

# Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung: InsO • Band 4: EGInsO, EuInsVO, Länderberichte

Einzelbezug

3. Auflage 2016. Buch. 1662 S. In Leinen  
ISBN 978 3 406 65044 4  
Format (B x L): 16,0 x 24,0

Recht > Zivilverfahrensrecht, Berufsrecht, Insolvenzrecht > Insolvenzrecht,  
Unternehmenssanierung

Zu Inhalts- und Sachverzeichnis

schnell und portofrei erhältlich bei

The logo for beck-shop.de features the text 'beck-shop.de' in a bold, red, sans-serif font. Above the 'i' in 'shop' are three red dots of increasing size. Below the main text, the words 'DIE FACHBUCHHANDLUNG' are written in a smaller, red, all-caps, sans-serif font.

**beck-shop.de**  
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

auch dinglich gesicherte Rechte einräumen, fällt dagegen nicht unter die Vorschrift, da eine solche Auslegung vom Wortlaut des Art. 8 nicht gedeckt ist.<sup>13</sup> Grundpfandrechte, die ein eigentümerähnliches Verwertungsrecht begründen, fallen daher nicht unter Art. 8.<sup>14</sup> Nicht erforderlich ist, dass beispielsweise die nach deutschem Recht erforderlichen dinglichen Übertragungs-erklärungen (die Auflassung) bereits abgegeben worden sind. Der Abschluss des schuldrechtlichen Kaufvertrages ist ausreichend,<sup>15</sup> zumal andere Rechtsordnungen das in dieser Differenzierung zum Ausdruck kommende Abstraktionsprinzip nicht unbedingt kennen.<sup>16</sup> Die Regelung gilt unabhängig davon, ob der Verkäufer oder Käufer insolvent ist.<sup>17</sup>

Art. 8 gilt darüber hinaus für alle Vertragstypen, die **Nutzungsrechte** an unbeweglichen Gegenständen einräumen. Hierzu gehören Miet-,<sup>18</sup> Pacht- oder Leasingverträge etc.<sup>19</sup> Die Vorschrift gilt auch unabhängig davon, ob das Nutzungsrecht rein schuldrechtlich oder sogar dinglich ausgestaltet ist.<sup>20</sup> Erfasst werden daher auch die dem deutschen Recht bekannten Erbbaurechtsverträge sowie Dienstbarkeiten, die eine Nutzung des Grundstücks zum Gegenstand haben.<sup>21</sup> Soweit die dinglichen Nutzungsrechte allerdings in Register eingetragen sind, ist die Spezialvorschrift des Art. 11 zu beachten, die mit dem Verweis auf das Recht des Registerrechts im Ergebnis ebenfalls zum Recht des Lageortes führen dürfte. Art. 8 gilt bei Nutzungsverträgen – ebenso wie bei Erwerbsverträgen – unabhängig davon, ob der Nutzungsberechtigte oder der zur Nutzungsüberlassung Verpflichtete insolvent geworden ist.<sup>22</sup>

Während die Abgrenzung, ob ein Gegenstand unbeweglich oder beweglich ist, in der Praxis 8 jedoch selten Schwierigkeiten hervorrufen dürfte, können vielfältige Abgrenzungsprobleme bei sogenannten **typengemischten Verträgen** auftreten, oder wenn Gegenstand des Vertrages Sachgesamtheiten von unbeweglichen und beweglichen Gegenständen sind. Bei typengemischten Verträgen ist dies insbesondere denkbar, wenn mit der Veräußerung der Immobilie weitergehende Herstellungsverpflichtungen, wie beispielsweise die Errichtung eines Bauwerkes verbunden ist (so genannter Bauträgervertrag). Entscheidend kann dann nicht sein, ob der durch Art. 8 geschützte Teil des Vertrages separierbar ist,<sup>23</sup> sondern ob Schwerpunkt des Vertrages eine der in Art. 8 genannten Vertragsformen ist.

Ähnliche Probleme stellen sich bei Kaufverträgen zum Erwerb von Sachgesamtheiten, die sich 9 aus beweglichen und unbeweglichen Gegenständen zusammensetzen. Dies ist beispielsweise denkbar bei einem Unternehmenskauf in Form eines Asset Deals oder bei einem Kaufvertrag über ein Grundstück einschließlich der beweglichen Betriebsgegenstände. Gleiches gilt für Nutzungsverträge, soweit auch bewegliche Gegenstände erfasst werden (wie beispielsweise die Betriebspacht oder Pachtverträge samt der dazugehörigen Betriebsausstattung). Zum Teil wird darauf abgestellt, ob die jeweiligen Verträge teilbar sind.<sup>24</sup> Eine solche Teilbarkeit muss sich jedoch dem Willen der Vertragsparteien eindeutig entnehmen lassen. Ist dies nicht der Fall, hängt die Anwendung von Art. 8 auch bei solchen Sachgesamtheiten davon ab, was den Schwerpunkt des Erwerbs- oder Nutzungsrechtes bildet. Bei einem Unternehmenskauf ist dies, auch wenn es sich um ein Betriebsgrund-

<sup>13</sup> Auch *Virgos/Schmit* sprechen nur von einem Vertrag, der auf Übereignung des Gegenstandes abzielt, vgl. ebd. RdNr. 119.

<sup>14</sup> Vgl. Rauscher/Mäsch, Bd. 2, Art. 8 EG-InsVO, RdNr. 4; Paulus, Art. 8 RdNr. 4; aA MünchKommBGB-Kindler, Bd. 11, Art. 8 RdNr. 5.

<sup>15</sup> *Gottwald/Gottwald*, Insolvenzrechts-Handbuch, § 131 RdNr. 45; Geimer/Schütze/Huber, B Vor I 20b, Art. 8, RdNr. 4; MünchKommBGB-Kindler, Bd. 11, Art. 8 RdNr. 4; Paulus, Art. 8 RdNr. 2; HambKomm-Undritz, Art. 8 RdNr. 2.

<sup>16</sup> Ebenso *Duursma-Kepplinger*, Art. 8 RdNr. 22; Geimer/Schütze/Huber, B Vor I 20b, Art. 8 RdNr. 4; MünchKommBGB-Kindler, Bd. 11, Art. 8 RdNr. 5; Rauscher/Mäsch, Bd. 2, Art. 8 EG-InsVO RdNr. 4.

<sup>17</sup> *Duursma-Kepplinger*, Art. 8 RdNr. 2; Geimer/Schütze/Huber, B Vor I 20b, Art. 8 RdNr. 4; Rauscher/Mäsch, Bd. 2, Art. 8 EG-InsVO RdNr. 5.

<sup>18</sup> Vgl. zum Begriff der Miete oder Pacht auch Art. 22 Nr. 1 EuGVVO; *Kropholler/von Hein*, Europ. Zivilprozessrecht, Art. 22 RdNr. 23 ff.; Rauscher/Mankowski, Europ. Zivilprozessrecht, Bd. 1, Art. 22 Brüssel I-VO RdNr. 13 ff.; vgl. auch EuGH vom 9.6.1994, Rs. C-292/93 Lieber/Göbel, Slg. 1994 I 2913 = NJW 1995, 37.

