</sup> Dass die Regelung des Eigentumsvorbehalts nicht als dingliches Sicherungsrecht unter Art. 5 EuInsVO zu subsumieren ist, hat mehrere Gründe. Zum einen muss die Regelung eine Differenzierung zwischen der Insolvenz des Käufers und der des Verkäufers vornehmen. In der Insolvenz des Käufers geht es um den Schutz bzw. die Geltendmachung des Rechtsgutes Eigentum des Verkäufers. In der Insolvenz des Verkäufers geht es um den Schutz bzw. die Geltendmachung des Rechtsgutes des Anwartschaftsrechts für den Käufer. Beide Rechte sind zwar nach dem deutschen Recht als dingliche Rechte<sup>135</sup> anzusehen und könnten daher unter Art. 5 EuInsVO subsumiert werden, jedoch muss bei der EuInsVO eine autonome Begriffserklärung aus europäischer Sicht zu Grunde gelegt werden. Hierbei lässt sich das Anwartschaftsrecht des Vorbehaltskäufers auf internationaler Ebene nicht bedenkenlos als dingliches Recht an der Sache im Sinne von Art. 5 EuInsVO qualifizieren.<sup>136</sup> Diese Sichtweise wird von der EuInsVO untermauert. Art. 5 III EuInsVO stellt lediglich das in einem öffentlichen Register eingetragene Anwartschaftsrecht dem dinglichen Recht gleich, so dass das nicht einzutragende Anwartschaftsrecht aus dem Eigentumsvorbehalt, auch wenn die Aufzählung in Art. 5 II EuInsVO nicht abschließend ist („insbesondere“), nicht vom Schutz des Art. 5 EuInsVO umfasst sein soll. Zum anderen verbleibt beim Eigentumsvorbehalt das dingliche Eigentum bis zur vollständigen Kaufpreiszahlung beim Verkäufer und tritt nicht als zuvor dem Schuldner gehöriges dingliches Sicherungsrecht in Form einer ersatzweisen Befriedigungsquelle neben die Kaufpreisforderung, so dass hier kein echtes Sicherungsrecht vorliegt, sondern der einfache Eigentumsvorbehalt vielmehr, durch die Umsetzung des Prinzips der Leistung Zug um Zug gem. § 320 I 1 BGB, als Druckmittel zur Erfüllung der Vertragspflichten dient und damit die Erfüllung der Kaufpreisforderung nur faktisch (im weiten Sinne) gesichert wird.<sup>137</sup> Auch diese Wertung wird auch auf europäischer Ebene bestätigt, indem der Eigentumsvorbehalt als Annex zum Kaufvertrag gesehen wird. Beim einfachen Eigentumsvorbehalt kann sich der Verkäufer nicht *ersatzweise* aus dem Vorbehaltsgut befriedigen, für ihn verbleibt es lediglich dabei, dass das Eigentum nicht übertragen wird und er die Sache herausverlangen kann.

Eine Regelung unter Art. 5 EuInsVO wäre aus deutscher Sicht zwar trotz dessen möglich, eine gesonderte Normierung in Art. 7 EuInsVO ist aus europäischer Sicht aber angemessen.

<sup>134</sup> *Flessner*, in: Vorschläge und Gutachten, 219 (223); *Taupitz*, ZZZ 111 (1998), 315 (342); *Duursma-Kepplinger*, in: Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky, EuInsVO-Kommentar, Art. 7 EuInsVO, Rn. 42.

<sup>135</sup> Die rechtliche Einordnung des Anwartschaftsrechts ist aufgrund seiner Abhängigkeit vom Bestehen der Kaufpreisforderung, wodurch es mit dem schuldrechtlichen Kaufvertrag verknüpft bleibt, strittig. Der BGH bezeichnet es jedoch als „wesensgleiches Minus“ zum Eigentum: BGHZ 28, 16 (21), womit er es, wie das Eigentum, als dingliches Recht ansieht.

<sup>136</sup> *Flessner*, in: Vorschläge und Gutachten, 219 (223); *Taupitz*, ZZZ 111 (1998), 315 (343).

<sup>137</sup> *Wilhelm*, Sachenrecht, Rn. 2375; *Baur/Stürmer*, Sachenrecht, § 59, Rn. 1; *Becker*, Insolvenzrecht, Rn. 983.

## b) Form des Eigentumsvorbehalts

Unter Art. 7 EuInsVO ist nur der einfache Eigentumsvorbehalt zu subsumieren, nicht jedoch dessen Sonderformen, wie der verlängerte oder erweiterte Eigentumsvorbehalt.<sup>138</sup> Auch diese beschränkende Einordnung hängt mit der aus europäischer Sichtweise vorzunehmenden autonomen Auslegung des Eigentumsvorbehaltsbegriffes zusammen. Beim verlängerten und erweiterten Eigentumsvorbehalt steht nicht der Eigentumsvorbehalt als Mittel zur Durchsetzung der Vertragspflichten und damit der Erfüllung des Vertrages im Vordergrund, sondern es geht primär um die **durch** den Eigentumsvorbehalt ermöglichte Sicherung einer (der Kaufpreis-) oder mehrerer Forderungen des Verkäufers. Dies erfolgt durch eine Veränderung des einfachen Eigentumsvorbehalts, wodurch die Sonderformen die Funktion als Annex zum Kaufvertrag verlieren. Beim verlängerten Eigentumsvorbehalt wird dies durch einen Tausch des Sicherungsobjektes erreicht<sup>139</sup>: mit der Weiterveräußerung durch den Käufer geht das Eigentum an dem Vorbehaltsgut gem. §§ 929 I, 185 I BGB auf den Dritten über, wodurch dem Verkäufer seine Sicherheit für die Vertragserfüllung genommen ist, jedoch dadurch ersetzt wird, dass neben die Kaufpreisforderung als „echte“ alternative Sicherungs- und Befriedigungsquelle die im Voraus abgetretene Forderung des Käufers gegen einen Dritten aus der Weiterveräußerung der Ware tritt und dies damit einer Sicherungsabtretung und nicht mehr einem einfachen Eigentumsvorbehalt gleicht. Beim erweiterten Eigentumsvorbehalt erfolgt eine Ausdehnung der Sicherung<sup>140</sup> auf weitere bestehende Forderungen des Gläubigers gegen den Schuldner: das Eigentum an der vom Eigentumsvorbehalt gedeckten Sache sichert weitere Forderungen gegen den Schuldner, die mit diesem Rechtsgeschäft nicht in Verbindung stehen, d.h. selbst wenn die Forderung aus dem Kaufvertrag bereits erfüllt ist, geht das Eigentum an der Sache nicht auf den Schuldner über, sondern verbleibt zur Sicherung weiterer Forderungen beim Gläubiger. Dies ist mithin eine mit einer Sicherungsübereignung vergleichbare Sicherungskonstruktion. Durch Art. 7 EuInsVO als Sonderanknüpfung und damit Ausnahmeregelung kann jedoch nur der Eigentumsvorbehalt in seiner eigentlichen Form geschützt werden; eine zu weite Auslegung würde diesen Ausnahmecharakter entgegen dem Willen des Gesetzgebers in sein Gegenteil verkehren und des Weiteren die Gefahr der Aushöhlung der Insolvenzmasse bedeuten.<sup>141</sup>

<sup>138</sup> *Westpfahl/Goetker/Wilkens*, Grenzüberschreitende Insolvenzen, Rn. 370; *Reinhart*, in: Kirchhof/Lwowski/Stürner (Hrsg.), Münchener Kommentar zur InsO, Art. 7 EuInsVO, Rn. 2; *Duursma-Kepplinger*, in: Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky, EuInsVO-Kommentar, Art. 7 EuInsVO, Rn. 32 ff.; *Gottwald/Kolmann*, in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, § 132, Rn. 42; *Paulus*, EuInsVO-Kommentar, Art. 7 EuInsVO, Rn. 3.

<sup>139</sup> *Duursma-Kepplinger*, in: Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky, EuInsVO-Kommentar, Art. 7 EuInsVO, Rn. 37; *Kindler*, in: Rixecker/Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Art. 7 EuInsVO, Rn. 19.

<sup>140</sup> *Duursma-Kepplinger*, in: Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky, EuInsVO-Kommentar, Art. 7 EuInsVO, Rn. 37.

<sup>141</sup> *Kindler*, in: Rixecker/Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Art. 7 EuInsVO, Rn. 19; *Duursma-Kepplinger*, in: Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky, EuInsVO-Kommentar, Art. 7 EuInsVO, Rn. 40.

Fraglich ist, ob, sofern die besonderen Umstände der Verlängerung oder Erweiterung tatsächlich noch nicht eingetreten sind, ein solcher Eigentumsvorbehalt dennoch unter Art. 7 EuInsVO subsumiert werden kann.<sup>142</sup> Ein Argument gegen diese Ausnahme von der Beschränkung des Art. 7 EuInsVO auf die einfache Form des Eigentumsvorbehalts ist, dass die Vereinbarung der Vertragsparteien den Eigentumsvorbehalt bereits verändert hat und primär auf die beschriebene Sicherung der Forderungen des Verkäufers gerichtet ist. Andererseits ist eine Veränderung auf tatsächlicher Ebene noch nicht eingetreten. Zu diesem Zeitpunkt ist beim verlängerten Eigentumsvorbehalt das Vorbehaltsgut noch nicht weiterveräußert, so dass die Geltendmachung der Rechte noch auf das Eigentum des Verkäufers am Vorbehaltsgut und nicht bereits auf die sicherungsabgetretene Kaufpreisforderung des Schuldners gegen den Zweiterwerber gestützt ist. Zu beachten ist auch, dass im Falle der Insolvenz des Verkäufers der Käufer sein Anwartschaftsrecht geltend macht, das auch nicht unter Art. 5 EuInsVO fällt.<sup>143</sup> Beim erweiterten Eigentumsvorbehalt ist die entscheidende Kaufpreisforderung, d.h. die Forderung, die der Leistung von Übergabe und Übereignung des Vorbehaltsgutes gegenübersteht, noch nicht erfüllt worden und damit ist auch die Erweiterung und mithin der Sicherungszweck für alle anderen Forderungen noch nicht eingetroffen. Im deutschen Recht ist der Verkäufer in der Insolvenz des Käufers, sofern der Verlängerungs- oder Erweiterungsfall noch nicht eingetroffen ist, wie auch beim einfachen Eigentumsvorbehalt zur Aussonderung des Vorbehaltsgutes gem. § 47 InsO berechtigt.<sup>144</sup> Zu jenem Zeitpunkt stehen damit diese beiden Sonderformen dem einfachen Eigentumsvorbehalt gleich. Nach Eintritt der besonderen Umstände der Verlängerung bzw. Erweiterung steht dem Verkäufer aus oben genannten Gründen nur noch ein Recht zur abgesonderten Befriedigung zu.<sup>145</sup> Damit sind diese Sonderformen nach jenem Zeitpunkt nicht mehr mit dem einfachen Eigentumsvorbehalt gleichzusetzen. Vor allem, da die EuInsVO selbst keine Definition für den Eigentumsvorbehalt bereithält, ist diese differenzierende Einordnung der Sonderformen noch als von der EuInsVO gedeckt anzusehen. Beweisschwierigkeiten ändern an der rechtlichen Einordnung nichts, sondern sind ein Problem der praktischen Umsetzung. Somit ist Art. 7 EuInsVO erst mit Eintritt der besonderen Umstände als nicht mehr einschlägig zu betrachten. Dann sind die genannten Sonderformen, wie der verlängerte oder erweiterte Eigentumsvorbehalt, unter den Schutz des Art. 5 EuInsVO zu stellen.<sup>146</sup>

<sup>142</sup> So: *Reinhart*, in: Kirchhof/Lwowski/Stürner (Hrsg.), Münchener Kommentar zur InsO, Art. 7 EuInsVO, Rn. 2.

<sup>143</sup> Siehe oben: Abschnitt D.II.1.a).

<sup>144</sup> *Brinkmann*, in: Uhlenbruck (Hrsg.), InsO-Kommentar, § 47 InsO, Rn. 22; *Ganter*, in: Kirchhof/Lwowski/Stürner (Hrsg.), Münchener Kommentar zur InsO, § 47 InsO, Rn. 92, 113, 144.

<sup>145</sup> Vgl. BGHZ 98, 160 (170); *Gottwald/Adolphsen*, in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, § 43, Rn. 32; *Ganter*, in: Kirchhof/Lwowski/Stürner (Hrsg.), Münchener Kommentar zur InsO, § 47 InsO, Rn. 93, 148 ff.; *Brinkmann*, in: Uhlenbruck (Hrsg.), InsO-Kommentar, § 47 InsO, Rn. 22, 26; *Bäuerle*, in: Braun, InsO-Kommentar, § 47 InsO, Rn. 32, 35; *Andres*, in: Nerlich/Römermann (Hrsg.), InsO-Kommentar, § 47 InsO, Rn. 23, 29.

<sup>146</sup> *Westpfahl/Goetker/Wilkens*, Grenzüberschreitende Insolvenzen, Rn. 370; *Duursma-Kepplinger*, in: Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky, EuInsVO-Kommentar, Art. 7 EuInsVO, Rn. 42 f.; *Paulus*, EuInsVO-Kommentar, Art. 7 EuInsVO, Rn. 3; *Gottwald/Kolmann*, in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, § 132, Rn. 25, 42.



Dabei ist nicht der anderen Ansicht zu folgen, die jene Sonderformen des Eigentumsvorbehalts auch für die Zeit nach dem Eintritt der besonderen Umstände nicht unter Art. 5 EuInsVO stellen will, weil sie die Regelung des Art. 7 EuInsVO als für alle Formen des Eigentumsvorbehalts und damit auch für die Sonderformen umfassend ansieht, jedoch lediglich den einfachen Eigentumsvorbehalt als geschützt und den Schutz nicht als auf diese Sonderformen erstreckt und diese damit auch nicht über die „Hintertür des Art. 5 I EuInsVO als unberührbar [zu] schützen“ anerkennt.<sup>147</sup> Wie bereits gesagt, soll durch Art. 7 EuInsVO nur der einfache Eigentumsvorbehalt, der von allen Mitgliedstaaten der EU nach Art. 4 I RL 2000/35/EG<sup>148</sup> anzuerkennen ist und als Annex zum Kaufvertrag angesehen wird, erfasst werden. Rechte aus einem Eigentumsvorbehalt, die Sicherungsrechten ähneln und daher gerade nicht mehr als Annex zum Kaufvertrag anzusehen sind, sollen hingegen, wie jene Sicherungsrechte, auch durch Art. 5 EuInsVO erfasst werden. Zwar ist zu bedenken und richtig, dass auch der Begriff der dinglichen Rechte autonom und nicht nach den jeweiligen nationalen Rechtsordnungen auszulegen ist.<sup>149</sup> D.h. jedoch nicht, dass nur die Rechte als dingliche Rechte im Sinne der EuInsVO zu qualifizieren sind, die in allen Rechtsordnungen gleichermaßen als solche qualifiziert werden. Dies wird einer autonomen Begriffsauslegung ebenfalls nicht gerecht. Vielmehr sind Sinn und Zweck dieser Sonderanknüpfungen gerade darauf gerichtet als Ausnahme zu dem Universalitätsprinzip eine Einbeziehung der einzelnen territorialen Rechtsordnung zur nötigen Gewährung von Vertrauensschutz und Rechtssicherheit zu ermöglichen und die Rechte und Interessen der Gläubiger anderer Mitgliedstaaten zu schützen. Dies wird nur dann angemessen umgesetzt, wenn die den einzelnen Rechtsordnungen zugehörigen Rechtsgestaltungen, sofern sie im Sinne der EuInsVO und nicht nur aus nationaler Sicht als dingliche Rechte zu qualifizieren sind, unter Art. 5 EuInsVO subsumiert werden können, selbst wenn sie kein entsprechendes Gegenstück in einer Rechtsordnung eines anderen Mitgliedstaates finden.<sup>150</sup> Dies ist vor allem dann anzunehmen, wenn eine Entsprechung mit einem der in Art. 5 II EuInsVO aufgezählten dinglichen Rechte gegeben ist. Aufgrund der oben beschriebenen Ähnlichkeit dieser Eigentumsvorbehaltsformen mit der Sicherungsübereignung und –abtretung, zumal diese in Art. 5 II a), b) EuInsVO selbst aufgelistet sind, sind diese Sonderformen des Eigentumsvorbehalts als dingliche Rechte im Sinne des Art. 5 EuInsVO anzuerkennen.

Anders ist für den nachgeschalteten bzw. weitergeleiteten Eigentumsvorbehalt zu argumentieren. Der weitergeleitete Eigentumsvorbehalt wird gegenüber dem Zweiterwerber offengelegt, so dass dieser das Eigentum nicht gutgläubig vom Ersterwerber erwerben, sondern lediglich das Anwartschaftsrecht auf diesen übertragen werden kann. Der Verkäufer verliert das Eigentum an den Dritten erst mit der Vertragserfü-

<sup>147</sup> *Kindler*, in: Rixecker/Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Art. 7 EuInsVO, Rn. 21.

<sup>148</sup> Richtlinie 2000/35/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. Juni 2000 zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr.

<sup>149</sup> *Kindler*, in: Rixecker/Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Art. 7 EuInsVO, Rn. 21.

<sup>150</sup> Ob diese dinglichen Rechte auch wirksam zu Stande gekommen sind, beurteilt sich als sachenrechtliche Vorfrage nach der Rechtsordnung auf das die Kollisionsregeln des allgemeinen internationalen Privatrechts des Eröffnungsstaates des Insolvenzverfahrens verweisen.

lung durch den Käufer und damit der Erfüllung der Bedingung. Beim nachgeschalteten Eigentumsvorbehalt werden, in der Regel ohne Offenlegung gegenüber dem Zweiterwerber, lediglich zwei einfache Eigentumsvorbehalte über dieselbe Sache hintereinander geschaltet, wobei der Zweck des Eigentumsvorbehalts durch die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs durch den Dritten bzw. dessen Erwerbs aufgrund der Einwilligung des Vorbehaltsverkäufers sogar abgeschwächt wird. Der Verkäufer erhält in beiden Fällen keine zusätzliche alternative Sicherungs- und Befriedigungsquelle, sondern es bleibt der einfache Eigentumsvorbehalt im Kern bestehen. Wie beim einfachen Eigentumsvorbehalt kann der Verkäufer in der Insolvenz des Käufers (hiervon ist der Fall der Insolvenz des Zweiterwerbers zu unterscheiden, der jedoch außer Betracht bleiben soll) beim weitergeleiteten Eigentumsvorbehalt das Vorbehaltsgut aussondern, beim nachgeschalteten Eigentumsvorbehalt ist eine Aussonderung durch den Verkäufer nur möglich, sofern der Kaufpreis vom Zweiterwerber noch nicht gezahlt worden ist, damit dessen Anwartschaftsrecht noch nicht zum Vollrecht Eigentum erstarken und mithin das Eigentum aufgrund einer Einwilligung des Vorbehaltsverkäufers oder des gutgläubigen Erwerbs des Zweiterwerbers noch nicht übergehen konnte.<sup>151</sup> Zwar ist der Begriff des Eigentumsvorbehalts autonom auszulegen und nicht an der deutschen Definition zu messen, jedoch erfolgen hier keine Veränderungen des einfachen Eigentumsvorbehalts, sodass dieser in seiner alten Form bestehen bleibt und daher die Anwendung von Art. 7 I EuInsVO unbedenklich und sogar angemessen erscheint.<sup>152</sup>

### c) Voraussetzungen

#### (1) Vorfrage der Entstehung

Zunächst muss ein wirksamer Eigentumsvorbehalt im Sinne des Art. 7 EuInsVO gegeben sein. Diese sachenrechtliche Vorfrage, ob überhaupt ein solcher besteht, richtet sich nach der Rechtsordnung auf das die Kollisionsregeln des allgemeinen internationalen Privatrechts des Eröffnungsstaates des Insolvenzverfahrens verweisen; dies wird in der Regel zur Anwendung der *lex rei sitae*, d.h. zu dem Recht des Belegenheitsstaates, führen.<sup>153</sup> Notwendig ist damit, dass die *lex rei sitae* den Eigentumsvorbe-

<sup>151</sup> *Ganter*, in: Kirchhof/Lwowski/Stürner (Hrsg.), Münchener Kommentar zur InsO, § 47 InsO, Rn. 98, 102; *Brinkmann*, in: Uhlenbruck (Hrsg.), InsO-Kommentar, § 47 InsO, Rn. 25; *Bäuerle*, in: Braun, InsO-Kommentar, § 47 InsO, Rn. 38.

<sup>152</sup> *Duursma-Kepplinger*, in: Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky, EuInsVO-Kommentar, Art. 7 EuInsVO, Rn. 47, 49 f.; *Kindler*, in: Rixecker/Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Art. 7 EuInsVO, Rn. 19 f.; für den nachgeschalteten Eigentumsvorbehalt: *Westpfahl/Goetker/Wilkens*, Grenzüberschreitende Insolvenzen, Rn. 371.

<sup>153</sup> *Westpfahl/Goetker/Wilkens*, Grenzüberschreitende Insolvenzen, Rn. 368; *Duursma-Kepplinger*, in: Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky, EuInsVO-Kommentar, Art. 7 EuInsVO, Rn. 5; *Kindler*, in: Rixecker/Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Art. 7 EuInsVO, Rn. 5; *a.A. Reinhart*, in: Kirchhof/Lwowski/Stürner (Hrsg.), Münchener Kommentar zur InsO, Art. 5 EuInsVO, Rn. 6: der auf das Kollisionsrecht des Staates des jeweils angerufenen Gerichts abstellt und dabei die Möglichkeit von forum shopping übersieht. Richtigerweise müssen jedoch die Kollisionsnormen des zuständigen Gerichts zur Anwendung kommen. Zuständig sind hierbei die Ge-

halt als wirksam zu Stande gekommen anerkennt. Dabei kommt dem Vorbehaltsverkäufer jedoch zu Gute, dass der in einem Mitgliedstaat wirksam vereinbarte, einfache Eigentumsvorbehalt durch Art. 4 I RL 2000/35/EG in allen anderen Mitgliedstaaten der EU anerkannt wird, so dass insoweit die Gefahr eines Rechtsverlustes nach einem Grenzübertritt entfällt.<sup>154</sup>

### (2) *Eröffnung eines Insolvenzverfahrens*

Für die Anwendung des Art. 7 I EuInsVO muss ein Insolvenzverfahren gegen den Schuldner (Vorbehaltskäufer) eröffnet worden sein.

### (3) *Örtlicher Rahmen*

Nach dem Wortlaut muss sich das Vorbehaltsgut „im Gebiet eines anderen Mitgliedstaates als dem der Verfahrenseröffnung befinden“, d.h. der Belegenheitsort der Sache gem. Art. 2 lit. g) EuInsVO darf nicht im Eröffnungsstaat, sondern muss in einem anderen Mitgliedstaat liegen.

