EuInsVO 2015, Art. 102a-102c EGInsO, Länderberichte (Hrsg. Schlegel)

4. Auflage 2021
ISBN 978-3-406-72944-7
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.
beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein

umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

Die ausschließliche internationale Zuständigkeit für gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten vor dem Hintergrund der Niederlassungsfreiheit, IPRax 2005, 208; *Schilling, S./Schmidt, J.,* Anm. zu AG Köln, Beschl. v. 10.8.2005, Insolvenzantragstellung in einem anderen EU-Mitgliedstaat, DZWIR 2006, 218; *Schmidt, J.,* Insolvenzantragspflicht und Insolvenzverschleppungshaftung bei der „deutschen" Limited – Das LG Kiel auf dem richtigen Weg?, ZInsO 2006, 737; *Schmidt, K.,* Verlust der Mitte durch „Inspire Art"? – Verwerfungen im Unternehmensrecht durch Schreckreaktionen der Literatur –, ZHR 168 (2004), 493; *Schmitz,* Schiedsverfahren und Insolvenz, zugl. Diss Univ. Heidelberg, Baden-Baden 2016; *Schollmeyer,* Vollstreckungsschutz kraft ausländischen Insolvenzrechts und Inlandsklausel – zu OLG Frankfurt a. M., 30.10.2001, 20 W 587/99, IPRax 2003, 227; *Schulz,* Zur Anwendbarkeit des § 64 GmbHG auf EU-Auslandsgesellschaften; hier: den Director einer Lts. („Kornhaas"), EWiR 2016, 67; *ders.,* Anwendbarkeit des Rechts des Staats der Verfahrenseröffnung auf Einzelzwangsvollstreckungsmaßnahmen eines anderen Mitgliedstaats („ENEFI"), EWiR 2016, 533; *Schwerdtfeger/Schilling, S.,* Innerstaatlicher Rechtsschutz gegen die Eröffnung eines Hauptinsolvenzverfahrens nach Art. 3 Abs. 1 EuInsVO in Deutschland, DZWIR 2005, 370; *Stehle,* Die Auslandsvollstreckung – ein Mittel zur Flucht aus dem deutschen Insolvenzrecht, DZWIR 2008, 55 ff.; Strickler, Vollstreckung einer Steuerforderung bei Insolvenzverfahren in anderem Staat, NJW 2017, 144; *Swierczok,* Insolvenzrecht: Vollstreckung einer Steuerforderung bei Zwangsvollstreckung und Insolvenzverfahren in verschiedenen Mitgliedstaaten, EuZW 2017, 59; *Tashiro,* Anm. zu EuGH, Urt. v. 21.1.2010 (C-444/07, Beck RS 2010, 90058), FD-InsR 2010, 297071; *Thole,* C., Gläubigerschutz durch Insolvenzrecht, 2010; *Ulmer,* Insolvenzrechtlicher Gläubigerschutz gegenüber Scheinauslandsgesellschaften ohne hinreichende Kapitalausstattung?, KTS 2004, 291; *Undritz,* Kurzkommentar zu ArbG Frankfurt/M., Urt. v. 23.2.2010 (18 Ca 7714/09, ZIP 2010, 1313), EWiR 2010, 637; *Ungan,* Gläubigerschutz nach dem EuGH-Urteil in „Inspire Art" – Möglichkeiten einer Sonderanknüpfung für die Durchgriffshaftung in der Insolvenz?, ZVR 2005, 355; *Vallender,* Wohnungseigentum in der Insolvenz, NZI 2004, 401, (403); *Vallender/Fuchs,* Die Antragspflicht organschaftlicher Vertreter einer GmbH vor dem Hintergrund der Europäischen Insolvenzverordnung, ZIP 2004, 829; *Vorpeil,* Neuere Entwicklungen im englischen Handels- und Wirtschaftsrecht, RIW 2005, 370 (378); *Wagner,* Insolvenzantragstellung nur im EU-Ausland? Zivil- und strafrechtliche Risiken für den GmbH-Geschäftsführer, ZIP 2006, 1934; *ders.,* Insolvenz und Schiedsverfahren, KTS 2010, 51 ff.; *Walterscheid,* Die englische Limited im Insolvenzverfahren, DZWIR 2006, 95; *Wansleben,* Die feine Linie zwischen Gesellschafts- und Insolvenzstatut im Unionsrecht – EuGH-Urteil „Kornhaas", EWS Heft 2/2016, 72; *Weller,* Forum Shopping im Internationalen Insolvenzrecht?, IPRax 2004, 412, 414; *ders.,* Einschränkung der Gründungstheorie bei missbräuchlicher Auslandsgründung?, IPRax 2003, 520; *ders.,* Scheinauslandsgesellschaften nach Centros, Überseering und Inspire Art: Ein neues Anwendungsfeld für die Existenzvernichtungshaftung, IPRax 2003, 207; *ders.,* GmbH-Bestattung im Ausland, ZIP 2009, 2029; *Werner,* Anm. zu EuGH, Urt. v. 21.1.2010 (C-444/07, BeckRS 2010, 90058), GWR 2010, 42; *Westermann,* Auf dem Weg zum Wettbewerb der Gesellschaftsordnungen: die Kapitalbindung im Recht der GmbH, ZIP 2005, 1849; *Wienberg,* Anwendbarkeit von deutschem Eigenkapitalersatzrecht auf EU-Kapitalgesellschaften am Beispiel eines Partikularinsolvenzverfahrens im engeren Sinn nach Art. 3 II, IV EuInsVO, NZI 2005, 353; *Wilms,* Die englische Ltd. in deutscher Insolvenz (Diss. Uni Düsseldorf, 2006), 2006 (Zit.: *Wilms,* Die engl. Ltd.); *Wöhlert,* Anm. zu OLG Naumburg, Urt. v. 6.10.2010 – 5 U 73/10, BeckRS 2010, 29926, GWR 2011, 72 *Zeeck,* Die Anknüpfung der Insolvenzanfechtung, ZInsO 2005, 281; *Zerres,* Deutsche Insolvenzantragspflicht für die englische Limited mit Inlandssitz, DZWIR 2006, 356; *Zimmer,* Nach „Inspire Art": Grenzlose Gestaltungsfreiheit für deutsche Unternehmen?, NJW 2003, 3585.

Übersicht

		Rn.
I.	**Allgemeines**	1
II.	**Reichweite des Insolvenzstatuts**	3
1.	Allgemeines	3
2.	Abgrenzung zum Gesellschaftsstatut	6
3.	Abgrenzung zum Vertragsstatut	12
4.	Abgrenzung zum Deliktsstatut	13
5.	Abgrenzung zum Sachenrechtsstatut	15
III.	**Beispielkatalog des Abs. 2**	16
1.	Voraussetzungen der Verfahrenseröffnung (Abs. 2 S. 1)	17
2.	Durchführung und Beendigung (Abs. 2 S. 1)	18
3.	Lit. a: Insolvenzfähigkeit	19
4.	Lit. b: Insolvenzmasse	21
5.	Lit. c: Befugnisse des Schuldners und des Verwalters	22
6.	Lit. d: Insolvenzaufrechnung	23
7.	Lit. e: Auswirkungen auf laufende Verträge	28
8.	Lit. f: Rechtsverfolgungsmaßnahmen	31
9.	Lit. g: Insolvenzforderungen und Masseverbindlichkeiten	36
10.	Lit. h: Anmeldung, Prüfung und Feststellung von Forderungen	39
11.	Lit. i: Erlösverteilung, Rang	41
12.	Lit. j: Beendigung des Insolvenzverfahrens	43
13.	Lit. k: Gläubigerrechte nach Verfahrensbeendigung	44
14.	Lit. l: Kosten des Insolvenzverfahrens	46
15.	Lit. m: Unwirksame Benachteiligung der Gesamtheit der Gläubiger	47

beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

I. Allgemeines

1 Art. 7 bis Art. 18 enthalten einheitliche Kollisions- oder auch Sachnormen für das internationale Insolvenzrecht in den Mitgliedsstaaten,[1] wobei Art. 7 die **grundlegende Kollisionsnorm** statuiert, die immer zur Anwendung kommt, soweit keine davon abweichende Sonderregelung in der Verordnung enthalten ist *(„Soweit diese Verordnung nichts anderes bestimmt")*. Danach findet auf alle Fragen des Insolvenzverfahrens (zur Reichweite des Statuts vgl. → Rn. 3) grundsätzlich das Recht des Staates der Verfahrenseröffnung Anwendung (sog. ***lex fori concursus* oder Insolvenzstatut**). Dies gilt für das Hauptverfahren, für Sekundärverfahren (vgl. Art. 35) sowie für unabhängige Partikularverfahren (vgl. ErwG. Nr. 66 sowie → Art. 35 Rn. 1 und 13). Es handelt sich bei der Regelung in Art. 7 jedoch nicht um eine Sachnorm, die im Wege einer unionsautonomen Auslegung einheitliches Sachrecht beinhaltet, auch wenn freilich die Kollisionsnorm – naturgemäß – Begriffe des Sachrechts verwendet.[2] Auch wenn dies im Text der Verordnung nicht ausdrücklich erwähnt ist, handelt es sich um eine Sachnormverweisung.[3] Ein Renvoi ist daher ausgeschlossen.[4]

2 Im Rahmen der **Reform der EuInsVO**[5] sind keine Änderungen an Art. 4 EuInsVO 2000 vorgenommen worden. Der sog. Vienna Report hat zwar einzelne Auslegungsfragen identifiziert, wie zum Beispiel die sich ergebenden Qualifikations- oder Abgrenzungsprobleme des Art. 4 EuInsVO 2000 zu anderen Rechtsgebieten, wie dem Gesellschaftsrecht.[6] Die Verfasser des Vienna Reports waren sich jedoch mit den Länderberichtsautoren einig, dass eine Änderung des Art. 4 EuInsVO 2000 deswegen nicht angezeigt ist, zumal es sich bei den Qualifikationsfragen um ein generelles Problem des internationalen Privatrechts handelt, das sich einer generellen Lösung auf abstrakter Ebene entzieht. Art. 7, der Art. 4 EuInsVO 2000 entspricht, ist daher – bis auf rein redaktionelle Änderungen – unverändert.

II. Reichweite des Insolvenzstatuts

3 **1. Allgemeines.** Die Verweisung auf die *lex fori concursus* gilt gemäß dem Wortlaut des Absatzes 1 für das Insolvenzverfahren und seine Wirkungen. Damit ist die im Kollisionsrecht grundsätzlich geltende Qualifikationsfrage angesprochen.[7] Bezogen auf das Insolvenzrecht bedeutet dies, dass zunächst jeweils zu prüfen ist, ob ein bestimmter Anspruch dem Insolvenzrecht zuzuordnen ist (dann Anwendung der Art. 7 bis 18), oder ob ein Anspruch systematisch einem anderen Rechtsgebiet zuzuordnen ist, sodass entsprechend eine andere Kollisionsnorm (zB die Kollisionsnorm für gesellschaftsrechtliche oder deliktische Ansprüche) heranzuziehen ist. Diese Qualifikationsfragen stellen sich auch im Zusammenhang mit der Anwendung der kollisionsrechtlichen Vorschriften der Verordnung, insbesondere im Zusammenhang mit der Anwendung der Generalklausel des Art. 7. Was dementsprechend unter *„Insolvenzverfahren und seine Wirkungen"* zu verstehen ist, ist verordnungsautonom auszulegen.[8] In welchem nationalen Gesetz der Anspruch oder die Rechtsfrage geregelt ist, gibt allenfalls einen Anhaltspunkt, spielt aber für die Frage der Qualifikation eines Anspruchs als insolvenzrechtlich keine ausschlaggebende Rolle.[9]

4 Orientierungshilfe zur Bestimmung der Reichweite des Insolvenzstatuts bieten *de lege lata* hierbei der Beispielskatalog in Art. 7 Abs. 2 sowie die in Art. 8 ff. enthaltenen Sonderanknüpfungen. Die dort genannten Fälle sind aus Sicht der Verordnung in jedem Fall als insolvenzrechtlich zu qualifizieren. Aus dem in Art. 7 Abs. 2 enthaltenen Katalog wird auch ersichtlich, dass die Reichweite des Insolvenzstatuts entgegen einer in der Literatur vertretenen Auffassung nicht

---

1 Zum sachlich-räumlichen Anwendungsbereich der Verordnung, insbesondere der Kollisionsnormen vgl. → Art. 1 Rn. 25 ff.

2 So zutreffend obiter dictum zur Frage der Verfahrensbeendigung in Art. 4 Abs. 2 lit. j EuInsVO 2000 das Urteil des EuGH v. 22.11.2012 – C-116/11 *(Handlowy),* NZI 2013, 106 Rn. 44 ff.; vgl. auch die Schlussanträge des Generalanwalts in ZInsO 2012, 1213 Rn. 30 ff.

3 Vgl. *Virgos/Schmit,* Erläuternder Bericht, Rn. 87; *Fletcher,* Insolvency, S. 266.

4 Vgl. Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky/*Duursma-Kepplinger* EuInsVO 2000 Art. 4 Rn. 2; Geimer/Schütze/*Haß/Herweg,* B Vor I 20b, EuInsVO 2000 Art. 4 Rn. 2; Rauscher/*Mäsch* EuInsVO 2000 Art. 4 Rn. 2; MüKoBGB/*Kindler* Art. 7 Rn. 1.

5 Vgl. zur Reform der EuInsVO grundsätzlich → Vor Art. 1 Rn. 11 ff.

6 Vgl. Hess/Oberhammer/Pfeiffer/*Pfeiffer,* European Insolvency Law, Rn. 96 ff., 104 ff.

7 Vgl. zum Rechtsinstitut der Qualifikation im internationalen Insolvenzrecht → Vor § 335 Rn. 37.

8 Vgl. Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky/*Duursma-Kepplinger* EuInsVO 2000 Art. 4 Rn. 5 ff.; *Mankowski* RIW 2004, 481, 486; Rauscher/*Mäsch* EuInsVO 2000 Art. 4 Rn. 8; MüKoBGB/*Kindler* Art. 7 Rn. 4 ff.; *Paulus* Art. 7 Rn. 5.