<sup>19</sup> *Virgos/Schmit*, Erläuternder Bericht, RdNr. 118; *Duursma-Kepplinger*, Art. 8 RdNr. 1; Geimer/Schütze/Huber, B Vor I 20b, Art. 8 RdNr. 4; Rauscher/Mäsch, Bd. 2, Art. 8 EG-InsVO RdNr. 4; Nerlich/Römermann/Nerlich, Art. 8 RdNr. 5a; Mohrbutter/Ringstmeier/Wenner § 20 RdNr. 326; MünchKommBGB-Kindler, Bd. 11, Art. 8 RdNr. 3; Paulus, Art. 8 RdNr. 3.

<sup>20</sup> Für eine Ausweitung auf dingliche Verträge auch Rauscher/Mäsch, Bd. 2, Art. 8 EG-InsVO RdNr. 4; MünchKommBGB-Kindler, Bd. 11, Art. 8 RdNr. 5; *Smid*, Art. 8 RdNr. 5.

<sup>21</sup> Geimer/Schütze/Huber, B Vor I 20b, Art. 8 RdNr. 4; Paulus, Art. 8 RdNr. 3, HambKomm-Undritz Art. 8 RdNr. 2.

<sup>22</sup> Geimer/Schütze/Huber, B Vor I 20b, Art. 8 RdNr. 4; Konecny/Schuber/Maderbacher, Art. 8 RdNr. 16.

<sup>23</sup> So aber Paulus, Art. 8 RdNr. 3; sich dem anschließend Konecny/Schubert/Maderbacher, Art. 8 RdNr. 15.

<sup>24</sup> So zB in Bezug auf typengemischte Verträge: Paulus, Art. 8 RdNr. 3.

## Art. 8 10–14

EuInsVO 2000

stück mit einem komplexen Maschinenpark handelt, in der Regel nicht der unbewegliche Gegenstand selbst, sondern die Sachgesamtheit, so dass Art. 8 nicht anwendbar wäre. Anderes gilt beispielsweise bei der Verpachtung eines Restaurants einschließlich des beweglichen Mobiliars, weil insoweit die Lage des unbeweglichen Gegenstandes entscheidender sein dürfte, als die bewegliche im Ergebnis ersetzbare Innenausstattung.

- 10 Von Art. 8 nicht erfasst werden dagegen Verträge über Anteile an Immobiliengesellschaften.<sup>25</sup> Grundsätzlich folgen auch die sonstigen Regeln beim Verkauf von Unternehmensanteilen der Tatsache, dass Verkaufsgegenstand die Gesellschaftsanteile und nicht das Immobilienobjekt selbst ist.<sup>26</sup> Eine analoge Anwendung auch für Immobiliengesellschaften würde auch im Einzelfall schwer definierbare Abgrenzungsschwierigkeiten auslösen, je nachdem, welche Vermögensgegenstände ansonsten noch das Gesellschaftsvermögen bilden.
- 11 **3. Zeitpunkt des Vertragsschlusses.** Aus dem Wortlaut von Art. 8 lässt sich implizit auch herleiten, dass der (Erwerbs- oder Nutzungs-) **Vertrag** zum Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens bereits **abgeschlossen** sein muss. Denn Art. 8 spricht von den Wirkungen des Insolvenzverfahrens auf „einen Vertrag“, und kann folglich nur einen zur Verfahrenseröffnung bestehenden Vertrag meinen.<sup>27</sup> Forderungen, die nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens erst entstehen, werden von Art. 4 Abs. 2 lit. g) abgedeckt.<sup>28</sup> Zur Bestimmung des Zeitpunktes, wann von einer Verfahrenseröffnung auszugehen ist, gelten die zu Art. 2 lit. f) gemachten Ausführungen. Danach ist der Zeitpunkt des formellen Eröffnungsbeschlusses maßgebend, und nicht die Bestellung eines vorläufigen Verwalters sowie die Einschränkung der Verfügungsbefugnis des Schuldners, die der EuGH im Zusammenhang mit dem Prioritätsprinzip nach Art. 3 als maßgeblichen Zeitpunkt der Eröffnung angesehen hat (vgl. oben Art. 2 RdNr. 11 ff.).
- 12 Ein Vertrag gilt zum Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung auch dann als abgeschlossen, wenn die zum Vertrag führenden Willenserklärungen zwar abgegeben wurden, die Wirksamkeit und Durchführung des Vertrages jedoch noch von **Bedingungen** abhängt, die zum Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung noch nicht eingetreten sind. Gleiches gilt für erst nach Verfahrenseröffnung eintretende Befristungen. In beiden Fällen haben sich nämlich die Vertragsparteien bereits für sie bindend verpflichtet.
- 13 Abgrenzungsschwierigkeiten können jedoch bei **Optionsverträgen** bestehen, wenn der Vertrag zwar schon abgeschlossen ist, die Durchführung aber davon abhängt, dass eine Vertragspartei das ihr eingeräumte Optionsrecht ausübt. Derartige Optionen finden sich vielfach in gewerblichen Mietverträgen zur Verlängerung des Mietverhältnisses zugunsten des Mieters. Optionsrechte, die jedoch vor der Verfahrenseröffnung noch nicht ausgeübt wurden, fallen nicht unter Art. 8. Da es sich nur um ein einseitiges Optionsrecht handelt, ist nämlich auch der Optionsberechtigte aus dem Vertrag noch nicht verpflichtet. Nach deutschen materiellen Recht liegt daher in dieser Situation auch noch kein bedingt abgeschlossener Vertrag vor, sondern lediglich ein Vertragsangebot mit verlängerter Bindungswirkung.<sup>29</sup> Insoweit ist auch die Notwendigkeit für einen Vertrauensschutz in das Recht des Lageortes zum Zeitpunkt der Ausübung der Option nicht mehr gegeben. Darüber hinaus würde eine Erweiterung von Art. 8 auf derartige Optionsrechte auch das Wahlrecht des Insolvenzverwalters für die Fortführung laufender Verträge, das auch in anderen Rechtsordnungen der Mitgliedsstaaten existiert, unterlaufen.
- 14 **4. Belegenheit in anderem Mitgliedsstaat.** Nach dem Wortlaut von Art. 8 ist nicht Voraussetzung, dass sich der unbewegliche Gegenstand in einem anderen Mitgliedsstaat befindet als dem der Verfahrenseröffnung. Entsprechende Klarstellungen sehen beispielsweise Art. 5 und Art. 7 vor. Die Belegenheit des Gegenstandes in einem anderen Vertragsstaat ist jedoch eine ungeschriebene Tatbestandsvoraussetzung für den Anwendungsbereich von Art. 8. Befindet sich nämlich der unbewegliche Gegenstand in dem Gebiet eines Verfahrensstaates selbst, so findet über den unbeweglichen Gegenstand über Art. 4 Abs. 2 lit. e) ohnehin das Recht des Mitgliedsstaates Anwendung, in dessen Gebiet der Gegenstand belegen ist (das Recht des Verfahrensstaates). Für eine von Art. 4 abweichende Sonderanknüpfung besteht daher kein Anlass. Gleiches gilt für unbewegliche Gegenstände, die im Mitgliedsstaat eines Sekundärverfahren belegen sind.