### (4) *Zeitlicher Rahmen*

Nach dem Wortlaut muss sich „diese Sache [aus dem Eigentumsvorbehalt] zum Zeitpunkt der Eröffnung des Verfahrens“ in einem anderen Mitgliedstaat befinden. Damit wird zum einen normiert, dass sich die Sache zum Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung bereits in einem anderen Mitgliedstaat befunden haben muss, zum anderen aber auch, dass diese Sache bereits Vorbehaltsgut darstellt, d.h. dass der Eigentumsvorbehalt zu diesem Zeitpunkt bereits wirksam entstanden sein muss.<sup>155</sup> Entsteht der Eigentumsvorbehalt nach Verfahrenseröffnung, so entfaltet Art. 7 I EuInsVO keine Wirkung und Art. 4 EuInsVO kommt unvermindert zur Anwendung.<sup>156</sup> Der Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung wird in Art. 2 lit. f) EuInsVO als der Zeitpunkt, in dem die Eröffnungsentscheidung, unabhängig von dessen Endgültigkeit, wirksam wird, legaldefiniert.

richte des Mitgliedstaates, in dem das Insolvenzverfahren gem. Art. 3 I, II EuInsVO zu eröffnen ist.

<sup>154</sup> *Schmitz*, Dingliche Mobiliarsicherheiten im internationalen Insolvenzrecht, 32, 96; Hierbei ist aber darauf hinzuweisen, dass die Anerkennung des Eigentumsvorbehalts nur dann und nur insoweit erfolgt, wenn und wie dies im „[...] Einklang mit den anwendbaren nationalen Vorschriften, wie sie durch das internationale Privatrecht bestimmt werden [...]“ steht.

<sup>155</sup> So auch: *Westpfahl/Goetker/Wilkens*, Grenzüberschreitende Insolvenzen, Rn. 372; *Duursma-Kepplinger*, in: *Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky*, EuInsVO-Kommentar, Art. 7 EuInsVO, Rn. 2.

<sup>156</sup> *Virgos/Schmit*, in: *Vorschläge und Gutachten*, 32 (70).

d) Rechtsfolge

(1) „Unberührtheit“ des Eigentumsvorbehalts

Die durch das Insolvenzrecht des Eröffnungsstaates bestimmten Wirkungen des Insolvenzverfahrens werden, wie in Art. 5, auch in Art. 7 I EuInsVO eingeschränkt. Die Rechte des Verkäufers aus einem Eigentumsvorbehalt bleiben von der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens „unberührt“. Dadurch werden das Universalitätsprinzip und die diesen Grundsatz widerspiegelnden Art. 4 und 17 EuInsVO eingeschränkt. Diese Rechtsfolge ist jedoch, genau wie bei Art. 5 EuInsVO, umstritten. Fraglich ist, ob es sich hierbei um eine Kollisionsnorm oder eine Sachnorm handelt.

Nach der Ansicht, die darin eine Kollisionsnorm sieht, wird durch Art. 7 I EuInsVO als Sonderanknüpfung auf das Recht des Belegenheitsstaates und damit auch auf dessen Insolvenzrecht und die darin normierten Einschränkungen der Geltendmachung verwiesen.<sup>157</sup> Dies wird damit begründet, dass der Wortlaut so verstanden werden müsste, dass *nur die Verordnung* die Rechte aus dem Eigentumsvorbehalt *unberührt lässt*, dadurch jedoch nicht das Insolvenzrecht des Belegenheitsstaates an der Anwendung gehindert wird.<sup>158</sup> Dies hat zur Folge, dass der Insolvenzverwalter die Insolvenznormen des Belegenheitsstaates und damit die Einschränkungen dessen Insolvenzrechts bezüglich der Durchsetzung der Rechte aus dem Eigentumsvorbehalt zur Anwendung bringen und, sofern zulässig, das Vorbehaltsgut verwerten kann, wodurch der, wenn auch nicht einheitlichen, aber universellen Geltung des Insolvenzverfahrens über den Schuldner gedient wird. Diese Ansicht wird auch von Erwägungsgrund 23 EuInsVO getragen, der darauf hinweist, dass die Verordnung einheitliche Kollisionsnormen formulieren soll, die lediglich die anzuwendende Rechtsordnung und damit das anwendbare Recht festlegen, jedoch selbst keine materiellen Wirkungen des Insolvenzverfahrens normieren. Jedoch ist aus diesem Erwägungsgrund nicht zu entnehmen, dass die Regelungen der Verordnung allein in Form von Kollisionsnormen ergangen sind und damit Sachnormen darin nicht zu finden sein können. Des Weiteren steht dieser Ansicht der eindeutige Wortlaut des Art. 7 I EuInsVO entgegen: dieser besagt, dass die *Eröffnung eines Insolvenzverfahrens* die Rechte aus dem Eigentumsvorbehalt *unberührt lässt* – damit soll hier eine völlige Loslösung vom Insolvenzverfahren und somit auch vom Insolvenzrecht ausgedrückt werden. Die Rechte aus dem Eigentumsvorbehalt sollten damit insolvenzfest ausgestaltet werden. Diese Loslösung entfaltet aber nur dann ihre volle Wirkung, wenn innerhalb dieses Verfahrens weder das Insolvenzrecht des Eröffnungsstaates zur Anwendung kommt noch das Insolvenzrecht des Belegenheitsstaates an dessen Stelle tritt und damit auch dessen insolvenzrechtliche Einschränkungen der Rechte aus dem Eigentumsvorbehalt nicht zur Anwendung gelangen.

<sup>157</sup> Oberhammer, ZInsO 2004, 761 (772); Wimmer, NJW 2002, 2427 (2429 f.); Fritz/Bähr, DZWIR 2001, 221 (227 f.); Kemper, ZIP 2001, 1609 (1615 f.); Flessner, IPRax 1997, 1 (7 f.); Huber, in: Geimer/Schütze (Hrsg.), Internationaler Rechtsverkehr in Zivil- und Handelssachen, B Vor I 20b, Art. 5, Rn. 25; a.A. war dieser noch in: Huber, ZZP 114 (2001), 133 (157 ff.).

<sup>158</sup> Wimmer, NJW 2002, 2427 (2430); Oberhammer, ZInsO 2004, 761 (772); a.A. war: Huber, ZZP 114 (2001), 133 (158).

Daher ist der anderen Ansicht zu folgen, die in Art. 7 I EuInsVO eine Sachnorm sieht und damit weder das Insolvenzrecht der *lex fori concursus* noch das Insolvenzrecht der *lex rei sitae* auf den Eigentumsvorbehalt zur Anwendung bringen will.<sup>159</sup> Diese Ansicht wird durch den Erwägungsgrund 25 EuInsVO gedeckt. Die Rechte aus einem Eigentumsvorbehalt unterliegen damit keinen insolvenzrechtlichen Beschränkungen; die Anwendung des Art. 7 I EuInsVO ist mit der Situation vergleichbar, in der ein Insolvenzverfahren nicht eröffnet worden ist.<sup>160</sup> Die etwas verwirrende Äußerung im *Erläuternden Bericht zu dem EU-Übereinkommen von Virgos/Schmit*: „Dingliche Rechte [so auch Rechte aus einem Eigentumsvorbehalt] können ihre Funktion nur dann richtig erfüllen, wenn sie durch die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens in anderen Vertragsstaaten nicht stärker beeinträchtigt werden, als dies bei Eröffnung eines innerstaatlichen Insolvenzverfahrens der Fall wäre.“<sup>161</sup> scheint dies zwar im Sinne der erst genannten Ansicht etwas anders auszulegen und das Insolvenzverfahren des Belegenheitsstaates als Grundlage und damit als anzuwendendes Recht anzusehen. Jedoch wird an den darauffolgenden Ausführungen deutlich, dass nicht die Alternative der Verweisung auf die *lex rei sitae* und damit die Unterstellung des Eigentumsvorbehalts unter die Beschränkungen des Insolvenzrechts des Belegenheitsstaates gewählt wurde, sondern der Alternativlösung der Vorzug eingeräumt worden war, die eine „Unberührtheit“ vom Insolvenzverfahren an sich und damit als notwendige Folge auch von jeglichem Insolvenzrecht bezweckte.<sup>162</sup> Im Weiteren wird ausgeführt, dass die dinglichen Rechte (und auch die Rechte aus dem Eigentumsvorbehalt) in der Insolvenz des Schuldners nicht völlig geschützt sind: sofern der Eingriff in diese Rechte nach dem Recht des Belegenheitsstaates zulässig ist, kann, bei Vorliegen der notwendigen Voraussetzungen, die Eröffnung eines Sekundärinsolvenzverfahrens beantragt werden, wodurch das Insolvenzrecht des Sekundärinsolvenzverfahrensstaates, wie bei einem rein innerstaatlichen Verfahren, zur Anwendung kommt und die Rechte aus dem Eigentumsvorbehalt dessen Beschränkungen unterliegen.<sup>163</sup> Daraus folgt aber auch gleichzeitig, dass das Insolvenzrecht des Belegenheitsstaates nur in dem Fall der Eröffnung eines Sekundärinsolvenzverfahrens zur Anwendung kommen soll und nicht auf den Fall übertragen werden darf, in dem ein Sekundärinsolvenzverfahren nicht eröffnet wird bzw. nicht eröffnet werden kann. Ansonsten würden die Voraussetzungen, die für die Eröffnung eines Sekundärinsolvenzverfahrens und damit für die Anwendung des Insolvenzrechtes dieses Mitgliedstaates nach dem Willen des Verordnungsgebers notwendig sind, auf einem einfachen Weg umgangen werden können.

<sup>159</sup> EuGH, Rs. C-292/08, *German Graphics*, Slg. 2009, I-8421 Rn. 35; *Reinhart*, in: Kirchhof/Lwowski/Stürner (Hrsg.), Münchener Kommentar zur InsO, Art. 5 EuInsVO, Rn. 13; *Duursma-Kepplinger*, in: Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky, EuInsVO-Kommentar, Art. 5 EuInsVO, Rn. 18 ff., Art. 7 EuInsVO, Rn. 17; *Herchen*, ZInsO 2002, 345 (347); *Huber*, ZZZ 114 (2001), 133 (157 f.); *Moss/Fletcher/Isaacs*, The EC Regulation on Insolvency Proceedings, Rn. 8.86; *Leible/Staudinger*, KTS 2000, 533 (550 f.); *Taupitz*, ZZZ 111 (1998), 315 (334 f.); *Westpfahl/Goetker/Wilkens*, Grenzüberschreitende Insolvenzen, Rn. 376.

<sup>160</sup> *Reinhart*, in: Kirchhof/Lwowski/Stürner (Hrsg.), Münchener Kommentar zur InsO, Art. 5 EuInsVO, Rn. 13.

<sup>161</sup> *Virgos/Schmit*, in: Vorschläge und Gutachten, 32 (70).

<sup>162</sup> *Ibid.*, 32 (70 f.): „Insolvenzverfahren berühren nicht die dinglichen Rechte [Rechte aus einem Eigentumsvorbehalt] an in anderen Vertragsstaaten belegenem Vermögen.“

<sup>163</sup> *Ibid.*, 32 (71).

Solange kein Sekundärinsolvenzverfahren eröffnet wurde, unterfallen die Rechte aus dem Eigentumsvorbehalt auch nicht dem Insolvenzrecht dieses (Belegenheits-)Staates. Damit ist die zweite Ansicht als vom Willen des Verordnungsgebers gedeckt anzusehen.

Selbst wenn man dieses Ergebnis, aufgrund der erschwerten Abwicklung für den Insolvenzverwalter und der möglichen Bevorzugung von Kreditsicherheiten ausländischer Schuldner, als rechtspolitisch verfehlt erachten möchte<sup>164</sup>, entspräche eine andere Ansicht weder dem Wortlaut oder der historischen Auslegung noch voll und ganz dem Sinn und Zweck der Verordnung, welcher (aufgrund der großen Unterschiede der nationalen materiellen, insolvenzrechtlich relevanten Regelungen) darin besteht, inländische Interessen zu schützen und Rechtssicherheit zu gewähren. Durch diese Lösung sollen dem Vorbehaltsverkäufer all seine Ansprüche auf das Vorbehaltsgut geschützt werden, ohne eine Hinderung durch die *lex fori concursus* mit universeller Geltung oder das Insolvenzrecht des Belegenheitsstaates zu erfahren.<sup>165</sup> Letzteres soll gerade nur dann zur Anwendung gelangen, wenn ein Sekundärinsolvenzverfahren aufgrund des Vorliegens der dafür nötigen Voraussetzungen eröffnet worden ist.

## (2) Tragweite der Unberührtheit

### (a) Die *lex rei sitae*

Aus dem Erwägungsgrund 25 EuInsVO, der auch auf die Behandlung des Eigentumsvorbehalts zu übertragen ist, wird deutlich, dass sich Begründung, Gültigkeit und (an dieser Stelle entscheidend) die **Tragweite des Eigentumsvorbehalts regelmäßig nach dem Recht des Belegenheitsortes bestimmen** und nicht von der Eröffnung des Insolvenzverfahrens berührt werden sollen. Daraus ergibt sich, dass der Vorbehaltsverkäufer seine Rechte aus dem Eigentumsvorbehalt, ohne Beachtung der Existenz eines Insolvenzverfahrens, so wahrnehmen kann, wie sie ihm durch die Rechtsordnung gegeben werden, auf die die Kollisionsregeln des allgemeinen internationalen Privatrechts des Eröffnungsstaates des Insolvenzverfahrens verweisen. Dies wird in der Regel zur Anwendung der *lex rei sitae*, d.h. zu dem Recht des Belegenheitsstaates, führen. Mit der Norm des Art. 7 I EuInsVO wird so eine Ausnahme von der *lex fori concursus* geschaffen, welche dem Verkäufer die Möglichkeit eröffnet, die aus der *lex rei sitae* folgenden Rechte aus dem Eigentumsvorbehalt geltend zu machen. Dabei bleibt zwar die Regelung des Art. 4 II 2 lit. b) EuInsVO, durch die normiert wird, dass das Insolvenzrecht des Staates der Verfahrenseröffnung die Zugehörigkeit eines Vermögenswertes zur Insolvenzmasse bestimmt, anwendbar, wird jedoch bezüglich der Rechte aus dem Eigentumsvorbehalt, bei Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 7 I EuInsVO, eingeschränkt. Selbst, wenn also der Verfahrensstaat das Vorbehaltsgut als zur Insolvenzmasse gehörig ansieht und daher eine Aussonderung nicht zulassen würde,

<sup>164</sup> Reinhart, in: Kirchhof/Lwowski/Stürner (Hrsg.), Münchener Kommentar zur InsO, Art. 5 EuInsVO, Rn. 14; Liersch, NZI 2002, 15 (16); Leible/Staudinger, KTS 2000, 533 (552 f.); diesen Gedanken hatte auch schon: Drobniig, in: Stellungnahmen und Gutachten, 180.

<sup>165</sup> Westpfahl/Goetker/Wilkens, Grenzüberschreitende Insolvenzen, Rn. 377; Duursma-Kepplinger, in: Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky, EuInsVO-Kommentar, Art. 7 EuInsVO, Rn. 18.

kommt es nur auf die Betrachtung der haftungsrechtlichen Zuordnung des Vorbehaltsgutes und der dafür vorgesehenen Regelungen durch den Belegenheitsstaat an. Erkennt daher das sonstige Recht des Belegenheitsstaates das Vorbehaltsgut als **nicht** zum Vermögen des Schuldners und in der Konsequenz auch **nicht** zur Insolvenzmasse gehörig an und lässt eine Aussonderung dieses Gegenstandes zu, dann ist allein dies maßgeblich, und die Behandlung des Vorbehaltsgutes erfolgt nach der *lex rei sitae*, mit der Grundlage, dass dieser Gegenstand nicht der Insolvenzmasse angehört.

### (b) Die Aussonderung

Wichtig ist, an dieser Stelle noch einmal zu sagen, dass auch das Insolvenzrecht des Belegenheitsstaates nicht zur Anwendung gelangt und daher auch völlig irrelevant ist, ob dieses im Falle des einfachen Eigentumsvorbehalts ein Aus- oder Absonderungsrecht normiert. Obwohl aus deutscher Sicht die Aus- und Absonderung lediglich Begriffe des Insolvenzrechtes sind, wird dennoch oft bereits an diesem Punkt über das Vorliegen von Aussonderungsrechten diskutiert. In diesem Fall soll, wenn von einer **Aussonderung** die Rede ist, jedoch nicht auf die Regelungen des jeweiligen Insolvenzrechts verwiesen werden. Vielmehr ist die Rede von der (tatsächlichen) Aussonderung an sich im Sinne eines Vorganges, mit dem der jeweilige materielle Anspruch auf Ausschneiden eines Gegenstandes aus dem Vermögen des Schuldners, Istmasse, verwirklicht wird.<sup>166</sup> Bedeutsam ist dabei, ob die Rechte, die dem Vorbehaltverkäufer an dem Vorbehaltsgut zustehen, zur Ausscheidung des Gegenstandes selbst aus dem Vermögen des Schuldners und damit zur Aussonderung berechtigen.<sup>167</sup> Denn tatsächlich ist ein Insolvenzverfahren in der Welt, so dass es bei der Geltendmachung der Rechte aus dem Eigentumsvorbehalt nichtsdestotrotz um die Bewahrung des Vorbehaltsgutes vor dem Zugriff durch den Insolvenzverwalter und damit vor einer Verwertung zu Gunsten der Insolvenzmasse geht. Geltend gemacht wird damit die Nichtzugehörigkeit des Gegenstandes zur Insolvenzmasse. Dies erfolgt durch den Vorgang der Aussonderung außerhalb des Insolvenzverfahrens in der Art und Weise, wie das materielle Recht hätte verfolgt werden können, wenn ein Insolvenzverfahren nicht eröffnet worden wäre.<sup>168</sup> Im Ergebnis ist hierunter daher lediglich die Geltendmachung des Eigentums des Verkäufers an dem Vorbehaltsgut im Rahmen der Rechte, die ihm durch die *lex rei sitae* gegeben werden, zu verstehen. Ist von einer Absonderung die Rede, soll darunter die Geltendmachung der durch die *lex rei sitae* gegebenen Befriedigungsrechte aus der Sache verstanden werden.

Gem. Art. 7 I EuInsVO bleiben die **Rechte aus dem Eigentumsvorbehalt** unberührt, wobei nicht auf das Vorbehaltsgut selbst abgestellt wird. Dabei scheint es zwar so, als ob auch hier wieder eine Parallele zu Art. 5 I EuInsVO gezogen werden kann, bei dem auch nur die dinglichen Rechte an den Gegenständen von der Unberührtheit betroffen sind, nicht jedoch der Gegenstand selbst. Jedoch ist dies dem unterschiedli-

<sup>166</sup> Vgl. zur Unterscheidung von dem Recht auf Aussonderung und der Aussonderung selbst: *Ganter*, in: Kirchhof/Lwowski/Stürner (Hrsg.), Münchener Kommentar zur InsO, § 47 InsO, Rn. 3, 5.

<sup>167</sup> Im Gegensatz zur bloßen Befriedigung aus diesem Gegenstand und damit zur Absonderung.

<sup>168</sup> *Ganter*, in: Kirchhof/Lwowski/Stürner (Hrsg.), Münchener Kommentar zur InsO, § 47 InsO, Rn. 6.

chen Charakter von Eigentumsvorbehalt und dinglichem Recht geschuldet. Beim einfachen Eigentumsvorbehalt als Annex zum Kaufvertrag ist nämlich zu beachten, dass das Vorbehaltsgut selbst noch im Eigentum des Verkäufers verbleibt bis der Käufer seine Vertragspflichten erfüllt hat. Dieser Gegenstand ist daher, anders als bei dinglichen Rechten an Gegenständen, nach der haftungsrechtlichen Zuordnung auch nicht zur Insolvenzmasse zu zählen. Für die Frage, ob das Vorbehaltsgut selbst herausverlangt werden kann, ist auf die Regelungen der *lex rei sitae* abzustellen. Dabei kann es nur dann herausverlangt werden, wenn die jeweilige Rechtsordnung dies gestattet, wobei auch die jeweiligen dafür nötigen Voraussetzungen vorliegen müssen. So kann z.B. nach deutschem Recht der Verkäufer gem. § 449 II BGB die Sache auf Grund des Eigentumsvorbehalts nur herausverlangen, wenn er vom Vertrag zurückgetreten ist. Im englischen Recht ist dagegen bei einer wirksam vereinbarten *reservation of the right of disposal* nach der gesetzlichen Regelung gem. sec. 19 (1) des Sale of Goods Act 1979 eine aus dem common law sich ergebende Voraussetzung für den Herausgabeanspruch des Verkäufers die Identifizierung der Vorbehaltsware durch Herstellung einer Verbindung zu einer bestimmten Rechnung.<sup>169</sup>

Sieht die *lex rei sitae* aber kein Aussonderungsrecht für den Vorbehaltverkäufer vor, fällt das Vorbehaltsgut in die Insolvenzmasse und kann durch den Insolvenzverwalter verwertet werden.<sup>170</sup> Absonderungsrechte, wie sie durch dingliche Sicherungsrechte begründet werden, gewähren dem Gläubiger nur ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung der eigenen Forderung aus dem Gegenstand, an dem das Sicherungsrecht besteht. Dabei gehört der Gegenstand, an dem das Sicherungsrecht besteht, nach haftungsrechtlicher Zuordnung selbst noch zum Vermögen des Schuldners bzw. im Insolvenzverfahren zur Insolvenzmasse, so dass ein die zu befriedigende Forderung überschießender Erlös auch dem Schuldner bzw. der Insolvenzmasse gebührt. Gemäß Erwägungsgrund 25 EuInsVO ist der überschießende Erlös aus einer durch den Sicherungsnehmer erfolgten Verwertung der Vermögensgegenstände, an denen dingliche Rechte bestanden, an den Insolvenzverwalter des Hauptinsolvenzverfahrens herauszugeben und steht damit der Insolvenzmasse zur Verfügung. Anders ist dies bei Rechten, die zur Aussonderung berechtigen – hierbei gehört der Gegenstand nach haftungsrechtlicher Zuordnung nicht zum Vermögen des Schuldner bzw. der Insolvenzmasse, so dass auch ein durch den Gläubiger erzielter Verwertungserlös nicht dem Schuldner oder der Insolvenzmasse gebührt. Bezüglich der Übertragung des Erwägungsgrundes 25 EuInsVO auf den Eigentumsvorbehalt muss daher Folgendes festgehalten werden: Eine derartige Erwägung ist bei Absonderungsrechten folgerichtig, jedoch für einen Eigentumsvorbehalt, der, wie im deutschen und österreichischen Recht, ein Aus- und nicht nur ein Absonderungsrecht gewährt, ungeeignet, so dass ein eventueller Verwertungsüberschuss nicht vom Verkäufer an den Insolvenzverwalter herausgegeben werden muss.<sup>171</sup> Des Weiteren ist dieser Erwägungsgrund ausdrück-

<sup>169</sup> Schulz, Der Eigentumsvorbehalt in europäischen Rechtsordnungen, 109.