9 Vgl. *Kegel/Schurig,* IPR, S. 343 ff.; *Fehrenbach,* Gläubigerschutz, S. 223, 235.

„weit" zu fassen ist.[10] Ein solcher Ansatz ist schon deswegen verfehlt, weil eine „weite" Auslegung des Insolvenzstatuts spiegelbildlich entweder zu einer Verengung der Reichweite anderer Statuten führen muss (wofür eine sachliche Berechtigung fehlt) oder zu einer (kollisionsrechtlich ebenfalls ungewollten) Mehrfachanknüpfung. Aus dem in Art. 7 Abs. 2 enthaltenen Beispielkatalog ergibt sich vielmehr eine funktionale, auf die Haftungsverwirklichung für den Fall der Insolvenz begrenzte Betrachtungsweise. Der funktionale Zusammenhang des Anspruchs mit der Insolvenzsituation und der Befriedigung der Gesamtheit der Gläubiger ergibt sich auch deutlich aus Art. 7 Abs. 2 lit. m, der eine Benachteiligung der Gesamtheit der Gläubiger voraussetzt. Die Haftungsverwirklichung in einer Insolvenzsituation zugunsten der Gesamtheit der Gläubiger beschreibt daher die Reichweite des Insolvenzstatuts zutreffender als Definitionen, die auf die „Enge" des Sachverhaltes zum Insolvenzrecht oder das „unmittelbare Zusammenhängen" des Anspruchs mit dem Insolvenzrecht abstellen.[11]

Mit Urteil vom 29.11.2019 hat sich der EuGH zu der Frage geäußert, ob Art. 7 auf eine Klage anwendbar sei, mit der die Bezahlung von Waren begehrt wird, die in Erfüllung eines vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen dieser Gesellschaft geschlossenen Vertrags geliefert wurden, und die sich gegen die in einem zweiten Mitgliedsstaat ansässige andere am Vertrag beteiligte Gesellschaft richtet.[12] Der EuGH hat geurteilt, dass Art. 7 nicht anwendbar sei. Dieser – mehr als unglücklichen – Entscheidung, insbesondere dem so formulierten Obersatz, sollte man für die Auslegung des Art. 7 jedoch keine weitere Bedeutung beimessen. Sowohl die Darstellung des Sachverhaltes durch das vorlegende schwedische Gericht, als auch die Herausarbeitung der dogmatischen Fragen lassen jegliches Verständnis für die Zusammenhänge des internationalen Insolvenzrechts – leider auch seitens des EuGH – vermissen.[13] Denn freilich ist die Geltendmachung einer Forderung des Schuldners, die vor Insolvenzeröffnung entstanden ist, nicht als insolvenzrechtliche Fragestellung zu qualifizieren. Diese Antwort des EuGH ist jedoch so banal wie nichtssagend. Denn geht es um die Frage, ob die Forderung in die Insolvenzmasse fällt und vom Insolvenzverwalter (als Aktivlegitimierten) geltend gemacht werden kann, so sind diese Fragen freilich insolvenzrechtliche Fragestellungen, die in den Anwendungsbereich von Art. 7 fallen. Das gilt erst recht, wenn – wie im Vorlagefall – der Schuldner der Forderung gegen den Anspruch des Insolvenzverwalters einwendet, dessen Forderung sei durch eine Aufrechnung mit einer Gegenforderung erloschen. Dann regelt nämlich Art. 7 Abs. 2 S. 2 lit. d welches Recht auf die Frage der Zulässigkeit der Aufrechnung anwendbar ist (vgl. dazu → Rn. 23 ff.). **5**

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

2. Abgrenzung zum Gesellschaftsstatut. Viele Schnittstellen finden sich in der Praxis zwischen dem Insolvenzstatut und dem Gesellschaftsstatut bei Kapitalgesellschaften. Das Gesellschaftsrecht der Kapitalgesellschaften enthält oft Vorschriften zum Schutze der Gläubiger der Gesellschaft. Diese betreffen die Finanzausstattung der Gesellschaft, die Erhaltung des nominalen Eigenkapitals der Gesellschaft oder auch die Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrages. Die Tatsache, dass sich diese Vorschriften vielfach in den gesellschaftsrechtlichen Gesetzen befinden, ist für die Qualifikation des Anspruchs ebenso wenig maßgebend wie die Tatsache, dass diese Ansprüche in der Praxis meist im Zusammenhang mit oder aufgrund eines Insolvenzverfahrens gegen die Gesellschafter oder gesetzlichen Vertreter geltend gemacht werden. **6**

Nach der oben dargestellten Definition unterstehen diese Fragen in der Regel dem Gesellschaftsstatut, nicht aber dem Insolvenzstatut (mit einer unten noch darzustellenden Ausnahme). So sind beispielsweise die Ansprüche der Gesellschaft gegen die Gesellschafter wegen Verletzung der **Kapitalaufbringungs- oder -erhaltungsvorschriften** stets als gesellschaftsrechtlich zu qualifizieren.[14] Gleiches gilt für Ansprüche der Gesellschaft gegen einen Gesellschafter wegen eines **7**

---

10 So aber MüKoBGB/*Kindler* Art. 7 Rn. 6; Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky/*Duursma-Kepplinger* EuInsVO 2000 Art. 4 Rn. 7; hiergegen zurecht: Geimer/Schütze/*Haß/Herweg,* B Vor I 20b, EuInsVO 2000 Art. 4 Rn. 11.

11 So zB Geimer/Schütze/*Haß/Herweg,* B Vor I 20b, EuInsVO 2000 Art. 4 Rn. 11.

12 EuGH, Urt. v. 29.11.2019 – Rs C-198/18 *(CeDE Group AB)* = NZI 2020, 41 (mAnm *Mankowski*).

13 Zu Recht kritisch *Mankowski* NZI 2020, 41, 43; ebenfalls kritisch schon zur Vorlagefrage Generalanwalt *Bobek,* Schlussantr. v. 30.4.2019 – Rs C-198-18, BeckRS 2019, 7101, vgl. insb. die Rn. 25, 47, 63.

14 Vgl Ulmer/Habersack/Winter/*Behrens,* GmbHG, Einleitung B 91; *Eidenmüller* RabelsZ 70 (2006), 474, 488; MüKoBGB/*Kindler* IntGesR Rn. 605 ff.; *K. Schmidt* ZHR 168 (2002), 493, 498; Lutter/*Fleischer,* Auslandsgesellschaften, S. 49 ff., S. 80 ff.; vgl. zur int. Zuständigkeit in diesem Fall auch OLG Köln ZIP 2005, 322, welches auf einen Anspruch gegen die Gesellschafter wegen Unterkapitalisierung die EuGVVO anwendet, was zwar keine Qualifikationsfrage darstellt, von der Problematik her (Art. 1 Abs. 2 lit. b EuGVVO) jedoch ähnlich gelagert ist; ebenso OLG München ZIP 2006, 2402 zu Ansprüchen nach §§ 30, 31 GmbHG und zur Anwendung des LugÜ hierauf.

Existenz vernichtenden Eingriffs.[15] Diese Vorschriften beanspruchen auch außerhalb der Insolvenz Geltung.[16] Sie regeln das organisationsrechtliche Leistungsverhältnis zwischen der Gesellschaft und ihren Gesellschaftern. Sie dienen funktional auch dem Schutz der anderen Gesellschafter.