<sup>25</sup> Ebenso Rauscher/Mäsch, Bd. 2, Art. 8 EG-InsVO RdNr. 3; Paulus, Art. 8 RdNr. 6.

<sup>26</sup> Vgl. MünchKommBGB-Martiny Bd. 10, Art. 4 RdNr. 164 Rom I-VO.

<sup>27</sup> Konecny/Schubert/Maderbacher, Art. 8 RdNr. 17; Geimer/Schütze/Huber, Art. 8 RdNr. 5.

<sup>28</sup> Hier handelt es sich dann um einen vom Verwalter selbst abgeschlossenen Vertrag, auf den Art. 8 keine Anwendung findet, die Verordnung aber wohl, missverständlich insoweit Konecny/Schubert/Maderbacher, Art. 8 RdNr. 18.

<sup>29</sup> Vgl. Palandt/Ellenberger, Einf v. § 145 RdNr. 23.

Liegt der unbewegliche Gegenstand dagegen nicht in einem der Mitgliedsstaaten sondern in einem **Drittstaat**, so ist nach dem klaren Wortlaut Art. 8 nicht anwendbar.<sup>30</sup> Nach der hier vertretenen, aber streitigen Auffassung findet jedoch auch die allgemeine Kollisionsnorm nach Art. 4 keine Anwendung.<sup>31</sup> Vielmehr sind die Kollisionsnormen der Verordnung für die Auswirkungen der Insolvenzeröffnung auf Erwerbs- und Nutzungsverträgen an unbeweglichen Gegenständen sachlich-räumlich nicht anwendbar, wenn der unbewegliche Gegenstand in einem Drittstaat liegt. Die Rechtsfolgen bestimmen sich daher ausschließlich nach dem autonomen Kollisionsrecht des angerufenen Gerichts (vgl. oben Art. 1 RdNr. 22).

### III. Rechtsfolgen

**1. Lex rei sitae.** Handelt es sich um einen Vertrag in vorgenanntem Sinne, ist nach dem Wortlaut von Art. 8 für die Wirkung des Insolvenzverfahrens auf den Vertrag ausschließlich das Recht des Mitgliedsstaates maßgebend, in dessen Gebiet dieser Gegenstand belegen ist. Nach ganz überwiegender Auffassung handelt es sich hierbei um eine Sachnormverweisung und nicht um einen Verweis auf die Kollisionsnormen des Lagestaates.<sup>32</sup> Dafür spricht schon die Entstehungsgeschichte der Norm, wonach es den Mitgliedsstaaten darauf ankam, durch die Sonderanknüpfung in Art. 8 ihr eigenes örtliches Recht zur Anwendung zu bringen.<sup>33</sup> Dieser Zielrichtung würde nicht gerecht, würde man die Verweisung in Art. 8 als eine kollisionsrechtliche Verweisung verstehen. Die Verweisung auf das Sachrecht des Lageortes beschränkt sich allerdings auf eine Verweisung auf das Insolvenzrecht des Lageortes und die dort geregelten Wirkungen der Verfahrenseröffnung auf die Verträge.<sup>34</sup> Untersteht der Vertrag daher einem anderen Vertragsstatut, so ist dies für alle anderen Fragen – außer der Auswirkung der Eröffnung auf den Vertrag – maßgebend. Art. 8 erfasst ebenfalls keine Rang- oder Verteilungsfragen. Erlaubt das Insolvenzrecht der *lex rei sitae* – wie zB § 109 InsO – eine Beendigung des Nutzungsvertrages, so gilt für den Rang der sich hieraus ergebenden Schadensersatzforderung wiederum Art. 4 Abs. 2 lit. i), mithin die *lex fori concursus*.

Anders als bei Art. 5, Art. 6 oder Art. 7 handelt es sich bei Art. 8 nicht um eine Alternativanknüpfung, die das ansonsten anwendbare Recht beschränkt, sondern um eine die anderen Rechtsordnungen im Anwendungsbereich von Art. 8 verdrängende Sondervorschrift. Dies wurde durch den Begriff „ausschließlich“ klargestellt. Die Rechtsfolgen für die Wirkungen des Insolvenzverfahrens auf einen Vertrag ergeben sich daher ausschließlich unter Anwendung des Rechts des Lageortes, ohne dass noch das Recht des Verfahrensstaates parallel dazu geprüft werden müsste.<sup>35</sup>

**2. Reichweite im Hinblick auf andere Unwirksamkeitsgründe.** Art. 8 enthält anders als Art. 5 Abs. 4, Art. 6 Abs. 2, Art. 7 Abs. 3 und Art. 9 Abs. 2 keine Rückausnahme dahingehend, dass die Regelung in Art. 8 der Nichtigkeit, Anfechtbarkeit oder relativen Unwirksamkeit einer Rechtshandlung nach Art. 4 Abs. 2 lit. m) nicht entgegenstünde. In der Tat ließe sich im Umkehrschluss hieraus folgern, dass die Reichweite der in Art. 8 statuierten Verweisung auch die in Art. 4 Abs. 2 lit. m) genannten Unwirksamkeitsgründe und folglich auch die Sonderanknüpfung in Art. 13 erfasse. Dies wird jedoch von der ganz überwiegenden Meinung zu Recht abgelehnt.<sup>36</sup> Zunächst hat der Verordnungsgeber Art. 8 als Ausnahmevorschrift zu Art. 4 Abs. 2 lit. e) aufgefasst, wonach sich die Wirkungen auf laufende Verträge des Schuldners nach der *lex fori concursus* richten. Auch die Ausführungen von *Virgos/Schmit* im Erläuternden Bericht beziehen sich ausschließlich auf das Schicksal der Vertragsdurchführung und mögliche Lösungsrechte des Insolvenzverwalters für den Insolvenzfall.<sup>37</sup> Insoweit ist auch der Anwendungsbereich des Art. 8 wesentlicher enger, als der

<sup>30</sup> Geimer/Schütze/Huber, B Vor I 20b, Art. 8 RdNr. 6; Mohrbutter/Ringstmeier/Wenner § 20 RdNr. 327; Rauscher/Mäsch, Bd. 2, Art. 8 EG-InsVO, RdNr. 7.

<sup>31</sup> Vgl. hierzu auch schon Art. 1, RdNr. 20. AA Rauscher/Mäsch, Bd. 2, Art. 4 EG-InsVO, RdNr. 5; Mohrbutter/Ringstmeier/Wenner, § 20 RdNr. 327.

<sup>32</sup> Ganz allg. Meinung, vgl. Geimer/Schütze/Huber, B Vor I 20b, Art. 8 RdNr. 2, 7; Rauscher/Mäsch, Bd. 2, Art. 8 EG-InsVO, RdNr. 1; MünchKommBGB-Kindler, Bd. 11, Art. 8 RdNr. 1; Konecny/Schuber/Maderbacher, Art. 8 RdNr. 6.