<sup>170</sup> Kindler, in: Rixecker/Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Art. 7 EuInsVO, Rn. 8, 10; Duursma-Kepplinger, in: Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky, EuInsVO-Kommentar, Art. 7 EuInsVO, Rn. 10; Westpfahl/Goetker/Wilkens, Grenzüberschreitende Insolvenzen, Rn. 379.

<sup>171</sup> Duursma-Kepplinger, in: Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky, EuInsVO-Kommentar, Art. 7 EuInsVO, Rn. 20; Westpfahl/Goetker/Wilkens, Grenzüberschreitende Insolvenzen, Rn. 379; Ganter, in: Kirchhof/Lwowski/Stürner (Hrsg.), Münchener Kommentar zur InsO, § 47 InsO, Rn. 12.



lich nur für dingliche Rechte und gerade nicht für den Eigentumsvorbehalt getroffen worden. Einer Übertragung würde der Verordnungsgeberwillen entgegenstehen und für eine Analogie eine planwidrige Regelungslücke fehlen. Auch würde der Vorbehaltsverkäufer bei einer Übertragung dieser Erwägung außerhalb der Anwendung des Insolvenzrechts des Belegenheitsstaates schlechter stehen als bei dessen Anwendung. Dies würde dem gewollten weitreichenden Schutz des Eigentumsvorbehalts entgegenstehen und kann daher nicht beabsichtigt sein.

Schlussendlich kann daher das Vorbehaltsgut nur dann und nur soweit in das Insolvenzverfahren mit einbezogen werden, als hierdurch die Rechte des Verkäufers aus dem Eigentumsvorbehalt keine Einschränkungen erfahren.<sup>172</sup>

#### (c) *Im Verlauf des Insolvenzverfahrens*

Weiterhin ist zu beachten, dass Art. 7 I EuInsVO den Eigentumsvorbehalt nur von der **Eröffnung** des Insolvenzverfahrens unberührt lässt, aber keine Regelung bezüglich der Wirkungen im weiteren Verlauf des Verfahrens trifft. So könnte man sich fragen, ob ein Insolvenzplan, die Erteilung der Restschuldbefreiung oder andere (Beendigungs-)Maßnahmen die Rechte aus dem Eigentumsvorbehalt einschränken können.<sup>173</sup> Aufgrund dessen, dass Art. 7 I EuInsVO für die Wirkungen im Verlauf des Insolvenzverfahrens keine „Unberührtheit“ der Rechte aus dem Eigentumsvorbehalt normiert, ist gem. Art. 4 I (II 2 lit. j)) die *lex fori concursus* entscheidend.<sup>174</sup> Aber auch hier ist wieder die Nichtzugehörigkeit des Vorbehaltsgutes zur Insolvenzmasse zu beachten.

#### (d) *Der Klagegegner*

Fraglich ist auch, gegen wen der Vorbehaltsverkäufer die Klage bezüglich der Geltendmachung seiner Rechte zu richten hat. Im deutschen Recht wäre dies, aufgrund der Stellung des Insolvenzverwalters als Partei kraft Amtes, der Insolvenzverwalter. Jedoch soll durch die Rechtsfolge der Unberührtheit des Eigentumsvorbehalts eine Situation geschaffen werden, als ob ein Insolvenzverfahren nicht eröffnet worden wäre. In diesem Fall, außerhalb des Insolvenzverfahrens, wäre die Klage gegen den Schuldner zu richten. Zum einen könnte man hiergegen einwenden, dass die Rechtsfolge des Art. 7 I EuInsVO nur in materieller Hinsicht Wirkung entfalten soll und die Parteistellung des Beklagten verfahrensrechtlicher Natur ist. Jedoch muss hierbei auch beachtet werden, dass in der Insolvenz nicht mehr der Schuldner, sondern der Insolvenzverwalter Passivlegitimierter ist, so dass dies auch auf materieller Seite wirkt und diese, wie gesagt, nicht dem Insolvenzrecht unterliegen soll. Jedoch will Art. 7 I EuInsVO das Insolvenzverfahren in so weit nicht ausblenden. Ansonsten wäre auch ein gesteigerter Aufwand vorprogrammiert. Letzten Endes sollen zwar die Rechte unabhängig von einem Insolvenzverfahren gewährt werden, dennoch bleibt es dabei,

<sup>172</sup> Vgl. hierzu den Gedanken von: *Duursma-Kepplinger*, in: *Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky*, EuInsVO-Kommentar, Art. 5 EuInsVO, Rn. 43.

<sup>173</sup> Vgl. *Ibid.*, Art. 5 EuInsVO, Rn. 49.

<sup>174</sup> Vgl. *Ibid.*, Art. 5 EuInsVO, Rn. 49.

dass die Durchsetzung dieser Rechte vor dem Hintergrund eines tatsächlich existenten Insolvenzverfahrens erfolgt. Der „Austausch“ des Klagegegners in den Insolvenzverwalter ändert nichts an der insolvenzfesten Durchsetzung der Rechte aus dem Eigentumsvorbehalt, so dass dem Verkäufer hierdurch keine Nachteile erwachsen. Klagegegner ist damit der Insolvenzverwalter.

### (3) *Einwirkung des dahinterstehenden Kaufvertrages auf den Eigentumsvorbehalt*

Ob das Insolvenzrecht des Belegenheitsstaates zur Anwendung kommt, macht augenscheinlich dann keinen Unterschied, wenn, wie im deutschen Recht, das Insolvenzrecht des jeweiligen Staates dem Vorbehaltsverkäufer die Aussonderung des Vorbehaltsgutes in der Insolvenz des Vorbehaltskäufers/Schuldners, bei noch nicht vollständig bezahltem Kaufpreis, ermöglicht und sich das Recht auf Aussonderung des Gegenstandes nach den Gesetzen bestimmt, die außerhalb des Insolvenzverfahrens gelten (siehe § 47 S. 2 InsO). § 47 S. 2 InsO normiert nach seinem Wortlaut **keinen** eigenständigen Aussonderungsanspruch. Vielmehr verweist diese Norm auf die Nichtzugehörigkeit des Gegenstandes zur Insolvenzmasse und damit auf zur Aussonderung berechtigende Ansprüche, die sich nach den Gesetzen außerhalb des Insolvenzrechts bestimmen und lediglich aufgrund des Insolvenzverfahrens gegenüber dem Insolvenzverwalter geltend zu machen sind.<sup>175</sup> Die Geltendmachung erfolgt jedoch so, wie das materielle Recht (außerhalb der InsO) es für den jeweiligen Anspruch erfordert.<sup>176</sup> Schließlich ist der Aussonderungsberechtigte gem. § 47 S. 1 InsO auch kein Insolvenzgläubiger und damit auch nicht vom Insolvenzverfahren „betroffen“. So oder so sind dann die Rechte aus dem Eigentumsvorbehalt außerhalb des Insolvenzverfahrens geltend zu machen.<sup>177</sup> Jedoch wird nun zu zeigen sein, dass es aufgrund der Einordnung des Eigentumsvorbehalts als Annex zum Kaufvertrag und der insolvenzrechtlichen Regelungen über laufende Verträge des Schuldners sehr wohl einen bedeutenden Unterschied gibt.

#### (a) *Die Regelungen der EuInsVO*

Nur der Eigentumsvorbehalt und nicht auch der diesem zu Grunde liegende schuldrechtliche Kaufvertrag bleibt von der Eröffnung des Insolvenzverfahrens gem. Art. 7 I EuInsVO unberührt.<sup>178</sup> Nach Art. 4 II 2 lit. e) EuInsVO regelt die *lex fori concursus*, wie sich das Insolvenzverfahren auf laufende Verträge des Schuldners auswirkt. Hierunter könnte auch der Kaufvertrag zwischen Vorbehaltsverkäufer und Vorbehaltskäufer fallen. Eine Sonderanknüpfung, wie sie für den Arbeitsvertrag gem. Art. 10 EuInsVO oder für den Kaufvertrag über unbewegliche Gegenstände gem. Art.

<sup>175</sup> *Ganter*, in: Kirchhof/Lwowski/Stürner (Hrsg.), Münchener Kommentar zur InsO, § 47 InsO, Rn. 5; *Brinkmann*, in: Uhlenbruck (Hrsg.), InsO-Kommentar, § 47 InsO, Rn. 3; *Berger*, in: Haarmeyer/Hirte/Kirchhof/Graf von Westphalen (Hrsg.), FS Kreft, 191 (192 f.).

<sup>176</sup> *Keller*, Insolvenzrecht, Rn. 382; *Becker*, Insolvenzrecht, Rn. 976.

<sup>177</sup> *Schmitz*, Dingliche Mobiliarsicherheiten im internationalen Insolvenzrecht, 98.

<sup>178</sup> *Duursma-Kepplinger*, in: Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky, EuInsVO-Kommentar, Art. 7 EuInsVO, Rn. 12.

8 EuInsVO existieren, gibt es für den Kaufvertrag über bewegliche Gegenstände nicht. Demnach muss die *lex fori concursus* auf diese Verträge angewendet werden. In Folge dieser Anwendung könnten aber die Regelungen der *lex fori concursus* über die Behandlung des Kaufvertrages, aufgrund der Charakterisierung des Eigentumsvorbehalts als Annex zum Kaufvertrag, auch Auswirkungen auf die Rechte aus einem Eigentumsvorbehalt zeitigen. Die sich hieraus ergebenden Auswirkungen und die sich dann zu stellende Frage, ob ein solches Ergebnis überhaupt anzuerkennen ist, sind exemplarisch an der deutschen Insolvenzordnung zu untersuchen.

*(b) Die Aussonderung des Vorbehaltsgutes nach deutschem Recht*

Nach deutschem Recht kann der Vorbehaltsverkäufer aufgrund eines einfachen Eigentumsvorbehalts grundsätzlich **aussondern**, wenn der Käufer insolvent wird, bevor dieser den Kaufpreis vollständig entrichtet hat.<sup>179</sup> Dies ist zum einen aus oben beschriebenem Charakter und Funktion des einfachen Eigentumsvorbehalts und der dadurch begründeten haftungsrechtlichen Zuordnung des Eigentums am Vorbehaltsgut zum Vermögen des Vorbehaltsverkäufers zu schlussfolgern. Zum anderen kann aber auch auf einen Umkehrschluss aus der Norm des § 51 Nr. 1 InsO verwiesen werden<sup>180</sup>, welche ausdrücklich auf die Sicherungsfunktion des übertragenen Eigentums abstellt.

Gem. § 47 InsO bestimmt sich dieses Aussonderungsrecht nach Gesetzen, die außerhalb des Insolvenzverfahrens gelten. Als Eigentümer des Vorbehaltsgutes steht dem Vorbehaltsverkäufer ein Anspruch auf Herausgabe der Sache aus § 985 BGB zu, dem jedoch nach § 986 I 1 BGB ein Recht zum Besitz des Vorbehaltskäufers aus dem Kaufvertrag entgegensteht. Gem. § 449 II InsO kann der Vorbehaltsverkäufer die Sache aufgrund des Eigentumsvorbehalts nur herausverlangen, wenn er vom Vertrag zurückgetreten ist. Somit kann er das Recht zum Besitz des Vorbehaltskäufers auch nur durch den Rücktritt zum Erlöschen bringen. Damit wird, abgesehen von der Möglichkeit eines vertraglichen Rücktrittsrechts, auf das allgemeine Leistungsstörungenrecht und mithin auf die §§ 323, 324 BGB und deren Voraussetzungen verwiesen.<sup>181</sup> Das bedeutet, dass der Vorbehaltsverkäufer dem Vorbehaltskäufer nach Fälligkeit zunächst erfolglos eine angemessene Frist zur Zahlung der fälligen, nichtgeleisteten Kaufpreistraten gesetzt haben muss. Die Entbehrlichkeit der Fristsetzung nach § 323 II Nr. 1-3 oder das Vorliegen des § 323 IV BGB kann nicht allein aufgrund des Drohens oder des Eintrittes der Insolvenz des Vorbehaltskäufers angenommen wer-

<sup>179</sup> *Ganter*, in: Kirchhof/Lwowski/Stürner (Hrsg.), Münchener Kommentar zur InsO, § 47 InsO, Rn. 62; *Henckel*, in: Jaeger (Begr.), InsO-Großkommentar, § 47, Rn. 42; *Brinkmann*, in: Uhlenbruck (Hrsg.), InsO-Kommentar, § 47, Rn. 13.

<sup>180</sup> *Ganter*, in: Kirchhof/Lwowski/Stürner (Hrsg.), Münchener Kommentar zur InsO, § 47 InsO, Rn. 62.

<sup>181</sup> Anders als noch bei § 455 I BGB a.F., der in seinem 2. Halbsatz für das Recht zum Rücktritt lediglich den Zahlungsverzug des Käufers voraussetzte.

den<sup>182</sup>, jedoch kann die Fristsetzung unter bestimmten Voraussetzungen wirksam vertraglich abbedungen werden.<sup>183</sup>

Der Vorbehaltsverkäufer kann daher sein Aussonderungsrecht sowohl aus der dinglichen Anspruchsgrundlage des § 985 BGB als auch aus der schuldrechtlichen Anspruchsgrundlage des § 346 I BGB ziehen.<sup>184</sup> Der Ansicht<sup>185</sup>, die für die Aussonderung des Vorbehaltseigentums im Insolvenzverfahren ein Rücktritt vom Kaufvertrag als nicht erforderlich ansieht, kann nicht gefolgt werden. Zum einen wird allein auf die Gesetze außerhalb der InsO, ohne jede weitere Modifikation, verwiesen, so dass für ein Herausgabeverlangen ein Rücktritt vom Vertrag erforderlich ist. Zum anderen verlieren die noch offenen Erfüllungsansprüche der Vertragsparteien mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens zunächst lediglich ihre Durchsetzbarkeit für die Dauer des Insolvenzverfahrens, d.h. sie bestehen grundsätzlich fort und erlöschen nicht im Sinne des § 362 BGB, was daraus zu folgern ist, dass allein die Insolvenzverfahrenseröffnung keine materiell-rechtliche Umgestaltung des gegenseitigen Vertrages bewirken kann.<sup>186</sup> Weiterführend heißt das aber auch, dass aufgrund der bloßen Nichtdurchsetzbarkeit der Erfüllungsansprüche, was lediglich eine Suspendierung der Leistungspflichten bedeutet, das Besitzrecht des Vorbehaltskäufers fortbesteht und nicht allein durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens entfallen kann.<sup>187</sup> Auch der Nichteintritt der Bedingung für den Vollrechtserwerb steht ohne Ausübung des Wahlrechts durch den Insolvenzverwalter noch nicht endgültig fest. Wäre dennoch eine Aussonderung ohne Rücktritt möglich, würde das Wahlrecht des Insolvenzverwalters ins Leere laufen. Damit ist die Aussonderung auch im Insolvenzverfahren erst nach erfolgtem Rücktritt des Vorbehaltsverkäufers möglich.

Der Rücktritt erfordert als Voraussetzung ferner die Durchsetzbarkeit der Leistungsansprüche. Wie bereits gesagt, verlieren jedoch die noch offenen Erfüllungsansprüche mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens ihre Durchsetzbarkeit und erlangen sie erst wieder, wenn dieser Schwebezustand mit der Ausübung des Wahlrechts durch den Insolvenzverwalter endet, so dass der Rücktritt bis zu diesem Zeitpunkt nicht wirksam ausgeübt werden kann. Genau dieses Wahlrecht und der damit zusammenhängende Aufschub der Geltendmachung der Rechte durch den Vorbehalts-

<sup>182</sup> Dies folgt schon allein daraus, dass der Insolvenzverwalter nach § 103 InsO ein Wahlrecht hat und ihm dieses auch verbleiben muss, da ansonsten sein Recht auf Wahl der Erfüllung ausgehöhlt werden würde.

<sup>183</sup> Die Klärung dieser einzelnen Punkte sind für die Beantwortung der hier zu klärenden Frage auf der Ebene des europäischen Insolvenzrechts irrelevant und werden daher nicht näher ausgeführt. Jedoch kann hierzu z.B. auf: *Huber*, NZI 2004, 57 (58 ff.); *Rößler-Hecht*, Eigentumsvorbehalt in der Insolvenz, 131 f. verwiesen werden.

<sup>184</sup> So auch: *Huber*, NZI 2004, 57 (59); *Ganter*, in: Kirchhof/Lwowski/Stürner (Hrsg.), Münchener Kommentar zur InsO, § 47 InsO, Rn. 62a.

<sup>185</sup> *Henkel*, in: Jaeger (Begr.), InsO-Großkommentar, § 47 InsO, Rn. 43; *Ganter*, in: Kirchhof/Lwowski/Stürner (Hrsg.), Münchener Kommentar zur InsO, § 47 InsO, Rn. 62a, der lediglich für das Herausgabeverlangen eine Rücktrittserklärung voraussetzt.

<sup>186</sup> Unter Aufgabe der vorherigen Rechtsprechung: BGHZ 150, 353 (359); *Kreft*, in: Kirchhof/Lwowski/Stürner (Hrsg.), Münchener Kommentar zur InsO, § 103 InsO, Rn. 4a, 18; *Kroth*, in: Braun, InsO-Kommentar, § 103 InsO, Rn. 7 f.; *Keller*, Insolvenzrecht, Rn. 1224.

<sup>187</sup> *Huber*, NZI 2004, 57 (62); a.A. *Ganter*, in: Kirchhof/Lwowski/Stürner (Hrsg.), Münchener Kommentar zur InsO, § 47 InsO, Rn. 63.

verkäufer und damit der Ausübung des Rücktrittsrechts, wie auch die Möglichkeit des analogen § 112 InsO, stellt sich als eine Einschränkung der Rechte aus dem Eigentumsvorbehalt dar. Diese ergibt sich nicht durch das Recht des Belegenheitsstaates, sondern durch die *lex fori concursus* und steht damit, egal welcher Ansicht zur Qualifikation des Art. 7 I EuInsVO gefolgt wird, der Rechtsfolge der Unberührtheit gem. Art. 7 I EuInsVO entgegen. Fraglich ist, ob eine derartige Einschränkung mit der EuInsVO und deren Zielen zu vereinbaren ist.

(c) *Die Regelung nach §§ 107 II, 103 InsO*

Zur Vereinfachung wurde in den vorherigen Ausführungen davon ausgegangen, dass, sofern ein Aussonderungsrecht besteht, der Verkäufer die Aussonderung des Vorbehaltsgutes vornehmen kann. Dabei ist jedoch die Möglichkeit der Einflussnahme des Kaufvertrages auf die Ausübung des Aussonderungsrechtes unbeachtet geblieben.

Im deutschen Recht finden sich solche Regelungen bezüglich gegenseitiger Verträge in den §§ 103 ff. InsO. Der Insolvenzverwalter hat ein gem. § 103 InsO bestehendes Wahlrecht bezüglich der Erfüllung des Kaufvertrages als gegenseitigen Vertrag, sofern dieser von beiden Vertragsparteien nicht oder noch nicht vollständig erfüllt worden ist. Der Kaufvertrag unter Eigentumsvorbehalt ist aufgrund des noch nicht gänzlich bezahlten Kaufpreises und der noch nicht erfolgten Übertragung des Vollrechts Eigentum von beiden Teilen noch nicht vollständig erfüllt.<sup>188</sup> Damit liegen die Voraussetzungen des § 103 InsO vor. Auch § 107 II InsO, der speziell für den Fall der Insolvenz des Vorbehaltskäufers normiert ist, nimmt ein solches Wahlrecht des Insolvenzverwalters an. Wählt der Insolvenzverwalter Erfüllung des Kaufvertrages, so erhält die Kaufpreisforderung die Rechtsqualität von einer (aus der Insolvenzmasse vorweg zu berichtigenden) originären Masseverbindlichkeit nach § 55 I Nr. 2, Alt. 1 InsO<sup>189</sup>, wobei mit vollständiger Kaufpreiszahlung durch den Insolvenzverwalter die aufschiebende Bedingung eintritt, das Eigentum am Vorbehaltsgut auf den Käufer übergeht, dieses gleichzeitig in die Sollmasse fällt und damit die Rechte des Vorbehaltsverkäufers auf Aussonderung des Gegenstandes untergehen.<sup>190</sup> Sofern der Kaufpreis vom Insolvenzverwalter nicht bezahlt wird, kann der Verkäufer das Vorbehaltsgut nur unter vollständiger Neuerfüllung der Voraussetzungen des Rücktritts, d.h. Nichtzahlung der nach der vertraglichen Vereinbarung fälligen Kaufpreistraten und

<sup>188</sup> BGHZ 98, 160 (168), *Wegener*, in: Uhlenbruck (Hrsg.), InsO-Kommentar, § 107 InsO, Rn. 1, § 103 InsO, Rn. 60 f.; *Ganter*, in: Kirchhof/Lwowski/Stürner (Hrsg.), Münchener Kommentar zur InsO, § 47 InsO, Rn. 63; *Ott/Vuia*, in: Kirchhof/Lwowski/Stürner (Hrsg.), Münchener Kommentar zur InsO, § 107 InsO, Rn. 17.

<sup>189</sup> Durch die Erfüllungswahl werden die Erfüllungsansprüche konstitutiv mit neuer Qualität, d.h. als Masseverbindlichkeiten, begründet: BGH, Urteil vom 25.04.2002 – IX ZR 313/99 = NZI 2002, 375 (376); *Kroth*, in: Braun, InsO-Kommentar, § 103 InsO, Rn. 57; *Kreft*, in: Kirchhof/Lwowski/Stürner (Hrsg.), Münchener Kommentar zur InsO, § 103 InsO, Rn. 39 ff.