8 Darunter fallen auch die Vorschriften, die sich nicht streng auf das jeweils gesetzliche Stamm- oder Grundkapital einer Kapitalgesellschaft beziehen, sondern auch Fragen der Finanzausstattung im Wege des Fremdkapitals wie beispielsweise das **Eigenkapital ersetzenden Gesellschafterdarlehen.**[17] Auch hier geht es um die gesetzlichen Regeln für die Finanzierung einer Kapitalgesellschaft, die im Kern gesellschaftsrechtlicher Natur sind. Das bedeutet aber keineswegs, dass Ansprüche, die im Zusammenhang mit einem Eigenkapital ersetzenden Darlehen geltend gemacht werden, grundsätzlich als gesellschaftsrechtlich zu qualifizieren wären. Geht es beispielsweise um den Rang der Darlehensforderung eines Gesellschafters (vgl. § 39 Nr. 5 InsO)[18] oder um die Anfechtbarkeit der Besicherung oder Befriedigung eines Eigenkapital ersetzenden Darlehens (§ 135 InsO), so bildet die Frage des Eigenkapitalersatzes in der Regel eine selbstständig anzuknüpfende Vorfrage.[19] Ist die Eigenkapitalersatzfunktion nach dem anwendbaren Gesellschaftsrecht festgestellt, so gilt für die Frage des Ranges der Forderung gemäß Art. 7 Abs. 2 lit. i das Insolvenzstatut; für die Voraussetzungen der Anfechtung der Sicherung oder Befriedung des Eigenkapitalersatzes gilt wiederum gemäß Art. 7 Abs. 2 lit. m die *lex fori concursus* iVm Art. 16 (vgl. hierzu noch Art. 16 unten).[20]

9 Als insolvenzrechtlich sind dagegen die **Insolvenzantragspflicht**[21] und **Insolvenzverschleppungshaftung** der gesetzlichen Vertreter zu qualifizieren.[22] Gleiches gilt für gesetzliche Vorschriften,

---

15 Vgl. Ulmer/Habersack/Winter/*Behrens,* GmbHG, Einleitung B 91; *Eidenmüller* RabelsZ 70 (2006), 474, 488; MüKoBGB/*Kindler* IntGesR Rn. 605 ff.; *K. Schmidt* ZHR 168 (2002), 493, 498; Lutter/*Fleischer,* Auslandsgesellschaften, S. 49 ff., S. 80 ff.; Entscheidungen zum deutschen Recht dazu BGH v. 11.7.1957 WM 1957, 1047, 1049; BGHZ 78, 318, 334 = NJW 1992, 2026, 2030; OLG Bamberg v. 22.9.1988 IPRax 1990, 105, 108; OLG Oldenburg v. 4.4.1989 NJW 1990, 1422; LG Stuttgart v. 31.7.1989 IPRax 1991, 118, 119; LG Marburg v. 17.9.1992 RIW 1994, 63, 64.

16 Zu den §§ 30, 31 GmbHG vgl. BGH NJW 1992, 1166 f.; dazu *Hunecke* EWiR 1992, 277.

17 BGH NJW 2011, 3784 Rn. 23, der zwischen dem alten Eigenkapitalersatzrecht (gesellschaftsrechtliche Qualifikation) und dem Novellenrecht (insolvenzrechtliche Qualifikation) differenziert; hierzu *Schall* NJW 2011, 3745; vgl. auch Ulmer/Habersack/Winter/*Behrens,* GmbHG, Einleitung B 86; *Eidenmüller* RabelsZ 70 (2006), 474, 491 f.; *K. Schmidt* ZHR 168 (2002), 493, 497; *Zimmer* NJW 2003, 3585, 3589; aA *Haas* NZI 2001, 1, 5 ff.; MüKoBGB/*Kindler* IntGesR Rn. 708 ff.; *Paulus* ZIP 2002, 729, 734; LSZ/*Smid* EuInsVO 2000Art. 4 Rn. 9; vgl. auch OLG München ZIP 2006, 769.

18 Vgl. OLG Köln NZI 2010, 1001 mAnm *Mankowski.*

19 So auch *Eidenmüller* RabelsZ 70 (2006), 474, 491; wohl auch für das autonome Internationale Insolvenzrecht BGHZ 148, 167, 168; Süß/Wachter/*Kienle,* HdB, S. 187 Rn. 178.

20 Ähnlich auch *Weber,* Gesellschaftsrecht und Gläubigerschutz, S. 161 ff.

21 EuGH, Urt. v. 10.12.2015 – C-594/14 = NZI 2016, 48 mAnm *Swierczok* NZI 2016, 50; Urteilsanm. *Mankowski* NZG 2016, 281; KG NZI 2010, 542; LG Kiel v. 20.4.2006 EuZW 2006, 478 mAnm *Mock* NZI 2006, 484; *Ringe/Willemer* EuZW 2006, 621 (vgl. als Vorinstanz AG Bad Segeberg v. 24.3.2005 ZIP 2005, 812; dazu *Pannen/Riedemann* NZI 2005, 413); im Hinblick auf den Anwendungsbereich der EuGVVO als insolvenzrechtlich qualifizierend: OLG Düsseldorf, Urt. 18.12.2009, BeckRS 2010, 12145; so auch *Borges* ZIP 2004, 733, 739; *Eidenmüller* NJW 2005, 1619, 1621; *Goette* DStR 2005, 197, 200; *Kuntz* NZI 2005, 424, 427; *Leutner/Langner* ZInsO 2005, 575, 576; *Lieder* DZWIR 2005, 399, 406; *Müller* NZG 2003, 414, 416; *Pannen/Riedemann* NZI 2005, 413, 414; *Riedemann* GmbHR 2004, 345, 348; *Weller* IPRax 2003, 520, 522; *Zimmer* NJW 2003, 3585, 3589; aA und für eine gesellschaftsrechtliche Qualifikation vgl. *Groß/Schork* NZI 2006, 10, 14; *Jachmann/Klein* StB 2005, 374, 376; *Kiethe* RIW 2005, 649, 655; *Mock/Schildt* ZInsO 2003, 396 399 f.; *Müller* DB 2006, 824, 827; *Paefgen* ZIP 2004, 2253, 2260; *Schumann* DB 2004, 743, 746; *Spindler/Berner* RIW 2004, 7, 12; *J. Schmidt* ZInsO 2006, 737, 740, 742; *Ulmer* NJW 2004, 1201, 1207; *Vallender/Fuchs* ZIP 2004, 829, 830; *Wilms,* Die engl. Ltd., S. 189 f; Vallender/*Liersch* Art. 7 Rn. 6; MüKoBGB/*Kindler* Art. 7 Rn. 63 ff.

22 Vgl. EuGH, Urt. v. 10.12.2015 – Rs. C 594/14 (Kornhaas/Dithmar) = NZI 2016, 48; den Vorlagebeschluss des BGH v. 2.12.2014, ZInsO 2015, 92 und die nachfolgende Entscheidung des BGH, Urt. v. 15.3.2016 – II ZR 119/14 = NZG 2016, 550; LG Kiel v. 20.4.2006 EuZW 2006, 478 mAnm *Mock* NZI 2006, 484; *Ringe/Willemer* EuZW 2006, 621 (vgl. als Vorinstanz AG Bad Segeberg v. 24.3.2005 ZIP 2005, 812; dazu *Pannen/Riedemann* NZI 2005, 413); ausführlich: *Klein,* Gemeinschaftskonformität des Insolvenztragsflicht, S. 222 ff.; *Weber,* Gesellschaftsrecht und Gläubigerschutz, S. 130 f.; ebenso *Balthasar* RIW 2009, 221, 226; *Eidenmüller* NJW 2005, 1619, 1621; *Kuntz* NZI 2005, 424, 428; *Leutner/Lagner* ZInsO 2005, 575, 576; *Lieder* DZWIR 2005, 399, 404; *Römermann* GmbHR 2006, R 181, R 182; aA und für eine gesellschaftsrechtliche Qualifikation AG Bad Segeberg v. 24.3.2005 = NZG 2005, 762; so auch *Jachmann/Klein* StB 2005, 374, 376; *Kiethe* RIW 2005, 649, 655; *Spindler/Berner* RIW 2004, 7, 12; *Ulmer* NJW 2004, 1201, 1207; für eine deliktsrechtliche Qualifikation vgl. *Pannen/Riedemann* NZI 2005, 413, 414; *Riedemann* GmbHR 2004, 345, 348; *Schanze/Jüttner* AG 2003, 661, 670; *Zöllner* GmbHR 2006, 1, 7; *Jäger* jM 2016, 319; *Mankowski* NZI