<sup>33</sup> Vgl. oben, RdNr. 1.

<sup>34</sup> Ebenfalls ganz hM: *Virgos/Schmit*, Erläuternder Bericht, RdNr. 118 aE; Geimer/Schütze/Huber, B Vor I 20b, Art. 8 RdNr. 2, 7; Paulus, Art. 8 RdNr. 7.

<sup>35</sup> Allgemeine Auffassung, vgl. nur Geimer/Schütze/Huber, B Vor I 20b, Art. 8 RdNr. 7; MünchKommBGB-Kindler, Bd. 11, Art. 8 RdNr. 8; Paulus, Art. 8 RdNr. 7.

<sup>36</sup> Vgl. OLG Koblenz NZI 2011, 448, 449; *Duursma-Kepplinger*, Art. 8 RdNr. 10; Geimer/Schütze/Huber, B Vor I 20b, Art. 8 RdNr. 7; Rauscher/Mäsch, Bd. 2, Art. 8 EG-InsVO RdNr. 8; MünchKommBGB-Kindler, Bd. 11, Art. 8 RdNr. 9; *Leonhardt/Smid/Zeuener-Smid*, Art. 8 RdNr. 9; differenzierend: Paulus, Art. 8 RdNr. 10; ebenso: *Virgos/Garcimartin*, European Insolvency Regulation, RdNr. 205.

<sup>37</sup> Vgl. *Virgos/Schmit*, Erläuternder Bericht RdNr. 116.

## Art. 9 1

EuInsVO 2000

Anwendungsbereich der Art. 5 und 7, die weitergehend generell die „Rechte“ des Gläubigers an einem Gegenstand regeln. Für diesen weiten Anwendungsbereich macht die Rückausnahme gegenüber Art. 4 Abs. 2 lit. m) wiederum Sinn. Soweit dagegen im Anwendungsbereich des Art. 8 die Unwirksamkeit oder Anfechtbarkeit des in Frage stehenden Vertrages zu überprüfen ist, bestimmt sich das hierfür maßgebende Recht ebenfalls nach Art. 4 Abs. 2 lit. m), unter Berücksichtigung der für eine Insolvenzanfechtung geltenden Sonderanknüpfung gemäß Art. 13, ohne dass es einer ausdrücklichen Klarstellung bedurft hätte.

## Art. 9 Zahlungssysteme und Finanzmärkte

(1) Unbeschadet des Artikels 5 ist für die Wirkungen des Insolvenzverfahrens auf die Rechte und Pflichten der Mitglieder eines Zahlungs- oder Abwicklungssystems oder eines Finanzmarktes ausschließlich das Recht des Mitgliedsstaats maßgebend, das für das betreffende System oder den betreffenden Markt gilt.

(2) Abs. 1 steht einer Nichtigkeit, Anfechtbarkeit oder relativen Unwirksamkeit der Zahlungen oder Transaktionen gemäß den für das betreffende Zahlungssystem oder den betreffenden Finanzmarkt geltenden Rechtsvorschriften nicht entgegen.

**Literatur:** Haß/Huber/Gruber/Heiderhoff, EU-Insolvenzordnung, Kommentar zur Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 über Insolvenzverfahren (EuInsVO), 1. Aufl. 2005; Keller, Die EG-Richtlinie 98/26 vom 19.5.1998 über die Wirksamkeit von Abrechnungen in Zahlungs- sowie Wertpapierliefer- und -abrechnungssystemen und ihre Umsetzung in Deutschland, WM 2000, 1269; Kreft (Hrsg.), Kommentar zur Insolvenzordnung, 7. Aufl. 2014; Leonhardt/Smid/Zeuner (Hrsg.), Internationales Insolvenzrecht: Kommentar, 2. Aufl. 2012; Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 11, 6. Aufl. 2015; Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, Bd. 1–3, 3. Auflage 2013–2014; Reiner, ISDA Master Agreement, 1. Aufl. 2013; Uhlenbruck (Hrsg.), Kommentar zur Insolvenzordnung, 14. Aufl. 2015; Zerey (Hrsg.), Finanzderivate – Rechtshandbuch, 4. Aufl. 2016.

### Übersicht

	RdNr.		RdNr.
<b>I. Normzweck</b> .....	1	3. Mitglieder eines Systems oder Finanzmarktes .....	4, 5
<b>II. Anwendungsvoraussetzungen</b> .....	2–6	4. Wahl des Rechts eines Mitgliedsstaats ..	6
1. Vorliegen eines Zahlungs- und Abwicklungssystems .....	2	<b>III. Anwendungsfolgen</b> .....	7–10
2. Auffangcharakter des Finanzmarktbezugs .....	3	1. Ausnahme dinglicher Rechte nach Art. 5 .....	8, 9
		2. Erweiterung der Sonderanknüpfung ....	10

### I. Normzweck

- Art. 9 enthält eine **Sonderanknüpfung für Mitglieder eines Zahlungs- oder Abwicklungssystems oder eines Finanzmarktes**. Für diese gilt nicht die Generalkollisionsnorm der *lex fori concursus* (Art. 4), sondern das für das System bzw. den Markt geltende Vertragsstatut eines Mitgliedsstaats (*lex systema*). Hintergrund der Regelung ist, dass der Zahlungsverkehr und die Abwicklung von Derivate-, Waren- und Wertpapiergeschäften vermehrt über Zahlungs-, Abwicklungs- und Clearingsysteme ausgeführt werden. Hierbei findet eine fortlaufende Verrechnung einer Vielzahl von Zahlungs- bzw. Lieferforderungen zwischen dem jeweiligen System und dessen Mitgliedern statt. Käme es im Hinblick auf solche fortlaufenden Verrechnungen oder hinsichtlich der Verwertung von Sicherheiten und offenen Positionen zur Insolvenz eines Systemmitglieds mit Sitz in einem anderen Staat als dem Staat des Systems, würde ohne die Sonderregelung des Art. 9 die *lex fori concursus* des Mitglieds nach Art. 4 angewendet werden. Der vom System festgelegte Abwicklungsmechanismus würde dann vom Insolvenzrecht des Mitglieds überlagert und könnte dadurch nicht, wie vom Regelwerk des Systems vorgesehen, durchsetzbar sein. Der Betreiber des Systems bzw. seine Mitglieder müssten dann im Vorfeld eine Vielzahl von Rechtsordnungen analysieren, um einen Überblick über mögliche rechtliche Insolvenzzrisiken zu bekommen.<sup>1</sup> Bereits der „Erläuternde Bericht“ von Virgós/Schmit führte daher aus, dass mit der Sonderanknüpfung an das für das Zah-

<sup>1</sup> Die entsprechende Bestimmung im deutschen Insolvenzkollisionsrecht, die Art. 8 der Finalitätsrichtlinie umsetzt, ist § 340 InsO; vgl. hierzu MünchKommInsO-Jahn/Fried, § 340 RdNr. 1.

lungssystem oder den Finanzmarkt geltende Recht das **allgemeine Vertrauen in die Wirksamkeit von Abrechnungs- und Zahlungsmechanismen** geschützt werden solle.<sup>2</sup>

