

Handelsvertreter und Insolvenz

Sach- und international insolvenzrechtliche Aspekte in Deutschland und Belgien

Dissertation

zur Erlangung des Grades eines

Doktors der Rechte

des Fachbereichs

Rechts- und Wirtschaftswissenschaften

der Johannes Gutenberg-Universität

Mainz

vorgelegt von

Achim Kampf
aus Düsseldorf

Referent in Köln

Meinem Vater

Danksagung

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2004 von der rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Johannes Gutenberg-Universität Mainz als Dissertation angenommen.

Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Reinhard Hepting, für die stets wohlwollende Begleitung meiner Arbeit trotz beruflich und familiär bedingter Unterbrechungen. Danken möchte ich auch dem Zweitgutachter, Herrn Prof. Dr. Curt Wolfgang Hergenröder, für die zügige Erstellung des Gutachtens.

Dank schulde ich meiner Ehefrau, die mich trotz der Inanspruchnahme durch unseren Sohn und unter Hintanstellung eigener beruflicher Ambitionen stets zur Fertigstellung der Arbeit ermutigt und mich aufopferungsvoll unterstützt hat.

Schließlich möchte ich auch meiner Mutter sowie meiner Schwiegermutter für vielfältige Unterstützung danken.

Widmen aber möchte ich diese Arbeit meinem Vater, der so viel für mich getan hat und sich selbst sicherlich am meisten freuen würde, hätte er die Fertigstellung dieser Arbeit noch erlebt.

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Einleitung	1
1. Teil: Sachrechtliche Aspekte	
1. Kapitel Begriff des Handelsvertreters	5
1. Abschnitt Deutsches Recht	6
A. Selbstständigkeit.....	7
B. Gewerbetreibender	12
C. Vermittlung oder Abschluss von Geschäften	13
D. Abgrenzung von Vertragshändler, Kommissionär, Handelsmakler.....	13
I. Vertragshändler.....	13
II. Kommissionär	14
III. Handelsmakler	14
E. Ständige Betrauung	14
F. Tätigkeit für einen anderen Unternehmer	15
G. Nebenberuflicher Handelsvertreter	15
2. Abschnitt Belgisches Recht.....	17
A. Représentant de commerce und agent commerciale indépendant.....	17
B. Agent commercial indépendant	17
I. Selbstständigkeit	19
II. Gewerbetreibender.....	21
III. Abschluss oder Vermittlung.....	22
IV. „Ständig betraut“.....	22
V. Im Namen und auf Rechnung des Unternehmers	22
C. Abgrenzung von Vertragshändler, Kommissionär, Handelsmakler.....	23
I. Vertragshändler.....	23
II. Kommissionär	23
III. Handelsmakler	24
3. Abschnitt Funktionsvergleich.....	24

2. Kapitel	Insolvenz von Unternehmer/Handelsvertreter/ geworbener Kunde	26
1. Abschnitt	Insolvenz des vertretenen Unternehmers.....	26
	A. Auswirkungen auf den Handelsvertretervertrag.....	27
	I. Deutsches Recht.....	27
	1. Erlöschen des Handelsvertretervertrages	27
	2. Erlöschen der Vollmacht.....	30
	II. Belgisches Recht.....	31
	1. Reform des Insolvenzrechts.....	31
	2. Beendigung des Handelsvertretervertrages	33
	3. Erlöschen der Vollmacht.....	36
	4. Kündigung	37
	a. Befristeter Vertrag	37
	b. Unbefristeter Vertrag	39
	III. Zusammenfassung.....	39
	B. Weitere Verträge durch Handelsvertreter trotz Insolvenzeröffnung	40
	I. Deutsches Recht.....	40
	1. Unkenntnis des Handelsvertreters	40
	2. Geschäfte trotz Kenntnis der Insolvenzeröffnung....	41
	3. Notgeschäfte	42
	II. Belgisches Recht.....	42
	1. Unkenntnis	43
	a. Loi sur les faillites	43
	b. Code Civil	43
	2. Kenntnis	44
	3. Notgeschäfte	44
	III. Zusammenfassung.....	44
	C. Ansprüche des Handelsvertreters.....	45
	I. Deutsches Recht.....	45
	1. Ansprüche, die <i>vor</i> Insolvenzeröffnung ent- standen sind.....	46
	2. Ansprüche, die <i>nach</i> Insolvenzeröffnung ent- standen sind.....	46
	a. Provisionsanspruch	46
	aa. Geschäftsabschluss und Ausführung <i>nach</i> Insolvenzeröffnung.....	47
	bb. Geschäftsabschluss <i>vor</i> , Ausführung <i>nach</i> Insolvenzeröffnung.....	49
	cc. Faktisches Unvermögen des Insolvenz- verwalters zur Erfüllung	51

b.	Ausgleichsanspruch	54
aa.	Entstehung des Ausgleichsanspruchs mit Insolvenzeröffnung.....	55
bb.	Entstehung des Ausgleichsanspruchs nach Insolvenzeröffnung.....	57
c.	Schadensersatzanspruch infolge vorzeitiger Vertragsauflösung	58
d.	Wettbewerbsentschädigung	59
e.	Schadensersatzansprüche	61
aa.	pVV / § 280 Abs. 1 BGB	61
bb.	Herbeiführen der Insolvenz.....	62
II.	Belgisches Recht.....	62
1.	Ansprüche, die <i>vor</i> Konkursöffnung ent- standen sind.....	62
2.	Ansprüche, die <i>nach</i> Konkursöffnung ent- standen sind.....	63
a.	Provisionsanspruch	63
aa.	Geschäftsabschluss nach Konkurs- eröffnung.....	64
bb.	Geschäftsabschluss vor, Ausführung nach Konkursöffnung.....	68
b.	Ausgleichsanspruch	69
c.	Schadensersatzansprüche infolge vor- zeitiger Vertragsauflösung.....	70
d.	Wettbewerbsentschädigung	70
e.	Schadensersatzansprüche	71
III.	Zusammenfassung.....	71
D.	Aussonderung, Absonderung	72
I.	Deutsches Recht.....	72
1.	Aussonderung	72
2.	Absonderung.....	72
a.	Gesetzliches oder rechtsgeschäftliches Pfandrecht.....	73
b.	Kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht.....	73
c.	Sicherungsübereignung, Sicherungsab- tretung	74
II.	Belgisches Recht.....	75
1.	Aussonderung	75
2.	Absonderung.....	75
a.	„Gage commercial“	76
b.	„Gage du fonds de commerce“	76
c.	Kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht.....	77
III.	Zusammenfassung.....	77

E.	Ansprüche aus betrieblicher Altersversorgung	78
I.	Deutsches Recht	78
II.	Belgisches Recht.....	81
F.	Sonderfall: arbeitnehmerähnlicher Handelsvertreter.....	81
I.	Deutsches Recht.....	81
II.	Belgisches Recht.....	82
2. Abschnitt	Insolvenz des Handelsvertreters	82
A.	Rechtsfolgen auf Vertrag	82
I.	Deutsches Recht.....	82
II.	Belgisches Recht.....	83
B.	Weitere Verträge durch den Unternehmer trotz Insolvenzeröffnung	84
I.	Deutsches Recht.....	84
II.	Belgisches Recht.....	84
C.	Weitere Verträge durch Insolvenzverwalter des Handelsvertreters trotz Insolvenzeröffnung	85
I.	Deutsches Recht.....	85
II.	Belgisches Recht.....	85
D.	Ansprüche des Unternehmers	86
I.	Deutsches Recht.....	86
1.	Ansprüche, die <i>vor</i> Insolvenzeröffnung entstanden sind.....	86
a.	Ansprüche außer Herausgabeansprüchen.....	86
b.	Herausgabeansprüche	86
aa.	Herausgabepflicht des Handelsvertreters an Gegenständen, die ihm der Unternehmer zur Verfügung gestellt hat	87
bb.	Anspruch auf Herausgabe dessen, was der Handelsvertreter nicht vom Unternehmer erlangt hat.....	88
2.	Ansprüche, die <i>nach</i> Insolvenzeröffnung entstanden sind.....	88
a.	Herausgabeanspruch	88
b.	Schadensersatzansprüche wegen Pflichtverletzung.....	89
c.	Sonstige Ansprüche	89
II.	Belgisches Recht.....	89
1.	Ansprüche, die <i>vor</i> Konkureröffnung entstanden sind.....	89
a.	Ansprüche außer Herausgabeansprüchen.....	90
b.	Herausgabeansprüche	90

aa.	Herausgabeanspruch an Gegenständen, die dem Handelsvertreter vom Unternehmer zur Verfügung gestellt wurden	90
bb.	Herausgabe dessen, was der Handelsvertreter (nicht vom Unternehmer) erlangt hat	91
2.	Ansprüche, die <i>nach</i> Konkurseröffnung entstanden sind	92
a.	Herausgabeansprüche	92
aa.	Herausgabepflicht des Handelsvertreters an Gegenständen, die ihm vom Unternehmer zur Verfügung gestellt wurden	92
bb.	Herausgabe dessen, was der Handelsvertreter nicht vom Unternehmer erlangt hat	92
b.	Schadensersatz wegen Pflichtverletzung	93
c.	Sonstige Ansprüche	93
III.	Zusammenfassung	94
E.	Aussonderung, Absonderung	94
I.	Deutsches Recht	94
1.	Aussonderung	94
2.	Absonderung	95
a.	Gesetzliches oder rechtsgeschäftliches Pfandrecht	95
b.	Kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht, Sicherungsübereignung, Sicherungsabtretung	95
II.	Belgisches Recht	95
1.	Aussonderung	95
2.	Absonderung	96
a.	Gesetzliches Pfandrecht	96
b.	Kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht	96
III.	Zusammenfassung	96
F.	Ansprüche aus betrieblicher Altersversorgung	97
I.	Deutsches Recht	97
II.	Belgisches Recht	98
3. Abschnitt	Insolvenz des erworbenen Kunden	98
A.	Deutsches Recht	98
I.	Ansprüche, die <i>vor</i> Insolvenzeröffnung entstanden sind	98
II.	Ansprüche, die <i>nach</i> Insolvenzeröffnung entstanden sind	99

1.	Provisionsanspruch des Handelsvertreters	99
a.	Geschäftsabschluss <i>vor</i> , Ausführung <i>nach</i> Insolvenzeröffnung	99
b.	Geschäftsabschluss <i>nach</i> Insolvenz- eröffnung	99
aa.	Unkenntnis	100
bb.	Kenntnis	100
2.	Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters	101
B.	Belgisches Recht	101
I.	Ansprüche, die <i>vor</i> Konkureröffnung entstanden sind	102
II.	Ansprüche, die <i>nach</i> Konkureröffnung entstanden sind	102
1.	Provisionsanspruch	102
2.	Ausgleichsanspruch	102
C.	Zusammenfassung	103
4. Abschnitt	Funktionsvergleich	103

2. Teil: International insolvenzrechtliche Aspekte

1. Kapitel	Rechtsquellen	107
2. Kapitel	Grundprinzipien des internationalen Insolvenzrechts	116
1. Abschnitt	Erfassung ausländischen Vermögens	118
A.	EU-Verordnung	119
B.	Autonomes Deutsches Recht	120
C.	Autonomes Belgisches Recht	121
D.	Zusammenfassung	122
3. Kapitel	Voraussetzungen der Eröffnung des Insolvenzverfahrens .	122
1. Abschnitt	Internationale Zuständigkeit	122
A.	EU-Verordnung	123
I.	Hauptinsolvenzverfahren	123
II.	Territoriale Verfahren	124
1.	Sekundärinsolvenzverfahren	125
2.	Partikularverfahren	125
B.	Autonomes Deutsches Recht	126
I.	Hauptinsolvenzverfahren	126
II.	Partikularverfahren	127

	C. Autonomes Belgisches Recht.....	129
	I. Hauptinsolvenzverfahren.....	129
	II. Territoriale Verfahren	130
	D. Zusammenfassung	130
2. Abschnitt	Eröffnungsgründe	131
	A. EU-Verordnung.....	132
	I. Hauptinsolvenzverfahren.....	132
	II. Territoriale Verfahren	132
	B. Autonomes Deutsches Recht	133
	I. Hauptinsolvenzverfahren.....	133
	II. Partikularverfahren	133
	C. Autonomes Belgisches Recht	138
	I. Hauptinsolvenzverfahren.....	138
	II. Territoriale Verfahren	139
	D. Zusammenfassung	139
4. Kapitel	Kollisionsrechtliche Anknüpfung.....	139
1. Abschnitt	Verfahrensrecht.....	140
	A. EU-Verordnung.....	140
	B. Autonomes Deutsches Recht	140
	C. Autonomes Belgisches Recht.....	141
2. Abschnitt	Materielles Recht.....	141
	A. EU-Verordnung.....	141
	I. Insolvenzmasse, Rangfolge der Befriedigung.....	141
	II. Aus- und Absonderung.....	142
	III. Auswirkungen auf Schuldverhältnisse des Schuldners	142
	IV. Aufrechnung.....	143
	V. Arbeitsverhältnisse	143
	VI. Schutz des Dritterwerbers	144
	VII. Leistungen an Schuldner in Unkenntnis der Ver- fahrenseröffnung	144
	VIII. Insolvenzanfechtung	144
	B. Autonomes Deutsches Recht	145
	I. Insolvenzmasse.....	145
	II. Masseansprüche, Rang der Insolvenzforderungen	146
	III. Aus- und Absonderung.....	146
	1. Aussonderung	146
	2. Absonderung.....	148
	IV. Aufrechnung.....	150

	V.	Auswirkungen auf Schuldverhältnisse des Schuldners	152
	VI.	Arbeitsverhältnisse	155
	VII.	Leistungen an den Schuldner in Unkenntnis der Verfahrenseröffnung.....	156
	VIII.	Schutz des Dritterwerbers	158
	IX.	Insolvenzanfechtung	158
	B.	Autonomes Belgisches Recht	161
	I.	Insolvenzmasse.....	161
	II.	Masseansprüche, Rang der Insolvenzforderungen	161
	III.	Aus- und Absonderung.....	162
		1. Aussonderung	162
		2. Absonderung	162
	IV.	Aufrechnung.....	162
	V.	Auswirkungen auf Schuldverhältnisse des Schuldners	163
	VI.	Arbeitsverhältnisse	165
	VII.	Leistungen an den Schuldner in Unkenntnis der Verfahrenseröffnung.....	165
	VIII.	Schutz des Dritterwerbers	166
	IX.	Insolvenzanfechtung	166
	D.	Zusammenfassung	167
3. Abschnitt		Auswirkungen der EU-Verordnung auf kollisionsrechtliche Anknüpfungen außerhalb des Insolvenzrechts.....	168
5. Kapitel		Anerkennung einer ausländischen Insolvenz	172
1. Abschnitt		Begriff der Anerkennung.....	172
	A.	EU-Verordnung.....	173
	B.	Autonomes Deutsches Recht	173
	C.	Autonomes Belgisches Recht	177
2. Abschnitt		Voraussetzungen der Anerkennung	177
	A.	EU-Verordnung.....	178
	B.	Autonomes Deutsches Recht	179
	I.	Wirksamkeit der ausländischen Insolvenzentscheidung.....	179
	II.	Gegenseitigkeit.....	179
	III.	Extraterritorialer Geltungsanspruch.....	181
	IV.	Internationale Zuständigkeit	182
	V.	„Ordre public“	182
	VI.	Information der inländischen Gläubiger.....	183

	C. Autonomes Belgisches Recht.....	184
	I. Wirksamkeit der ausländischen Insolvenzentscheidung.....	184
	II. Gegenseitigkeit.....	184
	III. Extraterritorialer Geltungsanspruch.....	185
	IV. Internationale Zuständigkeit	185
	V. „Ordre public“	185
	VI. Information der inländischen Gläubiger.....	186
	D. Zusammenfassung	187
3. Abschnitt	Anerkennungsfähigkeit vorläufiger Sicherungsmaßnahmen.....	188
	A. EU-Verordnung.....	188
	B. Autonomes Deutsches Recht	188
	C. Autonomes Belgisches Recht.....	189
6. Kapitel	Folgen der Anerkennung einer ausländischen Insolvenz auf inländische Sachverhalte	190
1. Abschnitt	EU-Verordnung.....	190
	A. Eröffnung eines weiteren Hauptinsolvenzverfahrens.....	190
	B. Vollstreckungstitel.....	191
	C. Verbot vorläufiger Sicherungsmaßnahmen eines anererkennungsfähigen ausländischen Insolvenzverfahrens.....	191
	D. Inländische Singularexekution bei anererkennungsfähiger ausländischer Insolvenzeröffnung	191
	E. Ansprüche aus betrieblicher Altersversorgung	191
	F. Auswirkungen einer ausländischen Insolvenzeröffnung auf im Inland rechtshängige Prozesse	192
	I. Rechtshängigkeit <i>vor</i> Insolvenzeröffnung.....	192
	II. Rechtshängigkeit <i>nach</i> Insolvenzeröffnung.....	192
2. Abschnitt	Autonomes Deutsches Recht	193
	A. Eröffnung eines weiteren Hauptinsolvenzverfahrens durch inländische Gerichte	193
	B. Vollstreckungstitel.....	194
	C. Verbot vorläufiger Sicherungsmaßnahmen eines anererkennungsfähigen ausländischen Insolvenzverfahrens.....	195
	D. Inländische Singularexekution bei anererkennungsfähiger ausländischer Insolvenzeröffnung	196
	E. Ansprüche aus betrieblicher Altersversorgung	197

	F. Auswirkungen des ausländischen Insolvenzverfahrens auf im Inland rechtshängige Prozesse	198
	I. Rechtshängigkeit <i>vor</i> Insolvenzeröffnung.....	198
	II. Rechtshängigkeit <i>nach</i> Insolvenzeröffnung.....	202
3. Abschnitt	Autonomes Belgisches Recht.....	204
	A. Eröffnung eines weiteren Konkursverfahrens durch inländische Gerichte	204
	B. Vollstreckungstitel.....	205
	C. Verbot vorläufiger Sicherungsmaßnahmen eines anerkennungsfähigen ausländischen Insolvenzverfahrens .	205
	D. Inländische Singularexekution bei anerkennungsfähiger ausländischer Insolvenzeröffnung	205
	E. Ansprüche aus betrieblicher Altersversorgung	206
	F. Auswirkungen des ausländischen Insolvenzverfahrens auf im Inland rechtshängige Prozesse	206
	I. Rechtshängigkeit <i>vor</i> Insolvenzeröffnung.....	206
	II. Rechtshängigkeit <i>nach</i> Insolvenzeröffnung.....	207
4. Abschnitt	Zusammenfassung	208
7. Kapitel	Funktionsvergleich.....	209
	Schlussbetrachtung	214
	Literaturverzeichnis	218

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
AuA	Arbeit und Arbeitsrecht
Aufl.	Auflage
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Betriebsberater
Begr.	Begründung
BetrAVG	Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofes
BT	Bundestag
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
BWNutz	Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg
C.A.	Cour d'appel
Cass.	Cour de Cassation
CC	Code Civil (Belgien)
Com.	Tribunal de Commerce
DB	Der Betrieb
DÖKV	Deutsch-Österreichischer Konkursvertrag
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EGInsO	Einführungsgesetz zur Insolvenzordnung
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuÜ	Europäisches Insolvenzübereinkommen

EuGVÜ	Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen
EU-VO	Verordnung der Europäischen Union
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
Fn	Fußnote
frz.	französisch
FS	Festschrift
GesO	Gesamtvollstreckungsordnung
GoA	Geschäftsführung ohne Auftrag
Hdb.	Handbuch
HGB	Handelsgesetzbuch
HVG	Handelsvertretergesetz
h. M.	herrschende Meinung
IJVO	Internationales Jahrbuch der Osnabrücker Juristenvereinigung
InsO	Insolvenzordnung
IPR	Internationales Privatrecht
IPRax	Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts
i.d.R.	in der Regel
i.S.d.	im Sinne des (der)
i.V.m.	in Verbindung mit
J.C.B.	Jurisprudence commerciale de Belgique
J.T.	Journal des Tribunaux
J.T.T.	Journal des Tribunaux de Travail
Jur.	Jurisprudence (Entscheidungssammlung)
KO	Konkursordnung
KTS	Zeitschrift für Konkurs- Treuhand- und Schiedsgerichtswesen
LAG	Landesarbeitsgericht
LG	Landgericht
lit.	littera
M.B.	Moniteur Belge
MDR	Monatszeitschrift für Deutsches Recht
MON/BS	Moniteur Belge
MüKo	Münchener Kommentar
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift

Nr.	Nummer
NZI	Neue Zeitschrift für Insolvenzrecht
OLG	Oberlandesgericht
Pas.	Pasicrisie (Entscheidungssammlung)
PSV	Pensionssicherungsverein
RCJB	Revue critique de jurisprudence belge
RdA	Recht der Arbeit
RDC	Revue de droit commercial
RegE	Regierungsentwurf
Rev. trim. com.	Revue trimestrielle commercial
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
R.P.D.B.	Répertoire pratique du droit belge
R'pfleger	Der Rechtspfleger
RR	Rechtsprechungsreport
R.R.D.	Revue régionale de droit
RW	Rechtskundig Werkblad
Rz	Randziffer
S.	Seite
SchwJbIntR	Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht
SGB	Sozialgesetzbuch
Slg.	Sammlung
T.	Tribunal
T.B.H.	Tijdschrift voor Belgisch Handelsrecht
T.P.R.	Tijdschrift voor Privaatrecht
Trav.	Cour de Travail
UNCITRAL	Kommission der Vereinten Nationen für internationales Handelsrecht
V.R.P.	Voyageur Représentant Placier
WM	Wertpapiermitteilungen
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZInsO	Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

Einleitung

Der Einsatz von Handelsvertretern gehört zu den klassischen Mitteln des Unternehmers, den Vertrieb seiner Waren und/oder Dienstleistungen zu gestalten. Wegen der persönlichen Vertrauensstellung, die der Handelsvertreter häufig sowohl bei seinem Prinzipal als auch bei dem von ihm geworbenen Kundenstamm genießt, kommt der Vertriebsart des Handelsvertreters auch im Zeitalter von e-commerce und Internet praxisrelevante Bedeutung zu.

Aus diesem Grunde verdienen Fragen, welche das Rechtsverhältnis Handelsvertreter – Unternehmer – geworbener Kunde betreffen, nach wie vor eingehender rechtlicher Untersuchungen. Dazu gehört auch die Frage nach der insolvenzrechtlichen Stellung des Handelsvertreters. Der Komplex berührt dabei sowohl die Ansprüche des Handelsvertreters in der Insolvenz des Unternehmers als auch umgekehrt die Ansprüche des Unternehmers in der Insolvenz des Handelsvertreters. Auch die Auswirkungen auf die Ansprüche des Handelsvertreters bei Insolvenz des geworbenen Kunden sind von Interesse. Unter „Insolvenz“ sollen hier solche Verfahren verstanden werden, die auf den finanziellen Zusammenbruch des Schuldners reagieren und die bestmögliche gemeinschaftliche Befriedigung der Gläubiger als primäres Ziel haben.

Während einer intensiveren Befassung mit den Fragen wurde deutlich, dass umfangreiche wissenschaftliche Abhandlungen zu diesem Thema bislang nicht existieren. Angesichts der Tatsache, dass gerade im Bereich der Handelsvertreterverträge die internationalen Verflechtungen zunehmen, lag es nahe, die kollisionsrechtliche Behandlung der insolvenzrechtlichen Stellung des Handelsvertreters in die Betrachtung mit einzubeziehen, wobei die Fragen des internationalen Insolvenzverfahrensrechtes einen breiten Raum einnehmen. Da insoweit grundsätzlich keine Besonderheiten für Handelsvertreter bestehen, ist dieser Teil der Arbeit auf einer höheren Abstraktionsstufe angesiedelt als der (sach)rechtliche Teil der insolvenzrechtlichen Stellung des Handelsvertreters. Gleichwohl betreffen die – allgemeinen – kollisionsrechtlichen Betrachtungen auch den Handelsvertreter. Gerade eine rechtsvergleichende Darstellung der insolvenzrechtlichen Stellung des Handelsvertreters in zwei Nachbarländern wirft die Frage der Be-

handlung grenzüberschreitender Sachverhalte auf. So ist es von erheblicher praktischer Bedeutung, welches staatliche Gericht für die Abwicklung des Insolvenzverfahrens eines z.B. für einen deutschen Prinzipal tätigen belgischen Handelsvertreters zuständig ist, welches Recht bezüglich der Rechtsfolgen der Insolvenzeröffnung Anwendung findet, welche Auswirkungen die Anhängigkeit eines Insolvenzverfahrens vor einem belgischen Gericht auf einen in Deutschland anhängigen Rechtsstreit hat, der die Insolvenzmasse betrifft oder unter welchen Voraussetzungen ein in Belgien über den Handelsvertreter anhängiges Insolvenzverfahren in Deutschland anerkannt wird.

Wenn sich die Arbeit somit auch in zwei Teile gegliedert ist, nämlich einen (handelsvertreterspezifischen) sachrechtlichen Teil und einen (allgemeinen) international-insolvenzrechtlichen Teil, so stehen diese beiden Teile rechtlich und wirtschaftlich wegen der Bedeutung des grenzüberschreitenden Vertriebs doch in engem Zusammenhang.

Von besonderer Bedeutung ist hier die ab dem 31.5.2002 in Kraft getretene EU-Verordnung über grenzüberschreitende Insolvenzen. Auch wenn die bislang noch geltenden Regelungen des belgischen und deutschen internationalen Insolvenzrechts somit seit dem 31.5.2002 europarechtlich überlagert werden, lohnt ein Vergleich der verschiedenen international-insolvenzrechtlichen Entwürfe des deutsch-belgischen und (künftigen) europäischen Insolvenzrechts. Zum einen können die nationalen Regelungen Deutschlands und/oder Belgiens (soweit sie vor Inkrafttreten der Verordnung schon gegolten haben) als Auslegungshilfe für offene Fragen der EU-Verordnung herangezogen werden. Zum anderen drängt sich die Frage auf, ob das künftige europäische Recht funktionell eine Verbesserung gegenüber bislang geltenden nationalen Regelungen, wie etwa der Belgiens und Deutschlands, darstellt. Schließlich ist zu beachten, dass die Verordnung nur die innergemeinschaftlichen Wirkungen von Insolvenzverfahren behandelt (mit Ausnahme Dänemarks, das sich an der Annahme der Verordnung nicht beteiligt hat, sodass in diesem Mitgliedstaat die Verordnung keine Wirkung entfaltet (Erwägungsgrund 33 i.V.m. Art. 69 EU-VO)). Die Wirkungen eines inner-

gemeinschaftlichen Insolvenzverfahrens gegenüber Drittstaaten regelt die Verordnung nicht.¹

Eine andere Frage ist es, ob die EU-Verordnung zum Anlass genommen werden sollte, ein neues autonomes deutsches Insolvenzrecht zu schaffen, das Geltung gegenüber Drittstaaten hat. Das Bundesjustizministerium hat dies bejaht und im Mai 2002 einen entsprechenden Gesetzentwurf² eingebracht. Dieser ist seit dem 20.3.2003 in Kraft.³ Unabhängig davon ist das bislang geltende deutsche internationale Insolvenzrecht auf jeden Fall wert, als denkbare Alternative zum neuen Recht analysiert zu werden und bleibt deshalb Gegenstand der vorliegenden Arbeit, zumal sich zahlreiche grundlegende Fragen des internationalen Insolvenzrechts durch eine Analyse von Rechtsprechung und Literatur zum bis zum 19.3.2003 geltenden Recht herausarbeiten lassen. Die Befassung hiermit schärft somit auch das Bewusstsein für Probleme und Fragestellungen des internationalen Insolvenzrechts.

Ein Rechtsvergleich zwischen Deutschland und Belgien ist vor allem unter zwei Gesichtspunkten interessant: Zum einen bestehen mit Belgien traditionell gute Wirtschaftsbeziehungen. Belgien und Luxemburg bilden insgesamt den sechstgrößten Außenhandelspartner für Deutschland⁴. Bedenkt man die im Vergleich zu anderen Außenhandelspartnern eher geringe Größe dieser Länder, so ist dies eine bemerkenswerte Ziffer. Zum anderen ist das Insolvenzrecht sowohl in Belgien als auch in Deutschland in jüngerer Zeit reformiert worden. In Belgien hat das Gesetz „relative au concordat judiciaire“ vom 17.7.1997 und das Gesetz „sur les faillites“ vom 8.8.1997 das bis dahin geltende Konkurs- und Vergleichsrecht abgelöst, und zwar grundsätzlich ab dem 1.1.1998. Auf der Grundlage eines Gesetzentwurfs vom 7.3.2001 ist es zwischenzeitlich weiter reformiert worden. Die Neuerungen sind seit dem 4.9.2002 in Kraft. In Deutschland gilt seit 1.1.1999 die Insolvenzordnung, welche die Vergleichs-, Konkurs- und Gesamtvollstreckungsordnung ablöst. Diese Kodifikationen eröffnen insbesondere der kollisionsrechtli-

¹ Vgl. hierzu im Einzelnen unten, 2. Teil, 1. Kapitel „Anwendungsbereich“

² Drucks. 15/16, abrufbar unter www.bmj.de, „Bundesrecht im Netz“, „Die Insolvenzordnung“

³ BGBl. I 2003, 345 ff.

⁴ Vgl. Fischer Weltalmanach 2003, 1224

chen Behandlung der insolvenzrechtlichen Stellung des Handelsvertreters neue Aspekte.

Die Arbeit ruht im Wesentlichen auf drei Säulen: dem Handelsvertreterrecht, dem Insolvenzrecht und dem internationalen Insolvenzverfahrensrecht.

In funktionell-rechtsvergleichenden Teilen⁵ werden sowohl hinsichtlich des Begriffs des Handelsvertreters, seiner insolvenzrechtlichen Stellung als auch seiner kollisionsrechtlichen Behandlung Thesen zur Funktion des Rechts herausgearbeitet und auf Grundlage der vorher angestellten Analyse auf ihre Realisierung in dem jeweiligen Rechtssystem (Deutschland, Belgien, EU-Recht) hin überprüft.

Ziel der Arbeit ist es nicht nur, zu einem wissenschaftlichen Erkenntnisfortschritt beizutragen, sondern darüber hinaus auch dem Praktiker Hinweise zu geben und Probleme sowie mögliche Lösungswege aufzuzeigen.

Die Arbeit berücksichtigt den Stand von Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur bis zum 15.10.2003.

⁵ Vgl. zum Begriff „funktionelle Rechtsvergleichung“ Rheinstein, Einführung in die Rechtsvergleichung, 25 ff.; Zweigert/Kötz, 33

1. Teil: Sachrechtliche Aspekte

1. Kapitel Begriff des Handelsvertreters

Sowohl das deutsche wie auch das belgische Handelsvertreterrecht entsprechen den Vorgaben der EG-Handelsvertreterrichtlinie vom 18.12.1986.⁶ Mit dieser Richtlinie sollte ein einheitlicher Rahmen in der EU für das wichtige Vertriebsinstrument des Handelsvertreters gesetzt werden. Vor der Umsetzung der Handelsvertreterrichtlinie war der freie Waren- und Dienstleistungsverkehr bezüglich des Vertriebsmediums Handelsvertreter nicht gewährleistet. Insbesondere bestand die Gefahr von Wettbewerbsbeeinflussungen, weil die Interessen des Handelsvertreters in unterschiedlicher Weise geschützt wurden.⁷

Mit der Richtlinie wurden folgende Ziele verfolgt:⁸

- Verhinderung von Wettbewerbsbeeinflussungen aufgrund unterschiedlicher nationaler Handelsvertreterrechte
- Angleichung der Berufsausübungsregeln für den Handelsvertreter
- Sicherung des Handelsverkehrs
- Erleichterung des Abschlusses internationaler Handelsvertreterverträge
- Etablierung eines ausreichenden gleichen Schutzniveaus für den jeweiligen (nationalen) Handelsvertreter

Da die Richtlinie weitgehend auf den Bestimmungen des deutschen Handelsvertreterrechts basiert, sind aufgrund der Richtlinie nur relativ wenige Bestimmungen im deutschen Recht geändert worden.⁹ Auch wenn die Richtlinie wesentliche Fragen des Handelsvertreterrechts geregelt hat, werden von ihr nicht sämtliche Rechtsfragen beantwortet (wie etwa solche zur insolvenzrechtlichen Stellung des Handelsvertreters). Hinzu kommt, dass die Richtlinie in einigen Fällen den Mitgliedstaaten Spielräume einräumt bzw. von ihr abweichende nationale Regelungen

⁶ Abl. L 382/17

⁷ Graf von Westphalen, in: Handbuch des Handelsvertreterrechts, Einführung, Rz 4

⁸ Graf von Westphalen, ebenda

⁹ Vgl. Küstner/v. Manteuffel, DB 1990, 291 (294)

gen erlaubt. Dies gestattet sie sowohl nach unten wie auch nach oben. Soweit die nationalen Regelungen Begriffe verwenden, die auch von der Handelsvertreterrichtlinie verwendet werden, sind diese richtlinienkonform auszulegen.¹⁰ Das heißt, die Begriffe sind im Lichte des Wortlauts und des Zwecks der Richtlinie zu interpretieren.¹¹ Dies gilt auch, wenn der nationale Gesetzestext unverändert geblieben ist (wie im Wesentlichen das deutsche Handelsvertreterrecht).¹² Die Tatsache, dass die Richtlinie weitgehend auf den Bestimmungen des Handelsvertreterrechts fußt, bedeutet also nicht, dass die deutschen Regelungen, soweit diese Begriffe verwenden, die mit denen der Richtlinie identisch sind, aus sich heraus ausgelegt werden können. Vielmehr muss stets die Richtlinienkonformität gewährleistet sein. Dabei ist denkbar, dass bestimmte Fragen im Sinne der Richtlinie, die in ihrer Gesamtheit andere Ziele verfolgt als die nationalen Regelungen, anders auszulegen sind als auf der alleinigen Grundlage des deutschen Rechts. Wird eine Regelung aus einer bestimmten Rechtsordnung übernommen, kann nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass sie so auszulegen ist, wie sie in der betreffenden Rechtsordnung verstanden wurde.¹³

Gemäß Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie ist Handelsvertreter jeder, der als selbstständiger Gewerbetreibender ständig damit betraut ist, für eine andere Person den Verkauf oder Ankauf von Waren zu vermitteln oder diese Geschäfte im Namen und für Rechnung des Unternehmers abzuschließen.

1. Abschnitt Deutsches Recht

Die Definition des Handelsvertreters findet sich in § 84 HGB. Hiernach ist Handelsvertreter, wer als selbstständiger Gewerbetreibender ständig damit betraut ist, für einen anderen Unternehmer Geschäfte zu vermitteln oder in dessen Namen abzuschließen. Die Vorschrift geht also über die Definition des Handelsvertreters in der Richtlinie hinaus, da im Unterschied hierzu nicht nur solche Personen von der Definition erfasst werden, die Warengeschäfte vermitteln. Dies steht

¹⁰ EuGH Slg. 1984, 1891 (1909)

¹¹ Graf von Westphalen, a.a.O., Rz 6

¹² Hopt, § 84, Rz 3, m.w.N.

¹³ Westphal, 57; Everling, ZGR 1992, 376 (387)

indes zur Richtlinie nicht im Widerspruch. Denn sind Handelsvertreter i.S.d. Richtlinie nur Warenhandelsvertreter, so schließt dies eine weiter gefasste Definition in nationalen Regelungen nicht aus.¹⁴ Mit anderen Worten schreibt die Richtlinie zwar die Rechtsverhältnisse derjenigen Personen vor, die ihrer Definition des Handelsvertreters entsprechen. Die Definition des Handelsvertreters selbst hingegen ist für die EU-Mitgliedstaaten nicht bindend.

A. Selbstständigkeit

Der Handelsvertreter ist selbstständig. In § 84 Abs. 1 S. 2 HGB konkretisiert der Gesetzgeber diesen Begriff dahingehend, dass selbstständig ist, „wer im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann“. Diese Konkretisierung ist freilich immer noch zu abstrakt formuliert, um demjenigen, der die Frage der Selbstständigkeit zu entscheiden hat, schnell eine Antwort zu liefern. Die Frage, wann eine solche Selbstständigkeit vorliegt, bedarf daher einer näheren Betrachtung. Dabei ist zu beachten, dass eine Interpretation des Begriffs der Selbstständigkeit mit dem Begriff der Selbstständigkeit, wie er in der Richtlinie zum Ausdruck kommt, aufgrund der richtlinienkonformen Auslegung in Einklang stehen muss.

Große Teile von Lehre¹⁵ und Rechtsprechung¹⁶ haben hierzu die sog. „Schwerpunkttheorie“ entwickelt. Entscheidend ist hiernach das „Gesamtbild“ der vertraglichen Gestaltung und tatsächlichen Handhabung“. In dieses Gesamtbild gehen verschiedene Kriterien ein, so insbesondere Ort, Zeit, Art und Weise der Tätigkeit, Unternehmerrisiko und die Art und Weise der Vergütung.¹⁷ In der Sache – wenngleich auch nicht terminologisch – stimmt dies auch mit der von der ständigen Rechtsprechung des BAG¹⁸ und Teilen der Literatur¹⁹ als ausschlaggebendes Abgrenzungsmerkmal angesehenen „persönlichen Freiheit“ überein.

¹⁴ Vgl. Westphal, 90

¹⁵ Hopt, Handelsvertreterrecht, § 84, Rz 35; MüKo HGB – von Hoyningen-Huene, § 84, Rz 27, jeweils m.w.N.; Ebenroth/Boujong/Joost, § 84, Rz 7

¹⁶ BVerfG, NJW 1978, 365; BGH, DB 1982, 1877; BGH, ZIP 1998, 863

¹⁷ Hopt, a.a.O.

¹⁸ Zuletzt in NZA 1994, 1132

¹⁹ Unter anderem Baumbach/Hopt, § 84, Rz 35; Ermann – Hanau, § 611, Rz 56; Konzen, ZfA 1978, 451 (496)

Denn auch mittels dieses Begriffs wird über die Selbstständigkeit unter Gesamtwürdigung aller Umstände entschieden.²⁰

Dem stehen in der Literatur vereinzelt Stimmen gegenüber, die neue Abgrenzungskriterien einführen oder die bestehenden Kriterien neu gewichten. So wird in der sozialen Schutzbedürftigkeit ein Kriterium zur Bestimmung der Arbeitnehmereigenschaft gesehen.²¹ Sozial schutzbedürftig sei ein für fremde Rechnung Beschäftigter, wenn er so wesentliche Teile seiner Arbeitskraft binde, dass er zur eigenen Daseinsvorsorge unfähig werde. Dies sei, gemessen an einer 40-Stunden-Woche, dann der Fall, wenn ein Mensch mehr als zwei Stunden pro Tag, zehn Stunden pro Woche bzw. 40 Stunden pro Monat arbeite.²²

Eine andere Auffassung²³ stellt dagegen das Unternehmerrisiko und die Unternehmerchancen in den Vordergrund. Bei freiwilliger Übernahme eines Unternehmerrisikos, bei einem Auftreten am Markt und bei Ausgewogenheit im Hinblick auf unternehmerische Chancen und Risiken liege Selbstständigkeit vor.²⁴ Wer einer so engen Weisungsbindung unterliege, dass er zwar unternehmerische Risiken trage, aber keine unternehmerischen Chancen wahrnehmen könne, sei Arbeitnehmer. Erst wenn die Vertragsgestaltung eine angemessene Verteilung von Risiken und Chancen erkennen lasse, unterliege der Vertrag dem Recht der Selbstständigen.²⁵ Bestätigt wird diese Auffassung scheinbar durch ein Urteil des LAG Nürnberg vom 25.2.1998.²⁶ Darin ging es darum, ob das zwischen den Parteien unter der Bezeichnung „selbstständiger Versicherungsvertreter“ schriftlich niedergelegte Rechtsverhältnis als Arbeitsverhältnis zu beurteilen ist. Das LAG bejahte dies mit der Begründung, dass eine Vertragsgestaltung vorliege, die dem Versicherungsvertreter keine unternehmerische Freiheit lässt, sondern nur das unternehmerische Risiko aufbürdet. In der Gesamtabwägung gewinne die Arbeitnehmereigenschaft das Übergewicht, wenn eine berufsbegleitende, durch

²⁰ MüKo HGB – von Hoyningen-Huene, § 84, Rz 27, m.w.N.

²¹ Beuthien, RdA 1978, 2 (5); Hromadka, DB 1998, 195 (197); Reinecke, ZIP 1998, 581 (587)

²² Beuthien, a.a.O.; Hümmerich, NJW 1998, 2625 (2632)

²³ Wank, DB 1992, 90 (91 f.); Lieb, RdA 1977, 210 (215); Matthießen, ZIP 1988, 1089 (1092); BSG, AP BGB, § 611, Abhängigkeit Nr. 27 u. 29

²⁴ Wank, a.a.O.

²⁵ Wank, ebenda

²⁶ AuA 1998, 210 f.

den anderen Vertragspartner finanziell unterstützte Qualifizierung stattfindet. Dies gelte zumindest dann, wenn sich die unternehmerische Freiheit faktisch beschränkt auf die Abarbeitung vorgegebenen Adressmaterials und der Einsatz von Untervertretern mittelbar durch ein Verbot der Weitergabe überlassener Adressen an Dritte ebenso untersagt ist wie die Kontaktaufnahme mit anderen Unternehmern der Versicherungsbranche sowie die Vermittlung versicherungsfremder Leistungen. Andererseits hat das BAG mit Urteil vom 15.12.1999 unter Bezugnahme auf § 84 Abs. 4 HGB klargestellt, dass aus dem Fehlen einer vom Versicherungsvertreter geschaffenen Innen- und Außenorganisation seiner Generalvertretung nicht auf seine Arbeitnehmereigenschaft geschlossen werden kann.²⁷ In seinem Urteil spricht das LAG Nürnberg allerdings auch von einer „Gesamt abwägung“. Dies kann nur dahingehend verstanden werden, dass Gesichtspunkte wie die Übernahme des Unternehmerrisikos zwar in eine Gesamtschau mit einfließen, aber nicht zu alleinentscheidenden Kriterien erhoben werden können. Die Ausgestaltungsmöglichkeiten eines Vertragsverhältnisses sind zu komplex, als dass einseitig auf bestimmte Kriterien abgestellt werden könnte. Insoweit gelangt das LAG Nürnberg in der Sache wie auch terminologisch wieder zu dem oben dargelegten Standpunkt zurück, dass es auf das Gesamtbild der vertraglichen Gestaltung und tatsächlichen Handhabung ankommt. In der Tat wird dieser Standpunkt am besten den komplexen Ausgestaltungsmöglichkeiten gerecht.

Dies schließt allerdings nicht aus, dass in Anknüpfung an gewisse Kriterien bestimmte Arbeitnehmerpflichten statuiert werden, wie es im „Gesetz zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte“²⁸ geschehen ist. Einer derartigen sozialrechtlichen Definition der Selbstständigkeit kommt mit Blick auf § 84 HGB aber lediglich Indizwirkung zu.²⁹ Mit dem zweiten „Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt“ vom 23.12.2002³⁰ sind diese Kriterien, soweit sie in § 7 Abs. 4 SGB IV ihren Niederschlag gefunden haben, wieder zurückgenommen worden. Bestehen geblieben ist die Gruppe des „arbeitnehmerähnlichen Selbstständigen“ (§ 2 Abs. 6 SGB VI).

²⁷ BB 2000, 826

²⁸ BGBl. I 1998, 3843

²⁹ Ebenroth/Boujong/Joost-Löwisch, § 84, Rz 7

³⁰ BGBl. I 2002, Nr. 87

Ein weiteres Beispiel für die (mögliche) Statuierung besonderer Normen sind die in § 92a HGB vorgesehenen Mindestarbeitsbedingungen für „arbeitnehmerähnliche Handelsvertreter“. Der arbeitsrechtliche Begriff ist vom sozialversicherungsrechtlichen und steuerrechtlichen Begriff der Selbstständigkeit zu trennen (s.o.). Dies wird auch deutlich aus einem Beschluss des Landgerichts Osnabrück vom 14.6.1999. Bezüglich der dort entscheidenden Frage der Selbstständigkeit eines Versicherungsvertreters heißt es in den Gründen: „Aus § 92a Abs. 1 S. 1 HGB ergibt sich, dass es der Einordnung als selbstständiger Handelsvertreter nicht entgegensteht, wenn dieser nicht für weitere Unternehmen tätig werden darf.“³¹ Eine andere Sichtweise würde dem Gesetz, das den Einfirmenvertreter ja ausdrücklich vorsieht, widersprechen.³² Einem Nebenbeschäftigungsverbot hingegen ist eine gewisse Indizwirkung für die Unselbstständigkeit nicht abzusprechen.³³

Umstritten ist in der Literatur, ob sich mit einer Änderung der tatsächlichen Handhabung des Handelsvertretervertrages auch der sich nach der Gesamtwürdigung aller Umstände ermittelte Schwerpunkt nach der einen oder anderen Richtung – unter Umständen auch mehrmals im Laufe der Vertragszeit – verschieben kann.

Die dies verneinende Auffassung³⁴ führt zur Begründung aus, dass das, was der Unternehmer entgegen seinen vertraglichen Befugnissen in Anspruch nimmt, immer vertragswidrig bleibe. Das gelte auch dann, wenn der Handelsvertreter dieses zunächst hinnimmt. Erst wenn eine dem entgegenstehende Handhabung sich mit ersichtlicher Billigung beider Teile zeitlich und sachlich so verfestigt hätte, dass sich daraus eine einverständliche Änderung der seine Rechtsnatur konstituierenden Elemente ergäbe, könne sich der Schwerpunkt verlagert haben. Alle bisher maßgebenden Indizien müssen danach durch neue Fakten so entkräftet sein, dass sie nicht mehr ins Gewicht fallen.³⁵

³¹ BB 1999, 1926

³² Ebenroth/Boujong/Joost-Löwisch, § 84, Rz 8

³³ MüKo HGB – von Hoyningen-Huene, § 84, Rz 42

³⁴ Staub – Brüggemann, § 84, Rz 14

³⁵ Staub – Brüggemann, ebenda

Hiergegen wird vorgebracht, dass die Verschiebung des Schwerpunktes in der Konsequenz der Schwerpunkttheorie liege.³⁶ So könne ein gerade noch als selbstständig anzusehender Vermittler, der vertragswidrigen Weisungen des Unternehmers Folge leistet, plötzlich diese Grenze überschreiten und zum Arbeitnehmer werden. Auf diese Weise ändere sich die Rechtsnatur des geschlossenen Vertrages, ohne dass die Parteien dies wollen oder auch nur wissen. Dies wird als „Chamäleoneffekt“ bezeichnet.³⁷ Weiche die Vertragsgestaltung von der Vertragsdurchführung ab, so genieße letztere Vorrang.³⁸ Geht man davon aus, so bildet dies unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit einen gewichtigen Nachteil der Schwerpunkttheorie.

Ein neuer Ansatz liegt in der sog. „Vertragstheorie“. Das heißt: Ohne Rücksicht auf die inhaltliche Gestaltung ihres Vermittlerverhältnisses sind die Parteien berechtigt, zu wählen, ob darauf Arbeitsrecht oder Handelsrecht zur Anwendung kommt. Der Nachteil dieses Ansatzes liegt m. E. in der praktischen Handhabung. Denn für die Frage, was die Parteien nun wählen, wird man mangels anderer Anhaltspunkte wieder auf das Gesamtbild bzw. den Schwerpunkt zurückgreifen. Andererseits kann bei der Ermittlung des Schwerpunktes der Wille der Parteien – wenn er denn ermittelt werden kann – nicht gänzlich unberücksichtigt bleiben. Dem trägt die oben dargestellte Interpretation der Schwerpunkttheorie Rechnung, wonach eine vertragswidrige Handhabung nur dann zur Verschiebung des Schwerpunktes führt, wenn sich diese Handhabung mit ersichtlicher Billigung beider Teile so verfestigt hat, dass sich daraus eine einverständliche Änderung der seine Rechtsnatur konstituierenden Elemente ergibt. Dem ist zuzustimmen. Daraus folgt, dass Schwerpunkttheorie und Vertragstheorie sich nur scheinbar widersprechen. Vielmehr ergänzen sie sich gegenseitig.

Die Quintessenz dieser Interpretation lautet: Die tatsächliche Handhabung ist nur insoweit für die Bestimmung des Schwerpunktes entscheidend, als sie einen Rückschluss auf den Willen der Parteien zulässt. Auf der Grundlage dieser Interpretation verdient die Schwerpunkttheorie auch gegenüber der Vertragstheorie

³⁶ Stolterfoth, 221

³⁷ Stolterfoth, ebenda

³⁸ MüKo HGB – von Hoyningen-Huene, § 84, Rz 35, m.w.N.

den Vorzug. Dies steht auch im Einklang mit der Handelsvertreterrichtlinie. Denn diese verzichtet darauf, Kriterien für die Abgrenzung zwischen selbstständiger und unselbstständiger Tätigkeit aufzustellen.³⁹

Zusammenfassend ist für die Abgrenzung der Selbstständigkeit von der Unselbstständigkeit das Gesamtbild der vertraglichen Gestaltung und tatsächlichen Handhabung wesentlich. Hierbei sind verschiedene Gesichtspunkte zu berücksichtigen, ohne dass einer von ihnen zum entscheidenden erhoben werden könnte. Die tatsächliche Handhabung verändert nur dann das Gesamtbild, wenn sie sich so verfestigt hat, dass darin eine konkludente Änderung der die Rechtsnatur des Vertrages konstituierenden Elemente zu erblicken ist.

B. Gewerbetreibender

Der Handelsvertreter betreibt ein Gewerbe. Nach ständiger Rechtsprechung ist ein Gewerbebetrieb i.S.d. § 84 HGB eine berufsmäßige Tätigkeit in der Absicht dauernder Gewinnerzielung.⁴⁰ Auch diese steht in Einklang mit der Handelsvertreterrichtlinie. Denn ebenso wie diese keine Kriterien für die Abgrenzung zwischen selbstständiger und unselbstständiger Tätigkeit aufstellt, liefert sie solche für den Begriff des „Gewerbes“. Kaufmann ist der Handelsvertreter dann, wenn er ein Handelsgewerbe betreibt oder in das Handelsregister eingetragen ist.

Die Rechtsfigur des Minderkaufmanns gibt es seit Inkrafttreten des Handelsrechtsreformgesetzes zum 1.7.1998 nicht mehr. Nach § 1 Abs. 4 HGB bleiben die §§ 84 ff. HGB jedoch anwendbar, wenn das Unternehmen des Handelsvertreeters nicht kaufmännisch ist. Der kleingewerbliche Handelsvertreter bleibt damit geschützt, auch wenn er als Nichtkaufmann sonst nicht dem HGB unterfällt.⁴¹

³⁹ Vgl. Westphal, 37

⁴⁰ Baumbach/Hopt, § 1, Rz 13, m.w.N.

⁴¹ Vgl. Hopt, § 84, Rz 33

Unabhängig davon ist überdies anerkannt, dass der Handelsvertreter sein Unternehmen auch in Form einer GmbH betreiben kann.⁴²

C. Vermittlung oder Abschluss von Geschäften

Der Handelsvertreter ist als selbstständiger Gewerbetreibender ständig damit betraut, für einen anderen Unternehmer Geschäfte zu vermitteln oder in dessen Namen abzuschließen. Vermittlung in diesem Sinne bedeutet die Förderung des Abschlusses durch Einwirken auf den Dritten.⁴³ Dabei genügt auch Mitursächlichkeit, falls sie nicht ganz nebensächlich ist.⁴⁴ Die Richtlinie steht dem nicht entgegen. Sie enthält keine Anhaltspunkte für eine Definition der Vermittlung.

Keine Vermittlung ist das bloße Schaffen von Geschäftsverbindungen⁴⁵ sowie der bloße Nachweis der Gelegenheit zu Geschäften oder die reine Werbungstätigkeit ohne Vermittlung oder Abschluss von Geschäften.⁴⁶

D. Abgrenzung von Vertragshändler, Kommissionär, Handelsmakler

I. Vertragshändler

Unter einem Vertragshändler versteht man denjenigen, der im Rahmen eines Dauervertrages Waren kauft und sie im eigenen Namen und auf eigene Rechnung weiterverkauft.⁴⁷ Er ist demnach nicht für einen anderen Unternehmer tätig, sondern ausschließlich für sich selbst.

⁴² Westphal, BB 1999, 2517, m.w.N.

⁴³ Hopt, § 84, Rz 22, m.w.N.; BGH, NJW 1983, 42

⁴⁴ Hopt, a.a.O.

⁴⁵ BGH, NJW 1983, 42

⁴⁶ Hopt, a.a.O.

⁴⁷ Hopt, § 84, Rz 10

II. Kommissionär

Kommissionär ist derjenige, der im eigenen Namen, aber für andere gewerbsmäßig Geschäfte abschließt (§ 383 HGB).

Er unterscheidet sich vom Handelsvertreter dadurch, dass er keine Möglichkeit hat, sich – wie der Handelsvertreter – auf eine reine Vermittlungstätigkeit zu beschränken. Auf der anderen Seite schließt er die Geschäfte im eigenen Namen – und nicht im Namen des Unternehmers – ab.

III. Handelsmakler

Schließlich ist der Handelsvertreter noch abzugrenzen vom Handelsmakler. Dieser schließt gewerbsmäßig in fremdem Namen Geschäfte ab, ohne damit vertraglich ständig betraut zu sein.⁴⁸ Im Unterschied zum Handelsvertretervertrag ist der Maklervertrag kein gegenseitiger Vertrag. Infolgedessen schuldet der Makler weder Tätigkeit noch Erfolg.⁴⁹

E. Ständige Betrauung

„Ständige Betrauung“ i.S.d. § 84 S. 1 HGB bedeutet, dass der Tätigkeit des Handelsvertreters ein Dienstvertrag über eine Geschäftsbesorgung zugrunde liegt.⁵⁰ Dies hat eine Pflicht des Handelsvertreters zum Tätigwerden als Konsequenz.

Darüber hinaus erfordert dieses Merkmal, dass das Handelsvertreterverhältnis auf eine gewisse Dauer angelegt sein muss, was nicht der Fall wäre, wenn der Vermittler lediglich für ein einzelnes Geschäft des Unternehmers tätig wird.⁵¹ Dies entspricht auch dem Geist der Richtlinie.

⁴⁸ Hopt, § 84, Rz 20; von Hoyningen-Huene, vor § 84, Rz 5

⁴⁹ Baumbach/Hopt, § 93, Anm. 4, Rz 23

⁵⁰ Hopt, § 84, Rz 41

⁵¹ Westphal, 37

Andererseits bedeutet „ständige Betrauung“ nicht „immer“ oder „langfristig“ oder „auf unbestimmte Zeit“.⁵² Entscheidend ist vielmehr, dass der Handelsvertreter sich um eine unbestimmte Vielzahl von Abschlüssen bemühen muss.⁵³

F. Tätigkeit für einen anderen Unternehmer

Die Tätigkeit für einen anderen Unternehmer bedeutet – bezogen auf den Unternehmer – „im Betrieb seines Unternehmens“. Das heißt, es ist derjenige kein Unternehmer, der mit seiner Tätigkeit in der Privatsphäre verbleibt, wie etwa der Unternehmer, der privat Kunstwerke sammelt.⁵⁴

Der Wortlaut „für einen *anderen* Unternehmer“ stellt andererseits klar, dass auch der Handelsvertreter *selbst* Unternehmer ist.⁵⁵

Diese Auslegung ist konform mit der Handelsvertreterrichtlinie, welche das Merkmal nicht näher konkretisiert. Die Verwendung des Begriffsmerkmals in der Richtlinie stellt klar, dass der Handelsvertreter nicht Waren im eigenen Namen und auf eigene Rechnung kauft, sondern er vielmehr im Namen und auf Rechnung des Unternehmers auftritt.⁵⁶

G. Nebenberuflicher Handelsvertreter

Die Tätigkeit des Handelsvertreters kann nicht nur im Hauptberuf, sondern auch im Nebenberuf ausgeübt werden. Gemäß Art. 2 Abs. 2 der Richtlinie ist den Mitgliedstaaten das Recht eingeräumt, die Richtlinie nicht auf Personen anzuwenden, die Handelsvertretertätigkeiten ausüben, welche nach dem Recht des betreffenden Mitgliedstaates als nebenberufliche Tätigkeiten angesehen werden. Deutschland hat davon insoweit Gebrauch gemacht, als für diese Handelsvertreter Sonderregelungen gelten. So ist im Gegensatz zu hauptberuflichen Handels-

⁵² BGH, NJW 1992, 2818

⁵³ Hopt, § 84, Rz 42

⁵⁴ Baumbach/Hopt, § 84, Anm. 4 A, Rz 29; Hopt, § 84, Rz 29

⁵⁵ Hopt, § 84, Rz 30

⁵⁶ Vgl. Westphal, 38, 39

vertretern der Ausgleichsanspruch gemäß § 89b HGB bei Beendigung des Vertrages ausgeschlossen (§ 92b Abs. 1 Nr. 1 HGB). Außerdem finden die für hauptberufliche Handelsvertreter vorgesehenen Mindestkündigungsfristen keine Anwendung. Schließlich ist nur bei nebenberuflichen Handelsvertretern der Anspruch auf eine Vorschussprovision abdingbar.

Ob ein Handelsvertreter seine Tätigkeit nur im Nebenberuf ausübt, bestimmt sich gemäß § 92b Abs. 3 HGB nach der Verkehrsauffassung. Zu der Frage, ob ein Handelsvertreter, der nach der Verkehrsauffassung hauptberuflich tätig ist, durch Parteivereinbarung zum nebenberuflichen Vertreter quasi „herabgestuft“ werden kann, hat sich in einem Urteil vom 4.11.1998 der BGH geäußert.⁵⁷ Danach ist dies nicht möglich. Vielmehr setze eine etwaige Einigung der Parteien auf eine künftige Tätigkeit des Handelsvertreters als nebenberuflicher Vertreter zu ihrer Wirksamkeit voraus, dass die Vertretertätigkeit auf ein Maß reduziert ist, das nach der Verkehrsauffassung einer nebenberuflichen Handelsvertreterertätigkeit entspricht.⁵⁸ Diese Aussage steht im Einklang mit den Stimmen in der Literatur.⁵⁹ Das Urteil verdient insoweit Zustimmung.

Soweit allerdings darauf hingewiesen wird, dass es sich bei einer gegen die Verkehrsauffassung gerichteten Parteivereinbarung um eine unbeachtliche „*protestatio facta contraria*“ handeln würde⁶⁰, kann dem nicht gefolgt werden. Die Regel von der Unbeachtlichkeit der „*protestatio facta contraria*“ will nach im Übrigen übereinstimmender Auffassung⁶¹ verhindern, dass der Handelnde *einseitig* die Folgen seines Handelns bestimmen kann. Bei einer *Parteivereinbarung* aber liegt gerade keine Einseitigkeit vor. Der Grund dafür, dass eine Parteivereinbarung hier keine Wirkung entfalten kann, ist vielmehr – und insoweit ist der o.g. Ansicht zuzustimmen – in der klaren Regelung des § 92b Abs. 3 HGB zu sehen. Ist danach *allein* die Verkehrsauffassung maßgeblich, so ist diese Vorschrift unabdingbar und kann nicht durch nachträgliche Parteivereinbarungen unterlaufen werden.

⁵⁷ Vgl. Escher, BB 1999, 72

⁵⁸ Vgl. Escher, ebenda

⁵⁹ Heymann – Sonnenschein, § 92b, Rz 12; Schlegelberger/Schröder, § 92b, Rz 7 u.a.

⁶⁰ So Escher, BB 1999, 72 (72)

⁶¹ Vgl. statt vieler Medicus, Bürgerliches Recht, Rz 191

2. Abschnitt Belgisches Recht

A. Représentant de commerce und agent commerciale indépendant

Hinsichtlich der Vermittlung von Geschäftsabschlüssen unterscheidet das belgische Recht zwischen dem „agent commercial indépendant“ und dem „représentant de commerce“. Bei Letzterem handelt es sich nach Art. 4 Abs. 1 des „loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail“ um einen Arbeitnehmer, der sich gegen Entgelt verpflichtet, (potenzielle) Kunden zum Zwecke der Verhandlung oder des Abschlusses von Geschäften zu werben und aufzusuchen. Er ist also nicht selbstständig i.S.d. § 84 HGB, sondern steht zu seinem Auftraggeber in einem Arbeitsverhältnis. Charakteristisch für dieses Rechtsverhältnis ist die Weisungsbefugnis seines Auftraggebers.⁶² Hierdurch unterscheidet sich der „représentant de commerce“ wesentlich von dem deutschen Handelsvertreter i.S.d. § 84 HGB, weshalb er sich als Gegenstand einer rechtsvergleichenden Untersuchung wenig eignet. Das belgische Recht unterscheidet sich insoweit auch vom französischen Recht, das zwischen dem „agent commercial“, dem „commis voyageur“ und dem „voyageur-représentant placier“ (V.R.P.) differenziert.⁶³

B. Agent commerciale indépendant

Anders verhält es sich dagegen beim „agent commerciale indépendant“. Im die Handelsvertreterrichtlinie umsetzenden „Gesetz betreffend Handelsvertreterverträge vom 13.4.1995“ heißt es in Artikel 1:

„le contrat d’agence commerciale est le contrat par lequel l’une des parties, l’agent commerciale, est chargée de façon permanente, et moyennant rémunération, par l’autre partie, le commettant, sans être soumis à l’autorité de ce dernier, de la négociation et éventuellement de la conclusion d’affaires au nom et pour compte du commettant. L’agent commerciale organise ses activités comme il l’entend et dispose librement de son temps.“

⁶² Hoffmann, Rz 168

⁶³ Vgl. hierzu Klima, in: Hdb. des Handelsvertreterrechts, 425 (429, 435)

Diese Definition geht (wie auch das deutsche Recht in § 84 HGB) insoweit über diejenige in der EG-Richtlinie hinaus, als darunter nicht nur solche fallen, die *Warengeschäfte* vermitteln. Wie oben⁶⁴ ausgeführt, steht dies nicht im Widerspruch zur Richtlinie.

Das Gesetz betreffend die Handelsvertreterverträge war in seiner ursprünglichen Fassung gemäß Art. 3 nicht anwendbar auf:

1. Verträge mit Handelsvertretern, die ihre Vermittlungstätigkeit nicht regelmäßig ausüben,
2. Verträge, die Versicherer, Krediteinrichtungen und Börsengesellschaften mit ihren jeweiligen Vertretern abschließen und
3. Verträge von Handelsvertretern, soweit diese an Handelsbörsen oder anderen Börsen für Effekten und andere Finanzinstrumente oder an Börsen des Warenterminhandels tätig sind.

Auf der Grundlage des Gesetzes vom 4.5.1999 zur Änderung des Handelsvertretergesetzes⁶⁵ sind diese Ausnahmen dann wieder aufgehoben worden.

Gemäß Art. 28 des Handelsvertretergesetzes i.V.m. Art. 1, 2 Code de Commerce ist der Handelsvertreter „Kaufmann“. Das belgische Recht geht hier weiter als das deutsche, das dem Handelsvertreter nur dann die Kaufmannseigenschaft zubilligt, wenn seine Tätigkeit einen nach Art und Umfang in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert (vgl. § 1 Abs. 2 HGB). Bezüglich der Anwendung der §§ 84 ff. HGB (deutsches Recht) ist dies jedoch ohne Belang. Denn diese Vorschriften sind auch dann anwendbar, wenn der Handelsvertreter kein „Kaufmann“ ist, im Übrigen aber die Voraussetzungen des § 84 HGB vorliegen.

⁶⁴ 1. Abschnitt

⁶⁵ Moniteur Belge vom 2.6.1999, 19958

I. Selbstständigkeit

Der Handelsvertreter ist von seinem Unternehmer nicht weisungsabhängig („sans être soumis à l'autorité de ce dernier“) und organisiert seine Aktivitäten nach eigenem Gutdünken. Er bestimmt selbstständig über seine Zeit („l'agent commercial organise ses activités comme il l'entend et dispose librement de son temps“). In dieser Weisungsungebundenheit unterscheidet sich der Handelsvertreter wesentlich vom angestellten Handelsreisenden, dem „représentant de commerce“.

Ob eine solche Weisungsunabhängigkeit vorliegt, kann im Einzelfall schwierig zu beantworten sein. Die Rechtsprechung hat einige Fallgruppen herausgearbeitet, bei denen von einer Weisungsabhängigkeit auszugehen ist. So liegt nach einer Entscheidung des Kassationshofes eine Weisungsabhängigkeit vor, wenn der Prinzipal die Möglichkeit hat, die Aktivitäten seines Beauftragten zu dirigieren und zu überwachen.⁶⁶ Darüber hinaus besteht nach der Rechtsprechung ein Abhängigkeitsverhältnis auch in folgenden Fällen:⁶⁷

- Der Vertreter hat konkrete Instruktionen empfangen, nach denen er Kunden besuchen muss.
- Es werden Bestimmungen ausgegeben, wonach der Vertreter mit anderen Kollegen an „Tagungen“ teilnehmen muss.
- Der Vertreter muss regelmäßig ins Büro des Unternehmers kommen.

Umstritten ist, ob auch die Pflicht des Handelsvertreters, dem Unternehmer über seine Aktivitäten Bericht zu erstatten, als Merkmal für Weisungsgebundenheit des Handelsvertreters und damit ein Abhängigkeitsverhältnis aufzufassen ist. Die Rechtsprechung verneint dies. Der Arbeitsgerichtshof⁶⁸ entschied, dass diese Pflicht zwar ein Merkmal der engen Zusammenarbeit zwischen den Parteien sei, nicht aber ein Abhängigkeitsverhältnis zwischen ihnen darstelle. Ist der Handelsvertreter hingegen zur Vorlage eines medizinischen Attestes im Krankheitsfall

⁶⁶ Cass, 20.10.1976, Pas. 1977, 223 ff.