BECK-ONLINE DIE DATENBANK

die dem gesetzlichen Vertreter untersagen, im Zustand der Insolvenz noch **Zahlungen** an Gläubiger vorzunehmen.[23] Anders als die vorgenannten Vorschriften zur Kapitalerhaltung dienen diese Vorschriften funktional nicht den Gesellschaftern des Unternehmens und betreffen nicht ausschließlich das organisationsrechtliche Verhältnis der Gesellschaft mit den Gesellschaftern, sondern dienen ausschließlich dem Schutz der Gläubiger der Gesellschaft in der Insolvenzsituation. Sie zielen auf eine möglichst weitgehende Erhaltung der den Gläubigern zur Verfügung stehenden Insolvenzmasse.[24] Vom Schutzzweck unterscheiden sich diese Vorschriften insoweit nicht von den Sicherungsmaßnahmen, die seitens des Insolvenzgerichts im Rahmen des Insolvenzeröffnungsverfahrens angeordnet werden können. Zustimmungsvorbehalte oder Verfügungsbeschränkungen haben im Ergebnis die gleiche Intention. Sie gelten im Hinblick auf die bereits beantragte Insolvenz jedoch für alle Schuldner und nicht nur für Kapitalgesellschaften. Dass diese Sicherungsmechanismen bei Kapitalgesellschaften durch entsprechende Insolvenzantragspflichten sogar noch vor die Antragstellung vorverlagert werden, ergibt sich aus der Beschränkung der Haftungsmasse. Insoweit unterscheiden sich die Insolvenzantragspflicht und Insolvenzverschleppungshaftung funktional auch von den Vorschriften über Verlustanzeigeverpflichtungen, die der Warn- und Hinweispflicht gegenüber den Gesellschaftern der Gesellschaft dienen.[25]

10 Gegen eine insolvenzrechtliche Qualifikation spricht auch nicht die Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 43, 48 EG.[26] Hierbei handelt es sich nicht um eine Marktzugangsschranke, sondern allenfalls um eine Tätigkeitsausübungsregelung, die nach der Rechtsprechung des EuGH keine rechtfertigungsbedürftige Beschränkung der Niederlassungsfreiheit darstellt. Eine solche Regelung ist allenfalls am Diskriminierungsverbot zu messen.[27] Selbst nach dem sog. Vier-Kriterien-Test des EuGH zur Prüfung der Beschränkung der Niederlassungsfreiheit (keine Anwendung in diskriminierender Weise, Rechtfertigung aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses, Geeignetheit zur Erreichung des verfolgten Ziels und Erforderlichkeit zur Erreichung dieses Ziels) ist nicht erkennbar, dass eine insolvenzrechtliche Qualifikation dieser Fragen die Niederlassungsfreiheit europarechtswidrig einschränken könnte. Ebenso wie bei der Bestimmung der internationalen Zuständigkeit auch der satzungsmäßige Sitz einer Gesellschaft nicht ausschlaggebend sein kann, kann auch das Gesellschaftsstatut nicht alleine ausschlaggebend sein, soweit der Schutz der Gläubiger betroffen ist. Schon die Anknüpfung an den für die Gläubigerinteressen maßgeblichen Mittelpunkt der wirtschaftlichen Interessen nach Art. 3 Abs. 1 zeigt daher deutlich, dass die Niederlassungsfreiheit durch eine im Ergebnis dem Recht des Verfahrensstaates folgende Qualifikation dieser Ansprüche nicht verletzt sein kann.

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

11 Abgrenzungsschwierigkeiten entstehen auch bei gesellschaftsrechtlichen Maßnahmen im Rahmen einer Unternehmenssanierung, insbesondere wenn Kapitalmaßnahmen beschlossen werden müssen und Insolvenz- und Gesellschaftsstatut auseinanderfallen. Richtigerweise ist zu differenzieren. Das Gesellschaftsstatut entscheidet darüber, welche Maßnahme gesellschaftsrechtlich für die Gesellschaftsform rechtlich überhaupt zulässig ist, welches Verfahren einzuhalten ist und welche Mehrheiten erforderlich sind. Insolvenzrechtlich zu qualifizieren sind alle Regelungen, die für den Fall der Insolvenz davon abweichende Regelungen vorsehen,[28] beispielsweise verkürzte Einladungsfristen,

---

2016, 281; *Nassall* jurisPR-BGHZivilR 14/2016 Anm. 3; *Paefgen* WuB 2016, 369; *Schulz* EWiR 2016, 67; *Servatius* DB 2015, 1087; *Schall* ZIP 2016, 289; *von Wilcken* DB 2016, 225; *Weller/Hübner* NJW 2016, 225; Vallender/*Liersch* Art. 7 Rn. 6; MüKoBGB/*Kindler* Art. 7 Rn. 69 ff.

23 Vgl. KG NZI 2010, 542; aA: OLG Karlsruhe NJW-RR 2010, 714 (aber zur prozessualen Qualifikation); aA ebenfalls *Ringe/Willemer* NZG 2010, 56; *Eidenmüller* RabelsZ 70 (2006), 474, 498; *Thole,* Gläubigerschutz, S. 866 ff.

24 Zum sog. *wrongful trading* nach Art. 214 des engl. *Insolvency Codes* s. *High Court,* Urt. v. 15.7.2009, NZI 2010, 619.

25 Vgl. zB § 92 Abs. 1 AktG; § 49 Abs. 3 GmbHG.; vgl. hierzu auch *Borges* ZIP 2004, 733, 739.

26 Vgl. EuGH Urteile v. 9.3.1999 – Rs. C-212/97 Centros, mit Anmerkungen *Altmeppen* DStR 2000, 1061; *Behrens* IPRax 2000, 384; *Ebke* JZ 1999, 656; *Ulmer* JZ 1999, 662; v. 5.11.2002 – Rs. C-208/00 Überseering, sowie v. 30.9.2003 – Rs. C 167/01 Inspire Art, mAnm *Altmeppen* NJW 2004, 97; *Bayer* BB 2003, 2357; *Eidenmüller* JZ 2004, 24; *Hirsch/Britain* NZG 2003, 110; *Kindler* NZG 2003, 1086; *Kleinert/Probst* DB 2003, 2217; *Leible/Hofmann* EuZW 2003, 677; *Spindler/Berner* RIW 2003, 949; *Spindler/Berner* RIW 2004, 7; *Ziemons* ZIP 2003, 1913; *Zimmer* NJW 2003, 3585; vgl. zu den Urteilen auch *Behrens* IPRax 2004, 20; *Goette* DStR 2005, 197; *Kieninger* ZGR 1999, 724; *Kuntz* NZI 2005, 424; *Meilicke* DB 1999, 625; *Neye* EWiR 1999, 259; *Sandrock* BB 1999, 1337; *K. Schmidt* ZHR 168 (2004) 493; *Sedemund/Hausmann* BB 1999, 810; *Steindorff* JuZ 1999, 1140; *Weller* IPRax 2003, 207; *Werlauff* ZIP 1999, 867.