<sup>190</sup> Siehe zur Wahl von Erfüllung und Nichterfüllung durch den Insolvenzverwalter auch: *Ganter*, in: Kirchhof/Lwowski/Stürner (Hrsg.), Münchener Kommentar zur InsO, § 47 InsO, Rn. 68 ff.; *Brinkmann*, in: Uhlenbruck (Hrsg.), InsO-Kommentar, § 47 InsO, Rn. 19a, 22; *Huber*, NZI 2004, 57 (62).

erfolglose Setzung einer angemessenen Frist zur Leistung, aussondern. Wählt der Insolvenzverwalter die Nichterfüllung, d.h. lehnt er die Erfüllung ab, so wird deutlich, dass der Verkäufer den Kaufpreis für das Vorbehaltsgut höchstwahrscheinlich und zumindest während des Insolvenzverfahrens nicht mehr vollständig erhalten wird. Dadurch ist zwar der Bedingungseintritt der restlichen Kaufpreiszahlung noch nicht unmöglich geworden, jedoch kann der Verkäufer ohne Setzung einer Nachfrist gem. § 323 I, II Nr. 1 bzw. Nr. 3 BGB vom Kaufvertrag zurücktreten. In Folge des Rücktrittes ist der Eintritt der Bedingung der vollständigen Erfüllung der Zahlungsverpflichtung und mithin der vollendete Rechtserwerb nicht mehr möglich, so dass das Anwartschaftsrecht, wie auch das Recht des Vorbehaltskäufers zum Besitz, erlischt und das Vorbehaltsgut ausgesondert werden kann.

*(d) Die Wirkungen dieser Regelungen*

Es scheint fast so, als ob eine derartige Regelung an sich noch nicht zu materiellen Nachteilen für den Vorbehaltsverkäufer führt. Dieses Ergebnis wäre zumindest dann zu bejahen, wenn § 103 II 2, 3 InsO uneingeschränkt zur Anwendung gelangt und der Verwalter bei Aufforderung durch den Vorbehaltsverkäufer zur Ausübung seines Wahlrechts unverzüglich zu erklären hat, ob er die Erfüllung verlangen will und dieser bei Unterlassung der Erklärung nicht auf die Erfüllung bestehen könnte. Wobei „unverzüglich“ gem. § 121 I 1 BGB „ohne schuldhaftes Zögern“ bedeutet. Der Vorbehaltsverkäufer könnte unter Beachtung der Voraussetzungen des § 323 I BGB zurücktreten und mithin aussondern. Hingegen ist in der Insolvenz des Vorbehaltskäufers, der vom Verkäufer den Besitz am Vorbehaltsgut erlangt hat, der § 107 II 1 InsO zu beachten. Sofern nicht die Ausnahme des § 107 II 2 InsO eingreift, braucht der Insolvenzverwalter, der durch den Vorbehaltsverkäufer zur Ausübung seines Wahlrechts aufgefordert worden ist, die Erklärung nach § 103 II 2 erst unverzüglich **nach dem Berichtstermin** abzugeben. Mit dieser Einschränkung des § 103 II 2 InsO im Falle der Insolvenz des Vorbehaltskäufers wird dem Insolvenzverwalter ein zeitlicher Aufschub bis zum Berichtstermin gewährleistet. Der Grund hierfür liegt darin, dass der Berichtstermin gem. § 156 InsO die erste Gläubigerversammlung und damit die erste Möglichkeit für die gesamte Gläubigerschaft ist, auf das Insolvenzverfahren und dessen Ausgang Einfluss zu nehmen. Der Insolvenzverwalter kann über die Lage des Schuldners nur berichten, wenn er sich zuvor ein Bild davon gemacht hat. Die Aussichten von Fortführung/Sanierung und Liquidation kann er nur sinnvoll und zum Besten des Schuldners prüfen und bewerten, wenn ihm zuvor keine Möglichkeiten abgeschnitten worden sind. Auch die Gläubigerversammlung kann nur dann Einfluss auf den weiteren Verlauf nehmen, wenn ihr alle Möglichkeiten noch offen stehen. So ist die Abwicklung eines günstigen Geschäfts oder die Entscheidung für eine Sanierung des schuldnerischen Unternehmens schon so gut wie ausgeschlossen, wenn die unter Eigentumsvorbehalt gelieferten Gegenstände dem Schuldner unmittelbar nach Verfahrenseröffnung entzogen werden könnten; eine Berücksichtigung eines derarti-

gen Gläubigerbeschlusses wäre nicht mehr möglich und die Rechte der Gläubiger auf Einflussnahme würden dadurch beschnitten werden.<sup>191</sup>

Wenn man auf das Rücktrittsrecht des Vorbehaltsverkäufers auch noch § 112 InsO, der von dem selben Gedanken wie § 107 II 1 InsO getragen ist, analog anwenden will, wird die Einschränkung der Rechte aus dem Eigentumsvorbehalt zeitlich sogar noch nach vorn verlagert und damit noch weiter ausgedehnt.<sup>192</sup>

Das deutsche Recht verfolgt mit der Einschränkung der Rechte aus dem Eigentumsvorbehalt, nicht notwendig dem Gläubigerschutz gegenüberstehende, Ziele, welche der Ordnungsgeber nicht in dem Maße berücksichtigt hat. So hat der deutsche Gesetzgeber, um die für eine mögliche Sanierung nötigen Gegenstände vorerst in der Istmasse zu erhalten, Regelungen getroffen, die in der Folge zum Ausschluss des Rücktrittsrechts und mithin zu einer Aussonderungssperre führen. Dadurch wurde ein Ausgleich zwischen den Rechten der Vorbehalts Eigentümer und der übrigen Gläubiger hergestellt und mithin eine Möglichkeit zum Erhalt der Sanierungschancen gewährleistet.

Dennoch bleibt die Frage bestehen, in wie weit eine derartige Einschränkung mit der EuInsVO zu vereinbaren ist.

#### (e) *Wertung und Lösung*

Ist das Vorbehaltsgut nicht im Staat der Verfahrenseröffnung belegen, soll weder das Insolvenzrecht des Verfahrensstaates noch des Belegenheitsortes auf die Rechte aus dem Eigentumsvorbehalt einwirken.<sup>193</sup> Jedoch werden gem. Art. 4 II 2 lit e) EuInsVO die Auswirkungen des Insolvenzverfahrens für den Kaufvertrag durch das Recht des Staates der Verfahrenseröffnung geregelt. Lehnt der Insolvenzverwalter die Erfüllung des Vertrages ab, würde auf das Aussonderungsrecht zurückgegriffen werden können. Wählt er Erfüllung, so kann der Vorbehaltsverkäufer sein Eigentum nicht herausverlangen und seine Rechte nicht geltend machen, erhält dafür aber seine Kaufpreisforderung als originäre Masseverbindlichkeit wieder, so dass er beinahe so gestellt ist, als wenn kein Insolvenzverfahren über den Käufer eröffnet worden wäre. Seine Rechte werden dem ersten Anschein nach, abgesehen von der zeitlichen Komponente, nicht über Gebühr eingeschränkt. Jedoch führt das Wahlrecht des Insolvenzverwalters nicht nur zu einem zeitlichen Aufschub der Geltendmachung der Rechte, sondern vernichtet diese beinahe vollständig: es kann nur Einer wählen und, wenn dies der Insolvenz-

<sup>191</sup> *Ganter*, in: Kirchhof/Lwowski/Stürner (Hrsg.), Münchener Kommentar zur InsO, § 47 InsO, Rn. 64; *Huber*, NZI 2004, 57 (62); *Kroth*, in: Braun, InsO-Kommentar, § 103 InsO, Rn. 72; *Adolphsen*, in: Arbeitskreis für Insolvenzwesen Köln e.V. (Hrsg.), Kölner Schrift zur InsO, Kapitel 41, Rn. 111.

<sup>192</sup> Für eine analoge Anwendung des § 112 InsO: *Ganter*, in: Kirchhof/Lwowski/Stürner (Hrsg.), Münchener Kommentar zur InsO, § 47 InsO, Rn. 66; *Kroth*, in: Braun, InsO-Kommentar, § 112 InsO, Rn. 14; *Marotzke*, KTS 2002, 1 (7, 9 ff.); *Gottwald/Adolphsen*, in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, § 43, Rn. 16; gegen die analoge Anwendung des § 112 InsO: *Balthasar*, in: Nerlich/Römermann (Hrsg.), InsO-Kommentar, § 112 InsO, Rn. 16; *Eckert*, in: Kirchhof/Lwowski/Stürner (Hrsg.), Münchener Kommentar zur InsO, § 112 InsO, Rn. 10; *Huber*, NZI 2004, 57 (60).

<sup>193</sup> Siehe oben: Abschnitt D.II.1.d)(1).

verwalter ist, muss der Vorbehaltsverkäufer das nehmen, was übrig bleibt. Das Recht aus dem Eigentumsvorbehalt und damit auch das Recht zu wählen, ob er aussondern möchte, würde nicht mehr bestehen. Der Ordnungsgeber sieht den Eigentumsvorbehalt als Annex zum Kaufvertrag an, so dass er die Auswirkungen durch den Kaufvertrag anscheinend hingenommen hat.

Dennoch entsprechen diese Wirkungen dem Fall, in dem Art. 7 I EuInsVO nicht einschlägig ist bzw. als wenn dieser gar nicht existieren würde, so dass sie dessen Existenz drohen leer laufen zu lassen. Zwar wird in der EuInsVO für den, den Eigentumsvorbehalt bestimmenden Kaufvertrag keine ausdrückliche Ausnahme von den Wirkungen des Insolvenzverfahrens getroffen, wie für Art. 5 und 7 EuInsVO der Fall, und es wird für diesen Vertrag auch keine Sonderanknüpfung, wie bei den Art. 6, 8-11, 14, 15 EuInsVO, die von der Anwendung der *lex fori concursus* abweichen, getroffen, so dass der Ansicht gefolgt werden könnte, dass der Kaufvertrag über die *lex fori concursus* geregelt werden sollte. Dies nehmen auch viele Autoren mangels expliziter Regelung und Rückgriff auf Art. 4 II 2 lit. e) EuInsVO als selbstverständlich hin.<sup>194</sup> Eine derartige Ausnahme ist mangels Regelung für den Kaufvertrag über bewegliche Gegenstände und dem Vorliegen einer expliziten Sonderanknüpfung für Verträge über unbewegliche Gegenstände auch grundsätzlich richtig. Jedoch muss für diejenigen insolvenzrechtlichen Regelungen über Verträge, die auf die Rechte aus einem Eigentumsvorbehalt wirken, etwas anderes gelten. Diese Normen erfahren eine Regelung durch Art. 7 I EuInsVO, so dass insoweit die Regelung des Art. 4 II 2 lit. e) EuInsVO verdrängt wird. Wenn der Eigentumsvorbehalt als Annex zum Kaufvertrag und damit eher von der schuldrechtlichen als von einer dinglichen Seite betrachtet wird, dann muss die Unberührtheit der Rechte aus dem Eigentumsvorbehalt auch auf der schuldrechtlichen Ebene Wirkung entfalten.

Diese Problematik, dass die Regelungen für den Kaufvertrag von den Rechten aus dem Eigentumsvorbehalt zu unterscheiden sind, ist der deutschen Trennung in schuldrechtliche und dingliche Ebene und dem damit verbundenen Trennungs- und Abstraktionsprinzip geschuldet. Obwohl die Betrachtung als Annex und die Aussonderung im deutschen Insolvenzrecht über eine schuldrechtliche Anspruchsgrundlage zeigen, dass Art. 7 I EuInsVO durchaus auf dieser Ebene Wirkung entfalten möchte, kann die mögliche Einwirkung durch den Kaufvertrag nicht als deutsches Problem hingenommen werden. Ansonsten würde sich im Vergleich zu anderen Rechtsordnungen eine Benachteiligung des Vorbehaltsverkäufers im deutschen Hauptinsolvenzverfahren ergeben. Der Grund hierfür liegt darin, dass das Abstraktions- und Trennungsprinzip in keiner Rechtsordnung derart ausgeprägt ist, wie im deutschen Recht. So kennen z.B. das englische und französische Recht das Abstraktionsprinzip nicht und der Eigentumsübergang erfordert lediglich einen den Voraussetzungen des jeweiligen Rechts erfüllenden, wirksamen Kaufvertrag.<sup>195</sup> Eine Trennung von Kaufvertrag und Eigentumsvorbehalt auf verschiedenen Ebenen ist damit nicht erforderlich und Art. 7 I EuInsVO gilt mithin auch für Regelungen bezüglich des Kaufvertrages. Daran wird deutlich, dass mit der Anwendung der §§ 103 ff. InsO zu sehr auf die Eigenarten

<sup>194</sup> *Duursma-Kepplinger*, in: *Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky*, EuInsVO-Kommentar, Art. 7 EuInsVO, Rn. 12; *Gottwald/Kolmann*, in: *Gottwald*, Insolvenzrechts-Handbuch, § 132, Rn. 44.

<sup>195</sup> *Schulz*, Der Eigentumsvorbehalt in europäischen Rechtsordnungen, 75, 138 f.



des deutschen Rechts in Bezug auf die Behandlung des Eigentumsvorbehalts abgestellt wird. Die Verordnung möchte indes eine Vereinheitlichung des Insolvenzverfahrens erreichen. Daher ist zu untersuchen, ob Sinn und Zweck eine derartige Aussonderungssperre dennoch tragen können: Durch diese sollen erforderliche Gegenstände in der Istmasse belassen und zusammengehalten werden, um eine Sanierung und Fortführung des schuldnerischen Unternehmens zu ermöglichen. Diese Möglichkeit kann aber nicht nur in nationalen Insolvenzverfahren bestehen, sondern muss auch dem internationalen Verfahren offen stehen.<sup>196</sup> Aufbauend auf diesem Argument könnte man die Anwendung des § 107 II InsO auch in grenzüberschreitenden Verfahren annehmen. Auf der anderen Seite ist jedoch zu sehen, dass die EuInsVO aufgrund der, soeben wieder gesehenen, großen Unterschiede im materiellen Recht und der unterschiedlich ausgeprägten Sicherungsrechte (und Rechte aus einem Eigentumsvorbehalt) ein einziges Insolvenzverfahren mit universaler Geltung für die gesamte Gemeinschaft als nicht realisierbar ansieht und daher das Universalitätsprinzip einschränkt, indem es für „besonders bedeutsame Rechte“ Sonderanknüpfungen und Territorialverfahren vorsieht.<sup>197</sup> Für die Sonderanknüpfungen werden z.B. die dinglichen Rechte genannt, die eine sehr ähnliche Regelung wie der Eigentumsvorbehalt erfahren haben. Anhand dieser Ähnlichkeiten wird deutlich, dass der Verordnungsggeber auch die Rechte aus dem Eigentumsvorbehalt besonders und vor allem vorrangig vor dem Insolvenzverfahren und den Regelungen der *lex fori concursus* schützen wollte. Diese Rechte sollten insolvenzfest ausgestaltet sein. Dazu holt die EuInsVO den Eigentumsvorbehalt aus den nationalen Insolvenzordnungen heraus, um die Rechte ohne die jeweiligen Einschränkungen zu gewähren. Dies wird durch die Einordnung als Sach- und nicht bloße Kollisionsnorm erreicht und zeigt das besondere Schutzverlangen und die vom Insolvenzverfahren unabhängige Stellung. Gerade um den Schutz der Rechte und Interessen der Gläubiger anderer Mitgliedstaaten und damit einen Vertrauensschutz zu gewährleisten, wird die *lex fori concursus* nicht auf die Rechte aus dem Eigentumsvorbehalt angewandt.<sup>198</sup> Die Rechtsfolge der Unberührtheit macht nur Sinn, wenn das Insolvenzverfahren keinerlei Wirkung auf diese Rechte zeigt, indem jedwedes Insolvenzrecht unangewendet bleibt. Die Verhinderung einer effizienten Sanierung wird dabei wohl in Kauf genommen bzw. durch die Möglichkeit eines Sekundärinsolvenzverfahrens und der dadurch möglichen Beschränkung der Rechte aus dem Eigentumsvorbehalt durch die folglich zwingende Anwendung der §§ 107 II, 103 InsO als ausgeglichen angesehen.<sup>199</sup> Die EuInsVO trifft daher in Art. 7 I eine

<sup>196</sup> Daher erfasst die EuInsVO nicht nur Liquidationsverfahren, sondern auch solche Verfahren, die der Sanierung des schuldnerischen Unternehmens dienen: siehe dazu z.B. das *Redressement judiciaire* des französischen Rechts und die *Amministrazione straordinaria* des italienischen Rechts.

<sup>197</sup> Vgl. Erwägungsgrund 11 und 25 EuInsVO.

<sup>198</sup> Vgl. Erwägungsgrund 24 EuInsVO.

<sup>199</sup> Aus den Erwägungsgründen 2 und 8 EuInsVO, des darin zum Ausdruck kommenden Zieles von effizienten und wirksamen grenzüberschreitenden Insolvenzverfahren und der nicht gegebenen Beschränkung auf Liquidationsverfahren in Anhang A der Verordnung ist jedoch auch auf die Entscheidung der EuInsVO zur Unterstützung von Sanierungsverfahren zu schließen. Dem steht jedoch das dargelegte Verständnis von Art. 7 I EuInsVO entgegen und kann auch durch die (beschränkte) Möglichkeit der Eröffnung von Sekundärinsolvenzverfahren, deren tatsächliche Voraussetzungen von Insolvenzverwaltern und Gläubigern nicht beeinflusst werden können, nicht ausgeglichen werden. Dieser Widerspruch bedarf somit der Zuführung einer Lösung.

klare Regelung: Einwirkungen auf die Rechte aus dem Eigentumsvorbehalt soll es, unabhängig von Art und Gewicht, nicht geben. Hierdurch wird auch Art. 4 II 2 lit. c) EuInsVO verdrängt, so dass diesbezügliche Befugnisse des Verwalters entfallen. Damit sind die §§ 107 II, 103 InsO in dem vorliegenden Fall *de lege lata* nicht anwendbar, und der Vorbehaltsverkäufer kann seine Aussonderungsrechte unbeschränkt geltend machen.<sup>200</sup>

(f) *Bedenken*

Wie gesehen, ist die Anwendung der deutschen §§ 107 II, 103 InsO mit dem Hinweis auf die Nichtgeltung der eigentumsvorbehaltsbezogenen Besonderheiten einzelner Rechtsordnungen bei der Anwendung der universal geltenden *lex fori concursus* zu negieren. Dabei ist jedoch die Problematik der bereits angesprochenen mangelnden Beachtung der Sanierungsinteressen, welche durch die jetzige Auslegung des Art. 7 I EuInsVO beschnitten werden, nicht gelöst. Das geltende Recht der EuInsVO hat sich in seiner jetzigen Ausgestaltung zu Gunsten der Rechtssicherheit und Stärkung des Vertrauens der Gläubiger in die Insolvenzfestigkeit von Vorbehaltseigentum außerhalb des Eröffnungsstaates für die vorstehende Rechtsfolge und damit auch gegen eine effiziente Sanierungsmöglichkeit entschieden. Die nationalen Vorschriften, wie auch die deutsche InsO, haben hingegen einen Ausgleich der verschiedenen Interessen gefunden. Obwohl dies auf internationaler Ebene um Einiges schwieriger wird, bietet sich eine Lösungsmöglichkeit an. Zwar sollten die Rechte aus dem Eigentumsvorbehalt weiterhin ausnahmslos von der *lex fori concursus* unberührt bleiben. Jedoch sollten das Insolvenzrecht des Belegenheitsstaates und damit dessen Einschränkungen zur Anwendung gelangen. Dadurch werden zum einen ein besserer Ausgleich zwischen den Gläubigern untereinander und weitergehende und effiziente Sanierungsmöglichkeiten geschaffen, zum anderen aber auch die Vorbehaltseigentümer nicht über Gebühr beeinflusst und die Rechte aus dem Eigentumsvorbehalt hinreichend gewahrt, da eine vollständige Ausklammerung von den Wirkungen des Insolvenzverfahrens diesen Gläubigern eine Stellung einräumt, die sie nicht einmal bei Eröffnung eines nationalen Insolvenzverfahrens erlangt, aber auch nicht erwartet hätten.<sup>201</sup> Dementsprechend können die §§ 107 II, 103 InsO angewendet werden, wenn sich das Vorbehaltsgut bei Eröffnung eines ausländischen Hauptinsolvenzverfahrens in Deutschland befindet, so dass der Eigentumsvorbehalt entsprechend der inländischen Interessen am Maßstab des inländischen Rechts geschützt wird und dennoch die ausgleichenden Maßnahmen des Belegenheitsstaates zu Gunsten einer Unternehmensfortführung bzw. –sanierung wirken können. Damit kann zwar das Problem der Einschränkung der Geltendmachung der Rechte aus dem Eigentumsvorbehalt durch die insolvenzrechtlichen Rege-

<sup>200</sup> So auch: *Lüer*, in: Uhlenbruck (Hrsg.), *InsO-Kommentar*, Art. 7 EuInsVO, Rn. 6; *Langenbach*, *Die vertraglichen Mobiliarsicherheiten*, 274; *Schmitz*, *Dingliche Mobiliarsicherheiten im internationalen Insolvenzrecht*, 98 f.

<sup>201</sup> So ähnlich auch: *Rößler-Hecht*, *Eigentumsvorbehalt in der Insolvenz*, 281 ff.; *Liersch*, *NZI* 2002, 15 (18 f.); *ders.*, *Sicherungsrechte im Internationalen Insolvenzrecht*, 109 ff., 125 f., der eine Unterteilung in Verwertungs- und Verteilungsrecht vornimmt und damit auch keine völlige Loslösung vom Insolvenzverfahren bevorzugt, um die verschiedenen Gläubigerinteressen hinreichend zu wahren.

lungen der *lex fori concursus* bezüglich des Kaufvertrages keiner dogmatischen Lösung zugeführt werden, es würde aber zumindest aufgrund des gefundenen Ausgleichs zwischen den verschiedenen Interessen in seiner Bedeutung geschwächt.

Einer derartigen Lösungsmöglichkeit *de lege ferenda* steht auch nicht das, nur unter beschränkten Voraussetzungen zur Anwendung gelangende, Sekundärinsolvenzverfahren entgegen. In dieser Lösung ist keine erweiternde Umgehung der Anwendungsvoraussetzungen dieser Verfahren zu sehen, sondern eine auch sonst in der EuInsVO verwendete Sonderanknüpfung an das Recht des Belegenheitsstaates, die dann aber auch als eine solche ausgestaltet werden muss. Der starke Schutz des Eigentumsvorbehalts muss konsequenterweise zu Gunsten verbesserter Fortführungs- und Sanierungschancen aufgegeben werden.

Im Ergebnis wäre eine adäquate Regelung daher in der Anwendung des Insolvenzrechts des Belegenheitsstaates zu finden.

#### *(g) Weitere Ansprüche aus dem Eigentumsvorbehalt*

Für die Behandlung weiterer Ansprüche, wie z.B. Auskunfts-, Schadens- oder Nutzungsersatzansprüche, ist zu differenzieren. Soweit sie dem Vorbehaltsverkäufer aus dem Eigentumsvorbehalt erwachsen, ist mit obiger Begründung das Recht des Belegenheitsstaates außerhalb dessen Insolvenzrechts anzuwenden. Soweit diese Rechte aber aus dem Kaufvertrag und nicht aus dem Eigentumsvorbehalt an sich erwachsen, ist auf die *lex fori concursus* zurückzugreifen.