⁶⁷ Trav. Liège, 8.2.1971, Jur. Liège, 1970-71; Trav. Gand, 9.11.1972, J.T.T. 1973, 233; Trav. Liège, 22.3.1973, J.T.T. 1973, 254; Trav. Verviers, 31.1.1979, J.T.T. 1979, 352

⁶⁸ J.T.T. 1978, 145

verpflichtet, so spricht dies für die gesetzliche Vermutung des Art. 4 Abs. 2 des „loi relative aux contrats de travail“, wonach der Vertrag zwischen dem Unternehmer und dem „Mittelsmann“ bis zum Beweis des Gegenteils als ein Arbeitsvertrag angesehen wird.⁶⁹

Ein deutliches Merkmal für die Eigenschaft des Mittelsmanns als selbstständiger Handelsvertreter ist die Eintragung in das Handelsregister.⁷⁰ Gemäß Art. 4 der die Gesetze über das Handelsregister zusammenfassenden Königlichen Verordnung vom 20.7.1964 war jede belgische oder ausländische natürliche oder juristische Person, die irgendeine Handelstätigkeit (in engerem Sinne als dem „acte qualifié commercial“ i.S.d. Art. 1 Code de Commerce⁷¹) in Belgien ausüben will, dazu verpflichtet, die Eintragung im Handelsregister zu beantragen. Handelsvertreter waren zwar nicht zur Eintragung im Handelsregister verpflichtet, sie konnten sich jedoch gemäß Art. 3 dort eintragen lassen. Bis zur Erbringung des Gegenteils erzeugt die Eintragung im Handelsregister die Vermutung der Kaufmannseigenschaft (und damit auch der Selbstständigkeit).

Per Gesetz vom 16.1.2003 ist das Handelsregister durch die sog. Unternehmensdatenbank ersetzt worden, in die sich alle wirtschaftlichen und sozialen Akteure, die auf belgischem Hoheitsgebiet unternehmerisch tätig sind (mithin auch entsprechende Handelsvertreter), einzutragen haben. Die Eintragungen werden ab dem 1.7.2003 von sog. „Unternehmensschaltern“ vorgenommen. Dabei handelt es sich um private Einrichtungen, die von der Regierung anerkannt und mit besonderen Aufgaben beauftragt sind. Gemäß Art. 33 S. 2 des Gesetzes begründet ein solcher Eintrag bis zum Beweis des Gegenteils die Kaufmannseigenschaft.⁷² Im Übrigen richtet sich die Beantwortung der Frage, ob ein Fall des „agent commercial“ oder vielmehr ein solcher des „représentant de commerce“ vorliegt, nach der jeweiligen vertraglichen Ausgestaltung. Für die Einordnung als „représentant de commerce“ spricht etwa die Verpflichtung des Unter-

⁶⁹ Trav. Liège, J.T.T. 1973, 254; Trav. Bruxelles, J.T.T. 1976, 54

⁷⁰ Kocks, Rz 14; van Ryn, traité de droit commercial, Bd. I, 1976, Fn. 329

⁷¹ Vgl. hierzu II.

⁷² Näheres zu Unternehmensdatenbank und Unternehmensschaltern unter www.mineco.fgov.be

nehmers, Kosten des Vertreters wie Fahrtkosten, Telefonkosten, Hotelkosten etc. an diesen zu überweisen.⁷³

II. Gewerbetreibender

Gemäß Art. 28 HVG i.V.m. Art. 1 Code de Commerce ist der Handelsvertreter Kaufmann.

Die in Art. 1 Code de Commerce enthaltene Definition des Kaufmanns lässt sich übersetzen als „berufsmäßige Ausübung von Handelsgeschäften“. Im Unterschied zum deutschen Recht enthält diese Definition also nicht den Begriff des „Gewerbes“.

Berufsmäßig („profession habituelle“) ist die Ausübung von Handelsgeschäften indes nur dann, wenn ein gewisses Maß an Organisation gegeben ist, die Tätigkeit regelmäßig ausgeübt wird und eine Gewinnerzielungsabsicht vorliegt.⁷⁴ Dies entspricht dann allerdings im Wesentlichen dem in Deutschland entwickelten (gewerberechtlichen) Gewerbebegriff. Im Unterschied zum nach der Handelsrechtsreform geltenden deutschen Recht ist der Kaufmannsbegriff aber von ganz bestimmten Geschäftsvorgängen, nämlich den „actes qualifiés commerciaux par la loi“, abhängig. Derartige „actes qualifiés“ sind gemäß Art. 28 HVG auch „alle Verpflichtungen von Handelsvertretern durch Vermittlung und Abschluss von Geschäften“. Nicht erforderlich ist somit für den Kaufmannsbegriff, dass der Handelsvertreter im eigenen Namen und auf eigene Rechnung handelt, wie das etwa in Frankreich der Fall ist. Dort ist folgerichtig der Handelsvertreter auch kein Kaufmann.⁷⁵

⁷³ Trav. Bruxelles, J.T.T. 1971, 200; Kocks, Rz 15, m.w.N.

⁷⁴ Sonnenberger/Autexier, 185; Schmidt, Introduction à la langue française, 169

⁷⁵ Sonnenberger/Autexier, 204

III. Abschluss oder Vermittlung

Kennzeichnend für die Tätigkeit des Handelsvertreters ist – wie auch im deutschen Recht – die Vermittlung oder der Abschluss von Geschäften. Daran fehlt es, wenn die Aufgabe des Mittelsmannes lediglich in Kundenbesuchen und der Anpreisung bestimmter Produkte besteht.⁷⁶

IV. „Ständig betraut“

Der Handelsvertreter muss ständig mit dem Unternehmer in Verbindung stehen. Das heißt, die Tätigkeit des Handelsvertreters muss so ausgerichtet sein, dass sie dieser in die Verkaufs- und Vertriebspolitik des Unternehmers einfügen kann.⁷⁷

V. Im Namen und auf Rechnung des Unternehmers

Nach Maßgabe der Handelsvertreterrichtlinie⁷⁸ ist auch im belgischen Recht für den Handelsvertreter kennzeichnend, dass er nicht im eigenen Namen und auf eigene Rechnung kauft, sondern im Namen und auf Rechnung des Unternehmers auftritt. Im Unterschied zum deutschen Recht erwähnt das belgische Gesetz in Art. 1 Abs. 1 das Begriffsmerkmal „auf Rechnung des Unternehmers“ ausdrücklich.

Hinsichtlich der Frage, ob die Tätigkeit „im Betrieb des Unternehmers“ stattfinden muss und was dies im Einzelnen bedeutet, gelten die unter 1. Abschnitt F. gemachten Ausführungen entsprechend. Denkbar wäre, dies bereits deshalb anzunehmen, weil die dem belgischen Handelsvertretergesetz zugrunde liegende EG-Richtlinie weitgehend auf Bestimmungen des deutschen Handelsvertreterrechts fußt (s.o.). Wie oben jedoch dargelegt, folgt aus der Tatsache, dass die Richtlinie auf Bestimmungen des deutschen Handelsvertreterrechts basiert, nicht zwin-

⁷⁶ Cass., Pas. I 1970, 387

⁷⁷ Hering, RIW 1994, 629 (630)

⁷⁸ Vgl. 1. Abschnitt F.

gend, dass Zweifelsfragen immer nach dem Vorbild des deutschen Handelsvertreterrechts zu lösen sind. Die Tatsache, dass sich die Richtlinie häufig der Diktion des deutschen Handelsvertreterrechts bedient, reicht als Begründung für die entsprechende Geltung der unter 1. Abschnitt F. gemachten Ausführungen somit nicht aus. Entscheidend hierfür ist vielmehr die gleiche Interessenlage, die keine Anhaltspunkte dafür bietet, dies im belgischen Recht anders als im deutschen Recht zu regeln.

Im Unterschied zum deutschen Recht macht es keinen Unterschied, ob der Handelsvertreter seine Tätigkeit haupt- oder nebenberuflich ausübt. Dies entspricht auch der in Art. 1 Code de Commerce enthaltenen Definition des Kaufmanns, die ausdrücklich auch die nebenberuflichen Tätigkeiten („soit à titre d’appoint“) in den Kaufmannsbegriff mit einbezieht.

C. Abgrenzung von Vertragshändler, Kommissionär, Handelsmakler

I. Vertragshändler

Der Vertragshändler handelt im Unterschied zum Handelsvertreter im eigenen Namen und auf eigene Rechnung. Auch insoweit besteht kein Unterschied zu der Rechtslage in Deutschland.

Hervorzuheben ist allerdings, dass im Gegensatz zu vielen anderen europäischen Gesetzgebern der Alleinvertriebshändler durch das Alleinvertriebsvertragsgesetz vom 27.7.1961 gegen eine mögliche unzeitige Kündigung seitens seines Lizenzgebers geschützt ist.

II. Kommissionär

Schließlich gibt es auch Parallelen zwischen deutschem und belgischem Recht, was die Abgrenzung des Handelsvertreters vom Kommissionär anbetrifft.

Nach belgischem Recht ist Kommissionär ein Kaufmann, der es gewerbsmäßig übernimmt, Handelsgeschäfte für Rechnung eines anderen im eigenen Namen vorzunehmen. Im Unterschied zu Deutschland finden sich diese Vorschriften über den Kommissionär allerdings nicht in dem deutschen HGB entsprechenden Code de Commerce, sondern im Recht über die Stellvertretung, das in Art. 1984 ff. CC geregelt ist.

III. Handelsmakler

Ebenso wie nach deutschem Recht ist Handelsmakler, wer gewerbsmäßig für andere Personen die Vermittlung übernimmt, ohne von ihnen aufgrund eines Vertragsverhältnisses ständig damit betraut zu sein. Besondere Arten des Handelsmaklers sind:

- der Börsenmakler
- der Wechselagent
- der Schiffsmakler.

3. Abschnitt Funktionsvergleich

Die Funktion eines juristischen Begriffs, so auch die des Handelsvertreters, liegt zunächst einmal darin, ein praktikables Instrument für die Rechtsanwendung an die Hand zu geben. Hinsichtlich der erforderlichen Selbstständigkeit haben das belgische und das deutsche Recht denselben Ausgangspunkt, nämlich die Weisungsunabhängigkeit. Die deutsche Rechtslage wird jedoch insoweit komplexer, als durch die gesetzlich normierten Rechtsfiguren des „arbeitnehmerähnlichen Handelsvertreters“ bzw. „arbeitnehmerähnlichen Selbstständigen“ neue zusätzliche Aspekte zur Beurteilung der für den Handelsvertreter erforderlichen Selbstständigkeit geschaffen wurden.

Was den in Deutschland erforderlichen Betrieb eines Gewerbes anbelangt, sind die Anforderungen in Belgien dadurch im Wesentlichen gleich, dass der Handelsvertreter Kaufmann ist und dies wiederum „berufsmäßige Ausübung“ voraus-

setzt. Allerdings rekuriert der deutsche Gesetzgeber hier gleich auf ein ganzes eigenständiges Rechtsgebiet – nämlich das Gewerberecht –, was wiederum die dort erörterten Abgrenzungsfragen auch in die Definition des Handelsvertreters einfließen lässt. Das in Belgien erforderliche Kriterium der „berufsmäßigen Ausübung“ ist daher schlichter und wirft von vornherein weniger Fragen auf.

Bezüglich der sowohl nach belgischem als auch nach deutschem Recht erforderlichen „ständigen Betrauung“ ist die im deutschen Recht verwendete Definition, „dass der Tätigkeit des Handelsvertreters ein Dienstvertrag über eine Geschäftsbesorgung zugrunde liegt“, präziser und juristisch greifbarer als eine „Einfügung in die Verkaufs- und Vertriebspolitik des Unternehmers“.

Ein weiterer Unterschied zwischen dem belgischen und dem deutschen Handelsvertreterbegriff besteht in der in Belgien fehlenden Differenzierung danach, ob der Handelsvertreter seine Tätigkeit haupt- oder nebenberuflich ausübt. Auch insoweit ist die belgische Regelung einfacher zu handhaben. Schwierige Abgrenzungsfragen werden dadurch vermieden.

Alles in allem ist der belgische Begriff des Handelsvertreters schnörkelloser und im Vergleich zum deutschen Begriff des Handelsvertreters auch für den Rechtspraktiker anwendungsfreundlicher.

Daneben hat die Herausbildung eines Handelsvertreterbegriffs aber auch die Funktion, sich klar von anderen Formen der Vermittlungstätigkeit abzugrenzen. Was die Abgrenzung zum Vertragshändler, Kommissionär oder Handelsmakler anbelangt, so gibt es hier zwischen dem deutschen und belgischen Handelsvertreterbegriff keinen wesentlichen Unterschied. Anders verhält es sich dagegen im Hinblick auf die Abgrenzung zum Angestellten. Die Rechtsfigur des „arbeitnehmerähnlichen Handelsvertreters“ im deutschen Recht schafft hier, insbesondere vor dem Hintergrund des arbeitnehmerähnlichen Selbstständigen (s.o.), zusätzliche Facetten und wirkt insoweit erschwerend.

Die Funktion eines juristischen Begriffs erschöpft sich indes nicht nur darin, klare und praktisch handhabbare Linien zu ziehen. Die juristischen Begriffe existieren

nicht um ihrer Selbst oder einer dogmatischen Klarheit willen, sondern haben sich in einen angemessenen und gerechten Interessenausgleich, dem letztlich alle Zivilrechtsnormen einschließlich der sie prägenden Begriffe dienen, einzufügen. Betrachtet man vor diesem Hintergrund die Rechtsfiguren des arbeitnehmerähnlichen Handelsvertreters sowie des Scheinselbstständigen bzw. des arbeitnehmerähnlichen Selbstständigen, so kommt insoweit das zu erstrebende Ziel, die Begriffe in den Dienst der Interessenjurisprudenz zu stellen, besser zur Geltung. Denn diese Rechtsfiguren erstreben die Herbeiführung eines Interessenausgleichs zwischen rechtlicher Selbstständigkeit auf der einen und faktischer wirtschaftlicher Abhängigkeit auf der anderen Seite.

2. Kapitel Insolvenz von Unternehmer/Handelsvertreter/geworbener Kunde

Was die insolvenzrechtliche Stellung des Handelsvertreters anbelangt, so ist diese in der Handelsvertreterrichtlinie nicht geregelt. Maßgeblich sind hier allein die autonomen nationalen Regelungen.

Es lassen sich drei Fallgruppen unterscheiden:

- Der vertretene Unternehmer wird insolvent.
- Der Handelsvertreter selbst wird insolvent.
- Der geworbene Kunde wird insolvent.

1. Abschnitt Insolvenz des vertretenen Unternehmers

Da der Handelsvertreter nicht über ein soziales Netz verfügt, das ihn im Falle der Insolvenz des vertretenen Unternehmers auffängt⁷⁹, ist für ihn die Frage, ob und inwieweit seine Ansprüche gegenüber den Ansprüchen anderer Gläubiger des Unternehmers bevorrechtigt bzw. privilegiert sind, von entscheidender Bedeutung.

⁷⁹ Vgl. Hoffstadt, DB 1983, 645; Uhlenbruck – Berscheid, § 115, Rz 8

A. Auswirkungen auf den Handelsvertretervertrag

I. Deutsches Recht

1. Erlöschen des Handelsvertretervertrages

Für die Beantwortung der Frage, welche Ansprüche des Handelsvertreters überhaupt in Betracht kommen, sind die Rechtsfolgen der Insolvenz auf den Vertrag entscheidend.

Gemäß § 115 Abs. 1 InsO erlischt ein vom Schuldner erteilter Auftrag, der sich auf das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen bezieht, durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Gemäß § 35 InsO umfasst die Insolvenzmasse das gesamte Vermögen, das dem Schuldner zur Zeit der Verfahrenseröffnung gehört. Die in § 115 InsO angeordnete Rechtsfolge bezieht sich gemäß § 116 S. 1 InsO auch auf Geschäftsbesorgungsverträge.

Fraglich ist, ob „Erlöschen des Auftrags“ in § 115 Abs. 1 InsO das Erlöschen des durch die Annahme des Auftrags zustande gekommenen Vertrags meint⁸⁰ oder lediglich eine von dem Auftragsverhältnis insgesamt zu unterscheidende Geschäftsführungsbefugnis, eine Ermächtigung zur Geschäftsbesorgung.⁸¹ Für Letzteres wird eine Parallele zur BGB-Gesellschaft gezogen, die mit Insolvenzeröffnung aufgelöst werde, ohne damit völlig verschwunden zu sein.⁸² Dagegen spricht aber, dass es sich bei der durch Geschäftsbesorgungsvertrag begründeten Geschäftsführungsbefugnis nicht um eine vom zugrunde liegenden Rechtsverhältnis losgelöste Rechtsmacht handelt, sondern lediglich um eine abbreviative Bezeichnung der aus diesem Vertragsverhältnis resultierenden Rechte und Pflichten des Geschäftsbesorgers. Diese können nicht unter Aufrechterhaltung des Vertragsverhältnisses im Übrigen erlöschen, da sie vielmehr den Kern des

⁸⁰ So Jaeger/Henckel, KO, § 23, Rz 41, 42, 43, 45, 47; Wochner, ZEV 1991, 125 (127); MüKo InsO – Ott, § 115, Rz 13; LG Essen, ZIP 1996, 1878 (1879); BGH, NJW 1990, 510 (zwar spricht der BGH nach einem Erlöschen des Vertrages auch von einem Erlöschen des „Mandats“; dies steht aber nicht notwendigerweise in einem Widerspruch zueinander (siehe auch im Folgenden)).

⁸¹ So HK – Marotzke, § 115, Rz 4

⁸² Marotzke, ebenda

Vertragsverhältnisses bilden.⁸³ Da der Geschäftsbesorger und der Geschäftsherr im Unterschied zur BGB-Gesellschaft kein gemeinschaftliches Vermögen begründet haben, besteht für eine vorübergehende Aufrechterhaltung des Vertragsverhältnisses als Liquidationsverhältnis kein Anlass.⁸⁴ Da der Handelsvertretervertrag nach ganz h. M.⁸⁵ zutreffend als Geschäftsbesorgungsvertrag qualifiziert wird und er sich auf das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen bezieht, erlischt folglich mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens der Handelsvertretervertrag – und zwar insgesamt.

Da das Vertragsverhältnis insgesamt erlischt, bleibt auch für die Ausübung des Wahlrechts für den Insolvenzverwalter gemäß § 103 InsO nur dann Raum, wenn dieses nicht mit dem Fortbestehen des Vertrages einhergeht. Würde das Wahlrecht immer mit dem Fortbestehen des Vertrages einhergehen, so wäre bereits deshalb bei einer Insolvenz des Unternehmers kein Wahlrecht im Hinblick auf die Erfüllung des Handelsvertretervertrages gegeben. Denn der Handelsvertretervertrag besteht ja gerade nicht fort. Dies bedeutet aber noch nicht, dass dann, wenn das Wahlrecht nicht mit dem Fortbestehen des Vertrages einhergeht, es auch bestünde. Denkbar ist vielmehr, dass dies aus anderen Gründen nicht der Fall ist (vgl. hierzu im Folgenden).

Die Rechtsprechung ging bis zum Jahre 1988 davon aus, dass bis zu einer Erfüllungsablehnung der Vertrag unverändert fortbesteht.⁸⁶ Erst mit der Erfüllungsablehnung werde das Vertragsverhältnis derart umgestaltet, dass anstelle der wechselseitigen Leistungsansprüche eine Forderung des Vertragsgegners wegen Nichterfüllung trete.⁸⁷

Im Jahre 1988 änderte der BGH dann seine Haltung.⁸⁸ Hiernach hat bereits die Eröffnung des Konkursverfahrens rechtsgestaltende Wirkung und führt zum Erlö-

⁸³ MüKo InsO – Ott, § 115, Rz 14

⁸⁴ Ott, ebenda

⁸⁵ Vgl. Hopt, § 86, Rz 1, m.w.N.; von Hoyningen-Huene, § 84, Rz 67; Ulmer, Der Vertragshändler, 289

⁸⁶ BGH, NJW 1986, 2948

⁸⁷ BGH, ebenda

⁸⁸ BGH, NJW 1988, 1790; NJW 1989, 1282

schen der Erfüllungsansprüche. Durch das Erfüllungsverlangen entstünden die zunächst erloschenen Erfüllungsansprüche dann neu.⁸⁹

Dem steht die Auffassung gegenüber, dass der Erfüllungsanspruch mit Insolvenzeröffnung fortbestehe, aber seine Durchsetzbarkeit verliere.⁹⁰

In einer jüngsten Entscheidung hat der BGH seine seit 1988 ergangene Rechtsprechung wieder abgeschwächt.⁹¹ Darin heißt es, dass die Eröffnung des Insolvenzverfahrens kein Erlöschen der Erfüllungsansprüche aus gegenseitigen Verträgen i.S. einer materiellrechtlichen Umgestaltung bewirke. Vielmehr würden die noch offenen Ansprüche im Insolvenzverfahren lediglich ihre Durchsetzbarkeit verlieren. Wähle der Insolvenzverwalter Erfüllung, so erhielten die Erfüllungsansprüche die Qualität von originären Forderungen der Masse und gegen diese im Rahmen der §§ 91, 96 InsO. Mit diesem Urteil hat der BGH seine schon vorher⁹² begonnene Distanzierung von der reinen Erlöschenstheorie fortgesetzt.

Meines Erachtens kann es für die Beantwortung der Frage, ob bei Erlöschen des Geschäftsbesorgungsvertrages dem Insolvenzverwalter des Geschäftsherrn ein Wahlrecht gemäß § 103 InsO zusteht, aber letztlich offen bleiben, welcher Theorie man sich hier anschließt. Hätte der Gesetzgeber ein solches Wahlrecht einräumen wollen, hätte er dies in §§ 115, 116 InsO zum Ausdruck bringen können. Ist dort von einem Erlöschen des Vertrages die Rede, so wäre dort auch der richtige Ort für die Statuierung des Wahlrechts gewesen. Zumindest hätte in § 103 InsO eine Klarstellung erfolgen müssen. Dies gilt umso mehr, als bei einem Verzicht auf eine derartige Klarstellung in § 103 InsO ein solches Wahlrecht ansonsten (wenn man dem Erfordernis einer Klarstellung nicht folgt) davon abhängt, welcher Theorie man sich anschließt, was nicht im Sinne des Gesetzgebers gewesen sein kann, hätte er ein solches Wahlrecht wirklich vorsehen wollen.

⁸⁹ BGH, ebenda; zustimmend Kreft, ZIP 1997, 865 (867); Krull, ZInsO 1998, 291 (292)

⁹⁰ Marotzke, EWiR 1991, 907 (908); Schmitz, ZIP 2001, 765 (766); Kübler/Prütting – Tintelnot, § 103, Rz 12; Huber, NZI 1998, 97 (98); Bork, FS Zeuner, 297 (302)

⁹¹ BGH, ZInsO 2002, 577

⁹² BGH, ZIP 2001, 31 (32); ZIP 1996, 426 (427)

Im Ergebnis hat der Insolvenzverwalter des Geschäftsherrn bei Geschäftsbesorgungsverträgen deshalb kein Wahlrecht gemäß § 103 InsO. Die §§ 115, 116 InsO sind somit bezüglich der Auswirkungen der Insolvenzeröffnung auf den Handelsvertretervertrag abschließend.⁹³

Die Vorschrift des § 115 Abs. 1 InsO entspricht derjenigen des § 23 S. 1 KO.

Die in § 23 KO geregelte Beweislast ist in § 115 Abs. 1 S. 1 InsO umgekehrt worden. Der in § 23 KO geregelte Einwand der fehlenden Beziehung zur Konkursmasse ist in § 115 Abs. 1 S. 1 InsO als Tatbestandsmerkmal formuliert, dessen Vorliegen derjenige darzulegen und zu beweisen hat, zu dessen Gunsten die Rechtsfolge des Erlöschens des Vertragsverhältnisses eintritt.

2. Erlöschen der Vollmacht

Ebenso wie zu § 23 KO so stellt sich auch zu § 115 Abs. 1 S. 1 InsO die Frage, ob mit dem Auftrag bzw. dem Geschäftsbesorgungsvertrag auch die dem Handelsvertreter unwiderruflich erteilte Vollmacht erlischt.

Während in der Konkursordnung diese Frage nicht geregelt war, ist dies für das geltende Recht in § 117 Abs. 1 InsO nunmehr klargestellt. Danach erlischt die Vollmacht. Fraglich ist, ob diese Vorschrift für Aufträge oder Geschäftsbesorgungsverträge (wie den Handelsvertretervertrag) nur deklaratorische oder aber konstitutive Bedeutung hat.

Ersteres ist dann der Fall, wenn keiner der Ausnahmetatbestände vorliegt, wonach nicht bereits nach § 168 BGB i.V.m. § 115 Abs. 1 S. 1 InsO die Vollmacht erlischt. Solche Ausnahmetatbestände sind die keinen Aufschub duldende Geschäftsbesorgung gemäß § 115 Abs. 2 S. 1 InsO und die schuldlose Unkenntnis des Geschäftsbesorgers von der Eröffnung des Insolvenzverfahrens gemäß §§ 116 S. 1, 115 Abs. 3 S. 1 InsO.

⁹³ Gottwald – Huber, § 36, Rz 38; Uhlenbruck – Berscheid, § 103, Rz 9

Liegt allerdings einer dieser Ausnahmetatbestände vor, so hat die Regelung in § 117 Abs. 1 InsO konstitutiven Charakter. Voraussetzung ist freilich, dass überhaupt ein Geschäftsbesorgungsverhältnis besteht. Dies ist nicht der Fall, wenn der Bevollmächtigte nicht im Interesse des Prinzipals handelt, sondern dies eigennützig tut („procurator in rem suam“). In diesem Fall liegt überhaupt kein Auftrags- bzw. Geschäftsbesorgungsverhältnis vor, da man sich nicht selbst Dienste leisten kann.⁹⁴

II. Belgisches Recht

1. Reform des Insolvenzrechts

Das belgische Insolvenzrecht ist mit dem „loi du 8 août 1997 sur les faillites“ und dem „loi du 17 juillet relative au concordat judiciaire“⁹⁵ reformiert worden. Hintergrund ist eine Verdoppelung der Anzahl der Konkursverfahren in den Jahren von 1980 bis 1996, die den Gesetzgeber veranlasste, zu intervenieren.⁹⁶ Auf der Basis eines Gesetzentwurfes vom 7.3.2001 ist mit Wirkung zum 4.9.2002 das Insolvenzrecht weiteren Reformen unterzogen worden.⁹⁷ Ziel dieser neuerlichen Reformen ist es, durch einige ergänzende und ersetzende Regelungen den Zielen der Insolvenzrechtsreform 1997 zu noch mehr Effizienz zu verhelfen. In der Begründung des Gesetzentwurfes wird ausdrücklich klargestellt, dass der Gesetzentwurf nicht zum Ziel hat, die wesentlichen Weichenstellungen der Insolvenzrechtsreform in Frage zu stellen.⁹⁸ Der Gesetzentwurf wird derzeit noch zwischen Senat und Abgeordnetenhaus beraten. Auf die im Rahmen der vorliegenden Arbeit erörterten Rechtsfragen haben die zwischenzeitlich in Kraft getretenen Änderungen aber keinen Einfluss, sodass darauf im Folgenden nicht näher eingegangen wird.

⁹⁴ Müller-Freienfels, Die Vertretung beim Rechtsgeschäft, 333

⁹⁵ M.B., 28 octobre 1997, 28550-28562; 28562-28586

⁹⁶ Verougstraete, Nr. 2

⁹⁷ La loi modifiant la loi du 8 août 1997 sur les faillites, le Code Judiciaire et le Code des Sociétés; Moniteur Belge vom 28.10.1997, 28.550.

⁹⁸ Vgl. S. 3 von COC 50 1132/001 unter <http://www.lachambre.be/cgi-bin/docs.bat?!=f&dir=1132>

Auch künftig gibt es in Belgien kein einheitliches Insolvenzverfahren. Vielmehr muss zwischen dem Konkurs und dem Vergleichsverfahren unterschieden werden. Daneben gibt es das Institut des Zahlungsaufschubs („sursis de paiement“).

Allen drei Varianten ist gemeinsam, dass sie nur auf Kaufleute i.S.d. Art. 1 Code de commerce anwendbar sind. Für Privatpersonen oder solche Rechtspersonen, die keine Kaufleute sind, ist mit dem Gesetz zur „kollektiven Schuldentilgung“ ab dem 1.1.1999 ein Verfahren eingeführt worden, das dem Schuldner die Möglichkeit der Restschuldbefreiung nach Abschluss eines Schuldentilgungsverfahrens einräumt.⁹⁹

Gegenstand der vorliegenden Arbeit soll allein das Konkursverfahren sein. Es eignet sich am besten zu einem Vergleich mit der nach deutschem Recht bestehenden Lage des Handelsvertreters in der Insolvenz. Das im Gesetz zur kollektiven Schuldentilgung geregelte Verfahren scheidet schon allein deshalb als Gegenstand der Untersuchung aus, weil es nur auf Nichtkaufleute Anwendung findet und folglich nicht auf den Handelsvertreter i.S.d. „agent commercial indépendant“.

Wie auch nach deutschem Recht lassen sich drei Konstellationen unterscheiden:

- der Konkurs des vertretenen Unternehmers
- der Konkurs des Handelsvertreters und
- der Konkurs des geworbenen Kunden

Ebenso wie in Deutschland verfügt auch in Belgien der Handelsvertreter nicht über ein soziales Netz, das ihn im Falle eines Konkurses des vertretenen Unternehmers auffängt. Auch nach belgischem Recht stellt sich für den Handelsvertreter deshalb die Frage, ob und inwieweit seine Ansprüche gegenüber den Ansprüchen anderer Gläubiger des Unternehmens bevorrechtigt bzw. privilegiert sind.

⁹⁹ Vgl. hierzu im Einzelnen: Demeyere/Everaert, 165 (189 f.)

2. Beendigung des Handelsvertretervertrages

Der Handelsvertretervertrag ist nach belgischem Rechtsverständnis ein sog. Vertrag „intuitu personae“. Darunter wird ein Vertrag verstanden, dessen Ausführung durch eine der Vertragsparteien die andere Partei wesentlich dazu bestimmt hat, den Vertrag abzuschließen.¹⁰⁰ Die Qualifizierung eines Vertrages als „intuitu personae“ ist ein Ansatzpunkt, den das belgische (und das französische) Recht bietet, um einen Vertrag – abgesehen von einer Kündigungsmöglichkeit – aufzuheben, wenn Umstände, welche die Vertragsparteien bei Vertragsschluss zugrundegelegt haben, plötzlich wegfallen. Insoweit liegen hier Parallelen zu dem Institut des Wegfalls der Geschäftsgrundlage nach deutschem Recht.

Für andere, objektive Umstände bietet das belgische Recht dagegen nach deren Wegfall nicht die Möglichkeit einer Vertragsbeendigung oder -anpassung.¹⁰¹ Während grundsätzlich die Eröffnung eines Konkursverfahrens keine Auswirkungen auf bestehende Verträge hat¹⁰², spricht der Charakter eines Vertrages als „intuitu personae“ dafür, dass der Vertrag mit der Eröffnung eines Konkursverfahrens beendet wird. Denn durch den Konkursbeschluss ist der Gemeinschuldner gehindert, seine Pflicht zu erfüllen.¹⁰³

Fraglich ist, ob für den Handelsvertretervertrag im Falle des Konkurses eine Vertragsbeendigung aufgrund der Qualifikation eines Vertrages als „intuitu personae“ überhaupt in Betracht kommt. Denkbar ist, die Vorschriften des belgischen Handelsvertretervertrages über die Beendigung von Handelsvertreterverträgen als abschließend zu betrachten. Hiergegen spricht aber, dass das Handelsvertretergesetz – ebenso wie die Richtlinie – den Fall des in Konkurs gefallenen Handelsvertreters/Unternehmers gar nicht regelt. Ist eine bestimmte Konstellation aber gar nicht „sedes materiae“, so können die getroffenen Regelungen für diese Konstellation auch nicht maßgeblich sein. Die Regelungen des belgischen Handelsvertretergesetzes wie auch der Handelsvertreterrichtlinie stehen somit einer

¹⁰⁰ Vgl. Jassogne, *Traité* II, Nr. 476; Hoffmann, 142; Hansenne, *Introduction au droit privé*, 106

¹⁰¹ Vgl. Philippe/Herring, *RIW* 2001, 270 ff.

¹⁰² Verougstraete, Nr. 571

¹⁰³ Jassogne, a.a.O.; Frédéricq, *Traité de droit commerciale belge*, Bd. VII, Nr. 359

Beendigung des Vertrages wegen der Qualifizierung als „intuitu personae“ nicht entgegen.

In einem Urteil zu einer Zahlungsanweisung, die der Gemeinschuldner einem Kreditinstitut zur gestaffelten Zahlung an einen Dritten mittels Abhebung von einem eigens eingerichteten Konto erteilt hat, entschied der „Cour d'appel de Mons“, dass es sich bei der Anweisung um einen Vertrag¹⁰⁴ „intuitu personae“ handelt und diese Anweisung deshalb mit Eröffnung eines Konkurs- oder Vergleichsverfahrens (im vorliegenden Fall handelte es sich um ein Vergleichsverfahren) grundsätzlich erlischt.¹⁰⁵

Eine Ausnahme dieses Prinzips liegt nach Auffassung des Gerichts indes dann vor, wenn die Anweisung von gemeinsamem Interesse ist, sei es im Interesse mehrerer Anweisender oder auch im Interesse des Anweisenden und des Dritten, weil sie im Zusammenhang mit einem synallagmatischen Verhältnis gesehen werden muss. Dies sei hier der Fall, weshalb die Anweisung letztlich trotz Eröffnung des Vergleichsverfahrens wirksam bleibe.

Diese Entscheidung ist unter zwei Gesichtspunkten interessant. Zum einen hat sie das für die Fälle von „mandats“ von ihr zunächst erklärte Prinzip der Beendigung solcher Vertragsverhältnisse durch Konkurs oder Vergleich¹⁰⁶ letztlich zur Ausnahme gemacht. Denn gerade der Bereich der Bevollmächtigungen ist in der Regel in Zusammenhang mit der Erfüllung eines synallagmatischen Vertrages zu sehen, sodass das zur Aufrechterhaltung eines „mandat“ geforderte gemeinsame Interesse in der Regel gegeben sein dürfte. Andererseits führt das Gericht in seiner Begründung auch aus, dass – wenn ein solches gemeinsames Interesse an der Aufrechterhaltung nicht vorliegt – ein Vertrag durch die Eröffnung des Konkursverfahrens im vollen Umfang beendet wird. Letzteres steht im Gegensatz zu Stimmen aus der Literatur. So wird teilweise hervorgebracht, dass die Auswir-

¹⁰⁴ Anders als im BGB ist das „mandat“ i.S.d. Art. 1984 ff. CC ein Vertrag (vgl. Hübner/Constantinesco, 151

¹⁰⁵ R.R.D. '91, 288

¹⁰⁶ So auch Cloquet, *novelles*, 1474; Tribunal de commerce de la Seine 23.1.1958 in: *Rev. trim. Com.* 1959, 195, Nr. 54

kungen eines Konkurses vom Grad der „intuitu personae“ abhängen.¹⁰⁷ Darüber hinaus wird sowohl auf die Möglichkeit hingewiesen, bereits im Rahmen des Vertrages die Fortsetzung des Vertrages durch den Konkursverwalter vorzusehen, als auch darauf, dass sich der Konkursverwalter mit einem Dritten über die Fortsetzung des Vertrages einigt.¹⁰⁸

Andere wiederum¹⁰⁹ stellen darauf ab, ob der Vertrag mehr auf das persönliche Können des Gemeinschuldners oder auf dessen Vermögen abzielt. Im letzteren Fall könne der Konkursverwalter die Fortsetzung des Vertrages wählen.

Meines Erachtens ist für die Frage der Beendigung des Vertrages entscheidend, ob der Fortbestand des Vertrages für die Konkursmasse vorteilhaft ist. Der Gläubigerschutz genießt hier Vorrang gegenüber den Interessen des Vertragspartners, dass der Gemeinschuldner selbst seine Verpflichtung erfüllt bzw. dass über dessen Vermögen kein Konkursverfahren eröffnet ist. Allerdings steht eine Fortsetzung des Vertrages nur dann im Interesse der Konkursmasse und damit der Gläubiger, wenn nicht zu erwarten ist, dass die Konkursmasse durch das Handeln dritter Personen, die etwa der Gemeinschuldner noch mit der Besorgung von Geschäften beauftragt hat (wie den Handelsvertreter), beeinträchtigt wird. Ob dies der Fall ist, kann nur für den jeweiligen Einzelfall entschieden werden. Dabei wird insbesondere die Zuverlässigkeit des Handelsvertreters sowie die voraussichtliche Zahlungsmoral der bislang von ihm vermittelten Kunden einzubeziehen sein.

Die zum deutschen Recht geäußerte Ansicht, nicht der Geschäftsbesorgungsvertrag insgesamt, sondern lediglich eine durch ihn begründete Geschäftsführungsbefugnis würde durch die Konkursöffnung erlöschen, findet sich im belgischen Recht nicht.

Ein § 103 InsO entsprechendes Wahlrecht des Insolvenzverwalters ist in Art. 46 „loi sur les faillites“ geregelt. Im Unterschied zur Rechtslage in Deutschland statuiert Art. 46 Abs. 3 klar, dass der Vertragsgegner einen Anspruch auf Erfüllung als

¹⁰⁷ Jassogne, Les contrats de distribution, 53

¹⁰⁸ Jassogne, Traité II, 476

¹⁰⁹ Delvaux/Dessard, Nr. 341

Masseforderung nur dann hat, wenn er seinerseits die entsprechende Gegenleistung nach Konkurseröffnung erbracht hat.

Geht man von einem Erlöschen des Handelsvertretervertrages mit Konkurseröffnung aus, so stellt sich auch hier die Frage nach einem Wahlrecht des Konkursverwalters des Geschäftsherrn auf Erfüllung. Ebenso wie im deutschen Recht so führt dies auch hier zunächst zu der Frage, ob das Wahlrecht in Art. 46 den Fortbestand der vertraglichen Ansprüche voraussetzt. Eine dezidierte Meinung in Literatur und Rechtsprechung gibt es hierzu nicht.¹¹⁰ Eine den §§ 115, 116 InsO entsprechende Regelung über das Erlöschen von Geschäftsbesorgungsverträgen fehlt im belgischen Recht. Für Verträge „intuitu personae“, bei denen die Möglichkeit des Erlöschens des Vertragsverhältnisses mit Konkurseröffnung besteht, hätte vor dem Hintergrund, dass nach dem Wortlaut des Art. 46 „loi sur les faillites“ ein solches Erlöschen mit der Ausübung des Wahlrechtes nicht einhergeht, aber zumindest eine entsprechende Klarstellung in Art. 46 „loi sur les faillites“ erfolgen müssen, hätte der Gesetzgeber ein Wahlrecht für den Konkursverwalter des Geschäftsherrn vorgesehen. Da dies nicht der Fall ist, kann auch nicht von einem solchen ausgegangen werden.

3. Erlöschen der Vollmacht

Das belgische Recht, das insoweit mit dem französischen Recht identisch ist, unterscheidet nicht zwischen Auftrag und Bevollmächtigung. Dies drückt sich darin aus, dass die Erteilung der Vollmacht durch einen Vertrag zwischen Auftraggeber und Beauftragtem des Inhalts, dass der Beauftragte im Namen des Auftraggebers tätig wird, erfolgt.¹¹¹ Dieser Vertrag bildet wiederum den Kern des Handelsvertretervertrags. Wird nun der Handelsvertretervertrag durch die Konkurseröffnung beendet, so erlischt folgerichtig auch die Vollmacht. Bleibt er dagegen bestehen, so umfasst er auch die Erteilung der Vollmacht.

¹¹⁰ Verougstraete (a.a.O., Nr. 576) spricht von nach Konkurseröffnung entstandenen Forderungen („nées postérieurement à la faillite“). Ohne weitere Ausführungen hierzu bleibt aber unklar, ob dies im Sinne der Entstehung von *durchsetzbaren* Forderungen oder von Forderungen *an sich* gemeint ist

¹¹¹ Vgl. Hübner/Constantinesco, 151; Art. 1984 CC

4. Kündigung

Besteht der Handelsvertretervertrag fort, so stellt sich die Frage, ob die Konkursöffnung zur Kündigung des Vertrages berechtigt. Hier ist zwischen befristeten und unbefristeten Verträgen zu unterscheiden.

a. Befristeter Vertrag

Ist der Handelsvertretervertrag befristet, so kommt sowohl eine außerordentliche als auch – im Unterschied zum deutschen Recht – eine ordentliche Kündigung in Betracht.

Die ordentliche Kündigung ist innerhalb einer einmonatigen Frist ohne Angabe eines Grundes möglich (Art. 18 HVG). Dies steht auch im Einklang mit der Handelsvertreterrichtlinie. Diese sieht in Art. 14 vor, dass sich ein auf bestimmte Zeit geschlossener Vertrag, der nach Ende seiner Laufzeit von beiden Parteien fortgesetzt wird, in einen auf unbestimmte Zeit geschlossenen Vertrag umwandelt. In Art. 16 ist ausdrücklich nur der Fall der fristlosen Beendigung des Vertragsverhältnisses vorgesehen. Im Übrigen äußert sich die Richtlinie zur Beendigung von befristeten Verträgen nicht, sodass die Statuierung einer einmonatigen Frist nicht der Richtlinie zuwiderläuft.

Die außerordentliche Kündigung erfordert das Vorliegen außergewöhnlicher Umstände („circonstances exceptionnelles“) oder einer schweren Pflichtverletzung der anderen Partei. Fraglich ist, ob der Konkurs des Unternehmers sich unter diese „circonstances exceptionnelles“ subsumieren lässt. Weder die Vorarbeiten zur Handelsvertreterrichtlinie noch zum belgischen Handelsvertretergesetz lassen genau erkennen, was im Einzelnen zu diesen „circonstances“ zu zählen ist. Es können aber zwei Voraussetzungen analysiert werden, ohne die kein außerordentlicher Umstand vorliegt.

Zum einen muss der Umstand für denjenigen, der sich darauf beruft, völlig unerwartet kommen (was nicht heißt, dass er auch objektiv gänzlich unvorhersehbar war) und zum anderen muss es sich um einen solchen Umstand handeln, der die

Fortsetzung der Zusammenarbeit unmöglich macht.¹¹² Ersteres hängt m. E. davon ab, wie groß das Verschulden des Unternehmers bezüglich seines Konkurses ist. War sie etwa wegen erheblich zu geringer Eigenkapitalausstattung (auch für den Handelsvertreter) zu erwarten, so kann sich dieser nicht auf den Konkurs des Unternehmers als außergewöhnlicher Umstand berufen. Lag es allerdings so, dass es für den Handelsvertreter nicht die geringsten Anzeichen eines bevorstehenden Konkurses des Unternehmens gab, so ist das Vorliegen eines außergewöhnlichen Umstandes nicht ausgeschlossen.

Die „Unmöglichkeit“ der Fortsetzung der Zusammenarbeit ist dahingehend zu verstehen, dass von der kündigenden Partei vernünftigerweise nicht die Fortsetzung des Vertrages erwartet werden kann.¹¹³ Dies ist bei einem Konkurs des Unternehmers der Fall. Der Handelsvertreter muss damit rechnen, dass er aus dem Konkursverfahren nur einen Bruchteil seiner ihm zustehenden Forderungen erhält. Es kann von ihm deshalb nicht erwartet werden, dass er den Vertrag fortsetzt.

Die Frage, ob das Vorliegen eines außergewöhnlichen Umstandes schließlich auch erfordert, dass den Kündigenden an diesem Umstand keine Schuld trifft¹¹⁴, kann hier offen bleiben. Denn in aller Regel trifft den Handelsvertreter an dem Konkurs des Unternehmers keine Schuld. Etwas anderes gilt dann, wenn sich der Unternehmer zum Vertrieb seiner Produkte im Wesentlichen auf einen Handelsvertreter stützt und durch dessen Fehlleistungen der Unternehmer in den Konkurs getrieben wird.

Weitere Kriterien für das Vorliegen eines außerordentlichen Umstandes kommen nicht in Betracht.

Festzuhalten ist deshalb, dass in der Regel die Frage, ob der Konkurs des Unternehmers einen „circonstance exceptionnelle“ bildet, vom Grad des Verschuldens des Unternehmers hinsichtlich seines Konkurses abhängt.

¹¹² Crahay, RDC 1995, 854

¹¹³ Crahay, ebenda

¹¹⁴ Vgl. hierzu Crahay, ebenda

b. Unbefristeter Vertrag

Hier ist zunächst nochmals auf die Besonderheit hinzuweisen, dass gemäß Art. 4 Abs. 2 HVG Handelsvertreterverträge, die nicht schriftlich abgeschlossen werden, als unbefristet gelten. Auch bei einem unbefristeten Vertrag kommt sowohl eine außerordentliche als auch eine ordentliche Kündigung in Betracht.

Hinsichtlich der außerordentlichen Kündigung gelten hier keine Besonderheiten zum befristeten Vertrag, Es kann deshalb insoweit auf die Ausführungen unter II.4.a. verwiesen werden.

Die ordentliche Kündigungsfrist richtet sich bei unbefristeten Handelsvertreterverträgen nach deren Laufzeit. Sie beträgt für das erste Jahr einen Monat und erhöht sich bis zum sechsten Jahr um jeweils einen weiteren Monat, sodass die maximale ordentliche Kündigungsfrist sechs Monate beträgt. Dies entspricht der in der Richtlinie vorgesehenen Option für die Mitgliedstaaten gemäß Art. 15 Abs. 3 S. 1.

Nach deutschem Recht dagegen beträgt die Kündigungsfrist bei unbefristeten Verträgen einen Monat im ersten Vertragsjahr, zwei Monate im zweiten Vertragsjahr, drei Monate im dritten bis fünften Vertragsjahr und sechs Monate ab dem sechsten Vertragsjahr.

III. Zusammenfassung

Während die Auswirkungen der Insolvenzeröffnung auf den Handelsvertretervertrag in Deutschland in § 115 InsO geregelt sind, hängt in Belgien das Schicksal des Handelsvertretervertrages von den Wirkungen der Eigenschaft dieses Vertrages als Vertrag „intuitu personae“ ab. Darin liegt eine gewisse Rechtsunsicherheit, ähnlich wie sie in Deutschland die Rechtsfigur des „Wegfalls der Geschäftsgrundlage“ bietet.

Die Frage der Beendigung des Handelsvertretervertrages schließt auch diejenige des Erlöschens der Vollmacht mit ein, die – anders als in Deutschland – Bestandteil des Handelsvertretervertrages ist.

Die Frage der Beendigung des Handelsvertretervertrages durch Kündigung stellt sich nur im belgischen Recht, und zwar für den Fall, dass der Vertrag durch die Konkursöffnung nicht bereits qua Vertrag „intuitu personae“ erlischt.

B. Weitere Verträge durch Handelsvertreter trotz Insolvenzeröffnung

I. Deutsches Recht

Schließt der Handelsvertreter trotz Insolvenzeröffnung weitere Verträge ab, so kommen dabei drei Konstellationen in Betracht:

- Der Handelsvertreter hat von dem Insolvenzverfahren keine Kenntnis.
- Der Handelsvertreter handelt trotz Kenntnis.
- Bei dem abgeschlossenen Geschäft handelt es sich um ein Notgeschäft i.S.d. § 672 S. 2 BGB.

1. Unkenntnis des Handelsvertreters

Die fehlende Kenntnis des Handelsvertreters von der Insolvenz seines Unternehmers ist bei rein inländischen Sachverhalten der Ausnahmefall. Denn zum einen ist das Verhältnis zwischen Prinzipal und Vertreter i.d.R. so eng, dass der Vertreter über wirtschaftliche Krisen und gegebenenfalls eine Insolvenz des Unternehmers unterrichtet ist. Zum anderen ist in den Fällen, in denen der Handelsvertreter zum Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens bereits (oder noch) Gläubiger des Unternehmers ist (etwa wegen fälliger Provisionsforderungen), die Bekanntmachung der Eröffnung des Insolvenzverfahrens dem Handelsvertreter gemäß § 30 Abs. 2 InsO besonders zuzustellen. Zwar setzt eine solche Zustellung voraus, dass das Gericht von der Gläubigereigenschaft des Handelsvertreters ausgeht. Zumindest in den Fällen, in denen der Unternehmer

selbst das Insolvenzverfahren beantragt, ist dies jedoch die Regel. Ist der Prinzipal eine GmbH, so ergibt sich eine Unterrichtungspflicht u.U. auch aus den entsprechenden Geschäftsführerpflichten.¹¹⁵

Hat der Handelsvertreter von der Insolvenzeröffnung dennoch keine Kenntnis erlangt, so gilt gemäß §§ 116, 115 Abs. 3 S. 1 InsO der Handelsvertretervertrag zu seinen Gunsten als fortbestehend. Voraussetzung ist, dass den Handelsvertreter an der Unkenntnis kein Verschulden trifft. Gilt der Handelsvertretervertrag zu Gunsten des Handelsvertreters als fortbestehend, so bedeutet dies, dass ihm alle Rechte aus dem Handelsvertretervertrag, insbesondere Provisions- und Ausgleichsansprüche, weiterhin zustehen. Die Vollmacht ist gleichwohl erloschen.¹¹⁶ Trifft ihn an der Unkenntnis kein Verschulden, so haftet er auch nicht als Vertreter ohne Vertretungsmacht gemäß § 179 BGB.

Da der Handelsvertreter mangels Vollmacht gar nicht mehr wirksam abschließen kann, kommen seine Rechte nur in den Fällen zum Tragen, in denen er Rechtsgeschäfte vermittelt.

Hat das Unternehmen allerdings seinen Sitz im Ausland, so werden Fälle der Unkenntnis, etwa bei Problemen bzw. Zeitverzögerungen der Zustellung, auch praktisch denkbar. Da in diesen Fällen das Insolvenzverfahren i.d.R. im Ausland durchgeführt wird, richtet sich die Frage, wie sich das Insolvenzverfahren auf den Abschluss weiterer Verträge auswirkt, nach der „lex fori concursus“.¹¹⁷

2. Geschäfte trotz Kenntnis der Insolvenzeröffnung

Kennt der Handelsvertreter die Insolvenzeröffnung, so wird er weiterhin Geschäfte abschließen, wenn er der Ansicht ist, dass ihm hierdurch Ansprüche erwachsen, die in für ihn angemessener Weise im Rahmen des Insolvenzverfahrens auch befriedigt werden.

¹¹⁵ Vgl. hierzu Gottwald – Haas, § 92a, Rz 103 ff.

¹¹⁶ Vgl. A.I.2

¹¹⁷ Vgl. hierzu 4. Kapitel 2. Abschnitt A.V., B.V., C.III.

Für die Rechtsfolgen im Hinblick auf Rechtsgeschäfte, die der Handelsvertreter trotz Kenntnis der Insolvenzeröffnung abschließt, kommen §§ 677 ff. BGB in Betracht.¹¹⁸ Der Handelsvertreter handelt dann als Geschäftsführer ohne Auftrag. Hinsichtlich seiner Ansprüche auf Auslagenersatz und Provision bedeutet dies, dass er besondere Sorgfalt darauf verwenden muss, ob die Geschäftsübernahme dem Interesse und dem mutmaßlichen Willen des vertretenen Unternehmers – d.h. im Falle der Insolvenz: dem Interesse der Insolvenzmasse – entspricht. Denn nur in diesem Fall steht dem Handelsvertreter gemäß § 683 S. 1 BGB Ersatz seiner Aufwendungen zu.

3. Notgeschäfte

Wenn mit dem Aufschub der Geschäfte Gefahr verbunden ist, so bleibt der Handelsvertreter auch nach Insolvenzeröffnung dazu verpflichtet, die Besorgung der übertragenen Geschäfte fortzusetzen. Der klassische Fall ist hier die Geschäftsabwicklung mit leicht verderblichen Waren. Der Handelsvertretervertrag gilt insoweit als fortbestehend. Diese Pflicht besteht so lange, bis der Insolvenzverwalter anderweitig Fürsorge treffen kann (§ 115 Abs. 2 S. 1 InsO).

Im Gegensatz zu § 23 KO wird auf § 672 S. 2 BGB nicht mehr ausdrücklich verwiesen. Dies ist jedoch unerheblich, da die § 672 S. 2 BGB entsprechende Rechtsfolge nunmehr in § 115 Abs. 2 S. 1 InsO (im Gegensatz zu § 23 KO) enthalten ist. Mit § 115 InsO sollten die Regelungen über das Erlöschen von Aufträgen und Geschäftsbesorgungsverträgen unverändert übernommen werden.¹¹⁹

II. Belgisches Recht

Auch nach belgischem Recht kommen dann, wenn der Handelsvertreter trotz Konkursöffnung weitere Verträge abschließt, die Konstellationen der Unkenntnis, der Kenntnis und des Notgeschäftes in Betracht. Untersucht werden soll im

¹¹⁸ Hoffstadt, a.a.O.

¹¹⁹ Begr., a.a.O., 250

Folgenden nur der Fall, dass der Handelsvertretervertrag durch die Konkursöffnung wegfällt. Besteht er fort, so bestehen zwischen den Konstellationen keine Unterschiede. Dem Handelsvertreter stehen in diesem Fall sämtliche Ansprüche zu.

1. Unkenntnis

Hinsichtlich der praktischen Relevanz dieser Fallgruppe gelten die unter I.1. angestellten Erwägungen entsprechend. Zur Regelung dieser Frage kommen zwei Rechtsgrundlagen in Betracht, nämlich zum einen das „loi sur les faillites“ und zum anderen der „Code Civil“.

a. Loi sur les faillites

Das „loi sur les faillites“ bietet darauf keine Antwort. Es fehlt hier an entsprechenden Regelungen.

b. Code Civil

Gemäß Art. 2008, 2009 CC ist „das“, was der Bevollmächtigte in Unkenntnis der Umstände, die zum Wegfall der Vollmacht führen, „getan“ hat, wirksam. Da der Wegfall der Vollmacht mit dem Wegfall des Handelsvertretervertrages einhergeht, regeln Art. 2008, 2009 CC die oben beschriebene Konstellation.

Rechtsfolge ist, dass die Verträge, die der Handelsvertreter aufgrund seiner (nicht mehr bestehenden) Vollmacht abschließt, gültig sind. Dritten gegenüber gilt dies gemäß Art. 2009 CC aber nur dann, wenn diese gutgläubig sind.¹²⁰

Die Vorschrift hat aber nur Auswirkungen auf die Wirksamkeit der Verträge. Da der Handelsvertretervertrag nicht als fortbestehend fingiert wird, bedeutet dies,

¹²⁰ Vgl. hierzu Gotthardt, Vertrauensschutz bei der Anscheinsvollmacht im deutschen und französischen Recht, 187 ff.

dass der Handelsvertreter all diejenigen Ansprüche verliert, die das Bestehen eines Handelsvertretervertrages voraussetzen (wie z.B. den Provisionsanspruch).

2. Kenntnis

Kennt der Handelsvertreter die Konkursöffnung, so greift Art. 2008 CC nicht ein. Mangels wirksamer Vertretungsmacht sind die vom Handelsvertreter abgeschlossenen Verträge daher unwirksam.

Für die Rechtsfolgen kommen Art. 1371 ff. CC. in Betracht. Der dem § 683 BGB entsprechende Artikel 1375 CC, wonach der Handelsvertreter einen Anspruch auf Aufwendungsersatz geltend machen kann, setzt voraus, dass das Geschäft (ohne Auftrag) „gut“ ausgeführt („bien administrée“) wurde. Dies ist dahingehend zu verstehen, dass das Geschäft für den Geschäftsherrn „nützlich“ gewesen sein muss.¹²¹

3. Notgeschäfte

Im Unterschied zum deutschen Recht regelt das belgische Recht nicht ausdrücklich die Fälle, in denen mit dem Aufschub der Geschäfte Gefahr verbunden ist. In diesen Fällen ist das entsprechende Handeln des Handelsvertreters für den Unternehmer jedoch nützlich, sodass sie einen Unterfall von Art. 1375 CC bilden mit der Folge, dass die entsprechenden Rechtsfolgen Anwendung finden.

III. Zusammenfassung

Stellt man die Auswirkungen von Verträgen, die trotz Insolvenz- bzw. Konkursöffnung weiterhin durch den Handelsvertreter abgeschlossen werden, nach deutschem und belgischem Recht hinsichtlich der Rechtsstellung des Handelsvertre-

¹²¹ Sonnenberger/Autexier, 123; Guimezanes, 215

ters einander gegenüber und berücksichtigt man im belgischen Recht nur den Fall des Erlöschens des Handelsvertretervertrages, so sind die Ergebnisse im Wesentlichen nur bei Unkenntnis des Handelsvertreters von der Insolvenzeröffnung unterschiedlich. Während es nach deutschem Recht für die Ansprüche des Handelsvertreters aus dem Handelsvertretervertrag darauf ankommt, ob ihn an der Unkenntnis ein Verschulden trifft oder nicht, hat der Handelsvertreter nach belgischem Recht in keinem Fall einen Anspruch aus einem Handelsvertretervertrag.

Werden nun trotz nicht mehr bestehender Vollmacht (dies ist sowohl nach deutschem wie auch nach belgischem Recht die Konsequenz bei bloßer Unkenntnis) Verträge des Handelsvertreters abgeschlossen, so stellt das belgische Recht ausdrücklich auf die Gut- bzw. Bösgläubigkeit des Dritten ab.

Das deutsche Recht hingegen befasst sich ausdrücklich lediglich mit Rückgriffsmöglichkeiten des Dritten gegenüber dem Handelsvertreter nach § 179 BGB. Im Ergebnis macht dies freilich dann keinen Unterschied. Wenn in den Fällen, in denen der Dritte gutgläubig ist, ein Vertrag über das Rechtsinstitut der Anscheinsvollmacht zustande kommt und somit für § 179 BGB, der ja das Fehlen einer Vollmacht voraussetzt, kein Raum bleibt.

C. Ansprüche des Handelsvertreters

I. Deutsches Recht

Die Insolvenzordnung kennt zwei Arten von Forderungen innerhalb des Insolvenzverfahrens: zum einen die vorweg zu berichtigenden Masseverbindlichkeiten, zum anderen die nach ihrem Rang zu befriedigenden (einfachen) Insolvenzforderungen. Anders als die Konkursordnung unterscheidet die Insolvenzordnung allerdings nicht mehr zwischen Massekosten und Masseschulden, sondern differenziert nur noch zwischen den Kosten des Verfahrens einerseits und den sonstigen Masseverbindlichkeiten andererseits. Außerdem hat die Insolvenzordnung sämtliche bislang bestehenden Vorrechte des § 61 Abs. 1-5 KO abgeschafft.

Stattdessen sieht § 38 InsO die unterschiedslose quotale Befriedigung der Insolvenzgläubiger vor.

Die grundsätzliche Frage hinsichtlich der Einordnung der Ansprüche des Handelsvertreters ist demnach, ob die jeweiligen Ansprüche als Insolvenz- oder als Masseforderungen zu qualifizieren sind. Darüber hinaus ist zu untersuchen, ob und inwieweit die Insolvenz des Unternehmers die Ansprüche des Handelsvertreters beeinflusst.

Bezüglich des Entstehungszeitpunktes der Ansprüche ist danach zu unterscheiden, ob sie bereits vor oder erst nach Insolvenzeröffnung entstanden sind.

1. Ansprüche, die vor Insolvenzeröffnung entstanden sind

Vor der Insolvenzeröffnung entstandene Ansprüche des Handelsvertreters sind stets einfache Insolvenzforderungen i.S.d. § 38 InsO. Für die Anwendung des § 55 InsO bleibt hier kein Raum.

2. Ansprüche, die nach Insolvenzeröffnung entstanden sind

a. Provisionsanspruch

Gemäß § 87 Abs. 1 S. 1 HGB hat der Handelsvertreter Anspruch auf Provision für alle während des Vertragsverhältnisses abgeschlossenen Geschäfte, die auf seine Tätigkeit zurückzuführen sind oder mit Dritten abgeschlossen werden, die er als Kunden für Geschäfte der gleichen Art geworben hat. Gemäß § 87a Abs. 1 S. 1 HGB entsteht der Anspruch mit der Ausführung des Geschäftes durch den Unternehmer. Die Provision steht somit unter der aufschiebenden Bedingung der Ausführung des Geschäftes durch den Unternehmer. Dies entspricht der in Art. 7 Abs. 1, 10 Abs. 1 der Richtlinie getroffenen Regelung. Bereits mit Abschluss des Rechtsgeschäftes erlangt der Handelsvertreter eine Anwartschaft auf den Provisionsanspruch.¹²²

¹²² Vgl. Hopt, § 87a, Rz 1

Für die insolvenzrechtliche Einordnung ist danach zu unterscheiden, ob Geschäftsabschluss und Ausführung *nach* der Insolvenzeröffnung erfolgen oder ob der Geschäftsabschluss *vor*, die Ausführung aber *nach* der Insolvenzeröffnung erfolgt.

aa. Geschäftsabschluss und Ausführung *nach* Insolvenzeröffnung

Bei dieser Konstellation wiederum sind zwei Fallgruppen denkbar: Zum einen kann der Geschäftsabschluss durch den Handelsvertreter erfolgen, zum anderen durch den Insolvenzverwalter, nachdem diesem vom Handelsvertreter das Geschäft vermittelt wurde.

Schließt der *Handelsvertreter* trotz Insolvenzeröffnung ein Geschäft ab, so kommen die unter B.I. dargestellten Fallgruppen in Betracht.

Handelt der Handelsvertreter in Unkenntnis, so ist er hinsichtlich seines Provisionsanspruches gemäß §§ 115 Abs. 3 S. 3, 116 S. 2 i.V.m. § 38 InsO als Insolvenzgläubiger einzustufen.¹²³

Im Unterschied zum insoweit unklaren Wortlaut des § 27 KO stellt § 116 S. 2 InsO nunmehr klar, dass die Vorschriften für die Ersatzansprüche aus der Geschäftsbesorgung auch die Vergütungsansprüche – wie den Provisionsanspruch – umfassen.

Bei Kenntnis des Handelsvertreters ist die Einordnung zweifelhaft. Unter der Geltung der Konkursordnung wurde der Provisionsanspruch nach § 59 Abs. 1 Nr. 1 KO analog überwiegend als Masseverbindlichkeit eingestuft¹²⁴, sofern auf den Handelsvertreter die Rechtsfolgen des § 683 BGB Anwendung finden. Voraussetzung für die Einordnung als Masseverbindlichkeit war somit die (unmittelbare oder analoge) Anwendung des § 683 BGB auf den Handelsvertreter. Die für die (unmittelbare) Anwendung des § 683 BGB geltenden Erfordernisse des (zumin-

¹²³ Vgl. Sellhorst, InsO, 9

¹²⁴ Vgl. Hoffstadt, a.a.O., 646; Kilger/Schmidt, § 59, Nr. 1a, m.w.N.; Jaeger/Henckel, Anm. 47 zu § 23 KO; a.A. Sellhorst, KO, 12 (ohne weitere Begründung)

dest auch) objektiv fremden Geschäfts und eines insoweit vermuteten Fremdgeschäftsführungswillens¹²⁵ sind hier gegeben, sofern das abgeschlossene Geschäft der Masse zugute kommt. Anhaltspunkte dafür, hier nicht von einem entsprechenden Fremdgeschäftsführungswillen auszugehen, bestehen nicht. Kommt das Geschäft der Masse hingegen nicht zugute, so bleibt (auch für eine analoge) Anwendung des § 683 BGB kein Raum. Kommt es nun aber der Masse zugute, so entspricht sein Abschluss auch dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn. Denn von einer Stärkung der Masse profitiert stets auch der Gemeinschaftschuldner. Da der Anspruch des § 683 BGB auch die übliche Vergütung der Tätigkeiten, die zum Gewerbe des Handelsvertreters gehören, umfasst¹²⁶, ist der Provisionsanspruch des Handelsvertreters von dieser Norm gedeckt.

Die Herstellung der Analogie solcher Ansprüche zu Geschäften oder Handlungen des Konkursverwalters i.S.d. § 59 Abs. 1 Nr. 1 KO war gerechtfertigt, weil der Konkursverwalter beim Abschluss von Rechtsgeschäften auf die Günstigkeit solcher Geschäfte für die Masse zu achten hat und ihn somit vergleichbare Sorgfaltspflichten wie den Anspruchsberechtigten aus § 683 BGB treffen.

Davon ausgehend, ließe sich argumentieren, dass sich die Interessenlage nach Inkrafttreten der Insolvenzordnung insoweit nicht verändert hat und deshalb der Provisionsanspruch in dieser Konstellation weiterhin als Masseverbindlichkeit zu werten ist. Andererseits hätte der Gesetzgeber die Möglichkeit gehabt, die aus § 59 Abs. 1 Nr. 1 KO hergeleitete Analogie nunmehr in der Insolvenzordnung klar zu regeln. Tut er es nicht, so mag dies als Indiz für eine nicht planwidrige Lücke und damit die Unzulässigkeit des Analogieschlusses gelten. Dem steht jedoch die Begründung des Entwurfs der Bundesregierung entgegen, wonach „§ 55 Abs. 1 InsO an § 59 Abs. 1 Nr. 1, 2 und 4 KO anknüpft“¹²⁷. Wird ausdrücklich auf eine bislang bestehende Regelung der Konkursordnung Bezug genommen, so schließt diese Bezugnahme auch aus der Vorschrift hergeleitete Analogieschlüsse ein.

¹²⁵ Vgl. statt vieler Palandt – Sprau, § 677, Rz 4a

¹²⁶ Palandt – Sprau, § 683, Rz 8

¹²⁷ Kraemer, Begr., 161

Es ist deshalb davon auszugehen, dass auch nach der Insolvenzordnung die Provisionsansprüche dieser Konstellation unter der Voraussetzung der Anwendung der Rechtsfolgen des § 683 BGB Masseverbindlichkeiten sind.

Schließt der Handelsvertreter das Geschäft ab, wenn mit dem Aufschub Gefahr verbunden ist, etwa, weil ansonsten Ware verderben würde¹²⁸, so ist der daraus entstehende Provisionsanspruch gemäß §§ 115 Abs. 2 S. 3, 116 S. 2 InsO Masseverbindlichkeit.¹²⁹ Insoweit wurde die Regelung des § 27 KO übernommen.¹³⁰

Schließt hingegen der *Insolvenzverwalter* das Geschäft ab, so ist der daraus hervorgehende Provisionsanspruch ebenfalls gemäß §§ 53, 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO Masseverbindlichkeit. Dabei ist es unerheblich, wer den abgeschlossenen Vertrag ausführt (Insolvenzverwalter, Handelsvertreter oder Kunde). Entscheidend ist der Abschluss des Vertrages. Denn die Vertragsausführung ist nicht die maßgebliche, sondern nur eine weitere Bedingung für die Entstehung des Anspruches.¹³¹ Mit dem Abschluss des Vertrages ist die Provisionsforderung bereits dem Grunde und der Berechnungsgrundlage nach festgelegt.¹³² Der Handelsvertreter hat somit schon mit Abschluss eine gefestigte Rechtsposition erlangt.