27 Vgl. EuGH v. 24.11.1993 – Rs. C-267/91 und C-268/91 *Keck und Mithouard,* Slg. 1993 I 6097 NJW 1994, 121 sowie *Eidenmüller* NJW 2005, 1619, 1621; *Habersack,* Europ. Gesellschaftsrecht, Rn. 28; MüKoBGB/*Kindler* IntGesR Rn. 371, 418, 659; *Kuntz* NZI 2005, 424, 428.

28 Vgl. *Fehrenbach* ZIP 2014, 2485, 2490; vgl. auch *Haas* NZG 2012, 961, 964 f.; *Thole* ZIP 2013, 1937, 1940.

geringere Mehrheiten, die Ersetzung notwendiger Zustimmungen oder auch die Umwandlung von Forderungen in Mitgliedschaftsrechte.[29]

12 **3. Abgrenzung zum Vertragsstatut.** Die Abgrenzung des Insolvenzstatuts vom Vertragsstatuts wirft in der Praxis dagegen bisher keine Schwierigkeiten auf. Die Leistungsbeziehungen des Schuldners mit einem Gläubiger unterliegen grundsätzlich dem Recht, das auf die vertraglichen Ansprüche anzuwenden ist.[30] Lediglich soweit es aufgrund der Insolvenzsituation zu Modifikationen der vertraglichen Ansprüche kommt, unterliegen diese Modifikationen wiederum dem Insolvenzstatut und damit den Kollisionsnormen (oder auch Sachnormen) der Verordnung. Hierzu gehört aufgrund der ausdrücklichen Nennung in der Verordnung, wie sich das Insolvenzverfahren auf laufende Verträge des Schuldners auswirkt (Art. 2 Nr. 7), wie Forderungen zu behandeln sind, die nach Eröffnung des Verfahrens entstehen (Art. 2 Nr. 9), die Wirkungen der Verfahrenseröffnung auf einen Kauf unter Eigentumsvorbehalt (Art. 10) oder auch die Wirkungen des Insolvenzverfahrens auf einen Vertrag, der zum Erwerb oder zur Nutzung eines unbeweglichen Gegenstands berechtigt (Art. 11 Abs. 1). Dem grundsätzlich anwendbaren Vertragsstatut sind daher alle Fragen entzogen, die sich aus der Insolvenzsituation ergeben und die Vertragsbeziehungen der Vertragsparteien modifizieren.

13 **4. Abgrenzung zum Deliktsstatut.** Die Abgrenzung zum sog. Deliktsstatut wird in der Literatur bisher nur wenig diskutiert. Sie ist in der Rechtsanwendung aber auch weitgehend unproblematisch. Soweit die deliktischen Vorschriften das Eigentum oder sonstige absolute Rechte schützen, erscheint die Qualifikation unter dem Deliktsstatut unproblematisch. Soweit dagegen diese absoluten Rechte sowie deren Durchsetzung aufgrund der Insolvenz Beschränkungen oder Modifikationen unterliegen, findet das Insolvenzstatut Anwendung.

14 Abgrenzungsschwierigkeiten bestehen insoweit allenfalls bei deliktischen Ansprüchen, die grundsätzlich das Vermögen des Schuldners schützen sollen, wie beispielsweise die Insolvenzverschleppungshaftung. Diese wird gelegentlich als deliktisch qualifiziert.[31] Das ist jedoch unzutreffend. Ist dieser Vermögensschutz genereller Natur, so greift das Deliktsstatut. Dient der Vermögensschutz dem Schutz der Insolvenzmasse, so handelt es sich im Kern um eine insolvenzrechtliche Vorschrift (vgl. → Rn. 7). Im Ergebnis kommen jedoch beide Auffassungen meist zu gleichen Ergebnissen. Selbst wenn man diese Haftung dem Deliktsstatut zuordnen würde, so gelangt man über die Anknüpfung an das Recht des Staates, in dem der Schaden eintritt, ebenfalls zu dem Recht des Verfahrensstaates, da hier der Schaden (Schmälerung der Insolvenzmasse; Eingehung neuer Verbindlichkeiten) zu lokalisieren ist.[32]

beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

15 **5. Abgrenzung zum Sachenrechtsstatut.** Auch die Abgrenzung zum Sachenrechtsstatut bereitet in der Praxis keine Schwierigkeiten. Das Recht an einer Sache unterliegt grundsätzlich der *lex rei sitae.* Soweit diese Rechte jedoch durch die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens modifiziert werden (beispielsweise die Verwertung von Kreditsicherheiten), so richten sich diese insolvenzbedingten Modifikationen nach dem Insolvenzstatut bzw. eventuellen insolvenzrechtlichen Sonderregelungen nach der Verordnung (zB Art. 8). Dadurch bedingt kann es in einem Lebenssachverhalt zu unterschiedlichen Anknüpfungen kommen, je nachdem welche Rechtsfrage zu beurteilen ist. Die Frage, ob der Gläubiger, an den Vermögensgegenstände des Schuldners zur Sicherheit übereignet wurden, tatsächlich Eigentümer der Gegenstände ist, ist als Vorfrage selbständig an die *lex rei sitae* anzuknüpfen. Die Frage, ob dieser auch in der Insolvenz noch den Gegenstand herausverlangen und selbst verwerten darf (soweit ihm das auch außerhalb der Insolvenz aufgrund des Sicherungsvertrags möglich wäre), richtet sich nach den insolvenzrechtlichen Vorschriften (Art. 7 und 8). Verwertet der Insolvenzverwalter den Sicherungsgegenstand, so regelt ebenfalls das Insolvenzstatut die Verteilung des Erlöses an den Sicherungsgeber und die Gläubiger. Die Übereignung des Sicherungsgegenstandes durch den verwertenden Verwalter unterliegt dagegen als nicht-insolvenzspezifischer Vorgang wiederum der *lex rei sitae.*[33]

III. Beispielkatalog des Abs. 2

16 Art. 7 Abs. 2 enthält zur „Erleichterung der Auslegung“[34] in Satz 1 zunächst eine generalklauselartige Beschreibung des Umfanges des Insolvenzstatuts bezogen auf das Stammverfahren sowie in

29 AA *Fehrenbach* ZIP 2014, 2490.

30 Vgl. für das deutsche autonome Kollisionsrecht Art. 28 ff. EGBGB.

31 So *Groß/Schork* NZI 2006, 10, 14; *Jachmann/Klein* StB 2005, 374, 376; *Kiethe* RIW 2005, 649, 655; *Mock/Schildt* ZInsO 2003, 396 399 f.; *Müller* DB 2006, 824, 827; *Paefgen* ZIP 2004, 2253, 2260; *Schumann* DB 2004, 743, 746; *Spindler/Berner* RIW 2004, 7, 12; *J. Schmidt* ZInsO 2006, 737, 740, 742; *Ulmer* NJW 2004, 1201, 1207; *Vallender/Fuchs* ZIP 2004, 829, 830.

32 Vgl. Art. 4 Abs. 1 der Rom II VO (EG) 846/2007.

33 So wohl auch Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky/*Duursma-Kepplinger* EuInsVO 2000 Art. 4 Rn. 8; Geimer/Schütze/*Haß/Herweg,* B Vor I 20b, EuInsVO 2000 Art. 4 Rn. 16 f.