#### *e) Die gerichtliche Durchsetzung*

Nach Sinn und Zweck des Art. 7 I EuInsVO muss dem Vorbehaltsverkäufer die individuelle Rechtsverfolgung in Form von Klage und Einzelzwangsvollstreckung (trotz des Charakters des Insolvenzverfahrens als Gesamtvollstreckungsverfahren) möglich sein. Die Rechte bleiben von der Eröffnung des Insolvenzverfahrens nur dann unberührt, wenn der Vorbehaltsverkäufer diese, trotz des laufenden Verfahrens, notfalls auch einklagen und vollstrecken kann. Zwar ist Art. 7 I EuInsVO nur als Sachnorm und damit nur als materiell-rechtliche Vorschrift anzusehen, aber die mit dieser Norm bezweckte vollständige Unabhängigkeit dieser Rechte von einem Insolvenzverfahren kann nur durch eine Ausweitung auf den verfahrensrechtlichen Weg erreicht werden.<sup>202</sup> Durch die Stellung dieser Rechte außerhalb des Insolvenzverfahrens kann sich die gerichtliche Durchsetzung nicht nach Art. 4 II 2 lit. f EuInsVO sowie die Begründung der internationalen Zuständigkeit, die Anerkennung und die Vollstreckbarerklärung nicht nach der EuInsVO richten. Hierfür kann zwar direkt nichts aus dem *German Graphics-Urteil*<sup>203</sup> des EuGH entnommen werden: im dort zu beurteilenden Sachverhalt befand sich das Vorbehaltsgut im Eröffnungsstaat, so dass Art. 7 I EuInsVO nicht zur Anwendung kam. Indirekt kann aber daraus abgeleitet werden, dass erst recht im Fall der Einschlägigkeit des Art. 7 I EuInsVO eine Ausson-

<sup>202</sup> So ähnlich: *Mankowski*, NZI 2010, 508 (512); *Haubold*, IPRax 2002, 157 (163).

<sup>203</sup> EuGH, Rs. C-292/08, *German Graphics*, Slg. 2009, I-8421.

derungsklage **nicht** unter die Ausnahme des Art. 1 II lit. b) EuGVVO fällt und damit die EuGVVO und deren Kollisionsnormen hierfür herangezogen werden können und auch müssen.<sup>204</sup> Die Einordnung als Annexverfahren kann hingegen nicht angenommen werden.

Die durch die Rechtsfolge der Unberührtheit möglich bleibende Einzelzwangsvollstreckung in den Gegenstand richtet sich schließlich nach dem Recht des Vollstreckungsstaates.<sup>205</sup>

#### f) Die Einwirkungsmöglichkeit des *forum shoppings*

Die Auswirkungen von *forum shopping* setzten sich auch im Bereich des Art. 7 I EuInsVO fort. Verlegt der Vorbehaltskäufer und Schuldner sein COMI in einen anderen Mitgliedstaat **nach Antragsstellung**, aber noch vor Verfahrenseröffnung, dann ist dies nach der *Staubitz-Schreiber-Entscheidung* für die internationale Zuständigkeit des Eröffnungsstaates unbeachtlich.<sup>206</sup> In seiner „Verlegungsbewegung“ wird er bewegliche Gegenstände und damit Vorbehaltsgut mitnehmen, so dass die Voraussetzungen des Art. 7 I EuInsVO (anderer Mitgliedstaat als Verfahrensstaat zum Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung) erfüllt sind und die Rechte aus einem Eigentumsvorbehalt von der Eröffnung des Insolvenzverfahrens unberührt bleiben. Dieses, sich in der Folge der Anwendung der *Staubitz-Schreiber-Rechtsprechung* zeigende, Ergebnis wird jedoch den eigentlichen Absichten des Schuldners widersprechen. Zwar kann die Folge der Unberührtheit der Rechte aus dem Eigentumsvorbehalt durch die Eröffnung eines Sekundärinsolvenzverfahrens im Zuzugsstaat verhindert werden, jedoch nur sofern deren Voraussetzungen vorliegen, wodurch dem Schuldner auch eine diesbezügliche Möglichkeit verbleibt, die entsprechenden Weichen zu stellen.<sup>207</sup> Ohne eine Verbringung der Gegenstände in den Zuzugsstaat wäre Art. 7 I EuInsVO nicht anwendbar und die *lex fori concursus* würde ihre Wirkungen auch hinsichtlich des Eigentumsvorbehalts entfalten. Dieses Ergebnis wird wohl eher von der Intention des Schuldners gedeckt sein.

Daher stellt sich die Frage, ob, trotz der Erfüllung der Voraussetzungen des Art. 7 I EuInsVO, der Schutz und damit auch die Anwendung des Art. 7 I EuInsVO in entsprechender Anwendung der *Staubitz-Schreiber-Entscheidung* zu versagen ist. Oberflächlich betrachtet könnte man dies, mit der Begründung, *forum shopping* vorzubeugen, bejahen. Der Schuldner wird auf der Grundlage der Verlegung seines COMI von der Annahme ausgehen, dass der Zuzugsstaat für das Hauptinsolvenzverfahren international zuständig und damit auch dessen *lex fori concursus* auf das mitgebrachte Vorbehaltsgut anwendbar ist, so dass, entgegen dieser Annahme, das Recht des Wegzugsstaates angewendet werden sollte. Jedoch ist zu beachten, wer von Art. 7 I EuInsVO geschützt werden soll. Diese Norm stellt nicht auf den Schuldner (Vorbehaltskäu-

<sup>204</sup> Zu dem dem EuGH vorliegenden Fall: EuGH, Rs. C-292/08, *German Graphics*, Slg. 2009, I-8421 Rn. 38; *Cranshaw*, DZWIR 2010, 89 (93 ff.); *Mankowski*, NZI 2010, 508 (512).

<sup>205</sup> *Cranshaw*, DZWIR 2010, 89 (99 f.).

<sup>206</sup> Siehe oben: Abschnitt C.II.4.

<sup>207</sup> Dieses Problem aufwerfend, aber keiner Lösung zuführend: *Saenger/Klockenbrink*, DZWIR 2006, 183 (185).

fer) ab, sondern bezweckt den Schutz des Gläubigers (und damit des Vorbehaltsverkäufers). Durch eine Nichtanwendung würde der Gläubiger für das Fehlverhalten des Schuldners bestraft, der Gläubiger verlegt den Gegenstand nicht und begeht damit kein forum shopping, so dass eine Korrektur der Normen der EuInsVO für diesen Fall nicht erforderlich und Art. 7 I EuInsVO mithin anwendbar ist.

Wenn man seinen Blick jedoch von der reinen Betrachtung der Norm entfernt und auf das sich in einer derartigen Situation zeigende Gesamtbild schaut, muss ein anderes Argument in die Überlegungen mit aufgenommen werden. Der Schutzzweck dieser Norm ist darauf gerichtet, die Interessen und das aufgebaute Vertrauen des Vorbehaltsverkäufers auf die Anwendung der *lex rei sitae* zu schützen. Dieser hat aber in der Zeit nach der COMI-Verlegung noch kein Vertrauen auf die Anwendung der *lex rei sitae* des Zuzugsstaates aufgebaut, so dass ein Vertrauensschutz nicht gewährleistet werden muss und Art. 7 I EuInsVO unangewendet bleiben kann. Die durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens wirkende Einschränkung der Rechte aus dem Eigentumsvorbehalt des Vorbehaltsverkäufers ist mangels Vertrauen in die Anwendung einer anderen Rechtsordnung gerechtfertigt.

Um diese beiden unterschiedlichen, aber gleichsam gerechtfertigt erscheinenden Ergebnisse in einen Einklang bringen zu können, ist eine Differenzierung notwendig. Art. 7 I EuInsVO sollte aufgrund des Vorliegens der Voraussetzungen zunächst grundsätzlich angewendet werden. Ist die Anwendung des Rechts des Zuzugsstaates (*lex rei sitae*) für den Vorbehaltsverkäufer jedoch nachteiliger als bei Anwendung des Rechts des Wegzugsstaates (*lex fori concursus*), so ist Art. 7 I EuInsVO teleologisch zu reduzieren und nicht anzuwenden. Es gilt die *lex fori concursus* auch für die Rechte aus dem Eigentumsvorbehalt. Durch den Mindestschutz des Vorbehaltsverkäufers im Rahmen der Rechte der *lex fori concursus* bleibt der Vertrauensschutz gewährleistet. Einen Weg zur Auflösung dieser Situation über die Verhinderungsversuche von forum shopping zu suchen, wäre daher verfehlt.

Das Problem des forum shoppings stellt sich vielmehr in der Verkäuferinsolvenz, um das durch Art. 7 II EuInsVO geschützte Anwartschaftsrecht des Käufers zum Erlöschen bringen zu können.

Hinsichtlich der entgegengesetzten Richtung der Verbringung des Vorbehaltsgutes ist anders zu argumentieren. Wenn der Schuldner die Sache vor Verfahrenseröffnung bewusst aus dem Eröffnungsstaat verbringt, um einem Gläubiger eine bessere Position zu verschaffen und ihm Einzelzwangsvollstreckungsmaßnahmen während des Gesamtvollstreckungsverfahrens zu ermöglichen, dann muss nicht der hindernisreiche Weg über den Rechtsmissbrauch gegangen, sondern es kann auf die Anwendung des Art. 7 III EuInsVO verwiesen werden.

## 2. Weitere Konstellationen

Liegen die Voraussetzungen des Art. 7 I EuInsVO nicht vor, sind weitere Fälle zu unterscheiden.

a) *Belegenheit der Sache im Eröffnungsstaat*

Bei einem Eigentumsvorbehalt verbleibt, anders als bei einem Pfandrecht nach dem Sachenrecht des deutschen BGB, bei dem der Sicherungsnehmer den unmittelbaren Besitz an der Sache erlangt, die Sache im unmittelbaren Besitz des Vorbehaltskäufers, bzw. wird ihm der unmittelbare Besitz an der Sache bis zum Eintritt der auflösenden Bedingung bereits überlassen. Hierauf aufbauend wird sich diese Sache auch meistens am COMI des Schuldners und damit gem. Art. 3 I EuInsVO im Staat der Insolvenzverfahrenseröffnung und nicht, wie von Art. 7 I EuInsVO gefordert, im Gebiet eines **anderen Mitgliedstaats** als dem der Verfahrenseröffnung befinden. Diese Konstellation, in der Art. 7 EuInsVO keine Bedeutung zukommt, wird daher häufig, wenn nicht sogar im Regelfall, anzutreffen sein.

In diesem Fall ist Art. 7 I EuInsVO nicht anwendbar, es gilt gem. Art. 4 I EuInsVO die *lex fori concursus* und damit das Insolvenzrecht des Eröffnungsstaates. Nach diesem Recht richten sich somit auch die Möglichkeiten der Durchsetzung der Rechte aus dem Eigentumsvorbehalt bzw. die diesbezüglichen Einschränkungen. Die Rechte des Verkäufers werden somit durch die *lex fori concursus* eingeschränkt.

b) *Belegenheit in einem anderen Mitgliedstaat, wobei dort ein Partikular- oder Sekundärinsolvenzverfahren eröffnet wird*

(1) *Im Allgemeinen*

Wird (bei Vorliegen einer Niederlassung) ein Sekundärinsolvenzverfahren in dem Mitgliedstaat, in dem das Vorbehaltsgut belegen ist, eröffnet, kommt Art. 7 I EuInsVO nicht zur Anwendung und es gilt gem. Art. 28 EuInsVO die *lex fori concursus secundarii*, d.h. das Insolvenzrecht des Mitgliedstaates, in dessen Gebiet das Sekundärinsolvenzverfahren eröffnet worden ist.<sup>208</sup>

Dieses Ergebnis kann bereits aus dem Wortlaut des Art. 7 I EuInsVO geschlossen werden. Zwar steht die Vorschrift nicht wiederholt in den Art. 27 ff. EuInsVO, jedoch steht Art. 7 I EuInsVO im Kapitel I der allgemeinen Vorschriften. Hierbei sind Art. 4 und 7 im Zusammenhang zu sehen. Art. 4 I EuInsVO bestimmt die grundsätzliche Anwendung der *lex fori concursus*, wobei dies auch für das Sekundärinsolvenzverfahren, unter der Beschränkung der Wirkungen dieses Verfahrens auf das im Gebiet dieses Mitgliedstaates belegene Vermögen des Schuldners, Geltung beansprucht. Die Anwendung der *lex fori concursus secundarii* wird in Art. 28 EuInsVO wiederholt. Auch Art. 7 I EuInsVO ist auf das Sekundärinsolvenzverfahren anzuwenden. Befindet sich das Vorbehaltsgut im Gebiet eines anderen Mitgliedstaates als dem Staat der Eröffnung des Sekundärinsolvenzverfahrens, bleibt Art. 7 I anwendbar. Das ist zwar unnötig, da schon aufgrund der territorialen Beschränktheit dieses Verfahrens gem. Art. 3 II 2, 27 Satz 3 EuInsVO sich dessen Wirkungen nur auf das im Gebiet

<sup>208</sup> Reinhart, in: Kirchhof/Lwowski/Stürner (Hrsg.), Münchener Kommentar zur InsO, Art. 7 EuInsVO, Rn. 5; Duursma-Kepplinger, in: Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky, EuInsVO-Kommentar, Art. 7 EuInsVO, Rn. 11; Westpfahl/Goetker/Wilkens, Grenzüberschreitende Insolvenzen, Rn. 377; Huber, ZZP 114 (2001), 133 (156).

dieses Mitgliedstaates belegene Vermögen erstrecken und nicht auch auf andere Staaten ausdehnen. Wichtig ist aber der daraus zu folgernde Umkehrschluss: ist die Sache nicht in einem anderen Mitgliedstaat als dem Staat der Sekundärinsolvenzverfahrenseröffnung, sondern **in** diesem belegen, ist Art. 7 I **nicht** anwendbar. Bezugsstaat ist nämlich nicht der Staat der Hauptinsolvenzverfahrenseröffnung, sondern der Sekundärinsolvenzverfahrensstaat. D.h. in diesem Fall bleiben die Rechte des Verkäufers aus dem Eigentumsvorbehalt nicht unberührt, sondern richten sich nach der *lex fori concursus secundarii*.

Wird nur ein Partikularinsolvenzverfahren gem. Art. 3 IV EuInsVO eröffnet und befindet sich das Vorbehaltsgut im Gebiet eines anderen Mitgliedstaates als dem Staat der Eröffnung dieses Verfahrens, ist Art. 7 I EuInsVO zwar anwendbar<sup>209</sup>, aber unnötig, da das Partikularinsolvenzverfahren ebenfalls aufgrund der territorialen Beschränkung gem. Art. 3 II 2 keine weitergehende Wirkung außerhalb dieses Staates entfaltet. Befindet sich die Sache hingegen im Staat der Partikularinsolvenzverfahrenseröffnung, ist Art. 7 I EuInsVO wiederum nicht anwendbar und der Eigentumsvorbehalt muss sich nach dem Insolvenzrecht des Staates, in dem das Partikularinsolvenzverfahren eröffnet worden ist, richten.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass Art. 7 I EuInsVO für Partikularinsolvenzverfahren im weiten Sinne keine die Möglichkeiten der Durchsetzung des Eigentumsvorbehalts verändernde Wirkung entfaltet. Sofern das Vorbehaltsgut im Staat der Sekundär- bzw. Partikularinsolvenzverfahrenseröffnung belegen ist, richten sich die Durchsetzung der Rechte aus dem Eigentumsvorbehalt bzw. die diesbezüglichen Einschränkungen nach dem Insolvenzrecht des Sekundär- bzw. Partikularinsolvenzverfahrensstaates.

## (2) Rechtsfolge

Damit kann der Verwalter des Sekundärinsolvenzverfahrens das Vorbehaltsgut verwerten, sofern das Insolvenzrecht der *lex fori concursus secundarii* kein Aussonderungsrecht aufgrund des Eigentumsvorbehalts gewährt. Gewährt das Insolvenzrecht dem Verkäufer ein Aussonderungsrecht aus dem Eigentumsvorbehalt, wie dies in Deutschland und Österreich der Fall ist, stellt das Vorbehaltsgut keinen Bestandteil der Sollmasse, sondern höchstens der Istmasse, dar, so dass der Insolvenzverwalter zur Verwertung dieser Sache grundsätzlich nicht berechtigt ist.<sup>210</sup> Ansonsten würde das Recht zur Aussonderung ausgehöhlt werden können. Zur Verwertung nach deutschem Recht ist er erst dann berechtigt, wenn er gem. § 103 I InsO (i.V.m. § 107 II InsO) die Erfüllung des Kaufvertrages verlangt, den Kaufpreis als Masseverbindlichkeit gem. § 55 I Nr. 2, Alt. 1 InsO vollständig bezahlt und damit den Eigentumsvor-

<sup>209</sup> A.A. *Reinhart*, in: Kirchhof/Lwowski/Stürner (Hrsg.), Münchener Kommentar zur InsO, Art. 7 EuInsVO, Rn. 5, der jedoch zum gleichen Ergebnis kommt.

<sup>210</sup> *Duursma-Kepplinger*, in: Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky, EuInsVO-Kommentar, Art. 7 EuInsVO, Rn. 10, 12.

behalt zum Erlöschen bringt, wodurch das Eigentum auf den Schuldner übergeht und damit in die Insolvenzmasse fällt.<sup>211</sup>

### (3) Im Speziellen

Bei dem Sekundärinsolvenzverfahren gem. Art. 3 III 2 EuInsVO muss es sich zwingend um ein Liquidationsverfahren handeln. Folglich sind auch nur die Einschränkungen der Rechte im Insolvenzverfahren zulässig, die für das Liquidationsverfahren geregelt sind, nicht jedoch solche, die für den Sanierungsfall Anwendung finden sollen.<sup>212</sup> Sollte jedoch gem. Art. 34 I EuInsVO „das Sekundärinsolvenzverfahren nach dem für dieses Verfahren maßgeblichen Recht ohne Liquidation durch einen Sanierungsplan, einen Vergleich oder eine andere vergleichbare Maßnahme beendet werden“, wie dies nach dem deutschen Insolvenzrecht möglich ist, dann finden auch die hierfür vorgesehenen Einschränkungen der Durchsetzung der Rechte des Vorbehaltsverkäufers Anwendung.<sup>213</sup>

Eine andere Frage ergibt sich aus der Regelung des Art. 33 I EuInsVO. Auf Antrag des Insolvenzverwalters des Hauptinsolvenzverfahrens kann die Verwertung im Rahmen des Sekundärinsolvenzverfahrens ganz oder teilweise ausgesetzt werden. Problematisch ist dabei, ob unter „Verwertung“ nur die Verwertung durch den Insolvenzverwalter des Sekundärinsolvenzverfahrens oder auch die des Sicherungsnehmers gemeint ist.<sup>214</sup> Weiterführend stellt sich dann die Frage, ob dies auch auf den Vorbehaltsverkäufer, der sich sein Eigentum zur Durchsetzung der Erfüllung der Vertragspflichten und damit auch zur Sicherung seines Kaufpreisanspruches vorbehält, übertragen werden kann, obwohl dies kein echtes Sicherungsrecht darstellt. Dies würde z.B. im deutschen Recht dazu führen, dass, aufgrund der Aussetzung, das Vorbehaltsgut nicht mehr nach § 47 InsO ausgesondert werden könnte.

Der Wortlaut spricht nur von einer „Verwertung“, ohne diese an eine bestimmte Person zu binden, aber auch ohne diese auf die Aussetzung der Durchsetzung anderer Rechte zu erstrecken. Auch sollen die mit der Verfahrenseröffnung verbundenen Wirkungen nach dem Recht des Eröffnungsstaates bestehen bleiben, **nur** die Verwertung wird nicht fortgeführt.<sup>215</sup> Andererseits ist zu bedenken, dass Sinn und Zweck der Aussetzung die Sicherung bestimmter Massegegenstände ist, um eine Sanierung oder einen Verkauf dieser zusammen mit Teilen der Insolvenzmasse des Hauptverfahrens zu ermöglichen.<sup>216</sup> Der Ausschluss der Geltendmachung der Rechte aus einem einfachem

<sup>211</sup> *Ibid.*, Art. 7 EuInsVO, Rn. 12, 19; *Kindler*, in: Rixecker/Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Art. 7 EuInsVO, Rn. 10.

<sup>212</sup> *Plappert*, Dingliche Sicherungsrechte in der Insolvenz, 257.

<sup>213</sup> *Paulus*, NZI 2001, 505 (514 f.); *Plappert*, Dingliche Sicherungsrechte in der Insolvenz, 257.

<sup>214</sup> Vgl.: *Plappert*, Dingliche Sicherungsrechte in der Insolvenz, 257 f.

<sup>215</sup> Siehe so schon: *Virgos/Schmit*, in: Vorschläge und Gutachten, 32 (116).