## II. Anwendungsvoraussetzungen

**1. Vorliegen eines Zahlungs- und Abwicklungssystems.** Die Begriffe „Zahlungs- oder Abwicklungssystem“ oder „Finanzmarkt“ sind in der Verordnung nicht näher definiert. Da Art. 9 denselben Regelungsinhalt und -zweck wie die Finalitätsrichtlinie wiedergibt, erscheint es sinnvoll, auf die Definition des Begriffs „System“ in Art. 2a) Abs. 1 der Finalitätsrichtlinie zurückzugreifen.<sup>3</sup> Anders als nach dem Wortlaut der Richtlinie und § 96 Abs. 2 InsO ist für das Vorliegen eines Zahlungs- oder Abwicklungssystems nach Art. 9 Abs. 1 nicht erforderlich, dass dieses System der Kommission gemeldet wurde.<sup>4</sup>

**2. Auffangcharakter des Finanzmarktbegriffs.** Ob dem Begriff des „Finanzmarktes“ gegenüber dem Begriff des „Zahlungs- und Abwicklungssystems“ eigenständige Bedeutung zukommt, ist fraglich, jedoch zu bejahen. Die Finalitätsrichtlinie verwendet ausschließlich die Begriffe „Zahlungs-“, sowie Wertpapierliefer- und -abrechnungssysteme“, nicht aber den Begriff des Finanzmarktes. Schon bei der Finalitätsrichtlinie war kritisiert worden, dass im Zuge der Verhandlungen in den Ratsarbeitsgruppen der Anwendungsbereich auf „förmliche“ Systeme verengt wurde.<sup>5</sup> Es erscheint insoweit sinnvoll, den Begriff des Finanzmarktes als übergeordneten Auffangbegriff zu verstehen, der auch weitere Finanzmarktsysteme erfasst, denen insolvenzrechtlich dasselbe Risiko zugrunde liegt. Dafür spricht auch die von *Virgós/Schmit* verwendete Definition des Begriffes Finanzmarkt. Danach ist unter dem Begriff des Finanzmarktes ein Markt in einem Vertragsstaat zu verstehen, auf dem Finanzinstrumente, sonstige Finanzwerte oder Warenterminkontrakte und -optionen gehandelt werden, der regelmäßig funktioniert, dessen Funktions- und Zugangsbedingungen durch Vorschriften geregelt sind und der dem Recht des jeweiligen Vertragsstaates unterliegt, einschließlich einer etwaigen entsprechenden Aufsicht von Seiten der zuständigen Behörde dieses Vertragsstaates.<sup>6</sup>

**3. Mitglieder eines Systems oder Finanzmarktes.** Mitglieder eines Zahlungs- und Abwicklungssystems sowie eines Finanzmarktes sind die Teilnehmer des Systems.<sup>7</sup> In der Praxis sind dies vor allem Kreditinstitute, die jedoch, genauso wie Wertpapierfirmen und Versicherungsunternehmen, aufgrund von Art. 1 Abs. 2 EuInsVO vom Anwendungsbereich der EuInsVO ausgeschlossen sind. Die praktische Bedeutung des Art. 9 wird daher als gering eingeschätzt.<sup>8</sup> Diese Beobachtung ist für die üblichen Zahlungs- und Abwicklungssysteme aus dem Finanzbereich, die durch die Finalitätsrichtlinie erfasst werden, sicherlich ebenso zutreffend wie für typische Finanzmärkte.

Sofern an einem Finanzmarkt jedoch nur Geschäfte abgeschlossen werden, die mit erfolgtem Abschluss über ein Clearinghaus abgewickelt werden, käme es auf das entsprechende Clearinghaus als System und die Mitglieder (Clearingmitglieder) dieses Systems an, da die Rechte und Pflichten gegenüber dem Clearinghaus bestünden und der Finanzplatz lediglich für den Abschluss an sich Bedeutung hätte.<sup>9</sup> Sofern man den Begriff des Systems auf zentrale Gegenparteien (Clearinghäuser) anwendet, ergibt sich ein etwas breiterer Anwendungsbereich. Clearinghäuser, die Warenhandels-

<sup>2</sup> *Virgós/Schmit*, Erläuternder Bericht, RdNr. 120; vgl. zum Schutzzweck von Art. 9 auch Uhlenbruck-Lüer, Kommentar zur InsO, Art. 9 EuInsVO RdNr. 2; Nerlich/Römermann/Nerlich, InsO, VO (EG) 1346/2000, Art. 9 RdNr. 2; MünchKommBGB-Kindler, VO (EG) 1346/2000, Art. 9 RdNr. 3; vgl. auch Keller, WM 2000, 1269, 1272 zur entsprechenden Vorschrift der sog. Finalitätsrichtlinie.

<sup>3</sup> Danach ist ein „System“ eine förmliche Vereinbarung zwischen mindestens drei Teilnehmern, die dem Recht eines von diesen gewählten Mitgliedsstaaten, in dem zumindest einer der Teilnehmer seine Hauptverwaltung hat, unterliegt und gemeinsame Regeln für die Ausführung von Zahlungs- und Überweisungsaufträgen zwischen den Teilnehmern vorsieht, vgl. auch Uhlenbruck-Lüer, Kommentar zur InsO, Art. 9 EuInsVO RdNr. 5 sowie Nerlich/Römermann/Nerlich, InsO, VO (EG) 1346/2000, Art. 9 RdNr. 9; ausführlich zum Begriff „System“ auch MünchKommInsO-Jahn/Fried § 104 RdNr. 180h ff. und § 340 RdNr. 9.

<sup>4</sup> Die Europäische Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde veröffentlicht eine laufend aktualisierte Liste der Systeme nach Art. 10 Abs. 1 Finalitätsrichtlinie unter: [http://www.esma.europa.eu/system/files/designated\\_payment\\_and\\_securities\\_settlement\\_systems.pdf](http://www.esma.europa.eu/system/files/designated_payment_and_securities_settlement_systems.pdf).

<sup>5</sup> Vgl. hierzu auch Keller, WM 2000, 1269, 1270 mwN.

<sup>6</sup> *Virgós/Schmit*, Erläuternder Bericht, RdNr. 120.

<sup>7</sup> Pannen-Pannen in Kommentar zur Europäischen Insolvenzordnung, Art. 9 RdNr. 21; Leonhardt/Smid/Zeuner-Zeuner, Int. Insolvenzrecht, Art. 9 RdNr. 8.

<sup>8</sup> Vgl. beispielsweise Uhlenbruck-Lüer, Kommentar zur InsO, Art. 9 EuInsVO RdNr. 4; MünchKommBGB-Kindler, VO (EG) 1346/2000, Art. 9 RdNr. 4.

<sup>9</sup> Vgl. zum Begriff des „Systems“ und dessen Anwendung auf Clearinghäuser (zentrale Gegenparteien) MünchKommInsO-Jahn/Fried § 104 RdNr. 180h ff.