34 Vgl. *Virgos/Schmit,* Erläuternder Bericht, Rn. 91.

Satz 2 eine – nicht abschließende – **Beispielliste** der Fragen, die nach der *lex fori concursus* zu entscheiden sind. Die Liste ist an sich überflüssig, da nach Art. 7 ohnehin immer das Recht des Verfahrensstaats anzuwenden ist, soweit in der Verordnung ausdrücklich keine Sonderanknüpfung vorgesehen ist, und hat daher lediglich klarstellenden, nicht abschließenden Charakter.[35] Die Vorschrift ist wenig systematisch, da die Beispielsfälle nicht systematisch geordnet sind und Rechtsfragen verschiedentlich doppelt erfasst werden.

1. Voraussetzungen der Verfahrenseröffnung (Abs. 2 S. 1). Dem Insolvenzstatut unterliegt gemäß Art. 7 Abs. 2 S. 1, erster Beispielsfall, zunächst die Frage, *„unter welchen Voraussetzungen das Insolvenzverfahren eröffnet wird"*. Hierunter fallen alle verfahrens- und materiell-rechtlichen Voraussetzungen für den Eröffnungsbeschluss. Hierzu gehören sowohl die Zulässigkeit eines Insolvenzantrags, die Insolvenzfähigkeit eines Schuldners (obwohl in lit. a nochmals genannt), die Antragsberechtigung etc, sowie die materiell-rechtlichen Eröffnungsgründe wie die Insolvenzgründe aber auch sonstige weitergehende materiell-rechtliche Eröffnungsvoraussetzungen (wie beispielsweise das Vorliegen einer hinreichenden Kostendeckung).[36] Zu beachten ist freilich, dass für sogenannte Partikularverfahren, sei es als unabhängige Partikularverfahren im Sinne von Art. 3 Abs. 4, sei es als Sekundärverfahren, die Verordnung zusätzliche Sachnormen mit weiteren Eröffnungsvoraussetzungen enthält, die jeweils zu beachten sind (vgl. zur Voraussetzung einer Niederlassung im Partikularverfahren → Art. 3 Rn. 92 ff.; zu den zusätzlichen Eröffnungsvoraussetzungen für ein unabhängiges Partikularverfahren vgl. → Art. 3 Rn. 96 ff.). **17**

2. Durchführung und Beendigung (Abs. 2 S. 1). Nach Art. 7 Abs. 2 S. 1, 2. Beispielsfall, regelt das Insolvenzstatut auch, wie das Insolvenzverfahren *„durchzuführen und zu beenden ist"*. Diese Formulierung ist identisch mit der in Art. 32 Abs. 1 S. 1 gewählten Formulierung für weitere Entscheidungen, die nach Art. 32 anerkannt werden sollen. Hiermit sind sämtliche Verfahrensabschnitte des eigentlichen Stammverfahrens gemeint, das sich an die Eröffnung des Verfahrens anschließt (vgl. hierzu auch die Ausführungen unter → Art. 32 Rn. 3). Mit dieser breit gefassten Verweisung sind nicht nur Verfahrensfragen gemeint, die international privatrechtlich ohnehin der *lex fori* unterstehen, sondern auch materiell-rechtliche Entscheidungen (wie beispielsweise eine mit der Verfahrensbeendigung eventuell einhergehende Restschuldbefreiung). Die Frage der Voraussetzungen und Wirkungen der Beendigung ist in Art. 7 Abs. 2 S. 2 lit. j und k nochmals geregelt. **18**

3. Lit. a: Insolvenzfähigkeit. Art. 7 Abs. 2 S. 2 lit. a schreibt die Anwendung der *lex fori concursus* für die Frage der Insolvenzfähigkeit vor. In den Mitgliedsstaaten existieren hierzu unterschiedliche Regelungen für natürliche Personen, juristische Personen oder Sondervermögen, wie beispielsweise den Nachlass.[37] In einigen Mitgliedsstaaten sind beispielsweise natürliche Personen, die keine Kaufmannseigenschaft besitzen, oder öffentlich-rechtliche Körperschaften von Insolvenzverfahren ausgenommen.[38] Bejaht beispielsweise ein deutsches Insolvenzgericht seine internationale Zuständigkeit für ein Insolvenzverfahren über einen französischen Staatsbürger, da der Mittelpunkt seiner Interessen in Deutschland liegt, dann kann das deutsche Insolvenzgericht ein Insolvenzverfahren durchführen, auch wenn das französische Insolvenzrecht natürliche Personen ohne Kaufmannseigenschaft für nicht insolvenzfähig hält.[39] Die Kollisionsnorm gilt auch für Partikularverfahren, sodass ein deutsches Gericht über die in Deutschland belegenen Vermögensgegenstände einer in Frankreich lebenden natürlichen Person, über deren Vermögen dort ein Insolvenzverfahren nicht möglich ist, ein unabhängiges Partikularverfahren durchführen kann, wie auch Art. 3 Abs. 4 lit. a ausdrücklich bestätigt.[40] Folgerichtig darf das Gericht eines Mitgliedsstaats die Anerkennung eines ausländischen Verfahrens auch nicht deswegen ablehnen, weil im Anerkennungsstaat der Insolvenzschuldner nicht insolvenzfähig ist (vgl. auch Art. 19 Abs. 1 S. 2).[41] **19**

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

---

35 So auch EuGH, Urt. v. 21.2.2010 – C-444/07 *(MG Probud Gdynia)* NZI 2010, 156 RZ 25 („nicht erschöpfende Aufzählung"); *Virgos/Schmit,* Erläutender Bericht, Rn. 91; MüKoBGB/*Kindler* Art. 7 Rn. 14; *Moss/Fletcher/Isaacs,* EU Regulation, EuInsVO 2000 Art. 4 Rn. 8.196; Nerlich/Römermann/*Nerlich/Hübler* EuInsVO 2000 Art. 4 Rn. 6; Vallender/*Liersch* Art. 7 Rn. 4, 7.

36 Ebenso *Paulus* Art. 7 Rn. 13 ff.

37 Zur Frage, dass auch Nachlassinsolvenzverfahren als Insolvenzverfahren im Sinne der Verordnung zu verstehen sind vgl. → Art. 1 Rn. 4.

38 Vgl. beispielsweise die Länderberichte zu Frankreich Ziffer 2.1 und Italien, Ziffer 4.12.

39 Vgl. Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky/*Duursma-Kepplinger* EuInsVO 2000 Art. 4 Rn. 13; Geimer/Schütze/*Haß/Herweg,* B Vor I 20b, EuInsVO 2000 Art. 4 Rn. 22; MüKoBGB/*Kindler* Art. 7 Rn. 15 f.; am Beispiel Belgien *Paulus* Art. 7 Rn. 21.

40 Vgl. Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky/*Duursma-Kepplinger* EuInsVO 2000 Art. 4 Rn. 13; Geimer/Schütze/*Haß/Herweg,* B Vor I 20b, EuInsVO 2000 Art. 4 Rn. 23; MüKoBGB/*Kindler* Art. 7 Rn. 16; LSZ/*Smid* EuInsVO 2000 Art. 3 Rn. 36; am Beispiel des Vereinigten Königreichs *Paulus* Art. 3 Rn. 59.

41 Vgl. *Virgos/Schmit,* Erläuternder Bericht, Rn. 91, 148; Geimer/Schütze/*Gruber,* B Vor I 20b, EuInsVO 2000 Art. 16 Rn. 19; *Paulus* Art. 19 Rn. 11.