<sup>216</sup> *Virgos/Schmit*, in: Vorschläge und Gutachten, 32 (115); *Plappert*, Dingliche Sicherungsrechte in der Insolvenz, 258; In Anlehnung an das oben besprochene Problem der Einschränkung der Rechte aus einem Eigentumsvorbehalt aufgrund der insolvenzrechtlichen Regelungen der *lex fori concursus* bezüglich des Kaufvertrages, kann man hieran sehen, dass die EuInsVO selbst Regelungen für den Ausgleich der verschiedenen Interessen und zur Ermöglichung einer Sanierung des Unter-



Eigentumsvorbehalt wäre zwar für eine Sanierung sicherlich sinnvoll, jedoch soll das unter **einfachem** Eigentumsvorbehalt verkaufte Vorbehaltsgut, welches noch im Eigentum des Vorbehaltverkäufers steht, gerade nicht vor Eintritt der Bedingung durch den Schuldner weiterveräußert werden, so dass eine Befugnis hierzu, auch für den Verwalter, nicht besteht, sofern dieser nicht gem. § 103 I InsO Erfüllung des Kaufvertrages wählt und das Vorbehaltsgut durch die Erfüllung in die Sollmasse fällt. Ohne dieses gehört das Vorbehaltsgut, als im Eigentum des Vorbehaltverkäufers stehend, nicht zur Insolvenzmasse. Der Insolvenzverwalter hat daher keine Befugnis zur Verwertung der Sache. Im Rahmen des Trennungs- und Abstraktionsprinzips kann sich der Insolvenzverwalter bezüglich der Sache zwar schuldrechtlich wirksam verpflichten, jedoch ist der Eigentumserwerb für einen Dritten ohne Einwilligung des Vorbehaltverkäufers oder ohne gutgläubigen Erwerb nicht möglich. Anders ist dies bei den dinglichen Sicherungsrechten. Diese Rechte bestehen (lediglich) *an* den Gegenständen, wobei die Gegenstände selbst zur Insolvenzmasse gehören, wenn sie auch nicht zwingend im Eigentum des Schuldners stehen (so bei Sicherungsübereignung und Sicherungsabtretung im deutschen Recht, die trotz dessen, dass der Gläubiger Eigentümer der Sache bzw. Inhaber der Forderung ist, nach § 51 Nr. 1 InsO nur zur Absonderung berechtigen). Diese dinglichen Sicherungsrechte sollen lediglich eine (bevorzugte) Befriedigung **aus** dem Sicherungsgegenstand, der zur Insolvenzmasse gehört, ermöglichen. Aufgrund der Massezugehörigkeit ist der Insolvenzverwalter, unter weiteren durch die jeweilige Rechtsordnung angeordneten Voraussetzungen, wie z.B. der Besitz des Insolvenzverwalters gem. § 166 I InsO, zur Verwertung dieser Gegenstände befugt, wobei die Absonderungsberechtigung die bevorzugte Befriedigung aus diesem Gegenstand sichert. Soweit dem Sicherungsnehmer, wie in § 173 I InsO, das Verwertungsrecht im Insolvenzverfahren zusteht, stellt eine darauf gründende Verwertung durch den Sicherungsnehmer in der Regel das „gleichgerichtete“ Pendant zur Verwertung durch den Insolvenzverwalter dar. Eine unterschiedliche Behandlung scheint daher hier nicht gerechtfertigt. Die Aussetzung der Verwertung durch den Sicherungsnehmer ist somit bei Gegenständen, an denen lediglich ein dingliches Sicherungsrecht besteht, welches im deutschen Recht nur zu einer Absonderung gem. § 51 Nr. 1 InsO führen würde, scheinbar möglich. Jedoch geht es bei dem einfachen Eigentumsvorbehalt um das Eigentum am Vorbehaltsgut und nicht nur um ein Befriedigungsrecht an der Sache, so dass es gerade nicht zur Verwertung bei der Aussonderung kommen soll. Der Sinn und Zweck der Aussetzung der Verwertung wird des Weiteren im deutschen Insolvenzrecht durch die Frist für die Ausübung des Wahlrechts des Insolvenzverwalters gem. §§ 107 II, 103 InsO gleichfalls erreicht. Damit kann die Durchsetzung der Rechte aus dem einfachen Eigentumsvorbehalt auch nicht von der Aussetzungsmöglichkeit nach Art. 33 EuInsVO umfasst sein.

nehmens bereit hält. Dies wird jedoch leider *nur* für den Fall der Eröffnung eines Sekundärinsolvenzverfahrens bedacht.

c) *Belegenheit der Sache im Drittstaat*

Ist das Vorbehaltsgut in einem Drittstaat oder in Dänemark belegen, ist aufgrund dieses Bezuges die EuInsVO und damit auch Art. 7 I nicht anzuwenden.<sup>217</sup> Die Auswirkungen einer Verfahrenseröffnung auf die Rechte aus einem Eigentumsvorbehalt bei Belegenheit des Vorbehaltsgutes in einem Drittstaat sind nach dem jeweiligen autonomen internationalen Insolvenzrecht bzw. den darin enthaltenen Kollisionsregeln des Staates der Verfahrenseröffnung zu beurteilen.<sup>218</sup>

d) *Belegenheit der Sache bei Verfahrenseröffnung im Eröffnungsstaat, unter späterer Verbringung in einen Mitglied- oder Drittstaat*

Die unter Eigentumsvorbehalt verkaufte Sache muss sich bereits zum Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens in einem anderen Mitgliedstaat als dem der Verfahrenseröffnung befunden haben. Befindet sie sich hingegen im Eröffnungsstaat, ist Art. 7 I EuInsVO nach seinem eindeutigen Wortlaut nicht anwendbar. Selbst ein späteres Verbringen in einen anderen Mitgliedstaat kann an diesem Ergebnis nichts ändern. Es gilt weiterhin die *lex fori concursus* gem. Art. 4 I EuInsVO.

Würde man hierbei zu einer anderen Annahme kommen, wäre dem forum shopping und damit dem Rechtsmissbrauch Tür und Tor geöffnet. Die im Rahmen von Universalitäts- und Territorialprinzip zu erlangende Gleichbehandlung aller Gläubiger kann nur angemessen durchgesetzt werden, wenn auf den Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung abgestellt wird und nachträgliche Veränderungen (unter Kenntnis des Insolvenzverfahrens und der Nachteile des jeweiligen Insolvenzrechts) nicht zur Anwendung des Art. 7 I EuInsVO führen.

e) *Belegenheit der Sache bei Verfahrenseröffnung in einem Mitgliedstaat, unter späterer Verbringung in den Eröffnungsstaat*

Laut Wortlaut des Art. 7 I EuInsVO muss sich das Vorbehaltsgut lediglich **zum Zeitpunkt der Eröffnung** des Insolvenzverfahrens im Gebiet eines anderen Mitgliedstaates als dem der Verfahrenseröffnung befunden haben. Welche Rechtsfolge hingegen gilt, wenn das Vorbehaltsgut nach Eröffnung in einen anderen Staat verbracht wird, wird durch Art. 7 I EuInsVO nicht geregelt. Die tatsächlichen Gegebenheiten bei einem Eigentumsvorbehalt erfordern es jedoch, dass einer späteren Verbringung des Gegenstandes kein negativer Einfluss auf die Rechte des Vorbehaltverkäufers aus dem Eigentumsvorbehalt zukommen darf. Zum einen kann eine Beibehaltung des Belegenheitsortes nicht für die Erhaltung der Rechte während des gesamten Verfah-

<sup>217</sup> *Reinhart*, in: Kirchhof/Lwowski/Stürner (Hrsg.), Münchener Kommentar zur InsO, Art. 7 EuInsVO, Rn. 6.

<sup>218</sup> *Duursma-Kepplinger*, in: Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky, EuInsVO-Kommentar, Art. 1 EuInsVO, Rn. 54; *Reinhart*, in: Kirchhof/Lwowski/Stürner (Hrsg.), Münchener Kommentar zur InsO, Art. 7 EuInsVO, Rn. 6; *Virgos/Schmit*, in: Vorschläge und Gutachten, 32 (69, 48 f.); *Paulus*, EuInsVO-Kommentar, Art. 7 EuInsVO, Rn. 4.

rens verlangt werden. Dies muss vor allem unter dem Gesichtspunkt gelten, dass der Vorbehaltsverkäufer zumeist keinen Einfluss auf die Änderung des Belegenheitsortes des Vorbehaltsgutes haben wird. Und zum anderen ist ein Erfordernis der Beständigkeit eines Belegenheitsortes für die Gewährung von Vertrauensschutz und der dafür nötigen Beachtung des Schutzes der Rechte und Interessen der Gläubiger anderer Mitgliedstaaten im Rahmen der Eröffnung von Insolvenzverfahren nicht mehr erforderlich, wenn ein Insolvenzverfahren bereits eröffnet und damit in der Welt ist. Dies findet seine Rechtfertigung darin, dass es hierbei lediglich um die Wirkungen der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens geht. Daher ist trotz der späteren Veränderung des Belegenheitsortes des Vorbehaltsgutes Art. 7 I EuInsVO anwendbar und damit dessen Rechtsfolge einschlägig.

*f) Belegenheit der Sache bei Verfahrenseröffnung in einem Mitgliedstaat, unter späterer Verbringung in einen Drittstaat*

Bei diesem Fall liegt der Unterschied zum vorherigen Fall darin, dass die Verbringung in einen Drittstaat und damit außerhalb des Anwendungsbereiches der EuInsVO erfolgt. Fraglich ist, ob dies zur Nichtanwendbarkeit der EuInsVO führt. Für die Anwendbarkeit der EuInsVO ist jedoch auf den Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens abzustellen, so dass hier die EuInsVO und damit auch Art. 7 I EuInsVO zur Anwendung gelangen. Selbst wenn man als maßgeblichen Zeitpunkt auf die Antragstellung abstellen will, ändert sich an diesem Ergebnis nichts. Daher ist das zu Abschnitt D. II. 2. e) Gesagte auch auf diesen Fall anzuwenden.

*g) Belegenheit der Sache bei Verfahrenseröffnung in einem Drittstaat, unter späterer Verbringung in den Eröffnungsstaat bzw. Mitgliedstaat*

Auch in diesen Fall ist die Verbringung irrelevant. Jedoch ist aufgrund des Drittstaatenbezugs die EuInsVO und damit auch Art. 7 I EuInsVO nicht anwendbar.<sup>219</sup>

*h) Verbringung der Sache nach Antragsstellung, aber noch vor Verfahrenseröffnung aus dem Eröffnungsstaat*

Dieser Fall ist differenziert zu betrachten und wurde bereits unter Abschnitt D.II.1.f) besprochen.

### *3. Im Vergleich Art. 7 II EuInsVO*

Art. 7 II EuInsVO ist im Vergleich zu Absatz 1 eine „echte einheitliche materielle Vorschrift“<sup>220</sup>, die das Anwartschaftsrecht des Käufers in der Insolvenz des Verkäufers

<sup>219</sup> Siehe oben: Abschnitt D.II.2.c).

<sup>220</sup> *Taupitz*, ZZZ 111 (1998), 315 (342); *Virgos/Schmit*, in: Vorschläge und Gutachten, 32 (75).

insolvenzfest ausgestaltet, wobei jenes bei Eintritt der aufschiebenden Bedingung (vollständige Zahlung des Kaufpreises) zum Vollrecht Eigentum erstarkt. Diese Regelung ist auch für das deutsche Insolvenzrecht in § 107 I InsO zu finden.

#### 4. Die Wirkungen des Art. 7 III EuInsVO

Zwischen den Art. 5 und 7 EuInsVO gibt es weitere Parallelen. Art. 7 III trifft eine mit Art. 5 IV EuInsVO übereinstimmende Regelung. Gem. Art. 7 III EuInsVO wird eine Ausnahme von den Sonderanknüpfungen des Art. 7 I und II EuInsVO und damit eine Ausnahme von der Ausnahme von der universalen Geltung der *lex fori concursus* gemacht. Hierdurch regelt die *lex fori concursus*, als das Recht des Eröffnungsstaates, gem. Art. 4 II 2 lit. m), welche Rechtshandlungen (in Bezug auf den Eigentumsvorbehalt) nichtig, anfechtbar oder relativ unwirksam sind, weil sie die Gesamtheit der Gläubiger benachteiligen. Liegt ein solcher Fall vor, entfallen die Privilegierungen nach Art. 7 I und II EuInsVO.<sup>221</sup> Zu beachten bleibt jedoch die Einrede des Art. 13 EuInsVO.<sup>222</sup>

Je nachdem wie weit Art. 4 II 2 lit. m) EuInsVO auszulegen ist, wird auch die Ausnahme von der Sonderanknüpfung weiter oder enger zu ziehen sein.<sup>223</sup> Zu den Regelungen, im Rahmen derer die *lex fori concursus* Rechtshandlungen in der beschriebenen Weise qualifiziert, gehören die Vorschriften über die Insolvenzanfechtung, die Unwirksamkeit von Rechtshandlungen in der Zeit vor dem Insolvenzeröffnungsverfahren (z.B. § 88 InsO), während des Insolvenzeröffnungsverfahrens (z.B. § 88, §§ 81, 82 i.V.m. § 24 I InsO) und während des Insolvenzverfahrens (z.B. §§ 81, 82, 89 InsO).<sup>224</sup> Gem. Art. 4 I EuInsVO kommt für das Insolvenzverfahren und dessen Wirkungen nur das Insolvenzrecht des Eröffnungsstaates zur Anwendung, so dass unter Regelungen im Sinne der Art. 4 II 1 und der nicht abschließenden Aufzählung von Beispielen in Art. 4 II 2 EuInsVO auch nur solche Normierungen verstanden werden können, die insolvenzrechtlich zu qualifizieren sind. Somit sind andere zur Unwirksamkeit der Rechtshandlung führende Verfügungsbeschränkungen, die die *lex fori concursus* außerhalb ihres Insolvenzrechts für insolvenzunabhängige Situationen (z.B. § 1365 I 2 oder § 1369 I BGB oder solche Verfügungsverbote im Sinne des § 135 BGB) normiert, nicht unter Art. 4 II 2 lit. m) EuInsVO zu subsumieren.<sup>225</sup> Die erfassten Regelungen werden durch Art. 4 II 2 lit. m) EuInsVO jedoch weiter spezifiziert: danach müssen Sinn und Zweck dieser Regelungen darauf gerichtet sein, die **Gesamtheit der Gläubiger vor Benachteiligungen** durch die mit der Rechtsfolge der Nichtigkeit, Unwirksamkeit oder relativen Unwirksamkeit belegten Rechtshandlungen **zu schützen** und die besagten Rechtsfolgen auch gerade aus diesem Grund normieren. Ein Beispiel für die Anwendung des Art. 7 III EuInsVO ist der Fall, in dem

<sup>221</sup> Kindler, in: Rixecker/Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Art. 7 EuInsVO, Rn. 2.

<sup>222</sup> *Ibid.*, Art. 7 EuInsVO, Rn. 22; Duursma-Kepplinger, in: Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky, EuInsVO-Kommentar, Art. 7 EuInsVO, Rn. 54.

<sup>223</sup> Reinhart, in: Kirchhof/Lwowski/Stürner (Hrsg.), Münchener Kommentar zur InsO, Art. 5 EuInsVO, Rn. 42.

<sup>224</sup> *Ibid.*, Art. 5 EuInsVO, Rn. 40, 42, Art. 7 EuInsVO, Rn. 11.

<sup>225</sup> *Ibid.*, Art. 5 EuInsVO, Rn. 42.

das Vorbehaltsgut unmittelbar vor Eröffnung des Hauptinsolvenzverfahrens, allein mit der Absicht, die Sonderanknüpfungen der Art. 7 I, II EuInsVO zur Anwendung zu bringen, in einen anderen Mitgliedstaat verbracht wird.<sup>226</sup>

### III. Nach autonomem deutschen internationalen Insolvenzrecht

Im autonomen deutschen internationalen Insolvenzrecht bleiben gem. § 351 I InsO dingliche Rechte an einem Gegenstand, der zur Zeit der Eröffnung des ausländischen Insolvenzverfahrens im Inland belegen war, und das nach inländischem Recht einen Anspruch auf Aussonderung oder auf abgesonderte Befriedigung gewährt, von der Eröffnung des ausländischen Insolvenzverfahrens unberührt. Der Eigentumsvorbehalt hat dabei keine gesonderte Regelung erfahren. Diese Norm des § 351 I InsO, welche dem Wortlaut der EuInsVO ähnelt, ist auch auf den Eigentumsvorbehalt anzuwenden. Der Grund für die mangelnde Trennung von dinglichen Sicherungsrechten und Rechten aus einem Eigentumsvorbehalt ist dem deutschen Verständnis des Eigentumsvorbehalts geschuldet.

Für die Geltendmachung der Rechte gilt das zur Regelung des Eigentumsvorbehalts nach Art. 7 I EuInsVO Gesagte entsprechend, wobei das Problem der Einschränkungen durch die insolvenzrechtlichen Regelungen der *lex rei sitae* bezüglich des Kaufvertrages durch die weiteren Eröffnungsmöglichkeiten des Sekundärinsolvenzverfahrens (gem. § 354 II InsO ist keine Niederlassung erforderlich) erheblich eingeschränkt wird.

### E. Resümee

Die verschiedenen Probleme des Internationalen Insolvenzrechts finden stets ihre Grundlage in den großen Unterschieden im materiellen Recht. Diese Unterschiede zur Zufriedenheit aller Verfahrensbeteiligter zusammenzubringen, ist nicht immer einfach und endet schließlich auch in Normen, die zu Rechtsgedanken mancher Rechtsordnungen im Widerspruch stehen. Eine allen Rechtsordnungen vollständig gerecht werdende Lösung zu finden, wird zwar kaum möglich sein. Jedoch ist eine ausgleichende Vereinheitlichung der Regelungen auf internationaler Ebene durch Konkretisierungen und detailliertere Regelungen, die eine ausgewiesene Verringerung dieser Probleme bewirken können, anzustreben.

Eine Lösung ist bei den in Teil C. besprochenen Problemen durch konkretere und den Rechtsmissbrauch beachtende Neuregelungen zu finden. Grundlegend sind

<sup>226</sup> Kindler, in: Rixecker/Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Art. 7 EuInsVO, Rn. 22; a.A. Duursma-Kepplinger, in: Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky, EuInsVO-Kommentar, Art. 7 EuInsVO, Rn. 57, die in diesem Fall bereits den Art. 7 EuInsVO in seiner Gänze nicht als einschlägig ansieht und daher die *lex fori concursus* uneingeschränkt, ohne den „Umweg“ über Art. 7 III EuInsVO, zur Anwendung bringt. Dieser Ansicht kann jedoch bei Verlegung durch den Schuldner aufgrund oben (D.II.1.f)) bereits besprochener Schutzrichtung des Art. 7 I EuInsVO nicht gefolgt werden. Bei Verlegung durch den Vorbehaltsverkäufer und Gläubiger wäre dieser Ansicht beizupflichten, jedoch wird dieser Fall, aufgrund der regelmäßigen Besitzstellung des Käufers, wohl in der Praxis kaum vorkommen.

für das COMI Kriterien beispielhaft in die EuInsVO aufzunehmen, die der Objektivität und Feststellbarkeit für die Gläubiger gerecht werden. Dies trägt auch zur Verringerung von forum shopping bei. Für Konzerninsolvenzen enthält die EuInsVO *de lege lata* keine Regelungen. Für eine Normierung *de lege ferenda* ist im Interesse der Rechtssicherheit jedoch die Beachtung der rechtlich selbstständigen Rechtspersönlichkeit der Gesellschaften eines Konzerns zu fordern. Hierbei bietet sich der Ausbau von Koordinierungs- und Informationspflichten an.

Für den Eigentumsvorbehalt liegt eine an sich ausgleichende Regelung vor, die durch Auslegung der EuInsVO zu einer zufriedenstellenden Beachtung inländischer Gläubigerinteressen führt, jedoch hinsichtlich der Ermöglichung einer effektiven Fortführung bzw. Sanierung einer Veränderung bedarf. Eine Möglichkeit, die Interessen der Gläubiger aus dem Verfahrensstaat und anderen Mitgliedsstaaten in Einklang zu bringen, wäre die Beachtung des Insolvenzrechts des Belegenheitsstaates, sofern dieses nicht für diese Gläubiger nachteiliger ist als das Insolvenzrecht des Verfahrensstaates.

Ohne die Zuführung einer Lösung würden sich, wie gesehen, die bisherigen Regelungen oft zum Nachteil der Gläubiger auswirken.

Abschließend ist der EuInsVO jedoch zu bescheinigen, dass sie bereits einen guten Weg zu einem vielen Interessen gerecht werdenden Regelungswerk beschritten hat. Dies ist vor allem auch daran zu sehen, dass der deutsche Gesetzgeber die Regelungen der EuInsVO in seinem autonomen deutschen internationalen Insolvenzrecht nachbildet. Dennoch ist das Ziel noch lange nicht erreicht und es kann mit Freude der Bericht der Kommission und die darin enthaltenen Vorschläge zur Anpassung der EuInsVO erwartet werden.

## SCHRIFTTUM

- Andres, Dirk/Leithaus, Rolf/Dahl, Michael*, Insolvenzordnung (InsO): Kommentar, 2. Auflage, München 2011.
- Arbeitskreis für Insolvenzwesen Köln e. V. (Hrsg.)*, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 3. Auflage, Münster 2009.
- Bähr, Biner/Riedemann, Susanne*, Anmerkung zu: AG Mönchengladbach, Beschluss v. 27.04.2004 – 19 IN 54/04, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP) 2004, 1066-1068.
- Balz, Manfred*, Das neue Europäische Insolvenzübereinkommen, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP) 1996, 948-955.
- von Bar, Christian/Mankowski, Peter*, Internationales Privatrecht, Band I: Allgemeine Lehren, 2. Auflage, München 2003.
- Baur, Fritz (Begr.)/Baur, Jürgen F./Stürner, Rolf*, Sachenrecht, 18. Auflage, München 2009.
- Becker, Christoph*, Insolvenzrecht, 3. Auflage, Köln 2010.
- Berger, Christian*, Zur Aussonderung aufgrund obligatorischer Herausgabeansprüche, in: Haarmeyer, Hans/Hirte, Heribert/Kirchhof, Hans-Peter/Graf von Westphalen, Friedrich (Hrsg.), Verschuldung, Haftung, Vollstreckung, Insolvenz: Festschrift für Gerhart Kreft zum 65. Geburtstag, Recklinghausen 2004, 191-206.
- Bezelgues, Sarkis*, Konzerninsolvenzen in der Europäischen Union, Hamburg 2008.
- Braun, Eberhard*, Insolvenzordnung (InsO): Kommentar, 4. Auflage, München 2010.
- Cranshaw, Friedrich L.*, Fragen zur Durchsetzung des Eigentumsvorbehalts im Hauptinsolvenzverfahren des Vorbehaltskäufers im Geltungsbereich der EuInsVO, Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht (DZWIR) 2010, 89-98.
- D'Avoine, Marc*, Internationale Zuständigkeit des deutschen Insolvenzgerichts bei offenkundiger „Rückkehroption“ des ehemals selbstständig wirtschaftlich tätigen Schuldners (Unternehmer, Freiberufler, Arzt, Anwalt, Notar etc.) mit dem Ziel der Restschuldbefreiung – Wann wird forum shopping unerlaubt und verstößt unter Umständen gegen den Ordre public?, Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung (NZI) 2011, 310-314.
- Drobnig, Ulrich*, Bemerkungen zur Behandlung der Rechte Dritter, insbesondere von Sicherungsrechten (Artt. 3,3a, 17, 17a VE), in: Stellungnahmen und Gutachten zur Reform des deutschen Internationalen Insolvenzrechts: Im Auftrag der Sonderkommission »Internationales Insolvenzrecht« des Deutschen Rates für internationales Privatrecht, vorgelegt von Hans Stoll, Tübingen 1992, 177-182.
- Duursma-Kepplinger, Henriette-Christine/Duursma, Dieter/Chalupsky, Ernst*, Europäische Insolvenzverordnung: Kommentar, Wien 2002.
- Eidenmüller, Horst*, Der Markt für internationale Konzerninsolvenzen: Zuständigkeitskonflikte unter der EuInsVO, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2004, 3455-3459.
- Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, München 2004.
  - Wettbewerb der Insolvenzrechte?, Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (ZGR) 2006, 467-488.
  - Rechtsmissbrauch im Europäischen Insolvenzrecht, Zeitschrift für Insolvenzrecht (KTS) 2009, 137-161.
  - /Frobenius, Tilmann/Prusko, Wolfram, Regulierungswettbewerb im Unternehmensinsolvenzrecht: Ergebnisse einer empirischen Untersuchung, Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung (NZI) 2010, 545-550.