Das Ergebnis (d.h. die Qualifizierung als Masseverbindlichkeit) ist auch sachlich gerechtfertigt. Denn der Insolvenzverwalter kann bei seiner EntschlieÙung, ob das Geschäft für die Masse vorteilhaft ist, nicht günstiger gestellt sein als der Gemeinschuldner. Dieser hätte schließlich bei eigenem Abschluss auch die Belastung des Abschlusses mit der Provisionsforderung in Kauf nehmen müssen.¹³³

bb. Geschäftsabschluss vor, Ausführung nach Insolvenzeröffnung

Ist das Rechtsgeschäft bereits abgeschlossen worden, so obliegt es der Entscheidung des Insolvenzverwalters, ob er dieses auch ausführt.

¹²⁸ Vgl. Sellhorst, InsO, 12

¹²⁹ Sellhorst, ebenda

¹³⁰ Kraemer, Begr., 251

¹³¹ So auch Sellhorst, InsO, 8

¹³² Sellhorst, ebenda

¹³³ Staub – Brüggemann, § 87b, Rz 19

Der BGH hat in dieser Konstellation unter der Geltung der KO den Provisionsanspruch als einfache Konkursforderung qualifiziert.¹³⁴ Er begründet dies mit einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise. Der Konkursmasse entsteht nach Ansicht des BGH durch die Vermittlungstätigkeit kein neuer Vorteil, den nicht auch schon der Gemeinschuldner gehabt hätte. Die Entscheidung des Konkursverwalters zur Ausführung des Geschäftes erhalte ihr diesen vielmehr nur.¹³⁵ Dem wird entgegengehalten, dass die Ausführung die entscheidende Bedingung für die Entstehung des Provisionsanspruches sei.¹³⁶ Hiergegen wiederum lässt sich einwenden, dass zwar ohne eine Ausführung des Geschäftes der Provisionsanspruch nicht zur Entstehung gelangt. Wie oben dargelegt, ist aber bereits mit dem Abschluss des Geschäftes die Provisionsforderung dem Grunde und der Berechnungsgrundlage nach festgelegt. Die maßgebliche Bedingung ist nicht die Ausführung, sondern bereits der Abschluss des Geschäftes.

Hierfür spricht insbesondere, dass – insoweit unbestritten – die Ausführung des Geschäftes den Eintritt der mit dem Abschluss entstandenen aufschiebenden Bedingung für die Entstehung des Anspruches bedeutet. Wäre die entscheidende Komponente für den Provisionsanspruch die Ausführung, so wäre die Konstruktion einer aufschiebenden Bedingung überflüssig. Vielmehr ließe sich dann darauf verzichten und unmittelbar auf die Ausführung des Geschäftes abstellen. Darüber hinaus setzt die Ausführung des Geschäftes logisch den Abschluss des Geschäftes voraus. Sie leitet sich aus dem Geschäftsabschluss ab und ist ohne diesen nicht denkbar. Der Geschäftsabschluss hingegen wird autonom gesetzt. Außerdem räumen selbst die Vertreter der Ansicht, entscheidende Bedingung für die Entstehung des Provisionsanspruches sei die Ausführung des Geschäftes, ein, dass sich der Handelsvertreter auch ohne die Ausführung des Geschäftes für den Provisionsanspruch eventuell auf § 87a Abs. 3 HGB berufen kann.

Schließlich ist die Entscheidung des BGH auch wirtschaftlich befriedigend, weil sie im Interesse der Masse und damit der Gesamtheit aller Gläubiger steht. Dies sowie die vorgenannten Überlegungen sind ausschlaggebend dafür, den in die-

¹³⁴ NJW-RR 1990, 1665

¹³⁵ BGH, ebenda

¹³⁶ Küstner/v. Manteuffel, Rz 1337

ser Konstellation entstandenen Provisionsanspruch als einfache Konkursforderung einzuordnen.

Es ist kein Grund ersichtlich, das im Hinblick auf die nunmehr geltende Insolvenzordnung anders zu beurteilen. Gelangt ein vor der Insolvenzeröffnung abgeschlossenes Geschäft nach der Eröffnung zur Ausführung, so ist der Provisionsanspruch somit eine einfache Insolvenzforderung.¹³⁷

cc. Faktisches Unvermögen des Insolvenzverwalters zur Erfüllung

Gemäß § 103 Abs. 1 InsO hat der Insolvenzverwalter ein Wahlrecht bezüglich der Erfüllung der bereits abgeschlossenen Rechtsgeschäfte. Fraglich ist, wie sich der Fall, dass der Insolvenzverwalter zwar das vom Handelsvertreter abgeschlossene Geschäft erfüllen will, faktisch aber nicht kann, auf das Bestehen eines Provisionsanspruchs des Handelsvertreters auswirkt. Denkbar ist, auch auf diesen Fall die Rechtsfolge des § 87a Abs. 3 S. 1 HGB anzuwenden. Hiernach erhält der Handelsvertreter auch dann einen Provisionsanspruch, wenn feststeht, dass der Unternehmer das Geschäft ganz oder teilweise nicht oder nicht so ausführt, wie es abgeschlossen worden ist.

Nach § 87a Abs. 3 S. 2 HGB gilt dies allerdings nicht, wenn und soweit die Nichtausführung auf Umständen beruht, die vom Unternehmer nicht zu vertreten sind. Diese Regelung entspricht Art. 11 Abs. 1, 2. Spiegelstrich der Handelsvertreterrichtlinie. Die Vorschrift des § 87a Abs. 3 S. 2 HGB setzt indes voraus, dass der Unternehmer noch die volle Rechtsmacht zur Erfüllung des Rechtsgeschäftes hat. Eine unmittelbare Anwendung des § 87a Abs. 3 S. 2 HGB scheidet somit aus. Denkbar ist aber, § 87a Abs. 3 S. 2 HGB insoweit analog anzuwenden. Dies setzt zunächst das Bestehen einer planwidrigen Gesetzeslücke, was den zu regelnden Fall anbelangt, voraus. Eine Lücke als solche ergibt sich aus dem oben Gesagten. Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber das Problem ganz bewusst nicht habe regeln wollen, bestehen nicht. Es ist deshalb von einer planwidrigen Lücke auszugehen. Der Analogieschluss ist dann gerechtfertigt, wenn die

¹³⁷ So auch Uhlenbruck – Berscheid, § 55, Rz 9

Interessenlage der betreffenden Konstellation gleichbedeutend mit der in § 87a Abs. 3 S. 2 HGB beschriebenen ist. Diese ist dadurch gekennzeichnet, dass der Unternehmer nicht für Umstände haftbar gemacht werden will, die nicht in seine Risikosphäre fallen. Entscheidend ist somit die Frage, ob der Umstand der Nichtausführung durch den Insolvenzverwalter wegen dessen faktischen Unvermögens zur Ausführung in seine Risikosphäre fällt.¹³⁸

Hierfür (nämlich dass die Nichtausführung aufgrund faktischen Unvermögens des Insolvenzverwalters in die Risikosphäre des Unternehmers fällt) lässt sich einwenden, dass ansonsten die Provision vom Zufall abhängt, nämlich dem Zufall eines (nach der damals geltenden KO) Konkursverfahrens.¹³⁹ Dies wiederum könnte nicht damit vereinbar sein, dass der Handelsvertreter zwar das Risiko des Abschlusses, nicht aber das der Ausführung zu tragen hat.

Das Reichsgericht hatte in einem Urteil aus dem Jahre 1906 bezüglich der entsprechenden Problematik des zu dieser Zeit geltenden § 88 Abs. 2 HGB ein solches Verschulden (welches den Anspruch auf Provision nicht entfallen lässt) verneint, wenn der Unternehmer schuldlos in Konkurs geraten ist.¹⁴⁰

Gegen die eine Gleichstellung mit § 87a Abs. 3 S. 2 HGB vorgetragene Argumentation lässt sich einwenden, dass die Erfüllung einer Verbindlichkeit auch bezüglich anderer Gläubiger des Unternehmens häufig vom „Zufall“ der Insolvenz abhängt. Es ist nicht einzusehen, weshalb der Handelsvertreter insoweit besser gestellt werden soll als andere Gläubiger des insolventen Unternehmers. Hiergegen spricht auch nicht, dass der Handelsvertreter wohl das Risiko des Abschlusses, nicht aber das der Ausführung des Geschäfts trage.¹⁴¹ Denn er trägt das Risiko der Ausführung des Geschäfts nur insoweit nicht, als die Umstände der Nichtausführung vom Unternehmer zu vertreten sind. Sind sie nicht vom Unternehmer zu vertreten, so ist der mit dem Vertrag bezweckte wirtschaftliche Er-

¹³⁸ MüKo HGB – von Hoyningen-Huene, § 87a, Rz 53; Baumbach/Hopt, § 87a, Rz 28; OLG Frankfurt, NJW-RR 1991, 674 (676); Hopt, § 87a, Rz 28; Holling, DB 1960, 79; von Hoyningen-Huene, § 87a, Rz 53

¹³⁹ Hoffstadt, DB 1983, 647

¹⁴⁰ RGZ 63, 69 (72)

¹⁴¹ So BGH, DB 1972, 524

folg¹⁴² nicht eingetreten, ohne dass dies dem Unternehmer zum Vorwurf gemacht werden kann. Dies geht nach der Wertung des Gesetzgebers dann zu Lasten des Handelsvertreters.

Wenn also darauf hingewiesen wird, der Unternehmer trage nicht das Risiko der Ausführung des Geschäfts, so ist dies lediglich eine Darstellung des Problems, aber noch nicht deren Lösung, nämlich die Beantwortung der Frage, ob ein faktisches Unvermögen des Insolvenzverwalters einem vom Unternehmer nicht zu vertretenden Umstand gleichzusetzen ist.

Nicht mehr vom Gesetz gedeckt ist m. E. allerdings der Ansatz des Reichsgerichtes, darauf abzustellen, ob der Unternehmer schuldlos in Konkurs (bzw. Insolvenz) geraten ist. In § 87a Abs. 3 S. 2 HGB kommt es einzig und allein darauf an, ob der Umstand der *Nichtausführung* vom Unternehmer zu vertreten ist bzw. ob ein faktisches Unvermögen des Insolvenzverwalters dieser nicht zu vertretenden Nichtausführung gleichzusetzen ist. Die Nichtausführung ist der Umstand, auf den sich die Verschuldensprüfung bezieht, nicht die Insolvenz als solche. Eintritt der Insolvenz und Nichtausführung des Geschäftes sind aber gedanklich voneinander zu trennen. Es ist denkbar, dass der Unternehmer zwar schuldlos in die Insolvenz geraten ist, ihn an dem faktischen Unvermögen des Insolvenzverwalters aber gleichwohl ein Verschulden trifft (etwa, weil er es unterlassen hat, ihn mit entsprechenden Instruktionen zu versehen). Umgekehrt ist es denkbar, dass er die Insolvenz zu vertreten hat, ihn am faktischen Unvermögen des Insolvenzverwalters (etwa wegen fehlender Waren, die nicht geliefert wurden) kein Verschulden trifft.

Meines Erachtens ist auf den Insolvenzverwalter abzustellen. Entscheidend ist, ob er sein faktisches Unvermögen zu vertreten hat. Eine solche Sichtweise entspricht am ehesten der Rolle und den Befugnissen des Insolvenzverwalters. Denn gemäß § 80 Abs. 1 InsO geht das Recht des Schuldners, das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen zu verwalten und darüber zu verfügen, auf den

¹⁴² Vgl. Hopt, § 87a, Rz 10

Insolvenzverwalter über. Nach der h. M.¹⁴³ ist der Verwalter Partei kraft Amtes. Er tritt mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens in die Rechte und Pflichten des Schuldners ein. Dieser bleibt zwar Rechtsträger, verliert aber seine Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis. Ihm steht gemäß § 103 Abs. 1 InsO ein Wahlrecht bezüglich der Erfüllung der bereits abgeschlossenen Rechtsgeschäfte zu. Er ist gewissermaßen der „Hauptverantwortliche“ im Insolvenzverfahren. Dem entspricht es, für die Beantwortung der Frage, ob sein faktisches Unvermögen dem Nichtvertreten der Nichtausführung in § 87a Abs. 3 S. 2 HGB gleichzusetzen ist, darauf abzustellen, ob er dieses faktische Unvermögen zu vertreten hat oder nicht.

Nicht gefolgt werden kann dem Ansatz¹⁴⁴, wonach sich der Insolvenzverwalter das Vertretenmüssen des Gemeinschuldners bezüglich der Herbeiführung der Insolvenz auch in Bezug auf sein faktisches Unvermögen zurechnen lassen muss. Eine solche Sichtweise wird der vom Willen des Gemeinschuldners unabhängigen Aufgabe und Rolle des Insolvenzverwalters nicht gerecht. Hat der Insolvenzverwalter somit sein faktisches Unvermögen zu vertreten, so findet § 87a Abs. 3 S. 1 HGB analog Anwendung. Aufgrund des oben Gesagten ist eine die Analogie rechtfertigende gleiche Interessenlage gegeben. Dafür, dass die Nichtregelung planmäßig erfolgte, ergeben sich keine Anhaltspunkte.

Entsprechendes gilt auch für eine analoge Anwendung des § 87a Abs. 3 S. 2 HGB, wenn der Verwalter sein faktisches Unvermögen nicht zu vertreten hat. Hat der Verwalter sein faktisches Unvermögen zu vertreten, erhält der Handelsvertreter gemäß § 87a Abs. 3 S. 1 HGB analog einen Provisionsanspruch.

b. Ausgleichsanspruch

Der in § 89b HGB geregelte Ausgleichsanspruch ist die Gegenleistung für die durch die Provision noch nicht voll abgeholte Leistung des Handelsvertreters,

¹⁴³ Vgl. Breuer, Das neue Insolvenzrecht, 13; Hess, KO, § 6, Rz 14 ff.; MüKo – Schramm, vor § 164, Rz 9; Häsemeyer, Rz 15.06; Smid, § 80, Rz 23, 24; Uhlenbruck – Uhlenbruck, § 56, Rz 72; BGHZ 24, 393; 32, 118; 35, 180; 38, 284 u.a.

¹⁴⁴ Sellhorst, a.a.O.

nämlich für den Kundenstamm, den der Handelsvertreter geschaffen und der Unternehmer nunmehr alleine nutzen kann.¹⁴⁵ Der Anspruch entspricht im Wesentlichen dem in der Handelsvertreterrichtlinie gemäß Art. 17 geregelten Anspruch auf Ausgleich. Soweit § 89b HVG eine Voraussetzung mehr enthält als Art. 17 der Richtlinie (nämlich die der Provisionsverluste des Handelsvertreters infolge der Beendigung des Vertragsverhältnisses), stellt dies keinen Verstoß gegen die Richtlinie dar.¹⁴⁶ Der Ausgleichsanspruch gemäß § 89b HGB setzt in Nr. 1 voraus, dass der Unternehmer aus der Geschäftsverbindung mit neuen Kunden, die der Handelsvertreter geworben hat, auch *nach* Beendigung des Handelsvertreterverhältnisses erhebliche Vorteile hat.

aa. Entstehung des Ausgleichsanspruchs mit Insolvenzeröffnung

Mit Insolvenzeröffnung endet der Handelsvertretervertrag (s.o.). Darüber hinaus setzt die Entstehung des Ausgleichsanspruchs mit Insolvenzeröffnung (d.h. eine logische Sekunde nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens) künftig bestehende erhebliche Vorteile des Unternehmers aus der Geschäftsverbindung mit neuen Kunden, die der Handelsvertreter geworben hat, voraus. Es stellt sich die Frage, ob der Unternehmer noch erhebliche Vorteile aus der früheren Tätigkeit des Handelsvertreters ziehen kann, wenn das Unternehmen infolge der Insolvenz liquidiert oder (teilweise) verkauft wird.

Das OLG München hat dies für den Fall eines sich im Liquidationsvergleich befindlichen Unternehmens jedenfalls dann verneint, wenn das liquidierte Unternehmen seinen Betrieb aller Voraussicht nach nicht wieder aufnehmen kann.¹⁴⁷ Zu einer differenzierten Betrachtungsweise gelangt das OLG Saarbrücken in einem Urteil aus dem Jahre 1996.¹⁴⁸ Im Falle einer Vertragsbeendigung durch Konkurs wird hiernach dem Handelsvertreter i.d.R. ein Ausgleichsanspruch nicht zukommen, weil der Unternehmer wegen der Betriebsstilllegung keine erheblichen Vorteile aus der Geschäftsverbindung mit vom Handelsvertreter geworbe-

¹⁴⁵ Vgl. Hopt, § 89b, Rz 2, m.w.N.

¹⁴⁶ Vgl. Westphal, 101

¹⁴⁷ OLG München, NJW 1955, 1679

¹⁴⁸ BB 1998, 1603 (1604)

nen Kunden habe. Ausnahmsweise könne ein Ausgleichsanspruch aber dann in Betracht kommen, wenn der Konkursverwalter durch Geschäfte mit vom Handelsvertreter geworbenen Kunden erhebliche Vorteile gewinnt oder beim Verkauf des Geschäftes wegen des Kundenstammes ein erhöhtes Entgelt erzielt.¹⁴⁹ Das Gericht führt freilich nicht weiter aus, *wann* denn der Konkursverwalter durch Geschäfte mit vom Handelsvertreter geworbenen Kunden erhebliche Vorteile gewinnt.

Ein anderer Ansatz differenziert zwischen einer Veräußerung und dem Konkurs des Unternehmens.¹⁵⁰ Die Veräußerung des Unternehmens führe grundsätzlich nicht dazu, dass kein Ausgleichsanspruch entsteht. Dieser Ansatz bezieht sich auf ein Urteil des BGH aus dem Jahre 1996. In dem vom BGH zu entscheidenden Fall hatte der Partner eines Vertragshändlers nach Beendigung des Händlervertrages sein Unternehmen veräußert und der Erwerber dieses fortgeführt. Der BGH ging davon aus, dass bei Beibehaltung der Firma und des Vertriebsnetzes i.d.R. im Übernahmepreis auch ein Entgelt für den Kundenstamm enthalten ist und deshalb dem Veräußerer ein erheblicher Vorteil i.S.d. § 89b Abs. 1 Nr. 1 HGB (der Ausgleichsanspruch gilt analog auch für den Vertragshändler¹⁵¹) zufließt. Im Falle des Konkurses dagegen könne dem Unternehmer i.d.R. wegen der Betriebsstilllegung kein Vorteil mehr entstehen.¹⁵²

Meines Erachtens ist wie folgt zu entscheiden: Wird infolge der Insolvenz der Betrieb des Unternehmens eingestellt, so hat der Unternehmer aus dem Kundenstamm keine Vorteile mehr. Der oben verwendete Zusatz „i.d.R.“ kann entfallen. Bei einer definitiven Stilllegung des Betriebs ist der angesammelte Kundenstamm für den Unternehmer ohne Wert. Infolgedessen besteht auch kein Ausgleichsanspruch.¹⁵³ Lediglich dann, wenn ein Wettbewerber des Unternehmers bereit gewesen wäre, das zur Veräußerung anstehende Unternehmen zu übernehmen, der Unternehmer diese Möglichkeit aber nicht wahrgenommen hat,

¹⁴⁹ OLG Saarbrücken, a.a.O.

¹⁵⁰ BB 1998, 1425 (1428)

¹⁵¹ Vgl. Hopt, § 89b, Rz 4, § 84, Rz 12, m.w.N.

¹⁵² Thume, a.a.O.

¹⁵³ So auch Sellhorst, InsO, 14; Schröder, DB 1976, 1897 (1900)

kommt es in Betracht, dem Handelsvertreter einen Ausgleichsanspruch zuzubilligen.¹⁵⁴

Wird der Betrieb des Unternehmers (teilweise) veräußert, so liegen auf jeden Fall dann erhebliche Vorteile vor, wenn infolge des Kundenstamms ein erhöhtes Entgelt erzielt wird. Der Vorteil des Gemeinschuldners ist darin zu sehen, dass er durch die Verwertung des Insolvenzvermögens von Verbindlichkeiten zukünftig befreit wird.¹⁵⁵

Dies gilt entsprechend, wenn der Insolvenzverwalter den Betrieb fortführt, sofern dadurch die Masse erhöht wird. Der Ausgleichsanspruch ist gemäß § 38 InsO einfache Insolvenzforderung.¹⁵⁶ Nach überwiegender Meinung ist der Ausgleichsanspruch kein bedingter oder betagter, sondern ein zukünftiger Anspruch.¹⁵⁷ Denn der Ausgleichsanspruch entsteht erst mit der Vertragsbeendigung. Die gegenteilige Auffassung findet im Gesetz keine Stütze. Sie geht weit über den Wortlaut des § 89b HGB hinaus. Es handelt sich insoweit um eine Auslegung „contra legem“.

bb. Entstehung des Ausgleichsanspruchs nach Insolvenzeröffnung

Eine Entstehung des Ausgleichsanspruchs *nach* Insolvenzeröffnung (d.h. zeitlich später als eine logische Sekunde nach Insolvenzeröffnung) setzt voraus, dass der Insolvenzverwalter einen neuen Handelsvertretervertrag abschließt und dieser dann später wieder beendet wird.

Der Abschluss eines neuen Handelsvertretervertrages ist für den Insolvenzverwalter nicht zwingend. Denn auch wenn man davon ausgeht, dass der Insolvenzverwalter grundsätzlich das Geschäft des Gemeinschuldners bis zur Ent-

¹⁵⁴ Vgl. Schröder, ebenda

¹⁵⁵ Sellhorst, InsO, 14

¹⁵⁶ Sellhorst, ebenda

¹⁵⁷ von Hoyningen-Huene, § 89b, Rz 8; Baumbach/Hopt, § 89b, Rz 6; Staub – Brüggemann, § 89b, Rz 6; zuletzt BGH, NJW 1998, 75; a.A. Schlegelberger, Anm. 21 zu § 89b; Hoffstadt, DB 1983, 648

scheidung der Gläubigerversammlung fortzuführen hat¹⁵⁸, bedeutet diese Fortführung nicht zwangsläufig, dass er sich auch all der Vertriebsmethoden – insbesondere der Handelsvertreter – bedient, die der Gemeinschuldner etabliert hatte. Erfolgt der Abschluss eines neuen Handelsvertretervertrages dennoch, so entsteht der Ausgleichsanspruch aufgrund von Handlungen des Insolvenzverwalters, sodass er gemäß § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO als Masseverbindlichkeit einzuordnen ist.

c. Schadensersatzanspruch infolge vorzeitiger Vertragsauflösung

Gemäß § 113 Abs. 1 S. 3 InsO kann im Rahmen eines Dienstverhältnisses der andere Teil wegen der vorzeitigen Beendigung des Dienstverhältnisses als Insolvenzgläubiger Schadensersatz verlangen, wenn der Insolvenzverwalter das Dienstverhältnis kündigt. Ersetzt wird dabei allerdings lediglich der „Verfrühungsschaden“, der auf der vorzeitigen Beendigung des Dienstverhältnisses beruht.¹⁵⁹

Fraglich ist, ob auch dem Handelsvertreter ein solcher Schadensersatzanspruch zusteht, wenn der Handelsvertretervertrag aufgrund der Insolvenz des Unternehmers erlischt. Da lediglich der Verfrühungsschaden ersetzt wird, könnte der Handelsvertreter damit nicht ihm entgehende (künftige) Provisionen geltend machen. Für ein diesbezügliches Interesse sieht das Gesetz lediglich den Ausgleichsanspruch vor. Zu denken ist aber etwa an geldwerte Dispositionen, die der Handelsvertreter im Vertrauen auf die Fortsetzung des Handelsvertretervertrages getroffen hat. Das Reichsgericht hat dies bezüglich des § 113 Abs. 2 InsO entsprechenden § 22 Abs. 2 KO verneint.¹⁶⁰ Es begründet dies damit, dass der Konkurs als solcher, nicht aber ein vom Gemeinschuldner zu vertretender Umstand den Vertrag aufgelöst habe und darüber hinaus § 23 KO nicht ausdrücklich einen Schadensersatzanspruch vorsehe.

¹⁵⁸ Gottwald – Klopp/Kluth, § 22, Rz 45

¹⁵⁹ Gottwald – Heinze, § 103, Rz 65

¹⁶⁰ RGZ 63, 69 (74); 82, 400 (407)

In der Literatur wurde dagegen teilweise die Auffassung vertreten, dass dem Handelsvertreter hier ein Schadensersatzanspruch zuzubilligen sei.¹⁶¹

Hiergegen lassen sich zunächst die soeben dargelegten Argumente des Reichsgerichts anführen. Zudem sprechen § 22 Abs. 2 KO bzw. § 113 Abs. 1 S. 3 InsO von einem „Dienstverhältnis“. Wären darunter auch die als Geschäftsbesorgungsverträge zu qualifizierenden Handelsvertreterverträge zu subsumieren, so hätte dies der Gesetzgeber klarstellen können, wie er dies in § 116 InsO im Hinblick auf das Erlöschen von Geschäftsbesorgungsverträgen getan hat. Daraus, dass er die Geschäftsbesorgungsverträge in § 113 Abs. 1 S. 3 InsO aber nicht ausdrücklich erwähnt, lässt sich schließen, dass diese von der Vorschrift auch nicht erfasst werden sollte. § 22 KO (und entsprechend auch § 113 Abs. 1 InsO) meint vielmehr Arbeitsverhältnisse bzw. gleichzuachtende Dienstverhältnisse im Betrieb.¹⁶² Dem Handelsvertreter steht somit kein Schadensersatzanspruch wegen der Beendigung des Handelsvertreterverhältnisses infolge der Insolvenz des Unternehmers zu.

d. Wettbewerbsentschädigung

Gemäß § 90a Abs. 1 S. 3 HGB ist der Unternehmer verpflichtet, dem Handelsvertreter für die Dauer einer nachvertraglichen Wettbewerbsbeschränkung eine angemessene Entschädigung zu zahlen. Mit der Regelung der nachvertraglichen Wettbewerbsabrede hat der deutsche Gesetzgeber die Vorgaben des Art. 20 der Richtlinie übernommen. Mit dem Entschädigungsanspruch geht das deutsche Recht allerdings über die Vorgaben der Richtlinie hinaus. Dies ist aber kein Verstoß gegen die Richtlinie. Aus ihr ergibt sich nicht, dass ein solcher Entschädigungsanspruch nicht statuiert werden darf. Die Wettbewerbsbeschränkung des Handelsvertreters setzt voraus, dass der Betrieb des Unternehmers auch nach Insolvenzeröffnung fortgeführt wird. Wird er liquidiert, so bleibt für einen Wettbewerb des Handelsvertreters zum Betrieb des Unternehmers und damit auch eine

¹⁶¹ Vgl. Nachweise bei Jaeger/Henckel, Anm. 45 zu § 23 KO

¹⁶² Kilger/Schmidt, § 22, Anm. 5

Entschädigung des Handelsvertreters auslösende Wettbewerbsbeschränkung kein Raum.

Führt der Insolvenzverwalter dagegen den Betrieb fort, so kommen – wie beim Ausgleichsanspruch – zwei Konstellationen der Entstehung einer solchen Wettbewerbsentschädigung in Betracht. Zum einen kann die Wettbewerbsentschädigung, wenn bereits eine entsprechende Wettbewerbsabrede getroffen wurde, mit der Insolvenzeröffnung (d.h. eine logische Sekunde danach) entstehen. Eine Wettbewerbsentschädigung kann aber auch später entstehen, wenn nämlich der Insolvenzverwalter mit dem Handelsvertreter einen neuen Vertrag nebst Wettbewerbsabrede abschließt oder – wenn noch keine Wettbewerbsabrede vereinbart wurde – eine separate Wettbewerbsabrede abschließt.¹⁶³ In den zuletzt genannten Fällen ist der später als eine logische Sekunde nach Insolvenzeröffnung entstehende Entschädigungsanspruch als Masseverbindlichkeit gemäß § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO einzustufen. Denn er wird durch eine Handlung des Insolvenzverwalters begründet. Entsteht der Anspruch bereits *mit* Insolvenzeröffnung, so ist dieser ebenfalls Masseverbindlichkeit. Fraglich ist, ob hier § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO oder § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO einschlägig ist.¹⁶⁴ Für § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO spricht, dass der Anspruch aus der Wettbewerbsabrede folgt, die zusammen mit dem Handelsvertretervertrag als Geschäftsbesorgungsvertrag – und damit einem gegenseitigen Vertrag – abgeschlossen wurde. Sie ist jedoch rechtlich von dem Handelsvertretervertrag zu trennen. Während dieser mit der Insolvenzeröffnung endet, besteht die Wettbewerbsabrede fort, da sie ja gerade die Beendigung des Handelsvertreterverhältnisses zum Gegenstand hat. Darüber hinaus ist für die Entstehung des Entschädigungsanspruches letztlich entscheidend, dass sich der Insolvenzverwalter zur Fortführung des Betriebes entschließt. Er beruht daher auf einer Handlung des Insolvenzverwalters, sodass § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO die einschlägige Rechtsgrundlage ist.

Die Zulässigkeit der Wettbewerbsbeschränkung des Handelsvertreters ist in jüngerer Zeit durch die Leitlinien zur neuen Gruppenfreistellungsverordnung¹⁶⁵ ins

¹⁶³ Vgl. Sellhorst, InsO, 18

¹⁶⁴ Für § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO Sellhorst, InsO, 18

¹⁶⁵ ABl. 2000 C 291/1

Blickfeld geraten.¹⁶⁶ Hiernach fallen Wettbewerbsverbote unter das Kartellverbot des Art. 81 Abs. 1 EGV, wenn diese zur Abschottung auf dem Markt für Vermittlerdienste führen. Dies gilt sowohl für „reine“ wie für „unechte“ Handelsvertreterverträge. Eine Abschottung in diesem Sinne bedeutet i.d.R., dass die Konkurrenten des Prinzipals faktisch keine andere Möglichkeit haben, als sich an dessen (dem Wettbewerbsverbot unterliegenden) Handelsvertreter zu halten. Dies dürfte in der Praxis selten der Fall sein. Trifft es dennoch zu, so ist zu prüfen, ob eine Freistellung nach der GVO – ggf. auch eine Einzelfreistellung – in Betracht kommt. Gemäß Art. 1 lit. g) der Leitlinien steht einer Gruppenfreistellung dabei nicht das Handeln auf fremde Rechnung entgegen.

e. Schadensersatzansprüche

aa. pVV / § 280 Abs. 1 BGB

Hat der Unternehmer den Handelsvertreter über die drohende Insolvenzeröffnung nicht oder erst verspätet unterrichtet und entsteht dem Handelsvertreter daraus ein Schaden, so steht ihm ein Anspruch aus pVV bzw. (seit Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes ab dem 1.1.2002) § 280 Abs. 1 BGB gegen den Unternehmer zu.

Tritt der Schaden noch vor Insolvenzeröffnung ein, so ist der Anspruch einfache Insolvenzforderung.¹⁶⁷ „Begründet“ ist der Anspruch gemäß § 38 InsO aber – wie bei § 3 KO¹⁶⁸ – dann, wenn vor Insolvenzeröffnung bereits die Grundlagen des Schuldverhältnisses bestehen, aus denen sich der Anspruch ergibt. Diese Grundlagen aber sind bereits mit dem vor der Insolvenzeröffnung liegenden vorwerfbaren Verhalten des Unternehmers gesetzt. Diese Wertung entspricht der Rechtsprechung, wonach Schadensersatzforderungen nach §§ 302 Abs. 4, 600 Abs. 2, 717 Abs. 2, 3 ZPO Konkursforderungen sind, wenn die Vollstreckung

¹⁶⁶ Vgl. hierzu Roniger, E 55 ff.

¹⁶⁷ Sellhorst, InsO, 18

¹⁶⁸ Vgl. hierzu Kilger/Schmidt, § 3 Anm. 4, m.w.N.

oder Leistung vor Konkurseröffnung erfolgte.¹⁶⁹ Der Schadensersatzanspruch ist deshalb auch in diesem Fall einfache Insolvenzforderung.¹⁷⁰

bb. Herbeiführen der Insolvenz

Wird die Insolvenz durch ein Verhalten des Unternehmers in vorwerfbarer Weise herbeigeführt, so kommt ebenfalls ein Schadensersatzanspruch des Handelsvertreters in Betracht. Für die Einordnung als Insolvenzforderung gilt das zu aa. Gesagte entsprechend.

II. Belgisches Recht

1. Ansprüche, die vor Konkurseröffnung entstanden sind

Das belgische Konkursrecht unterscheidet zwei Gruppen von Schulden des Gemeinschuldners: die „*dettes de la masse*“ sowie die „*dettes dans la masse*“. Die Letzteren wiederum unterteilen sich danach, ob es sich (aus der Sicht der Gläubiger) um bevorrechtigte oder um nicht bevorrechtigte Forderungen handelt. Die Forderungen „*de la masse*“, die sich mit den Masseschulden des deutschen Insolvenzrechts vergleichen lassen, entstehen i.d.R. nach Einleitung der Liquidation des gemeinschuldnerischen Vermögens und haben ihren Ursprung in den Verpflichtungen, die durch die Liquidation selbst entstehen, wie z.B. Verwaltungskosten oder Gebühren des Konkursverwalters.¹⁷¹ Rechtsgrundlage hierfür ist Art. 99 „*loi sur les faillites*“.

Die Bevorrechtigungen der „*dettes dans la masse*“ erstrecken sich entweder auf das gesamte Aktivvermögen des Gemeinschuldners (allgemeine Bevorrechtigungen) oder es handelt sich um spezielle Bevorrechtigungen, die sich nur auf einzelne Vermögensgüter beziehen. Die Rangfolge der Bevorrechtigungen ist im Hypothekengesetz vom 16.12.1851 geregelt. Grundsätzlich verdrängt dabei die

¹⁶⁹ RGZ 85, 219

¹⁷⁰ So auch Sellhorst, InsO, 19

¹⁷¹ Hoffmann, Rz 426

spezielle die generelle Bevorrechtigung. Das komplexe System der Bevorrechtigungen ist in jüngster Zeit in die Diskussion geraten. Teilweise wird gefordert, auch das derzeitige System der Privilegien zu reformieren.¹⁷²

Was nun die vor Konkursöffnung entstandenen Ansprüche des Handelsvertreters anbelangt, so handelt es sich hierbei nach übereinstimmender Auffassung um „dettes dans la masse“, denen kein Vorrecht zukommt.¹⁷³

2. Ansprüche, die *nach* Konkursöffnung entstanden sind

a. Provisionsanspruch

Gemäß Art. 9 HVG steht dem Handelsvertreter ein Anspruch auf Vergütung zu. Unter Provision wird dabei jede Zahlung verstanden, die von der Anzahl oder dem Wert der Geschäfte abhängt. Voraussetzung für die Entstehung des Provisionsanspruches ist, dass zwischen Unternehmer und Drittem ein Geschäft zustande kommt, das auf die Tätigkeit des Handelsvertreters zurückzuführen ist. Im Unterschied zum deutschen Recht ist die Ausführung des Geschäfts keine weitere Bedingung für die Entstehung des Anspruchs, sondern berührt gemäß Art. 13 Nr. 1 HVG lediglich dessen Fälligkeit.

Fraglich ist, ob dies mit der Handelsvertreterrichtlinie im Einklang steht. Denn gemäß Art. 10 Abs. 1 der Richtlinie besteht der Anspruch auf Provision erst, wenn entweder der Unternehmer das Geschäft ausgeführt hat oder es hätte ausführen sollen oder der Dritte das Geschäft ausgeführt hat. Der Sinn dieser Vorschrift besteht aber in erster Linie darin, Rechtssicherheit zu schaffen und den Handelsvertreter zu schützen. Letzteres kommt in Art. 10 Abs. 4 der Richtlinie zum Ausdruck, wonach von den Absätzen 2 und 3 nicht zum Nachteil des Handelsvertreters abgewichen werden darf. Die Entstehung des Provisionsanspruches nicht von einer Ausführung des Geschäftes abhängig zu machen, steht mit diesem Schutzgedanken in Einklang, sodass die belgische Rechtslage insoweit auch nicht gegen die Handelsvertreterrichtlinie verstößt. Höhe und Berechnung

¹⁷² Vgl. Zenner, 319

¹⁷³ Kocks, Rz 111; Dursin/van den Broeck, Nr. 418

der Provision unterliegen den vertraglichen Vereinbarungen der Parteien. Fehlen entsprechende Vereinbarungen, so enthält Art. 15 Abs. 2-4 HVG diesbezüglich Regelungen: hiernach richtet sich der Provisionssatz nach den Handelsbräuchen des gleichen Wirtschaftsbereichs. Die Kalkulationsgrundlage ist auf Basis der Zahlungen der Kunden zu berechnen, ohne Abzug von Nebenkosten. In Abzug gebracht werden aber Steuern, Zollgebühren sowie andere Abgaben. Nicht in Abzug gebracht werden dagegen Rabatte.

aa. Geschäftsabschluss nach Konkureröffnung

Wird ein Geschäft nach Konkureröffnung abgeschlossen, so kann dieser Geschäftsabschluss zum einen durch den Handelsvertreter erfolgen. Es ist aber auch denkbar, dass das Geschäft durch den (oder die) Konkursverwalter abgeschlossen wird.

Wenden wir uns zunächst der Fallgruppe zu, in der es der Handelsvertreter ist, der das Geschäft abschließt, und zwar in Kenntnis der Konkureröffnung. Für die Rechtsfolgen ist zunächst entscheidend, ob der Handelsvertretervertrag fortbesteht oder nicht.

Ist der Handelsvertretervertrag beendet, so fehlt es an der Rechtsgrundlage des Handelsvertretervertrages für den Erhalt der Provision. Erhält er sie dennoch, muss er sie gemäß Art. 1376 CC unverzüglich zurückgewähren, sofern die Provision nicht auf einer anderen Rechtsgrundlage als der des Handelsvertretervertrages beruht.

Besteht der Handelsvertretervertrag fort, so entsteht auch ein Provisionsanspruch. Fraglich ist, ob der Provisionsanspruch einfache Konkursforderung ist. Im Gegensatz zur Vorschrift des deutschen Insolvenzrechts (§ 38 InsO) enthalten die Vorschriften des „loi sur les faillites“ keine Definition der einfachen Konkursforderung. Aus Art. 62 des Gesetzes geht jedoch hervor, dass die Konkursforderung spätestens zu dem Zeitpunkt bestehen muss, in dem der Gläubiger diese Forderung anmeldet. Entsteht die Forderung später, kann sie im Rahmen des

Konkursverfahrens nicht mehr berücksichtigt werden. Dabei ist es unerheblich, ob das Geschäft bereits ausgeführt wurde. Denn die Ausführung betrifft nur die Fälligkeit des Anspruches (s.o.). Noch nicht fällige Ansprüche werden jedoch gemäß Art. 22 Abs. 1 „loi sur les faillites“ durch die Konkurseröffnung fällig. Ist der Provisionsanspruch somit noch vor der Anmeldung entstanden, kann er im Rahmen des Konkursverfahrens berücksichtigt werden, wobei zu prüfen ist, ob dies als einfache Konkursforderung oder als Masseverbindlichkeit geschieht. Gemäß dem Wortlaut des Art. 99 „loi sur les faillites“ ist für die Qualifikation als Masseverbindlichkeit Voraussetzung, dass es sich um eine Handlung des Konkursverwalters („administration de la faillite“) handelt.

Da es in der angenommenen Fallkonstellation nicht der Konkursverwalter, sondern der Handelsvertreter ist, der das Geschäft abschließt, geht die Entstehung des Provisionsanspruches nicht auf Handlungen des Konkursverwalters zurück mit der Konsequenz, dass es sich – dem Wortlaut des Art. 99 „loi sur les faillites“ folgend – nicht um eine Masseverbindlichkeit handelt. Im Gegensatz zur deutschen Rechtslage liegen publizierte Meinungen oder Urteile, die über die Geschäftsführung ohne Auftrag von einer Masseverbindlichkeit in den Fällen, in denen der Handelsvertretervertrag nicht fortbesteht, ausgehen, nicht vor. Es lässt sich deshalb auch nicht argumentieren, dass aufgrund fehlender Klarstellung im „loi sur les faillites“ eine solche Auffassung übernommen worden ist.

Zu einem solchen Analogieschluss würde man indes gar nicht erst gelangen, wenn die Voraussetzungen der GoA insoweit nicht gegeben sind.

Als GoA gilt jedes spontane, tatsächliche oder geschäftliche Handeln im Interesse eines anderen. Voraussetzung ist, dass es für den Geschäftsherrn nützlich ist („utile“).¹⁷⁴ Kommt das Geschäft der Masse zugute, so liegt es im Interesse eines anderen (nämlich des Geschäftsherrn) und ist für diesen auch nützlich. Die Voraussetzungen der einen Aufwendungsersatzanspruch enthaltenden GoA sind dann erfüllt. Der Aufwendungsersatzanspruch nach Art. 1375 CC umfasst – wie im deutschen Recht – auch die übliche Vergütung von Tätigkeiten, die zum Ge-

¹⁷⁴ Lucas, Code Civil, Art. 1372, Nr. 8; Hübner/Constantinesco, 198

werbe des Handelsvertreters gehören, wie den Provisionsanspruch. Da somit die Voraussetzungen der GoA erfüllt sind, stellt sich die Frage nach einer Einordnung des aus Art. 1375 CC hergeleiteten Provisionsanspruchs in Analogie zu Art. 99 „loi sur les faillites“. Da auch nach belgischem Recht die Sorgfaltspflicht des Geschäftsführers der Verpflichtung des Konkursverwalters bezüglich der Günstigkeit für die Masse der abzuschließenden Geschäfte vergleichbar ist, ist die Analogie zu Art. 99 „loi sur les faillites“ und somit die Einordnung als Masseverbindlichkeit gerechtfertigt. Dies gilt auch für „Notgeschäfte“, da diese einen Unterfall der GoA bilden.¹⁷⁵ Wäre also bei Beendigung des Vertrages eine Masseverbindlichkeit gegeben, so ist dies auch bei Fortbestehen des Vertrages der Fall. Denn es ist nicht einzusehen, weshalb bei ansonsten gleichem Sachverhalt die Qualifikation des Provisionsanspruchs als Masseverbindlichkeit davon abhängt, was die Rechtsgrundlage des Anspruches ist (nämlich entweder Handelsvertretervertrag oder Art. 1375 CC).

Der Provisionsanspruch bei Kenntnis des Handelsvertreters vom Konkurs des Unternehmers und bei Notgeschäften ist somit Masseverbindlichkeit. Für dieses Ergebnis spricht auch, dass die im selben Abschnitt zu den Ansprüchen aus GoA angesiedelten Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung bislang als „dettes de la masse“ eingestuft wurden.¹⁷⁶

Handelt der Handelsvertreter dagegen in Unkenntnis, so ist bei Beendigung des Handelsvertretervertrages keine Rechtsgrundlage für den Erhalt der Provision auf der Basis eines Handelsvertretervertrages gegeben.¹⁷⁷ Besteht er dagegen fort, so liegt das zur Kenntnis und zu den Notgeschäften Gesagte entsprechend. Es ist kein Grund ersichtlich, hier anders zu werten. Die fehlende Kenntnis ändert daran nichts. Auch der Analogieschluss zu Art. 99 „loi sur les faillites“ ist gerechtfertigt.

¹⁷⁵ Vgl. oben, B.II.3.

¹⁷⁶ Verougstraete, Nr. 695, m.w.N.

¹⁷⁷ Vgl. oben, bei Kenntnis des Handelsvertreters.

Ist es so, dass es der (oder die)¹⁷⁸ Konkursverwalter war(en), der (die) das vom Handelsvertreter vermittelte Geschäft abgeschlossen hat (haben), so setzt die Sorgfaltspflicht des Verwalters gemäß Art. 40 Abs. 2 „loi sur les faillites“ bezüglich der Konkursmasse voraus, dass das Geschäft für die Konkursmasse vorteilhaft ist. In Auslegung des Art. 46 Abs. 3 „loi sur les faillites“ könnte der Provisionsanspruch in diesem Fall als Masseverbindlichkeit einzustufen sein. Zunächst spricht dafür auch hier die Erwägung, den Konkursverwalter im Hinblick auf die Belastung des Geschäftsabschlusses mit der Provisionsforderung nicht besser zu stellen als den Gemeinschuldner.¹⁷⁹

Darüber hinaus statuiert Art. 46 Abs. 3 „loi sur les faillites“, dass dann, wenn sich der Konkursverwalter für die Ausführung eines Vertrages entscheidet, der Vertragspartner *zu Lasten der Masse* die Erfüllung der ihm zustehenden Forderungen verlangen kann, wenn er seinerseits die von ihm zu leistende Verbindlichkeit im Rahmen des Vertrages nach der Konkurseröffnung geleistet hat (s.o.). Dabei kann es keinen Unterschied machen, ob das Geschäft zum Zeitpunkt der Konkurseröffnung schon abgeschlossen war oder nicht oder ob es sich um den Anspruch des Vertragspartners oder den Provisionsanspruch des Handelsvertreters handelt. Vielmehr liegt es so, dass dann, wenn der Konkursverwalter nicht nur über die Ausführung des Geschäftes entscheidet, sondern dieses sogar selbst abschließt, die Entstehung der Verbindlichkeit, die als Masseschuld in Betracht kommt (hier der Provisionsanspruch), noch viel deutlicher in der Sphäre des Konkursverwalters liegt als im ausdrücklich geregelten Fall des Art. 46 Abs. 3 CC. Die Vorschrift des Art. 46 Abs. 3 CC ist deshalb dahingehend auszulegen, dass auch der Handelsvertreter in den Fällen, in denen der Konkursverwalter den vom Handelsvertreter vermittelten Vertrag mit dem Dritten selbst abschließt, zu Lasten der Masse Anspruch auf Provision hat. Die Vorschrift ist gegenüber Art. 99 „loi sur les faillites“ „lex specialis“. Sie ist aber auch als Ausdruck eines Prinzips dahingehend zu verstehen, dass als Masseschulden alle solche Verbindlichkeiten anzusehen sind, die der Konkursverwalter in seiner Eigenschaft als

¹⁷⁸ Im Gegensatz zum deutschen Recht kann das belgische Konkursgericht auch mehrere Konkursverwalter bestellen.

¹⁷⁹ Vgl. I.1.a.bb.

Verwalter der Masse begründet hat.¹⁸⁰ Dies ist bei der Auslegung des Art. 99 „loi sur les faillites“ stets zu berücksichtigen.

bb. Geschäftsabschluss vor, Ausführung nach Konkurseröffnung

Schließt der Handelsvertreter vor Konkurseröffnung das Geschäft ab, so berührt – wie unter aa. erwähnt – die Ausführung des Geschäftes nicht die Entstehung des Provisionsanspruches, sondern nur dessen Fälligkeit. Der Provisionsanspruch entstand bereits vor Konkurseröffnung, und zwar ohne irgendwelche Handlungen des Konkursverwalters. Es handelt sich bei ihm somit um eine einfache Konkursforderung.

Gemäß Art. 14 Nr. 2 HVG erlischt der Anspruch dann, wenn die Ausführung infolge eines vom Unternehmer nicht zu vertretenden Umstandes unmöglich geworden ist. Im Unterschied zur deutschen Regelung des § 87a Abs. 3 S. 1 HGB tritt die Rechtsfolge hier nicht von Gesetzes wegen, sondern nur kraft entsprechender Vereinbarung der Parteien ein. Es stellt sich die Frage, ob das faktische Unvermögen des Konkursverwalters zur Erfüllung gleichbedeutend mit der in Art. 14 Nr. 2 HVG gemeinten „Unmöglichkeit“ ist. Literatur und Rechtsprechung haben sich zu dieser Frage nicht geäußert.

Meines Erachtens sind hier dieselben Erwägungen ausschlaggebend, die auch nach der deutschen Rechtslage entscheidend sind.¹⁸¹ Auch nach belgischem Recht geht das Recht des Schuldners, das zur Konkursmasse gehörende Vermögen zu verwalten und darüber zu verfügen, auf den Konkursverwalter über. Ebenso wie nach neuem Recht ist der Konkursverwalter „Dreh- und Angelpunkt“ des Konkursverfahrens.¹⁸² Aufgaben und Befugnisse des Konkursverwalters sind so konzipiert, dass – wie auch nach deutschem Recht – es sachlich gerechtfertigt ist, hier auf ein Verschulden des Konkursverwalters abzustellen.

¹⁸⁰ Zenner, 295

¹⁸¹ Vgl. I.2.a.cc.

¹⁸² Hoffmann, Rz 420

Es kommt somit darauf an, ob der Konkursverwalter sein faktisches Unvermögen zu vertreten hat.

b. Ausgleichsanspruch

Der Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters ist geregelt in Art. 20 HVG. Er wird auch gewährt für eine wesentliche Verbesserung der Geschäftsverbindung mit vorhandenen Kunden. Der Ausgleichsbetrag bestimmt sich nach der Bedeutung der Geschäfte sowie dem Einbringen von Kunden.

Wie auch im deutschen Recht erhebt sich die Frage, ob der Unternehmer noch erhebliche Vorteile aus den Geschäften mit Kunden ziehen kann, wenn das Unternehmen infolge des Konkurses liquidiert oder teilweise verkauft wird. Unter „Geschäften“ sind dabei die Werbung neuer Kunden oder die wesentliche Verbesserung der Geschäftsverbindungen mit vorhandenen Kunden durch den Handelsvertreter zu verstehen.

Im Unterschied zu Deutschland ist diese Frage in Belgien bislang noch nicht Gegenstand eines Prozesses gewesen. Auch Literatur findet sich dazu nicht. Die Interessenlage ist hier aber gleich derjenigen, die unter I.2.b.aa. erörtert wurde, sodass auf die dort gemachten Ausführungen verwiesen werden kann. Wird demnach der Betrieb des Gemeinschuldners definitiv stillgelegt, so ist der angesammelte Kundenstamm für den Unternehmer ohne Wert. Es entsteht deshalb auch kein Ausgleichsanspruch für den Handelsvertreter.

Da im belgischen Recht die Eröffnung des Konkursverfahrens nicht mit der Beendigung des Handelsvertretervertrages einhergehen *muss*¹⁸³, setzt eine Entstehung des Ausgleichsanspruchs nach Konkurseröffnung nicht voraus, dass der Konkursverwalter einen neuen Handelsvertretervertrag abschließt (der dann später wieder beendet wird). Lediglich dann, wenn genau dies geschieht (weil der Handelsvertretervertrag eben doch mit Konkurseröffnung endet), wäre die Entstehung eines Ausgleichsanspruchs auf ein Handeln des Konkursverwalters zu-

¹⁸³ Vgl. 1. Abschnitt A.II.2.

rückzuführen. In diesem Fall ist der Anspruch – wie auch im deutschen Recht – Masseverbindlichkeit.

Im Übrigen ist der Ausgleichsanspruch stets einfache Konkursforderung.¹⁸⁴

c. Schadensersatzansprüche infolge vorzeitiger Vertragsauflösung

Derartige Ansprüche kommen nach dem „loi sur les faillites“ gar nicht und nach dem Handelsvertretergesetz nur insoweit in Betracht, als der kündigende Vertragspartner (beim Anspruch des Handelsvertreters also der Unternehmer als kündigender Vertragspartner), ohne die vorgeschriebene Kündigungsfrist einzuhalten oder ohne den richtigen Kündigungsgrund geltend machen zu können, die Kündigung ausspricht (Art. 18 § 3 Abs. 1 HVG). In diesen Fällen ist der Konkursverwalter der anderen Partei zur Auszahlung einer Entschädigung verpflichtet, die der laufenden Vergütung entspricht, die entweder während der Dauer der Kündigungsfrist oder des noch verbleibenden Teils dieser Frist zu zahlen gewesen wäre. Dies widerspricht nicht der Handelsvertreterrichtlinie, da diese den Fall des Schadensersatzes bei nicht ordnungsgemäßer Kündigung nicht regelt. Sofern der Konkursverwalter von dieser Möglichkeit Gebrauch macht, ist der Entschädigungsanspruch m. E. in extensiver Auslegung des Art. 99 „loi sur les faillites“ als „dette de la masse“ zu qualifizieren, da er eindeutig auf eine Handlung des Konkursverwalters zurückzuführen ist.

d. Wettbewerbsentschädigung

Im Gegensatz zum deutschen sieht das belgische Handelsvertreterrecht keinen Anspruch auf Entschädigung für die Dauer einer nachvertraglichen Wettbewerbsbeschränkung vor. Dies wirft die Frage nach der Zulässigkeit einer solchen Wettbewerbsbeschränkung auf.

¹⁸⁴ Vgl. Kocks, a.a.O.

Nach der Rechtsprechung ist ein solches Wettbewerbsverbot nur insoweit gültig, als es die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit des Handelsvertreters nicht in unerträglicher Weise einengt oder aufhebt.¹⁸⁵

Richtet sich die Frage, ob dem Handelsvertreter eine Wettbewerbsentschädigung zusteht, nicht nach belgischem, sondern nach deutschem Recht und besteht danach ein solcher Anspruch, so ist er einfache, nicht bevorrechtigte Konkursforderung, da sich weder für eine Qualifizierung als „dette de la masse“ noch als bevorrechtigte Forderung Anknüpfungspunkte im Gesetz finden lassen.

e. Schadensersatzansprüche

Die im deutschen Recht unter 2.e.aa. dargestellten Tatbestände, in denen der Unternehmer den Handelsvertreter über die drohende Konkursöffnung nicht oder erst verspätet unterrichtet, lassen auch nach belgischem Recht Schadensersatzansprüche des Handelsvertreters entstehen. Anspruchsgrundlage ist hier letztlich die Generalklausel der Art. 1382, 1383 CC und nicht die Konstruktion einer besonderen Kategorie von Leistungsstörungen.¹⁸⁶

Auch wenn die Insolvenz durch ein Verhalten des Unternehmers in vorwerfbarer Weise herbeigeführt wird, kommt ein Schadensersatzanspruch des Handelsvertreters in Betracht. Der Anspruch ist in diesen Fällen einfache Konkursforderung, solange er vor der Anmeldung der Forderung entsteht.

III. Zusammenfassung

Stellt man die Ansprüche des Handelsvertreters und ihre insolvenz- bzw. konkursrechtliche Einordnung nach dem deutschen Recht dem belgischen Recht gegenüber, so ergeben sich Unterschiede hinsichtlich der Gruppe der Ansprüche, die nach Insolvenz- bzw. Konkursöffnung entstanden sind. Soweit es dabei zu unterschiedlichen Ergebnissen kommt, liegen diese im Wesentlichen darin

¹⁸⁵ Nachweise bei Kocks, a.a.O., Rz 134

¹⁸⁶ Vgl. hierzu Hübner/Constantinesco, 177

begründet, dass nach belgischem Recht die Eröffnung des Konkursverfahrens nicht zwangsläufig zur Beendigung des Handelsvertretervertrages führt.

D. Aussonderung, Absonderung

I. Deutsches Recht

1. Aussonderung

Begrifflich ist die Aussonderung die Realisierung eines zivilrechtlichen Anspruchs auf Herausgabe eines Gegenstandes, der dem Anspruchsberechtigten oder einem Dritten, nicht aber dem Schuldner oder Schuldnerunternehmen gehört.¹⁸⁷

Auch der Handelsvertreter kann Gegenstände gemäß §§ 35, 47 InsO aussondern, wenn sie nicht zur Insolvenzmasse gehören und er an ihnen ein dingliches oder persönliches Recht geltend machen kann. Allerdings ergeben sich solche Rechte des Handelsvertreters nicht in seiner Eigenschaft als Handelsvertreter, sondern eben z.B. im Rahmen eines gewöhnlichen Kaufvertrags. Insoweit gelten hier keine Besonderheiten.

2. Absonderung

Unter den Voraussetzungen der §§ 48, 49 InsO kann der Handelsvertreter abge sonderte Befriedigung verlangen. Dies bedeutet, dass er ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus einem zur Masse gehörigen Gegenstand hat.¹⁸⁸ Auch dieses Recht des Handelsvertreters folgt nicht aus seiner Eigenschaft als Handelsvertreter.

¹⁸⁷ Uhlenbruck – Uhlenbruck, § 47, Rz 2

¹⁸⁸ Uhlenbruck – Uhlenbruck, § 49, Rz 2

a. Gesetzliches oder rechtsgeschäftliches Pfandrecht

Ein gesetzliches oder rechtsgeschäftliches Pfandrecht des Handelsvertreters kommt nur dann in Betracht, wenn der Handelsvertreter Waren des Unternehmers im eigenen Namen verkauft. In diesem Fall gelten bezüglich der Absonderungsrechte des Handelsvertreters ebenfalls keine Besonderheiten.

b. Kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht

Ein kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht wird für *den* Handelsvertreter relevant, der selbst Waren des Unternehmers lagert und ausliefert. Umstritten ist, ob das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht auch für die vom Inkassovertreter zugunsten des Unternehmers eingezogenen Gelder in Betracht kommt¹⁸⁹ oder nicht.¹⁹⁰

Meines Erachtens ist hier danach zu differenzieren, ob der Handelsvertreter die eingezogenen Beträge bar bzw. in Form von Wertpapieren erhalten hat oder ob ihm diese überwiesen wurden. Im ersteren Fall sind die Beträge gemäß dem Wortlaut des § 369 Abs. 1 HGB Gegenstand eines kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts, sodass ein solches auch in Betracht kommt. Im letzteren Fall fehlt es an der notwendigen Voraussetzung des § 369 Abs. 1 S. 1 HGB (Sachen oder Wertpapiere). Ein Zurückbehaltungsrecht kommt dann gar nicht erst in Betracht. Hat der Handelsvertreter die eingezogenen Beträge bar oder in Form von Wertpapieren erhalten, so ist zu prüfen, ob ein Ausschlussgrund nach § 369 Abs. 3 HGB vorliegt. Der pauschalen Aussage, für diese kassierten Gelder gelte der Ausschlussgrund nach § 369 Abs. 3 HGB nicht¹⁹¹, kann nicht gefolgt werden. Es ist kein Grund ersichtlich, dem Handelsvertreter insoweit eine Sonderstellung einzuräumen. Folglich kommt es darauf an, ob die Geltendmachung von Zurückbehaltungsrechten nach dem Inhalt des Handelsvertretervertrags unzulässig ist.¹⁹² Nicht gefolgt werden kann der Auffassung¹⁹³, wonach dies auch dann der

¹⁸⁹ So von Hoyningen-Huene, § 88a, Rz 7; Hopt, § 88a, Anm. 1a

¹⁹⁰ So Hoffstadt, a.a.O., 647; Staub – Brüggemann, § 88a, Rz 7

¹⁹¹ So Hopt, a.a.O.

¹⁹² Schröder, 296

¹⁹³ Schröder, ebenda

Fall sei, wenn der Handelsvertreter zwar Inkassovollmacht hatte, aber angewiesen war, die Beträge *sofort* an den Unternehmer weiterzuleiten. Muss der Handelsvertreter die Beträge *sofort* (d.h. ohne schuldhaftes Zögern) an den Unternehmer weiterleiten, so heißt dies nichts anderes, als dass die Forderung des Unternehmers auf Herausgabe der eingezogenen Beträge fällig ist. Gerade gegenüber fälligen Forderungen entfaltet das Zurückbehaltungsrecht (sowohl das aus § 369 HGB als auch dasjenige aus § 273 BGB) aber seine volle Wirksamkeit. Gegenüber Forderungen, die – auch ohne die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts – noch gar nicht fällig sind, bedarf es eines solchen Zurückbehaltungsrechtes nicht. Es würde daher zu dem Sinn eines Zurückbehaltungsrechtes in Widerspruch stehen, wenn dies dem Handelsvertreter im Falle der Pflicht zur *sofortigen* Weitergabe nicht zustünde.

Der Ausschluss des Zurückbehaltungsrechtes liegt nach § 369 Abs. 3 HGB deshalb nur dann vor, wenn der Unternehmer den Handelsvertreter ausdrücklich anweist (und zwar vor oder während Erhalt der Beträge), diese Beträge nicht wegen fälliger Ansprüche des Handelsvertreters gegen ihn zurückzubehalten oder wenn der Handelsvertreter sich hierzu verpflichtet hat. Die bloße Anweisung, die Beträge *sofort* nach Erhalt herauszugeben, ist nur die Geltendmachung des dem Unternehmer zustehenden Anspruchs und reicht für einen Ausschluss nach § 369 Abs. 3 HGB nicht aus.

c. Sicherungsübereignung, Sicherungsabtretung

Gemäß § 51 Nr. 1 InsO sind auch Gläubiger, denen der Schuldner zur Sicherung eines Anspruches eine bewegliche Sache übereignet oder ein Recht übertragen hat, zur Absonderung berechtigt. Dies gilt auch für den Handelsvertreter. Zu denken ist hier an den Fall, dass der Handelsvertreter (etwa eine GmbH) wirtschaftlich stärker ist als der Prinzipal und deshalb für die Erfüllung künftiger Provisionsansprüche Sicherheiten verlangt.

II. Belgisches Recht

1. Aussonderung

Auch nach belgischem Recht können nicht zum Vermögen des Schuldners gehörende Gegenstände unter bestimmten Voraussetzungen ausgesondert werden. Der Begriff der Aussonderung ist identisch mit demjenigen im deutschen Recht. Rechtsgrundlage sind die Artikel 101 bis 108 des „loi sur les faillites“. Dies gilt auch zu Gunsten des Handelsvertreters. Unter den Rechten, aufgrund derer Gegenstände ausgesondert werden können, ist dies in erster Linie das Eigentumsrecht. Dem Handelsvertreter als Eigentümer verbleibt das Recht auf Herausgabe im Konkurs auch dann, wenn der Gemeinschuldner den Gegenstand unter Eigentumsvorbehalt erworben hat. Allerdings sind hier weitere Voraussetzungen gemäß Artikel 101 Abs. 2 „loi sur les faillites“ zu beachten. Ebenso wie nach deutschem Recht ist es aber auch in Belgien so, dass derartige Aussonderungsrechte nicht im Rahmen des Handelsvertretervertrages entstehen. Eine Besonderheit sieht das belgische Recht in Art. 104 Abs. 1 „loi sur les faillites“ für den Fall vor, dass Waren ausgesondert werden sollen, die dem Gemeinschuldner zuvor in dessen Betrieb geliefert (und übereignet) wurden. Diese Fallkonstellation ist im Handelsvertreter-Unternehmer-Verhältnis bei Insolvenz des Unternehmers aber praktisch nicht relevant, sodass an dieser Stelle darauf nicht näher eingegangen wird.

2. Absonderung

Die Absonderung nach belgischem Recht ist im Rahmen des Systems der „einfachen“ Konkursforderungen zu sehen, der „dettes dans la masse“. Wie bereits erwähnt¹⁹⁴, teilen sich die „dettes dans la masse“ in bevorrechtigte (= Privilegien) sowie nichtbevorrechtigte Forderungen und die bevorrechtigten Forderungen wiederum in generelle und spezielle. Die Rechtsfolgen der speziellen bevorrechtigten „dettes dans la masse“ sind es, die im Hinblick auf den Konkurs der Ab-

¹⁹⁴ Vgl. 1. Abschnitt C.II.1.

sonderung im Sinne des deutschen Insolvenzrechts entsprechen.¹⁹⁵ Soweit die Ansicht vertreten wird, dass das Rechtsinstitut der Privilegien in der deutschen Rechtsordnung keine Entsprechung findet¹⁹⁶, bezieht sich dies auf das System, nicht jedoch auf die Rechtsfolge der speziellen Privilegien, die nämlich – wie bei der Absonderung – in der Befriedigung aus einem Vermögensgegenstand der Konkursmasse besteht.

a. „Gage commercial“

Das Recht auf abgesonderte Befriedigung gewährt die sog. „gage commercial“. Sie ist in „titre V, section I^e „des Code de Commerce“ geregelt, stellt eine Sicherheit einer Sache bei kaufmännischen Verpflichtungen dar und hat die Einhaltung der Formvorschriften über den Handelskauf gleichartiger Sachen zum Gegenstand. Außerdem muss sich die Sache im Besitz des Gläubigers oder – nach vorheriger Vereinbarung zwischen den Parteien – im Besitz eines Dritten befinden. Die Rechtsfolge besteht darin, dass der Gläubiger im Falle der Nichtzahlung bei Fälligkeit die Möglichkeit hat, vom Handelsgericht die Erlaubnis zum Verkauf der Sache zu erhalten. Dies geschieht durch einen „réalisateur“, welcher auch der Konkursverwalter sein kann.¹⁹⁷ Im Rahmen des Handelsvertretervertrages kommt eine solche „gage commercial“ zugunsten des Handelsvertreters allerdings praktisch nicht in Betracht. Denn i.d.R. ist es der Handelsvertreter, der den Unternehmer (im Vorfeld eines Handelsvertretervertrages) von seiner Zuverlässigkeit überzeugen muss und nicht umgekehrt

b. „Gage du fonds de commerce“

Bei dem Privileg der „gage du fonds de commerce“ handelt es sich um ein in einem Register eingetragenes Pfandrecht über Geschäftsvermögen. Es hat eine entsprechende Vereinbarung zwischen den Parteien zur Voraussetzung. Im Ver-

¹⁹⁵ Hoffmann, Rz 426

¹⁹⁶ Kieninger/Storme, RIW 1999, 94 (100)

¹⁹⁷ Verougstraete, Nr. 803

hältnis Unternehmer – Handelsvertreter ist die Vereinbarung eines solchen Pfandrechts zu Gunsten des Handelsvertreters denkbar.

c. Kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht

Ein dem § 369 HGB entsprechendes kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht kennt das belgische Recht nicht. Dies erklärt sich daraus, dass das belgische Recht keine speziell den Handelskauf betreffende Gesetzgebung enthält.¹⁹⁸ Grundsätzlich werden vielmehr die Regeln des bürgerlich-rechtlichen Kaufvertrags angewandt.

Ein nach deutschem Recht bestehendes kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht lässt sich nicht unter einen der Absonderungstatbestände im belgischen Recht subsumieren.