## Art. 9 6–10

EuInsVO 2000

und Warenderivategeschäfte abwickeln, haben teilweise Clearingmitglieder, die nicht Kreditinstitute oder Wertpapierfirmen sind.<sup>10</sup>

- 6 **4. Wahl des Rechts eines Mitgliedsstaats.** Die Sonderanknüpfung in Art. 9 ist nach seinem Wortlaut jedoch nur anwendbar, wenn von den Teilnehmern des Systems oder Finanzmarktes das Recht eines Mitgliedsstaats vereinbart worden ist. Diese Beschränkung korrespondiert mit der sachrechtlichen Vereinheitlichung der Behandlung dieser Systeme im Insolvenzfall durch Art. 3 Abs. 1 der Finalitätsrichtlinie. Unterliegt das Vertragsstatut des Systems oder Finanzmarktes daher nicht dem Recht eines Mitgliedsstaats, so findet die Sonderanknüpfung keine Anwendung. Vielmehr verbleibt es – soweit keine sonstigen Sonderanknüpfungen wie beispielsweise für die Aufrechnung greifen – bei der Anknüpfung an die *lex fori concursus*.

### III. Anwendungsfolgen

- 7 Für Mitglieder eines Zahlungs- und Abwicklungssystems sowie eines Finanzmarktes gilt im Anwendungsbereich von Art. 9 nicht die Generalkollisionsnorm der *lex fori concursus* (Art. 4), sondern das für das System bzw. den Markt geltende Recht (*lex systema*).
- 8 **1. Ausnahme dinglicher Rechte nach Art. 5.** Die Verweisung auf das Vertragsstatut lässt nach Abs. 1 („Unbeschadet des Art. 5“) die Regelung über dingliche Rechte nach Art. 5 unberührt.<sup>11</sup> Dingliche Rechte, die im Zusammenhang mit einem relevanten System oder Markt eingeräumt wurden und die zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens in einem anderen Mitgliedstaat als dem Eröffnungsstaat belegen sind, bleiben insoweit von der Eröffnung des Insolvenzverfahrens unberührt.<sup>12</sup>
- 9 Dies beeinträchtigt jedoch beispielsweise nicht die bei Clearinghäusern oft übliche **Vollrechtsübertragung von Wertpapieren als Margensicherheiten**, die sich durch eine uneingeschränkte Übereignung des Sicherungsgutes an den Sicherungsnehmer von Verpfändungen, Sicherungsüberreibungen und ähnlichen Besicherungen unterscheidet.<sup>13</sup> Bei einer Vollrechtsübertragung findet damit vor Insolvenz eine vollständige Übereignung an den Sicherungsnehmer statt. Überträgt ein Clearingmitglied Wertpapiere als Margensicherheit im Wege der Vollrechtsübertragung auf das Clearinghaus, werden die Positionen bei Ausfall des Clearingmitglieds durch Verrechnung (Netting des Wertes der Wertpapiere mit dem Wert offener Positionen) und nicht dinglich verwertet.<sup>14</sup> Der Schutz solcher Mechanismen und die Trennung der Positionen und Vermögenswerte von Kunden im Clearingbereich spiegelt sich grundsätzlich auch in der Verordnung (EU) 648/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates (EMIR) wieder.<sup>15</sup>
- 10 **2. Erweiterung der Sonderanknüpfung.** Abs. 2 erweitert die in Abs. 1 gewählte Sonderanknüpfung, indem – abweichend von der sonstigen Systematik der Verordnung – auch für sonstige Unwirksamkeitsgründe auf das Vertragsstatut, und nicht wie beispielsweise bei Art. 5 Abs. 4, 6 Abs. 2 und 7 Abs. 3 auf die *lex fori concursus* zurückgegriffen wird.<sup>16</sup> Damit ist nicht nur die Anwendbarkeit des Art. 4 Abs. 2 S. 2 lit. m ausgeschlossen, sondern auch der Art. 13.<sup>17</sup> Insoweit wird für die Teilnehmer des Systems oder Finanzmarktes sichergestellt, dass sich die **Rechtsfolgen der Insolvenzeröffnung ausschließlich nach dem System- bzw. Marktstatut** richten.

<sup>10</sup> In der Liste der ESMA (siehe hierzu oben Fußnote 10) wird beispielsweise NASDAQ OMX als Clearinghaus genannt, bei dem u.a. Unternehmen aus dem Energiebereich als Mitglieder zugelassen sind.

<sup>11</sup> Virgós/Schmit, Erläuternder Bericht, RdNr. 124; Niggemann/Blenske, NZI 2003, 471, 476.

<sup>12</sup> MünchKommBGB-Kindler, VO (EG) 1346/2000, Art. 9 RdNr. 11; Pannen-Pannen in Kommentar zur Europäischen Insolvenzordnung, Art. 9 RdNr. 30; Kreft-Stephan, Kommentar zur InsO, Art. 9 RdNr. 9; Uhlenbruck-Lüer, Kommentar zur InsO, Art. 9 EuInsVO RdNr. 12.

<sup>13</sup> Vgl. generell zur Rechtsnatur von Vollrechtsübertragungen bei typischen Besicherungsgeschäften im Derivatebereich Zerey/Behrends, Finanzderivate, § 6 RdNr. 65 ff. (zum Besicherungsanhang des Rahmenvertrages für Finanztermingeschäfte) und Zerey/von Sachsen-Altenburg, Finanzderivate, § 7 RdNr. 81 ff. sowie Reiner, ISDA Master Agreement, Anhang 2 RdNr. 24 (zum Credit Support Annex des ISDA Master Agreements); Besicherungsgeschäfte (Margensicherheiten) an Clearinghäusern nutzen in der Regel dieselbe Technik, wobei teilweise parallel auch noch andere Typen von Sicherheiten (wie zB die Verpfändung von Wertpapieren) verwendet werden.

<sup>14</sup> Vgl. zur entsprechenden Auslegung von § 340 InsO MünchKommInsO-Jahn/Fried § 340 RdNr. 10.

<sup>15</sup> Vgl. beispielsweise Erwägungsgrund (64) EMIR: „Den Kunden von Clearingmitgliedern, die ihre OTC-Derivatekontrakte über CCPs clearen, sollte ein hohes Schutzniveau gewährt werden. Das tatsächliche Schutzniveau hängt vom Grad der Trennung ab, den diese Kunden wählen. [...] Die in dieser Verordnung festgelegten Vorschriften für die Trennung und die Übertragbarkeit von Positionen und Vermögenswerten von Kunden sollten daher Vorrang vor etwaigen kollidierenden Rechts- oder Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten haben, die die Parteien an der Erfüllung dieser Vorschriften hindern.“

<sup>16</sup> Virgós/Schmit, Erläuternder Bericht, RdNr. 122; Fletcher, Insolvency, S. 278.

<sup>17</sup> Haß/Huber/Heiderhoff-Huber, Kommentar zur EuInsVO, Art. 9 RdNr. 6.