- Flessner*, Axel, Das künftige Internationale Insolvenzrecht im Verhältnis zum Europäischen Insolvenzübereinkommen: Anwendbares Recht, Reichweite der Anerkennung, Insolvenzplan und Schuldbefreiung, in: Vorschläge und Gutachten zur Umsetzung des EU-Übereinkommens über Insolvenzverfahren im deutschen Recht: Im Auftrag der Sonderkommission »Internationales Insolvenzrecht« des Deutschen Rates für internationales Privatrecht, vorgelegt von Hans Stoll, Tübingen 1997, 219-231.
- Internationales Insolvenzrecht in Deutschland nach der Reform, Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (IPRax) 1997, 1-10.
- Franken*, Sefa M., Three Principles of Transnational Corporate Bankruptcy Law: A Review, European Law Journal (ELJ) 11 (2005), 232-257.
- Fritz*, Daniel Friedemann/*Bähr*, Rainer M., Die Europäische Verordnung über Insolvenzverfahren – Herausforderung an Gerichte und Insolvenzverwalter, Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht (DZWIR) 2001, 221-235.
- Geimer*, Reinhold, Internationales Zivilprozessrecht, 6. Auflage, Köln 2009.
- /*Schütze*, Rolf A. (Hrsg.), Internationaler Rechtsverkehr in Zivil- und Handelssachen: Loseblatt-Handbuch mit Texten, Kommentierungen und Länderberichten, Band II, München 2006.
- Gottwald*, Peter, Insolvenzrechts-Handbuch, 4. Auflage, München 2010.
- Grenzüberschreitende Insolvenzen, München 1997.
- Grundmann*, Stefan, Wettbewerb der Regelgeber im Europäischen Gesellschaftsrecht – jedes Marktsegment hat seine Struktur, Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (ZGR) 2001, 783-832.
- Häsemeyer*, Ludwig, Rezensionen „Eltje Aderhold: Auslandskonkurs im Inland“ und „Cornelia Summ: Anerkennung ausländischer Konkurse in der Bundesrepublik Deutschland“, Zeitschrift für Zivilprozeß (ZZP) 107 (1994), 111-118.
- Haß*, Detlef/*Huber*, Peter/*Gruber*, Urs/*Heiderhoff*, Bettina, EU-Insolvenzverordnung: Kommentar zur Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 über Insolvenzverfahren (EuInsVO), München 2005.
- Haubold*, Jens, Europäisches Zivilverfahrensrecht und Ansprüche im Zusammenhang mit Insolvenzverfahren: Zur Abgrenzung zwischen Europäischer Insolvenzverordnung und EuGVO, EuGVÜ und LugÜ, Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (IPRax) 2002, 157-163.
- Herchen*, Axel, Aktuelle Entwicklungen im Recht der internationalen Zuständigkeit zur Eröffnung von Insolvenzverfahren: Der Mittelpunkt der (hauptsächlichen) Interessen im Mittelpunkt der Interessen, Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht (ZInsO) 2004, 825-831.
- Die Befugnisse des deutschen Insolvenzverwalters hinsichtlich der „Auslandsmasse“ nach In-Kraft-Treten der EG-Insolvenzverordnung (Verordnung des Rates Nr. 1346/2000), Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht (ZInsO) 2002, 345-352.
  - Das Übereinkommen über Insolvenzverfahren der Mitgliedstaaten der Europäischen Union vom 23.11.1995: Eine Analyse zentraler Fragen des Internationalen Insolvenzrechts unter besonderer Berücksichtigung dinglicher Sicherungsrechte, Würzburg 2000.
- Hergenröder*, Curt Wolfgang, Entschuldung durch Restschuldbefreiungstourismus?: Voraussetzungen, Grenzen und Verfahrensfragen der Anerkennung einer ausländischen Restschuldbefreiung im Inland nach der EuInsVO, Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht (DZWIR) 2009, 309-322.



- Huber, Michael*, Rücktrittsrecht des Vorbehaltsverkäufers in der Insolvenz des Vorbehaltskäufers, *Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung (NZI)* 2004, 57-63.
- Huber, Peter*, Probleme der Internationalen Zuständigkeit und des forum shopping aus deutscher Sicht, in: *Gottwald, Peter (Hrsg.)*, *Europäisches Insolvenzrecht: Kollektiver Rechtsschutz*, Bielefeld 2008.
- Internationales Insolvenzrecht in Europa – Das internationale Privat- und Verfahrensrecht der Europäischen Insolvenzverordnung –, *Zeitschrift für Zivilprozeß (ZZP)* 114 (2001), 133-166.
- Jaeger, Ernst (Begr.)/Henckel, Wolfram (Hrsg.)/Gerhardt, Walter (Hrsg.)*, *Insolvenzordnung: Großkommentar*, Band 1, §§ 1-55, Berlin 2004.
- Keggenhoff, Carsten*, Internationale Zuständigkeit bei grenzüberschreitenden Insolvenzverfahren: Der Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen gemäß Art. 3 Abs. 1 EuInsVO bei Gesellschaften und juristischen Personen, Hamburg 2006.
- Keller, Ulrich*, *Insolvenzrecht*, München 2006.
- Kemper, Jutta*, Die Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 über Insolvenzverfahren: Ein Schritt zu einem europäischen Insolvenzrecht, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP)* 2001, 1609-1621.
- Kerber, Wolfgang*, Rechtseinheitlichkeit und Rechtsvielfalt aus ökonomischer Sicht, in: *Grundmann, Stefan (Hrsg.)*, *Systembildung und Systemlücken in Kerngebieten des Europäischen Privatrechts, Gesellschafts-, Arbeits- und Schuldvertragsrecht*, Tübingen 2000, 67-97.
- Kienle, Florian*, Grundlagen des internationalen Insolvenzrechts, *Zeitschrift für die notarielle Beratungs- und Beurkundungspraxis (NotBZ)* 2008, 245-257.
- Kindler, Peter/Nachmann, Josef*, *Handbuch Insolvenzrecht in Europa*, München 2010.
- Kirchhof, Hans-Peter (Hrsg.)/Lwowski, Hans-Jürgen (Hrsg.)/Stürmer, Rolf (Hrsg.)*, *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, Band 1, §§ 1-102 InsO, InsVV, 2. Auflage, München 2007.
- *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, Band 2, §§ 103-269, 2. Auflage, München 2008.
  - *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, Band 3, §§ 270-359 InsO, Internationales Insolvenzrecht, Insolvenzsteuerrecht, Sachverzeichnis für die Bände 1-3, 2. Auflage, München 2008.
- Knof, Béla*, Europäisches Insolvenzrecht und Schuldbefreiungs-Tourismus: Zugleich Anmerkung AG Celle, *Beschl. v. 18.4.2005 – 29 IN 11/05*, *ZInsO* 2005, 895, *Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht (ZInsO)* 2005, 1017-1026.
- Kodek, Georg E.*, *Kurzkomentar zu: AG Nürnberg, Beschl. v. 1.10.2006 – 8034 IN 1326/06*, *Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht: Kurzkomentare (EWiR)* 2007, 179-180.
- Kolmann, Stephan*, *Kooperationsmodelle im internationalen Insolvenzrecht – Empfiehlt sich für das deutsche internationale Insolvenzrecht eine Neuorientierung?*, Bielefeld 2001.
- Kompat, Birgit Melanie*, *Die neue Europäische Insolvenzverordnung: Ihre Auswirkungen auf das Internationale Insolvenzrecht ausgewählter Mitgliedstaaten*, Hamburg 2006.
- Kübler, Bruno M.*, Der Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen nach Art. 3 Abs. 1 EuInsVO, in: *Schilken, Eberhard/Kreft, Gerhart/Wagner, Gerhard/Eckardt, Diederich (Hrsg.)*, *Festschrift für Walter Gerhardt*, Köln 2004, 527-562.

- Langenbach*, Markus, Die vertraglichen Mobiliarsicherheiten in grenzüberschreitenden deutsch-österreichischen Unternehmensinsolvenzen: Eine Untersuchung wesentlicher Probleme der innerstaatlichen und internationalen Insolvenzrechtsordnungen unter besonderer Berücksichtigung sach- und kollisionsrechtlicher Vorfragen, Baden-Baden 2009.
- Lehne*, Klaus-Heiner, Entwurf eines Berichts mit Empfehlungen an die Kommission zu Insolvenzverfahren im Rahmen des EU-Gesellschaftsrechts vom 06. Juni 2011 (2011/2006(INI)), erhältlich im Internet: <[http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009\\_2014/documents/juri/pr/869/869632/869632de.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/juri/pr/869/869632/869632de.pdf)> (besucht am 19. Juli 2012).
- Leible*, Stefan/*Staudinger*, Ansgar, Die europäische Verordnung über Insolvenzverfahren, Zeitschrift für Insolvenzrecht (KTS) 2000, 533-575.
- Liersch*, Oliver, Anmerkung zu: AG Düsseldorf, Beschluss v. 12.03.2004 – 502 IN 126/03, Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung (NZI) 2004, 271-272.
- Sicherungsrechte im Internationalen Insolvenzrecht, Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung (NZI) 2002, 15-19.
  - Sicherungsrechte im Internationalen Insolvenzrecht: Unter besonderer Berücksichtigung der Vereinbarkeit von Art. 5 und 7 der EG-Verordnung über Insolvenzverfahren (EuInsVO) mit dem deutschen Insolvenzrecht, Frankfurt am Main/Berlin/Bern [u.a.] 2001.
- Lorenz*, Verena, Annexverfahren bei Internationalen Insolvenzen: Internationale Zuständigkeitsregelung der Europäischen Insolvenzverordnung, Tübingen 2005.
- Ludwig*, Daniel, Neuregelungen des deutschen Internationalen Insolvenzverfahrensrechts: Eine Untersuchung unter vergleichender Heranziehung der Europäischen Insolvenzverordnung, Frankfurt am Main 2004.
- Mankowski*, Peter, Insolvenznahe Verfahren im Grenzbereich zwischen EuInsVO und EuGVVO – Zur Entscheidung des EuGH in Sachen German Graphics (NZI 2009, 741), Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung (NZI) 2010, 508-512.
- Klärung von Grundfragen des europäischen Internationalen Insolvenzrechts durch die Eurofood-Entscheidung?: Centre of main interests (COMI), Anerkennung, ordre public, vorläufige Insolvenzverwaltung, Betriebs-Berater (BB) 2006, 1753-1759.
  - Kurzkomentar, Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht (EWiR) 2005, 637-638.
  - Grenzüberschreitender Umzug und das center of main interests im europäischen Internationalen Insolvenzrecht, Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung (NZI) 2005, 368-373.
- Marotzke*, Wolfgang, BGB und InsO: zwei neue Leistungsstörungenrechte im Widerstreit, Zeitschrift für Insolvenzrecht (KTS) 2002, 1-51.
- Moss*, Gabriel/*Fletcher*, Ian F./*Isaacs*, Stuart, The EC Regulation on Insolvency Proceedings: a commentary and annotated guide, Oxford/New York 2002.
- Nerlich*, Jörg (Hrsg.)/*Römermann*, Volker (Hrsg.), Insolvenzordnung: (InsO): Kommentar, 22. Ergänzungslieferung, München 2011.
- Oberhammer*, Paul, Europäisches Insolvenzrecht in praxi – „Was bisher geschah“, Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht (ZInsO) 2004, 761-773.
- Pannen*, Klaus, Europäische Insolvenzverordnung: Kommentar, Berlin 2007.
- /*Riedemann*, Susanne, Der Begriff des „centre of main interests“ i.S. des Art. 3 I 1 EuInsVO im Spiegel aktueller Fälle aus der Rechtsprechung, Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung (NZI) 2004, 646-651.

- Paulus*, Christoph G., Europäische Insolvenzverordnung: Kommentar, 2. Auflage, Frankfurt am Main 2008.
- Anfechtungsklagen in grenzüberschreitenden Insolvenzverfahren, Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht (ZInsO) 2006, 295-300.
  - Kurzkomentar, Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht (EWiR) 2004, 493-494.
  - Zuständigkeitsfragen nach der Europäischen Insolvenzverordnung – Zugleich Besprechung High Court of Justice Leeds, Beschl. v. 16.5.2003 – No 861–876/03, ZIP 2003, 1362, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP) 2003, 1725-1729.
  - Die europäische Insolvenzverordnung und der deutsche Insolvenzverwalter, Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung (NZI) 2001, 505-516.
- Plappert*, Alexander, Dingliche Sicherungsrechte in der Insolvenz: Eine rechtsvergleichende Analyse unter Berücksichtigung der Rechtslage bei grenzüberschreitenden Insolvenzen nach Art. 5 EuInsVO, Baden-Baden 2008.
- Reuß*, Philipp M., „Forum Shopping“ in der Insolvenz: Missbräuchliche Dimension der Wahrnehmung unionsrechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten, Tübingen 2011.
- Ringe*, Wolf-Georg, Forum Shopping under the EU Insolvency Regulation, European Business Organization Law Review (EBOR) 9 (2008), 579-620.
- Rixecker*, Roland (Hrsg.)/*Säcker*, Franz Jürgen (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 11, Internationales Privatrecht, Internationales Wirtschaftsrecht, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 25-248), 5. Auflage, München 2010.
- Rößler-Hecht*, Franziska, Der Eigentumsvorbehalt in der Insolvenz im europäischen Rechtsvergleich – eine rechtsvergleichende Betrachtung unter besonderer Berücksichtigung der Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates vom 29. Mai 2000 über Insolvenzverfahren sowie der Richtlinie 2000/35/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. Juni 2000 zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr, Hamburg 2009.
- Sabel*, Oliver, Hauptsitz als Niederlassung im Sinne der EuInsVO?, Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung (NZI) 2004, 126-128.
- Saenger*, Ingo/*Klockenbrink*, Ulrich, Neue Grenzen für ein forum shopping des Insolvenzschuldners?, Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht (DZWIR) 2006, 183-185.
- Sander*, Florian/*Brefßler*, Steffen, Das Dilemma mitgliedstaatlicher Rechtsgleichheit und unterschiedlicher Rechtsschutzstandards in der europäischen Union: Zum Umgang mit sogenannten „Torpedoklagen“, Zeitschrift für Zivilprozess (ZZP) 122 (2009), 157-185.
- Schlosser*, Peter F., EU-Zivilprozessrecht: EuGVVO, EuEheVO, AVAG, HZÜ, EuZVO, HBÜ, EuBVO, 2. Auflage, München 2003.
- Schmitz*, Jan, Dingliche Mobiliarsicherheiten im internationalen Insolvenzrecht, Baden-Baden 2011.
- Schulz*, Martina, Der Eigentumsvorbehalt in europäischen Rechtsordnungen: Rechtsvergleichende Untersuchung des deutschen, englischen und französischen Rechts unter besonderer Berücksichtigung von Erweiterungen und Verlängerungen, Frankfurt am Main/Berlin/Bern [u.a.] 1998.
- Smid*, Stefan, Internationales Insolvenzrecht, Berlin 2009.
- Deutsches und Europäisches Internationales Insolvenzrecht: Kommentar, Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates vom 29. Mai 2000 über Insolvenzverfahren (Europäische Insolvenzverordnung – EurInsVO), Einführungsgesetz zur Insolvenzverordnung

- (EGInsO) Art. 102 Durchführung der EurInsVO, Insolvenzordnung (InsO), elfter Teil – Internationales Insolvenzrecht (§§ 335-358 InsO), Insolvenzordnung (InsO): ausgewählte Vorschriften mit internationalem Bezug, Stuttgart/Berlin/Köln 2004.
- Judikatur zum internationalen Insolvenzrecht, Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht (DZWIR) 2004, 397-411.
- Taupitz*, Jochen, Das (zukünftige) europäische Internationale Insolvenzrecht – insbesondere aus international-privatrechtlicher Sicht –, Zeitschrift für Zivilprozeß (ZZP) 111 (1998), 315-350.
- Thole*, Christoph, Missbrauchskontrolle im Europäischen Zivilverfahrensrecht: Zur Problematik der sog. Zuständigkeitserschleichung, Zeitschrift für Zivilprozess (ZZP) 122 (2009), 423-447.
- Uhlenbruck*, Wilhelm (Hrsg.)/*Hirte*, Heribert (Hrsg.)/*Vallender*, Heinz (Hrsg.), InsO: Insolvenzordnung: Kommentar, 13. Auflage, München 2010.
- Vallender*, Heinz, Aufgaben und Befugnisse des deutschen Insolvenzrichters in Verfahren nach der EuInsVO, Zeitschrift für Insolvenzrecht (KTS) 2005, 283-329.
- */Deyda*, Stephan, Brauchen wir einen Konzerninsolvenzgerichtsstand?, Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung (NZI) 2009, 825-834.
- Van Galen*, Robert, The European Insolvency Regulation and Groups of Companies, INSOL Europe Annual Congress Cork, Ireland, 2003, International Insolvency Institute, erhältlich im Internet: <<http://www.iiiglobal.org/component/jdownloads/?task=finish&cid=399&catid=39>> (besucht am 19. Juli 2012).
- Virgos*, Miguel/*Schmit*, Etienne, Erläuternder Bericht zu dem EU-Übereinkommen über Insolvenzverfahren (Deutsche Fassung nach Überarbeitung durch die Gruppe der Rechts- und Sprachsachverständigen, Der Rat der Europäischen Union, Doc. 6500/1/96 REV 1), in: Vorschläge und Gutachten zur Umsetzung des EU-Übereinkommens über Insolvenzverfahren im deutschen Recht: Im Auftrag der Sonderkommission »Internationales Insolvenzrecht« des Deutschen Rates für internationales Privatrecht, vorgelegt von Hans Stoll, Tübingen 1997, 32-134.
- Weller*, Marc-Philippe, Die Verlegung des Center of Main Interest von Deutschland nach England, Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (ZGR) 2008, 835-866.
- Inländische Gläubigerinteressen bei internationalen Konzerninsolvenzen, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht (ZHR) 169 (2005), 570-593.
- Wessels*, Bob, International Insolvency Law, Deventer 2006.
- Westpfahl*, Lars/*Goetker*, Uwe/*Wilkins*, Jochen, Grenzüberschreitende Insolvenzen, Köln 2008.
- Wilhelm*, Jan, Sachenrecht, 4. Auflage, Berlin/New York 2010.
- Willemer*, Charlotte, Vis attractiva concursus und die Europäische Insolvenzverordnung, Tübingen 2006.
- Wimmer*, Klaus (Hrsg.), FK-InsO: Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung, mit EuInsVO, InsVV und weiteren Nebengesetzen, 6. Auflage, Köln 2011.
- Die EU- Verordnung zur Regelung grenzüberschreitender Insolvenzverfahren, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2002, 2427-2431.
- Wiórek*, Piotr Marcin, Das Prinzip der Gläubigergleichbehandlung im Europäischen Insolvenzrecht, Baden-Baden 2005.
- Wood*, Philip R., Principles of International Insolvency, London 1995.

*Zeuner, Mark/Elsner, Theresa, Die internationale Zuständigkeit der Anfechtungsklage oder die Auslegung des Art. 1 Abs. 2 lit. b EuGVVO, Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht (DZWIR) 2008, 1-6.*

## **Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht**

(bis Heft 13 erschienen unter dem Titel: Arbeitspapiere aus dem  
Institut für Wirtschaftsrecht – ISSN 1619-5388)

ISSN 1612-1368 (print)  
ISSN 1868-1778 (elektr.)