III. Zusammenfassung

Die Unterschiede zwischen deutschem und belgischem Recht bestehen hier im Wesentlichen im Bereich der Absonderung. Sie haben ihren Grund vor allem in dem vom deutschen Recht differierenden System der Vorrechte. So fasst das belgische Recht unter den Vorrechten vorrangige einfache Konkursforderungen und Absonderungsrechte systematisch zusammen. Das deutsche Insolvenzrecht hingegen kennt zum einen mit Inkrafttreten der Insolvenzordnung keine vorrangigen Insolvenzforderungen mehr und trennt auch systematisch zwischen einfachen Insolvenzgläubigern und Absonderungsberechtigten.

¹⁹⁸ Hoffmann, Rz 76

E. Ansprüche aus betrieblicher Altersversorgung

I. Deutsches Recht

Sofern der Unternehmer über ein System betrieblicher Altersversorgung verfügt und der Handelsvertreter dort eingebunden ist, stellt sich die Frage, welche Auswirkungen insoweit die Eröffnung des Insolvenzverfahrens hat.

Kernfrage ist, ob sich der persönliche Geltungsbereich des Gesetzes zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung¹⁹⁹ auch auf Handelsvertreter erstreckt. Wäre dies der Fall, so hätte es zur Konsequenz, dass im Insolvenzfall der Pensionssicherungsverein für die betriebliche Altersversorgung des Handelsvertreters eintritt. Ist dies nicht der Fall, so wären etwaige Ansprüche des Handelsvertreters nicht insolvenzgesichert.

Gemäß § 17 Abs. 1 S. 2 BetrAVG gelten die §§ 1-16 (und damit der Insolvenzschutz) für Personen, die nicht Arbeitnehmer sind, wenn ihnen Leistungen der Alters-, Invaliditäts- oder Hinterbliebenenversorgung aus Anlass ihrer Tätigkeit für ein Unternehmen zugesagt worden sind. Dem Wortlaut nach würde dies auch für in das Altersversorgungssystem des Unternehmers einbezogene Handelsvertreter gelten. So bejaht denn eine Ansicht²⁰⁰ auch ohne weiteres den Geltungsbereich des BetrAVG für Handelsvertreter.

Der BGH hat diesen sehr weiten Wortlaut des § 17 Abs. 1 S. 2 BetrAVG zunächst eingeschränkt.²⁰¹ Insbesondere hatte der II. Senat des BGH festgestellt, dass der PSV keinen Insolvenzschutz für Pensionszusagen eines geschäftsführenden Gesellschafters einer Personengesellschaft oder eines beherrschend beteiligten Gesellschafter-Geschäftsführers einer Kapitalgesellschaft bietet. Diese Personen könnten wegen „ihrer überlegenen Gesellschafterstellung das Unternehmen genau wie ein Einzelkaufmann als ihr eigenes ansehen“. Sie bedürften deshalb keines Insolvenzschatzes für ihre betriebliche Versorgungszusage.²⁰²

¹⁹⁹ BGBl. I 1974, 3610

²⁰⁰ Hoffstadt, a.a.O., 645 (647)

²⁰¹ ZIP 1980, 453 (454); ZIP 1980, 556 (560)

²⁰² Vgl. Angaben bei Arteaga, ZIP 1998, 276

Eine beherrschende Beteiligung nahm der BGH auch bei solchen Gesellschaftern an, deren Kapitalanteile zwar weniger als 50% des Stammkapitals betragen, die aber trotzdem so eng mit dem Unternehmen verbunden sind, dass sie es wie ein Mehrheitsgesellschafter als ihr eigenes betrachten können.²⁰³ Eine solche enge Bindung bejahte der BGH in den Fällen, in denen die geschäftsführenden Gesellschafter gemeinsam mehr als die Hälfte der Stimmen innehatten.²⁰⁴ Sowohl das BAG wie auch der BGH haben mit zwei Urteilen aus dem Jahre 1997²⁰⁵ diese Anforderungen gesenkt. Nach dem BAG erhält ein Minderheitsgesellschafter – unabhängig von seiner Beteiligungshöhe – immer Insolvenzschutz, wenn kraft Satzung ein anderer geschäftsführender Gesellschafter die Mehrheit der Stimmen besitzt. In einem „obiter dictum“ deutete der BGH an, dass er an der strengen Rechtsprechung zur Zusammenrechnung der Geschäftsanteile der Minderheitsgesellschafter in Zukunft nicht festhalten will.

Bezogen auf den Handelsvertreter ist zu differenzieren. Der Sinn des § 17 Abs. 1 S. 2 BetrAVG besteht nicht darin, solchen Handelsvertretern Insolvenzschutz zu gewähren, deren Unternehmen einen nach Art und Umfang in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert. Derartige Kaufleute i.S.d. § 1 HGB, die selbst tatsächliche oder potenzielle Arbeitgeber sind, werden vom Schutzzweck der §§ 1-16 BetrAVG nicht erfasst. Gleiches gilt für diejenigen Handelsvertreter, welche die Kaufmannseigenschaft auf der Grundlage des seit dem 1.7.1998 in Kraft getretenen Handelsrechtsreformgesetzes durch Eintragung in das Handelsregister freiwillig erlangen. Ebenso wie für diese alle nach dem HGB bestehenden Rechte und Pflichten derjenigen gelten, deren Unternehmen einen nach Art und Umfang in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordern, können sie sich nicht auf solche Schutzvorschriften berufen, die für diejenigen Gewerbetreibenden, deren Unternehmen einen nach Art und Umfang in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordern, *nicht* gelten. Wollen sie dies dennoch tun, so dürfen sie eben nicht von ihrer Eintragungsoption in das Handelsregister Gebrauch machen. Bei den nicht in

²⁰³ Vgl. Nachweise bei Arteaga, a.a.O., 277

²⁰⁴ BGH, ZIP 1989, 1418

²⁰⁵ BAG, ZIP 1997, 2131 (2133); BGH ZIP 1997, 1351 (1352)

das Handelsregister eingetragenen Handelsvertretern, die aufgrund des § 1 Abs. 2 HGB keine Kaufleute sind, ist zu differenzieren:

Diejenigen Handelsvertreter, die mehr als einen Auftraggeber haben, sind vom Insolvenzschutz der §§ 1-16 BetrAVG ebenfalls nicht erfasst. Ihre Einkünfte sind nicht von der wirtschaftlichen Situation eines einzigen Unternehmers abhängig. Selbst wenn sie nur in das Altersversorgungssystem eines einzigen Unternehmers einbezogen sind, sind sie aufgrund ihrer wirtschaftlichen Eigenständigkeit zu sehr von den Arbeitnehmern entfernt, als dass es gerechtfertigt wäre, sie dem Insolvenzschutz des BetrAVG zu unterstellen. Anders sieht es hingegen bei solchen Handelsvertretern aus, die im Wesentlichen nur für *einen* Unternehmer tätig sind („Einfirmenvertreter“). Solche Handelsvertreter gelten als arbeitnehmerähnliche Selbstständige mit der Folge der Rentenversicherungspflicht, sofern sie keine gleichwertige private Altersversorgung nachweisen können oder vor dem 2.1.1949 geboren sind.²⁰⁶

Als solche ist auch die Einbeziehung in eine betriebliche Altersversorgung anzusehen, sofern diese gemäß § 231 Abs. 5 SGB VI gewährleistet, dass eine Sicherung für den Fall der Invalidität und des Erlebens des 60. oder eines höheren Lebensjahres sowie im Todesfall für Hinterbliebene vorhanden ist, deren wirtschaftlicher Wert nicht hinter dem einer Lebens- oder Rentenversicherung zurückbleibt. Wird für solche Handelsvertreter demnach sozialversicherungsrechtlich das betriebliche Altersversorgungssystem dem Rentenversicherungssystem gleichgestellt, so müssen die Ansprüche aus einem solchen Altersversorgungssystem auch insolvenzsicher gemacht werden. Genau dies wird durch eine Einbeziehung in das BetrAVG erreicht. Für Einfirmenvertreter, deren Unternehmen einen nach Art und Umfang in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordern, sind deshalb die Ansprüche nach § 17 Abs. 1 S. 2 BetrAVG insolvenzsicher. Für die übrigen Handelsvertreter ist der Insolvenzschutz des BetrAVG nicht anwendbar.

²⁰⁶ § 231 Abs. 5 SGB VI

II. Belgisches Recht

In Belgien existiert ein Fonds zur Entschädigung von Arbeitnehmern im Falle der Schließung eines Unternehmens („le fonds d’indemnisation des travailleurs en cas de fermeture d’entreprises“). Der (selbstständige) Handelsvertreter ist allerdings vom Schutz des Gesetzes, das die Rechtsgrundlage für den Fonds bildet („loi de 30 juin 1967“), nicht erfasst. Dies gilt auch für den Einfirmenvertreter. In einem Urteil vom 17.04.2000 hat der Kassationshof entschieden, dass die Rechte des Fonds und die Rechte des Angestellten denselben Rang besitzen.²⁰⁷

F. Sonderfall: arbeitnehmerähnlicher Handelsvertreter

I. Deutsches Recht

Im deutschen Recht hat § 92a HGB für solche Handelsvertreter, die entweder vertraglich nicht für weitere Unternehmer tätig werden dürfen oder denen dies nach Art und Umfang der von ihnen verlangten Tätigkeiten nicht möglich ist, eine Ermächtigungsgrundlage für die Regelung von Mindestbedingungen zu Gunsten solcher Handelsvertreter durch Rechtsverordnung geschaffen. Hintergrund ist der Gedanke, dass solche Handelsvertreter wirtschaftlich und sozial wie Arbeitnehmer gestellt sind.²⁰⁸ Bislang ist eine solche Verordnung aber weder erlassen noch geplant.

Nach der Konkursordnung bestanden Konkursvorrechte für den arbeitnehmerähnlichen Handelsvertreter gemäß § 92a HGB (§§ 59 Abs. 1 Nr. 3c, 61 Abs. 1 Nr. 1c KO). Auf der Grundlage der Insolvenzordnung bestehen diese Vorrechte dagegen nicht mehr. Da die arbeitnehmerähnlichen Handelsvertreter zu dem Personenkreis gehören, die nicht durch Insolvenzausfallgeld gesichert sind, ist der Gesetzgeber m. E. dazu aufgerufen, die nach der Konkursordnung bestanden Vorzugsrechte insoweit wieder einzuführen. Diese sind dann allerdings auf die arbeitnehmerähnlichen Handelsvertreter zu beschränken. Andere Einfirmenvertreter, die weder rechtlich noch tatsächlich daran gehindert sind, auch für

²⁰⁷ RDC 2000, 588

²⁰⁸ Hopt, § 92a, Rz 1

andere Unternehmer tätig zu sein, können nicht in den Genuss solcher Vorrechte kommen. Diese haben sich vielmehr aus eigenem Entschluss für eine Tätigkeit als Einfirmenvertreter entschieden und sich daher auch freiwillig dem Risiko einer Insolvenz des Unternehmers ausgesetzt.

II. Belgisches Recht

Die Rechtsfigur des „arbeitnehmerähnlichen Handelsvertreters“ existiert in Belgien nicht. Das belgische Recht kennt insoweit nur den Arbeitnehmer, der kein Handelsvertreter ist oder den Selbstständigen, der auch Handelsvertreter sein kann.

2. Abschnitt Insolvenz des Handelsvertreters

A. Rechtsfolgen auf Vertrag

I. Deutsches Recht

Ebenso wie der Unternehmer so kann auch der Handelsvertreter insolvent werden. Auch hier ist zu untersuchen, welche Auswirkungen dies auf das Rechtsverhältnis Handelsvertreter – Unternehmer sowie die Ansprüche des Unternehmers hat. Im Gegensatz zur Insolvenz des Unternehmers führt die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Handelsvertreters nicht zu einem Erlöschen des Handelsvertretervertrages gemäß §§ 115 Abs. 1, 116 InsO. Denn diese Regelung setzt die Insolvenz des Unternehmers im Rahmen eines Handelsvertreterverhältnisses voraus. Aus der Regelung der §§ 115, 116 InsO lässt sich schließen, dass in der umgekehrten Konstellation – also bei Insolvenz des Geschäftsbesorgers – der Vertrag fortbesteht, da hier durch die Möglichkeit des Widerrufs bzw. der Kündigung hinreichender Schutz besteht.²⁰⁹ Der Unternehmer hat somit die Möglichkeit, den Vertrag mit dem Handelsvertreter gemäß § 89a Abs. 1 HGB fristlos zu kündigen. Es besteht Einigkeit darin, dass die Eröff-

²⁰⁹ Uhlenbruck – Berscheid, §§ 115, 116, Rz 6

nung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Handelsvertreters ein „wichtiger Grund“ zur Kündigung i.S.d. § 89a Abs. 1 HGB ist.²¹⁰

Im Rahmen des Handelsvertretervertrages besteht die Besonderheit, dass der Insolvenzverwalter i.d.R. außerstande ist, den Vertrag anstelle des Handelsvertreters zu erfüllen und dessen persönliche Leistung zu bewirken. Die grundsätzliche Pflicht des Insolvenzverwalters zur Unternehmensfortführung²¹¹ lässt sich hierfür nicht anführen. Denn diese Pflicht kann nicht in den Fällen bestehen, in denen der Insolvenzverwalter zur Erfüllung der Pflicht außerstande ist. Dies ist hier der Fall. Der Insolvenzverwalter kann sich zwar eines oder mehrerer Erfüllungsgehilfen bedienen²¹², bei einer Verpflichtung zur Unternehmensfortführung aber muss er die unternehmerischen Entscheidungen treffen, wozu er im Bereich eines Handelsvertreterunternehmens in der Regel eben nicht in der Lage ist.

II. Belgisches Recht

Für die Frage, ob ein Konkurs des Handelsvertreters das Handelsvertreterverhältnis automatisch beendet, gilt das zu 1. Abschnitt A.II.2. Gesagte entsprechend. Das heißt, auch hier kommt es letztlich darauf an, ob der Fortbestand des Vertrages für die Konkursmasse vorteilhaft ist. Was die Möglichkeit des Unternehmers, den Handelsvertretervertrag fristlos zu kündigen, anbelangt, so kann auf die Ausführungen zu 1. Abschnitt B.II.4. verwiesen werden. Es ist kein Grund ersichtlich, für das Vorliegen eines wichtigen Grundes beim Unternehmer einen anderen Maßstab anzulegen als beim Handelsvertreter.

Gemäß Artikel 46 des „loi sur les faillites“ entscheidet der Konkursverwalter, ob er vor der Konkursöffnung geschlossene Verträge erfüllt oder nicht. Unabhängig davon, ob dieses Wahlrecht auch für den Konkursverwalter des Handelsvertreters besteht, ist auch in Belgien der Konkursverwalter in der Regel gehindert, die dem Handelsvertreter obliegenden Pflichten zu erfüllen und dessen persönliche Leistung zu bewirken.

²¹⁰ Vgl. statt vieler Hopt, § 89a, Rz 20

²¹¹ Gottwald – Klopp/Kluth, § 22, Rz 45

²¹² Gottwald – Klopp/Kluth, a.a.O., Rz 12

B. Weitere Verträge durch den Unternehmer trotz Insolvenzeröffnung

I. Deutsches Recht

Da im Unterschied zur Insolvenzeröffnung über das Vermögen des Unternehmers im Falle der Insolvenz des Handelsvertreters der Handelsvertretervertrag fortbesteht, bleiben die Ansprüche aus dem Handelsvertretervertrag bestehen, wenn der Unternehmer weitere Verträge mit vom Handelsvertreter vermittelten Kunden abschließt. Für Rechtsfolgen, die den unter 1. Abschnitt B.I. beschriebenen entsprechen, bleibt hier kein Raum.

II. Belgisches Recht

Bezüglich des Schicksals der Ansprüche aus dem Handelsvertreterverhältnis in den Fällen, in denen der Unternehmer trotz Konkursöffnung weitere Verträge abschließt, ist danach zu differenzieren, ob der Handelsvertretervertrag fortbesteht oder endet. Besteht der Handelsvertretervertrag fort, so hat dies auf die Ansprüche aus dem Handelsvertreterverhältnis keine Auswirkungen. Ebenso wie nach deutschem Recht bleiben die Ansprüche aus dem Handelsvertretervertrag bestehen. Wird der Handelsvertretervertrag hingegen beendet, so entsteht aus diesen Geschäften kein Provisionsanspruch des Handelsvertreters mehr. Denn dieser setzt das Bestehen eines wirksamen Handelsvertretervertrages voraus.

In Betracht kommt dann ein Anspruch auf Abfindung im Sinne des Artikel 20 HVG (Ausgleichsanspruch). Dies setzt voraus, dass der Unternehmer noch erhebliche Vorteile aus geworbenen Neukunden des Handelsvertreters oder der Verbesserung von Geschäftsbeziehungen mit vorhandenen Kunden zieht. In der Regel liegt ein solcher erheblicher Vorteil vor, wenn der Unternehmer Geschäfte mit den vom Handelsvertreter geworbenen neuen Kunden oder den vorhandenen Kunden, deren Geschäftsverbindungen vom Handelsvertreter wesentlich verbessert wurden, abschließt. Denn der Unternehmer wird grundsätzlich solche Geschäfte neu abschließen, wenn für ihn Aussichten bestehen, seinen Gewinn zu mehren.

C. Weitere Verträge durch Insolvenzverwalter des Handelsvertreters trotz Insolvenzeröffnung

Fraglich ist, wie die Fälle zu behandeln sind, in denen anstelle des Handelsvertreters sein Insolvenzverwalter im Namen des Unternehmers weitere Verträge abschließt.

I. Deutsches Recht

Wie unter 2. Abschnitt A.I. dargelegt, wird der Insolvenzverwalter i.d.R. faktisch nicht in der Lage sein, die entsprechenden Handelsvertreteraktivitäten auszuüben, sodass die Frage kaum praktisch relevant wird. Die Pflicht zur Unternehmensfortführung besteht in diesen Fällen nicht. Ist er ausnahmsweise dennoch dazu in der Lage, wie ein Handelsvertreter Rechtsgeschäfte weiterhin zu vermitteln und ggf. abzuschließen – und besteht deshalb insoweit auch die Pflicht zur Unternehmensfortführung – so hat dies auf Ansprüche aus dem Handelsvertreterverhältnis insoweit Auswirkungen, als der Anspruch des Unternehmers auf Erfüllung der Pflichten aus dem Handelsvertreterverhältnis gemäß § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO Masseschuld ist.

II. Belgisches Recht

Auch auf der Grundlage des belgischen Rechts ist der Konkursverwalter in der Regel faktisch nicht dazu in der Lage, die entsprechenden Handelsvertreteraktivitäten auszuüben. Ist er dies im Ausnahmefall dennoch und besteht der Handelsvertretervertrag fort, so ist der Anspruch des Unternehmers auf Erfüllung der Pflichten aus dem Handelsvertreterverhältnis gemäß Art. 46 Abs. 3 „loi sur les faillites“ eine Masseforderung, soweit der Unternehmer nach Konkursöffnung die entsprechende Gegenleistung erbracht hat.

D. Ansprüche des Unternehmers

I. Deutsches Recht

1. Ansprüche, die vor Insolvenzeröffnung entstanden sind

Bei den Ansprüchen kann danach unterschieden werden, ob es sich um Herausgabeansprüche handelt oder solche, die nicht auf Herausgabe gerichtet sind.

a. Ansprüche außer Herausgabeansprüchen

Sofern es sich bei den Ansprüchen des Unternehmers, die bereits vor Insolvenzeröffnung entstanden sind, nicht um Herausgabeansprüche handelt, sind diese einfache Insolvenzforderungen gemäß § 38 InsO. Da diese nicht durch Handlungen des Insolvenzverwalters begründet werden (eine Insolvenzeröffnung hat ja noch nicht stattgefunden), scheidet eine Einordnung als Masseverbindlichkeit aus.

b. Herausgabeansprüche

Auch vor Insolvenzeröffnung entstandene Herausgabeansprüche sind aus den unter a. genannten Gründen einfache Insolvenzforderungen. Fraglich ist aber, ob die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens die Durchsetzbarkeit solcher Ansprüche hindert. Diesbezüglich ist danach zu unterscheiden, ob es sich bei ihnen um solche auf Herausgabe an Gegenständen handelt, die dem Handelsvertreter der Unternehmer zur Verfügung gestellt hat oder um Ansprüche auf Herausgabe dessen, was der Handelsvertreter nicht vom Unternehmer erlangt hat. An Gegenständen, die der Unternehmer dem Handelsvertreter zur Verfügung gestellt hat, kommen insbesondere solche in Betracht, die der Handelsvertreter zur effizienten Ausübung seiner Tätigkeit benötigt (z.B. Büroausstattung, Dienstfahrzeug).

aa. Herausgabepflicht des Handelsvertreters an Gegenständen, die ihm der Unternehmer zur Verfügung gestellt hat

Macht der Unternehmer die Herausgabe eines solchen Gegenstandes geltend, so fragt es sich, ob dem Handelsvertreter hiergegen die Einrede des Rechtes zum Besitz gemäß § 986 BGB zusteht. Hierfür könnte sprechen, dass der Handelsvertretervertrag ja weiterhin fortbesteht. Der Handelsvertreter kann jedoch infolge der auf den Insolvenzverwalter übergehenden Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis sowie der allein dem Insolvenzverwalter zustehenden Entscheidung, ob der Handelsvertretervertrag weiter erfüllt wird oder nicht, die ihm überlassenen Gegenstände nicht mehr zur Erfüllung seiner Handelsvertreterpflichten verwenden. Dies, nämlich die Möglichkeit des Handelsvertreters, die ihm überlassenen Gegenstände zur Erfüllung seiner Handelsvertreterpflichten zu verwenden, hat der Unternehmer bei der Überlassung der Gegenstände aber gerade vorausgesetzt. Es ist deshalb sachgerecht, die Abrede zur Überlassung der Gegenstände entweder als unter die auflösende Bedingung der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens gestellt zu denken oder hier einen Wegfall der Geschäftsgrundlage zu erblicken mit der Folge, dass der Handelsvertreter aus der Abrede zur Überlassung des Gegenstandes kein Recht zum Besitz herleiten kann. Der Fortbestand des Handelsvertretervertrages spricht daher nicht gegen die Durchsetzbarkeit des Herausgabeanspruchs.

Außer aus §§ 985, 986 BGB kann der Unternehmer die Herausgabe auch aus § 667 BGB verlangen. Maßgebend für die Fälligkeit des Anspruchs ist in erster Linie die getroffene Vereinbarung.²¹³ Wird diese nicht entsprechend dem oben Gesagten ausgelegt (d.h. Rückgabe bei Insolvenzeröffnung), so ist der Anspruch fällig bei Erfüllung oder Beendigung des Vertragsverhältnisses.²¹⁴ Kann die Herausgabe aber durch den Handelsvertreter selbst nicht mehr erfüllt werden, weil er wegen der Eröffnung des Insolvenzverfahrens keine Verfügungsbefugnis mehr hat und deshalb die Gegenstände auch nicht mehr zur Erfüllung seiner Handelsvertreterpflichten verwendet werden können – und dies bereits bei Entstehung aus § 667 BGB –, so entspricht es dem Sinn und Zweck des § 667 BGB, den

²¹³ Vgl. Palandt – Sprau, § 667, Rz 8

²¹⁴ Palandt – Sprau, ebenda

Anspruch bereits mit seiner Entstehung fällig werden zu lassen. Bei Ansprüchen an Gegenständen, die ihm der Unternehmer nicht zur Verfügung gestellt hat, kann der Handelsvertreter selbst aufgrund der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis seines Insolvenzverwalters nichts mehr erlangen. Das zu 1.b.bb. entsprechend Gesagte ist deshalb hier praktisch nicht relevant.

bb. Anspruch auf Herausgabe dessen, was der Handelsvertreter nicht vom Unternehmer erlangt hat

Nach § 667 BGB besteht die Pflicht des Handelsvertreters zur Herausgabe dessen, was er aus der Handelsvertretertätigkeit erlangt hat, ohne dass ihm dies vom Unternehmer zur Verfügung gestellt wurde. Dies gilt auch im Falle der Insolvenz des Handelsvertreters.

2. Ansprüche, die *nach* Insolvenzeröffnung entstanden sind

a. Herausgabeanspruch

Hierzu gilt das zu 1.b. Gesagte entsprechend. Bezüglich der in aa. aufgeführten Konstellation ist zu beachten, dass dieser Fall nur bei Unkenntnis des Unternehmers von der Insolvenz des Handelsvertreters eintreten wird. In diesem Fall ist es sachgerecht, die Abrede zur Überlassung der Gegenstände als unter die auflösende Bedingung der Kenntnis des Unternehmers von der Eröffnung des Insolvenzverfahrens gestellt zu denken. Bezüglich eines Anspruchs aus § 667 BGB ist zu berücksichtigen, dass der Handelsvertreter wegen des mit der Insolvenzeröffnung verbundenen Übergangs der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis auf den Insolvenzverwalter bereits von Beginn der Abrede über die Überlassung der Gegenstände an diese nicht zur Erfüllung seiner Handelsvertreterpflichten verwenden kann. Bei Ansprüchen auf Gegenstände, die ihm der Unternehmer nicht zur Verfügung gestellt hat, kann der Handelsvertreter selbst aufgrund der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis seines Insolvenzverwalters nichts mehr erlangen. Das zu 1.b.bb. Gesagte ist deshalb hier praktisch nicht relevant.

b. Schadensersatzansprüche wegen Pflichtverletzung

Das Vertragsverhältnis zwischen Unternehmer und Handelsvertreter endet nicht mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Der Insolvenzverwalter hat ein Wahlrecht gemäß § 103 Abs. 1 InsO, ob er den Vertrag mit dem Unternehmer selbst fortsetzt. Tut er dies, was in der Regel nicht der Fall sein wird, so tritt er in den Vertrag anstelle des Gemeinschuldners (hier des Handelsvertreters) ein. Dabei ist für den Inhalt des Schuldverhältnisses die Rechtslage bei Insolvenzeröffnung maßgeblich.²¹⁵ Das heißt: Den Insolvenzverwalter treffen bei Erfüllung des Handelsvertretervertrages dieselben Pflichten, die auch den Handelsvertreter selbst getroffen hätten (insbesondere Auskunftspflicht, Pflicht zur Interessenwahrnehmung). Verstößt der Insolvenzverwalter schuldhaft gegen eine dieser Pflichten und erwächst dem Unternehmer daraus ein Schaden, so ist der entsprechende Schadensersatzanspruch Masseforderung gemäß § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO.

c. Sonstige Ansprüche

Für sonstige Ansprüche des Unternehmers, die nach Insolvenzeröffnung entstanden sind, gilt: Gehen diese auf Handlungen des Handelsvertreters zurück, so sind sie einfache Insolvenzforderungen gemäß § 38 InsO. Gehen sie auf Handlungen des Insolvenzverwalters zurück, handelt es sich um Masseforderungen gemäß § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO.

II. Belgisches Recht

1. Ansprüche, die vor Konkurseröffnung entstanden sind

Auch im belgischen Recht ist zwischen Herausgabeansprüchen und solchen Ansprüchen, die nicht auf Herausgabe gerichtet sind, zu unterscheiden.

²¹⁵ Gottwald – Huber, § 36, Rz 20

a. Ansprüche außer Herausgabeansprüchen

Vor Konkurseröffnung entstandene Ansprüche des Unternehmers außer Herausgabeansprüchen sind (einfache) Konkursforderungen ohne Vorrechte. Es gilt insoweit das zu 1. Abschnitt C.II.1. Gesagte entsprechend.

b. Herausgabeansprüche

Vor Konkurseröffnung entstandene Herausgabeansprüche sind aus den unter a. ausgeführten Erwägungen ebenfalls einfache Konkursforderungen ohne Vorrechte. Fraglich ist allerdings, ob die Eröffnung des Konkursverfahrens die Durchsetzbarkeit solcher Ansprüche beeinflusst. Ebenso wie im deutschen so kann diesbezüglich auch im belgischen Recht danach unterschieden werden, ob es sich um einen Herausgabeanspruch an Gegenständen handelt, die dem Handelsvertreter zur Verfügung gestellt wurden oder um Herausgabe dessen, was der Handelsvertreter (nicht vom Unternehmer) erlangt hat.

aa. Herausgabeanspruch an Gegenständen, die dem Handelsvertreter vom Unternehmer zur Verfügung gestellt wurden

Hier ist zunächst hervorzuheben, dass dem belgischen Recht der Dualismus von obligatorischem und dinglichem Vertrag fremd ist. Dies schließt jedoch nicht aus, dass jemand (etwa der Handelsvertreter) eine Sache kraft eines obligatorischen Rechts im Gewahrsam hat, ohne Eigentümer zu sein und auch ohne Willen zum Eigenbesitz.²¹⁶ In einem solchen Fall ist der Gewahrsamsinhaber demjenigen, von dem er Gewahrsam ableitet, zur Herausgabe (i.S.d. Gewahrsamsverschaffung) verpflichtet, wenn das obligatorische Recht nicht mehr besteht. Anspruchsgrundlage sind hier die Regeln über die ungerechtfertigte Bereicherung (Art. 1376 CC ff.). Denkbar ist auch, dass im Rahmen des Handelsvertretervertrages ein Herausgabeanspruch vereinbart ist, wenn das obligatorische Recht zum Ge-

²¹⁶ Sonnenberger/Autexier, 143

wahrsam (als Teil des obligatorischen Rechtsgeschäfts) an Bedingungen geknüpft ist, die weggefallen sind oder durch Zeitablauf endigt.

Ist danach vor Konkurseröffnung ein Herausgabeanspruch entstanden, so hindert die Konkurseröffnung dessen Durchsetzbarkeit nicht. Denn unter den beschriebenen Voraussetzungen existiert kein obligatorisches Recht zum Besitz mehr, was als einziger Hinderungsgrund für die Durchsetzbarkeit in Betracht kommt.

bb. Herausgabe dessen, was der Handelsvertreter (nicht vom Unternehmer) erlangt hat

Im Falle des mit Vollmacht ausgestatteten Handelsvertreters ergibt sich ein Herausgabeanspruch aus der Vorschrift des Art. 1993 CC. Hiernach ist der Beauftragte dem Auftraggeber gegenüber verpflichtet, Rechenschaft über das abzugeben, was er aufgrund seiner Vollmacht erlangt hat. Fraglich ist, ob die Pflicht zur Rechenschaft auch einen Herausgabeanspruch einschließt. Dagegen spricht der Wortlaut, der eben nicht von Herausgabe, sondern nur von „Rechenschaft“ spricht. Andererseits macht die Pflicht zur Rechenschaft aber nur Sinn, wenn der Vollmachtgeber (im Verhältnis Unternehmer – Handelsvertreter, also der Unternehmer) auch das Recht hat, Herausgabe des aufgrund der Vollmacht Erlangten zu verlangen. Denn der Vollmachtgeber hat kein Interesse an einer solchen Rechenschaftspflicht, wenn er nicht auch die Herausgabe der Gegenstände, über die der Bevollmächtigte Rechenschaft ablegen muss, verlangen kann. Die Vorschrift des Art. 1993 CC stellt klar, dass der Bevollmächtigte über das, was er kraft seiner Vollmacht erhalten hat, auch dann Rechenschaft abliefern muss (und damit auch herauszugeben hat), wenn es nicht dem Vollmachtgeber „gebührt“. Das heißt, alles, was der Bevollmächtigte anlässlich des Auftrags und dessen Ausführung erhalten hat, ist dem Vollmachtgeber herauszugeben.

2. Ansprüche, die *nach* Konkursöffnung entstanden sind

a. Herausgabeansprüche

aa. Herausgabepflicht des Handelsvertreters an Gegenständen, die ihm vom Unternehmer zur Verfügung gestellt wurden

Besteht vor Konkursöffnung ein obligatorisches Recht des Handelsvertreters zum Gewahrsam, so fragt es sich, ob die Konkursöffnung dies beeinflusst. Hier ist danach zu unterscheiden, ob die Konkursöffnung erlischt oder nicht.

Besteht der Handelsvertretervertrag im Falle des Konkurses des Handelsvertreters fort, so kann der Handelsvertreter die ihm vom Unternehmer zur Verfügung gestellten Gegenstände wegen der verlorenen Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis gleichwohl nicht zur Ausübung der Vollmacht verwenden, was der Unternehmer bei der Überlassung der Gegenstände aber gerade vorausgesetzt hat. Es ist deshalb sachgerecht, den Handelsvertretervertrag so auszulegen, dass mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens die Abrede zur Überlassung der Gegenstände ihre Wirksamkeit verliert und das obligatorische Recht zum Gewahrsam mithin wegfällt mit der Folge der Entstehung des Herausgabeanspruchs des Schuldners.

Endigt der Handelsvertretervertrag im Falle des Konkurses, so endigt auch das zum Gewahrsam berechtigende obligatorische Geschäft (als Teil des Handelsvertretervertrages) mit der Folge eines Herausgabeanspruches des Unternehmers.

bb. Herausgabe dessen, was der Handelsvertreter nicht vom Unternehmer erlangt hat

Aufgrund der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis seines Konkursverwalters kann der Handelsvertreter selbst nichts mehr aufgrund seiner Vollmacht erlangen. Das zu 1.b.bb. entsprechend Gesagte ist deshalb hier praktisch nicht relevant.

b. Schadensersatz wegen Pflichtverletzung

Auch bezüglich eines Anspruchs auf Schadensersatz wegen Pflichtverletzung ist zu unterscheiden, ob der Handelsvertretervertrag durch die Konkursöffnung beendet wird oder nicht. Im ersteren Fall entfällt ein solcher Anspruch. Denn es fehlt an einem die Pflichtverletzung des Handelsvertreters voraussetzenden Handelsvertreterverhältnis. Besteht der Vertrag dagegen fort, so kann danach differenziert werden, ob Handlung und Schaden nach Konkursöffnung erfolgen bzw. eintreten oder die Handlung vor Konkursöffnung erfolgt, der Schaden aber erst nach Konkursöffnung eintritt. Hinsichtlich der konkursrechtlichen Einordnung dieser Ansprüche bestehen jedoch keine Besonderheiten. Sie sind einfache Konkursforderungen.²¹⁷

Fraglich ist, wie der Anspruch zu qualifizieren ist, wenn er aus einer Geschäftsfortführung durch den Konkursverwalter resultiert. Gemäß Art. 47 „loi sur les faillites“ kann das Gericht den Verwalter zur vorläufigen Weiterführung der Geschäfte ermächtigen. Ebenso wie in Deutschland so dürfte dies auch in Belgien in der Regel mangels persönlicher Fähigkeit des Konkursverwalters nicht der Fall sein. Kommt es aber dennoch dazu, so ist ein daraus entstehender Schadensersatzanspruch als Masseschuld einzuordnen.²¹⁸ Hierfür spricht insbesondere, dass es sich bei der die Schadensersatzpflicht auslösenden Handlung eindeutig um eine solche des Konkursverwalters handelt.

c. Sonstige Ansprüche

Hinsichtlich der Qualifizierung sonstiger Ansprüche als Masseverbindlichkeiten („dettes de la masse“) kommt es darauf an, ob diese Ansprüche eindeutig der Sphäre des Konkursverwalters zuzuordnen sind. Ist dies der Fall, so liegt eine „dette de la masse“ vor.

²¹⁷ Kocks, Rz 111; Dursin/van den Broeck, Nr. 418

²¹⁸ Verougstraete, Nr. 692

III. Zusammenfassung

Die Unterschiede bei den Ansprüchen des Unternehmers zwischen deutschem und belgischem Recht liegen bei den Herausgabeansprüchen darin, dass das belgische Recht den Eigentumsübergang grundsätzlich nicht von einem zusätzlichen Realakt abhängig macht. Im Ergebnis besteht freilich kein Unterschied. Nach beiden Rechtsordnungen hindert die Eröffnung eines Konkursverfahrens nicht das Bestehen eines durchsetzbaren Anspruchs. Was den Schadensersatz wegen Pflichtverletzung anbelangt, so folgen die Unterschiede zwischen deutscher und belgischer Rechtslage daraus, dass in Belgien das Bestehen eines solchen Anspruches davon abhängt, ob der Handelsvertretervertrag durch die Konkurseröffnung beendet wird.

E. Aussonderung, Absonderung

I. Deutsches Recht

1. Aussonderung

Ebenso wie sich in der Insolvenz des Unternehmers die Frage nach Aussonderungsrechten des Handelsvertreters stellt, ist auch der umgekehrte Fall denkbar, dass nämlich der Unternehmer die Aussonderung bestimmter Gegenstände geltend macht. Im Unterschied zur Konstellation bei der Insolvenz des Unternehmers können sich solche Rechte durchaus aus der spezifischen Tätigkeit des Handelsvertreters ergeben.²¹⁹ Steht dem Unternehmer hier ein entsprechendes dingliches oder persönliches Recht zu, so kann er die Aussonderung verlangen. Als solche Rechte kommen insbesondere Herausgabeansprüche nach §§ 667, 985 BGB in Betracht.²²⁰

²¹⁹ Vgl. D.I.1.b.

²²⁰ Vgl. D.I.1.b.; Gottwald – Gottwald, § 41, Rz 22, m.w.N.

2. Absonderung

Ebenso wie der Handelsvertreter so kann auch der Unternehmer unter den Voraussetzungen der §§ 48, 49 InsO abgesonderte Befriedigung verlangen.

a. Gesetzliches oder rechtsgeschäftliches Pfandrecht

Ein gesetzliches oder rechtsgeschäftliches Pfandrecht des Unternehmers im Rahmen des Handelsvertretervertrages kommt nicht in Betracht. Während es zugunsten des Handelsvertreters in den Fällen denkbar ist, in denen der Handelsvertreter Waren des Unternehmers im eigenen Namen verkauft²²¹, scheidet diese Möglichkeit hier naturgemäß aus.

b. Kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht, Sicherungsübereignung, Sicherungsabtretung

Ein kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht des Unternehmers an für den Handelsvertreter eingezogenen Geldern bzw. an Waren, die der Unternehmer für den Handelsvertreter lagert und ausliefert, kommt nicht in Betracht. Derartige Konstellationen sind praktisch kaum denkbar. Gleiches gilt auch für Sicherungsübereignungen bzw. Sicherungsabtretungen des Unternehmers.

II. Belgisches Recht

1. Aussonderung

Herausgabeansprüche des Unternehmers berechtigen ihn auf jeden Fall zur Aussonderung, wenn er Eigentümer der zur Herausgabe verlangten Sache ist (Art. 101 Abs. 1 „loi sur les faillites“). Will der Unternehmer das Recht auf Aussonderung aus Gegenständen geltend machen, die er als Eigentümer dem Handelsvertreter bereits übereignet und zugesandt hat, so müssen die Vorausset-

²²¹ Siehe 1. Abschnitt D.I.2.a.

zungen des Art. 104 „loi sur les faillites“ erfüllt sein. Dies bedeutet, dass die Übergabe der Gegenstände an den Handelsvertreter nicht in dessen Geschäftsbetrieb („dans ses magasins“) stattgefunden haben darf. Dieses Tatbestandsmerkmal ist weit auszulegen.²²² Darunter fällt es auch, wenn der Handelsvertreter die ihm angelieferte Ware irgendwo lagert, wo sie sich zur dessen Disposition befindet.²²³ Grundet sich der Herausgabeanspruch indes auf Art. 1993 CC, so besteht kein Aussonderungsrecht. Im Unterschied zur deutschen Regelung in § 47 InsO knüpft das belgische Recht hier nicht an ein „dingliches oder persönliches Recht“ an, sondern führt abschließend in Art. 101 ff. „loi sur les faillites“ die Aussonderungstatbestände auf. Der Fall eines Anspruches aus Art. 1993 CC lässt sich unter keine der Tatbestände subsumieren. Auch eine Analogie scheidet angesichts der unterschiedlichen Konstellationen aus.

2. Absonderung

a. Gesetzliches Pfandrecht

Insoweit gelten die Ausführungen zu 1. Abschnitt D.II.2.a.+b. entsprechend.

b. Kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht

Insoweit kann auf die Ausführung zu 1. Abschnitt D.II.2.d. verwiesen werden. Auch in der Konstellation eines Konkurses des Handelsvertreters kennt das belgische Recht ein entsprechendes kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht nicht.

III. Zusammenfassung

Wesentliche Unterschiede zwischen deutschem und belgischem Recht im Bereich der Aussonderung/Absonderung betreffen zum einen die Absonderung. Während das belgische Recht unter den Vorrechten vorrangige einfache Kon-

²²² Verougstraete, Nr. 849

²²³ Verougstraete, ebenda

kursforderungen und Absonderungsrechte systematisch zusammenfasst, kennt das deutsche Insolvenzrecht keine vorrangigen Insolvenzforderungen und trennt auch systematisch zwischen einfachen Insolvenzgläubigern und Absonderungsberechtigten. Es kann insoweit auf die Ausführungen zu 1. Abschnitt D.III. verwiesen werden. Zum anderen sieht Art. 104 Abs. 1 „loi sur les faillites“ die Möglichkeit einer Aussonderung auch in den Fällen vor, in denen die Übereignung von an den Gemeinschuldner gelieferten Waren bereits stattgefunden hat. Allerdings werden die Voraussetzungen an die Abwehr dieses Anspruches so weit gefasst, dass der insoweit bestehende Unterschied keine hohe praktische Relevanz gewinnen dürfte. Schließlich besteht im Unterschied zur deutschen Rechtslage kein Anspruch auf Aussonderung an Gegenständen, die der Handelsvertreter nicht vom Unternehmer erlangt hat.

F. Ansprüche aus betrieblicher Altersversorgung

I. Deutsches Recht

Die Konstellation des in ein betriebliches Altersversorgungssystem des Handelsvertreters eingegliederten Unternehmers ist praktisch nur dann vorstellbar, wenn es sich bei dem Vertreter um eine am Markt etablierte GmbH handelt. Auch dann ist der Unternehmer in der Rolle desjenigen, der Dienste entgegennimmt und nicht in der Rolle des zur Geschäftsbesorgung Verpflichteten. Selbst wenn man den Fall der Eingliederung eines Kleingewerbetreibenden in das Altersversorgungssystem eines großen Vertreterunternehmens annimmt, so ist seine Rolle (die des Kleingewerbetreibenden) strukturell von derjenigen eines Arbeitnehmers so verschieden, dass eine Einbeziehung in den Insolvenzschutz des BetrAVG nicht in Betracht kommt. Der Unternehmer muss sich selbst gegen die Risiken der Insolvenz seines in Anspruch genommenen Handelsvertreters absichern.

II. Belgisches Recht

Ansprüche des Unternehmers aus betrieblicher Altersversorgung bei Konkurs des Handelsvertreters kommen nach belgischem Recht nicht in Betracht. Der Unternehmer muss sich selbst gegen entsprechende Risiken absichern.

Ist bei einer grenzüberschreitenden Insolvenz deutsches Recht anwendbar und besteht danach ein Anspruch aus betrieblicher Altersversorgung, ist er mangels Anknüpfungspunkten für eine Bevorrechtigung bzw. Qualifizierung als „dette de la masse“ einfache, unbevorrechtigte Konkursforderung.

3. Abschnitt Insolvenz des geworbenen Kunden

A. Deutsches Recht

Neben einer Insolvenz des Unternehmers und des Handelsvertreters ist auch eine solche des vom Handelsvertreter geworbenen Kunden denkbar. Die insolvenzrechtliche Stellung der Ansprüche des Unternehmers (sowohl derjenigen gegenüber dem Kunden als auch derjenigen gegenüber dem Handelsvertreter (in einem eventuellen späteren Insolvenzverfahren über das Vermögen des Handelsvertreters)) unterliegt hier keinen Besonderheiten. Solche Besonderheiten kommen aber für Ansprüche des Handelsvertreters, insbesondere seines Provisions- und Ausgleichsanspruches, bei einer späteren Insolvenz des Unternehmers in Betracht. Die Frage ist, ob die Insolvenz des Kunden die Entstehung solcher Ansprüche beeinflusst und ob diese bei einer späteren Insolvenz des Unternehmers als einfache Insolvenz- oder aber als Masseforderungen einzustufen sind.

I. Ansprüche, die vor Insolvenzeröffnung entstanden sind

Vor Insolvenzeröffnung entstandene Ansprüche sind bei einer späteren Insolvenz des Unternehmers einfache Insolvenzforderungen gemäß § 38 InsO. Die Sach- und Interessenlage des Handelsvertreters ist hier nicht anders zu werten als im Falle der Insolvenz des Unternehmers.

II. Ansprüche, die *nach* Insolvenzeröffnung entstanden sind

Hier stehen zwei Ansprüche des Handelsvertreters im Mittelpunkt des Interesses, nämlich zum einen der Provisionsanspruch und zum anderen der Ausgleichsanspruch.

1. Provisionsanspruch des Handelsvertreters

Ebenso wie bei der Insolvenz des Unternehmers ist danach zu unterscheiden, ob Geschäftsabschluss und Ausführung *nach* der Insolvenzeröffnung oder der Geschäftsabschluss *vor*, die Ausführung aber *nach* der Insolvenzeröffnung erfolgt.

a. Geschäftsabschluss *vor*, Ausführung *nach* Insolvenzeröffnung

Erfolgt der Geschäftsabschluss durch den Handelsvertreter oder Unternehmer auf der einen Seite und dem Kunden auf der anderen Seite *vor*, die Ausführung aber *nach* der Insolvenzeröffnung, so ist die Interessenlage bei einer späteren Insolvenz des Unternehmers gleich derjenigen, bei der einer Insolvenz des Unternehmers keine solche des Kunden vorausgegangen ist.²²⁴ Auf die diesbezüglichen Ausführungen wird daher verwiesen. Eine Einstufung als Masseverbindlichkeit, indem auf die Ausführung durch den Insolvenzverwalter abgestellt wird, kommt schon deshalb nicht in Betracht, weil es sich hier nicht um den Insolvenzverwalter des Gemeinschuldners (bezüglich des Provisionsanspruches) handelt. Der Provisionsanspruch ist deshalb (bei einer späteren Insolvenz des Unternehmers) als einfache Insolvenzforderung einzustufen.

b. Geschäftsabschluss *nach* Insolvenzeröffnung

Ebenso wie bei der Insolvenz des Unternehmers so kommen auch hier die unter 1. Abschnitt B.I. dargestellten Fallgruppen mit Ausnahme der Notgeschäfte in

²²⁴ Siehe 1. Abschnitt C.I.2.a.bb.

Betracht. Notgeschäfte scheiden deshalb aus, weil sie das Erlöschen des Handelsvertretervertrages voraussetzen, was durch eine Insolvenz des erworbenen Kunden aber nicht ausgelöst wird.

aa. Unkenntnis

Handelt der Handelsvertreter oder der Unternehmer in Unkenntnis der Insolvenz des erworbenen Kunden, so ist der Handelsvertreter – im Hinblick auf eine spätere Insolvenz des Unternehmers – bezüglich seines Provisionsanspruches Insolvenzgläubiger gemäß § 38 InsO. Es ist kein Grund ersichtlich, hier zu einer anderen Wertung als bei der Insolvenz des Unternehmers zu gelangen.²²⁵ Die Tatsache, dass auf Seiten des Kunden der Insolvenzverwalter handelt, führt nicht zu einer Einstufung als Masseforderung gemäß § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO. Denn diese Vorschrift setzt voraus, dass es sich um eine Forderung gegenüber dem Gemeinschuldner handelt. Das ist hinsichtlich des Provisionsanspruches des Handelsvertreters aber nicht der Fall, denn dieser richtet sich ja gegen den (nicht insolventen) Unternehmer.

bb. Kenntnis

Kommt es trotz Kenntnis des Handelsvertreters oder des Unternehmers zum Geschäftsabschluss mit dem insolventen Kunden, so richten sich die Ansprüche des Handelsvertreters nicht nach den Regeln über die Geschäftsführung ohne Auftrag, da der Handelsvertretervertrag fortbesteht. Für eine Analogie aus § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO wie bei der Insolvenz des Unternehmers (ohne eine vorhergehende des Kunden)²²⁶ bleibt hier kein Raum, weil mangels Anwendung der Vorschriften aus GoA die Überlegung, die Sorgfaltspflicht des Handelsvertreters aus GoA (falls er das Geschäft abschließt) der Sorgfaltspflicht des Insolvenzverwalters vergleichbar einzuordnen, kein Raum bleibt. Der Provisionsanspruch ist ebenfalls einfache Insolvenzforderung.

²²⁵ Siehe 1. Abschnitt C.I.2.a.aa.

²²⁶ Siehe 1. Abschnitt C.I.2.a.bb.

2. Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters

Beim Ausgleichsanspruch stellt sich die Frage, ob der Unternehmer aus der Geschäftsverbindung mit neuen Kunden auch dann erhebliche Vorteile i.S.d. § 89 b Abs. 1 Nr. 1 HGB haben kann, wenn der Kunde insolvent wird. Eine Aussicht auf weitere Abschlüsse mit diesem (insolventen) Kunden setzt eine entsprechende Bereitschaft des Insolvenzverwalters hierzu voraus. Darüber hinaus hängt die Qualifizierung als „erheblicher Vorteil“ davon ab, welches Entgelt der Unternehmer aus der Masse erwarten kann. Dabei ist zu berücksichtigen, dass es sich bei den daraus resultierenden Erfüllungsansprüchen des Unternehmers um Masseverbindlichkeiten handelt, weil sie durch ein Verhalten des Insolvenzverwalters ausgelöst wurden. Weiter ist zu berücksichtigen, dass die in § 55 InsO aufgeführten Masseverbindlichkeiten nicht den Verfahrenskosten vorgehen (§ 209 Ins). Bezogen auf das konkrete Geschäft besteht ein erheblicher Vorteil deshalb nur dann, wenn die Befriedigungsquote für den Unternehmer einen Gewinn zur Folge hat. Dies wird häufig nicht der Fall sein. Denkbar ist aber, dass der insolvente Kunde im Laufe des Insolvenzverfahrens saniert wird oder ein Rechtsnachfolger entsteht und so die Aussicht auf weitere Geschäftsabschlüsse mit (wirtschaftlich gesunden) Kunden besteht. Auch ein insolventer Kunde kann deshalb unter Umständen die Grundlage für einen Ausgleichsanspruch bilden. Bei einer späteren Insolvenz des Unternehmers ist er dann einfache Insolvenzforderung, weil er eindeutig auf Handlungen des Gemeinschuldners und nicht dessen Insolvenzverwalters zurückzuführen ist.

B. Belgisches Recht

Auch nach dem belgischen Recht kommen Besonderheiten lediglich für Ansprüche des Handelsvertreters in einem eventuellen späteren Konkursverfahren über das Vermögen des Unternehmers in Betracht.

I. Ansprüche, die vor Konkurseröffnung entstanden sind

Die vor Konkurseröffnung über das Vermögen des Kunden entstandenen Ansprüche sind bei einem späteren Konkurs des Unternehmers einfache Konkursforderungen. Es ist kein Grund ersichtlich, hier anders zu verfahren als beim Konkurs des Unternehmers.

II. Ansprüche, die nach Konkurseröffnung entstanden sind

1. Provisionsanspruch

Hier kommt in Betracht, danach zu differenzieren, ob der den Provisionsanspruch voraussetzende Geschäftsabschluss vor oder nach Konkurseröffnung erfolgt. Liegt er vor der Konkurseröffnung, so ist die Interessenlage mit derjenigen in I. identisch. Der Provisionsanspruch ist (bei einem späteren Konkurs des Unternehmers) einfache Konkursforderung. Dies gilt auch, wenn der Geschäftsabschluss nach der Konkurseröffnung erfolgt. Die Interessenlage ist hier gleich der in 1. Abschnitt C.II.2. dargestellten. Eine Einstufung als Masseschuld bei Geschäftsabschluss durch den Konkursverwalter kommt hier nicht in Betracht, weil der Konkursverwalter des erworbenen Kunden bezüglich des Provisionsanspruches nicht der Konkursverwalter des Unternehmers ist. Nur wenn Letzteres der Fall ist, ließe sich der Anspruch bei einem Unternehmerkonkurs auf eine Handlung des Konkursverwalters, die dann eine Masseschuld begründen könnte, zurückführen.

2. Ausgleichsanspruch

Bezüglich des Ausgleichsanspruchs ist zu untersuchen, ob der Unternehmer im Hinblick auf den konkursgegangenen Kunden noch erhebliche Vorteile aus der Tätigkeit des Handelsvertreters ziehen kann. Ebenso wie nach deutschem Recht so steht auch hier der Konkurs des erworbenen Kunden der Möglichkeit, dass der Handelsvertreter oder Unternehmer mit dem Konkursverwalter des Kunden weitere Geschäfte abschließt, nicht entgegen. Auch nach belgischem Recht sind

die daraus resultierenden Erfüllungsansprüche bei einem späteren Konkurs des Kunden Masseverbindlichkeiten, da sie durch ein Verhalten des Konkursverwalters ausgelöst werden. Eine Vorschrift, wonach derartige Masseverbindlichkeiten vorrangig gegenüber anderen Masseverbindlichkeiten sind, existiert nicht. Ebenso wie in Deutschland ist deshalb auch hier ein erheblicher Vorteil dann anzunehmen, wenn die Befriedigungsquote für den Unternehmer einen Gewinn in Bezug auf das konkrete Rechtsgeschäft zur Folge hat. Ist dies nicht der Fall, so ist – wie im deutschen Recht auch – denkbar, dass der insolvente Kunde saniert wird oder ein Rechtsnachfolger entsteht. Insoweit kann auf die Ausführungen unter A.II.2. verwiesen werden.

C. Zusammenfassung

Bezüglich der Insolvenz/des Konkurses des erworbenen Kunden weisen das belgische und das deutsche Recht die gleichen Ergebnisse auf.

4. Abschnitt Funktionsvergleich

Die insolvenzrechtliche Stellung des Handelsvertreters wurde vorstehend unter zwei Aspekten beleuchtet, nämlich zum einen in der Eigenschaft als Konkurs- bzw. Massegläubiger, zum anderen in seiner Rolle als Gemeinschuldner. Insoweit besteht strukturell kein Unterschied zum Unternehmer, der sich ebenfalls in der Rolle des Gläubigers wie des Gemeinschuldners wiederfinden kann. Der Handelsvertreter ist ebenso selbstständiger Gewerbetreibender wie sein Unternehmer. Er hat diese Selbstständigkeit freiwillig gewählt. Hieraus folgt die erste Funktion, welche die Normen über die insolvenzrechtliche Stellung des Handelsvertreters erfüllen sollen: nämlich die, Handelsvertreter und Unternehmer insoweit gleich zu behandeln. Das heißt: Ansprüche des Unternehmers gegen den Handelsvertreter sind insolvenzrechtlich ebenso zu behandeln wie Ansprüche des Handelsvertreters gegen den Unternehmer. Etwas anderes gilt nur dann, wenn sich die Entstehungsgründe der Ansprüche derart deutlich voneinander unterscheiden, dass eine unterschiedliche Einordnung unumgänglich ist. Dies ist

dann der Fall, wenn sich die für die Anspruchsentstehung maßgeblichen Handlungen entweder dem Insolvenzverwalter (dann Masseverbindlichkeit) oder dem Gemeinschuldner (dann einfache Insolvenzforderung) zuordnen lassen. Hierzu ist es hilfreich, sich die vorangegangenen wesentlichen Ergebnisse hinsichtlich einer insolvenzrechtlichen Einordnung nochmals vor Augen zu führen.

Ansprüche des Handelsvertreters	Deutsches Recht		Belgisches Recht	
	vor Insolvenzeröffnung entstanden	nach Insolvenzeröffnung entstanden	vor Konkursöffnung entstanden	nach Konkursöffnung entstanden
	einfache Insolvenzforderung	<p>1. Provision</p> <p>1.1. Geschäftsabschluss und Ausführung nach Insolvenzeröffnung</p> <p>1.1.1. Abschluss durch Handelsvertreter</p> <p>a. Unkenntnis: einfache Insolvenzforderung</p> <p>b. Kenntnis: Masseverbindlichkeit</p> <p>1.1.2. Abschluss durch Insolvenzverwalter: Masseverbindlichkeit</p> <p>1.2. Geschäftsabschluss vor, Ausführung nach Insolvenzeröffnung: einfache Insolvenzforderung</p> <p>2. Ausgleichsanspruch</p> <p>2.1. Entstehung mit Insolvenzeröffnung: einfache Insolvenzforderung</p> <p>2.2. Entstehung nach Insolvenzeröffnung: Masseverbindlichkeit</p> <p>3. Wettbewerbsentschädigung: Masseverbindlichkeit</p> <p>4. Schadensersatz: einfache Insolvenzforderung</p>	einfache Konkursforderung	<p>1. Provision</p> <p>1.1. Geschäftsabschluss und Ausführung nach Konkursöffnung: Masseverbindlichkeit</p> <p>1.2. Geschäftsabschluss vor, Ausführung nach Konkursöffnung: einfache Konkursforderung</p> <p>2. Ausgleichsanspruch</p> <p>2.1. Konkursverwalter schließt keinen neuen HV-Vertrag ab: einfache Konkursforderung</p> <p>2.2. Konkursverwalter schließt neuen HV-Vertrag ab: Masseverbindlichkeit</p> <p>3. Schadensersatz</p> <p>3.1. infolge vorzeitiger Vertragsauflösung: Masseverbindlichkeit</p> <p>3.2. sonstiger Schadensersatz: einfache Konkursforderung</p>

	Deutsches Recht		Belgisches Recht	
Ansprüche des Unternehmers	1. Herausgabeanspruch: Aussonderung 2. kein Herausgabeanspruch: einfache Insolvenzforderung	1. Herausgabeanspruch: Aussonderung 2. kein Herausgabeanspruch 2.1. Schadensersatz wegen Pflichtverletzung: Masseverbindlichkeit 2.2. sonstiger Anspruch: 2.2.1. auf Handlungen des Insolvenzverwalters zurückzuführen: Masseverbindlichkeit 2.2.2. auf Handlungen des Handelsvertreters zurückzuführen: einfache Insolvenzforderung	1. Herausgabeanspruch: Aussonderung (ggf. Beachtung von Art. 104 „loi sur les faillites“) 2. kein Herausgabeanspruch: einfache Konkursforderung	1. Herausgabeanspruch: 1.1. an Gegenständen, die der Handelsvertreter vom Unternehmer erlangt hat: Aussonderung 1.2. an Gegenständen, die der Handelsvertreter nicht vom Unternehmer erlangt hat: keine Aussonderung, kein Herausgabeanspruch 2.1. Schadensersatz wegen Pflichtverletzung: Masseverbindlichkeit 2.2. Sonstiger Anspruch 2.2.1. Eindeutig der Sphäre des Konkursverwalters zuzuordnen: Masseverbindlichkeit 2.2.2. nicht eindeutig der Sphäre des Konkursverwalters zuzuordnen: einfache Konkursforderung

Soweit es nicht um Aussonderung geht, werden demnach die Ansprüche von Unternehmer und Handelsvertreter nach deutschem Recht gleich gewichtet, sofern die Ansprüche vor Insolvenzeröffnung entstanden sind. Nach Insolvenzeröffnung sind etwaige Schadensersatzansprüche des Unternehmers dann Masseverbindlichkeiten, wenn sie auf Handlungen des Insolvenzverwalters zurückgehen. Demgegenüber ist trotz entsprechender Handlung des Handelsvertreters bei Kenntnis sowie bei Notgeschäften der entstehende Provisionsanspruch Masseverbindlichkeit.

Im Übrigen entspricht die Differenzierung zwischen Masseverbindlichkeit und Insolvenzforderung hingegen den unterschiedlichen Sphären des Gemeinschuldners bzw. des Insolvenzverwalters, denen die maßgeblichen Handlungen zuzurechnen sind.

Grundsätzlich gewichtet auch das belgische Recht die Ansprüche des Handelsvertreters nur insoweit unterschiedlich zu denjenigen des Unternehmers, als Handlungen des Konkursverwalters bzw. Gemeinschuldners maßgeblich sind. Bezüglich des nach Konkurseröffnung entstandenen Provisionsanspruchs ist dieser – auch bei Unkenntnis des Handelsvertreters (und insoweit noch über die Rechtslage in Deutschland hinausgehend) – Masseverbindlichkeit, auch wenn nur Handlungen des Handelsvertreters zugrunde liegen. Vor diesem Hintergrund entspricht die Rechtslage in Deutschland (da dort wenigstens bei Unkenntnis des Handelsvertreters keine Masseverbindlichkeit) der obengenannten Funktion, Handelsvertreter und Unternehmer insolvenzrechtlich gleich zu behandeln, eher als die belgische Rechtslage.

Die zweite Funktion der Vorschriften über den Handelsvertreter in der Insolvenz besteht darin, dass Unternehmer und Handelsvertreter hinsichtlich der Einordnung ihrer Ansprüche zwar grundsätzlich gleich behandelt werden sollten, andererseits jedoch der Handelsvertreter gegenüber anderen Geschäftspartnern des Unternehmers besonders behandelt werden sollte. Zwar ist der Handelsvertreter ebenso wie andere Unternehmer selbstständig. Von anderen Geschäftspartnern unterscheidet ihn jedoch die enge Verbundenheit mit dem Unternehmer. Er ist Bestandteil der unternehmerischen Vertriebsstrategie und somit für mehr als ein Drittel von Umsatz und Gewinn des Unternehmers mitverantwortlich. Im Falle der Insolvenz bzw. des Konkurses muss dies durch Vorrechte zum Ausdruck kommen, die ihn gegenüber anderen Geschäftspartnern hervorheben. Dies ist jedoch weder nach deutschem noch nach belgischem Recht der Fall. Hier besteht Handlungsbedarf.

2. Teil: International insolvenzrechtliche Aspekte

Wie in der Einleitung erwähnt, nehmen auch bei den Handelsvertretern die internationalen Verflechtungen – nicht zuletzt aufgrund der fortschreitenden europäischen Integration – zu. Bei Insolvenz von Handelsvertreter, Unternehmer oder geworbenem Kunden steht dabei die Frage im Mittelpunkt, welches Recht auf die jeweiligen Ansprüche von Handelsvertreter und Unternehmer bei grenzüberschreitenden Insolvenzen angewendet wird, unter welchen Voraussetzungen die Wirkungen einer im Ausland ergangenen Insolvenzeröffnungsentscheidung im Inland anerkannt werden und welche Auswirkungen dies auf inländische Sachverhalte hat.

1. Kapitel Rechtsquellen

Für die Regelung internationaler Sachverhalte bieten sich grundsätzlich verschiedene Ebenen an. Zum einen ist denkbar, solche Sachverhalte durch nationales Recht zu regeln. Darüber hinaus kommt ein einheitliches Recht durch einen Träger supranationaler Hoheitsgewalt wie die EG in Betracht. Schließlich kommt der Abschluss entsprechender völkerrechtlicher Verträge in Betracht. Bezogen auf die hier in Rede stehenden Staaten, nämlich Belgien und Deutschland, sind auf allen drei Ebenen Regelungen zum internationalen Insolvenzrecht getroffen worden.

Auf nationaler Ebene war bis zum 19.3.2003 das internationale Insolvenzrecht nur fragmentarisch in Art. 102 EGIInsO geregelt. Eine ausführliche Regelung des internationalen Insolvenzrechts fand sich in §§ 379-399 des Regierungsentwurfs zur Insolvenzordnung. Der Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages hatte es dann wieder gestrichen mit der Begründung, dass die Ratifikation des Europäischen Insolvenzübereinkommens (EuIÜ) zu erwarten sei, die dann wiederum als Grundlage eines neuen deutschen internationalen Insolvenzrechts dienen könne. Nachdem zwischenzeitlich das EuIÜ von der EU-Verordnung Nr. 1346/2000 überholt wurde, hatte das Bundesjustizministerium diesen Gedanken wieder aufgegriffen und einen Gesetzentwurf eines neuen deutschen internationalen Insol-

venzrechts auf der Grundlage der EU-Verordnung erarbeitet. Auf der Grundlage dieses Entwurfs ist am 20.3.2003 das neue (autonome) internationale Insolvenzrecht in Kraft getreten. Es lehnt sich in Inhalt und Diktion stark an die EU-VO Nr. 1346/2000 über grenzüberschreitende Insolvenzen an.

Aus den in der Einleitung dargelegten Gründen sowie der Tatsache, dass die EU-Verordnung nur auf solche Verfahren Anwendung findet, die nach dem 31.5.2002 eröffnet wurden, wird im Folgenden trotz dieser (neuen) deutschen Rechtslage auch auf die bis zum 19.3.2003 geltende Rechtslage eingegangen.

Die Regeln des belgischen internationalen Insolvenzrechts beruhen in erster Linie auf Richterrecht. Häufig ist unklar, auf welcher dogmatischen Grundlage die Regeln beruhen.²²⁷ Daran ändern auch nichts die Änderungen durch das „loi sur les faillites“. Hinsichtlich des internationalen Insolvenzrechts bringen diese (mit Ausnahme des Art. 3) im Wesentlichen keine Neuerungen.

Europarechtlich ist ab dem 31.5.2002 die VO Nr. 1346/2000 über grenzüberschreitende Insolvenzen zu beachten. Für grenzüberschreitende Insolvenzen mit deutschem und belgischem Bezug findet die EU-Verordnung vorrangig Anwendung.²²⁸ Die autonomen nationalen Regelungen haben diesbezüglich nur noch ergänzenden Charakter.

Etwas anderes gilt nur dann, wenn ein Insolvenzverfahren bereits vor Inkrafttreten der EU-Verordnung am 31.5.2002 eröffnet wurde (Art. 4 EU-VO). Auf solche Verfahren finden dann die autonomen nationalen Regelungen Anwendung. In Deutschland ist dies Art. 102 Abs.1 EGInsO a.F., da auch die neue Regelung des deutschen internationalen Insolvenzrechts nur auf solche Insolvenzverfahren Anwendung findet, die nach ihrem Inkrafttreten am 20.3.2003 eröffnet wurden. Dies ist ein weiterer Grund dafür, bei der Darstellung des deutschen Rechts im Folgenden auch auf die bis zum 19.3.2003 bestehende Rechtslage einzugehen. Denn selbst wenn ein vor dem 31.5.2002 eröffnetes Insolvenzverfahren inzwi-

²²⁷ Wulf/Wautelet, 133

²²⁸ Vgl. Liersch, NZI 2003, 302 (303)

schen abgeschlossen ist, kann es weiterhin auf bestimmte prozess- und materiellrechtliche Fragen einwirken.