## Art. 10 Arbeitsvertrag

**Für die Wirkungen des Insolvenzverfahrens auf einen Arbeitsvertrag und auf das Arbeitsverhältnis gilt ausschließlich das Recht des Mitgliedsstaats, das auf den Arbeitsvertrag anzuwenden ist.**

**Literatur:** Beck, Verteilungsfragen im Verhältnis zwischen Haupt- und Sekundärinsolvenzverfahren nach der EuInsVO, NZI 2007, 1; Braun/Wierzioch, Neue Entwicklungen beim Insolvenzgeld, ZIP 2003, 2001; Cranshaw, Grenzüberschreitende Anfechtungsklagen – Auswirkungen der Rechtsprechung auf die Unionsgerichtsbarkeit, ZInsO 2012, 1237; Dahl, International jurisdiction for legal action for dismissal protection, IILR 2013, 289; Fuhrrott/von Grönheim, Insolvenzarbeitsrecht: Aktuelle Rechtsprechung des BAG, NZA 2009, 1057; Graf C., EU-Insolvenzverordnung und Arbeitsverhältnis, ZAS 2002, 173; Göpfert/Müller, Englisches Administrationsverfahren und deutsches Insolvenzarbeitsrecht, NZA 2009, 1057; Hübler, Aktuelles internationales und ausländisches Insolvenzrecht – Oktober/November 2012, NZI 2012, 996; dies., Aktuelles internationales und ausländisches Insolvenzrecht – April/Mai 2013, NZI 2013, 532; Hützen/Poertzgen, Insolvenzgeld für Arbeitnehmer in Deutschland bei ausländischem Insolvenzereignis am Beispiel der Niederlande, ZInsO 2010, 1720; INSOL Europe, Revision of the European Insolvency Regulation; Liebmann, Der Schutz des Arbeitnehmers bei grenzüberschreitenden Insolvenzen (Diss. Uni Trier, 2004), 2005 (zit.: Liebmann, Der Schutz des Arbeitnehmers); Mankowski, Anwendbarkeit des deutschen Internationalen Insolvenzrechts bei Liquiditätsverfahren, Anm. zu LAG Düsseldorf, Urt. v. 14.7.2011, 15 Sa 786/10; ders., Bestimmung der Insolvenzmasse und Pfändungsschutz unter der EuInsVO, NZI 2009, 785 ff.; ders., Anm. zu LAG Hessen, Urt. v. 14.12.2010, NZI 2011, 203; Paulick/Simon, „EU-Grenzgänger“ und die Anwendbarkeit der deutschen Pfändungsschutzvorschriften, ZInsO 2009, 1934 ff.; Paulus, EuInsVO: Änderungen am Horizont und ihre Auswirkungen, NZI 2012, 297; Reisenhofer, Zur Insolvenzmasse nach der EuInsVO – Lohnpfändungsschutz in der grenzüberschreitenden Insolvenz, in: Clavara/Garber (Hrsgb.) Grenzüberschreitende Insolvenzen im europäischen Binnenmarkt – die EuInsVO, S. 157 ff., Wien/Graz, 2011; Riewe, Aktuelles Internationales und ausländisches Insolvenzrecht – August/September 2011, NZI 2011, 806; Schmidt, Kurzkomm. zu LAG Frankfurt/M., Urt. v. 14.12.2010 – 13 Sa 969/10 (ZIP 2011, 289), EWiR 2011, 215; Smid, Voraussetzungen der Eröffnung eines deutschen Sekundärinsolvenzverfahrens – Geltendes Recht und Reformpläne, ZInsO 2013, 953; Undritz, Kurzkomm. zu ArbG Frankfurt/M., Urt. v. 23.2.2010 (18 Ca 7714/09, ZIP 2010, 1313), EWiR 2010, 637; Wauschkuhn/Fröhlich, EuGH: Insolvenzverfahrenseröffnung in Mitgliedsstaat – Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen – MG Probud, BB 2010, 529–532.

### Übersicht

	RdNr.		RdNr.
<b>I. Normzweck</b> .....	1–3	4. Sachlich-räumlicher Anwendungsbe- reich .....	18, 19
<b>II. Tatbestandsvoraussetzungen</b> .....	4–19	<b>III. Rechtsfolgen</b> .....	20–24
1. Arbeitsvertrag oder Arbeitsverhältnis ...	4, 5	1. Kollisionsrechtliche Verweisung .....	20
2. Maßgeblicher Zeitpunkt .....	6	2. Ausschließlichkeit der Verweisung .....	21, 22
3. Sachliche Reichweite: Wirkungen des Insolvenzverfahrens auf das Arbeitsver- hältnis .....	7–17	3. Einseitige kollisionsrechtliche Verwei- sung – Recht eines Mitgliedsstaates ....	23, 24

### I. Normzweck

Die Auswirkungen der Insolvenz auf das Arbeitsverhältnis unterliegen in starkem Umfange sozial-  
politischen Erwägungen. Arbeitsrecht in der Insolvenz ist daher in der Regel auch eng verzahnt mit  
den damit zusammenhängenden sozialversicherungsrechtlichen Fragen (zB dem Insolvenzgeld, das  
in der Regel an die *lex loci laboris* anknüpft, vgl. hierzu noch unten, RdNr. 11). Die Wirkungen des  
Insolvenzverfahrens auf das Arbeitsverhältnis werden nach der Verordnung von der *lex causae* des  
Arbeitsverhältnisses bestimmt. Die *lex causae* des Arbeitsverhältnisses wird in den Mitgliedsstaaten  
seit Inkrafttreten der Rom I-VO zum 17.12.2009 einheitlich angeknüpft.<sup>1</sup> Nach Art. 8 Rom I-VO  
besteht zwar grundsätzlich Rechtswahlfreiheit, jedoch darf diese Rechtswahl nicht dazu führen, dass  
dem Arbeitnehmer der Schutz der zwingenden Vorschriften des „lokalen“ Arbeitsrechts, der *lex loci  
laboris*, entzogen wird. Mit der Sonderanknüpfung an die *lex causae* des Arbeitsverhältnisses ist daher  
zweierlei sichergestellt: zum einen kommt es zu einem Gleichlauf des auf das Arbeitsverhältnis  
anwendbaren Vertragsstatuts sowie dem anwendbaren Insolvenzrecht; zum anderen kommt es in den  
meisten Fällen zudem zu einem Gleichlauf mit den hierauf abgestimmten sozialversicherungsrechtli-  
chen und betriebsverfassungsrechtlichen Ansprüchen des Arbeitnehmers, die in der Regel ebenfalls

<sup>1</sup> Vgl. zur Geltung und Umsetzung in den Mitgliedsstaaten Palandt/Thorn, (IPR) Vorbemerkung Rom I-VO  
RdNr. 2; MünchKommBGB-Martiny, Bd. 10, 5. Aufl., Vorb. Art. 1 Rom I-VO RdNr. 12.