### **Bislang erschienene Hefte**

- Heft 1 Wiebe-Katrin Boie, Der Handel mit Emissionsrechten in der EG/EU – Neue Rechtssetzungsinitiative der EG-Kommission, März 2002, ISBN 3-86010-639-2
- Heft 2 Susanne Rudisch, Die institutionelle Struktur der Welthandelsorganisation (WTO): Reformüberlegungen, April 2002, ISBN 3-86010-646-5
- Heft 3 Jost Delbrück, Das Staatsbild im Zeitalter wirtschaftsrechtlicher Globalisierung, Juli 2002, ISBN 3-86010-654-6
- Heft 4 Christian Tietje, Die historische Entwicklung der rechtlichen Disziplinierung technischer Handelshemmnisse im GATT 1947 und in der WTO-Rechtsordnung, August 2002, ISBN 3-86010-655-4
- Heft 5 Ludwig Gramlich, Das französische Asbestverbot vor der WTO, August 2002, ISBN 3-86010-653-8
- Heft 6 Sebastian Wolf, Regulative Maßnahmen zum Schutz vor gentechnisch veränderten Organismen und Welthandelsrecht, September 2002, ISBN 3-86010-658-9
- Heft 7 Bernhard Kluttig/Karsten Nowrot, Der „Bipartisan Trade Promotion Authority Act of 2002“ – Implikationen für die Doha-Runde der WTO, September 2002, ISBN 3-86010-659-7
- Heft 8 Karsten Nowrot, Verfassungsrechtlicher Eigentumsschutz von Internet-Domains, Oktober 2002, ISBN 3-86010-664-3
- Heft 9 Martin Winkler, Der Treibhausgas-Emissionsrechtehandel im Umweltvölkerrecht, November 2002, ISBN 3-86010-665-1
- Heft 10 Christian Tietje, Grundstrukturen und aktuelle Entwicklungen des Rechts der Beilegung internationaler Investitionsstreitigkeiten, Januar 2003, ISBN 3-86010-671-6
- Heft 11 Gerhard Kraft/Manfred Jäger/Anja Dreiling, Abwehrmaßnahmen gegen feindliche Übernahmen im Spiegel rechtspolitischer Diskussion und ökonomischer Sinnhaftigkeit, Februar 2003, ISBN 3-86010-647-0
- Heft 12 Bernhard Kluttig, Welthandelsrecht und Umweltschutz – Kohärenz statt Konkurrenz, März 2003, ISBN 3-86010-680-5
- Heft 13 Gerhard Kraft, Das Corporate Governance-Leitbild des deutschen Unternehmenssteuerrechts: Bestandsaufnahme – Kritik – Reformbedarf, April 2003, ISBN 3-86010-682-1

- Heft 14 Karsten Nowrot/Yvonne Wardin, Liberalisierung der Wasserversorgung in der WTO-Rechtsordnung – Die Verwirklichung des Menschenrechts auf Wasser als Aufgabe einer transnationalen Verantwortungsgemeinschaft, Juni 2003, ISBN 3-86010-686-4
- Heft 15 Alexander Böhmer/Guido Glania, The Doha Development Round: Reintegrating Business Interests into the Agenda – WTO Negotiations from a German Industry Perspective, Juni 2003, ISBN 3-86010-687-2
- Heft 16 Dieter Schneider, „Freimütige, lustige und ernsthafte, jedoch vernunft- und gesetzmäßige Gedanken“ (Thomasius) über die Entwicklung der Lehre vom gerechten Preis und fair value, Juli 2003, ISBN 3-86010-696-1
- Heft 17 Andy Ruzik, Die Anwendung von Europarecht durch Schiedsgerichte, August 2003, ISBN 3-86010-697-X
- Heft 18 Michael Slonina, Gesundheitsschutz contra geistiges Eigentum? Aktuelle Probleme des TRIPS-Übereinkommens, August 2003, ISBN 3-86010-698-8
- Heft 19 Lorenz Schomerus, Die Uruguay-Runde: Erfahrungen eines Chef-Unterhändlers, September 2003, ISBN 3-86010-704-6
- Heft 20 Michael Slonina, Durchbruch im Spannungsverhältnis TRIPS and Health: Die WTO-Entscheidung zu Exporten unter Zwangslizenzen, September 2003, ISBN 3-86010-705-4
- Heft 21 Karsten Nowrot, Die UN-Norms on the Responsibility of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights – Gelungener Beitrag zur transnationalen Rechtsverwirklichung oder das Ende des Global Compact?, September 2003, ISBN 3-86010-706-2
- Heft 22 Gerhard Kraft/Ronald Krengel, Economic Analysis of Tax Law – Current and Past Research Investigated from a German Tax Perspective, Oktober 2003, ISBN 3-86010-715-1
- Heft 23 Ingeborg Fogt Bergby, Grundlagen und aktuelle Entwicklungen im Streitbeilegungsrecht nach dem Energiechartavertrag aus norwegischer Perspektive, November 2003, ISBN 3-86010-719-4
- Heft 24 Lilian Habermann/Holger Pietzsch, Individualrechtsschutz im EG-Antidumpingrecht: Grundlagen und aktuelle Entwicklungen, Februar 2004, ISBN 3-86010-722-4
- Heft 25 Matthias Hornberg, Corporate Governance: The Combined Code 1998 as a Standard for Directors' Duties, März 2004, ISBN 3-86010-724-0
- Heft 26 Christian Tietje, Current Developments under the WTO Agreement on Subsidies and Countervailing Measures as an Example for the Functional Unity of Domestic and International Trade Law, März 2004, ISBN 3-86010-726-7
- Heft 27 Henning Jessen, Zollpräferenzen für Entwicklungsländer: WTO-rechtliche Anforderungen an Selektivität und Konditionalität – Die GSP-Entscheidung des WTO Panel und Appellate Body, Mai 2004, ISBN 3-86010-730-5

- Heft 28 Tillmann Rudolf Braun, Investment Protection under WTO Law – New Developments in the Aftermath of Cancún, Mai 2004, ISBN 3-86010-731-3
- Heft 29 Juliane Thieme, Latente Steuern – Der Einfluss internationaler Bilanzierungsvorschriften auf die Rechnungslegung in Deutschland, Juni 2004, ISBN 3-86010-733-X
- Heft 30 Bernhard Kluttig, Die Klagebefugnis Privater gegen EU-Rechtsakte in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes: Und die Hoffnung stirbt zuletzt..., September 2004, ISBN 3-86010-746-1
- Heft 31 Ulrich Immenga, Internationales Wettbewerbsrecht: Unilateralismus, Bilateralismus, Multilateralismus, Oktober 2004, ISBN 3-86010-748-8
- Heft 32 Horst G. Krenzler, Die Uruguay Runde aus Sicht der Europäischen Union, Oktober 2004, ISBN 3-86010-749-6
- Heft 33 Karsten Nowrot, Global Governance and International Law, November 2004, ISBN 3-86010-750-X
- Heft 34 Ulrich Beyer/Carsten Oehme/Friederike Karmrodt, Der Einfluss der Europäischen Grundrechtecharta auf die Verfahrensgarantien im Unionsrecht, November 2004, ISBN 3-86010-755-0
- Heft 35 Frank Rieger/Johannes Jester/ Michael Sturm, Das Europäische Kartellverfahren: Rechte und Stellung der Beteiligten nach Inkrafttreten der VO 1/03, Dezember 2004, ISBN 3-86010-764-X
- Heft 36 Kay Wissenbach, Systemwechsel im europäischen Kartellrecht: Dezentralisierte Rechtsanwendung in transnationalen Wettbewerbsbeziehungen durch die VO 1/03, Februar 2005, ISBN 3-86010-766-6
- Heft 37 Christian Tietje, Die Argentinien-Krise aus rechtlicher Sicht: Staatsanleihen und Staateninsolvenz, Februar 2005, ISBN 3-86010-770-4
- Heft 38 Matthias Bickel, Die Argentinien-Krise aus ökonomischer Sicht: Herausforderungen an Finanzsystem und Kapitalmarkt, März 2005, ISBN 3-86010-772-0
- Heft 39 Nicole Steinat, Comply or Explain – Die Akzeptanz von Corporate Governance Kodizes in Deutschland und Großbritannien, April 2005, ISBN 3-86010-774-7
- Heft 40 Karoline Robra, Welthandelsrechtliche Aspekte der internationalen Besteuerung aus europäischer Perspektive, Mai 2005, ISBN 3-86010-782-8
- Heft 41 Jan Bron, Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften in der EG, Juli 2005, ISBN 3-86010-791-7
- Heft 42 Christian Tietje/Sebastian Wolf, REACH Registration of Imported Substances – Compatibility with WTO Rules, July 2005, ISBN 3-86010-793-3
- Heft 43 Claudia Decker, The Tension between Political and Legal Interests in Trade Disputes: The Case of the TEP Steering Group, August 2005, ISBN 3-86010-796-8



- Heft 44 Christian Tietje (Hrsg.), Der Beitritt Russlands zur Welthandelsorganisation (WTO), August 2005, ISBN 3-86010-798-4
- Heft 45 Wang Heng, Analyzing the New Amendments of China's Foreign Trade Act and its Consequent Ramifications: Changes and Challenges, September 2005, ISBN 3-86010-802-6
- Heft 46 James Bacchus, Chains Across the Rhine, October 2005, ISBN 3-86010-803-4
- Heft 47 Karsten Nowrot, The New Governance Structure of the Global Compact – Transforming a “Learning Network” into a Federalized and Parliamentarized Transnational Regulatory Regime, November 2005, ISBN 3-86010-806-9
- Heft 48 Christian Tietje, Probleme der Liberalisierung des internationalen Dienstleistungshandels – Stärken und Schwächen des GATS, November 2005, ISBN 3-86010-808-5
- Heft 49 Katja Moritz/Marco Gesse, Die Auswirkungen des Sarbanes-Oxley Acts auf deutsche Unternehmen, Dezember 2005, ISBN 3-86010-813-1
- Heft 50 Christian Tietje/Alan Brouder/Karsten Nowrot (eds.), Philip C. Jessup's *Transnational Law* Revisited – On the Occasion of the 50th Anniversary of its Publication, February 2006, ISBN 3-86010-825-5
- Heft 51 Susanne Probst, Transnationale Regulierung der Rechnungslegung – International Accounting Standards Committee Foundation und Deutsches Rechnungslegungs Standards Committee, Februar 2006, ISBN 3-86010-826-3
- Heft 52 Kerstin Rummel, Verfahrensrechte im europäischen Arzneimittelzulassungsrecht, März 2006, ISBN 3-86010-828-X
- Heft 53 Marko Wohlfahrt, Gläubigerschutz bei EU-Auslandsgesellschaften, März 2006, ISBN (10) 3-86010-831-X, ISBN (13) 978-3-86010-831-4
- Heft 54 Nikolai Fichtner, The Rise and Fall of the Country of Origin Principle in the EU's Services Directive – Uncovering the Principle's Premises and Potential Implications –, April 2006, ISBN (10) 3-86010-834-4, ISBN (13) 978-3-86010-834-5
- Heft 55 Anne Reinhardt-Salcinovic, Informelle Strategien zur Korruptionsbekämpfung – Der Einfluss von Nichtregierungsorganisationen am Beispiel von Transparency International –, Mai 2006, ISBN (10) 3-86010-840-9, ISBN (13) 978-3-86010-840-6
- Heft 56 Marius Rochow, Die Maßnahmen von OECD und Europarat zur Bekämpfung der Bestechung, Mai 2006, ISBN (10) 3-86010-842-5, ISBN (13) 978-3-86010-842-0
- Heft 57 Christian J. Tams, An Appealing Option? The Debate about an ICSID Appellate Structure, Juni 2006, ISBN (10) 3-86010-843-3, ISBN (13) 978-3-86010-843-7
- Heft 58 Sandy Hamelmann, Internationale Jurisdiktionskonflikte und Vernetzungen transnationaler Rechtsregime – Die Entscheidungen des Panels und des Appellate Body der WTO in Sachen “Mexico – Tax Measures on Soft Drinks and Other Beverages” –, Juli 2006, ISBN (10) 3-86010-850-6, ISBN (13) 978-3-86010-850-5
- Heft 59 Torje Sunde, Möglichkeiten und Grenzen innerstaatlicher Regulierung nach Art. VI GATS, Juli 2006, ISBN (10) 3-86010-849-2, ISBN (13) 978-3-86010-849-9

- Heft 60 Kay Wissenbach, Schadenersatzklagen gegen Kartellmitglieder – Offene Fragen nach der 7. Novellierung des GWB, August 2006, ISBN (10) 3-86010-852-2, ISBN (13) 978-3-86010-852-9
- Heft 61 Sebastian Wolf, Welthandelsrechtliche Rahmenbedingungen für die Liberalisierung ausländischer Direktinvestitionen – Multilaterale Investitionsverhandlungen oder Rückbesinnung auf bestehende Investitionsregelungen im Rahmen der WTO?, September 2006, ISBN (10) 3-86010-860-3, ISBN (13) 978-3-86010-860-4
- Heft 62 Daniel Kirmse, Cross-Border Delisting – Der Börsenrückzug deutscher Aktiengesellschaften mit Zweitnotierungen an ausländischen Handelsplätzen, Oktober 2006, ISBN (10) 3-86010-861-1, ISBN (13) 978-3-86010-861-1
- Heft 63 Karoline Kampermann, Aktuelle Entwicklungen im internationalen Investitionsschutzrecht mit Blick auf die staatliche Steuersouveränität, Dezember 2006, ISBN (10) 3-86010-879-4, ISBN (13) 978-3-86010-879-6
- Heft 64 Maria Pätz, Die Auswirkungen der Zinsrichtlinie innerhalb der EU und im Verhältnis zur Schweiz, April 2007, ISBN 978-3-86010-904-5
- Heft 65 Norman Hölzel, Kartellrechtlicher Individualrechtsschutz im Umbruch – Neue Impulse durch Grünbuch und *Zementkartell*, Mai 2007, ISBN 978-3-86010-903-8
- Heft 66 Karsten Nowrot, Netzwerke im Transnationalen Wirtschaftsrecht und Rechtsdogmatik, Mai 2007, ISBN 978-3-86010-908-3
- Heft 67 Marzena Przewlocka, Die rechtliche Regelung von Directors' Dealings in Deutschland und Polen – unter Berücksichtigung der Neuerungen durch das Transparenzrichtlinie-Umsetzungsgesetz –, Juni 2007, ISBN 978-3-86010-909-0
- Heft 68 Steffen Fritzsche, Open Skies EU-USA – an extraordinary achievement!? August 2007, ISBN 978-3-86010-933-5
- Heft 69 Günter Hirsch, Internationalisierung und Europäisierung des Privatrechts, September 2007, ISBN 978-3-86010-922-9
- Heft 70 Karsten Nowrot, The Relationship between National Legal Regulations and CSR Instruments: Complementary or Exclusionary Approaches to Good Corporate Citizenship? Oktober 2007, ISBN 978-3-86010-945-8
- Heft 71 Martin Brenncke, Is “fair use” an option for U.K. copyright legislation? November 2007, ISBN 978-3-86010-963-2
- Heft 72 Rainer Bierwagen, Das Grünbuch der Europäischen Kommission zu den handelspolitischen Schutzinstrumenten der EG – ein Meilenstein in der Reformdebatte? November 2007, ISBN 978-3-86010-966-3
- Heft 73 Murad L. Wisniewski, Employee involvement in multinational corporations – A European perspective, Februar 2008, ISBN 978-3-86010-996-0
- Heft 74 Christian Tietje/Karsten Nowrot/Clemens Wackernagel, Once and Forever? The Legal Effects of a Denunciation of ICSID, March 2008, ISBN 978-3-86829-011-0

- Heft 75 Christian Tietje/Bernhard Kluttig, Beschränkungen ausländischer Unternehmensbeteiligungen und –übernahmen – Zur Rechtslage in den USA, Großbritannien, Frankreich und Italien, Mai 2008, ISBN 978-3-86829-035-6
- Heft 76 Daniel Scharf, Die Kapitalverkehrsfreiheit gegenüber Drittstaaten, Juni 2008, ISBN 978-3-86829-048-6
- Heft 77 Martina Franke, Chinas Währungspolitik in der Kritik des US-amerikanischen und des internationalen Wirtschaftsrechts, August 2008, ISBN 978-3-86829-069-1
- Heft 78 Christian Tietje, The Applicability of the Energy Charter Treaty in ICSID Arbitration of EU Nationals vs. EU Member States, September 2008, ISBN 978-3-86829-071-4
- Heft 79 Martin Brenncke, The EU Roaming Regulation and its non-compliance with Article 95 EC, October 2008, ISBN 978-3-86829-078-3
- Heft 80 Katharina Winzer, Der Umzug einer GmbH in Europa – Betrachtungen im Lichte der Rechtsprechung des EuGH sowie der aktuellen Gesetzgebung, November 2008, ISBN 978-3-86829-083-7
- Heft 81 Jürgen Bering, Die rechtliche Behandlung von ‚Briefkastenfirmen‘ nach Art. 17 ECT und im allgemeinen internationalen Investitionsschutzrecht, Dezember 2008, ISBN 978-3-86829-101-8
- Heft 82 Clemens Wackernagel, Das Verhältnis von treaty und contract claims in der internationalen Investitionsschiedsgerichtsbarkeit, Januar 2009, ISBN 978-3-86829-103-2
- Heft 83 Christian Tietje, Die Außenwirtschaftsverfassung der EU nach dem Vertrag von Lissabon, Januar 2009, ISBN 978-3-86829-105-6
- Heft 84 Martina Franke, Historische und aktuelle Lösungsansätze zur Rohstoffversorgungssicherheit, Februar 2009, ISBN 978-3-86829-127-8
- Heft 85 Hans Tietmeyer, Währungs- und Finanzmarktstabilität als Aufgabe – Rückblick und Perspektiven, März 2009, ISBN 978-3-86829-119-3
- Heft 86 Wolfgang Ramsteck, Die Germany Trade and Invest GmbH und die Reformen der Außenwirtschaftsförderung des Bundes: Eine Kopie des britischen Ansatzes?, März 2009, ISBN 978-3-86829-129-2
- Heft 87 Sven Leif Erik Johannsen, Der Investitionsbegriff nach Art. 25 Abs. 1 der ICSID-Konvention, April 2009, ISBN 978-3-86829-131-5
- Heft 88 Koresuke Yamauchi, Das globale Internationale Privatrecht im 21. Jahrhundert – Wendung des klassischen Paradigmas des IPRs zur Globalisierung, Mai 2009, ISBN 978-3-86829-148-3
- Heft 89 Dana Ruddigkeit, Border Tax Adjustment an der Schnittstelle von Welthandelsrecht und Klimaschutz vor dem Hintergrund des Europäischen Emissionszertifikatehandels, Juli 2009, ISBN 978-3-86829-151-3

- Heft 90 Sven Leif Erik Johannsen, Die Kompetenz der Europäischen Union für ausländische Direktinvestitionen nach dem Vertrag von Lissabon, August 2009, ISBN 978-3-86829-155-1
- Heft 91 André Duczek, Rom II-VO und Umweltschädigung – Ein Überblick, September 2009, ISBN 978-3-86829-175-9
- Heft 92 Carsten Quilitzsch, Projektfinanzierung als Mittel zur Umsetzung inter-nationaler Rohstoffvorhaben, Oktober 2009, ISBN 978-3-86829-183-4
- Heft 93 Christian Tietje, Internationales Investitionsschutzrecht im Spannungsverhältnis von staatlicher Regelungsfreiheit und Schutz wirtschaftlicher Individualinteressen, Februar 2010, ISBN 978-3-86829-218-3
- Heft 94 Carsten Quilitzsch, Grenzüberschreitende Verlustverrechnung bei gewerblichen Betriebsstätten und Tochterkapitalgesellschaften in der Europäischen Union – Eine ökonomische Analyse, März 2010, ISBN 978-3-86829-259-6
- Heft 95 Christian Maurer, Die gesetzlichen Maßnahmen in Deutschland zur Finanzmarktstabilisierung 2008 und 2009 – verfassungs- und europarechtliche Probleme, April 2010, ISBN 978-3-86829-273-2
- Heft 96 Karsten Nowrot, International Investment Law and the Republic of Ecuador: From Arbitral Bilateralism to Judicial Regionalism, Mai 2010, ISBN 978-3-86829-276-3
- Heft 97 Diemo Dietrich/Jasper Finke/Christian Tietje, Liberalization and Rules on Regulation in the Field of Financial Services in Bilateral Trade and Regional Integration Agreements, Juni 2010, ISBN 978-3-86829-278-7
- Heft 98 Stefan Hoffmann, Bad Banks als Mittel zur Bewältigung der Wirtschaftskrise – Ein Vergleich der Modelle Deutschlands, der Schweiz, der Vereinigten Staaten und Großbritanniens, Juli 2010, ISBN 978-3-86829-283-1
- Heft 99 Alexander Grimm, Das Schicksal des in Deutschland belegenen Vermögens der Limited nach ihrer Löschung im englischen Register, September 2010, ISBN 978-3-86829-293-0
- Heft 100 Ernst-Joachim Mestmäcker, Die Wirtschaftsverfassung der EU im globalen Systemwettbewerb, März 2011, ISBN 978-3-86829-346-3
- Heft 101 Daniel Scharf, Das Komitologieverfahren nach dem Vertrag von Lissabon – Neuerungen und Auswirkungen auf die Gemeinsame Handelspolitik, Dezember 2010, ISBN 978-3-86829-308-1
- Heft 102 Matthias Böttcher, „Clearstream“ – Die Fortschreibung der Essential Facilities-Doktrin im Europäischen Wettbewerbsrecht, Januar 2011, ISBN 978-3-86829-318-0
- Heft 103 Dana Ruddigkeit, Die kartellrechtliche Beurteilung der Kopplungsgeschäfte von *eBay* und *PayPal*, Januar 2011, ISBN 978-3-86829-316-6
- Heft 104 Christian Tietje, Bilaterale Investitionsschutzverträge zwischen EU-Mitgliedstaaten (Intra-EU-BITs) als Herausforderung im Mehrebenen-system des Rechts, Januar 2011, ISBN 978-3-86829-320-3

- Heft 105 Jürgen Bering/Tillmann Rudolf Braun/Ralph Alexander Lorz/Stephan W. Schill/Christian J. Tams/Christian Tietje, General Public International Law and International Investment Law – A Research Sketch on Selected Issues –, März 2011, ISBN 978-3-86829-324-1
- Heft 106 Christoph Benedict/Patrick Fiedler/Richard Happ/Stephan Hobe/Robert Hunter/Lutz Kniprath/Ulrich Klemm/Sabine Konrad/Patricia Nacimiento/Hartmut Paulsen/Markus Perkams/Marie Louise Seelig/Anke Sessler, The Determination of the Nationality of Investors under Investment Protection Treaties, März 2011, ISBN 978-3-86829-341-8
- Heft 107 Christian Tietje, Global Information Law – Some Systemic Thoughts, April 2011, ISBN 978-3-86829-354-8
- Heft 108 Claudia Koch, Incentives to Innovate in the Conflicting Area between EU Competition Law and Intellectual Property Protection – Investigation on the Microsoft Case, April 2011, ISBN 978-3-86829-356-2
- Heft 109 Christian Tietje, Architektur der Weltfinanzordnung, Mai 2011, ISBN 978-3-86829-358-6
- Heft 110 Kai Hennig, Der Schutz geistiger Eigentumsrechte durch internationales Investitionsschutzrecht, Mai 2011, ISBN 978-3-86829-362-3
- Heft 111 Dana Ruddigkeit, Das Financial Stability Board in der internationalen Finanzarchitektur, Juni 2011, ISBN 978-3-86829-369-2
- Heft 112 Beatriz Huarte Melgar/Karsten Nowrot/Wang Yuan, The 2011 Update of the OECD Guidelines for Multinational Enterprises: Balanced Outcome or an Opportunity Missed?, Juni 2011, ISBN 978-3-86829-380-7
- Heft 113 Matthias Müller, Die Besteuerung von Stiftungen im nationalen und grenzüberschreitenden Sachverhalt, Juli 2011, ISBN 978-3-86829-385-2
- Heft 114 Martina Franke, WTO, China – Raw Materials: Ein Beitrag zu fairem Rohstoffhandel?, November 2011, ISBN 978-3-86829-419-4
- Heft 115 Tilman Michael Dralle, Der Fair and Equitable Treatment-Standard im Investitionsschutzrecht am Beispiel des Schiedsspruchs *Glamis Gold v. United States*, Dezember 2011, ISBN 978-3-86829-433-0
- Heft 116 Steffen Herz, Emissionshandel im Luftverkehr: Zwischen EuGH-Entscheidung und völkerrechtlichen Gegenmaßnahmen?, Januar 2012, ISBN 978-3-86829-447-7
- Heft 117 Maria Joswig, Die Geschichte der Kapitalverkehrskontrollen im IWF-Übereinkommen, Februar 2012, ISBN 978-3-86829-451-4
- Heft 118 Christian Pitschas/Hannes Schloemann, WTO Compatibility of the EU Seal Regime: Why Public Morality is Enough (but May not Be Necessary) – The WTO Dispute Settlement Case “European Communities – Measures Prohibiting the Importation and Marketing of Seal Products”, Mai 2012, ISBN 978-3-86829-484-2
- Heft 119 Karl M. Meessen, Auf der Suche nach einem der Wirtschaft gemäßen Wirtschaftsrecht, Mai 2012, ISBN 978-3-86829-488-0

- Heft 120 Christian Tietje, Individualrechte im Menschenrechts- und Investitionsschutzbereich – Kohärenz von Staaten- und Unternehmensverantwortung?, Juni 2012, ISBN 978-3-86829-495-8
- Heft 121 Susen Bielesch, Problemschwerpunkte des Internationalen Insolvenzrechts unter besonderer Berücksichtigung der Durchsetzung eines transnationalen Eigentumsvorbehalts in der Insolvenz des Käufers, Juli 2012, ISBN 978-3-86829-500-9