Die EU-Verordnung geht zurück auf eine Initiative der Bundesrepublik Deutschland und Finnlands im Hinblick auf die Annahme einer solchen Verordnung. Der Inhalt dieser Verordnung entspricht weitgehend dem des EulÜ. Die Verordnung muss vor dem Hintergrund des durch den Vertrag von Amsterdam (in Kraft getreten am 1.5.1999) neu eingeführten Titels IV des EG-Vertrages gesehen werden, der in Art. 65 die Vergemeinschaftung der bislang erfolgten intergouvernementalen Zusammenarbeit im Bereich des internationalen Zivilverfahrensrechts vorsieht.²²⁹ Eine vollständige Ratifikation des Insolvenzübereinkommens ist damit obsolet geworden. Die Verordnung ist am 31.5.2002 in Kraft getreten.²³⁰ Gemäß Art. 1, 2 des Protokolls über die Position Dänemarks, das dem Vertrag über die EU und dem Vertrag zur Gründung der EG beigefügt ist, beteiligt sich Dänemark nicht an der Annahme dieser Verordnung, sodass sie in diesem Mitgliedstaat der EU nicht anwendbar ist. Sie ist gemäß Art. 43 nur auf solche Insolvenzverfahren anzuwenden, die *nach* ihrem Inkrafttreten eröffnet wurden. Zudem gilt die EU-Verordnung, wie bereits in der Einleitung erwähnt, nicht für das Verhältnis von EU-Mitgliedstaaten zu Drittstaaten, sondern lediglich für grenzüberschreitende Insolvenzen innerhalb der EU. Gemäß Art. 44 Abs. 1 EU-VO ersetzt die Verordnung in ihrem sachlichen Anwendungsbereich hinsichtlich der Beziehungen der Mitgliedstaaten untereinander die zwischen zwei oder mehreren Mitgliedstaaten geschlossenen Übereinkünfte.²³¹ Die Verdrängungswirkung steht somit unter zwei Vorbehalten. Zum einen („sachlicher Anwendungsbereich“) geht die verdrängende Wirkung nur so weit, wie die EU-Verordnung Regelungen bereit hält.²³² Zum anderen gilt sie nur im Verhältnis der Mitgliedstaaten. Hatten sich an einer multilateralen Übereinkunft neben Mitgliedstaaten auch ein Drittstaat oder mehrere Drittstaaten beteiligt, so bleibt es bei der Übereinkunft im Verhältnis zu dem (den) Mitgliedstaat(en).²³³

²²⁹ Vgl. hierzu Leisle, ZEuP 2002, 316 ff.

²³⁰ ABI. L 2000 160, 1 ff.

²³¹ Vgl. Becker, ZEuP 2002, 287 (293)

²³² Vgl. Becker, a.a.O., 294

²³³ Becker, a.a.O., 293

Die ab dem 1.3.2002 geltende Verordnung Nr. 44/2001 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Brüssel II Verordnung), welche das „Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen“ (EuGVÜ) abgelöst hat, findet gemäß Art. 1 Abs. 2 lit. b) dagegen keine Anwendung auf Konkurs, Vergleich und ähnliche Verfahren.

Völkerrechtlich ist zunächst das am 5. Juni 1990 u.a. von Deutschland und Belgien in Istanbul gezeichnete „Konkursübereinkommen des Europarates“ zu erwähnen. Bislang hat aber lediglich Zypern das Übereinkommen ratifiziert. In Deutschland wurde die Ratifikation zunächst bis zum Abschluss der Insolvenzrechtsreform und anschließend unter Hinweis auf das „Europäische Übereinkommen über Insolvenzverfahren“ (EuIÜ) zurückgestellt.²³⁴ Das Europäische Übereinkommen über Insolvenzverfahren²³⁵ befasst sich eingehend mit Wirkungen grenzüberschreitender Insolvenzverfahren und regelt u.a. auch die internationale Zuständigkeit. Das Inkrafttreten dieses Übereinkommens ist bislang an der fehlenden Ratifikation durch das Vereinigte Königreich gescheitert.

Auf bilateraler Ebene sind (für Deutschland) auf dem Gebiet des internationalen Insolvenzrechts der „deutsch-niederländische Vertrag über die gegenseitige Anerkennung und Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen und anderer Schuldtitel in Zivil- und Handelssachen“²³⁶ sowie der deutsch-österreichische Konkursvertrag²³⁷ relevant. Bezüglich Belgien ist hier insbesondere der belgisch-niederländische Vertrag über die „territoriale Zuständigkeit im Konkurs und die Anerkennung und Vollstreckung von richterlichen Entscheidungen und öffentlichen Urkunden“ hervorzuheben. Gegenstand dieser Arbeit sollen aber nicht bestimmte bilaterale international-insolvenzrechtliche Regelungen sein, sondern vielmehr solche Regelungen, die für Auslandsbezüge zu einer Vielzahl von Staaten von Bedeutung sind.

²³⁴ BT-Drucks. 13/5006, 2

²³⁵ Text in ZIP-Dokumentation 1996, 976 ff.

²³⁶ BGBl. II 1965, 26

²³⁷ BGBl. II 1985, 410

Darüber hinaus verdrängt die EU-Verordnung im Rahmen des Art. 44 Abs. 1 ältere Abkommen (s.o.), zu denen gemäß Art. 44 Abs. 1 lit. c), d), h) auch die vorgeannten gehören. Auf entsprechende völkerrechtliche Verträge wird deshalb im Rahmen dieser Arbeit nicht näher eingegangen. Schließlich ist noch das erarbeitete UNCITRAL-Modellgesetz für grenzüberschreitende Insolvenzen zu erwähnen.²³⁸ Ein Inkrafttreten eines entsprechenden multilateralen Abkommens ist derzeit aber nicht absehbar.

Festzuhalten bleibt: Fragen des internationalen Insolvenzrechtes mit Auslandsbezug innerhalb der Europäischen Union richten sich sowohl in Belgien als auch in Deutschland seit dem 31.5.2002 nach der EU-Verordnung 1346/2000 über grenzüberschreitende Insolvenzen. Im Verhältnis zu Drittstaaten sind in Belgien maßgebliche Fragen des internationalen Insolvenzrecht durch Literatur und Rechtsprechung und nicht durch den Gesetzgeber geprägt. Dies war auch die bisherige Rechtslage in Deutschland. Seit dem 20.3.2003 ist allerdings das Gesetz zur Neuregelung des autonomen internationalen Insolvenzrechts in Kraft.²³⁹

Aufgrund der erheblichen praktischen Bedeutung der EU-Verordnung (die auch die Beurteilung von grenzüberschreitenden Insolvenzen im deutsch-belgischen Verhältnis einschließt) wird die Darstellung der EU-Verordnung den autonomen deutschen und belgischen Regeln zum internationalen Insolvenzrecht vorangestellt. „Autonom“ bedeutet in diesem Zusammenhang, dass es sich um Regelungen handelt, die nicht von einem supranationalen Hoheitsträger (wie der EG) geschaffen wurden.

Anwendungsbereich der EU-Verordnung

Hinsichtlich des Anwendungsbereiches der EU-Verordnung ist zwischen dem sachlichen und dem räumlich-persönlichen Aspekt zu unterscheiden.

Sachlich gilt die Verordnung für Gesamtverfahren, welche die Insolvenz des Schuldners voraussetzen und den vollständigen oder teilweisen Vermögensbe-

²³⁸ Abgedruckt in ZIP 1997, 2224 ff.

²³⁹ BR-Drucks. 715/02

schlag sowie die Bestellung eines Verwalters zur Folge haben (Art. 1 Abs. 1 EU-VO). Gemäß Art. 2 lit. a S. 1 EU-VO werden diese Gesamtverfahren als „Insolvenzverfahren“ definiert. In einem Anhang sind für die EU-Mitgliedstaaten die entsprechenden Verfahren aufgeführt. Maßgeblich für die Frage, ob ein Verfahren eines Mitgliedstaates dem sachlichen Anwendungsbereich der Verordnung unterfällt, ist einzig und allein dieser Anhang.²⁴⁰ Lediglich dann, wenn in den Anhang ein Verfahren aufgenommen wurde, das verschiedenen Zwecken dienen kann (z.B. Normen enthält, welche die Insolvenz des Schuldners voraussetzen und solche, die dies nicht tun), ist zur Bestimmung, ob ein solches Verfahren von der Verordnung erfasst wird, auf Art. 1 Abs. 1 EU-VO zurückzugreifen.²⁴¹

Bemerkenswert ist, dass für Deutschland als „Insolvenzverfahren“ in diesem Sinne nicht allein das Insolvenzverfahren, sondern auch Konkursverfahren, Vergleichsverfahren und Gesamtvollstreckungsverfahren aufgelistet sind.

Bestimmte Unternehmen des Finanzdienstleistungsbereiches sind von der Verordnung ausgenommen. Dies gilt für Versicherungsunternehmen, Kreditinstitute, Wertpapierfirmen, die Dienstleistungen erbringen, welche die Haltung von Geld oder Wertpapieren umfassen, sowie Organismen für gemeinsame Anlagen. Es ist geplant, für diese Bereiche besondere Richtlinien zu erlassen.

Die EU-Verordnung enthält weder ausdrücklich noch mittels einer entsprechenden Auslegung²⁴² Regelungen für eine Konzerninsolvenz in dem Sinne, dass – unabhängig davon, ob die jeweiligen nationalen Insolvenzrechte einen Konzern als Insolvenzschnldner ansehen – die Insolvenz eines Konzerns von der EU-Verordnung erfasst wird.²⁴³ Was die Wertung dieses Umstands anbelangt, so wird auf die Ausführungen im 7. Kapitel („Funktionsvergleich“) verwiesen.

Ein weiterer Aspekt des sachlichen Anwendungsbereiches betrifft die Abgrenzung von der VO Nr. 44/2001, die ab dem 1.3.2002 das Europäische Gerichtsstands- und Vollstreckungsabkommen abgelöst hat. Wie bereits erwähnt, findet

²⁴⁰ Vgl. Eidenmüller, IPRax 2001, 2 (4)

²⁴¹ Vgl. Eidenmüller, ebenda

²⁴² Vgl. hierzu Ehrlicke, EWS 2002, 101 ff.

²⁴³ Vgl. Duursma-Kepplinger, Art. 1, Rz 48

die Verordnung keine Anwendung auf Insolvenzverfahren. Fraglich ist, ob dies auch einschließt, dass eine Zuständigkeit für die sich aus der Insolvenz ergebenden Klagen nach VO Nr. 44/2001 von vornherein ausgeschlossen ist. Würde man eine solche Zuständigkeit weder von VO Nr. 44/2001 noch als von VO Nr. 1346/2000 erfasst ansehen, so bestünde eine Lücke. Dies wäre nicht i.S.d. VO Nr. 1346/2000, denn dessen Art. 25 Abs. 2 EU-VO soll sicherstellen, dass die Insolvenzverordnung und das EuGVÜ bzw. VO Nr. 44/2001 lückenlos ineinander greifen.²⁴⁴ Die Beantwortung dieser Frage ist im Lichte des Urteils des EuGH vom 22.12.1979 zu sehen.²⁴⁵ Hiernach sind Klagen, die unmittelbar aus der Insolvenz hervorgehen und in engem Zusammenhang mit dem Insolvenzverfahren stehen, von der Anwendung des EuGVÜ ausgeschlossen. Bei den Arbeiten zu dem der EU-Verordnung vorangehenden EulÜ bestand indes Übereinstimmung, dass im Hinblick auf das EuGVÜ möglichst keine Lücken gelassen werden sollten. In Verbindung mit dem erwähnten Urteil kann deshalb geschlossen werden, dass die VO Nr. 1346/2000 alle Entscheidungen erfasst, die sich auf ein Insolvenzverfahren beziehen, unmittelbar aus diesem Verfahren hervorgehen und sich eng innerhalb des Rahmens eines Insolvenzverfahrens halten.²⁴⁶ Dafür spricht auch der Wortlaut des Art. 25 Abs. 1 Unterabs. 2 EU-VO (1346/2000).²⁴⁷ Zu solchen Verfahren zählen insbesondere Anfechtungsklagen des Verwalters auf Grundlage der Insolvenzanfechtung und Haftungsklagen gegen den Insolvenzverwalter.²⁴⁸

Nicht näher definiert die EU-Verordnung den Begriff des „Schuldners“. Wer „Schuldner“ i.S.d. Art. 1 Abs. 1 EU-VO sein kann, hängt deshalb von den Regelungen derjenigen nationalen Insolvenzrechte ab, die in den Anhängen A und B der Verordnung aufgeführt sind.²⁴⁹ Daraus folgt, dass dann, wenn ein nationales Insolvenzrecht einen Konzern als „Schuldner“ zulässt und auch der räumlich-persönliche Anwendungsbereich der Verordnung gegeben ist, durchaus die Regelungen der Verordnung auch für einen Konzern gelten können.²⁵⁰ Nur ist das

²⁴⁴ Duursma-Kepplinger, Art. 25, Rz 50

²⁴⁵ Slg. 1979, 733

²⁴⁶ So auch Wimmer, Rz 77; Virgos/Schmit, Nr. 77

²⁴⁷ Duursma-Kepplinger, a.a.O.

²⁴⁸ Duursma-Kepplinger, Art. 25, Rz 54

²⁴⁹ Vgl. Eidenmüller, IPRax 2001, 2 (4)

²⁵⁰ Eidenmüller, ebenda

eben abhängig von der Qualifikation des Schuldners auf der Grundlage des jeweiligen nationalen Insolvenzrechtes und gilt nicht generell.

Was den räumlich-persönlichen Anwendungsbereich anbelangt, so regelt die EU-Verordnung die Fälle grenzüberschreitender Insolvenzen. Zwar ergibt sich dies nicht aus dem Wortlaut der Verordnung, wohl aber aus den Erwägungsgründen (2) und (3). Hiernach besteht das Ziel der Verordnung in der effizienten Regelung grenzüberschreitender Insolvenzverfahren.²⁵¹ Als grenzüberschreitend ist ein Insolvenzverfahren auf jeden Fall dann anzusehen, wenn sich Vermögensgegenstände des Schuldners sowohl im Inland als auch im Ausland befinden. Mit Blick auf die technischen Möglichkeiten der „new economy“ stellt sich hier die Frage, ob auch „domains“ oder „web-sites“ Vermögensgegenstände in diesem Sinne sind. Im Hinblick auf die wirtschaftlichen Realitäten ist dies m. E. zu bejahen.²⁵² Ausreichend für die Qualifikation als „grenzüberschreitende Insolvenz“ ist es aber auch, wenn das Insolvenzverfahren ausländische Bezüge aufweist, an welche die Verordnung Regelungen knüpft.²⁵³

Dagegen wird vorgebracht, dass das Insolvenzrecht grundsätzlich allein das *Vermögen* des Schuldners erfasst. Deshalb müsse für die Qualifikation als grenzüberschreitendes Insolvenzverfahren stets ein Bezug zum Vermögen vorhanden sein. Ein grenzüberschreitendes Insolvenzverfahren liege demnach nur dann vor, wenn sich Vermögensgegenstände des Schuldners jenseits der Grenzen des Eröffnungsstaates in einem anderen Mitgliedstaat befinden.²⁵⁴ Dies hätte aber zur Konsequenz, dass in den Fällen, in denen die Verordnung an solche grenzüberschreitenden Bezüge anknüpft, die nicht die Belegenheit eines schuldnerischen Vermögensgegenstandes in einem anderen Mitgliedstaat voraussetzen (z.B. Art. 39), die Verordnung nicht anwendbar wäre. Dies wiederum würde jedoch in derart eklatantem Widerspruch zum Wortlaut der Verordnung (der entsprechenden Anknüpfung) stehen, dass diese Konsequenz ebenfalls im Wortlaut der Verordnung hätte zum Ausdruck kommen müssen, was aber nicht gesche-

²⁵¹ Vgl. Huber, ZJP 2001, 133 (136), Uhlenbruck – Lüer, VO Nr. 1346/2000, Vorbemerkungen, Rz 4

²⁵² So auch Paulus, NZI 2001, 509

²⁵³ Huber, ebenda

²⁵⁴ So Paulus, NZI 2001, 505 (508)

hen ist. Es muss deshalb nichts stets ein Bezug zum Vermögen für die Qualifikation als grenzüberschreitendes Insolvenzverfahren i.S.d. Erwägungsgründe der EU-Verordnung vorhanden sein.

Bezieht sich die Verordnung somit nur auf grenzüberschreitende Insolvenzen, stellt sich die Frage, zwischen welchen Staaten grenzüberschreitende Bezüge bestehen müssen. Erforderlich ist zunächst einmal, dass sich der Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen des Schuldners in einem Mitgliedstaat befindet. Dies ergibt sich aus dem Erwägungsgrund (14) der Verordnung und entspricht auch der Anknüpfung daran im Rahmen der internationalen Zuständigkeit.²⁵⁵

In Art. 3 Abs. 2, 5, 7, 8-11, 13 EU-VO ist der grenzüberschreitende Bezug ausdrücklich auf den innergemeinschaftlichen Bereich beschränkt. Denkbar ist, daraus den Schluss zu ziehen, dass dies da, wo die Verordnung dies offen gelassen hat (wie in Art. 3 Abs. 1 EU-VO), eben nicht erforderlich ist, sodass zwar ein grenzüberschreitender Bezug bestehen muss, aber nicht notwendigerweise zu einem Mitgliedstaat.²⁵⁶ Hiergegen spricht aber der erläuternde Bericht zu dem der EU-Verordnung vorausgehenden EulÜ, wonach Drittstaatenverhältnisse nicht geregelt werden sollen. Da diese Frage bei Erlass der Verordnung nicht erneut thematisiert wurde, besteht auch kein Anlass, hier von einem Sinneswandel des Gemeinschaftsgesetzgebers auszugehen.²⁵⁷ Die EU-Verordnung trifft deshalb keine Regelung im Hinblick auf grenzüberschreitende Insolvenzen im Verhältnis von EU-Mitgliedstaaten zu Drittstaaten. Der grenzüberschreitende Bezug muss deshalb immer ein solcher zwischen Mitgliedstaaten der EU sein. Dagegen spricht auch nicht, dass die Prüfung dieses (ungeschriebenen) Bezugs zu anderen Mitgliedstaaten praktisch „äußerst schwierig“ sei.²⁵⁸ Die Prüfung eines Bezugs zu anderen Mitgliedstaaten ist grundsätzlich nicht schwieriger als die Prüfung eines grenzüberschreitenden Bezugs generell, die ja unstreitig vorgenommen werden muss. Größeren praktischen Schwierigkeiten würde diese Prüfung nur dann begegnen, wenn nicht klar ist, ob die Bezüge zu einem Mitglied- oder

²⁵⁵ Siehe hierzu unten 3. Kapitel, 1. Abschnitt, vor A.; vgl. Huber, a.a.O., 137

²⁵⁶ So Huber, a.a.O., 139

²⁵⁷ Vgl. Einleitung, Fn 2

²⁵⁸ So aber Huber, a.a.O., 139

zu einem Nichtmitgliedstaat bestehen. Dies reicht jedoch nicht aus, um die o.g. Argumente für die Notwendigkeit eines mitgliedstaatlichen Bezugs zu entkräften.

Ist der grenzüberschreitende Bezug zu einem anderen Mitgliedstaat somit Voraussetzung für die Anwendung der EU-Verordnung, so genügt er andererseits noch nicht für die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens nach der EU-Verordnung.²⁵⁹

2. Kapitel Grundprinzipien des internationalen Insolvenzrechts

Bei der Regelung grenzüberschreitender Insolvenzen stehen sich zwei Prinzipien gegenüber, nämlich zum einen das Universalitätsprinzip und zum anderen das Territorialitätsprinzip. Während das Universalitätsprinzip der Insolvenz überall dort Wirkungen beimisst, wo der Schuldner Vermögen hat, wird nach dem Territorialitätsprinzip die Wirkung auf den Staat beschränkt, in dem das Verfahren eröffnet wurde.²⁶⁰

Zwischen diesen beiden Prinzipien sind weitere Abstufungen denkbar, etwa der Fall, dass eine Rechtsordnung dem eigenen Insolvenzverfahren weltweite Wirkung beimisst, umgekehrt dies aber ausländischen Insolvenzverfahren bezüglich des eigenen Staatsgebietes nicht zubilligt, oder dass auch in ihren Wirkungen auf ein Territorium beschränkte Insolvenzverfahren zugelassen werden.

Teilweise wird die Universalität auch nur darauf bezogen, dass das gesamte Vermögen weltweit erfasst wird.²⁶¹ Eine solche Definition der Universalität ließe indes unberücksichtigt, dass die denkbaren Wirkungen über die bloße Erfassung des Vermögens hinausgehen. Aus diesem Grund ist der hier verwendeten Definition der Universalität der Vorzug zu geben.

²⁵⁹ So zutreffend Martini, ZInsO 2002, 905 (909), der ausführt, dass Paulus in NZI 2001, 508 den Anwendungsbereich der Verordnung für den Fall, dass sich Vermögensgegenstände des Schuldners jenseits der Grenzen des Eröffnungsstaats in einem anderen Mitgliedstaat befinden, erweitere. Indes erweitert Paulus keineswegs den Anwendungsbereich, sondern konkretisiert lediglich die (unstreitig erforderlichen) Voraussetzungen der Grenzüberschreitung für die Anwendung der EU-VO.

²⁶⁰ Spahlinger, 47, 48; statt vieler Hanisch, SchwJbIntR 36, 109 (111)

²⁶¹ So Gottwald – Gottwald, § 127 Rz 5; Geimer, Rz 3385

Die Entscheidung zwischen Universalitäts- und Territorialitätsprinzip ist die entscheidende Weichenstellung im internationalen Insolvenzrecht. Hiervon hängt ab, ob auch das im Ausland belegene Vermögen des Schuldners erfasst wird und auch, ob ein ausländisches Insolvenzverfahren im Inland „anerkannt wird“. Denn Anerkennung bedeutet „Wirkungserstreckung“.²⁶² Wird demnach einer Insolvenz überall dort Wirkung beigemessen, wo der Schuldner Vermögen hat, so wird die Insolvenz dort auch „anerkannt“.

Mit der Anerkennung eng verknüpft ist wiederum die Frage, ob ein vor einem ausländischen Gericht anhängiges Insolvenzverfahren Auswirkungen auf einem im Inland anhängigen Rechtsstreit hat. Die Frage, ob kollisionsrechtlich bei grenzüberschreitenden Insolvenzen an die „lex fori concursus“ anzuknüpfen ist, hat mit der Entscheidung zugunsten Universalitäts- oder Territorialitätsprinzip zunächst einmal nichts zu tun. Denn werden der Insolvenz überall dort Wirkungen beigemessen, wo der Schuldner Vermögen hat, so sagt dies noch nichts darüber aus, nach welchem Recht sich diese Wirkung richtet. Indes ist die Anknüpfung an die „lex fori concursus“ ein (kollisionsrechtliches) Grundprinzip des internationalen Insolvenzrechts, auf das im 4. Kapitel näher eingegangen wird.

Auf der Ebene des inländischen nationalen Rechts kann Universalität einer inländischen Insolvenz nur insoweit geregelt werden, als dass die Insolvenz auch ausländisches Vermögen erfasst. Für die Frage, ob die inländische Insolvenz im Ausland darüber hinaus Wirkungen entfaltet, fehlt es dem inländischen Gesetzgeber an der entsprechenden Regelungskompetenz. Dies kann nur durch die Rechtsordnung des jeweiligen Staates oder völker- bzw. europarechtlich gelöst werden.

Welchem Prinzip (Universalität oder Territorialität oder Mischformen daraus) der Vorzug zu geben ist und welche der im Rahmen dieser Arbeit untersuchten Regelungen dem vorzuziehenden Prinzip am ehesten gerecht werden, ist Gegenstand der Erörterungen unter 7. Kapitel.

²⁶² Vgl. hierzu 4. Kapitel

1. Abschnitt Erfassung ausländischen Vermögens

Wie ausgeführt, ist eine der Konsequenzen des Universalitätsprinzips, dass auch im Ausland belegenes Vermögen von dem Insolvenzverfahren erfasst wird. In einem solchen Fall spricht man von einer „Universalinsolvenz“ bzw. einem „Universalkonkurs“. Dagegen liegt eine „Partikularinsolvenz“ bzw. ein „Partikularkonkurs“ vor, wenn nur das im Inland befindliche Vermögen erfasst wird. Die EU-Verordnung allerdings differenziert Partikularverfahren danach, ob sie vor oder nach Eröffnung eines Hauptinsolvenzverfahrens eröffnet werden. Ist Letzteres der Fall, so werden diese gemäß Art. 3 Abs. 3 EU-VO als „Sekundärinsolvenzverfahren“ bezeichnet. Das Sekundärinsolvenzverfahren ist in der Diktion der EU-Verordnung somit ein Unterfall des Partikularverfahrens. Um den von der Verordnung vorgenommenen Unterschied zwischen Sekundärinsolvenzverfahren und (sonstigen) Partikularverfahren aber auch begrifflich deutlich zu machen, sollte ein gemeinsamer Oberbegriff gewählt werden. Bezogen auf die EU-Verordnung wird deshalb im Folgenden insoweit nicht von „Partikular“-, sondern von territorialen Verfahren die Rede sein. Diese umfassen sowohl solche Partikularverfahren, die vor Eröffnung eines Hauptinsolvenzverfahrens eröffnet wurden, als auch Sekundärinsolvenzverfahren. Im Rahmen der EU-Verordnung werden im Folgenden nur solche Verfahren, die vor Eröffnung eines Hauptinsolvenzverfahrens eröffnet wurden, als Partikularverfahren bezeichnet. Das gilt auch bezogen auf das belgische Recht sowie den Gesetzentwurf zum autonomen deutschen Insolvenzrecht, die insoweit mit der EU-Verordnung identisch sind.

Wird im Folgenden von einem „Hauptinsolvenzverfahren“ gesprochen, so ist dies inhaltsgleich mit einer Universalinsolvenz. Der Begriffsbestandteil „Haupt“- weist darauf hin, dass die Möglichkeit von parallelen Partikularverfahren besteht. Die Universalinsolvenz ist somit zwar eine der Ableitungen des Universalitätsprinzips, mit diesem aber nicht identisch. Sie bildet lediglich einen Aspekt des Universalitätsprinzips.

Die Frage, ob ein Insolvenzverfahren auch ausländisches Vermögen erfasst, beurteilt sich – sowohl nach belgischem wie auch nach deutschem internationalen Insolvenzrecht – nach der „lex fori concursus“.²⁶³

A. EU-Verordnung

Die EU-Verordnung geht von dem Grundsatz aus, dass alles irgendwo vorhandene Schuldnervermögen von einem einzigen – wo auch immer eröffneten – Insolvenzverfahren erfasst wird.²⁶⁴

Dieses Prinzip einer Universalinsolvenz wird jedoch durch die Zulassung von Territorialverfahren abgeschwächt. Auf diese wird unter 3. Kapitel, 1. + 2. Abschnitt A.II. näher eingegangen.

Keine Ausnahme von dem Grundsatz der Erfassung ausländischen Vermögens bildet Art. 5 EU-VO. Hiernach werden dingliche Rechte an Gegenständen des Schuldners, die sich zum Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens im Gebiet eines anderen Mitgliedstaates befinden als im Eröffnungsstaat, von der Eröffnung des Verfahrens nicht berührt. Dies bedeutet nicht, dass der mit einem dinglichen Recht belegene Vermögensgegenstand nicht von der Insolvenz erfasst wird. Erfasst wird er schon, aber nur auf eine Art und Weise, die das dingliche Recht an ihm unberührt lässt. Dies bedeutet, dass die Befugnisse des Verwalters auf einen den Sicherungswert überschreitenden Vermögenswert beschränkt sind. Insoweit ist der Insolvenzverwalter berechtigt, den die gesicherte Forderung übersteigenden Verkaufserlös bei einem Verkauf des Sicherungsgläubigers zur Masse zu ziehen.²⁶⁵

Fraglich ist, ob hiernach auch solche Wirkungen ausgeschlossen sind, die nach dem Recht des Staates, in dem sich die Gegenstände befinden, im Falle einer (inländischen) Insolvenz möglich und normal wären. Hierfür spricht der insoweit eindeutige Wortlaut. Sinn und Zweck der Regelung aber ist es, sicherzustellen,

²⁶³ Riegel, 225, m.w.N.; Bocken/de Bondt, 460

²⁶⁴ Vgl. Becker, ZEuP 2002, 287 (299); Erwägungsgrund 12 der VO

²⁶⁵ Huber, ZZP 2001, 133 (158)

dass durch die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens in anderen EU-Mitgliedstaaten dingliche Rechte nicht stärker beeinträchtigt werden, als dies bei der Eröffnung eines innerstaatlichen Insolvenzverfahrens der Fall wäre.²⁶⁶

In die gleiche Richtung zielte auch der ursprünglich vorgesehene § 390 des Entwurfs einer neuen Insolvenzordnung in Deutschland. Die durch inländisches Vermögen gesicherten Gläubiger sollten nur vor solchen Einschränkungen ihrer Rechte geschützt werden, die über das deutsche Insolvenzrecht hinausgehen.²⁶⁷ Hält man sich dies vor Augen, so ist auch Art. 5 EU-VO in diesem Sinne auszulegen²⁶⁸ mit der Konsequenz, dass ein ausländisches Insolvenzverfahren (d.h. hier aus einem anderen EU-Mitgliedstaat) die dinglichen Sicherheiten nur insoweit unberührt lässt, als das Insolvenzverfahren über die Wirkungen hinausgeht, die auch ein inländisches Insolvenzverfahren zur Folge haben würde.

B. Autonomes Deutsches Recht

In Deutschland ist die Universalinsolvenz der Grundsatz. Zwar ist dieses Prinzip nicht ausdrücklich geregelt, doch ließ es sich bis zum 19.3.2003 aus Art. 102 Abs. 1 S. 1 EGInsO i.V.m § 35 InsO folgern.²⁶⁹ Denn da nach dieser Norm ein ausländisches Insolvenzverfahren das inländische Vermögen des Schuldners erfasst, schließt im Umkehrschluss das „gesamte Vermögen“ das Auslandsvermögen mit ein. Dieses „gesamte“ Vermögen wird gemäß § 35 InsO von der Insolvenzeröffnung erfasst. Nach der ab dem 20.3.2003 geltenden Rechtslage lässt sich dieses Ergebnis im Wege eines Umkehrschlusses aus § 354 Abs. 1 InsO herausarbeiten.

Art. 102 Abs. 3 EGInsO ließ aber auch die Möglichkeit von Partikularverfahren zu. Der Wortlaut des Art. 102 Abs. 3 EGInsO spricht lediglich von einem Partikularverfahren neben einem – anerkannt werdenden – ausländischen Insolvenzver-

²⁶⁶ Virgos/Schmit, Nr. 97

²⁶⁷ Begr. RegE zu § 390

²⁶⁸ a.A. Virgos/Schmit, Nr. 97

²⁶⁹ Vgl. Gottwald – Gottwald, § 128, Rz 1; Wimmer, Art. 102, Rz 274; Hess, Art. 102, Rz 127; Uhlenbruck – Lüer, Art. 102, Rz 3; BGHZ 68, 16 (17); BGH, ZIP 1983, 961 (962); Habscheid, NZI 2003, 238 (239)

fahren. Lässt man sich von Sinn und Zweck dieser Regelung leiten, die inländische Interessen schützen will²⁷⁰, etwa, weil das ausländische Recht nur die kaufmännische Insolvenz kennt, so folgt daraus auch die Zulassung von Partikularverfahren²⁷¹, und zwar unabhängig davon, ob bereits ein Insolvenzverfahren eröffnet ist.

Seit dem 20.3.2003 ist das Partikularverfahren ausdrücklich in § 354 InsO geregelt. Auf die Voraussetzungen der Eröffnung eines solchen Verfahrens wird unter 3. Kapitel, 1. Abschnitt, B.II. näher eingegangen.

C. Autonomes Belgisches Recht

Belgien war seit jeher ein Befürworter des Universalitätsprinzips und der Schaffung einer „masse unique“ i.S. eines einheitlichen und umfassenden Schuldnervermögens.²⁷² Art. 3 „loi sur les faillites“ ließ allerdings analog den Bestimmungen der EU-Verordnung Partikular- bzw. Sekundärinsolvenzverfahren zu. Diese Vorschriften waren ursprünglich ein Vorgriff auf das europäische Insolvenzübereinkommen und sollten gemäß Art. 150 Abs. 2 „loi sur les faillites“ erst dann in Kraft treten, wenn auch das Insolvenzübereinkommen in Kraft tritt. Dieses ist aber mit der EU-Verordnung obsolet geworden. Art. 150 Abs. 2 „loi sur les faillites“ war daher dahin auszulegen, dass mit Inkrafttreten der EU-Verordnung auch Art. 3 „loi sur les faillites“ in Kraft tritt, was mit dem 31.5.2002 der Fall ist.

Seit dem 4.9.2002 ist dem Inkrafttreten der EU-Verordnung Rechnung getragen worden. Art. 3 „loi sur les faillites“ n.F. nimmt ausdrücklich Bezug auf die EU-VO. Art. 150 Abs. 2 stellt klar, dass dieser neue Art. 3 am 31.5.2002 in Kraft tritt.

Angesichts der Tatsache, dass die Vorschriften über diese Partikularverfahren mit denen des Insolvenzübereinkommens bzw. der EU-Verordnung identisch sind, stellt sich die Frage nach dem Sinn dieser Regelung. Dieser konnte nur in einer auf diese Art und Weise dokumentierten Symbolik liegen, dass Belgien

²⁷⁰ Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 12/7303, 117

²⁷¹ Wimmer, Rz 391

²⁷² Verougstraete, Nr. 1104, m.w.N.; D'Haeyer, 86

„hinter“ dem EuÜ „steht“. Seit dem Inkrafttreten der EU-Verordnung kann der Sinn der Regelungen nur darin erblickt werden, nicht (durch ein Weglassen dieser Bestimmung) den Eindruck entstehen zu lassen, man würde sich mit dieser inzwischen vergemeinschafteten Rechtslage nicht mehr identifizieren.

D. Zusammenfassung

Nach derzeit geltendem autonomen internationalen Insolvenzrecht lässt Deutschland Partikularinsolvenzen zu, egal in welchem Staat sich der Mittelpunkt der Interessen des Schuldners befindet. In Belgien hingegen richten sich die territorialen Verfahren nach den entsprechenden Regelungen der EU-Verordnung. Dies bedeutet, dass sich der Interessenmittelpunkt des Schuldners in der EU befinden muss.

Für innergemeinschaftliche Sachverhalte ist ab dem 31.5.2002 die EU-Verordnung maßgebend, die Territorialverfahren zulässt.

3. Kapitel Voraussetzungen der Eröffnung des Insolvenzverfahrens

1. Abschnitt Internationale Zuständigkeit

Die internationale Zuständigkeit ist die Zuweisung von Rechtsprechungsaufgaben an einen Staat als solchen. Die Vorschriften über die internationale Zuständigkeit regeln also, die Gerichte welchen Staates zuständig sind, eine Entscheidung zu treffen.²⁷³ Im Falle einer grenzüberschreitenden Insolvenz ist es demnach eine Frage der internationalen Zuständigkeit, die Gerichte welchen Staates für die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zuständig sind. Je nachdem, ob es sich um ein Haupt- oder Partikularverfahren (bzw. (im Fall der EU-Verordnung) um ein territoriales Verfahren) handelt, ergeben sich für die internationale Zuständigkeit unterschiedliche Anforderungen.

²⁷³ Geimer, Rz 844; Siehr, Internationales Privatrecht, 504, 505

A. EU-Verordnung

Die EU-Verordnung regelt die internationale Zuständigkeit unmittelbar und nicht etwa im Rahmen der Anerkennungsvoraussetzungen. Sie unterscheidet zwischen der Eröffnung universeller Verfahren mit grenzüberschreitenden Wirkungen (= Hauptinsolvenzverfahren) und territorialer Verfahren.

I. Hauptinsolvenzverfahren

Gemäß Art. 3 Abs. 1 der Verordnung sind für Hauptinsolvenzverfahren die Gerichte des Mitgliedstaats zuständig, in dessen Gebiet der Schuldner den Mittelpunkt seiner hauptsächlichen Interessen hat. Hierdurch wird als Schuldner auch der Personenkreis erfasst, der keine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt.²⁷⁴ Wann jeweils der Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen des Schuldners vorliegt, hängt davon ab, welcher Gruppe der Gemeinschuldner zuzuordnen ist. Bei natürlichen Personen kommt als solcher der Wohnsitz in Betracht.²⁷⁵ Denkbar wäre, anstelle des Wohnsitzes auf den gewöhnlichen Aufenthalt abzustellen.²⁷⁶ Hierfür spricht, dass so die Schwierigkeiten bei der Bestimmung des Wohnsitzes vermieden werden.²⁷⁷ Dagegen spricht jedoch, dass der Begriff „Mittelpunkt seiner hauptsächlichen Interessen“ normativen Charakter hat. Der deskriptive „gewöhnliche Aufenthalt“ würde dem nicht entsprechen. Der Begriff „Wohnsitz“ hingegen erfordert eine Wertung, die dem „Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen“ eher gerecht wird. Der Befürchtung, dies könne wegen des uneinheitlichen Wohnsitzbegriffes in der EU zu Doppelzuständigkeiten führen, lässt sich dadurch begegnen, dass insoweit eben ein einheitlicher Wohnsitzbegriff geprägt werden muss. Meines Erachtens ist das Merkmal „Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen“ aber aus sich heraus zu bewerten. Eines Rückgriffs auf den „gewöhnlichen Aufenthalt“ oder den „Wohnsitz“ bedarf es nicht. Bei Kaufleuten oder Einzelunternehmern ist der „Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen“ der Ort der

²⁷⁴ Liersch, NZI 2003, 302 (304); Duursma-Kepplinger – Duursma, Art. 8, Rz 3

²⁷⁵ So Balz, ZIP 1996, 948 (949); Virgos/Schmit, Nr. 79

²⁷⁶ So Taupitz, 326

²⁷⁷ Taupitz, ebenda

gewerblichen Niederlassung. Bei juristischen Personen und Gesellschaften wird vermutet, dass der Interessenmittelpunkt dem satzungsmäßigen Sitz entspricht.

Fraglich ist, wie der Fall zu behandeln ist, dass zwar nach der EU-Verordnung die Gerichte eines Mitgliedstaats international zuständig sind, nach den (nationalen) Regeln der innerörtlichen Zuständigkeit aber kein bestimmter Ort zugewiesen werden kann. Dies tritt dann ein, wenn die Kriterien der internationalen und der innerörtlichen Zuständigkeit voneinander abweichen. Das ab dem 20.3.2003 in Deutschland geltende Recht löst dies dadurch, dass sich in solchen Fällen auch die örtliche Zuständigkeit nach Maßgabe der EU-Verordnung richtet.

Im Hinblick auf die allgemeine Umschreibung der internationalen Zuständigkeit mit dem „Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen“ des Schuldners ist es denkbar, dass sich die Gerichte zweier oder mehrerer Mitgliedstaaten für zuständig zur Eröffnung eines Hauptverfahrens erklären.²⁷⁸ Die EU-Verordnung trifft zur Lösung dieser positiven Kompetenzkonflikte keine ausdrückliche Regelung. Genau genommen ist dies aber keine Frage der internationalen Zuständigkeit, denn der Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen kann nur an einem Ort liegen. Vielmehr ist die Frage berührt, ob das zuerst eröffnete Verfahren anzuerkennen ist, weshalb darauf unter 5. Kapitel, 2. Abschnitt näher eingegangen wird.

II. Territoriale Verfahren

Die EU-Verordnung gliedert territoriale Insolvenzverfahren in Sekundärinsolvenzverfahren und Partikularverfahren. Bei Territorialverfahren ist die Wirkung auf das schuldnerische Vermögen im Eröffnungsstaat beschränkt. Wird ein solches Verfahren nach einem bereits eröffneten Hauptinsolvenzverfahren eröffnet, handelt es sich um ein Sekundärinsolvenzverfahren. Ist es bereits vor der Eröffnung eines Hauptinsolvenzverfahrens eröffnet, so handelt es sich um ein Partikularverfahren (s.o.).

²⁷⁸ Duursma-Kepplinger, Art. 3, Rz 27; vgl. hierzu auch Bert u. Ursula Schlegel, in: FAZ v. 16.8.2003 („Das EU-Insolvenzrecht offenbart Lücken im Detail“)

1. Sekundärinsolvenzverfahren

Wenn am Interessenmittelpunkt ein Hauptinsolvenzverfahren eröffnet wurde, kann in jedem anderen Staat, in dem der Schuldner eine Niederlassung besitzt, ein territoriales Sekundärinsolvenzverfahren eröffnet werden. Eine Niederlassung in diesem Sinne ist gemäß Art. 2h jeder Tätigkeitsort, an dem der Schuldner einer wirtschaftlichen Aktivität von nicht vorübergehender Art nachgeht, die den Einsatz von Personal- und Vermögenswerten voraussetzt. Fraglich ist, in welchem Ausmaß die körperliche Anwesenheit des Schuldners oder seines Personals hierzu erforderlich ist.²⁷⁹ Meines Erachtens ist auf das Erfordernis einer körperlichen Anwesenheit hier gänzlich zu verzichten. Im Zuge der zunehmenden Technisierung des Wirtschaftslebens, insbesondere mit Hilfe moderner Kommunikationsmittel, lässt sich auch ohne eine solche körperliche Anwesenheit der Einsatz von Schuldner oder Personal und Vermögenswerten realisieren.

2. Partikularverfahren

Wie bei Sekundärinsolvenzverfahren so ist auch bei Partikularverfahren für die Begründung der internationalen Zuständigkeit erforderlich, dass der Schuldner im Gebiet des betreffenden Mitgliedstaats eine Niederlassung hat. Wegen des Begriffs der Niederlassung wird auf die unter 1. angestellten Erwägungen verwiesen. Darüber hinaus ist aber Voraussetzung, dass nach dem Recht des Staates, in dem der Schuldner den Mittelpunkt seiner hauptsächlichen Interessen hat, ein Hauptinsolvenzverfahren nicht eröffnet werden kann oder dass das Partikularverfahren von einem lokalen Gläubiger oder von einem Gläubiger, der mit der entsprechenden Niederlassung in Geschäftsbeziehungen stand, beantragt wird. Die EU-Verordnung ordnet diese letztgenannten Voraussetzungen der „internationalen Zuständigkeit“ zu. Meines Erachtens handelt es sich hier aber vielmehr um spezielle Eröffnungsgründe (vgl. 2. Abschnitt).

²⁷⁹ Vgl. hierzu Becker, ZEuP 2002, 287 (301)

B. Autonomes Deutsches Recht

I. Hauptinsolvenzverfahren

Eine ausdrückliche Regelung über die internationale Zuständigkeit bei grenzüberschreitenden Insolvenzverfahren fand sich bis zum 19.3.2003 weder in der Insolvenzordnung noch in dem dazugehörigen Einführungsgesetz. Es bestand jedoch Übereinstimmung in Literatur und Rechtsprechung, die Regelungen der örtlichen Zuständigkeit für Insolvenzverfahren als maßgeblich für die internationale Zuständigkeit anzusehen.²⁸⁰ Der Streit darüber, ob es sich hier um eine unmittelbare oder nur analoge Anwendung der Vorschriften über die innerstaatliche Zuständigkeit handelte, soll hier unberücksichtigt bleiben.

Die internationale Zuständigkeit richtete sich somit nach § 3 InsO. Auch auf der Grundlage des ab dem 20.3.2003 geltenden Rechts fehlt es an einer ausdrücklichen Regelung der internationalen Zuständigkeit. In Art. 102, § 1 Abs. 1 EGIInsO wird allerdings der Fall geregelt, dass deutsche Gerichte gemäß Art. 3 Abs. 1 EU-VO international zuständig sind, ohne dass gemäß § 3 InsO ein inländischer Gerichtsstand begründet ist. Bereits aus der Wortwahl „inländischer Gerichtsstand“ bei § 3 InsO geht hervor, dass – von Sonderregelungen wie der EU-Verordnung abgesehen – § 3 InsO auch weiterhin Grundnorm für die internationale Zuständigkeit bei grenzüberschreitenden Sachverhalten ist. Dies gilt allerdings nur für Hauptinsolvenzverfahren.²⁸¹

Die auf der Grundlage der Geltung der Konkursordnung vertretene Auffassung, § 238 KO sei dahin auszulegen, dass ein Inlandsinsolvenzverfahren immer dann zulässig sei, wenn sich dort ein „verwalteter Vermögensinbegriff von insolvenzwürdigem Umfang“ oder „zur Durchführung einer Insolvenz ausreichendes Vermögen“ befindet²⁸², hat in der Insolvenzordnung keine Stütze und ist deshalb abzulehnen. § 3 InsO spricht insoweit eindeutig von der Notwendigkeit des „Mit-

²⁸⁰ So u.a. BGHZ 95, 256 (270); Spahlinger, 89; Gottwald – Gottwald, § 128 Rz 10; Soergel – Kegel vor Art. 7 EGBGB Rz 698; Flessner, IPRaX 1997, 1 (2); zuletzt OLG Köln, NZI 2001, 380

²⁸¹ Siehe hierzu II.

²⁸² Vgl. hierzu Gottwald – Gottwald, a.a.O., Rz 83; Trunk, 102; Nerlich/Römermann – Mincke, Art. 102, Rz 373

telpunkts einer selbstständigen wirtschaftlichen Tätigkeit“, der nicht schon bei einem „verwalteten Vermögensbegriff von insolvenzwürdigem Umfang“ bzw. „ausreichendem Vermögen“ gegeben ist. Mit dem „Mittelpunkt einer selbstständigen wirtschaftlichen Tätigkeit“ ersetzt das Gesetz den in § 71 Abs. 1 S. 2 KO verwendeten Begriff der „gewerblichen Niederlassung“. Sinn und Zweck ist es, nunmehr auch solche Schuldner mit dieser Regelung zu erfassen, die zwar beruflich selbstständig sind, ohne aber ein Gewerbe auszuüben. Dies betrifft insbesondere solche Angehörige der freien Berufe, die zwar in Deutschland ihre berufliche Niederlassung, im Ausland aber ihren Wohnsitz haben.²⁸³ Andererseits unterscheidet sich das neue deutsche Recht hier von der EU-Verordnung, die den Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen, ohne dass dies wirtschaftliche sein müssen, genügen lässt.

II. Partikularverfahren

Wie bei Hauptinsolvenzverfahren so ist auch bei Partikularverfahren die internationale Zuständigkeit zu prüfen. Bis zum 19.3.2003 war fraglich, an was die internationale Zuständigkeit bei Partikularverfahren zu knüpfen war. Denkbar war, zunächst hierzu mangels ausdrücklicher Regelung auf die Vorschriften der örtlichen Zuständigkeit für Insolvenzverfahren zurückzugreifen. Dies hätte aber zur Konsequenz gehabt, dass in den Fällen, in denen sich zwar Vermögensgegenstände des Schuldners im Inland und infolge der grenzüberschreitenden Aktivitäten im Inland auch Gläubiger befinden, der Schuldner aber dennoch den Mittelpunkt seiner wirtschaftlichen Tätigkeit im Ausland hat, die Gläubiger zur Befriedigung ihrer Forderungen an einer Teilnahme am ausländischen Insolvenzverfahren gezwungen gewesen wären. Denn entscheidend wäre bei diesem Ansatz gemäß § 3 Abs. 1 S. 2 InsO der Ort des Mittelpunkts einer selbstständigen wirtschaftlichen Tätigkeit des Schuldners gewesen. Genau dies aber hätte der Intention des Gesetzgebers widersprochen. Der Rückgriff auf die Zuständigkeitsnorm des § 3 InsO war deshalb abzulehnen.²⁸⁴

²⁸³ Begr., 92

²⁸⁴ Wimmer, a.a.O., Rz 377

Bereits aus der Definition des Partikularverfahrens geht die Voraussetzung für die internationale Zuständigkeit hervor, dass sich im Inland Gegenstände des schuldnerischen Vermögens befinden.²⁸⁵ Für die teilweise geforderte inländische Niederlassung des Schuldners²⁸⁶ ergaben sich keine Anhaltspunkte.²⁸⁷ Dies wäre auch mit dem verfolgten Schutzzweck des Art. 102 Abs. 3 EGIInsO nicht vereinbar gewesen. Denn der Schutz inländischer Interessen sollte unabhängig davon erfolgen, ob der Schuldner nun dort eine Niederlassung unterhält oder nicht. Aus diesem Grunde kann auch nicht der zum alten Recht vertretenen Ansicht gefolgt werden, dass eine Niederlassung nicht nur eine notwendige, sondern auch eine hinreichende Bedingung für die Begründung der internationalen Zuständigkeit ist.²⁸⁸

Die seit dem 20.3.2003 geltende Rechtslage knüpft für die internationale Zuständigkeit zur Eröffnung territorialer Verfahren (im Inland) zum einen daran, dass der Schuldner im Inland eine Niederlassung hat. Dies ist insoweit identisch mit der Zuständigkeitsregelung der EU-Verordnung. Auf die entsprechenden Ausführungen dort (A.II.) wird deshalb Bezug genommen.

Zwar ist es theoretisch denkbar, dass autonomes internationales Insolvenzrecht und EU-Verordnung trotz deckungsgleichen Wortlauts unterschiedlich auszulegen sind. Wegen des Vorrangs innerhalb des Anwendungsbereiches der EU-Verordnung würde eine solche unterschiedliche Auslegung des deutschen Rechts zu dessen Unanwendbarkeit (innerhalb des Anwendungsbereiches der EU-Verordnung) führen. Im Zweifel ist deshalb das deutsche Recht bei gleichem Regelungsgegenstand und gleichem Wortlaut so auszulegen, dass es mit der EU-Verordnung in Einklang steht. Alternativ ist die internationale Zuständigkeit für die Eröffnung eines Partikularverfahrens dann gegeben, wenn der Schuldner im Inland erhebliche Vermögenswerte besitzt.

Gemäß § 356 Abs. 1 InsO n.F. sind auch nach Eröffnung eines Hauptverfahrens territoriale Verfahren als „Sekundärinsolvenzverfahren“ möglich. Im Unterschied

²⁸⁵ So auch Wimmer, a.a.O., Rz 380

²⁸⁶ Lüer, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 1231

²⁸⁷ Wimmer, ebenda

²⁸⁸ So aber Leipold, FS Henckel, 533 (540)

zur EU-Verordnung muss es sich hier nicht um ein Liquidationsverfahren handeln.

C. Autonomes Belgisches Recht

I. Hauptinsolvenzverfahren

Nach belgischer Rechtslage richten sich die Regeln über die internationale Zuständigkeit nach denjenigen über die örtliche Zuständigkeit.²⁸⁹ Diese ist geregelt in Art. 115 Abs. 1 „loi sur les faillites“. Hiernach ist zwischen natürlichen und juristischen Personen zu unterscheiden. Bei natürlichen Personen ist das Gericht zuständig, in dessen Bezirk der Kaufmann seine Hauptniederlassung hat. Dies ist eine Änderung zur früheren Rechtslage, die an das „domicile“ des Kaufmanns anknüpfte, dessen Auslegung umstritten war.²⁹⁰ Bei juristischen Personen ist Anknüpfungspunkt für die örtliche – und damit internationale – Zuständigkeit der „siège social“. Dies ist der Ort, von dem aus die juristische Person effektiv geleitet und verwaltet wird.²⁹¹ Ist der Sitz im Ausland nur fiktiv oder betrügerisch und liegt das Zentrum der Aktivitäten in Belgien, so ist auch die belgische (internationale) Zuständigkeit gegeben.²⁹² Ist klar, dass der statutarische Sitz nur fiktiv ist, so ist der wirkliche Sitz entscheidend. Dies ist der hauptsächliche Verwaltungs- und Betriebssitz. Das Gericht muss sich bei seiner Beurteilung hierfür davon leiten lassen, wo der Vorstand tagt, wo die Rechnungen eingehen etc.²⁹³ Dabei besteht auch die Möglichkeit, dass ein statutarischer Sitz zwar nicht „ab ovo“, wohl aber im Laufe der Zeit fiktiv wird. Dies hat der Kassationshof im Fall von „Air Zaire“ bestätigt.²⁹⁴ In diesem Fall befand sich der Sitz gemäß den Statuten des Unternehmens in Kinshasa (Zaire). Er war jedoch mit den Jahren fiktiv geworden, weil das Unternehmen mittlerweile nahezu alle Aktivitäten von Brüssel aus steuerte. Der Kassationshof hat insoweit die Auffassung des Brüsseler Handelsgerichts und des zuständigen Berufungsgerichtshofes bestätigt.

²⁸⁹ Wulf/Wautelet, 146; Colle, 476

²⁹⁰ Vgl. Riegel, 106 f.

²⁹¹ Wulf/Wautelet, 148

²⁹² Tribunal de Commerce de Liège, RDC 1994, 904

²⁹³ Wulf/Wautelet, 148

²⁹⁴ T.B.H. 1997, 526

Fraglich ist, ob ein Inlandskonkursverfahren immer dann zulässig ist, wenn sich im Inland ein „verwalteter Vermögensinbegriff von konkurswürdigem Umfang“ befindet. Nach einer Ansicht in der Literatur kann, wenn der eigentlich zuständige Richter das Verfahren über den insolventen Schuldner nicht eröffnet hat, dies der inländische Richter tun, sofern sich eine Niederlassung oder Vermögen in Belgien befindet.²⁹⁵ Diese Auffassung ist jedoch nicht wieder aufgegriffen worden.²⁹⁶

II. Territoriale Verfahren

Die Zulässigkeit der territorialen Verfahren gemäß Art. 3 Abs. 1 „loi sur les faillites“ entspricht derjenigen der EU-Verordnung. Auf die unter A. gemachten Ausführungen wird deshalb verwiesen.

D. Zusammenfassung

Gemäß der EU-Verordnung richtet sich die internationale Zuständigkeit bei Hauptinsolvenzverfahren nach dem Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen des Schuldners.

Außerhalb des Anwendungsbereiches der Verordnung ist sowohl in Belgien als auch in Deutschland für die internationale Zuständigkeit bei Hauptinsolvenzverfahren die örtliche Kompetenz entscheidend. Während in Deutschland für alle selbstständigen wirtschaftlichen Betätigungen dafür maßgeblich ist, wo sich der Mittelpunkt einer selbstständigen wirtschaftlichen Tätigkeit befindet, wird in Belgien mit der „Hauptniederlassung“ und dem „siège social“ zunächst an formale Kriterien angeknüpft. Letztlich sind nach der Rechtsprechung aber auch in Belgien tatsächliche Verhältnisse entscheidend.

Die Unterschiede im Rahmen von Partikularverfahren zwischen dem belgischen und dem bis zum 19.3.2003 in Deutschland geltenden Recht sind dadurch gekennzeichnet, dass die internationale Zuständigkeit im belgischen Recht bzw. der

²⁹⁵ de Paepe, 98

²⁹⁶ Riegel, 112

EU-Verordnung gegenüber der Regelung in Art. 102 Abs. 3 EGIInSO klarer und dezidierter geregelt ist. Seit dem 20.3.2003 enthält auch das deutsche Recht eine solch klare Regelung, soweit an die Niederlassung angeknüpft wird. Die in Art. 3 Abs. 4 EU-VO und in § 354 InsO n.F. aufgeführten zusätzlichen Voraussetzungen der internationalen Zuständigkeit von Partikularverfahren werfen jedoch wegen der Auslegbarkeit der dort verwendeten Begriffe weitere Fragen auf.²⁹⁷ Zum anderen sieht das belgische Recht Territorialverfahren nur vor, wenn sich auch der Interessenmittelpunkt des Schuldners innerhalb der EU befindet, während dieser nach deutschem Recht auch in einem Drittstaat liegen kann.

2. Abschnitt Eröffnungsgründe

Neben der internationalen Zuständigkeit der Gerichte muss stets auch ein Grund für die Eröffnung des Insolvenzverfahrens gegeben sein. Die Eröffnungsgründe unterscheiden sich von der internationalen Zuständigkeit dadurch, dass es bei letzterer ausschließlich um den Grad eines geographischen Bezuges des Schuldners zu dem Staat, dessen Gerichte international zuständig sind, geht, während bei den Eröffnungsgründen über einen solchen geographischen Bezug hinausgehende Umstände im Vordergrund stehen. Wie unter 1. Abschnitt A.II.2. ausgeführt, erfasst die EU-Verordnung bestimmte Voraussetzungen zur Eröffnung eines Insolvenzverfahrens unter dem Aspekt der internationalen Zuständigkeit, obwohl es sich hier m. E. um spezielle Eröffnungsgründe handelt.

Bezüglich der Eröffnungsgründe ist zwischen Haupt- und Partikularverfahren zu unterscheiden.

²⁹⁷ Becker, ZEuP 2002, 287 (303)

A. EU-Verordnung

I. Hauptinsolvenzverfahren

Die EU-Verordnung äußert sich nicht ausdrücklich zu den Eröffnungsgründen für ein Hauptinsolvenzverfahren. Art. 4 Abs. 2 EU-VO ist indes zu entnehmen, dass maßgeblich hierfür das Recht der Verfahrenseröffnung, die „lex fori concursus“, ist. Denn mit einem Eröffnungsgrund liegt eine wesentliche Voraussetzung der Eröffnung des Insolvenzverfahrens i.S.d. Art. 4 Abs. 2 EU-VO vor.

II. Territoriale Verfahren

Bezüglich der Territorialverfahren stellt Art. 27 EU-VO klar, dass bei Sekundärinsolvenzverfahren die Insolvenz des Schuldners nicht mehr zu prüfen ist, sofern ein in einem anderen Mitgliedstaat eröffnetes Hauptinsolvenzverfahren über das Vermögen desselben Gemeinschuldners anerkennungsfähig ist. Die Insolvenz des Schuldners als Eröffnungsgrund des Hauptverfahrens wird somit auf das Sekundärinsolvenzverfahren „übertragen“. Gemäß Art. 3 Abs. 2 EU-VO muss es sich bei dem Sekundärinsolvenzverfahren um ein Liquidationsverfahren handeln. Darunter ist ein Insolvenzverfahren i.S.d. Art. 2 lit. A) EU-VO zu verstehen, das zur Liquidation des Schuldnervermögens führt. Die Tatsache, dass ein solches Verfahren durch eine Vereinbarung mit den Gläubigern oder durch eine andere die Insolvenz des Schuldners beseitigende Maßnahme beendet werden kann, berührt nicht dessen Verfahrenscharakter, wenn mit dem Verfahren hauptsächlich die Liquidation des Schuldners angestrebt wird.²⁹⁸ Ein solches Liquidationsverfahren ist in Belgien das Konkurs- und in Deutschland das Insolvenzverfahren.

Bei Partikularverfahren hingegen kann der Eröffnungsgrund der Insolvenz des Schuldners eines Hauptverfahrens nicht übertragen werden, da ein solches Hauptverfahren überhaupt nicht anhängig ist. Der Eröffnungsgrund der Insolvenz des Schuldners (Art. 1 Abs. 1 EU-VO) muss deshalb autonom – nach dem jewei-

²⁹⁸ Virgos/Schmit, Rz 64

ligen nationalen Insolvenzrecht – gegeben sein (Art. 4 Abs. 2 EU-VO). Darüber hinaus kommt das Erfordernis eines „besonderen Interesses“ an der Eröffnung eines Partikularverfahrens in Betracht. Die EU-Verordnung nimmt diesen Gedanken in Art. 3 Abs. 4 insoweit auf, als sie für die Zulässigkeit von Partikularverfahren fordert, dass die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens in dem Staat, wo der Schuldner den Mittelpunkt seiner Interessen hat, nicht möglich ist. Systematisch ordnet sie dies der „internationalen Zuständigkeit“ zu. Meines Erachtens sind der internationalen Zuständigkeit aber nur solche Erwägungen zuzuordnen, die einen geographischen Bezug zu dem jeweiligen Staat aufweisen. Bei rein sachlichen Erwägungen – und die Vorgenannten zähle ich dazu – sind diese vielmehr in den Komplex „Eröffnungsgründe“ einzuordnen.

B. Autonomes Deutsches Recht

I. Hauptinsolvenzverfahren

Auch gemäß dem autonomen deutschen Insolvenzrecht richten sich die Eröffnungsgründe gemäß § 335 InsO nach der „lex fori concursus“. Bis zum 19.3.2003 ergab sich dies aus dem nicht ausdrücklich statuierten Grundsatz der „lex fori concursus“ als anzuwendendes Verfahrensrecht.²⁹⁹ Bei einem in Deutschland zur Eröffnung anstehenden Hauptinsolvenzverfahren müssen deshalb die allgemeinen Eröffnungsgründe der §§ 17-19 InsO erfüllt sein. Abzustellen ist dabei auf die „weltweite“ Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung.³⁰⁰ Dem entspricht es, wenn das eröffnete Insolvenzverfahren dann auch ausländisches Vermögen erfasst.³⁰¹

II. Partikularverfahren

Auf der Basis der bis zum 19.3.2003 geltenden Rechtsnormen bedurfte es gemäß Art. 102 Abs. 3 S. 2 EGIInsO zur Eröffnung des inländischen Insolvenzver-

²⁹⁹ Vgl. 4. Kapitel, 1. Abschnitt, B.

³⁰⁰ Gottwald – Gottwald, § 128, Rz 18; Mankowski, ZIP 1995, 1650 (1659); Trunk, 106, 238; BGH, ZIP 1991, 1014 (1015)

³⁰¹ Vgl. 2. Kapitel, 1. Abschnitt

fahrens nicht des Nachweises der Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit, wenn im Ausland bereits ein Insolvenzverfahren gegen den Schuldner eröffnet ist. Dies bedeutet, dass ein solches Insolvenzverfahren im Inland selbst dann eröffnet werden konnte, wenn der betreffende ausländische Insolvenzgrund dem deutschen Recht unbekannt war. Voraussetzung war allerdings, dass die ausländische Insolvenzeröffnung überhaupt anerkennungsfähig ist.³⁰²

Was nun solche Partikularverfahren anbelangt, die vor einem im Ausland eröffneten Insolvenzverfahren eröffnet werden sollten, mussten Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung gegeben sein. Es ist kein Grund ersichtlich, von diesen beiden Kriterien gegenüber einem Hauptinsolvenzverfahren abzuweichen. Fraglich ist aber, worauf sich Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung jeweils beziehen.

Besteht im Inland eine Niederlassung, so ist bezüglich der Zahlungsunfähigkeit denkbar, lediglich auf eine solche der Niederlassung abzustellen.³⁰³ Dagegen spricht, dass die Niederlassung über keine Rechtspersönlichkeit verfügt und aus der Hauptniederlassung jederzeit Geld in die Zweigniederlassung transferiert werden könnte.³⁰⁴ Problematisch ist Letzteres aber bei einem weltweit operierenden Unternehmen, da in diesem Fall gegebenenfalls umfangreiche Ermittlungen erforderlich sind. Der BGH hatte deshalb entschieden, dass lediglich auf das Zahlungsverhalten der Niederlassung, der Hauptniederlassung und „allenfalls“ der Niederlassungen in anderen europäischen Staaten abzustellen ist.³⁰⁵ Hierbei blieb jedoch unklar, was unter „allenfalls“ zu verstehen ist. Meines Erachtens hätte insoweit auf die Niederlassungen innerhalb der EU abgestellt werden sollen. Denn in diesem Rahmen waren zumutbare und Erfolg versprechende Ermittlungen zur Zahlungsunfähigkeit möglich.

Hinsichtlich des Insolvenzgrundes der Überschuldung war es denkbar, sowohl die Verbindlichkeiten als auch die Aktiva nach einem weltweiten Maßstab zu berechnen.³⁰⁶ Meines Erachtens war aber kein Grund ersichtlich, hier wesentlich

³⁰² Vgl. hierzu 5. Kapitel, 2. Abschnitt; Wimmer Rz 388

³⁰³ Vgl. hierzu Wimmer, Rz 133

³⁰⁴ Wimmer, ebenda

³⁰⁵ ZIP 1991, 1014 (1015)

³⁰⁶ Wimmer, Rz 134

anders zu gewichten als im Fall der Zahlungsunfähigkeit. Vor dem Hintergrund des zur Ermittlung der Zahlungsunfähigkeit anzuwendenden Maßstabs waren für die Feststellung der Überschuldung die niederlassungsbezogenen Rechte und Pflichten des Rechtsträgers gegenüberzustellen.

Der mit der Zulassung von Partikularverfahren verfolgte Schutzzweck³⁰⁷ gebot es, darüber hinaus ein besonderes Interesse der lokalen Gläubiger an einem solchen Verfahren zu verlangen.³⁰⁸ Dagegen wird eingewandt, dass es keinen Sinn mache, Gläubiger zunächst einmal an das ausländische Verfahren zu verweisen, ihnen dann aber im Nachhinein eine Teilnahme am besonderen Insolvenzverfahren in der Bundesrepublik zu gestatten, weil etwa der deutsche Fiskus mit seinem „besonderen Interesse“ erfolgreich ein besonderes Insolvenzverfahren eröffnet hat.³⁰⁹ Meines Erachtens war dieses „Hin und Her“ aber in Kauf zu nehmen, da ansonsten der erwähnte Schutzzweck auf der Grundlage des bis zum 19.3.2003 geltenden Rechts leer gelaufen wäre. Es musste daher ein Kriterium für die Schutzbedürftigkeit des inländischen Gläubigers gefunden werden.³¹⁰ Dies fand zudem seine Stütze in § 14 Abs. 1 InsO, der ein „rechtliches Interesse“ an der Eröffnung des Insolvenzverfahrens fordert.³¹¹ Dieses rechtliche Interesse galt es nun für Partikularverfahren zu konkretisieren. Meines Erachtens war davon auszugehen, dass ein solches Interesse dann vorliegt, wenn das Hauptverfahren in einer „vom System her fern liegenden Rechtsordnung“ stattfand und „stark lokal geprägte Rechtsverhältnisse“ einbezogen waren.³¹² Dies war jedoch nicht der einzige Fall eines rechtlichen Interesses. Ein solches war unwiderlegbar auch dann gegeben, wenn eine inländische Niederlassung des Schuldners bestand. Denn beim Vorhandensein einer solchen Niederlassung bestehen zahlreiche Bezüge zum inländischen Recht, denen angemessen nur in einem Sekundärinsolvenzverfahren Rechnung getragen werden konnte.³¹³ Dies hatte vor allem auch den Vorzug erhöhter Praktikabilität für sich. Bestand aber keine Niederlassung und findet das Verfahren auch nicht in einer fern liegenden

³⁰⁷ Vgl. 1. Abschnitt, B.II.