20 Praktisch relevant wird die Frage der Insolvenzfähigkeit aber auch im Zusammenhang mit juristischen Personen. Die hiermit im Zusammenhang stehenden Fragen der Bedeutung der Parteifähigkeit für die Insolvenzfähigkeit sind unter allgemeinen kollisionsrechtlichen Gesichtspunkten noch nicht weiter erörtert worden. Zwar ist durch die Rechtsprechung des EuGH zur Anerkennung von juristischen Personen in anderen Mitgliedsstaaten mittlerweile klargestellt, dass sich die Parteifähigkeit nach dem Recht des Gründungsstatuts richtet.[42] Daher ist denkbar, dass Insolvenzgerichte nach Art. 3 Abs. 1 für juristische Personen international zuständig sind, die nach dem Recht eines anderen Mitgliedsstaates organisiert sind. Die deutsche Rechtsprechung hatte sich schon verschiedentlich mit Insolvenzverfahren über eine englische *Limited* zu beschäftigen, bei der die Frage der Insolvenzfähigkeit zu entscheiden war.[43] Ob die Parteifähigkeit des Schuldners dabei als Vorfrage für die Insolvenzfähigkeit zu prüfen ist oder ob es sich kollisionsrechtlich um eine Frage der Substitution handelt, ist noch nicht weiter erörtert worden.[44] Denn wie sich aus dem deutschen materiellen Insolvenzrecht ergibt, ist die Parteifähigkeit selbst nicht notwendig Voraussetzung für die Insolvenzfähigkeit (vgl. § 11 Abs. 2 InsO). Richtigerweise ist daher zunächst gemäß dem anwendbaren Gesellschaftsstatut (als Vorfrage) zu prüfen, ob es sich um eine Gesellschaft mit Rechtspersönlichkeit handelt.[45] Ist dies der Fall, steht die Insolvenzfähigkeit außer Frage, soweit nicht nach deutschen Recht bestimmte juristische Personen von der Insolvenzfähigkeit ausgenommen sind (vgl. § 12 InsO). Handelt es sich nach dem anwendbaren Gesellschaftsstatut um eine Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit, so ist im Wege der Substitution zu klären, ob diese mit den in § 11 Abs. 2 InsO genannten Gesellschaften gleichgestellt werden kann.

21 **4. Lit. b: Insolvenzmasse.** Nach Art. 7 Abs. 2 S. 2 lit. b richtet sich auch die Frage, welche Vermögensgegenstände zur **Insolvenzmasse** gehören, nach der *lex fori concursus,* wobei an die Frage, ob der Schuldner tatsächlich Eigentümer bestimmter Sachen ist, als Vorfrage anzuknüpfen ist.[46] Die Reichweite dieser Verweisung erfasst auch die Frage, ob eine ausländische Rente pfändbar ist und damit zur Masse gehört und inwieweit Pfändbarkeitsgrenzen die Zugehörigkeit zur Insolvenzmasse ausschließen.[47] Die *lex fori concursus* gilt auch für die Behandlung von Vermögensgegenständen, die vom Schuldner nach Verfahrenseröffnung erworben wurden.[48] Für die nach Verfahrenseröffnung erworbenen Gegenstände sind allerdings die möglichen Sonderanknüpfungen zu beachten.[49] Ob beispielsweise die Forderung gegenüber einem Gläubiger, der nach Verfahrenseröffnung an den Schuldner geleistet hat, noch besteht, ist über Art. 31 zu bestimmen. Die *lex fori concursus* bestimmt auch, ob Sondervermögen des Schuldners noch zur Insolvenzmasse gehört, oder als massefremdes Vermögen unabhängig vom Insolvenzverfahren zu behandeln ist.[50] Gehört das Sondervermögen gemäß der anwendbaren *lex fori concursus* zur Insolvenzmasse, ist sodann gemäß Art. 7 Abs. 2 S. 2 lit. i zu bestimmen, wie das Sondervermögen zu verteilen ist (vgl. unten).

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

22 **5. Lit. c: Befugnisse des Schuldners und des Verwalters.** Art. 7 Abs. 2 S. 2 lit. c stellt klar, dass sich die **Befugnisse des Schuldners und des Verwalters** ebenfalls nach dem Recht des Verfahrensstaates richten. Das gilt sowohl für materiell-rechtliche Befugnisse wie die Ausübung vertraglicher Gestaltungsrechte,[51] als auch für die prozessualen Befugnisse des Verwalters oder auch

---

42 Vgl. EuGH Urt. v. 9.3.1999 – Rs. C-212/97 *Centros;* EuGH Urt. v. 5.11.2002 – Rs. C-208/00 Überseering, sowie EuGH Urt. v. 30.9.2003 – Rs. C 167/01 Inspire Art; vgl. dazu bereits → Rn. 1 Fn. 26.

43 Vgl. AG Saarbrücken v. 25.2.2005 ZInsO 2005, 727 = ZIP 2005, 2027; AG Duisburg v. 14.10.2003 NZI 2003, 658 (betreffend die Insolvenzfähigkeit einer aufgelösten Ltd.); AG Hamburg v. 14.5.2003 ZIP 2003, 1008; LG Duisburg ZIP 2007, 926.

44 Zur Vorfrage und Substitution vgl. *v. Bar/Mankowski,* IPR, § 7 Rn. 182 ff., 239 ff.

45 So auch die Entscheidungen der Amts- und Landgerichte, oben.

46 Vgl. BGH, Beschl. v. 20.7.2017 – IX ZB 69/16 = ZIP 2017, 1627; zu diesen kollisionsrechtlichen Vorfragen vgl. auch → Art. 8 Rn. 7.

47 Vgl. BGH, Beschl. v. 20.7.2017 – IX ZB 63/16 = NZI 2017, 816; zu den Pfändbarkeitsgrenzen vgl. BGH NJW-RR 2014, 1459; s. a. *Cranshaw* jurisPR 19/2017 Amn. 2; BGH ZInsO 2012, 1260; LG Passau NZI 2014, 1019 mAnm *Mankowski,* LG Traunstein NZI 2009, 818; Urteilsanm. *Mankowski* NZI 2009, 785; AG Deggendorf ZInsO 2007, 558 m. abl. Anm. *Griedl/Mack;* aA AG Passau NZI 2009, 820, das die Frage der Pfändungsfreigrenzen in der Insolvenz nicht insolvenzrechtlich, sondern als vollstreckungsrechtlich qualifiziert und daher die *lex fori executionis* anwendet; AG München NZI 2010, 664.

48 Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky/*Duursma-Kepplinger* EuInsVO 2000 Art. 4 Rn. 14; Geimer/Schütze/*Huber,* B Vor I 20b, EuInsVO 2000 Art. 4 Rn. 27; *Paulus* Art. 7 Rn. 23; LSZ/*Smid* EuInsVO 2000 Art. 4 Rn. 13; AG Deggendorf ZInsO 2007, 558 zur Pfändbarkeit des Arbeitseinkommens.

49 So auch HKInsO/*Dornblüth* Art. 7 Rn. 5.

50 Zu derartigen Sondervermögen vgl. *Piepenbrock* ZZP 2009 (122), 63, 96 ff.; die meisten gesetzlich vorgesehenen Sondervermögen finden sich jedoch bei Schuldnern des Finanz- und Versicherungssektors, die vom Anwendungsbereich der Verordnung aber gerade ausgenommen sind, vgl. → Art. 1 Rn. 20.

51 So für die Frage der Kündigung eines Arbeitsverhältnisses BAG WM 2013, 429, 433.