## Art. 10 2–5

EuInsVO 2000

an die *lex loci laboris* anknüpfen.<sup>2</sup> Ein solcher Gleichlauf ist sinnvoll, weil das Insolvenzrecht als auch das Sozialversicherungsrecht auf das bestehende Arbeitsrecht „aufsetzen“ und dieses für den Fall der Insolvenz entsprechend modifizieren.<sup>3</sup> Dadurch werden Probleme der Angleichung durch Normwidersprüche oder Normmängel vermieden.<sup>4</sup>

- 2 Die praktische Bedeutung von Art. 10 als eine von Art. 4 abweichende Sonderanknüpfung dürfte in der Praxis jedoch beschränkt bleiben. Für die im Staat des Hauptverfahrens tätigen Arbeitnehmer wird Art. 10 nur in den seltenen Fällen relevant, wenn die Rechtswahl der Parteien von dem lokalen Recht abweicht. Diese Rechtswahl wird – wenn es sich um das Recht eines Mitgliedslandes handelt – gemäß Art. 10 zwar auch in der Insolvenz anerkannt. Jedoch gilt über Art. 8 Abs. 1 Satz 2 Rom I-VO der Günstigkeitsvergleich. Soweit dagegen Arbeitnehmer in einem anderen Mitgliedsstaat gewöhnlich ihre Arbeit verrichten, so liegt in der Regel eine Niederlassung im Sinne des Art. 2 lit. h) vor, deren Existenz wiederum gemäß Art. 3 Abs. 2 die Möglichkeit der Eröffnung eines so genannten Sekundärverfahrens begründet. Wird ein solches eröffnet, so kommt es wiederum zu einem Gleichlauf zwischen dem Recht des Arbeitsortes und dem auf das Sekundärinsolvenzverfahren anwendbare Recht (Art. 4, 28). Art. 10 bleibt daher in seiner praktischen Anwendung auf die seltenen Fälle beschränkt, in denen Arbeitnehmer gewöhnlich in einem anderen Mitgliedstaat als dem des Hauptverfahrens beschäftigt sind, ohne dass dort eine Niederlassung besteht, sowie auf die Fälle, in denen im Mitgliedsstaat eines Verfahrens das anwendbare Recht von dem Recht des Arbeitsortes abweicht und daher ein Günstigkeitsvergleich anzustellen ist.
- 3 Im Zusammenhang mit der **Reform der EuInsVO**<sup>5</sup> sind keine Änderungen an Art. 10 vorgenommen worden. Vielmehr bestätigt der *Vienna Report*, dass die Vorschrift bisher zu keinen größeren Auslegungsschwierigkeiten geführt habe.<sup>6</sup> Auch in der Rechtsprechungspraxis haben sich keine erkennbaren Anwendungsschwierigkeiten ergeben. Sowohl die EU-Kommission als auch das EU-Parlament beabsichtigen daher, Art. 10 unverändert zu belassen. Allerdings wird Art. 10 um eine Zuständigkeitsnorm ergänzt, die Rechtsstreitigkeiten über die Beendigung oder Modifizierung des Arbeitsverhältnisses betrifft (vgl. unten Art. 13 EuInsVO 2015).

## II. Tatbestandsvoraussetzungen

- 4 **1. Arbeitsvertrag oder Arbeitsverhältnis.** Voraussetzung für die Anwendung des Art. 10 ist zunächst das Vorliegen eines „Arbeitsvertrages oder Arbeitsverhältnisses“. Beide Begriffe sind nicht identisch. Der Begriff des Arbeitsverhältnisses ist der Oberbegriff. Von diesem werden auch betriebsverfassungsrechtliche und tarifvertragliche Regelungen umfasst.<sup>7</sup> Des Weiteren kann ein Arbeitsverhältnis auch vorliegen, ohne dass ein wirksamer Arbeitsvertrag vorliegt. Der Begriff des Arbeitsvertrages ist daher enger. Die Differenzierung zwischen beiden Begriffen ist jedoch ohne weitere Bedeutung. Die Nennung beider Begriffe war Art. 6 EVÜ entlehnt, der ebenfalls beide Rechtsbegriffe nannte und der vor Einführung der Rom I-VO die arbeitsrechtliche Kollisionsnorm der Mitgliedsstaaten bildete.<sup>8</sup>
- 5 Die Begriffe des Arbeitsverhältnisses und des Arbeitsvertrages sind nach übereinstimmender Auffassung **autonom auszulegen**.<sup>9</sup> Im Hinblick auf eine möglichst identische Auslegung von Rechtsbegriffen in den europäischen Rechtsnormen, kann hierbei auf Entscheidungen des EuGH zu arbeitsrechtlichen Richtlinien oder anderen Verordnungen, die die Begriffe des Arbeitsverhältnisses oder Arbeitsvertrages beinhalten, zurückgegriffen werden, wie zB Art. 8 Rom I-VO oder Art. 18 EuGVVO.<sup>10</sup> Darüber hinaus gibt es mehrere europäische Richtlinien, die sich mit arbeitsrechtlichen

<sup>2</sup> So ist zB das BetrVG nur für die im Inland belegenen Betriebe anwendbar; vgl. MünchHdbArbR, § 211 RdNr. 12.

<sup>3</sup> Vgl. im deutschen Recht nur §§ 114 f., 120 ff. InsO.

<sup>4</sup> Vgl. hierzu *Kegel/Schurig*, IPR, S. 48, 357 ff.; *v. Bar/Mankowski*, IPR, § 7 RdNr. 252 ff.; *Staudinger/Sturm* Einl zum IPR RdNr. 216 ff.

<sup>5</sup> Vgl. zur Reform der EuInsVO grundsätzlich oben, Vor Art. 1 RdNr. 34 ff.

<sup>6</sup> So Hess/Oberhammer/Pfeiffer/*Piekenbrock*, European Insolvency Law, RdNr. 803 ff. mit Hinweis auf die jeweiligen Länderbefragungen.

<sup>7</sup> So auch *Virgos/Garcimartin*, European Insolvency Regulation, RdNr. 207; *Paulus*, Art. 10 RdNr. 3; aA *Konecny/Schubert/Maderbacher*, Art. 10 RdNr. 7; zu den kollektiv-arbeitsrechtlichen Fragen auch unten Fn. 21.

<sup>8</sup> Das EVÜ ist mittlerweile außer Kraft; vgl. zur früheren Rechtslage die Ausführungen des Verfassers in der 2. Aufl., Art. 10 RdNr. 2, 4.

<sup>9</sup> *Duursma-Kepplinger*, Art. 10 RdNr. 4; *Liebmann*, Der Schutz des Arbeitnehmers, S. 180; *Rauscher/Mäsch*, Art. 10 EG-InsVO RdNr. 7; *MünchKommBGB-Kindler*, Bd. 11, Art. 10 RdNr. 3; *Virgos/Garcimartin*, European Insolvency Regulation, RdNr. 209 – vgl. auch die ECJ Cases 75/63, 66/85 und 266/85.

<sup>10</sup> Vgl. *Kropholler*, Europ. Zivilprozessrecht, Art. 18 EuGVO RdNr. 2; vgl. *Rauscher/Mankowski*, Bd. 1, Art. 18 Brüssel I-VO RdNr. 3 ff.; *MünchKommBGB-Martiny* Bd. 10, Art. 8 RdNr. 17 ff. Rom I-VO; zum Begriff des Arbeitsverhältnisses in einzelnen Mitgliedsstaaten der EU vgl. *Heilmann*, Neues Insolvenzrecht und Arbeitnehmerinteressen, S. 40 ff.