³⁰⁸ Leipold, in: FS Henckel, 533 (541); Uhlenbruck – Lüer, Art. 102, Rz 200

³⁰⁹ Habscheid, NZI 2003, 238 (242)

³¹⁰ Bloching, 77

³¹¹ Leipold, ebenda

³¹² Hanisch, in: Stoll, Vorschläge und Gutachten zur Umsetzung des EulÜ, 202 (209)

³¹³ Hanisch, a.a.O., Rz 396

Rechtsordnung statt (davon kann bei Belgien im Vergleich zu Deutschland nicht die Rede sein), so war es denkbar, das besondere Interesse davon abhängig zu machen, ob die Durchsetzung der Ansprüche des Gläubigers im ausländischen Verfahren auf besondere Schwierigkeiten stößt³¹⁴ oder die Rechtsverfolgung in einer ausländischen Insolvenz nicht zumutbar ist.³¹⁵ Es hätte dann aber die Schwierigkeit bestanden, dass sich ein deutsches Gericht über ein ausländisches Insolvenzverfahren sowie die potenzielle Rechtsstellung des Gläubigers bereits vor der Eröffnung des Partikularverfahrens hätte kundig machen müssen. Das konnte zu unerwünschten Verzögerungen führen.³¹⁶ Denkbar war, daraus den Schluss zu ziehen, ein inländisches Verfahren nur dann zu eröffnen, wenn es im Interesse von Gläubigern im Inland geboten erscheint.³¹⁷ Damit wäre aber letztlich nur ein unbestimmter Rechtsbegriff gegen einen anderen ausgetauscht worden, was der Klärung der Frage, wann das geforderte besondere Interesse vorliegt, nicht näher gekommen wäre.³¹⁸ Meines Erachtens war die Überlegung, ob der Gläubiger seine Ansprüche im ausländischen Verfahren durchsetzen kann, vom Ansatz her richtig. Aus Gründen der Rechtssicherheit und Praktikabilität hätte dafür aber auf ein Kriterium abgestellt werden sollen, dass ohne tieferen Einstieg in das ausländische Recht geprüft werden kann, nämlich die Insolvenzfähigkeit. Konnte das besondere Interesse nicht bereits wegen einer Niederlassung oder fern liegenden Rechtsordnung bejaht werden, so lag es nur dann vor, wenn die Insolvenzfähigkeit des Schuldners nach dem ausländischen Insolvenzrecht nicht gegeben war (etwa mangels Kaufmannseigenschaft).

Das ab dem 20.3.2003 geltende Recht statuiert, dass ein Partikularverfahren – unabhängig, ob es vor oder nach einem Hauptverfahren eröffnet wurde – im Inland nur dann zulässig ist, wenn ein Hauptverfahren in Deutschland nicht eröffnet werden kann, der Schuldner im Inland jedoch eine Niederlassung oder sonstiges Vermögen hat. Die in der EU-VO in Art. 3 Abs. 4 alternativ formulierten Zulässigkeitsvoraussetzungen sind somit in § 354 Abs. 1 InsO n.F. unter dem Ge-

³¹⁴ Flessner, IPraX 1997, 1 (3)

³¹⁵ Bloching, 77

³¹⁶ Bloching, 133

³¹⁷ Nachtrag GesO A XI, Rz 24

³¹⁸ So auch Spahlinger, 134

sichtspunkt, dass die fehlende Zuständigkeit ein Unterfall der Unmöglichkeit der Insolvenzeröffnung i.S.d. Art. 3 Abs. 4 lit. a) EU-VO ist, kumulativ.

Im Übrigen nimmt das neue autonome internationale Insolvenzrecht den Gedanken des „besonderen Interesses“ in § 354 Abs. 2 InsO auf und hebt als Unterfall hervor, dass der Gläubiger in einem ausländischen Verfahren voraussichtlich erheblich schlechter stehen wird als in einem inländischen Verfahren. Indes bleiben bei einem solchen Verständnis des „besonderen Interesses“ die oben beschriebenen Probleme bestehen. Der Begriff des „besonderen Interesses“ würde leer laufen, wenn bereits jede vom deutschen Recht abweichende Rangordnung im ausländischen Insolvenzrecht ein entsprechendes Interesse hervorriefe.³¹⁹ Wie soeben dargestellt, bestand das Problem einer Definition des „besonderen Interesses“ auch bis zu der am 19.3.2003 bestehenden Rechtslage. Die in diesem Zusammenhang dargelegten Argumente tragen auch hier. Die Niederlassung ist allerdings kein Unterfall des besonderen Interesses, da diese – alternativ zu sonstigem Vermögen – Voraussetzung für das Bestehen eines besonderen Interesses ist. Auf der Grundlage des ab dem 20.3.2003 geltenden Rechts ist der Begriff des „besonderen Interesses“ deshalb so auszulegen, dass es bei fern liegender Rechtsordnung oder mangelnder Insolvenzfähigkeit des Schuldners nach ausländischem Recht gegeben ist. Dies ist nicht identisch mit dem Ansatz, ein solches besonderes Interesse nur dann anzunehmen, wenn ein evidenter Widerspruch zu den Grundsätzen des deutschen Insolvenzrechts vorliegt³²⁰, auch wenn Überschneidungen denkbar sind.

§ 354 Abs. 2 InsO ist als „lex specialis“ – für Partikularverfahren bei fehlender Niederlassung in Deutschland – gegenüber § 14 InsO anzusehen.

Handelt es sich um ein Sekundärinsolvenzverfahren, so muss gemäß § 356 Abs. 3 InsO n.F. ein Eröffnungsgrund nicht festgestellt werden. Eröffnungsgrund in diesem Sinne ist hier der Eröffnungsgrund der Insolvenz des Schuldners.³²¹ Die Voraussetzungen des § 354 Abs. 1, 2 InsO n.F. müssen auch bei Sekundär-

³¹⁹ Vgl. Liersch, NZI 2003, 302 (309)

³²⁰ So Liersch, ebenda

³²¹ Liersch, ebenda

insolvenzverfahren vorliegen. Aus § 356 Abs. 1 S. 1 InsO n.F. geht hervor, dass sich ein Sekundärinsolvenzverfahren dadurch von einem Partikularverfahren unterscheidet, dass es nach einem Hauptinsolvenzverfahren eröffnet wird, und durch nichts anderes. Auch die Voraussetzungen des § 354 Abs. 1, 2 InsO n.F. müssen vorliegen. Dies ist ein Unterschied zur EU-Verordnung, welche nicht verlangt, dass sämtliche Eröffnungsgründe des Partikularverfahrens auch beim Sekundärinsolvenzverfahren vorliegen müssen. Hinsichtlich des Eröffnungsgrundes der Insolvenz des Schuldners bleiben auch nach neuem Recht die zur alten Rechtslage aufgeworfenen Fragen bestehen. Auf die entsprechenden Ausführungen wird daher insoweit verwiesen.

C. Autonomes Belgisches Recht

I. Hauptinsolvenzverfahren

Ebenso wie in Deutschland richten sich auch in Belgien die Eröffnungsgründe eines Hauptinsolvenzverfahrens gemäß dem nicht ausdrücklich statuierten Grundsatz³²² nach der „lex fori concursus“. Für ein in Belgien zur Eröffnung anstehendes Hauptinsolvenzverfahren müssen deshalb die allgemeinen Eröffnungsgründe des § 2 „loi sur les faillites“ erfüllt sein. Diese sind Zahlungseinstellung („cessation de paiement“) sowie Erschütterung der Kreditwürdigkeit („ébranlement du crédit“).

Zahlungseinstellung liegt dann vor, wenn ein Kaufmann nicht mehr in der Lage ist, seine gesamten Schulden zu bezahlen. Von einer Erschütterung der Kreditwürdigkeit ist dann auszugehen, wenn die Situation des Geschäftsbetriebes des Gemeinschuldners weder seinen Gläubigern noch seinen Lieferanten noch sonstigen Geldgebern Vertrauen vermittelt.³²³ Dem Grundsatz der Universalinsolvenz in Belgien³²⁴ entspricht es, bereits bei der Prüfung des Vorliegens der Insolvenzgründe das weltweite Vermögen des Gemeinschuldners einzubeziehen.

³²² Vgl. 4. Kapitel 1. Abschnitt C.

³²³ Hoffmann, Rz 413, 414, m.w.N.

³²⁴ Vgl. 1. Abschnitt B.

II. Territoriale Verfahren

Da die Regelung der territorialen Verfahren mit denjenigen in der EU-Verordnung identisch ist, wird hinsichtlich der Eröffnungsgründe solcher Verfahren auf die Ausführungen unter A.II. verwiesen. Im Unterschied zur Rechtslage in Deutschland sind bei Sekundärinsolvenzverfahren außer der Insolvenz des Schuldners keine weiteren Eröffnungsgründe erforderlich. Hinsichtlich des Eröffnungsgrundes der Insolvenz des Schuldners gilt das zu B.II. Gesagte entsprechend.

D. Zusammenfassung

Die EU-Verordnung legt besondere Voraussetzungen für die Zulässigkeit von Partikularverfahren – in Art. 3 Abs. 4 – fest.

Bezüglich Sekundärinsolvenzverfahren statuiert sie lediglich, dass der Grund der Insolvenz des Schuldners nicht erneut festgestellt werden muss. Nach den autonomen Regelungen des internationalen Insolvenzrechts in Deutschland und Belgien bedarf es bei solchen Partikularverfahren, die *nach* einem Hauptinsolvenzverfahren eröffnet werden, nicht des selbstständigen Eröffnungsgrundes der Insolvenz des Schuldners. Während nach der belgischen Rechtslage keine weiteren Eröffnungsgründe vorgesehen sind, müssen in Deutschland die Voraussetzungen des § 354 Abs. 1, 2 InsO n.F. beachtet werden.

Der Eröffnungsgrund der Insolvenz des Schuldners richtet sich nach den jeweiligen in Deutschland und Belgien geltenden nationalen Regelungen des Insolvenzrechts. Bei Partikularverfahren, die vor einem Hauptinsolvenzverfahren eröffnet werden, ist problematisch, worauf hier im Einzelfall abzustellen ist.

4. Kapitel Kollisionsrechtliche Anknüpfung

Liegt eine grenzüberschreitende Insolvenz vor, so fragt es sich, welches Recht im Hinblick auf bestimmte Rechtsfolgen der Insolvenzeröffnung anwendbar ist.

Dabei ist zwischen verfahrensrechtlichen und materiellrechtlichen Rechtsfolgen zu unterscheiden.

Die Folgen einer ausländischen Insolvenzenscheidung auf inländische Sachverhalte bleiben in diesem Rahmen außer Betracht, da es sich insoweit nicht um kollisionsrechtliche Fragestellungen handelt. Voraussetzung solcher Folgen ist, dass eine ausländische Insolvenzenscheidung fähig ist, im Inland überhaupt irgendwelche Rechtswirkungen hervorzurufen, was eine Frage der Anerkennung (vgl. hierzu 5. Kapitel) ist. Sie sind deshalb auch Gegenstand eines gesonderten Kapitels (nach den Ausführungen über die Anerkennung).

Behandelt werden im Folgenden (d.h. im Rahmen des 4. Kapitels) auch solche Fragestellungen, die bei grenzüberschreitenden Insolvenzen auftauchen und durch eine Sachnorm, d.h. ohne Zwischenschaltung einer Verweisung, beantwortet werden.³²⁵

1. Abschnitt Verfahrensrecht

A. EU-Verordnung

Nach der EU-Verordnung (Art. 4 Abs. 1) gilt für das Verfahren grundsätzlich das Recht des Mitgliedstaates, in dem das Verfahren eröffnet wird, also die „lex fori concursus“.

B. Autonomes Deutsches Recht

Wie im internationalen Zivilverfahrensrecht so gilt auch im internationalen Insolvenzverfahrensrecht der Grundsatz, dass sich das Verfahrensrecht nach dem Recht des Staates richtet, dessen Gerichte für die Eröffnung des Verfahrens international zuständig sind.³²⁶ Seit dem 20.3.2003 ist dies in § 335 InsO n.F. sta-

³²⁵ Vgl. hierzu grundsätzlich Siehr, 572

³²⁶ Geimer, Rz 3536; Uhlenbruck – Lüer, Art. 102, Rz 70; Schack, IZPR, 14 f.; Nagel/Gottwald, Internationales Zivilprozessrecht, Rz 41

tuiert, der den Grundsatz der „lex fori concursus“ formuliert und davon verfahrensrechtlich keine Ausnahme macht. Der Grundsatz der „lex fori concursus“ gilt insbesondere im Hinblick auf die Handlungsbefugnisse der ausländischen Insolvenzverwaltung. Der Insolvenzverwalter hat somit im Inland all die Befugnisse, die ihm sein Heimatrecht verleiht. Er kann somit alle Maßnahmen ergreifen, die zur Sammlung, Sicherung und Verwertung der Insolvenzmasse erforderlich sind.³²⁷ Dies kann auch dazu führen, dass die dem Insolvenzverwalter nach seinem Heimatrecht verliehene Rechtsmacht weitergeht als die einem deutschen Insolvenzverwalter zustehenden Befugnisse.³²⁸

C. Autonomes Belgisches Recht

Auch im belgischen Recht gilt für das Verfahren grundsätzlich das Recht des Eröffnungsstaates, die „lex fori concursus“.³²⁹ Es besteht insoweit kein Unterschied zur Rechtslage in Deutschland.

2. Abschnitt Materielles Recht

Die Wirkungen eines Insolvenzverfahrens haben nicht nur formelle, sondern auch materielle Aspekte. Eine praxisorientierte Auswahl davon soll nun im Folgenden daraufhin untersucht werden, welches Recht auf sie anwendbar ist.

A. EU-Verordnung

I. Insolvenzmasse, Rangfolge der Befriedigung

Gemäß Art. 4 Abs. 2 lit. b EU-VO richtet sich die Zugehörigkeit eines Vermögensgegenstandes zur Insolvenzmasse nach der „lex fori concursus“. Gleiches gilt gemäß Art. 4 Abs. 2 lit. I) EU-VO für die Rangfolge der Befriedigung.

³²⁷ Wimmer, Rz 290; Trunk, 193 (für die bis zum 19.3.2003 bestehende Rechtslage); insoweit keine Änderung seit dem 20.3.2003

³²⁸ Wimmer, Rz 290; Gottwald – Arnold, § 122, Rz 101 (siehe Fn 323)

³²⁹ D’Haeyer, 86, 87; Wulf/Wautelet, 169; Riegel, 225, m.w.N.

II. Aus- und Absonderung

Unmittelbar ausdrücklich regelt die Verordnung nicht die Anwendbarkeit einer Rechtsordnung auf die Ab- bzw. Aussonderung. Aus Art. 2 f) EU-VO („Auswirkungen auf Rechtsverfolgungsmaßnahmen einzelner Gläubiger“) kann jedoch geschlossen werden, dass maßgebend hier die „lex fori concursus“ ist.³³⁰

III. Auswirkungen auf Schuldverhältnisse des Schuldners

Eigentumsvorbehalt

Befindet sich die Sache, die Gegenstand des Eigentumsvorbehalts ist, zum Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens in einem anderen Mitgliedstaat als dem der Insolvenzeröffnung, so berührt dies weder die Rechte des Verkäufers, noch hindert es einen Eigentumserwerb des Käufers (Art. 7 Abs. 1, 2 EU-VO). Der kaufende Erwerber kann gemäß Art. 7 Abs. 2 EU-VO das volle Eigentum erlangen. Der Eigentumsvorbehalt wird somit gegen die Wirkungen des Insolvenzstatuts „immunisiert“.³³¹ Letztlich zielt Art. 7 Abs. 2 EU-VO auf eine Erfüllung des zugrunde liegenden Kaufvertrags zum bestmöglichen Schutz der Insolvenzmasse des Verkäufers, wie dies auch in § 107 Abs. 1 InsO zum Ausdruck kommt.³³²

Die Insolvenzfestigkeit des Eigentumsvorbehaltes setzt indes voraus, dass ein solcher überhaupt besteht. Dies richtet sich i.d.R. nach der „lex rei sitae“.³³³ Mit der Umsetzung der Zahlungsverzugsrichtlinie vom 29.6.2000 wird in der EU jeder Gläubiger in den Stand gesetzt, einen einfachen Eigentumsvorbehalt i.S.d. Art. 2 Abs. 3 der Richtlinie geltend zu machen.

³³⁰ Vgl. Becker, ZEuP 2002, 287 (310)

³³¹ Uhlenbruck – Lüer, Art. 7, Rz 1

³³² Uhlenbruck – Lüer, ebenda

³³³ Leible/Staudinger, KTS 2000, 533 (553); Lehr, KTS 2000, 577 (580)

IV. Aufrechnung

Hinsichtlich einer Aufrechnung geht die EU-VO in Art. 6 von einem dem deutschen Recht entsprechenden Modell einer Aufrechnungserklärung aus. Zulässigkeit und Wirksamkeit der Aufrechnung richten sich gemäß Art. 4 Abs. 2 lit. d) EU-VO nach der „lex fori concursus“. Zwar ist dies nicht unumstritten.³³⁴ Dafür spricht jedoch der weite Wortlaut („Voraussetzungen für die Wirksamkeit“) der Vorschrift.³³⁵ Auch den Erwägungsgründen der Verordnung kann eine Beschränkung des Insolvenzstatuts nicht entnommen werden.³³⁶

Wenn diese die Aufrechnung allerdings nicht zulässt, greift Art. 6 Abs. 1 EU-VO ein. Hiernach wird die Befugnis eines Gläubigers, mit einer Forderung des Schuldners aufzurechnen, von der Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht berührt, wenn die Aufrechnung nach dem für die Forderung des insolventen Schuldners maßgeblichen Recht zulässig ist. Es setzt sich also das aufrechnungsfreundlichere Insolvenzrecht durch.³³⁷

Für die Aussonderung verweist Art. 4 Abs. 2 b) EU-VO auf die „lex fori concursus“.

V. Arbeitsverhältnisse

Gemäß Art. 10 EU-VO gilt für die Wirkungen des Insolvenzverfahrens auf einen Arbeitsvertrag grundsätzlich das Recht des Mitgliedstaats, das auf den Arbeitsvertrag anzuwenden ist. Denkbar ist, darin den Ausdruck des Schutzes der Arbeitnehmer zu erblicken.³³⁸ In den einleitenden Gründen der EU-Verordnung wird aber darauf hingewiesen, dass spezifische insolvenzrechtliche Fragen die Anwendung des Insolvenzstatuts rechtfertigen können. Im Rahmen der Anwendung

³³⁴ Dafür u.a. Balz, ZIP 1996, 950; Gottwald, Grenzüberschreitende Insolvenzen, 134 ff.; dagegen (und stattdessen für eine Beschränkung des Insolvenzstatuts auf die Frage der insolvenzrechtlichen Zulässigkeit) u.a. von Wilmowsky, KTS 1998, 357 ff.; Herchen, 134 ff.

³³⁵ Huber, ZJP 2001, 133 (161); Leible/Staudinger, a.a.O. (555)

³³⁶ Leible/Staudinger, ebenda

³³⁷ Huber, ebenda

³³⁸ So Kemper, ZIP 2001, 1609 (1617)

des Art. 10 EU-VO ist deshalb immer abzugrenzen, ob es sich um spezifische insolvenzrechtliche Fragen in diesem Sinne handelt oder nicht.³³⁹

VI. Schutz des Dritterwerbers

Gemäß Art. 14 EU-VO ist für den Schutz des Dritterwerbers an einem unbeweglichen Gegenstand durch eine Rechtshandlung nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens das Recht des Staates maßgeblich, in dessen Gebiet der Gegenstand belegen ist. Für bewegliche Sachen statuiert die EU-Verordnung hier keine Ausnahme, sodass insoweit auf den Grundsatz der „lex fori concursus“ zurückzugreifen ist.³⁴⁰

VII. Leistungen an Schuldner in Unkenntnis der Verfahrenseröffnung

Gemäß Art. 24 Abs. 1 EU-VO wird der in Unkenntnis der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens (in einem Mitgliedstaat) in einem anderen Mitgliedstaat an den Schuldner Leistende von seiner Leistungspflicht befreit. Bezüglich der Frage, ob dem Leistenden die Insolvenzeröffnung bekannt war, basiert Art. 24 EU-VO auf zwei Vermutungen. Falls die Leistung vor der Bekanntmachung gemäß Art. 21 EU-VO erfolgt ist, so wird vermutet, dass dem Leistenden die Eröffnung nicht bekannt war. Erfolgt die Leistung hingegen nach der Bekanntmachung, so wird das Gegenteil vermutet (Art. 24 Abs. 2 EU-VO). Beide Vermutungen sind widerlegbar („bis zum Beweis des Gegenteils“).

VIII. Insolvenzanfechtung

Nach dem Grundsatz des Art. 4 Abs. 2 m) EU-VO wird das Recht der Insolvenzanfechtung von der „lex fori concursus“ bestimmt. Fallen jedoch Insolvenz- und Wirkungsstatut auseinander und kann der Anfechtungsgegner beweisen, dass die Rechtshandlung nach dem auf sie anwendbaren Recht in keiner Weise (d.h.

³³⁹ Uhlenbruck – Lüer, Art. 10, Rz 1

³⁴⁰ Duursma-Kepplinger, Art. 14, Rz 13; Herchen, 61

einschließlich der Vorschriften über Willensmängel, Sittenwidrigkeit etc.)³⁴¹ angreifbar ist, so ist gemäß Art. 13 EU-VO Art. 4 Abs. 2 m) EU-VO nicht anwendbar. Da in diesen Fällen nur das Wirkungsstatut als in Betracht kommendes anwendbares Recht verbleibt, welches eine Anfechtung aber gerade ausschließt, ist bei Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 13 EU-VO die Insolvenzanfechtung ausgeschlossen. Man kann insoweit von einer „Vetofunktion“ des Wirkungsstatuts sprechen.³⁴² Das Wirkungsstatut wird nach der EU-Verordnung nur im Wege einer vom Anfechtungsgegner geltend zu machenden Einrede berücksichtigt. Die EU-Verordnung geht insoweit eher in Richtung „lex fori concursus“ als Art. 102 Abs. 2 EGinsO (vgl. unten B.).³⁴³

Bezüglich der Verteilung der Beweislast trifft diese gemäß Art. 13 EU-VO den Anfechtungsgegner, d.h. denjenigen, der „durch eine die Gesamtheit der Gläubiger benachteiligende Handlung begünstigt wurde“.

B. Autonomes Deutsches Recht

I. Insolvenzmasse

Die Beantwortung der Frage, was zur Insolvenzmasse gehört und wie ein eventueller Neuerwerb zu behandeln ist, richtet sich sowohl gemäß der bis zum 19.3.2003 geltenden Rechtslage als auch seit dem 20.3.2003 nach der „lex fori concursus“.³⁴⁴ Die nach dem jeweiligen ausländischen Insolvenzrecht insoweit bestehenden Wirkungen erstrecken sich folglich auf das Inland. Verfügt somit ein Unternehmer, über den in Belgien das Insolvenzverfahren eröffnet wurde, über Gegenstände, die nach belgischem Recht zur Insolvenzmasse gehören, so kann er nicht einwenden, dass nach deutschem Recht der betroffene Gegenstand nicht zur Insolvenzmasse gezogen wird und er somit insoweit Verfügungsberechtigt bleibt.

³⁴¹ Vgl. Balz, ZZZ 1996, 948 (951); Sonnentag, IPRax 1998, 330 (337); Leible/Staudinger, KTS 2000, 533 (553); Kemper, ZIP 2001, 1609 (1618)

³⁴² Huber, a.a.O., 165

³⁴³ Habscheid, ZZZ 2001, 167 (177)

³⁴⁴ Wimmer, Rz 307, m.w.N. (für die bis zum 19.3.2003 geltende Rechtslage); seit dem 20.3.2003 ergibt sich dies aus § 335 InsO (s.o.)

II. Masseansprüche, Rang der Insolvenzforderungen

Nach überwiegender Ansicht³⁴⁵ bestimmte bis zum 19.3.2003 das Recht des Eröffnungsstaates, welche Forderungen vor anderen zu bedienen sind. Hierfür ließ sich auch Art. 4 Abs. 2 lit. h, i des EulÜ sowie der EU-Verordnung über Insolvenzverfahren sowie Art. 19 Abs. 1 des DÖKV heranziehen. Eine andere Ansicht hingegen³⁴⁶ stellte auf die „lex causae“ (also das Recht, was auf die in Rede stehende Forderung gemäß dem IPR zur Anwendung kommt) ab. War diese nicht identisch mit der „lex fori concursus“, sollte durch die internationalprivatrechtliche Methode der Angleichung eine Lösung gefunden werden. Gegen diesen Ansatz spricht, dass dies faktisch zu einer Maßgeblichkeit des IPR führt, was nirgends vorgesehen ist.

Denkbar war auch, für Vorrechteordnung und Masseverteilung auf die „lex fori“ abzustellen. Dem stand jedoch Art. 4 Abs. 2 lit. h, i EU-VO entgegen. Es war nicht begründbar, innerhalb der EU hier die „lex fori concursus“ maßgeblich sein zu lassen und gegenüber Drittstaaten dann auf die „lex fori“ abzustellen.

Nach neuer Rechtslage ergibt sich die Maßgeblichkeit der „lex fori concursus“ aus § 335 InsO n.F. Diese Grundnorm des neuen autonomen deutschen internationalen Insolvenzrechts gilt sowohl für das Verfahrens- wie auch das materielle Recht.³⁴⁷

III. Aus- und Absonderung

1. Aussonderung

Die Beantwortung der Frage nach dem einschlägigen Statut für die Aussonderung war bis zum 19.3.2003 umstritten. Während eine Auffassung in Anlehnung an Art. 4 Abs. 2 lit. b EulÜ auf die „lex fori concursus“ zurückgriff³⁴⁸, sprachen

³⁴⁵ Wimmer, Rz 307; Kuhn/Uhlenbruck – Lüer, §§ 237, 238, Rz 92 ff.

³⁴⁶ Baur/Stürner, Rz 37.11 ff., 37.36 ff.

³⁴⁷ Vgl. Liersch, 302 (304)

³⁴⁸ Uhlenbruck – Lüer, Art. 102, Rz 80; Mohrbutter – Wenner, Hdb., Rz XXIII. 213; Gottwald – Gottwald, § 129, Rz 20

sich andere³⁴⁹ in Anlehnung an Art. 18 Abs. 1 des Deutsch-Österreichischen Konkursvertrages für das Recht des Belegenheitsstaats aus. Unstreitig war dagegen, dass sich die Frage, ob ein Vermögensgegenstand dem Schuldner gehört und damit einer Aussonderung (nicht) zugänglich ist, nach dem jeweiligen Sachstatut richtet. Die „lex fori“ kam danach nur für solche Gegenstände zum Zuge, die sich zum Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung im Eröffnungsstaat befanden. Der Verweis auf den DÖKV half bei der Frage, wie dies das autonome deutsche internationale Insolvenzrecht regelt, indes nicht weiter. Gleiches galt allerdings auch für die Bezugnahme auf das Europäische Insolvenzübereinkommen (die aufgrund der zwischenzeitlich in Kraft getretenen und zum EulÜ weitgehend inhaltsgleichen EU-Verordnung mittlerweile als Bezugnahme auf die EU-Verordnung zu verstehen ist). Denn die in BT-Drucks. 12 /7303, S. 117 angeführte Absicht des Gesetzgebers, sich mit Art. 102 EGINsO a.F. strikt an das EulÜ anzulehnen, war nur auf die Regelungen bezogen, die Art. 102 EGINsO a.F. *ausdrücklich* regelte. Denn hätte sich diese strikte Anlehnung auch auf solche Regelungen bezogen, die Art. 102 EGINsO nicht ausdrücklich regelte, sondern die dieser Vorschrift im Wege extensiver Auslegung zu entnehmen waren, hätte der Gesetzgeber ja auch die Regelungen des EulÜ ausdrücklich in einem autonomen deutschen Insolvenzrecht kodifizieren können. Gerade dies ist aber nicht geschehen. Die Frage nach dem Aussonderungsstatut war in Art. 102 EGINsO a.F. nicht ausdrücklich geregelt. Infolgedessen konnten insoweit auch nicht die entsprechenden Regeln des Europäischen Insolvenzübereinkommens bzw. der Verordnung über grenzüberschreitende Insolvenzen maßgeblich sein.

Indes ließ sich auch ohne Rekurs auf das Europarecht begründen, dass für Fragen der Aussonderung die „lex fori concursus“ maßgeblich war. Gemäß Art. 102 Abs. 1 EGINsO a.F. erfasste das ausländische Insolvenzverfahren auch das im Inland befindliche Vermögen. Wenn nun für die Beantwortung der Frage, welche Gegenstände ausgesondert werden können, die „lex rei sitae“ maßgeblich war, wäre es theoretisch denkbar gewesen, dass zwar im Inland belegenes Vermögen vom ausländischen Insolvenzverfahren erfasst wurde, auf der anderen Seite aber vollständig ausgesondert werden konnte, ohne dass eine solche Aussonde-

³⁴⁹ Aderhold, 282; Geimer, a.a.O., Rz 3553

nung nach dem jeweiligen Recht vorgesehen war. Das Ergebnis wäre gewesen, dass ihrer Natur gleichwertige Rechtsverhältnisse in Bezug auf bestimmte Vermögensgegenstände sowohl der Aussonderung zugänglich sind (wenn nämlich die Vermögensgegenstände im Inland belegen sind) als auch nicht (wenn die Vermögensgegenstände im Ausland belegen sind). Dies hätte zur Konsequenz gehabt, dass die Befriedigungsquote der Gläubiger letztlich abhängig war vom Zufall, wo Vermögensgegenstände des Schuldners belegen waren. Eine derartige Ungleichbehandlung der Gläubiger hätte eine ausdrückliche Regelung im Gesetz verlangt, an der es aber gerade fehlte. Das für die Aussonderung maßgebliche Recht war folglich die „lex fori concursus“.

Auch nach der Neuregelung des autonomen internationalen Insolvenzrechts in Deutschland ist die Frage der Aussonderung nicht ausdrücklich geregelt. Die Anwendung der „lex fori concursus“ ergibt sich aber aus § 335 InsO n.F., da für die Aussonderung im Folgenden keine Ausnahme von der „lex fori concursus“ vorgesehen ist. Selbst wenn man die Frage der Aussonderung nicht als Bestandteil des „Insolvenzverfahrens und seinen Wirkungen“ i.S.d. § 335 InsO n.F. qualifiziert, würde dies an der Anwendbarkeit der „lex fori concursus“ nichts ändern. In diesem Fall würden die zur alten Rechtslage dargelegten Argumente greifen und § 335 InsO n.F. zumindest analog Anwendung finden.

2. Absonderung

Unstreitig war auch hier, dass sich (auf der Grundlage des Art. 102 EGIInsO a.F.) Entstehung und Inhalt des Rechts, auf das eine abgesonderte Befriedigung gestützt wird, nach dem jeweiligen Sachstatut richtet. Im Übrigen wurde die Ansicht vertreten, auch hier die „lex fori concursus“ maßgeblich sein zu lassen.³⁵⁰

³⁵⁰ Gottwald – Gottwald, § 129, Rz 23; Favoccia, 50 (86); Nerlich/Römermann – Mincke, Art. 102, Rz 183

Dem stand der Ansatz, auf das Recht des Belegenheitsstaates abzustellen, gegenüber.³⁵¹

Nach einer weiteren Ansicht wurde eine Anwendung der „lex fori concursus“ abgelehnt, wenn diese die Durchsetzung des Absonderungsrechts erheblich einschränken würde. Begründet wurde dies damit, dass das Vertrauen des inländischen Wirtschaftsverkehrs erheblich enttäuscht würde, wenn durch die Auswirkungen eines fremden Konkursstatuts dingliche Sicherheiten weitgehend entwertet würden.³⁵² Dem wurde dadurch Rechnung getragen, dass die Sicherheit „in ihrer wesentlichen Substanz“ unangetastet bleiben muss und dies dahin präzisiert, dass sie lediglich den Einschränkungen unterworfen werden darf, denen sie in der Insolvenz auch nach dem Lagerecht unterliegt.³⁵³

Schließlich ist noch der Ansatz, für unbewegliche Gegenstände die „lex rei sitae“ und für bewegliche Gegenstände die „lex fori concursus“ maßgeblich sein zu lassen, zu erwähnen.³⁵⁴ Begründet wurde dies mit § 49 InsO i.V.m. der Anwendbarkeit des ZVG über die Zuständigkeitsregelung durch die Belegenheit des belasteten Grundstücks im Inland. Dagegen sprach aber, dass § 49 InsO von seiner systematischen Stellung her keine Kollisionsnorm, sondern eine reine Sachnorm war, die nur inländische Sachverhalte regelte. Darüber hinaus lag es in der Konsequenz zu dem zu 1. Gesagten, auch bezüglich einer Absonderung die „lex fori concursus“ maßgeblich sein zu lassen. Das Argument, das Vertrauen des inländischen Wirtschaftsverkehrs nicht enttäuschen zu dürfen, hätte sich auch auf die Aussonderung übertragen lassen. Hätte man aber bei einer Absonderung die „lex rei sitae“ unmittelbar oder in abgeschwächter Form angewendet, so hätte dies – ebenso wie bei der Aussonderung – letztlich zur Konsequenz gehabt, dass die Befriedigungsquote der nicht absonderungsberechtigten Gläubiger davon abhängig gewesen wäre, wo die entsprechenden Vermögensgegenstände des Schuldners belegen waren. Darüber hinaus wären die Gläubiger untereinander, sofern sie Inhaber dinglicher Rechte sind, ungleich behandelt worden, je nachdem, ob ihnen ein Absonderungsrecht zusteht oder nicht. Es gilt das inso-

³⁵¹ Geimer, a.a.O.; Aderhold, a.a.O.

³⁵² Wimmer, Rz 324, m.w.N.

³⁵³ Wimmer, Rz 314

³⁵⁴ Uhlenbruck – Lüer, Art. 102, Rz 81, 147

weit zur Aussonderung Gesagte entsprechend. Das Vertrauen des inländischen Wirtschaftsverkehrs konnte hier nicht entscheidend sein. Mit diesem Argument ließe sich gegen jedwede Anwendbarkeit fremden Rechts argumentieren. Der Gesichtspunkt der Gläubigergleichbehandlung war demgegenüber höher zu gewichten.

Seit dem 20.3.2003 ergibt sich auch bezüglich der Absonderung die Maßgeblichkeit der „lex fori concursus“ aus § 335 InsO. Auf die unter 1. gemachten Ausführungen wird insoweit Bezug genommen.

IV. Aufrechnung

Nach der Rechtsprechung des BGH³⁵⁵ musste auf der Grundlage der bis zum 19.3.2003 geltenden Rechtslage hier zwischen der insolvenzrechtlichen Zulässigkeit der Aufrechnung und der materiellrechtlichen Wirksamkeit der Aufrechnung unterschieden werden. Während für die Zulässigkeit die „lex fori concursus“ maßgeblich war, sollte materiellrechtlich die für die Hauptforderung maßgebliche Rechtsordnung entscheidend sein. Diese Differenzierung wurde von der Literatur grundsätzlich geteilt.³⁵⁶ Zum Teil wurde allerdings zutreffend auf die Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen materiellrechtlicher Wirkung und insolvenzrechtlicher Zulässigkeit aufmerksam gemacht.³⁵⁷ So konnte die Anwendbarkeit zweier Rechte auf den Aufrechnungsvorgang zu Normwidersprüchen führen, wenn eine insolvenzrechtliche Aufrechnungsregel – wie § 54 KO im Vergleich zu den allgemeinen Regelungen über die Aufrechnung (§§ 387 ff. BGB) – die Hauptforderung inhaltlich ändert und damit zugleich materiellrechtlich wirkt.³⁵⁸ War nach solchen Vorschriften eine Aufrechnung in der Insolvenz nicht statthaft und handelte es sich bei diesen Vorschriften um solche der „lex fori concursus“, so war eine wirksame Aufrechnung nicht möglich. Der Grundsatz der „par conditio creditorum“ (nämlich hier unabhängig davon, ob das jeweilige für die Hauptforderung maß-

³⁵⁵ BGHZ 95, 256 (257)

³⁵⁶ Aderhold, 235; Gottwald – Gottwald, § 128, Rz 55; Geimer, Rz 3562; Uhlenbruck – Lüer, Art. 102, Rz 159; HK – Kirchhof II, Art. 102, Rz 15

³⁵⁷ Hanisch, ZIP 1985, 1233 (1237)

³⁵⁸ Gottwald – Arnold, Insolvenzhandbuch, 1. Aufl., § 122, Rz 100

gebliche Recht trotz insolvenzrechtlichen Verbots die Wirksamkeit der Aufrechnung statuiert) hatte in konsequenter Fortführung der Argumentation zur Aus- und Absonderung insoweit Priorität.³⁵⁹

Fraglich ist, ob das ab dem 20.3.2003 geltende autonome internationale Insolvenzrecht gemäß § 335 InsO n.F. sowohl die Zulässigkeit wie auch die Wirksamkeit einer Aufrechnung nach der „lex fori concursus“ bestimmt. Es ist kein Grund ersichtlich, hier von dem in Rechtsprechung und Literatur zur alten Rechtslage herausgebildeten Grundsatz abzuweichen, wonach sich die Zulässigkeit der Aufrechnung nach der „lex fori concursus“ und deren Wirksamkeit nach dem Recht der Hauptforderung beurteilt.³⁶⁰ Das Problem der Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen materiellrechtlicher Wirkung und insolvenzrechtlicher Zulässigkeit bleibt freilich bestehen. Eine die Hauptforderung inhaltlich ändernde Regelung, die § 54 KO entspricht, besteht auf der Grundlage der Insolvenzordnung indes nicht mehr. Im Unterschied zu § 54 KO wird in § 95 Abs. 1 S. 1 InsO vielmehr klargestellt, dass dann, wenn zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens die aufzurechnenden Forderungen oder eine von ihnen noch aufschiebend bedingt oder nicht fällig war, die Aufrechnung erfolgen kann, wenn ihre Voraussetzungen eingetreten sind. Gemäß § 338 InsO ist es allerdings so, dass eine nach der „lex fori concursus“ an sich untersagte Aufrechnung nach den Bedingungen zulässig ist, die für die Aufrechnung bei Insolvenzverfahren nach dem auf die Forderung des insolventen Schuldners anwendbaren Recht gelten. Dies ist keine kollisionsrechtliche Bestimmung, die von § 335 InsO n.F. abweicht, sondern eine Feststellung, wann eine Aufrechnung unabhängig von der jeweils geltenden „lex fori concursus“ immer zulässig sein soll.³⁶¹

Fraglich ist, ob § 338 InsO die Aufrechnung nur insolvenzrechtlich oder auch zivilrechtlich zulassen muss. Wäre die insolvenzrechtliche Zulässigkeit zu prüfen, hätte dies zur Folge, dass trotz der auffangenden Sachnorm des § 338 InsO letztlich u.U. keine zivilrechtlich wirksame Aufrechnung erfolgen könnte. Dies kann nicht Sinn und Zweck der Norm des § 338 InsO sein. Wenn man schon ei-

³⁵⁹ Vgl. Hanisch, a.a.O.

³⁶⁰ So auch Liersch, NZI 2003, 302 (305)

³⁶¹ Liersch, ebenda

ne solche Auffangnorm statuiert und an sie die – u.U. nicht unaufwendige Prüfung – der insolvenzrechtlichen Zulässigkeit aufgrund einer anderen Rechtsordnung knüpft, so muss am Ende auch das Ergebnis einer wirksamen Aufrechnung stehen. Gemäß § 338 InsO muss die Aufrechnung deshalb sowohl insolvenz- wie auch zivilrechtlich zugelassen sein.³⁶²

Im Ergebnis setzt sich also – wie bei der EU-Verordnung – das aufrechnungsfreundlichere Insolvenzrecht durch.

V. Auswirkungen auf Schuldverhältnisse des Schuldners

Eigentumsvorbehalt

Im Verhältnis Handelsvertreter – Unternehmer wird ein Eigentumsvorbehalt dann relevant, wenn der Handelsvertreter nicht nur als solcher i.S.d. § 84 HGB tätig wird, sondern zudem als Eigenhändler vom Unternehmer bestimmte Waren bezieht, die ihm unter Eigentumsvorbehalt geliefert werden. Hinsichtlich der Wirkungen des Insolvenzverfahrens auf einen zwischen Schuldner und Insolvenzgläubiger vereinbarten Eigentumsvorbehalt ist zwischen der schuldrechtlichen und der sachenrechtlichen Seite des Eigentumsvorbehaltes zu unterscheiden.

Sachenrechtlich kommen verschiedene Lösungswege in Betracht. Auf der Grundlage des bis zum 19.3.2003 geltenden Rechts war zum einen denkbar, auf die Wirkungen des Rechts des Staates abzustellen, in dem sich die Sache befindet.³⁶³ Konsequenterweise trat nach dieser Lösung bei einer Veränderung des Lageortes ein Statutenwechsel ein. Dem stand seit dem 31.5.2002 Art. 7 Abs. 1 EU-VO (s.o.) gegenüber, wonach die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens gegen den Käufer die Rechte aus einem Eigentumsvorbehalt „unberührt“ lässt mit der Folge, dass *die* sachenrechtlichen Wirkungen des Eigentumsvorbehaltes beibehalten werden, die bereits bei dessen Begründung bestanden. Dies galt auch dann, wenn er bei einem vergleichbaren inländischen Verfahren noch stärkeren

³⁶² Liersch, NZI 2003, 302 (305)

³⁶³ MüKo – Kreutzer, nach Art. 38, Anh I, Rz 91; Kuhn/Uhlenbruck – Lüer, §§ 237, 238, Rz 75; Aderhold, 282

Einschränkungen unterworfen gewesen wäre.³⁶⁴ Schließlich ist vor dem Inkrafttreten des neuen autonomen internationalen Insolvenzrechts noch eine vermittelnde Lösung vertreten worden³⁶⁵, wonach zwischen der Verwertungsbefugnis und der Verteilungsbefugnis unterschieden wird. Unter Verwertungsbefugnis wurde dabei die Befugnis verstanden, die Sache zu verwerten; unter Verteilungsbefugnis die Befugnis, den Vorbehaltsverkäufer in der Insolvenz bevorzugt zu befriedigen.

Die in Art. 7 Abs. 1 EU-VO vorgesehene Lösung kann m. E. nicht als geglückt angesehen werden. In der Konsequenz würde der Vorbehaltsgläubiger im Rahmen eines ausländischen Insolvenzverfahrens hierdurch besser gestellt als im Rahmen eines inländischen Insolvenzverfahrens. Es ist jedoch kein Grund für eine derartige Besserstellung ersichtlich. Vertretbar wäre es hingegen, den Vorbehaltsgläubiger nur vor solchen Einschränkungen zu schützen, die über das inländische (deutsche) Insolvenzrecht hinausgehen.³⁶⁶

Eine derartige Lösung hätte auch in Einklang mit der Begründung zur Vorschrift des § 390 RegE (entspricht Art. 7 Abs. 1 EU-VO) gestanden³⁶⁷ und war daher zu befürworten. Nicht einzusehen ist, weshalb eine solche differenzierende Lösung für das eigenständige deutsche Recht nicht mehr sinnvoll gewesen sein soll³⁶⁸, zumal eine Formulierung einfach zu treffen gewesen wäre.³⁶⁹ Wäre man dieser Lösung gefolgt, so bedarf es einer Differenzierung zwischen Verteilungs- und Verwertungsbefugnis nicht mehr.

Schuldrechtlich war außerhalb des Insolvenzverfahrens für die Behandlung des Eigentumsvorbehaltes das Statut des Kaufvertrags maßgeblich.³⁷⁰ Hätte man dies auch bei Eröffnung eines Insolvenzverfahrens beibehalten, so hätte es für das Wahlrecht des Insolvenzverwalters zur Erfüllung noch nicht oder noch nicht vollständig erfüllter Verträge praktische Bedeutung erlangen können. Der Verwal-

³⁶⁴ Vgl. Wimmer, Rz 322

³⁶⁵ Wilmowsky, EWS 1997, 295

³⁶⁶ So auch Flessner, IPRax 1997, 1 (8)

³⁶⁷ Begr. RegE zu § 390

³⁶⁸ So aber Flessner, in: Stoll, Vorschläge und Gutachten, 220 (223)

³⁶⁹ Flessner, ebenda

³⁷⁰ Wimmer, Rz 324, m.w.N.; MüKo Inso – Kreuzer, nach Art. 38, Anh. I, Rz 91

ter hätte dann prüfen müssen, ob – wenn das Statut des Kaufvertrages ausländisches Recht ist – die Eröffnung des Insolvenzverfahrens Auswirkungen auf den dem Eigentumsvorbehalt zugrunde liegenden schuldrechtlichen Vertrag hat. Um dies zu vermeiden, war es sinnvoll, das Wahlrecht des Insolvenzverwalters einem einheitlichen Recht zu unterstellen, nämlich dem Recht des Eröffnungsstaates.³⁷¹

Das seit dem 20.3.2003 geltende neue autonome internationale Insolvenzrecht regelt den Eigentumsvorbehalt nicht ausdrücklich.

Schuldrechtlich ist in entsprechender Auslegung des § 335 InsO n.F. die „lex fori concursus“ maßgeblich. Die zur alten Rechtslage vorgebrachten Argumente tragen auch hier.

Sachenrechtlich statuiert § 351 Abs. 1 InsO, dass die Rechte eines Dritten an einem Gegenstand der Insolvenzmasse, der zur Zeit der Eröffnung des ausländischen Insolvenzverfahrens im Inland belegen ist und die nach inländischem Recht einen Anspruch auf Aussonderung oder auf abgesonderte Befriedigung gewähren, von der Eröffnung des ausländischen Insolvenzverfahrens nicht berührt werden. Somit lässt – entsprechend Art. 7 Abs. 1 EU-VO – die Eröffnung des Insolvenzverfahrens gegen den Käufer die Rechte aus einem Eigentumsvorbehalt unberührt. Zwar ist die genaue insolvenzrechtliche Behandlung des Eigentumsvorbehaltes auch auf der Grundlage der InsO umstritten.³⁷² Der Streit besteht aber darin, ob ein Aus- oder Absonderungsrecht gewährt ist. Unstreitig ist, dass zumindest ein Aus- oder ein Absonderungsrecht besteht.³⁷³

Gegen die Regelung des § 351 Abs. 1 InsO sprechen zunächst die oben zu Art. 7 Abs. 1 EU-VO angestellten Erwägungen. Das aus der Regelung folgende, uneingeschränkt dem Sicherungsgeber zustehende Verwertungsrecht des Sicherungsgutes könnte ein Sanierungshindernis in grenzüberschreitenden Insolven-

³⁷¹ Wimmer, Rz 325

³⁷² Vgl. hierzu Uhlenbruck – Uhlenbruck, § 47, Rz 13

³⁷³ Uhlenbruck, ebenda

zen darstellen.³⁷⁴ Dies gilt umso mehr, als in einigen Staaten außerhalb der EU die Insolvenzverfahren weniger auf Sanierung ausgerichtet sind als in der EU.

VI. Arbeitsverhältnisse

Bei dem Handelsvertreterverhältnis handelt es sich um ein Rechtsverhältnis zwischen zwei Selbstständigen. Die Ausgestaltung des Handelsvertretervertrages kann es aber mit sich bringen, dass sich die Rechtsstellung des selbstständigen Handelsvertreters derjenigen eines Arbeitnehmers annähert.

Arbeitnehmerähnlicher Handelsvertreter

Zwar ist der arbeitnehmerähnliche Handelsvertreter kein Arbeitnehmer. Zu seinem Schutz können aber einzelne arbeitsrechtliche Normen analog anwendbar sein.³⁷⁵ Soweit diese Handelsvertreter entsprechend arbeitsrechtlichen Vorschriften unterstellt werden, ist deshalb das Arbeitsstatut nach Art. 30 EGBGB auf diese Personengruppen anwendbar. Ein Arbeitnehmer bzw. eine diesem partiell gleichgestellte Person muss darauf vertrauen dürfen, dass sich an dem für ihn maßgeblichen Arbeitsstatut auch bei einer Insolvenz nichts ändert. Auf die Wertungen der „lex fori concursus“ ist hier kein Verlass mehr.³⁷⁶ Das Arbeitsstatut ist im Normalfall das Recht des Staates, in dem die Arbeit verrichtet wird.

Das ab dem 20.3.2003 geltende Recht hat sich dieser Wertung angeschlossen. Nach der Begründung des zugrunde liegenden Gesetzentwurfs ist eine vom Recht des Staates der Verfahrenseröffnung abweichende Sonderanknüpfung für Arbeitnehmer geboten, da diese oftmals existenzielle Bedeutung für den Arbeitnehmer haben. Für ihn sollte überschaubar sein, wie sich die Insolvenz seines Arbeitgebers auf seinen Arbeitsplatz auswirkt. Um der personellen Einbettung des Arbeitsverhältnisses in der dafür zuständigen Rechtsordnung Rechnung zu

³⁷⁴ Liersch, a.a.O., 307

³⁷⁵ Vgl. Hopt, § 92a, Rz 1

³⁷⁶ Geimer, Rz 3549; Wimmer, Rz 342; Gottwald – Gottwald, § 129, Rz 48; Trunk, 173; Schollmeyer, 182; Reithmann/Martiny/Hausmann, Rz 1832; Kübler/Prütting – Kemper, Art. 102, Rz 152

tragen, sollte deshalb das Recht des Arbeitsverhältnisses auch in der Insolvenz maßgeblich sein. Gegen eine objektive Anknüpfung (gewöhnlicher Arbeitsort) wurde vorgebracht, dass dadurch die Gefahr besteht, dass weder das Insolvenzstatut noch das Arbeitsstatut, sondern das Recht eines dritten Staates Anwendung finden könnte. Gemäß § 337 InsO unterliegen die Wirkungen des Insolvenzverfahrens auf ein Arbeitsverhältnis dem Recht, das nach dem EGBGB für das Arbeitsverhältnis maßgeblich ist.

VII. Leistungen an den Schuldner in Unkenntnis der Verfahrenseröffnung

Ist der Schuldner bei einem rein inländischen Sachverhalt in Insolvenz gefallen, so hat er auch nicht mehr die Empfangszuständigkeit für Leistungen auf Forderungen, die zur Insolvenzmasse gehören. Dies hätte zur Folge, dass der Drittschuldner nicht befreit wird, wenn er an den Gemeinschuldner leistet. Das wiederum ist dann unbillig, wenn der Drittschuldner von dem Insolvenzverfahren keine Kenntnis hatte. Aus diesem Grunde bestimmt § 82 InsO, dass der Drittschuldner in solchen Fällen trotz Insolvenzeröffnung von der Verpflichtung zur Leistung befreit wird. Nach einhelliger Meinung galt dieses Ergebnis auf der Grundlage des bis zum 19.3.2003 geltenden autonomen internationalen Insolvenzrechts auch bei Auslandsinsolvenzen³⁷⁷ und damit auch bei jeder Insolvenz mit ausländischem Bezug. Denn es war nicht einzusehen, weshalb bei Inlands- und Auslandsinsolvenzen Befreiung eintreten soll, bei anderen insolvenzrechtlichen Sachverhalten mit Auslandsbezug (wenn Insolvenz im Inland eröffnet wurde) aber nicht. Bei dieser Lösung stellte sich die Frage, nach welchem Recht sich die Leistungsbefreiung richtet, folglich nicht, da das in Deutschland geltende Recht solche Konstellationen bereits sachrechtlich regelte.

Umstritten war jedoch die dogmatische Begründung. Gegen den Ansatz³⁷⁸, in dem dieses Ergebnis vorsehenden § 389 RegE (zur Insolvenzordnung) und Art. 24 EulÜ einen das deutsche internationale Insolvenzverfahrensrecht wesentlich prägenden Schutzgedanken anzusehen, sprach, dass der Gesetzgeber die-

³⁷⁷ Vgl. Wimmer, Rz 337, m.w.N.; Spahlinger, 114

³⁷⁸ Wimmer, Rz 338

sen vermeintlichen Schutzgedanken in Art. 102 EGIInsO a.F. nicht ausdrücklich kodifiziert hatte. Aufgrund der einhelligen Übung und Überzeugung in dieser Rechtsfrage konnte man in dem dargelegten Ergebnis und dessen Voraussetzungen aber einen Bestandteil des internationalinsolvenzrechtlichen Gewohnheitsrechtes erblicken. Das heißt, bei jeder Insolvenz – egal ob im Inland oder im Ausland eröffnet wurde und gleich, ob (wenn im Inland eröffnet) mit relevantem ausländischen Bezug oder nicht – trat Befreiung ein. Bei dieser Lösung bedurfte es nicht des alternativ eingeschlagenen Weges, dann, wenn das Recht des Eröffnungsstaates nicht zu diesem Ergebnis kommt, über eine nach dem „ordre public“-Vorbehalt vorgenommene Einschränkung der allgemeinen Regel, dass das Recht des Eröffnungsstaates berufen ist, zu eben diesem Ergebnis zu gelangen.³⁷⁹

Das ab dem 20.3.2003 geltende neue autonome internationale Insolvenzrecht stellt dieses Ergebnis nun in § 350 InsO klar. Ist im Inland zur Erfüllung einer Verbindlichkeit an den Schuldner geleistet worden, obwohl die Verbindlichkeit zur Insolvenzmasse des ausländischen Insolvenzverwalters zu erfüllen war, so wird der Leistende befreit, wenn er zur Zeit der Leistung die Eröffnung des Verfahrens nicht kannte. Gemäß § 350 S. 2 InsO besteht die Vermutung, dass der Leistende vor der öffentlichen Bekanntmachung gemäß § 345 InsO die Eröffnung nicht kannte. Gemäß der Begründung des zugrunde liegenden Gesetzentwurfs reicht es aus, dass der Leistungsort i.S.d. § 269 BGB im Inland liegt. Bei einer Warenlieferung oder einer Geldleistung ist folglich die Absendung im Inland ausreichend.

Sowohl nach bisheriger wie nach aktueller deutscher (autonomer) Rechtslage tritt somit Befreiung von der Leistungspflicht ein, wenn der Drittschuldner in Unkenntnis des Insolvenzverfahrens an den Gemeinschuldner leistet.

³⁷⁹ So z.B. Spahlinger, 114

VIII. Schutz des Dritterwerbers

Nach insoweit einhelliger Meinung³⁸⁰ richtet sich der Schutz eines Dritterwerbers durch eine nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorgenommene Rechts-handlung nach dem Recht des Staates, in dem sich die Sache befindet. Bei beweglichen Sachen ist ein solcher Gutglaubensschutz umstritten. Überwiegend wird jedoch angenommen, dass dieser nur dann besteht, wenn das Insolvenzrecht des Eröffnungsstaates einen solchen Schutz kennt.³⁸¹

Das neue Recht regelt in § 346 InsO, wie der ausländische Insolvenzverwalter die Eintragung der Verfahrenseröffnung im Grundbuch sowie Schiffs-, Schiffsbauregister und Register über Pfandrechte an Luftfahrzeugen erreichen kann.

IX. Insolvenzanfechtung

Gemäß Art. 102 Abs. 2 EGIInsO a.F. konnte bis zum 19.3.2003 eine Rechtshandlung, für deren Wirkungen inländisches Recht maßgeblich ist, vom ausländischen Insolvenzverwalter nur angefochten werden, wenn die Rechtshandlung *auch* nach inländischem Recht entweder angefochten werden konnte oder aus anderen Gründen keinen Bestand hatte. Den im internationalen Anfechtungsrecht ausgetragenen Theorienstreit³⁸² hatte der Gesetzgeber zugunsten der Kumulationstheorie entschieden. Bezüglich der 1. Alt. „auch nach inländischem Recht entweder angefochten“ war unstrittig, dass bei einer Anfechtung durch den ausländischen Insolvenzverwalter die Anfechtbarkeit der Rechtshandlung sowohl nach dem Recht der „lex fori concursus“ als auch nach dem Recht des Wirkungsstatutes (i.S.d. insolvenzrechtlichen Anfechtung) gegeben sein musste. Problematisch war, was mit der 2. Alt. „oder aus anderen Gründen keinen Bestand“ gemeint war. Denkbar war, dies dahin zu verstehen, dass die Rechtshandlung unwirksam oder nichtig sein müsse, um angefochten werden zu können. Eine solche Regelung wäre indes überflüssig gewesen. Denn zum einen

³⁸⁰ Vgl. Gottwald – Gottwald, § 130, Rz 33; Habscheid, 334; Sum, 86; Spahlinger, 113; Pielorz, ZIP 1980, 239 (244)

³⁸¹ Gottwald – Gottwald, a.a.O., Rz 35; Aderhold, 260; Reithmann/Martiny/Hausmann, Rz 1845

³⁸² Vgl. hierzu Wimmer, Rz 341-346

setzte die insolvenzrechtliche inländischer Anfechtung einer Rechtshandlung deren Wirksamkeit voraus, so dass die Rechtshandlung niemals aus anderen Gründen als der Anfechtbarkeit keinen Bestand haben kann. Zum anderen konnte der Insolvenzverwalter bei Wahrnehmung der Zivilrechtsposition des Schuldners all die Rechte geltend machen, die zugunsten des Schuldners nach materiellem Recht begründet worden waren.³⁸³ Die Vorschrift hätte deshalb dahingehend zu verstehen sein können, dass die Rechtshandlung auch nicht angreifbar sein durfte i.S. eines Eingriffs in materielle Rechtspositionen im Insolvenzfall *neben* einer Insolvenzanfechtung.³⁸⁴ Wie oben³⁸⁵ ausgeführt, war es die Absicht des Gesetzgebers, sich mit dem ausdrücklichen Art. 102 EGIInsO an die entsprechende Vorschrift des EuÜ anzulehnen. Es war deshalb für die Interpretation des Art. 102 Abs. 2 EGIInsO Art. 13 EuÜ heranzuziehen. Gemäß Art. 13 EuÜ galt Art. 4 Abs. 2 m, wonach die „lex fori concursus“ regelt, welche Rechtshandlungen nichtig, anfechtbar oder relativ unwirksam sind, nicht, wenn die Person, die durch eine die Gesamtheit der Gläubiger benachteiligende Rechtshandlung begünstigt wurde, nachwies, dass 1. für diese Rechtshandlung das Recht eines anderen Vertragsstaates (des EuÜ) als des Staates der Verfahrenseröffnung maßgeblich war und 2. in diesem Falle diese Rechtshandlung in *keiner Weise* nach diesem Recht angreifbar war. „In keiner Weise“ bedeutete, dass die Rechtshandlung weder nach den Insolvenzvorschriften noch nach den allgemeinen Normen des Rechts jenes Landes (nämlich dem des Wirkungsstatutes) angefochten werden konnte.³⁸⁶ Legte man Art. 102 Abs. 2 EGIInsO in diesem Sinne aus (nämlich in dem Sinne, dass die Rechtshandlung nach allgemeinen Normen anfechtbar ist), so wäre die Vorschrift zwar insoweit häufig überflüssig gewesen, da der Insolvenzverwalter das materielle Anfechtungsrecht des Gemeinschuldners wahrnehmen kann. Es waren aber auch Fälle denkbar, in denen ein materielles Anfechtungsrecht dem Gemeinschuldner nicht zustand, wohl aber einem Gläubiger (weil nur dieser einen Anfechtungsgrund hat) und dem Insolvenzverwalter dann nur die Möglichkeit der Insolvenzanfechtung zugestanden hätte. Für diese Fälle blieb Art. 102 Abs. 2 EGIInsO bei dieser Auslegung insoweit von Be-

³⁸³ Vgl. Lüer, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 1237

³⁸⁴ So Lüer, ebenda

³⁸⁵ 4. Kapitel 3. Abschnitt A.II.3.a.

³⁸⁶ Virgos/Schmit, Nr. 137

deutung. Die Alternative „oder aus anderen Gründen“ war deshalb in dem genannten Sinne entsprechend auszulegen.³⁸⁷

Das neue Recht stellt in Art. 339 InsO in Anlehnung an Art. 13 EU-VO primär auf das Recht der Verfahrenseröffnung ab, räumt dem Anfechtungsgegner aber auch die Möglichkeit der Abwendung der Anfechtung ein, wenn er nachweist, dass für die Rechtshandlung das Recht eines anderen Staates maßgebend und die Rechtshandlung nach eben diesem Recht in keiner Weise angreifbar ist. Die Norm führt somit zu einer Kumulation der Anfechtungsvoraussetzungen nach der „lex fori concursus“ sowie dem Recht des Staates, dem die Rechtshandlung selbst unterliegt, der „lex causae“.³⁸⁸ Die Tatsache, dass der Gesetzeswortlaut den Begriff der „Angreifbarkeit“ und nicht den der „Anfechtbarkeit“ verwendet, deutet darauf hin, dass hier – ebenso wie bei der alten Rechtslage – auch die Angreifbarkeit aus einem anderen Grund genügt.³⁸⁹ Hinsichtlich der Beweislast hat der Insolvenzverwalter lediglich darzulegen und zu beweisen, dass eine Anfechtbarkeit nach der „lex fori concursus“ gegeben ist. Der Anfechtungsgegner muss darlegen und beweisen, dass die Rechtshandlung dem Recht eines anderen Staates unterliegt und nach dieser Rechtsordnung keine Angreifbarkeit der Rechtshandlung besteht. Dafür, dass die Anforderungen an den Insolvenzverwalter nicht geringer sind als bei einem grenzüberschreitenden Insolvenzverfahren der EU-VO, spricht auch, dass es zu Wertungswidersprüchen führen würde, wenn in einem stark harmonisierten Rechtsraum wie dem der EU sich ein Insolvenzverwalter höheren Barrieren gegenüber sehen würde als bei einem in einem Drittstaat eröffneten Insolvenzverfahren.

³⁸⁷ So auch Wimmer, Rz 350

³⁸⁸ Liersch, NZI 2003, 302 (304)

³⁸⁹ Liersch, ebenda

B. Autonomes Belgisches Recht

I. Insolvenzmasse

Die Beantwortung der Frage, ob ein bestimmter Gegenstand zur Konkursmasse gehört, richtet sich nach der „lex fori concursus“.³⁹⁰

II. Masseansprüche, Rang der Insolvenzforderungen

Hinsichtlich der Frage, nach welchem Recht sich die Qualifizierung als Masseanspruch sowie der Rang der Insolvenzforderungen bestimmt, sind verschiedene Ansätze denkbar. Entsprechend einer Wirkungserstreckung lässt sich vertreten, auch hier auf die „lex fori concursus“ abzustellen.³⁹¹ Als Begründung dafür lässt sich anführen, dass den Gläubigern das einheitliche Vermögen des Schuldners hafte und daher die Zerschlagung dieser Einheit nur von einem Recht beherrscht werden könne.³⁹² Dem steht gegenüber, auf das Recht des Staates abzustellen, wo die entsprechende Sache belegen ist („lex rei sitae“), wobei wiederum Modifikationen danach, ob dies nur hinsichtlich des Rangs bei besonderen Vorrechten³⁹³ oder bei Immobilien³⁹⁴ gelte, denkbar sind. Hierfür wiederum lässt sich vorbringen, dass die Gläubiger Vertrauen in das ihnen erkennbare Vermögen des Schuldners gesetzt haben. Sie rechnen mit der Anwendung des Rechts des Staates, in welchem das Vermögen liegt und gewähren dem Schuldner im Vertrauen auf ihre Rangstelle Kredit.³⁹⁵

Meines Erachtens ist auch für das belgische Recht in diesem Zusammenhang nicht auf die „lex rei sitae“, sondern auf die „lex fori“ abzustellen. Letztlich sind hierfür dieselben Erwägungen ausschlaggebend, wie sie auch für das deutsche Recht angestellt werden. Dem stand bis zum 31.05.2002 auch nicht Art. 3 „loi sur les faillites“ entgegen. Denn diese bis zu diesem Zeitpunkt noch nicht in Kraft getretene Vorschrift reicht für sich genommen nicht aus, eine der EU-Verordnung

³⁹⁰ Verougstraete, Nr. 1120

³⁹¹ So für den Rang der Vorrechte: C.A. Bruxelles, Pas. 1963 II, 226; Com. Namur, Pas. 1965 III, 51

³⁹² Zenner/Afschrift, B.R.H. 1981, 81

³⁹³ So Colle, 502; Verougstraete, Nr. 1121

³⁹⁴ C.A. Mons, Pas. 1981 II, 136

³⁹⁵ Coppens, RCJB 1965, 53 (73)

entsprechende Lösung dem belgischen internationalen Insolvenzrecht zu entnehmen.

Dies hat sich auch nicht seit dem 31.5.2002 geändert, da sich Art. 3 „loi sur les faillites“ nur auf Sekundärinsolvenz- bzw. Partikularverfahren bezieht und nicht auf die Frage, welches Recht im Inland für die Rangfolge eines ausländischen Insolvenzverfahrens gilt.

III. Aus- und Absonderung

1. Aussonderung

Soweit man sich in der belgischen Literatur und Rechtsprechung mit der Frage befasst hat, nach welchem Recht sich die Aussonderung richtet, wird auf die „lex fori concursus“ verwiesen.³⁹⁶

2. Absonderung

In Belgien entspricht die Absonderung im Sinne des deutschen Rechts den besonderen Vorrechten. Im Unterschied zur insoweit umstrittenen Rechtslage in Deutschland (bis zum 19.3.2003) besteht in Belgien Übereinstimmung darin, dass sich die Existenz der besonderen Vorrechte nach der „lex rei sitae“ richtet.³⁹⁷

IV. Aufrechnung

Auch im belgischen Recht gibt es das Institut der Aufrechnung (Art. 1289 CC). Im Unterschied zum deutschen Recht erlöschen jedoch zwei gleichartige, gegenseitige, fällige und entscheidungsreife Forderungen unmittelbar kraft Gesetzes, so-

³⁹⁶ C.A. Mons, RDC. 1985, 775; Verougstraete, Nr. 1122, 1120 („opposabilité de ces droits à la masse“)

³⁹⁷ Verougstraete, Nr. 1121

bald sie sich als solche gegenüberstehen. Es bedarf soweit keiner Aufrechnungserklärung.

Übereinstimmung besteht darin, dass sich die materiellrechtliche Wirksamkeit einer Aufrechnung im Rahmen eines ausländischen Insolvenzverfahrens nach der „lex contractus“ bestimmt.³⁹⁸ In den Fällen, in denen die „leges contracti“ für die Forderungen unterschiedlich sind, stellt sich die Frage, welche „lex contractus“ dann ausschlaggebend ist. Denkbar ist, hier kumulativ beide „leges contracti“ anzuwenden mit der Konsequenz, dass ein Erlöschen durch Aufrechnung nur eintritt, wenn nach beiden auf die Forderungen anwendbaren Rechtsordnungen die Aufrechnung wirksam ist. Demgegenüber ließe sich auch vertreten, ein Erlöschen durch Aufrechnung bereits dann anzunehmen, wenn eine der auf die Forderungen anwendbaren Rechtsordnungen dies vorsieht.³⁹⁹

Die Frage nach der insolvenzrechtlichen Zulässigkeit der Aufrechnung setzt voraus, dass eine solche erklärt wird, was – wie dargelegt – nach belgischem Recht nicht erforderlich ist. Erfolgt dennoch eine solche Erklärung, so richtet sich die insolvenzrechtliche Zulässigkeit nach der „lex fori concursus“. Es ist kein Grund dafür ersichtlich, hier eine andere Regel als die für das deutsche Recht geltende anzunehmen. Sollte nach der „lex fori concursus“ allerdings ebenfalls keine Aufrechnungserklärung erforderlich sein (wie im französischen Recht), so stellt sich in dieser Rechtsordnung nicht die Frage der Zulässigkeit einer Aufrechnung, sondern nur die der Wirksamkeit.

V. Auswirkungen auf Schuldverhältnisse des Schuldners

Eigentumsvorbehalt

Das belgische Recht des Eigentumsvorbehaltes im Konkurs ist mit Wirkung zum 1.1.1998 geändert worden. Vorher war es so, dass dem Eigentumsvorbehalt keine Wirkungen zukamen, sobald die Rechte des Vorbehaltsverkäufers mit denen anderer Gläubiger des Käufers konkurrierten. Unter „Konkurrenz“ wird dabei eine

³⁹⁸ Colle, 503, m.w.N.

³⁹⁹ Vgl. Colle, 503

Situation beschrieben, in der aufgrund von Gläubigerinitiative oder infolge gesetzlicher Regelung widerstreitende Gläubigeransprüche auf einen oder mehrere Gegenstände des Schuldners bestehen, über die er seine unbeschränkte Verfügungsgewalt verloren hat.⁴⁰⁰ Eine solche Konkurrenz ist im Konkursfalle gegeben.⁴⁰¹ Artikel 101 des „loi sur les faillites“ stellt demgegenüber klar, dass der Konkurs nicht das Recht des Eigentümers auf Herausgabe der Sachen, die sich im Besitz des Gemeinschuldners befinden, beeinträchtigt. Im Falle eines Eigentumsvorbehaltes muss dieser jedoch spätestens zum Zeitpunkt der Übergabe der Sachen schriftlich vereinbart worden sein. Außerdem müssen sich die Sachen in ihrem ursprünglichen Zustand beim Schuldner befinden. Hinsichtlich der Wirkungen im Rahmen eines (ausländischen) Insolvenzverfahrens stehen sich zwei Ansätze gegenüber.

Zum einen ist denkbar, auf die „lex rei sitae“ abzustellen.⁴⁰²

Zum anderen kann aber auch auf den international-insolvenzrechtlichen Grundsatz der „lex fori concursus“ zurückgegriffen werden.⁴⁰³

Für die „lex rei sitae“ spricht, dass (jedenfalls dann, wenn sie mit der „lex contractus“ identisch ist, die unstreitig für das Zustandekommen eines Eigentumsvorbehaltes und nach teilweise vertretener Auffassung auch für das Bestehen eines Eigentumsvorbehaltes entscheidend ist⁴⁰⁴) hinsichtlich Zustandekommen und Bestehen eines Eigentumsvorbehaltes auf der einen Seite und dessen Insolvenzfestigkeit auf der anderen Seite keine verschiedenen Rechtssysteme zur Anwendung kommen.

Ein Abstellen auf die „lex fori concursus“ hat jedoch den Vorteil, eine für alle Gläubiger einheitliche Regelung der Insolvenzfestigkeit eines Eigentumsvorbehaltes zu treffen, unabhängig von dem Zufall, wo sich die in Rede stehenden Sachen gerade befinden. Sie verdient deshalb den Vorzug. Darüber hinaus verliert

⁴⁰⁰ Hadding/Schneider, 207

⁴⁰¹ Kieninger/Storme, RIW 1999, 84 (95), m.w.N.

⁴⁰² Com. Gand, J.C.B., 1982, 417

⁴⁰³ Com. Bruxelles, J.C.B. 1959, 81; van Houtte, J.C.B. 1982, 421

⁴⁰⁴ a.A.: „lex rei sitae“

im Verhältnis Deutschland – Belgien mit der Änderung der belgischen Rechtslage zum 1.1.1998 das Argument der verschiedenen Rechtssysteme an Wirkung.

VI. Arbeitsverhältnisse

Die Rechtsfigur des arbeitnehmerähnlichen Handelsvertreters sowie des arbeitnehmerähnlichen Selbstständigen existiert im belgischen Recht nicht.⁴⁰⁵

Der angestellte Handelsreisende bleibt im Rahmen dieser Arbeit unberücksichtigt.

Im hier interessierenden Verhältnis Unternehmer – Handelsvertreter bleibt auf der Grundlage des belgischen Rechts für die zum deutschen Recht angestellten Erwägungen hinsichtlich des arbeitnehmerähnlichen Selbstständigen bzw. arbeitnehmerähnlichen Handelsvertreters deshalb kein Raum.

VII. Leistungen an den Schuldner in Unkenntnis der Verfahrenseröffnung

Gemäß Art. 16 Abs. 1 „loi sur les faillites“ können (bei rein inländischen Konkursen) Zahlungen an den Gemeinschuldner nach Eröffnung des Konkursverfahrens nicht der Masse entgegeng gehalten werden. Das heißt, dass in den Fällen, in denen statt an die Masse an den Schuldner geleistet wurde, der Drittschuldner nochmals (zur Masse) leisten muss. Eine Befreiung von dieser Pflicht im Falle der Unkenntnis von der Konkursöffnung, wie sie in Deutschland gemäß Art. 82 InsO vorgesehen ist, statuiert das belgische Recht nicht. Es ist kein Grund ersichtlich, im Falle einer ausländischen Insolvenz bzw. einer Insolvenz mit Auslandsberührung davon abzuweichen. Dies würde vielmehr zu einer nicht gerechtfertigten Ungleichbehandlung der Drittschuldner führen.

Fraglich ist, auf welche dogmatische Grundlage das Ergebnis zu stellen ist. Die Rekurrerung auf Gewohnheitsrecht scheidet aus, da wegen einer fehlenden Dis-

⁴⁰⁵ Vgl. 1. Teil, 2. Kapitel, 1. Abschnitt, F.II.

kussion dieses Problems in Belgien nicht auf eine entsprechende Übung und Überzeugung geschlossen werden kann. Die Lösung kann daher nur in einer entsprechenden Auslegung des Art. 16 Abs. 1 „loi sur les faillites“ liegen. Die Vorschrift ist insoweit als Sachnorm im internationalen Insolvenzrecht zu verstehen.

VIII. Schutz des Dritterwerbers

Hinsichtlich des Schutzes des Dritterwerbers durch nach Insolvenzeröffnung vorgenommene Rechtshandlungen unterscheidet die belgische Literatur insoweit zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen, als für unbewegliche die „lex rei sitae“ und für bewegliche die „lex fori concursus“ maßgeblich ist.⁴⁰⁶ Hierbei ist allerdings zu beachten, dass ebenso wie im französischen Recht auch nach belgischem Recht die Übertragung des Eigentums bereits mit der Einigung hierüber erfolgt (Konsensprinzip). Die Eintragung des Eigentumsübergangs in ein Transkriptionsregister hat lediglich deklaratorische Bedeutung und liefert nicht die Grundlage für einen gutgläubigen Eigentumsübergang.⁴⁰⁷

IX. Insolvenzanfechtung

Für die Konkursanfechtung ist nach belgischem internationalen Insolvenzrecht die „lex fori concursus“ maßgeblich.⁴⁰⁸ Ein Rückgriff auf das Wirkungsstatut – wie in Deutschland – erfolgt nicht.

Hinsichtlich des Zeitraums, in dem eine Rechtshandlung vor der Insolvenzeröffnung vorgenommen sein muss, um überhaupt anfechtbar zu sein („période suspecte“), gilt ebenfalls die „lex fori concursus“. Im Wege des „ordre-public“-Vorbehaltes ist dieser Zeitraum auf maximal 6 Monate begrenzt.⁴⁰⁹ Dieses Ergebnis wird untermauert durch die Regelung des Art. 12 „loi sur les faillites“, wonach die

⁴⁰⁶ So für die Behandlung von Vorrechten: Verougstraete, Nr. 1123

⁴⁰⁷ Vgl. Böhringer, BWNotz '87, 25 (26)

⁴⁰⁸ Cloquet, Rz 2025; van Hecke/Lenaerts, 358

⁴⁰⁹ Vgl. Riegel, 229

Zahlungseinstellung maximal sechs Monate vor das Datum der Konkurseröffnung (Konkursurteil) vorverlegt werden kann.

D. Zusammenfassung

Was die Unterschiede zwischen dem autonomen deutschen und dem autonomen belgischen Recht anbelangt, so sind bezüglich des materiellen Rechts bei der Frage der Rangfolge der Befriedigung die in der belgischen Literatur vertretenen Meinungen, hier auf die „lex rei sitae“ abzustellen, dezidierter als die in der deutschen Literatur vertretene Maßgeblichkeit der „lex causae“.

Bei der Aufrechnung liegen die Unterschiede zum einen in einer unterschiedlichen materiellrechtlichen Konzeption begründet (fehlendes Erfordernis einer Aufrechnungserklärung nach belgischem Recht). Bezüglich der Frage der materiellrechtlichen Wirksamkeit einer Aufrechnung im Rahmen eines ausländischen Insolvenzverfahrens ist in Belgien ein in Literatur und Rechtsprechung (im Unterschied zu Deutschland) herausgearbeiteter Grundsatz nicht erkennbar. Geschwankt wird insoweit zwischen einer kumulativen oder alternativen Lösung. Die Möglichkeit, hier auf das Recht der Hauptforderung abzustellen, wird in Belgien ebenso wenig erkennbar vertreten wie der Ansatz, Zulässigkeit und Wirksamkeit grundsätzlich nach der „lex fori concursus“ zu beurteilen.

Unterschiedlich werden in Deutschland und Belgien Leistungen an den Schuldner in Unkenntnis der Verfahrenseröffnung behandelt. Während das deutsche Recht eine Befreiung von der Leistungspflicht im Falle der Unkenntnis zulässt, kennt dies das belgische Recht nicht. Systematisch werden jedoch sowohl in Deutschland wie auch in Belgien bei grenzüberschreitenden Insolvenzen auftauchende Fragen hier unmittelbar sachrechtlich beantwortet.

Unterschiede bestehen ferner da, wo verschiedene materiellrechtliche Konzeptionen durchschlagen, wie etwa bei der im belgischen Recht fehlenden Eintragung in ein Register als Grundlage eines gutgläubigen Erwerbs an Gegenständen der Insolvenzmasse.

Bezüglich der Insolvenzanfechtung ergaben sich bis zum 19.3.2003 die Unterschiede aus der insoweit zwar gegenüber der belgischen Rechtslage ausführlicheren, aber auch unklarerer Regelung des Art. 102 Abs. 2 EGIInsO.

Die entsprechenden Regelungen der EU-Verordnung und des autonomen deutschen internationalen Insolvenzrechts ab dem 20.3.2003 greifen die in Literatur und Rechtsprechung erörterten Fragen auf und sorgen insoweit für eine begründenswerte Klarstellung.

Hinsichtlich der Zugehörigkeit zur Insolvenzmasse und des Rangs der Forderungen statuiert die EU-Verordnung keine Ausnahme zum Grundsatz der „lex fori concursus“, sondern stellt in Art. 4 Abs. 2 b), i) vielmehr klar, dass diese Fragen nach der „lex fori concursus“ zu behandeln sind. Nach dem neuen deutschen autonomen internationalen Insolvenzrecht folgt dies aus § 335 InsO.

3. Abschnitt Auswirkungen der EU-Verordnung auf kollisionsrechtliche Anknüpfungen außerhalb des Insolvenzrechts

Wie oben erörtert, bestimmt sich die internationale Zuständigkeit bei Hauptinsolvenzverfahren danach, wo der Gemeinschuldner den Mittelpunkt seiner hauptsächlichsten Interessen hat. Fraglich ist, ob dies Auswirkungen auf das internationale Gesellschaftsrecht, namentlich die Sitz- bzw. Gründungstheorie, hat. In Deutschland war bis zur „Centros“-Entscheidung des EuGH die Sitztheorie herrschend.⁴¹⁰ Nach dieser Theorie ist für die Frage, das Gesellschaftsrecht welchen Staates anzuwenden ist, entscheidend, wo die Gesellschaft ihren tatsächlichen Sitz hat. Eine „pro forma“ in einem anderen Staat gegründete Gesellschaft, die dort zwar laut Register ihren Sitz hat, ihre Geschäfte aber tatsächlich von Deutschland aus betreibt, wird gemäß der Sitztheorie nach deutschem Gesellschaftsrecht beurteilt.

⁴¹⁰ Staudinger/Großfeld, Internationales Gesellschaftsrecht, Rz 38; MüKo – Kindler, Int. Gesellschaftsrecht, Rz 264, 312; BGH, IPRax 2000, 423; OLG Hamm, IPRax 2001, 343; OLGR Celle, 7

Dem steht die im 18. Jahrhundert in England entstandene Gründungstheorie gegenüber, wonach das Gesellschaftsstatut des Staates maßgeblich ist, in dem die Gesellschaft gegründet wurde. Sie ist vor allem in England herrschend.⁴¹¹

Mit der „Centros“-Entscheidung des EuGH⁴¹² ist die Sitztheorie ins Wanken geraten. Nach dieser Entscheidung darf ein Mitgliedstaat die Eintragung der Zweigniederlassung der Gesellschaft, die in einem anderen Mitgliedstaat als Sitzstaat (Sitz i.S.d. Satzung, nicht im faktischen Sinn) rechtmäßig errichtet worden ist, nicht verweigern.

Hält man sich streng an den Wortlaut dieser Entscheidung, so sagt sie noch nichts über das anzuwendende Gesellschaftsstatut aus. Denn die Entscheidung setzt die rechtmäßige Errichtung in dem Sitzstaat voraus. Auf der Grundlage welchen Rechts über die Rechtmäßigkeit der Errichtung entschieden wird, darüber sagt das Urteil – jedenfalls wörtlich – nichts aus.⁴¹³ Denkbar ist indes auch, diese Entscheidung dahingehend zu interpretieren, dass sie sich für die Gründungstheorie ausspricht.⁴¹⁴

Mit der sog. Überseering-Entscheidung hat sich der EuGH erneut mit der Problematik der fehlenden Übereinstimmung von satzungsmäßigem und faktischem Sitz befasst.⁴¹⁵ Hiernach darf die Rechts- und Parteifähigkeit einer Gesellschaft (nach dem Recht des Gründungsstaates), die rechtmäßig in einem Mitgliedstaat gegründet wurde, von dem Gericht des tatsächlichen Verwaltungssitzes nicht abgesprochen werden.

In Deutschland ist seit der Anerkennung der Rechts- und Parteifähigkeit der GbR durch BGHZ 146, 341 eine Gesellschaft unabhängig vom Vorliegen eines Handelsgewerbes als rechts- und parteifähig zu betrachten. Das vom EuGH ge-

⁴¹¹ Vgl. Nachweise bei Großfeld, Internationales und europäisches Unternehmensrecht, § 1 III

⁴¹² EuGH 9.3.99, Rs C – 212/97; JZ 1999, 669 ff.; NZG 1999, 298 ff.; RIW 1999, 447 ff.

⁴¹³ So im Ergebnis auch Lange, DNotz 1999, 599 (606); Kindler, NJW 1999, 1993 (1996); Sonnenberger/Großrichter, RIW 1999, 721 (726)

⁴¹⁴ So Freitag, EuZW 1999, 267 (269); Roth, ZIP 1999, 861 ff.

⁴¹⁵ Urteil v. 5.12.2002; Rs C – 208/00

wünschte Ergebnis, nämlich die Behandlung einer Gesellschaft als rechts- und parteifähig, wäre demnach auch ohne Aufgabe der Sitztheorie zu erreichen.⁴¹⁶

Streng dem Wortlaut der Entscheidung nach beinhaltet diese noch keine Aufgabe der Sitztheorie. Denn erstens bedeutet das Gebot, „Rechts- und Parteifähigkeit nicht abzusprechen“⁴¹⁷, noch nicht, dass auch wirklich Rechts- und Parteifähigkeit besteht. Besteht diese nicht, so darf sie der Gesellschaft aber nicht abgesprochen werden. Es handelt sich dann um den Fall einer Fiktion. Darüber hinaus ist das Urteil auf die Elemente „Rechts- und Parteifähigkeit“ beschränkt und berührt somit nicht andere Aspekte des Gesellschaftsstatuts.

Andererseits heißt es in der deutschen Textfassung an einer Stelle, dass die Inanspruchnahme der Niederlassungsfreiheit zwingend die „Anerkennung“ dieser Gesellschaft durch alle Mitgliedstaaten voraussetze, in dem sie sich niederlassen wolle. Dies lässt darauf schließen, dass das Recht des Gründungsstaates Anwendung finden soll.⁴¹⁸

Auf jeden Fall aber ist es so, dass hinsichtlich der Rechts- und Parteifähigkeit unter den vom EuGH beschriebenen Voraussetzungen – unabhängig von der Rechtsprechung des BGH zur Rechtsfähigkeit der BGB-Gesellschaft – die Anwendung der Sitztheorie zu keinem anderen Ergebnis als dem bei Anwendung der Gründungstheorie führen würde. Insoweit ist das jüngste EuGH-Urteil zumindest als ein Schritt in Richtung Gründungstheorie zu interpretieren.⁴¹⁹

Dieser EuGH-Rechtsprechung entsprechen auch die diesbezüglich neuesten Urteile des BGH.⁴²⁰

⁴¹⁶ Vgl. Roth, IPRax 2002, 119

⁴¹⁷ So jedenfalls die deutsche und französische Sprachfassung (vgl. Roth, IPRax 2002, 120)

⁴¹⁸ Roth, IPRax 2002, 120

⁴¹⁹ Anders Behrens, IPRax 2003, 193 (206), der in der bisherigen EuGH-Rechtsprechung (einschließlich Überseering-Entscheidung) eine Vorgabe für das Kollisionsrecht dergestalt erblickt, dass „Gesellschaften im Staat ihrer Niederlassung nach dem Gründungsrecht zu behandeln sind“.

⁴²⁰ Urteil v. 1.7.2002, ZIP 2002, 1763; Urteil des VII. Zivilsenats vom 13.3.2003 – VII ZR 370/98 (Pressemitteilung des BGH in: <http://juris.Bundesgerichtshof.de>)

In der allerjüngsten Entscheidung zu diesen Fragen („Inspire Art“) hat der EuGH allerdings festgestellt, dass die Ausübung der Freiheit zur Errichtung einer Zweigniederlassung in einem Mitgliedstaat durch eine nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaats gegründete Gesellschaft nicht von bestimmten Voraussetzungen abhängig gemacht werden darf, die im innerstaatlichen Recht für die Gründung von Gesellschaften und die Haftung der Geschäftsführer vorgesehen sind.⁴²¹ Auch in diesem Urteil wird nicht eindeutig zur Frage des anwendbaren Gesellschaftsstatuts Bezug genommen. Stattdessen wird – wie auch in der Überseering-Entscheidung – ergebnisorientiert formuliert („darf nicht abhängig gemacht werden von“). Andererseits erstreckt sich diese Entscheidung auch auf in der Überseering-Entscheidung nicht ausdrücklich angesprochene Fragen der Haftung und der Mindestkapitalausstattung.

Nimmt man die Entscheidungen „Centros“, „Überseering“ und „Inspire Art“ zusammen, so bleibt für die Sitztheorie – selbst, wenn sie formal aufrechterhalten werden sollte – jedenfalls in der praktischen Anwendung kein Raum mehr.

Für die internationale Zuständigkeit stellt die EU-Verordnung bei grenzüberschreitenden Insolvenzverfahren auf den Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen ab. Dem würde es entsprechen, im internationalen Gesellschaftsrecht entgegen der o.a. Entwicklung die Sitztheorie anzuwenden. Es würde nämlich einen Wertungswiderspruch bedeuten, wenn auf der einen Seite deutsche Gerichte für ein grenzüberschreitendes Insolvenzverfahren international zuständig sind, auf anderen Seite aber für die Frage, ob eine Gesellschaft überhaupt rechtlich existiert, die Rechtsordnung des Staates herangezogen wird, wo die Gesellschaft gegründet wurde.⁴²² Wird eine Scheinauslandsgesellschaft in einer Rechtsordnung gegründet, deren Gläubigerschutzmechanismen kumulativ dem Gesellschaftsrecht, dem Insolvenzrecht und dem Deliktsrecht zuzuordnen sind, führt dies sogar zu einem Normenmangel, weil die insolvenz- und deliktsrechtlichen (Handlungsort als Anknüpfungspunkt für letztere gemäß Art. 40 Abs. 1 S. 1

⁴²¹ EuGH Rs. C – 167; Urteil v. 30.9.2003

⁴²² Darauf weist auch Weller in IPRax 2003, 207 (209) hin.

EGBGB) Gläubigerschutzvorschriften des Gründungsstaates auf die Scheinauslandsgesellschaft nicht zur Anwendung kommen können.⁴²³

Ist es dagegen so, dass der tatsächliche Sitz woanders liegt, als im Gesellschaftsvertrag und im Register angegeben, so ist der Interessenmittelpunkt in der Regel mit dem faktischen Sitz identisch. Unter diesem Gesichtspunkt wäre die Sitztheorie besser als die Gründungstheorie geeignet, Gleichklang zwischen internationalem Gesellschaftsrecht und internationalem Insolvenzrecht herzustellen. Das bedeutet nicht, dass dies bereits ein ausreichender Grund für die Vereinbarkeit mit der Niederlassungsfreiheit des Art. 43 EGV und den Vorzug der Sitztheorie gegenüber der Gründungstheorie wäre. Es ist dies aber *ein* Gesichtspunkt, der für die Sitztheorie spricht und bei allen Argumenten, die ansonsten für die Gründungstheorie sprechen mögen, mit berücksichtigt werden sollte, was im Rahmen der o.a. Urteile bedauerlicherweise nicht geschehen ist.

5. Kapitel Anerkennung einer ausländischen Insolvenz

1. Abschnitt Begriff der Anerkennung

Der Begriff der Anerkennung wird im Allgemeinen mit der Erstreckung der Insolvenzwirkungen auf das Inland definiert.⁴²⁴ Unklar bleibt dabei häufig, welche Wirkungen damit genau gemeint sind. Sind es die dem insolvenzrechtlichen Hoheitsakt selbst anhaftenden Wirkungen oder sind es sämtliche Wirkungen, die aus einem insolvenzrechtlichen Hoheitsakt folgen, unabhängig davon, ob sie sich aus der Insolvenzeröffnung selbst ergeben oder in einer (eine Insolvenzeröffnung voraussetzenden) Norm geregelt sind und unabhängig davon, ob sie als prozessual oder materiell zu qualifizieren sind?

⁴²³ Weller, ebenda

⁴²⁴ Unter anderem von Oertzen, 61; Wimmer, Rz 275; Geimer, Rz 2776; Habscheid, KTS 1989, 593 (612)

A. EU-Verordnung

Die EU-Verordnung bezeichnet in Art. 17 die Wirkungserstreckung als „Wirkung der Anerkennung“. Daraus ließe sich der Schluss ziehen, dass Anerkennung hier nicht Wirkungserstreckung meint, sondern den Tatbestand, an den sich eine Wirkungserstreckung knüpft. Dies würde jedoch im Gegensatz zu der in Literatur und Rechtsprechung im Allgemeinen verwendeten Diktion stehen.⁴²⁵ Es ist deshalb davon auszugehen, dass die Überschrift des Art. 17 „Wirkungen der Anerkennung“ eine sprachliche Ungenauigkeit ist, die als Definition der Anerkennung in dem Sinne, dass Anerkennung eben Wirkungserstreckung bedeutet, zu verstehen ist. Aus Art. 4 („anwendbares Recht“) geht hervor, dass die Frage, welche Wirkungen die Insolvenzeröffnung nach sich zieht, als eine kollisionsrechtliche angesehen wird. Gegenstand der Anerkennung sind daher i.S.d. EU-Verordnung nur die unmittelbar dem insolvenzrechtlichen Hoheitsakt selbst anhaftenden Wirkungen. Insolvenzzrechtliche Hoheitsakte in diesem Sinne sind Entscheidungen über die Eröffnung, die Abwicklung und die Beendigung der in den Geltungsbereich der Verordnung fallenden Insolvenzverfahren sowie Entscheidungen, die in unmittelbarem Zusammenhang mit diesen Insolvenzverfahren ergehen.⁴²⁶

B. Autonomes Deutsches Recht

In Deutschland trennt die neuere monografische Literatur⁴²⁷ insoweit deutlich.⁴²⁸ Danach wird zwischen solchen Wirkungen unterschieden, die unmittelbar dem insolvenzrechtlichen Hoheitsakt selbst anhaften und solchen Wirkungen, für die zwar ein hoheitlicher Akt Voraussetzung ist, die sich aber unmittelbar erst aus gesetzlichen Anordnungen ergeben. Nur die Wirkungen des Hoheitsaktes selbst unterfallen hiernach dem Begriff der Anerkennung. Im Übrigen handele es sich um die Frage, welche Rechtsnormen (verfahrensrechtliche und materielle) Anwendung finden, was rein kollisionsrechtlich einzuordnen sei.

⁴²⁵ Vgl. hierzu 1. Abschnitt

⁴²⁶ Virgos/Schmit, Nr. 151

⁴²⁷ So Reinhart, 127 f.; Schollmeyer, 90 (91)

⁴²⁸ Trunk, 261, spricht zwar auch von den Wirkungen eines Hoheitsaktes, ohne aber klar zu trennen.

Dagegen lässt sich anführen, dass diese Trennung die Schwierigkeit der Abgrenzung der rein prozessualen von den materiellen Wirkungen der Insolvenz in sich birgt. Dies ist gerade im Insolvenzrecht problematisch.⁴²⁹ Eine Rechtsfolge, die für sich genommen eindeutig als materiell zu qualifizieren ist, ist an den verfahrensrechtlichen Akt der Insolvenzeröffnung geknüpft und gilt nur für die Dauer des Insolvenzverfahrens. Sie hat insoweit auch verfahrensrechtliche Elemente. Schließlich ist zu berücksichtigen, dass allen sich ipso iure ergebenden Rechtsfolgen letztlich der Hoheitsakt der Insolvenzeröffnung zugrunde liegt. Davon ausgehend wäre denkbar, die Anerkennung auf *alle* Wirkungen einer Insolvenzentcheidung zu beziehen.⁴³⁰ Dies würde nicht ausschließen, dass bei der Frage der Anerkennung auch solche kollisionsrechtliche Überlegungen mit einfließen, die generell bei der Frage, ob das Recht eines Staates anwendbar ist, berücksichtigt werden. Denn auch bei der Frage der Wirkungserstreckung von sich ipso iure ergebenden Rechtsfolgen geht es letztlich um die Anwendung von Rechtsnormen eines Staates, nämlich um die Anwendung solcher Insolvenzwirkungen, die das Recht des Staates der Insolvenzeröffnung vorsieht. Dieser Gedanke findet sich auch in der Begründung des BGH-Urteils vom 21.7.1985. Darin heißt es, die Reichweite der Anerkennungswirkungen lasse sich nicht einheitlich für alle mit einem Konkursverfahren zusammenhängenden Rechtsfolgen bestimmen. Die kollisionsrechtliche Anknüpfung müsse grundsätzlich für jede Konkurswirkung gesondert untersucht werden.⁴³¹ Die Anerkennung hätte somit auch kollisionsrechtliche Qualität.⁴³² Andererseits lässt sich gerade das zitierte BGH-Urteil auch für eine Trennung zwischen dem insolvenzrechtlichen Hoheitsakt unmittelbar selbst anhaftenden und solchen Wirkungen, die sich erst aus gesetzlichen Anordnungen ergeben, heranziehen. Eine solche Trennung würde der Diktion des Urteils, die *kollisionsrechtliche Anknüpfung* müsse grundsätzlich für jede Konkurswirkung gesondert untersucht werden, mehr entsprechen.

Denkbar ist, die Begründung zu § 335 des Gesetzentwurfs zum neuen (autonomen) internationalen Insolvenzrecht als Argument gegen eine solche Trennung anzuführen. Hierin heißt es:

⁴²⁹ Geimer, Rz 3373

⁴³⁰ Gottwald – Gottwald, § 130, Rz 5

⁴³¹ BGHZ 95, 256 (273)

⁴³² So auch Trunk, 285

„Die Vorschrift bildet die Grundnorm des deutschen Internationalen Insolvenzrechts. Nach der automatischen Anerkennung eines ausländischen Insolvenzverfahrens findet eine Wirkungserstreckung dieses Verfahrens auf das Inland statt. Bei diesem Ansatz ist es zwingend, dass sowohl für das Verfahrensrecht der Insolvenzabwicklung als auch für die materiellrechtlichen Wirkungen des Insolvenzverfahrens grundsätzlich das Recht des Staates gilt, in dem das Verfahren eröffnet wurde.“

Fraglich ist aber, *weshalb* das Insolvenzstatut der „lex fori concursus“ aus der automatischen Anerkennung „zwingend“ folgt.

Ist dies deshalb der Fall, weil die Anerkennung sich auf alle Fragen erstreckt, die (auch) Gegenstand einer kollisionsrechtlichen Anknüpfung sind, so würde dies in der Tat gegen eine solche Trennung sprechen.

Denkbar ist aber auch, dies deshalb als „zwingend“ anzusehen, weil eine unterschiedliche Behandlung der von der Anerkennung erfassten Fragen und solcher, die kollisionsrechtlicher Natur sind, als Wertungswiderspruch angesehen wird.

Trotz der oben dargelegten Bedenken ist eine Trennung zwischen den Wirkungen, die dem Hoheitsakt selbst anhaften und solchen, die sich erst aus gesetzlichen Anordnungen ergeben, vorzuziehen. Erst diese Trennung macht deutlich, dass sich die Frage der Anwendung solcher ausländischer Rechtswirkungen, die nicht unmittelbar dem Hoheitsakt anhaftet, nicht nur dann stellt, wenn das Verfahren im Ausland eröffnet wurde, sondern auch dann, wenn es im Inland eröffnet wurde. Würde man die Frage der Anwendung ausländischer Rechtswirkungen hingegen als Frage der Anerkennung begreifen, besteht die Gefahr, sich den Blick dafür, dass die ausländischen Wirkungen auch bei Eröffnung eines inländischen Verfahrens denkbar sind, zu verstellen. Dies gilt auch für den Ansatz, als Gegenstand der Anerkennung nur die prozessrechtlichen (im Gegensatz zu den materiellrechtlichen) Wirkungen des Hoheitsaktes anzusehen.⁴³³ Darüber hinaus wird diese Trennung auch der Bedeutung der insolvenzrechtlichen Eröffnung als Hoheitsakt gerecht. Der Hoheitsakt als solcher hat bereits die Fähigkeit, Wirkun-

⁴³³ So Geimer, Rz 2776, 2786

gen auszulösen (wobei dies für einen ausländischen Hoheitsakt nur gilt, wenn er im Inland anerkannt wird). Welche dies im Einzelnen sind, ist dann kollisionsrechtlich zu beurteilen.

Der Bedeutung der Insolvenzeröffnung als Hoheitsakt und Akt staatlicher Rechtsschutzgewährung nicht gerecht hingegen wird dagegen der rein kollisionsrechtliche Ansatz, der die Frage der Anwendung insolvenzrechtlicher Sachnormen, welche die insolvenzrechtlichen Hoheitsakte einschließen, nur nach allgemeinen kollisionsrechtlichen Grundsätzen beantwortet, ohne dass die Insolvenzeröffnung als Ausgangspunkt genommen wird.⁴³⁴

Gegenstand der Anerkennung sind somit einzig und allein die Wirkungen, die dem Hoheitsakt unmittelbar selbst anhaften.

Die Anerkennung der ausländischen Insolvenzenscheidung erfolgt automatisch, d.h. ohne ein besonderes Anerkennungsverfahren.⁴³⁵ Seit dem 20.3.2003 ergibt sich dies aus § 243 Abs. 1 S. 1 InsO. Etwas anderes gilt nur dann, wenn ausländische insolvenzrechtliche Entscheidungen Grundlage einer inländischen Zwangsvollstreckung sein sollen. In diesen Fällen ist ein Exequaturverfahren erforderlich, das sich nach §§ 722, 723 ZPO richtet.⁴³⁶ Das Gesetz zum neuen autonomen internationalen Insolvenzrecht verweist in Art. 102 § 8 Abs. 1 EGIInsO für die Vollstreckung aus der Eröffnungsentscheidung hier auf das sog. vereinfachte Exequaturverfahren nach Art. 25 EU-VO.

Zwar führt die inzidente Anerkennung zu einer Rechtsunsicherheit, da die Anerkennungsfähigkeit des Auslandskonkurses von verschiedenen Gerichten unterschiedlich beurteilt werden kann und sich die Rechtskraft eines Feststellungsurteils über die Anerkennungsfähigkeit auch nur auf die streitenden Parteien beschränkt.⁴³⁷ Sie gewährleistet jedoch eine schnelle Entscheidung ohne formelle

⁴³⁴ Raape, Internationales Privatrecht, 139

⁴³⁵ Gottwald – Gottwald, § 130, Rz 23; Geimer, Rz 3526

⁴³⁶ Vgl. hierzu Trunk, 282-284

⁴³⁷ Trunk, 281

Hürden, was gerade bei der Insolvenz im Hinblick auf den Masseschutz wichtig ist.⁴³⁸

C. Autonomes Belgisches Recht

Auch nach belgischem Rechtsverständnis bedeutet Anerkennung Wirkungserstreckung. Eine klare Trennung zwischen prozessualen und materiellen Wirkungen bzw. unmittelbaren Wirkungen des Eröffnungsbeschlusses und Folgewirkungen wird nicht vorgenommen. Die zum deutschen Recht angestellten Überlegungen können hier jedoch entsprechend herangezogen werden, sodass auch auf der Basis des belgischen Rechts Gegenstand der Anerkennung ausschließlich die dem Hoheitsakt unmittelbar selbst anhaftenden Wirkungen sind.

Ebenso wie in Deutschland ist nach heute überwiegender Meinung ein förmliches Anerkennungsverfahren eines ausländischen Insolvenzeröffnungsbeschlusses nur dann erforderlich, wenn er Grundlage der Zwangsvollstreckung in Belgien sein soll.⁴³⁹ Vereinzelt wird die Auffassung vertreten, dass überall dort, wo zwischen den einzelnen Staaten keine speziellen bilateralen entsprechenden Vereinbarungen bestehen, zur Wirkungserstreckung eines ausländischen Verfahrens ein Exequaturverfahren gemäß Art. 570 C.J. erforderlich ist.⁴⁴⁰ Hiergegen ist aber anzuführen, dass ein solches Verfahren nur dann Sinn macht, wenn staatliche Zwangsgewalt gebraucht wird, sodass die Zustimmung des Staates ausdrücklich erklärt werden muss.⁴⁴¹

2. Abschnitt Voraussetzungen der Anerkennung

Ist somit der Gegenstand der Anerkennung geklärt, ist als Nächstes zu prüfen, welche Voraussetzungen erfüllt sein müssen, damit die Anerkennung erfolgen kann.

⁴³⁸ So auch Trunk, ebenda

⁴³⁹ Riegel, 118, m.w.N.

⁴⁴⁰ Fratangelo/Malatesta, RDC 1996, 806 (809)

⁴⁴¹ Riegel, 118

A. EU-Verordnung

Gemäß Art. 16 Abs. 1 EU-VO wird die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens durch ein nach Art. 3 EU-VO zuständiges Gericht eines Mitgliedstaates in allen übrigen Mitgliedstaaten anerkannt, sobald die Entscheidung im Staat der Verfahrenseröffnung wirksam ist. Unerheblich ist, ob die Eröffnung unanfechtbar ist.⁴⁴² Es erfolgt keine Nachprüfung der internationalen Zuständigkeit durch das ersuchte Gericht, das über die Anerkennung zu entscheiden hat. Allein das Gericht des Eröffnungsstaates ist zuständig, über die Eröffnung des Verfahrens zu entscheiden und das Vorliegen der Eröffnungsvoraussetzungen zu erkennen.⁴⁴³ Dies entspricht dem Grundsatz des Gemeinschaftsvertrauens, welcher der EU-Verordnung zugrunde liegt.⁴⁴⁴ Die Formulierung „zuständiges Gericht“ ist daher missverständlich. Sie ist so auszulegen, dass das Gericht nicht wirklich zuständig sein muss, sich aber zumindest für zuständig gehalten haben muss.

Fraglich ist, ob dies auch dann gilt, wenn das Eröffnungsgericht bei seiner Entscheidung die EU-Verordnung nicht beachtet. Mit dieser Begründung hat sich das AG Düsseldorf trotz eines zuvor in Leeds eröffneten Hauptinsolvenzverfahrens für zuständig gehalten.⁴⁴⁵ Es bleibt abzuwarten, ob der EuGH sich dazu in einem Vorlageverfahren äußert.

Schließlich setzt eine Anerkennung voraus, dass sie mit dem „ordre public“ des Staates, in dem anerkannt werden soll, vereinbar ist. Hierzu gehört nicht eine zutreffend befürwortete internationale Zuständigkeit.⁴⁴⁶

Ebenso wenig stellt es einen Verstoß gegen den ordre-public dar, wenn über das Vermögen des Schuldners wegen seiner Eigenschaft im Anerkennungsstaat kein Insolvenzverfahren eröffnet werden könnte. Dies stellt Art. 16 Abs. 1 S. 2 EU-VO klar.⁴⁴⁷

⁴⁴² Lüke, 286; Virgos/Schmit, Nr. 147

⁴⁴³ Lüke, 287, m.w.N.; Duursma-Kepplinger/Chalupsky, Art. 16, Rz 14; Kolmann, 282

⁴⁴⁴ Virgos/Schmit a.a.O.

⁴⁴⁵ Beschl. vom 6.6.2002 – 502 IN 126/03 (vgl. hierzu Schlegel, in: FAZ v. 20.8.2003)

⁴⁴⁶ Lüke, ebenda

⁴⁴⁷ Uhlenbruck – Lüer, Art. 16, Rz 2

B. Autonomes Deutsches Recht

Bis zum 19.3.2003 waren die Voraussetzungen der Anerkennung nicht ausdrücklich geregelt. Sie mussten daher einer Auslegung des Art. 102 EGIInsO entnommen werden. Seit dem 20.3.2003 gilt gemäß § 343 Abs. 1 S. 1 InsO der Grundsatz der Anerkennung eines ausländischen Insolvenzverfahrens unter den Einschränkungen des § 343 Abs. 1 S. 2 Nr. 1+2 InsO.

I. Wirksamkeit der ausländischen Insolvenzenscheidung

Eine ausländische Insolvenzenscheidung kann nur dann Wirkungen im Inland auslösen, wenn sie dies auch im ausländischen Staat selbst kann. Diese für das bis zum 19.3.2003 geltende Recht einhellige Ansicht hat auch für das neue Recht Bestand. § 343 InsO setzt dies voraus. Dies richtet sich nach dem Recht des Staates, in dem das Insolvenzverfahren eröffnet worden ist („lex fori concursus“).⁴⁴⁸ In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob auch ausgebildete Vorverfahren – wie auf der Grundlage der Konkursordnung die Sequestration bzw. nunmehr die vorläufige Insolvenzverwaltung gemäß § 22 InsO – anerkennungsfähig sind. Dies ist umstritten. Es wird darauf unter 3. Abschnitt B. näher eingegangen.

II. Gegenseitigkeit

Denkbar ist, die Anerkennung einer ausländischen Insolvenzenscheidung davon abhängig zu machen, ob insoweit die Gegenseitigkeit verbürgt ist, d.h. ob auch im jeweiligen ausländischen Staat, in dem die Insolvenzenscheidung ergeht, eine deutsche Insolvenzenscheidung anerkannt wird.⁴⁴⁹ Hiergegen spricht aber Sinn und Zweck der Zumessung von Wirkungen einer ausländischen Insolvenzenscheidung im Inland.⁴⁵⁰ Denn dafür sind letztlich solche Erwägungen aus-

⁴⁴⁸ Geimer, Rz 3511; Gottwald – Gottwald, § 130, Rz 8 (für den Eröffnungsbeschluss); BGHZ 95, 256 (270)

⁴⁴⁹ So Trunk, KTS 1987, 426 (434); Lau, BB 1986, 1453

⁴⁵⁰ Wimmer, Rz 273; Gottwald – Gottwald, § 130, Rz 4, 5

schlaggebend, die es sachgerecht erscheinen lassen, das Insolvenzrecht einheitlich dem Recht des Staates zuzuordnen, in dem das Verfahren eröffnet wurde. Die Abhängigkeit der Anerkennung von der Gegenseitigkeit steht mit derartigen Überlegungen dagegen nicht in Einklang. Schließlich lässt sich dagegen auch die insoweit eindeutige amtliche Begründung der Bundesregierung anführen. Darin heißt es:⁴⁵¹

„Dies (nämlich der Verzicht auf die Verbürgung der Gegenseitigkeit, Anm. d. Verf.) entspricht der internationalen Gerechtigkeit. Die Anerkennung ausländischer Verfahren wird es erleichtern, den Wirkungsanspruch eines deutschen Verfahrens in ausländischen Staaten durchzusetzen.“

Eine andere Sichtweise würde auch der fortschreitenden europäischen Integration, die innerhalb der Harmonisierung von Rechtsvorschriften einen wesentlichen Bestandteil bildet, zuwiderlaufen. In der Präambel zur Handelsvertreterrichtlinie hat der Rat der EG festgestellt, dass die Unterschiede zwischen den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften auf dem Gebiet der Handelsvertretungen die Wettbewerbsbedingungen und die Berufsausübung innerhalb der Gemeinschaft spürbar beeinflussen und den Umfang des Schutzes der Handelsvertreter in den Beziehungen zu ihren Unternehmen sowie die Sicherheit im Handelsverkehr beeinträchtigen.

Würde man die Anerkennung der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens (z.B. in Belgien) über das Vermögen des Unternehmers (oder Handelsvertreters) von der Verbürgung der Gegenseitigkeit abhängig machen, so würde man die oben angeführten Überlegungen des EG-Rates konterkarieren. Denn in diesem Fall würde man für die Anerkennung einer ausländischen Insolvenzentscheidung und damit für ein grenzüberschreitendes einheitliches Insolvenzrecht (in dem Sinne, dass im Falle der Anerkennung die entsprechenden insolvenzrechtlichen Wirkungen sowohl im Inland als auch im Ausland gelten) eine zusätzliche Hürde einbauen.

⁴⁵¹ BT-Drucks. 12/2443, 236

Eine Anerkennungsvoraussetzung der Gegenseitigkeit würde dazu führen, dass in Fällen fehlender Gegenseitigkeit die Insolvenzabwicklung trotz internationaler Verflechtung auf einzelne Staatsgebiete begrenzt würde. Dies würde der grenzüberschreitenden Durchsetzung des Gebots der Gläubigergleichbehandlung entgegenstehen.⁴⁵² Die Frage der Gegenseitigkeit ist bei der Diskussion um den Gesetzentwurf zur Neuregelung des internationalen Insolvenzrechts umstritten gewesen. In seiner aktuellen Version sieht der Entwurf die Verbürgung der Gegenseitigkeit nicht als Voraussetzung der Anerkennung vor. Während der federführende Rechtsausschuss dem Bundesrat empfohlen hat, gegen den Entwurf – und somit auch gegen das Fehlen der Gegenseitigkeitsverbürgung – keine Einwendungen zu erheben, sollte auf Wunsch des Wirtschaftsausschusses die Gegenseitigkeit als Voraussetzung der Anerkennung aufgenommen werden.⁴⁵³ Der Bundesrat ist in seiner Sitzung vom 21.10.2002 indes der Empfehlung des Rechtsausschusses gefolgt und hat die Gegenseitigkeit nicht als Anerkennungsvoraussetzung aufgenommen.⁴⁵⁴ Sowohl nach dem bisherigen als auch nach dem neuen autonomen internationalen Insolvenzrecht ist deshalb die Verbürgung der Gegenseitigkeit keine Anerkennungsvoraussetzung. Während sich dies für Art. 102 EGIInsO a.F. durch eine entsprechende Auslegung aus den o.g. Gründen ergibt, folgt dies ab dem 20.3.2003 aus dem Fehlen einer ausdrücklichen Gegenseitigkeitsverbürgung in § 343 InsO.

III. Extraterritorialer Geltungsanspruch

Für jede denkbare Wirkungserstreckung ist erforderlich, dass der Eröffnungsstaat (im Rahmen seiner Regelungskompetenz) für seine Insolvenz universelle Wirkung beansprucht.⁴⁵⁵ Denn will der Eröffnungsstaat nicht, dass von seiner Insolvenz auch ausländisches Vermögen erfasst wird, so ist nicht einzusehen, weshalb die Insolvenz exterritoriale Wirkungen nach sich ziehen soll. Dies gilt sowohl auf der Grundlage des Art. 102 EGIInsO a.F. als auch aufgrund § 343 InsO.

⁴⁵² BGH, NJW 1997, 524 (527)

⁴⁵³ Vgl. BR-Drucks. 715/1/02

⁴⁵⁴ BR-Drucks. 715/1/02

⁴⁵⁵ Geimer, Rz 3512a; Reithmann/Martiny, Rz 1810; Schack, IZVR, Rz 836

Ebenso wie die Wirksamkeit einer ausländischen Insolvenzenscheidung setzt § 343 InsO dies voraus.

IV. Internationale Zuständigkeit

Im deutschen Anerkennungsrecht gilt allgemein – und damit auch für die Frage der Anerkennung der Wirkungen einer ausländischen Insolvenzenscheidung – das sog. „Spiegelbildprinzip“. Dies bedeutet, dass das deutsche Recht fremden Staaten den gleichen Jurisdiktionsbereich – und auch nur diesen! – zubilligt, den es für die deutschen Gerichte in Anspruch nimmt.⁴⁵⁶ Es ist für die Beantwortung der Frage der Anerkennungsfähigkeit folglich zu prüfen, ob sich bei hypothetischer Anwendung der deutschen Normen über die internationale Zuständigkeit die Zuständigkeit des jeweiligen ausländischen Gerichtes ergeben würde.

Für das ab dem 20.3.2003 geltende Recht ist dies in § 343 Abs. 1 Nr. 1 InsO statuiert.

V. „Ordre public“

Im internationalen Privatrecht gilt der Grundsatz, „dass ausländisches Recht dann nicht anzuwenden ist, wenn dessen Ergebnis zu dem Grundgedanken der deutschen Regelungen und der ihnen zugrunde liegenden Gerechtigkeitsvorstellungen in so starkem Widerspruch steht, dass es von uns für untragbar gehalten wird“⁴⁵⁷. Dieser Grundsatz ist auch auf die Anerkennung zu übertragen. Anerkennungsrechtlich sind allerdings strengere Anforderungen an den „ordre public“ zu stellen, als dies kollisionsrechtlich der Fall ist. Der Grund dafür liegt darin, dass bei der Anerkennung nicht die Anwendung der Gesetze eines Staates in Frage stehen, sondern die Wirkung eines judikativen Aktes. Der „ordre public“ greift nur dann ein, wenn grundlegende Gerechtigkeitsvorstellungen und elementare Machtinteressen des Zweitstaates die Verweigerung der Anerkennung not-

⁴⁵⁶ Geimer, Rz 2896; Fricke, 81 (107)

⁴⁵⁷ BGHZ 50, 370 (375)

wendig machen.⁴⁵⁸ Seit dem 20.3.2003 ist dies in § 343 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 InsO statuiert, wobei die Bezugnahme auf die Grundrechte den „ordre public“ konkretisiert.

VI. Information der inländischen Gläubiger

Wird ein ausländisches Insolvenzverfahren anerkannt, so berührt dies die Rechtsstellung der inländischen Gläubiger. Sie müssen deshalb möglichst zeitnah über die Eröffnung des ausländischen Insolvenzverfahrens informiert werden. Denn nur bei einer solchen zeitnahen Information können sich die Gläubiger frühzeitig auf das Insolvenzverfahren und die Veränderungen ihrer Rechtsstellung einrichten. Sollte nach diesem Recht überhaupt keine Information der Gläubiger vorgesehen sein, stand dies auf der Basis des Art. 102 EGI = a.F. insoweit einer Anerkennung des ausländischen Insolvenzverfahrens unter dem Gesichtspunkt des „ordre public“ entgegen.⁴⁵⁹ Ein ausländisches Insolvenzverfahren, von dem deutsche Gläubiger gar nicht informiert werden und die deshalb auch keine Möglichkeit haben, an dem Insolvenzverfahren teilzunehmen, falls sie nicht durch eine eventuell öffentliche Bekanntmachung davon erfahren, kann in Deutschland nicht die Rechte der Gläubiger berühren und deshalb auch insoweit nicht anerkannt werden, als es die Rechtsstellung der Gläubiger berührt.

Einen anderen Weg geht das ab dem 20.3.2003 geltende Recht insoweit, als die fehlende öffentliche Bekanntmachung im Inland nicht die Anerkennung des ausländischen Verfahrens hindert. Dies geht aus § 345 InsO hervor, wonach das Vorliegen der Anerkennungsvoraussetzungen seinerseits die Voraussetzung für eine öffentliche Bekanntmachung im Inland sind. Andererseits kommt der Entwurf dem Informationsbedürfnis der inländischen Gläubiger entgegen, indem er in § 345 Abs. 2 InsO die Pflicht zur inländischen Bekanntmachung statuiert. Damit diese Pflicht auch erfüllt werden kann, ist der ausländische Insolvenzverwalter verpflichtet, das Gericht über die Verfahrenseröffnung zu informieren. Meines Erachtens fehlt es insoweit aber an der Regelungsbefugnis des deutschen Ge-

⁴⁵⁸ Geimer, Rz 28

⁴⁵⁹ Vgl. Wimmer, Rz 294

setzgebers. Eine solche Pflicht kann sicherlich durch völkerrechtliche Abkommen oder Organe der EU erlassen werden, nicht jedoch allein durch einen nationalen Gesetzgeber.

C. Autonomes Belgisches Recht

Auch in Belgien ist die Anerkennung einer ausländischen Entscheidung über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens an bestimmte Voraussetzungen geknüpft. Umstritten ist die dogmatische Herleitung.⁴⁶⁰ Da dies auf das Ergebnis jedoch keinen Einfluss hat, wird darauf im Folgenden nicht näher eingegangen.

I. Wirksamkeit der ausländischen Insolvenzenscheidung

Voraussetzung für die Anerkennung einer ausländischen Insolvenzenscheidung ist zunächst deren Wirksamkeit. Dies bedeutet, dass die Entscheidung – nach dem jeweiligen ausländischen Recht – formell rechtskräftig sein muss.⁴⁶¹

II. Gegenseitigkeit

In einer Entscheidung des Tribunal Civil d'Anvers aus dem Jahre 1932⁴⁶² wird die Auffassung vertreten, dass der Eröffnungsstaat die Anerkennung von ihm eröffneter Verfahren nicht möchte, wenn er umgekehrt grundsätzlich keine ausländischen Konkurse anerkennt. Erhebt der Eröffnungsstaat aber keinen extraterritorialen Geltungsanspruch, so sind seine insolvenzrechtlichen Entscheidungen nicht anerkennungsfähig.⁴⁶³ Im Ergebnis würde dies zur Gegenseitigkeit als Anerkennungsvoraussetzung führen. Ausländische Insolvenzen könnten dann in Belgien nur anerkannt werden, wenn im entsprechenden ausländischen Staat umgekehrt belgische Konkurse anerkannt werden. Hiergegen lassen sich jedoch die unter A.II. dargelegten Argumente anführen, die sich auf die Situation in Bel-

⁴⁶⁰ Vgl. hierzu die Nachweise bei Riegel, 104

⁴⁶¹ Riegel, ebenda, m.w.N.

⁴⁶² Rev. de l'Inst. belg. de droit comparé 1933, 162

⁴⁶³ Vgl. unten III.

gien übertragen lassen. Der vereinzelt gebliebenen Entscheidung des Trib. Com. de Bruxelles vom 20.6.1975⁴⁶⁴ kann nicht gefolgt werden. Aus der Tatsache, dass der Eröffnungsstaat keine ausländischen Insolvenzen anerkennt, kann folglich nicht geschlossen werden, dass auch in ihm eröffnete Verfahren nicht anerkannt werden sollen.

III. Extraterritorialer Geltungsanspruch

Wie unter II. erwähnt, ist der extraterritoriale Geltungsanspruch eine Anerkennungsvoraussetzung.⁴⁶⁵ Ebenso wie in Deutschland kann auch der belgische Richter einer ausländischen Insolvenzenscheidung keine Wirkungen im Inland beimessen, wenn das ausländische Recht dies gar nicht beansprucht.

IV. Internationale Zuständigkeit

Fundamentale Voraussetzung für die Anerkennung einer ausländischen Insolvenzenscheidung ist die internationale Zuständigkeit.⁴⁶⁶ Wie in Deutschland so ist auch in Belgien hierfür entscheidend, ob die internationale Zuständigkeit des ausländischen Gerichtes nach belgischem Recht gegeben ist.⁴⁶⁷

V. „Ordre public“

Auch in Belgien ist Voraussetzung für die Anerkennung einer ausländischen Insolvenzenscheidung, dass diese nicht gegen den (internationalen) belgischen „ordre public“ verstößt.⁴⁶⁸ Fraglich ist, ob Bestandteil des „ordre public“ auch das Universalitätsprinzip ist. Dies ist umstritten.⁴⁶⁹ Meines Erachtens ist es spätestens mit Inkrafttreten des „loi sur les faillites“ hingegen nicht mehr vertretbar, das

⁴⁶⁴ J.T. 1975, 641

⁴⁶⁵ Wulf/Wautelet, 152; Cour de Cassation RDC 1992, 360; Verougstraete, 645

⁴⁶⁶ De Paepe, 102

⁴⁶⁷ Riegel, 106, m.w.N.

⁴⁶⁸ Vgl. u.a. Riegel, 114; Colle, 490; Wulf/Wautelet, 155

⁴⁶⁹ Vgl. die Nachweise bei Riegel, 115

Universalitätsprinzip als Bestandteil des „ordre public“ anzusehen. Denn dies stünde nicht in Einklang mit der Aufnahme von Vorschriften über Partikular- und Sekundärinsolvenzverfahren i.S.d. EU-VO durch Art. 3 „loi sur les faillites“. Bei diesen Verfahren sind die Wirkungen auf in Belgien belegenes Vermögen beschränkt. Würde der belgische Gesetzgeber das Universalitätsprinzip als Bestandteil des „ordre public“ ansehen, hätte er eine derartige Abweichung davon nicht aufnehmen dürfen.

Der „ordre public“ muss vom Gesetzgeber zum Ausdruck gebracht worden sein, und zwar in dem Sinne, dass er eine Vorschrift als besonders wichtig für die moralische, politische oder wirtschaftliche Ordnung erachtet.⁴⁷⁰ Im Übrigen zählt zum „ordre public“ jedes Gesetz, das die wichtigsten Belange des Staates und der Gemeinschaft sichert oder im Privatrecht die wichtigsten juristischen Grundlagen für die wirtschaftliche und moralische Ordnung festlegt.⁴⁷¹ Fraglich ist, ob daraus abgeleitet werden kann, dass nur die über einen Kaufmann eröffnete Insolvenz in Belgien anerkannt werden kann, wie das überwiegend vertreten wird.⁴⁷² Denkbar ist, in dem Gesetz zur kollektiven Schuldentilgung den Willen des Gesetzgebers zu erblicken, auch über einen Nichtkaufmann eröffnete Insolvenzverfahren anzuerkennen. Hiergegen spricht aber, dass dieses Verfahren eben nicht in ein einheitliches Gesetz über Insolvenzverfahren (wie in Deutschland) integriert wurde. Der Gesetzgeber trennt es von einem Konkursverfahren, weshalb es sich auch nicht dazu eignet, die Anforderungen des „ordre public“ hinsichtlich der Kaufmannseigenschaft bei der Frage der Anerkennung eines ausländischen Insolvenzverfahrens zu senken.

VI. Information der inländischen Gläubiger

Hinsichtlich einer Information der inländischen Gläubiger über die Eröffnung eines ausländischen Insolvenzverfahrens kann ebenfalls auf die entsprechenden Ausführungen zum deutschen Recht auf der Grundlage des Art. 102 EGIInsO a.F.

⁴⁷⁰ Riegel, 114

⁴⁷¹ Vgl. Riegel, ebenda

⁴⁷² Civ. Bruxelles, J.C.B., 1905, 420; R.P.D.B. (Faillites et Banquerotes), Rn 2825; van der Elst/Weser, Bd. II, 467

verwiesen werden. Die Interessenlage ist insoweit identisch. Auch in Belgien kann deshalb ein ausländisches Insolvenzverfahren, über das belgische Gläubiger gar nicht informiert werden, keine Anerkennung beanspruchen.

D. Zusammenfassung

Bei einer Gegenüberstellung der Anerkennungsvoraussetzungen nach belgischem und deutschem Recht besteht im Ergebnis Einigkeit. Unterschiede ergeben sich daraus, dass der belgische internationale „ordre public“ auch die „moralische Ordnung“ umfasst. Hierdurch wird – im Gegensatz zum deutschen Recht, das von „Gerechtigkeitsvorstellungen“ spricht – ein Aspekt eingebracht, der sich von rein juristischen Gesichtspunkten löst. Darüber hinaus unterscheidet die belgische Rechtsprechung und Dogmatik begrifflich nicht zwischen dem anerkennungsrechtlichen und dem (kollisionsrechtlichen) „ordre public“. Außerdem besteht zwischen dem belgischen und dem deutschen Recht insoweit ein Unterschied, als nach neuem deutschen Recht die fehlende öffentliche Bekanntmachung nicht die Anerkennung des ausländischen Verfahrens hindert.

Die EU-Verordnung schließlich erwähnt als Anerkennungsvoraussetzung nicht ausdrücklich einen extraterritorialen Geltungsanspruch. Auch auf der Grundlage der EU-Verordnung macht es wenig Sinn, einem Verfahren im Inland Wirkungen beizumessen, wenn das ausländische Recht dies gar nicht beansprucht. Es ist deshalb davon auszugehen, dass der extraterritoriale Geltungsanspruch als Anerkennungsvoraussetzung gemäß der EU-Verordnung stillschweigend vorausgesetzt wird.

Durch den Verweis auf den „ordre public“-Vorbehalt in den jeweiligen Mitgliedstaaten (Art. 26 EU-VO) schließlich wird deutlich, dass ein EU-weit geltender gemeinsamer anerkennungsrechtlicher „ordre public“ nicht existiert.

3. Abschnitt Anerkennungsfähigkeit vorläufiger Sicherungsmaßnahmen

A. EU-Verordnung

Gemäß Art. 25 Abs. 1 3. Unterabsatz EU-VO werden Entscheidungen über Sicherungsmaßnahmen, die nach dem Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens getroffen werden, anerkannt, sofern die Eröffnungsentscheidung gemäß Art. 16 EU-VO anerkannt wird.

B. Autonomes Deutsches Recht

Bis zum Inkrafttreten des neuen autonomen internationalen Insolvenzrechts war umstritten, ob die Anerkennung einer ausländischen Insolvenzentscheidung sich auch auf vorläufige Sicherungsmaßnahmen, die solchen nach § 21 InsO entsprechen, erstreckt. Beim Handelsvertreter ist dies im Hinblick auf ein gemäß § 21 Abs. 2 Nr. 2 InsO entsprechendes Verfügungsverbot von besonderer Bedeutung, wenn es sich um ein gemischtes Handelsvertreterverhältnis handelt, sodass der Handelsvertreter in diesem Rahmen auch in eigenem Namen Verfügungen trifft.

Zum einen wurde vertreten, die vorläufigen Sicherungsmaßnahmen würden im internationalen Rechtsverkehr keine ausreichende Grundlage für eine Anerkennung bilden.⁴⁷³

Dem stand die Auffassung entgegen, vorläufige Sicherungsmaßnahmen anzuerkennen.⁴⁷⁴ Zur Begründung dafür wurde vorgebracht, dass dies im Interesse einer zügigen Sicherung der Insolvenzmasse liegt⁴⁷⁵ und darüber hinaus auch die entsprechenden UNCITRAL-Modellbestimmungen zu grenzüberschreitenden Insolvenzverfahren von der Anerkennungsfähigkeit vorläufiger Sicherungsmaß-

⁴⁷³ Gottwald – Arnold, 1. Auflage, § 122, Rz 26

⁴⁷⁴ Wimmer, Rz 283; Kuhn/Uhlenbruck-Lüer, Art. 102, Rz 151; Prütting, ZIP 1996, 1277 (1279)

⁴⁷⁵ Wimmer, ebenda

nahmen ausgehen.⁴⁷⁶ Dies ließ sich dahingehend einschränken, dass die anzuerkennenden ausländischen Sicherungsmaßnahmen systematisch und funktional einer Sicherungsmaßnahme des deutschen Rechts ähneln müssen.⁴⁷⁷ Meines Erachtens gebot es insbesondere der Gesichtspunkt des Interesses an einer zügigen Sicherung der Insolvenzmasse, von einer grundsätzlichen Anerkennungsfähigkeit ausländischer Sicherungsmaßnahmen auszugehen.

Das Erfordernis der systematischen und funktionalen Ähnlichkeit dieser Sicherungsmaßnahmen mit denen des deutschen Rechts war abzulehnen. Es war nicht einzusehen, weshalb die Anerkennung bei fehlender Ähnlichkeit zu versagen ist, wenn im internationalen Privatrecht selbst Normenwidersprüche nicht dazu führen, dass ausländisches (systemfremdes) Recht nicht zur Anwendung kommt, sondern solche Widersprüche mittels „Anpassung“ gelöst werden. Die mangelnde Ähnlichkeit ausländischer Sicherungsmaßnahmen mit denen des deutschen Rechts war deshalb noch kein Grund, diese nicht anzuerkennen. Auch vorläufige Sicherungsmaßnahmen waren daher auf der Grundlage des bis zum 19.3.2003 geltenden Rechts anzuerkennen.

Seit dem 20.3.2003 ist dies in § 343 Abs. 2 InsO klargestellt. Das neue Recht geht in § 344 InsO noch darüber hinaus, indem es dem vorläufigen Insolvenzverwalter des ausländischen Hauptinsolvenzverfahrens die Befugnis einräumt, Sicherungsmaßnahmen gemäß § 21 InsO beim zuständigen deutschen Insolvenzgericht zu beantragen. Voraussetzung ist, dass ein inländisches Sekundärinsolvenzverfahren eröffnet werden kann.

C. Autonomes Belgisches Recht

Fraglich ist, ob auch ausländische Sicherungsmaßnahmen in Belgien anerkannt werden können. Gesetzlich ist dies nicht ausdrücklich geregelt. Es liegt, soweit erkennbar, weder Literatur noch Rechtsprechung dazu vor.

⁴⁷⁶ Wimmer, ebenda

⁴⁷⁷ Wimmer, Rz 103

Nun lässt Art. 3 „loi sur les faillites“ die Absicht des Gesetzgebers erkennen, „hinter“ der EU-Verordnung zu stehen.⁴⁷⁸ Dies reicht für sich genommen jedoch nicht aus, dem derzeit geltenden belgischen Recht eine Rechtsnorm zu entziehen, die (hinsichtlich der Anerkennung vorläufiger Sicherungsmaßnahmen) Art. 25 Abs. 1 3. Unterabsatz EU-VO entspricht. Die Interessenlage ist vielmehr mit der unter B. dargestellten identisch, sodass auch vorläufige Sicherungsmaßnahmen anzuerkennen sind.

6. Kapitel Folgen der Anerkennung einer ausländischen Insolvenz auf inländische Sachverhalte

Erfüllt eine ausländische Insolvenzentscheidung die im Inland geltenden (hinreichenden) Voraussetzungen für die Anerkennung dieser Entscheidung, so fragt es sich, welche Wirkungen dies auf Sachverhalte im Inland hat.

1. Abschnitt EU-Verordnung

A. Eröffnung eines weiteren Hauptinsolvenzverfahrens

Gemäß Art. 3 Abs. 2 S. 1 EU-VO sind die Gerichte eines anderen Mitgliedstaats (als die desjenigen Mitgliedstaats, dessen internationale Zuständigkeit für die Eröffnung eines Hauptinsolvenzverfahrens aus Art. 3 Abs. 1 EU-VO folgt) nur dann zur Eröffnung eines Insolvenzverfahrens befugt, wenn der Schuldner eine Niederlassung im Gebiet dieses anderen Mitgliedstaats hat. Gemäß Art. 3 Abs. 2 S. 2 EU-VO sind die Wirkungen dieses Verfahrens dann auf das im Gebiet dieses Mitgliedstaats belegene Vermögen beschränkt. Daraus folgt, dass im Geltungsbereich der EU-Verordnung die Eröffnung eines weiteren Hauptinsolvenzverfahrens (nach vormaliger rechtmäßiger Eröffnung eines Hauptinsolvenzverfahrens) nicht möglich ist.

⁴⁷⁸ Vgl. oben 2. Kapitel 1. Abschnitt C

B. Vollstreckungstitel

Gemäß Art. 25 Abs. 2 EU-VO werden die zur Durchführung und Beendigung eines Insolvenzverfahrens ergangenen Entscheidungen eines Gerichts, dessen Eröffnungsentscheidung anerkannt wird, nach den Art. 31-51 EuGVÜ vollstreckt. Seit Inkrafttreten der VO Nr. 44/2001 vom 22.12.2000 sind die entsprechenden Bestimmungen dieser Verordnung heranzuziehen. Dies sind die Art. 38-52 EGGVO.

C. Verbot vorläufiger Sicherungsmaßnahmen eines anerkennungsfähigen ausländischen Insolvenzverfahrens

Die EU-Verordnung äußert sich nicht dazu, ob im Inland vorläufige Sicherungsmaßnahmen erwirkt werden können, wenn ein ausländisches Insolvenzverfahren, dessen Eröffnungsentscheidung anerkennungsfähig ist, ein Verbot hierzu vorsieht. Entscheidend ist insoweit das jeweilige nationale Recht. Bezüglich Deutschland und Belgien wird deshalb auf die folgenden Ausführungen hierzu verwiesen.

D. Inländische Singularexekution bei anerkennungsfähiger ausländischer Insolvenzeröffnung

Auch hinsichtlich dieses Gliederungspunktes enthält die EU-Verordnung keine eigene Regelung. Entscheidend ist das jeweilige nationale Recht.

E. Ansprüche aus betrieblicher Altersversorgung

Die zu C. und D. gemachten Ausführungen gelten entsprechend auch hierzu.

F. Auswirkungen einer ausländischen Insolvenzeröffnung auf im Inland rechtshängige Prozesse

I. Rechtshängigkeit vor Insolvenzeröffnung

Gemäß Art. 15 der EU-VO gilt für die Wirkungen des Insolvenzverfahrens auf einen anhängigen Rechtsstreit über einen Gegenstand der Masse ausschließlich das Recht des Mitgliedstaates, in dem der Rechtsstreit anhängig ist. Die Verordnung löst das Problem somit nicht unmittelbar, sondern verweist auf die nationalen Rechte. Dabei ist unklar, ob auf das nationale Kollisionsrecht oder ausschließlich auf das Sachrecht verwiesen wird.⁴⁷⁹ Dies kann für Deutschland und Belgien jedoch dahingestellt bleiben, da in diesen Ländern sich die Frage der Unterbrechungswirkung eines ausländischen Insolvenzverfahrens stets nach inländischem Recht richtet (vgl. im Folgenden 2. u. 3. Abschnitt).

II. Rechtshängigkeit *nach* Insolvenzeröffnung

Wie beschrieben, differenziert die EU-Verordnung zwischen Hauptinsolvenzverfahren, die auch das im Ausland belegene Vermögen des Schuldners erfassen, und Territorialverfahren, deren Wirkungen sich auf das im Gebiet des jeweiligen Mitgliedstaates belegene Vermögen beschränken. Gemäß Art. 18 Abs. 1 EU-VO hat der Insolvenzverwalter eines Hauptinsolvenzverfahrens, der durch ein international zuständiges Gericht bestellt worden ist, im Gebiet eines anderen Mitgliedstaates alle Befugnisse, die ihm nach dem Recht des Staates der Verfahrenseröffnung zustehen. Etwas anderes gilt nur dann, wenn in dem anderen Staat ein weiteres Insolvenzverfahren eröffnet ist oder eine gegenteilige Sicherungsmaßnahme auf einen Antrag zur Eröffnung eines Insolvenzverfahrens hin ergriffen wurde. Außerdem ist er nicht befugt, Zwangsmittel in dem anderen Mitgliedstaat anzuwenden oder dort Rechtsstreitigkeiten oder andere Auseinandersetzungen zu entscheiden.

⁴⁷⁹ Vgl. Lüke, ZZP 1998, 275 (310)

Wird die Befugnis des Insolvenzverwalters durch ein Gericht eines Mitgliedstaates der EU gleichwohl ignoriert, stellt sich die Frage nach der Anerkennung solcher Urteile. Darauf liefert die EU-Verordnung keine Antwort. Eine solche richtet sich vielmehr nach der das EuGVÜ abgelöst habenden VO Nr. 44/2001.

2. Abschnitt Autonomes Deutsches Recht

A. Eröffnung eines weiteren Hauptinsolvenzverfahrens durch inländische Gerichte

Vor Inkrafttreten der Insolvenzordnung war umstritten, ob die Anerkennung der Eröffnung eines ausländischen Hauptinsolvenzverfahrens die inländischen Gerichte daran hindert, ein weiteres Hauptinsolvenzverfahren zu eröffnen.⁴⁸⁰ Nach dem BGH⁴⁸¹ hinderte ein Auslandskonkurs einen Inlandskonkurs nicht. Mit Inkrafttreten des EGInsO in der bis zum 19.3.2003 geltenden Fassung war dieser Streit dahingehend entschieden, dass gemäß Art. 102 Abs. 3 S. 1 EGInsO die Anerkennung eines ausländischen Insolvenzverfahrens lediglich ein *gesondertes* – territoriales – Insolvenzverfahren, das nur das im Inland befindliche Vermögen des Schuldners erfasst, zuließ.⁴⁸² Ein mit Universalwirkung ausgestattetes inländisches Hauptinsolvenzverfahren war somit nach einer anerkannten ausländischen Eröffnung eines Insolvenzverfahrens nicht mehr zulässig. Dies galt unabhängig davon, ob sich das inländische Insolvenzgericht mit der Frage der Anerkennung befasst hat oder nicht. Der Ansicht, in diesem Fall (nämlich der unabhängig voneinander erfolgten Eröffnung zweier Hauptinsolvenzverfahren) einen Vorrang des inländischen Verfahrens gegenüber dem ausländischen einzuräumen⁴⁸³, konnte m. E. nicht gefolgt werden. Entscheidend war, ob das ausländische Insolvenzverfahren anerkennungsfähig war. Eine Anerkennung i.S.d. Erstreckung der dem Hoheitsakt der Insolvenzeröffnung selbst anhaftenden Wirkungen erfolgte dann automatisch. Spielte es somit für die Frage der Anerkennung selbst keine Rolle, ob sich das Insolvenzgericht mit dieser Frage befasste,

⁴⁸⁰ Übersicht des Streitstandes bei Gottwald – Arnold, 1. Auflage, § 122, Rz 9, Fn 7

⁴⁸¹ BGHZ 95, 256 (270)

⁴⁸² So auch Wimmer, Rz 281

⁴⁸³ Spahlinger, 97; Wimmer, Rz 281

so war nicht einzusehen, weshalb es für die Folgen einer solchen Anerkennung bezüglich der Eröffnung eines Hauptinsolvenzverfahrens dann darauf ankommen sollte.

In dem ab dem 20.3.2003 geltenden Recht ist eine dem Art. 102 Abs. 3 EGIInsO a.F. gleich lautende Vorschrift nicht mehr enthalten. Aus der Tatsache, dass gemäß § 354 Abs. 1 InsO aber lediglich ein Partikularverfahren – bei fehlender internationaler Zuständigkeit eines deutschen Gerichts zur Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das gesamte Vermögen (was bei Vorliegen der Anerkennungsvoraussetzungen immer der Fall ist, da dann ja die internationale Zuständigkeit des ausländischen – und nicht des deutschen – Gerichts gegeben ist) – zulässig ist, lässt sich der Schluss ziehen, dass auch das derzeit geltende internationale Insolvenzrecht hier zum selben Ergebnis kommt.

B. Vollstreckungstitel

Wird ein ausländischer Eröffnungsbeschluss eines Insolvenzverfahrens anerkannt, so führte dies auf der Grundlage von Art. 102 EG InsO a.F. nicht dazu, dass im Inland aus diesem Eröffnungsbeschluss vollstreckt werden konnte. Die Frage wurde indes nur dann relevant, wenn der ausländische Eröffnungsbeschluss nach dem Recht des Eröffnungsstaates einen Vollstreckungstitel gegen den nicht zur Herausgabe einer Massesache bereiten Schuldner darstellt.⁴⁸⁴ Folglich bedurfte es zunächst eines Exequaturverfahrens gemäß §§ 722, 723 ZPO. Im Verhältnis zu Belgien gilt jedoch ab dem 31.5.2002 Art. 25 Abs. 1 EU-VO, wonach die zur Durchführung und Beendigung eines Insolvenzverfahrens ergangenen Entscheidungen eines Gerichts, dessen Eröffnungsentscheidung anerkannt wird, nach den Art. 31-51 EuGVÜ (bzw. ab dem 1.3.2002 den entsprechenden Vorschriften der Brüssel-I-Verordnung) vollstreckt werden.

Das ab dem 20.3.2003 geltende Gesetz zum neuen autonomen internationalen Insolvenzrecht wendet diese Vorschrift entsprechend auch auf die Vollstreckung aus der Eröffnungsentscheidung an. Im Übrigen ist auch nach den geplanten

⁴⁸⁴ Wimmer, Rz 282, m.w.N.

Neuregelungen ein Exequaturverfahren erforderlich. Im Interesse einer zügigen Durchführung des Insolvenzverfahrens ist § 723 Abs. 2 ZPO indes nicht anwendbar. Die ausländische Entscheidung braucht folglich nicht rechtskräftig zu sein.

C. Verbot vorläufiger Sicherungsmaßnahmen eines anererkennungsfähigen ausländischen Insolvenzverfahrens

Fraglich ist, ob ein inländischer Arrest erwirkt werden kann, wenn ein ausländisches Insolvenzverfahren, dessen Eröffnungsentscheidung anererkennungsfähig ist, das Verbot vorläufiger Sicherungsmaßnahmen vorsieht. Wie oben (4. Kapitel) ausgeführt, handelt es sich hier nicht um eine kollisionsrechtliche Fragestellung. Es ist deshalb auch folgerichtig, dass sich das Gesetz zur Neuregelung des internationalen Insolvenzrechts damit nicht befasst. Das Inkrafttreten des Gesetzes am 20.3.2003 hat deshalb auf die Beantwortung dieser Frage keinen Einfluss.

Was nun die Beantwortung der Frage angeht, so wird hierzu die Ansicht vertreten⁴⁸⁵, dies sei möglich. Die Begründung ist, dass die Anerkennungsfähigkeit eines ausländischen Verfahrens in seinem Verlaufe wegfallen könne. Dies habe auch den Wegfall der inländischen Sperrwirkung einer Einzelzwangsvollstreckung zur Folge. Um für diese Einzelfälle gesichert zu sein, müsse der Gläubiger durch Maßnahmen der einstweiligen Sicherung (wie dem Arrest) gesichert sein.⁴⁸⁶ Meines Erachtens ist demgegenüber der Grundsatz der „par conditio creditorum“ höher zu bewerten. Dem Interesse einer bestmöglichen Befriedigung aller Gläubiger hat sich das Einzelinteresse auf Sicherung für den Fall des Wegfalls der inländischen Sperrwirkung unterzuordnen. Der Fall, dass ein Insolvenzverfahren in seinem Verlauf seine Anerkennungsfähigkeit verliert, ist eine bloße Möglichkeit, eine Eventualität. Aufgrund einer bloßen – eher fern liegenden – Eventualität könnten demgegenüber Fakten dergestalt geschaffen werden, dass aufgrund eines Arrestes eine optimale Befriedigung der Gläubiger nicht mehr erreicht werden kann. Dies steht in keinem angemessenen Verhältnis zueinan-

⁴⁸⁵ Flessner, IPRaX 1997, 1 (6)

⁴⁸⁶ Flessner, ebenda

der. Vielmehr müssen die Möglichkeiten des ausländischen Insolvenzverwalters, im Inland belegene Gegenstände zur Masse zu ziehen, gewahrt werden.⁴⁸⁷ Auch das gemäß einem ausländischen Verfahren vorgesehene Verbot der einstweiligen Sicherung durch die Gläubiger erstreckt sich somit auf das Inland. Das heißt, dass die inländischen Vorschriften über einstweilige Sicherungsmaßnahmen im Falle einer anererkennungsfähigen ausländischen Insolvenzeröffnung entsprechend auszulegen sind.

D. Inländische Singularexekution bei anererkennungsfähiger ausländischer Insolvenzeröffnung

Fraglich ist, ob in inländisches Vermögen des Schuldners vollstreckt werden kann, wenn das ausländische Insolvenzverfahren anererkennungsfähig eröffnet wurde. § 237 KO erklärte dies ausdrücklich für zulässig. Der BGH legt diese Bestimmung jedoch restriktiv dahingehend aus, dass die Einzelzwangsvollstreckung im Falle des anerkannten Auslandskonkurses nur noch aufgrund „bestehender Titel“ zulässig sei. Gläubigern, die sich erst nach der Eröffnung des ausländischen Konkursverfahrens einen Titel beschafft hatten, blieb dagegen die Möglichkeit der Einzelzwangsvollstreckung verwehrt.⁴⁸⁸ Eine Parallelvorschrift zu 237 KO gibt es in der Insolvenzordnung nicht. Art. 102 Abs. 3 EGIInsO a.F. sowie § 354 InsO n.F. aber sehen im Inland gesonderte Insolvenzverfahren (Partikularverfahren) vor. In der Begründung des Regierungsentwurfs zur Insolvenzordnung heißt es:

„Der Schutz inländischer Interessen wird nach dem Entwurf durch den erleichterten Zugang zu einem inländischen Sonderinsolvenzverfahren angemessener gewährleistet, als dies durch die Zulassung von Einzelzwangsvollstreckungsmaßnahmen mit den Zufälligkeiten des Prioritätsprinzips geschehen könnte. Auch im Hinblick auf die vorgesehene Zwei-Monats-Frist erscheint die Regelung im Übereinkommen des Europarates zum Schutz inländischer Interessen als nicht geeignet. Schließlich müsste die Zulassung der Einzelzwangsvollstreckung

⁴⁸⁷ So auch Wimmer, Rz 289; Gottwald – Gerhardt, § 34, Rz 16

⁴⁸⁸ BGHZ 95, 256

trotz der Anerkennung eines ausländischen Insolvenzverfahrens zu weiteren Komplikationen führen: Jeder Gläubiger, der erfolgreich die Einzelzwangsvollstreckung betrieben hätte, müsste damit rechnen, dass er das Erlangte anschließend, nach der Eröffnung eines inländischen Sonderinsolvenzverfahrens, aufgrund des Anfechtungsrechts zur Masse zurückzugewähren hätte.⁴⁸⁹

Aus diesem Grunde ist davon auszugehen, dass sich der Gesetzgeber mit der Zulassung gesonderter Inlandsinsolvenzverfahren und der Teilnahmeberechtigung aller Gläubiger am deutschen Partikularverfahren zugleich auch für die Anwendung des ausländischen Verbots der Singularexekution im Inland nach eröffnetem ausländischen Insolvenzverfahren entschieden hat.⁴⁹⁰ Hinzu kommt, dass dem Schutz inländischer Gläubiger eher ein inländisches Partikularverfahren gerecht wird als die Zulassung der einzelne Gläubiger bevorzugenden Einzelzwangsvollstreckung.⁴⁹¹

E. Ansprüche aus betrieblicher Altersversorgung

Die Beantwortung der Frage, ob im Fall einer anzuerkennenden ausländischen Insolvenz der Pensionssicherungsverein einzutreten hat, wenn der Unternehmer über ein System betrieblicher Altersversorgung verfügt und der Handelsvertreter dort eingebunden ist, richtet sich danach, ob §§ 7 ff. BetrAVG diesen Fall erfassen. Dabei ist zu vermeiden, dass der Insolvenzschutz auf Arbeitsverhältnisse ausgedehnt wird, die keine Beziehungen zum deutschen Recht aufweisen und deren Arbeitgeber keine Beiträge zur Insolvenzversicherung leisten. Dies wäre nicht haltbar. Der Arbeitnehmer gelangt im Falle einer ausländischen Insolvenz daher nur dann in den Genuss des Insolvenzschutzes, wenn der Arbeitgeber überhaupt vom BetrAVG erfasst wird und zu Beitragsleistungen in Deutschland verpflichtet war.⁴⁹²

⁴⁸⁹ BT-Drucks. 12/2443, 238

⁴⁹⁰ So auch Geimer, Rz 3534

⁴⁹¹ Wimmer, Rz 288

⁴⁹² Birk, in: Festschrift für G. Müller, 31 (49); Schwerdtner, ZIP 1986, 1030 (1034); Wimmer, Rz 333

F. Auswirkungen des ausländischen Insolvenzverfahrens auf im Inland rechtshängige Prozesse

I. Rechtshängigkeit vor Insolvenzeröffnung

Ist ein ausländisches Insolvenzverfahren eröffnet, so könnte dies Auswirkungen auf einen im Inland bereits anhängigen Rechtsstreit haben, der die Insolvenzmasse betrifft. Zu denken ist etwa daran, dass der belgische Unternehmer einem belgischen Insolvenzverfahren unterworfen wird, während in Deutschland gemäß Art. 5 Nr. 1 EuGVÜ bzw. EGGVO bereits vorher eine Klage des deutschen Handelsvertreters gegen den belgischen Unternehmer wegen Zahlung von Provision rechtshängig ist. Dies führt zunächst zu der Frage, nach welchem Recht sich die Frage beantwortet, ob ein ausländisches Insolvenzverfahren einen inländischen Prozess, der einen Gegenstand der Insolvenzmasse betrifft, unterbricht.

Nach überwiegender Meinung ist hierfür die „lex fori“ maßgeblich.⁴⁹³ Andere wiederum⁴⁹⁴ differenzieren zwischen dem „ob“ der Unterbrechung, das sich nach der „lex fori concursus“ und dem „wie“, das sich nach der „lex fori“ richte. Meines Erachtens verdient die überwiegend vertretene Auffassung, die „lex fori“ maßgeblich sein zu lassen, hier den Vorzug. Eine Aufspaltung in „ob“ und „wie“ führt zu einer unnötigen (weiteren) Verkomplizierung dieser Rechtsfrage und ist wenig praxisnah. Auf der Grundlage des bis zum 19.3.2003 in Deutschland geltenden autonomen internationalen Insolvenzrechts war es denkbar, eine Unterbrechung solcher inländischer Prozesse auf der Grundlage des § 240 ZPO zu bejahen. Diese setzt voraus, dass es sich bei dem ausländischen Verfahren um ein „Insolvenzverfahren“ i.S.d. § 240 ZPO handelt. Hinsichtlich der Qualifikation des Insolvenzverfahrens hat man sich für diese Beurteilung an der Aufgabe des deutschen Insolvenzverfahrens zu orientieren, nämlich der bestmöglichen gemeinschaftlichen Befriedigung der Gläubiger als primäres Ziel.⁴⁹⁵ Alle ausländischen Verfahren, die dann, wenn für den Schuldner keine hinreichende Aussicht mehr besteht, alle seine Gläubiger zu befriedigen, diesem Ziel dienen, sind „Insolvenz-

⁴⁹³ Geimer, Rz 3370; Gottwald – Gottwald, § 128, Rz 47; Riegel, RIW 1990, 546

⁴⁹⁴ Mankowski, ZIP 1994, 1583; OLG Karlsruhe, MDR 1992, 707; Schlosser, RIW 1983, 473 (480); Gottwald – Arnold, 1. Aufl., § 122, Rz 109

⁴⁹⁵ Geimer, Rz 3360

verfahren“ in diesem Sinne. Denkbar wäre auch eine der Qualifikation nach der „lex causae“ bei Kollisionsnormen vergleichbare Qualifikation danach, ob es sich um ein Insolvenzverfahren i.S.d. Rechtsordnung, in deren Staat das „Insolvenzverfahren“ eröffnet wurde, handelt.⁴⁹⁶

Die Frage, ob die Eröffnung eines solchen Verfahrens im Ausland die Unterbrechung eines im Inland anhängigen Rechtsstreits über einen Gegenstand gemäß § 240 ZPO unterbricht, war umstritten. Nach überwiegender Ansicht in der Literatur war dies der Fall.⁴⁹⁷ Der BGH hatte eine solche Unterbrechung zunächst verneint.⁴⁹⁸ Begründet hatte er dies damit, dass im Verfahrensrecht die Rechtssicherheit im Vordergrund stehe, hinter der die gleichmäßige Befriedigung zurücktreten müsse.⁴⁹⁹ Da die Unterbrechung mit ihren weitreichenden Folgen für den weiteren Verlauf des anhängigen Verfahrens (vgl. § 249 Abs. 1, 2 ZPO) automatisch eintrete, müssten die Parteien und das Gericht frühzeitig und zuverlässig Kenntnis von der Konkurseröffnung erhalten, um diese bei der Fortführung des Verfahrens berücksichtigen zu können. Dies sei bei einem Auslandskonkurs aber schon mit Blick auf die verschiedenen Möglichkeiten der Ausgestaltung des Konkursverfahrens nicht gewährleistet.⁵⁰⁰ Im Folgenden hatte der BGH insoweit seine Rechtsprechung jedoch geändert. In einem Vorlageabschluss des IX. Zivilsenats des BGH heißt es:

„Der Gesichtspunkt der Rechtssicherheit wird jedoch schon allgemein von § 240 ZPO nicht verwirklicht. Sie würde eher durch eine Aussetzung i.S.d. § 246 ZPO erreicht, die jedoch gerade für den Konkursfall nicht vorgesehen ist. Dementsprechend erfahren Prozessgegner und Gericht wiederholt nicht rechtzeitig von der Eröffnung eines Inlandkonkurses trotz der dafür vorgesehenen Bekanntmachung. Das Gericht erhält davon regelmäßig erst durch die Anzeige einer Partei Kenntnis, der Prozessgegner möglicherweise auch aufgrund seiner sonstigen Kontakte zum Gemeinschuldner oder Konkursverwalter. Bei einem Auslandskonkurs ist das nicht entscheidend anders. Insbesondere besteht kein Anhaltspunkt

⁴⁹⁶ Vgl. zur Qualifikation Firsching/von Hoffmann, 201 ff.

⁴⁹⁷ Jaeger – Jahr, §§ 237, 238 KO, Rz 417; Ackmann/Wenner, IPRax 1990, 209; Koch, NJW 1989, 3072; Trunk, ZIP 1989, 279 (282); Summ, 49-56

⁴⁹⁸ BGH, NJW 1988, 3096; BGHZ 95, 256 (269)

⁴⁹⁹ BGH, NJW 1988, 3096

⁵⁰⁰ BGH, ebenda

dafür, dass die genannten wesentlichen Erkenntnisquellen der Prozessbeteiligten bei einem Auslandskonkurs erheblich häufiger versagen sollen als bei einem Inlandskonkurs. Es ist bisher kein Fall konkret bekannt geworden, dass das deutsche Gericht von der Eröffnung eines Auslandskonkurses über einen Prozessgegner erst verspätet erfahren hätte.⁵⁰¹

Der I. Senat des BFH hatte am 21.1.1998 beschlossen, sich der im Vorlagechluss des BGH vertretenen Rechtsauffassung anzuschließen. Somit unterbrach nach nunmehr übereinstimmender Auffassung aller bisher damit befassten Senate der obersten Gerichtshöfe ein ausländisches Konkursverfahren einen im Inland anhängigen Rechtsstreit über einen Gegenstand der Konkursmasse, sofern 1. die Wirkungen des ausländischen Konkursverfahrens anerkannt werden und 2. das ausländische Konkursrecht in vergleichbarer Weise wie das deutsche die ausschließliche Prozessführungsbefugnis des Verwalters über das Massevermögen vorsieht.⁵⁰² Die unter „1.“ genannte Voraussetzung der Anerkennung ist i.S.d. Ausführungen des BGH zu den Anerkennungsvoraussetzungen in BGHZ 95, 256 zu verstehen. In dieser bahnbrechenden Entscheidung hatte der BGH unter Aufgabe seiner bisherigen Rechtsprechung dem Auslandskonkurs auch Wirkungen im Inland zugesprochen. Diese Anerkennung⁵⁰³ stand jedoch nach den Ausführungen des BGH unter folgenden Voraussetzungen:

- Es handelt sich bei dem Auslandsverfahren nach den inländischen Rechtsgrundsätzen überhaupt um einen Konkurs, der wirksam eröffnet wurde.
- Die den Konkurs eröffnende Stelle muss staatlich zuständig sein.
- Die Anerkennung der ausländischen Konkursöffnung verletzt nicht den inländischen „ordre public“.

Seit Inkrafttreten der Insolvenzordnung ist dies auf ein Insolvenzverfahren entsprechend zu übertragen. Mit dieser Kehrtwendung hatte sich der BGH den Rechtspositionen jener Instanzgerichte und Stimmen in der Literatur angenähert, die unter bestimmten Voraussetzungen für eine Unterbrechungswirkung einge-

⁵⁰¹ BGH, ebenda

⁵⁰² BGH, DB 1998, 923 ff.

⁵⁰³ Zum Begriff der Anerkennung vgl. 5. Kapitel 1. Abschnitt

treten sind.⁵⁰⁴ Meines Erachtens ist für eine solche Wirkung aber auf jeden Fall erforderlich, dass das ausländische Recht diese auch selbst vorsehen muss.⁵⁰⁵ Denn es ist nicht einzusehen, weshalb einem ausländischen Insolvenzverfahren im Inland mehr Wirkungen zugebilligt werden sollen, als sie das ausländische Recht selbst vorsieht.

Eine andere Ansicht dagegen⁵⁰⁶ ging gegenüber dem BGH noch einen Schritt weiter und bejaht die Unterbrechungswirkung auch dann, wenn die Verfügungs- und Prozessführungsbefugnis *nicht* auf den Insolvenzverwalter übergeht. Sie begründet dies damit, dass in diesem Fall das Gericht die Gelegenheit habe, sich während der Zeit der Unterbrechung über das ausländische Recht sachkundig zu machen. Dieser Ansatz übersieht zunächst, dass sachenrechtliche Fragen über einen Gegenstand der Insolvenzmasse, dessen Inhaber im Ausland domiziliert, sich nach der „lex rei sitae“ und damit nach inländischem Recht richten. Darüber hinaus hatte man sich „de lege lata“ hier von Sinn und Zweck des § 240 ZPO leiten zu lassen. Dieser besteht darin, dass Insolvenzverwalter und Parteien Gelegenheit gegeben werden sollte, sich auf die neue Lage nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens einzustellen⁵⁰⁷, und nicht darin, dem Gericht Gelegenheit zu geben, sich während der Unterbrechung rechtskundig zu machen. Dem BGH war deshalb zuzustimmen, dass ohne den Übergang der Prozessführungsbefugnis auf den Insolvenzverwalter eine Unterbrechung inländischer Prozesse durch die Auslandsinsolvenz nicht eintritt. Hat der Auslandskonkurs den Übergang der Prozessführungsbefugnis hingegen zur Folge, waren seine Wirkungen anerkenungsfähig, und sah das ausländische Recht die Unterbrechungswirkung auch selbst vor, trat eine Unterbrechung inländischer Prozesse gemäß § 240 ZPO ein.

Das neue internationale Insolvenzrecht stellt dieses Ergebnis nunmehr in § 352 EGInsO n.F. klar, wobei einzige Voraussetzung ist, dass der Rechtsstreit die Insolvenzmasse betrifft.

⁵⁰⁴ OLG München, ZIP 1996, 385; LG Aachen, RIW 1994, 685; Hanisch, EWiR, § 240, 1/96, 383 (384); weitere Nachweise bei Spahlinger, 118 Fn 271

⁵⁰⁵ So auch Hanisch, a.a.O.

⁵⁰⁶ Wimmer, Rz 301

⁵⁰⁷ Wimmer, Rz 300

Aus der Begründung der Vorschrift ergibt sich, dass diese den zu § 240 ZPO dargelegten Meinungsstand entsprechend verarbeiten wollte.

II. Rechtshängigkeit *nach* Insolvenzeröffnung

Ist bereits eine ausländische Insolvenz eröffnet, so richtete sich auf Basis der bis zum 19.3.2003 geltenden Rechtslage die Verfügungs- und Prozessführungsbezugnis bezüglich der zur Insolvenzmasse gehörender Gegenstände bereits zum Zeitpunkt der Rechtshängigkeit nach der „lex fori concursus“.⁵⁰⁸ Ab dem 20.3.2003 ergibt sich dies aus § 335 InsO. Steht sie hiernach dem Insolvenzverwalter zu, so müsste das inländische Gericht eine entsprechende Klage eines nicht zur Prozessführung Befugten als unzulässig abweisen. Ignoriert das inländische Gericht aber die Prozess- und Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters, so stellt sich im Ausland die Frage nach der Anerkennung entsprechender Urteile.

Unterstellt, dass auch im Ausland bezüglich der Verfügungs- und Prozessführungsbezugnis das Prinzip der „lex fori concursus“ gilt und sie hiernach dem Insolvenzverwalter zusteht, das ausländische Gericht aber gleichwohl diese Befugnis ignoriert, stellt sich auch im Inland die Frage nach der Anerkennung solcher Urteile. Im Verhältnis zu den EU-Mitgliedstaaten richtet sich dies nach der EU-VO Nr. 44/2001, im Übrigen nach dem (autonomen) deutschen internationalen Zivilverfahrensrecht. Die nachfolgenden Erwägungen sind indes für beide Rechtsgrundlagen anzustellen.

Die Versagung der Anerkennung könnte unter dem Blickwinkel des „ordre public“ erfolgen. Die Anwendung des „ordre public“ setzt zunächst eine Inlandsbeziehung voraus.⁵⁰⁹ Diese wird dadurch hergestellt, dass der Insolvenzverwalter nach deutschem Recht verpflichtet ist, auch Auslandsvermögen zur Masse zu ziehen. Kann er dies nicht, weil ein ausländisches Urteil seine nach deutschem Recht bestehende Verfügungs- und Prozessführungsbezugnis ignoriert, so wirkt sich

⁵⁰⁸ Vgl. Wimmer, Rz 285

⁵⁰⁹ Geimer, Rz 2967

dies auf das Inland, nämlich die dort zur Verteilung anstehende Insolvenzmasse, aus. Im Rahmen der Frage, ob die Wirkungen ausländischer Urteile anzuerkennen sind, werden an den „ordre public“-Vorbehalt strengere Anforderungen gestellt als im (materiellen) internationalen Privatrecht. Man spricht insoweit vom „ordre public atténué“.⁵¹⁰ Dieser strengere Maßstab hat auch für die Frage der Wirkungen einer ausländischen Insolvenzentscheidung zu gelten. Insoweit setzt eine Verweigerung der Anerkennung voraus, dass elementare Machtinteressen des Zweitstaates die Verweigerung der Anerkennung notwendig machen („a solicitous analysis of the extraterritorial value of the state policy in relation to interstate and international needs“)⁵¹¹. Diese Voraussetzungen sind hier nicht erfüllt.

Vielmehr gibt es für den Insolvenzverwalter angemessene und zumutbare Möglichkeiten, das Auslandsvermögen zur Masse zu ziehen. Das Nächstliegende ist, in Zusammenarbeit mit dem Gemeinschuldner Auslandsvermögen nach Deutschland zu transferieren oder aber dies bereits im Ausland zu verwerten und den Erlös zur inländischen Masse zu bringen.⁵¹² Zu diesem Zweck kann dem Insolvenzverwalter vom Gemeinschuldner eine entsprechende Vollmacht erteilt werden. Dies führt zu der Frage, ob der Gemeinschuldner dazu verpflichtet ist, dem Insolvenzverwalter diese Vollmacht zu erteilen. Mit dem OLG Köln⁵¹³ und dem OLG Koblenz⁵¹⁴ ist die Pflicht hierzu der Auskunftspflicht des Gemeinschuldners zu entnehmen. Durch eine vollständige Auskunft und Herausgabe soll es dem Insolvenzverwalter erleichtert werden, möglichst viel zur Masse zu ziehen, um damit die größtmögliche Befriedigung der Gläubiger zu erreichen. Größtmöglich ist die Befriedigung aber nur dann, wenn auch das Auslandsvermögen – mittels Vollmacht – zur Masse gezogen werden kann. Im Rahmen eines Handelsvertretervertrages lässt sich diese Pflicht m. E. zusätzlich aus der Pflicht zur gegenseitigen Wahrung der Interessen entnehmen.

⁵¹⁰ Geimer, Rz 27; vgl. 5. Kapitel, 2. Abschnitt B.V.

⁵¹¹ Geimer, Rz 28; Rabel, 431

⁵¹² Geimer, Rz 3479

⁵¹³ RIW 1986, 828

⁵¹⁴ NJW-RR 1994, 175

Wird aus dieser Pflicht die Zulässigkeit nachvertraglicher Wettbewerbsverbote hergeleitet⁵¹⁵, so ist sie erst recht dazu geeignet, etwa im Fall der Insolvenz des Handelsvertreters dem Unternehmer einen Anspruch auf Erteilung der Vollmacht im obigen Sinne an den Insolvenzverwalter zuzubilligen. Denn im Rahmen der Insolvenz droht dem Unternehmer als Gläubiger bei einer Schmälerung der Insolvenzmasse noch konkreter eine Vermögenseinbuße als im Fall eines Wettbewerbs des Handelsvertreters zum Unternehmer.

3. Abschnitt Autonomes Belgisches Recht

A. Eröffnung eines weiteren Konkursverfahrens durch inländische Gerichte

Die Antwort auf die Frage, ob die Anerkennung eines ausländischen Hauptinsolvenzverfahrens die inländischen Gerichte hindert, ein weiteres Konkursverfahren zu eröffnen, ist im belgischen Konkursrecht nicht ausdrücklich geregelt.

Meines Erachtens ist diese Frage aber zu bejahen. Die einzige Möglichkeit, ein weiteres (inländisches) Konkursverfahren zu eröffnen, liegt in dem Sekundärinsolvenzverfahren i.S.d. Art. 3 „loi sur les faillites“. Außer diesem Verfahren enthält das „loi sur les faillites“ keinen Hinweis auf ein weiteres Konkursverfahren. Da dieses Sekundärinsolvenzverfahren erst dann anwendbar ist, wenn die EU-Verordnung gilt, sah das „loi sur les faillites“ vor Inkrafttreten der EU-Verordnung somit überhaupt keine Möglichkeit vor, ein weiteres (inländisches) Konkursverfahren zu eröffnen. Vor dem 31.5.2002 (Datum des Inkrafttretens der EU-Verordnung) war es deshalb erst recht nicht zulässig, nach Anerkennung eines ausländischen Hauptinsolvenzverfahrens ein inländisches Konkursverfahren zu eröffnen.

⁵¹⁵ Vgl. 1. Teil 2. Kapitel 1. Abschnitt C.I.2.d.

B. Vollstreckungstitel

Grundlage für eine Zwangsvollstreckung kann ein ausländischer Eröffnungsbeschluss eines Insolvenzverfahrens nur sein, wenn durch ein Exequaturverfahren gemäß Art. 570 C.J. ein entsprechendes belgisches Vollstreckungsurteil erwirkt wird.

C. Verbot vorläufiger Sicherungsmaßnahmen eines anerkennungsfähigen ausländischen Insolvenzverfahrens

Auch nach belgischem Recht existieren Sicherungsmaßnahmen (wie der Arrest), um den Gläubiger im Falle einer Einzelzwangsvollstreckung vor dem Verlust des Vollstreckungsobjektes zu schützen. Fraglich ist, ob derartige Sicherungsmaßnahmen dann erwirkt werden können, wenn das ausländische (anerkennungsfähige) Verfahren ein Verbot solcher Sicherungsmaßnahmen vorsieht. Hier kann auf die Ausführungen zu 2. Abschnitt C. verwiesen werden. Der Grundsatz der „par conditio creditorum“ verlangt auch hier, dass sich das gemäß einem ausländischen Insolvenzverfahren vorgesehene Verbot von Maßnahmen der einstweiligen Sicherung durch die Gläubiger auch auf das Inland erstreckt.

D. Inländische Singularexekution bei anerkennungsfähiger ausländischer Insolvenzeröffnung

In der unter 5. Kapitel 2. Abschnitt C.III. zitierten Entscheidung des Kassationshofes⁵¹⁶ wurde nicht nur der extraterritoriale Geltungsanspruch als Anerkennungsvoraussetzung dargelegt, sondern auch klargelegt, dass eine inländische Einzelzwangsvollstreckung nach einer anerkennungsfähigen ausländischen Insolvenzeröffnung stets einen Verstoß gegen den belgischen „ordre public“ bildet. Bei einer anerkennungsfähigen ausländischen Insolvenzeröffnung kann deshalb im Inland nicht vollstreckt werden.

⁵¹⁶ Fn 465

E. Ansprüche aus betrieblicher Altersversorgung

Da in Belgien der (selbstständige) Handelsvertreter vom Schutz des Gesetzes, welches die Rechtsgrundlage für den „fonds d'indemnisation d'entreprises“ bildet, ausgeschlossen ist⁵¹⁷, stellt sich die Kernfrage des Eintretens eines solchen Fonds im Falle einer Auslandsinsolvenz für das Rechtsverhältnis Handelsvertreter – Unternehmer auf der Grundlage des belgischen Rechts nicht.

F. Auswirkungen des ausländischen Insolvenzverfahrens auf im Inland rechtshängige Prozesse

I. Rechtshängigkeit vor Insolvenzeröffnung

Gemäß Art. 24 „loi sur les faillites“ kann bei einem inländischen Konkursverfahren eine die Konkursmasse betreffende Klage nicht gegen den Konkursverwalter fortgeführt werden. Folglich bleibt die Klage bis zu einer Aufnahme des Verfahrens durch den Konkursverwalter unterbrochen.

Was nun ausländische Insolvenzverfahren anbelangt, so setzt eine Unterbrechungswirkung dieser Verfahren diese nach übereinstimmender Auffassung in Literatur und Rechtsprechung voraus, dass das ausländische Insolvenzverfahren selbst eine solche Wirkung vorsieht und diese auch nicht gegen den internationalen „ordre public“ verstößt.⁵¹⁸ Fraglich ist, welche Verfahren insoweit als „Insolvenzverfahren“ zu qualifizieren sind.⁵¹⁹ Hierfür kann m. E. auf denselben Maßstab wie im deutsche Recht zurückgegriffen werden. Entscheidend ist somit, dass es sich um ein Verfahren handelt, welches die bestmögliche gemeinschaftliche Befriedigung der Gläubiger zum gemeinsamen Ziel hat.

⁵¹⁷ Vgl. III.B.1.5.

⁵¹⁸ Verougstraete, Nr. 1128; Cour de Cassation, RDC 1992, 360; „internationaler ordre public“ entspricht hier den Grenzen für die Anwendung ausländischen Rechts (wie in Art. 6 EGBGB) (im Gegensatz zum „ordre public interne“, der beschreibt, wovon bei anzuwendendem inländischen Recht nicht abgewichen werden darf (wie etwa §§ 134, 138 BGB))

⁵¹⁹ Verougstraete, Nr. 1124 spricht diesbezüglich von einer „procédure collective“

II. Rechtshängigkeit *nach* Insolvenzeröffnung

Wie im deutschen so stellt sich auch im belgischen Recht die Frage, ob ausländische Urteile, die eine derartige Prozessführungs- und Verfügungsbefugnis des Konkursverwalters ignorieren, in Belgien anzuerkennen sind. Als Versagung der Anerkennung kommt auch hier der „ordre public“ in Betracht. Hierzu zählt nach belgischem Verständnis jedes Gesetz, das die wichtigsten Belange des Staates und der Gemeinschaft sichert oder im Privatrecht die wichtigsten juristischen Grundlagen für die wirtschaftliche und moralische Ordnung erachtet.⁵²⁰

Im Unterschied zum deutschen Recht werden im Rahmen der Anerkennung ausländischer Urteile an den „ordre public“-Vorbehalt dabei keine strengeren Anforderungen gestellt als im (materiellen) internationalen Privatrecht. Die Frage, ob das Universalitätsprinzip – und damit auch der Zugriff auf das außerhalb Belgiens gelegene Schuldnervermögen – unter den „ordre public“ fällt, ist umstritten.⁵²¹ Mit der „Wendeentscheidung“ des BGH⁵²² stellt sich im Vergleich zu Deutschland diese Frage bei anererkennungsfähigen Konkursöffnungen nicht mehr, weil entsprechende in Deutschland anhängige Prozesse über das Schuldnervermögen ja unterbrochen wurden und Zwangsvollstreckungsmaßnahmen im Inland aus den zur Zeit der Konkursöffnung bestehenden Titeln unzulässig waren. Im Übrigen treffen m. E. insoweit auch im Hinblick auf den weiteren „ordre public“-Begriff die Überlegungen zu, die bezüglich der deutschen Rechtslage gegen eine Verletzung des „ordre public“ angeführt werden. Dies gilt sowohl mit Blick auf die EU-VO Nr. 44/2001 wie auch auf das autonome belgische Zivilverfahrensrecht. Erkennt demnach ein ausländisches Urteil die Prozessführungs- und Verfügungsbefugnis nicht an, so liegt darin noch keine Verletzung des „ordre public“.

Zu der Frage, ob der Gemeinschuldner verpflichtet ist, dem Konkursverwalter Vollmacht darin zu erteilen, Auslandsvermögen nach Belgien zu transferieren oder dies bereits im Ausland zu verwerten und zur inländischen Masse zu brin-

⁵²⁰ Cass., Pas. 1950 I, 524; Verougstraete, Nr. 175; vgl. 5. Kapitel, 2. Abschnitt C.V.

⁵²¹ Vgl. zum Meinungsstand Riegel, 114 ff.

⁵²² BGHZ 95, 256 ff.

gen, liegt in Belgien keine Rechtsprechung vor. Die unter 2. Abschnitt F.II. hierfür vorgebrachten Argumente lassen sich aber entsprechend auf die belgische Rechtslage übertragen.

4. Abschnitt Zusammenfassung

Hinsichtlich der Auswirkungen einer ausländischen Insolvenzeröffnung auf im Inland anhängige Rechtsstreitigkeiten ist für den Fall einer Rechtshängigkeit vor Insolvenzeröffnung Folgendes festzuhalten:

Mit der zitierten BGH-Entscheidung⁵²³ sowie den diese Entscheidung kommentierenden Literaturmeinungen ließen sich für die deutsche Rechtslage – wie sie bis zum 19.3.2003 galt – Kriterien der Unterbrechungswirkung eines ausländischen Insolvenzverfahrens auf solche Verfahren, die Gegenstände der Masse betreffen, herausarbeiten. Seit Inkrafttreten des Gesetzes zur Neuregelung des internationalen Insolvenzrechts wird diese Unterbrechungswirkung in knappen Worten klargestellt.

In Belgien dagegen ist kein Kriterienkatalog entwickelt worden. Allerdings hat der Kassationshof hervorgehoben, dass bei einem Verbot der Einzelzwangsvollstreckung aufgrund eines ausländischen Insolvenzverfahrens Voraussetzung ist, dass das ausländische Verfahren diese Wirkung auch selbst vorsieht und diese nicht gegen den internationalen „ordre public“ verstoßen. Während in Deutschland die Problematik bis zum 19.3.2003 unter dem Blickwinkel der Auslegung des § 240 ZPO diskutiert bzw. separat geregelt (§ 352 InsO n.F.) wurde, behandelt man in Belgien diese Frage als Teilaspekt der Anerkennung ausländischer Verfahren.

Allerdings ist auch im deutschen Recht durch die herausgearbeiteten Voraussetzungen für die Unterbrechungswirkung der enge Zusammenhang zur Anerkennung erkennbar.

⁵²³ BGHZ 95, 256

Für Rechtsstreitigkeiten, die erst nach Insolvenzeröffnung rechtshängig geworden sind, gilt:

Mit Ausnahme der in Art. 102 Abs. 3 EGIInsO a.F. bzw. § 354 Abs. 1 InsO n.F. geregelten gesonderten Insolvenzverfahren erfasst sowohl ein deutsches Insolvenz- wie auch ein belgisches Konkursverfahren das außerhalb Deutschlands bzw. Belgiens gelegene Vermögen des Schuldners.

Hinsichtlich der Versagung der Anerkennung eines ausländischen Urteils, das die entsprechende Verfügungs- und Prozessführungsbefugnis des Insolvenz- bzw. Konkursverwalters ignoriert, kommen sowohl das belgische als auch das deutsche Recht – trotz gradueller Unterschiede beim Begriff des „ordre public“ letztlich zu gleichen Ergebnissen. Die EU-Verordnung zeigt demgegenüber auch, wie mittels supranationalem Recht entsprechende Probleme bzw. Fragestellungen vermieden werden können.

Im Übrigen sind hinsichtlich der Auswirkungen einer ausländischen Insolvenzeröffnung auf das Inland die Ergebnisse nach deutschem/belgischem und EU-Recht – soweit sich gleichartige Fragestellungen ergeben – im Wesentlichen gleich.

7. Kapitel Funktionsvergleich

Bevor man die Lösungen nach belgischem, deutschem und europäischem Recht in einen rechtsvergleichenden Bezug zueinander setzt, stellt sich die Frage nach der Funktion des internationalen Insolvenzrechts. Hierzu muss man sich vergegenwärtigen, dass wir uns in einem Zeitalter ständig zunehmender Globalisierung befinden. Der Einsatz moderner Verkehrs- und Kommunikationstechniken führt zu einer immer stärkeren Vernetzung der Staaten untereinander. Dies gilt in besonders starkem Maße für Europa, das auch rechtlich immer mehr zu einer Einheit zusammenwächst. Jüngstes Beispiel hierfür ist das Projekt der Harmonisierung des europäischen Vertragsrechts.

Ein anderes Feld ist das europäische Gesellschaftsrecht. Hier sind insbesondere die kürzlich erlassenen Rechtsakte zum Statut der Europa-AG hervorzuheben. Schließlich sind gerade im Bereich der Handelsvertreter durch die Handelsvertreterrichtlinie grenzüberschreitende Aktivitäten von Handelsvertretern erleichtert worden.

Vor diesem Hintergrund kommt dem Universalitätsprinzip im internationalen Insolvenzrecht eine große Bedeutung zu. Es muss grundsätzlich gewährleistet sein, dass die Wirkungen von Insolvenzverfahren nicht auf das Rechtsgebiet eines Staates beschränkt bleiben.⁵²⁴ Dies gilt gerade auch im Hinblick auf das Funktionieren eines europäischen Binnenmarktes. Inwieweit Ausnahmen von diesem Grundsatz zuzulassen sind, ist für jede der in Betracht kommenden Ausnahmen (z.B. Zulassung von Territorialverfahren, Einschränkung des Grundsatzes der „lex fori concursus“) gesondert zu prüfen.

Die Wirkungen von Insolvenzverfahren müssen grenzüberschreitend sein – und zwar nach den jeweiligen innerstaatlich anwendbaren Rechtsnormen. Eine Harmonisierung der Insolvenzrechte der einzelnen Staaten hilft dagegen nur insoweit weiter, als das gleiche Insolvenzstatut dem Gläubiger die Teilnahme oder Einleitung eines ausländischen Insolvenzverfahrens erleichtert. Es entbindet ihn aber nicht von der Notwendigkeit, gegebenenfalls ein solches (zweites) Insolvenzverfahren auf sich nehmen zu müssen. Insoweit liefert gerade der Bereich des Insolvenzrechts ein gutes Beispiel dafür, dass im europäischen Binnenmarkt eine Harmonisierung der Rechte über grenzüberschreitende Angelegenheiten für den Binnenmarkt förderlicher ist als eine Harmonisierung der jeweiligen (materiellen) nationalen Rechte. Dies ist eine These, die sich im Übrigen auch für den Bereich des Gesellschaftsrechts aufstellen lässt.⁵²⁵ Der effizienteste Weg einer solchen Harmonisierung ist der über unmittelbar geltende Regelungen eines supranationalen Hoheitsträgers.

Diesen Weg der Harmonisierung des internationalen Insolvenzrechts im grenzüberschreitenden Bereich ist der europäische Gesetzgeber mit der EU-Ver-

⁵²⁴ Vgl. Spahlinger, 39

⁵²⁵ So Wymeersch, 158, in: 1. europäischer Juristentag

ordnung über grenzüberschreitende Insolvenzen gegangen. Zum Teil wird eingewandt, die EU-Verordnung bleibe hinter den Anforderungen der Praxis zurück, weil sie gerade nicht die bedeutsamen europaweiten oder länderübergreifenden Insolvenzen verbundener Mutter- und Tochterunternehmen umfasse.⁵²⁶

Hierbei ist zutreffend, dass die EU-Verordnung weder ausdrücklich noch mittels einer entsprechenden Auslegung⁵²⁷ Regelungen für eine Konzerninsolvenz enthält.

Dagegen spricht aber, dass z.B. Deutschland kein Konzerninsolvenzverfahren kennt. Würde nun bei grenzüberschreitender Insolvenz sich die Insolvenz eines z.B. britischen Mutterunternehmens auch bei dem – rechtlich selbstständigen – deutschen Tochterunternehmen auswirken, wäre dies in Deutschland ein Systembruch im Vergleich zum rein nationalen Konzern, für den ich keine juristisch begründbare Rechtfertigung erblicke, mag dies wirtschaftlich auch noch so wünschenswert sein. Erst wenn in den EU-Mitgliedstaaten durch jeweilige nationale Konzerninsolvenzverfahren gewissermaßen der Boden bereitet ist, macht es Sinn, durch eine EU-Regelung die Insolvenz grenzüberschreitender Konzerne zu regeln. Darüber hinaus spricht gegen ein Konzerninsolvenzrecht generell, dass sich ein solches Insolvenzverfahren über die rechtliche Selbstständigkeit der in einem Konzern verbundenen Unternehmen hinwegsetzen würde. Der Grundsatz „eine Person, ein Vermögen, eine Insolvenz“ würde durchbrochen. Andererseits ist es nicht von der Hand zu weisen, dass das Herauslösen einzelner Konzern-töchter oftmals die Sanierung des gesamten Konzerns beeinträchtigt. Dies ist allerdings die „Kehrseite der Medaille“ und Konsequenz der Beibehaltung der rechtlichen Selbstständigkeit der am Konzern beteiligten Unternehmen. Es kann nicht Aufgabe des Insolvenzrechts sein, dadurch bedingte wirtschaftliche Fehlentwicklungen juristisch zu lindern.

Hinsichtlich des Grundsatzes der Universalität statuiert die Verordnung mit der Zulassung von Territorialverfahren eine der Ausnahmen dieses Grundsatzes.

⁵²⁶ Schlegel/Boobier, Handelsblatt v. 2.1.2002, S. R 1

⁵²⁷ Vgl. hierzu Ehrlicke, EWS 2002, 101 ff.

Voraussetzung für die Zulässigkeit eines solchen Territorialverfahrens ist stets, dass der Schuldner eine Niederlassung im Gebiet des anderen Mitgliedstaates hat. Eine „Niederlassung“ in diesem Sinne ist jeder Tätigkeitsort, an dem der Schuldner einer wirtschaftlichen Aktivität von nicht vorübergehender Art nachgeht, die den Einsatz von Personal- und Vermögenswerten voraussetzt. Dieser Begriff unterscheidet sich von demjenigen in Art. 5 Nr. 5 EuGVÜ, wonach es auf die Weisungsgebundenheit der Außenstellen vom Schuldner ankommt.⁵²⁸ Der Ansicht, die hier einen der Rechtseinheit abträglichen Umstand erblickt, ist zuzustimmen.⁵²⁹ Darüber hinaus ist der Begriff der „Niederlassung“ in obigem Sinne auch angesichts der mittlerweile bestehenden Dominanz elektronischer Kommunikations- und Arbeitsmittel fragwürdig. Dies gilt gerade für den ohnehin mobilen Handelsvertreter. Die „Ubiquität“ des Internets schlägt auch in diesem Zusammenhang durch. Zudem gehört bei einem Territorialverfahren das gesamte Inlandsvermögen zur Liquidationsmasse, und zwar auch dann, wenn es in keinem Zusammenhang mit der Tätigkeit der Niederlassung steht. Dies ist nicht sachgerecht. Im Extremfall kann die Konsequenz diejenige sein, dass das Sekundärinsolvenzverfahren zur Zerschlagung des Vermögens im Niederlassungsstaat führt, obwohl es für die Sanierung in der Hauptinsolvenz benötigt wird.⁵³⁰

Dem Erwägungsgrund für die Zulassung von Partikularverfahren, den inländischen Gläubiger vor einem „Sprung ins Dunkle“⁵³¹ zu bewahren, kann zumindest für den Rechtsraum der EU nicht gefolgt werden. Mit der zunehmenden Rechtsvereinheitlichung innerhalb der EU, die mittlerweile auch das Vertragsrecht – und damit den Kernbereich der bürgerlichen Rechte – der EU-Mitgliedstaaten erreicht hat, kann von einem „Sprung ins Dunkle“ bei der Anwendung eines anderen EU-Insolvenzrechts keine Rede sein. Die Etablierung von Territorialverfahren innerhalb der EU wäre keineswegs erforderlich gewesen. Sie ist vielmehr als das Produkt der Überlegungen aufzufassen, dass kein Staat (und damit auch kein Mitgliedstaat der EU) auf Territorialverfahren verzichten möchte, aus Angst, dies könne ausgenutzt werden, obwohl man insgeheim der Überzeugung ist, ein ein-

⁵²⁸ EuGH, Rs 33/78, Slg 1978, 2183, 2190 ff.

⁵²⁹ Lüke, ZZP 1998, 275 (299); a.A. Thieme, IJVO 1995/96, 44 (83)

⁵³⁰ Lüke, ZZP 1998, 275 (300)

⁵³¹ Vgl. Hanisch, in: Vorschläge und Gutachten, 203 (209)

heitliches Insolvenzverfahren wäre der geeignetere Weg.⁵³² Innerhalb der EU ist die Statuierung von Territorialverfahren deshalb abzulehnen.

Auch im Verhältnis zu Drittstaaten führt das System der Territorialverfahren zu unnötigen Verkomplizierungen. Allerdings ist es denkbar, dass bei einem universell wirkenden Insolvenzverfahren eine vom System her fern liegende Rechtsordnung und stark lokal geprägte Rechtsverhältnisse Anwendung im Inland beanspruchen. In einem solchen Fall sind Territorialverfahren sinnvoll. Um dem Rechnung zu tragen, ist es aber nicht erforderlich, Territorialverfahren generell unter den in der EU-Verordnung geregelten Voraussetzungen zuzulassen. Vielmehr ist es angebracht, ein besonderes rechtliches Interesse an der Eröffnung eines Territorialverfahrens zu verlangen. Insoweit schlägt das neue deutsche (autonome) internationale Insolvenzrecht mit der Statuierung des besonderen Interesses in § 354 Abs. 2 InsO den richtigen Weg ein. Besser wäre es allerdings gewesen, auf das Erfordernis der Niederlassung ganz zu verzichten und alleine ein besonderes Interesse zu verlangen, dieses dann aber i.S.d. in 2. Teil 3. Kapitel 2. Abschnitt B.II. angestellten Erwägungen näher zu konkretisieren.

Was die Anwendung der „lex fori concursus“ anbelangt, so sind Einschränkungen dieses Grundsatzes aufgrund kollisionsrechtlicher Erwägungen hinzunehmen. Die Anwendung der „lex fori concursus“ führt zur Anwendung sachrechtlicher Normen. Ob die Anwendung dieser sachrechtlichen Normen der „lex fori concursus“ im Einzelfall immer angebracht ist, bedarf wertender Überlegungen. Gegebenenfalls muss der Universalitätsgrundsatz hier zurückstehen. Dies berücksichtigen sowohl die EU-Verordnung wie auch belgisches und deutsches autonomes internationales Insolvenzrecht, indem sie Abweichungen vom Grundsatz der „lex fori concursus“ zulassen.

⁵³² Eidenmüller, a.a.O., 12

Schlussbetrachtung

Bei der grenzüberschreitenden Insolvenz eines Unternehmers stellt sich für seinen Handelsvertreter die Frage, ob es lediglich ein Hauptinsolvenzverfahren oder aber auch die Möglichkeit eines (gegenständlich beschränkten) Partikularverfahrens gibt. Wird Letzteres bejaht, so ist die nächste Frage, ob er sich an einem solchen Partikularverfahren beteiligen kann und ob dies für ihn sinnvoll ist.

Zunächst soll davon ausgegangen werden, dass der Unternehmer Gemeinschuldner eines (aus deutscher Sicht) ausländischen Insolvenzverfahrens außerhalb der EU ist. Wie unter 2. Teil, 3. Kapitel, 1. Abschnitt und 2. Abschnitt B.II. dargelegt, kann unter den dort beschriebenen Voraussetzungen der Handelsvertreter die Eröffnung eines Partikularverfahrens als Sekundärinsolvenzverfahren in Deutschland beantragen. Hat der Unternehmer in Deutschland keine Niederlassung, so setzt dies ein besonderes Interesse des Handelsvertreters voraus. Unabhängig davon, wie das „besondere Interesse“ im Einzelnen genau zu definieren ist, erklärt sich der Sinn der Beantragung eines solchen Verfahrens bereits aus dem Begriff „besonderes Interesse“. Liegt ein solches vor, so ist die Beteiligung daran auch sinnvoll.

Anders ist es dann, wenn der Unternehmer eine Niederlassung oder Vermögenswerte in Deutschland hat, sodass es eines besonderen Interesses nicht bedarf. Hier ist die Beantragung eines Sekundärinsolvenzverfahrens für den Handelsvertreter dann interessant, wenn dies für eine effiziente Verwaltung der Masse erforderlich erscheint.⁵³³ Dies ist etwa dann der Fall, wenn das Vermögen des Schuldners zu verschachtelt ist, um als Ganzes verwaltet zu werden.⁵³⁴ Sinnvoll ist die Beantragung eines solchen Sekundärinsolvenzverfahrens ferner dann, wenn die insolvenzrechtliche Stellung des Handelsvertreters in Deutschland nach dem auf das Sekundärinsolvenzverfahren anzuwendende Recht bezüglich der insolvenztypischen Rechtsfolgen günstiger ist als im Ausland. Ein wesentlicher Aspekt ist dabei die Einordnung der jeweiligen Ansprüche als Masseverbindlich-

⁵³³ Duursma-Kepplinger, Art. 27, Rz 11

⁵³⁴ Duursma-Kepplinger, a.a.O.

keit oder einfache Insolvenz- bzw. Konkursforderung sowie die Gewährung von Absonderungs- oder Aussonderungsrechten.

Ist das ausländische Verfahren in einem Mitgliedstaat der EU eröffnet worden, so setzt ein gegenständlich beschränktes Sekundärinsolvenzverfahren in Deutschland voraus, dass der Handelsvertreter in Deutschland eine Niederlassung hat. Hinsichtlich der Frage, ob ein solches Verfahren sinnvoll ist, gelten die im vorigen Absatz angestellten Erwägungen entsprechend. In Bezug auf Belgien gilt es insoweit, sich die wesentlichen Ergebnisse des 2. Kapitels (1. Teil) nochmals vor Augen zu führen.

Was die Ansprüche des Handelsvertreters angeht, so steht das belgische Recht der Einordnung dieser als Masseverbindlichkeiten etwas freundlicher gegenüber als das deutsche Recht. So wird der Provisionsanspruch nach belgischem Recht immer dann, wenn Geschäftsabschluss und Ausführung nach Konkurseröffnung liegen, als Masseverbindlichkeit eingestuft, während nach deutschem Recht dies uneingeschränkt nur bei Abschluss durch den Insolvenzverwalter gilt (vgl. hierzu die tabellarische Übersicht am Schluss des 1. Teils).

Ebenso statuiert das belgische Recht Schadensersatzansprüche infolge vorzeitiger Vertragsauflösung als Masseverbindlichkeiten. Im Gegensatz dazu sieht es aber keinen Anspruch auf Entschädigung für die Dauer einer nachvertraglichen Wettbewerbsbeschränkung vor. Hinsichtlich der Aussonderung bestehen keine wesentlichen Unterschiede zwischen Deutschland und Belgien, aufgrund derer dem Handelsvertreter generell die Beantragung eines Partikularverfahrens anzuraten wäre. Dies gilt auch für die Absonderung. Zwar ist das System hier unterschiedlich (in Belgien ist die Absonderung systematisch dem Privilegiensystem der „dettes dans la masse“ zuzuordnen). Praktische Auswirkungen in der Weise, dass dem Handelsvertreter deshalb generell die Beantragung eines Partikularverfahrens anzuraten wäre, hat dies aber ebenso wenig wie die Tatsache, dass die Gegenstände der Absonderung in Belgien und Deutschland unterschiedlich sind. Unterschiede zwischen belgischer und deutscher Rechtslage bestehen schließlich dort, wo es darum geht, ob bestimmte Ansprüche des Handelsvertreters überhaupt bestehen. Dies berührt jedoch nicht die Frage der insolvenzrecht-

lichen Einordnung. Denn Letzteres setzt das Bestehen bestimmter Ansprüche ja voraus.

Trägt sich der Handelsvertreter mit dem Gedanken der Eröffnung eines Partikularverfahrens in Deutschland, kommt es einzig und allein darauf an, ob die Rangstellung bzw. Möglichkeit der Aus- oder Absonderung nach dem deutschen Insolvenzrecht günstiger ist als im Ausland. Dies kann im Verhältnis zu Belgien generell nur bezüglich der Einordnung der Ansprüche des Handelsvertreters als Masseverbindlichkeit gesagt werden. Im Übrigen kommt es immer auf den Einzelfall und die konkret in Rede stehenden Ansprüche an.

Liegt der Fall so, dass ein Insolvenzverfahren über den Gemeinschuldner noch nicht eröffnet wurde, der Handelsvertreter sich aber mit dem Gedanken eines gegenständlich beschränkten Partikularverfahrens vor Eröffnung eines Hauptinsolvenzverfahrens trägt, so ist ein „besonderes Interesse“ bzw. die Voraussetzungen des Art. 3 Abs. 4 EU-VO zu beachten.

Hinsichtlich des besonderen Interesses gilt das zu den Sekundärinsolvenzverfahren Gesagte entsprechend. In Bezug auf Belgien ist – sofern die Voraussetzungen des Art. 3 Abs. 4 EU-VO erfüllt sind – letztlich wieder ein Vergleich der insolvenzrechtlichen Stellung des Handelsvertreters nach deutscher und belgischer Rechtslage entscheidend. Insoweit kann auf das oben Gesagte verwiesen werden.

Letzteres gilt auch dann, wenn für den Handelsvertreter nicht die Beantragung eines Sekundärinsolvenz- bzw. Partikularverfahrens in Deutschland, sondern in Belgien (anstelle eines alleinigen Hauptinsolvenzverfahrens in Deutschland) in Betracht gezogen wird. Hinsichtlich eines Partikular- bzw. Sekundärinsolvenzverfahrens anstelle eines alleinigen Hauptinsolvenzverfahrens außerhalb der EU bleibt dafür in Belgien kein Raum, da Art. 3 des „loi sur les faillites“ ausschließlich grenzüberschreitende Insolvenzen innerhalb der EU im Auge hat.

Ist es nicht der Unternehmer, sondern der Handelsvertreter, der in Insolvenz gefallen ist, so gelten die oben angeführten Erwägungen entsprechend. Bezüglich

der Einordnung als Masseverbindlichkeit bzw. einfacher Insolvenzforderung bestehen zwischen Belgien und Deutschland keine Unterschiede. Lediglich hinsichtlich der Aussonderung bei Herausgabeansprüchen ist das belgische Recht etwas rigider als das deutsche Recht.

Als Fazit der Darlegungen zu sach- und international insolvenzrechtlichen Aspekten im Rahmen des Handelsvertreter-Unternehmer-Verhältnisses lässt sich Folgendes feststellen:

1. Die EU-Handelsvertreterrichtlinie hat für einen weitgehenden, aber nicht völligen Gleichklang bezüglich Begriff und Ansprüchen des Handelsvertreters nach deutschem und belgischem Recht gesorgt.
2. Die von der Handelsvertreterrichtlinie nicht geregelten Auswirkungen einer Insolvenz hängen ab von der Einbettung des Handelsvertreters in das jeweilige Handels- und Zivilrecht.
3. Eine eventuelle Harmonisierung der nationalen Insolvenzrechte muss deshalb in hohem Maße die Begriffsbildung des jeweiligen Zivil- und Handelsrechtes mit einbeziehen.
4. Bei grenzüberschreitenden Insolvenzen ist das Universalitätsprinzip soweit wie möglich zu realisieren; innerhalb der EU sollte auf Territorialverfahren verzichtet werden.
5. Die Frage, ob der Handelsvertreter bzw. der Unternehmer ein inländisches Partikularverfahren (in Deutschland oder Belgien) beantragen sollte, lässt sich nicht allgemein, sondern nur für den jeweiligen Einzelfall beantworten. Der Grund dafür liegt darin, dass die Unterschiede hinsichtlich der insolvenzrechtlichen Stellung von Handelsvertreter und Unternehmer nicht so groß sind, als dass generell ein Partikularverfahren anzuraten wäre.

Literaturverzeichnis

1. Kommentare

Baumbach, Adolf/Hopt, Klaus J.: Handelsgesetzbuch, 31. Aufl., München 2003
(zitiert: Baumbach/Hopt)

Duursma-Kepplinger, Henriette/Duursma, Dieter/Chalupsky, Ernst: Europäische
Insolvenzordnung, Wien, New York 2002 (zitiert nach Bearb.)

Ebenroth, Carsten Thomas/Boujong, Karlheinz/Joost, Detlev: Handelsgesetz-
buch, München 2001 (zitiert: Ebenroth/Boujong/Joost – Bearb.)

Ermann, Walter: Handkommentar zum BGB, Band I, 10. Auflage, Münster 2000
(zitiert: Ermann – Bearb.)

Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung, Anhang I, Internationales Insol-
venzrecht, 3. Aufl., Neuwied, Kriftel 2002 (Bearbeiter: Klaus Wimmer) (zi-
tiert: Wimmer)

Hess, Harald: Kommentar zur Insolvenzordnung mit EGInsO, 2. Aufl., Heidelberg
2001 (zitiert: Hess)

Hess, Harald/Pape, Gerhard: InsO und EGInsO – Grundzüge des neuen Insol-
venzrechts, Köln 1995 (zitiert: Hess/Pape)

Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung, Hrsg. Dieter Eickmann, 2. Aufl.,
Heidelberg 2001 (zitiert: HK – Bearb.)

Heymann, Ernst (Begr.): Handelsgesetzbuch (ohne Seerecht), 1. Buch, 1. Einlei-
tung, §§ 1-104, 2. Aufl., Berlin, New York 1989 (zitiert: Heymann – Bearb.)

Jaeger, Ernst: Konkursordnung §§ 239-244, 8. Aufl., Berlin, New York 1973 (zi-
tiert: Jaeger – Bearb.)

Jaeger, Ernst: Konkursordnung §§ 1-42 (bearbeitet von Wolfram Henckel),
9. Aufl., Berlin, New York 1997 (zitiert: Jaeger/Henckel)

Kilger, Joachim/Schmidt, Karsten: Insolvenzgesetze, KO/VglO/GesO, 17. Aufl.,
München 1997 (zitiert: Kilger/Schmidt)

- Kübler, Bruno M./Prütting, Hanns: Kommentar zur Insolvenzordnung (Losebl.), Köln 1998 ff. (zitiert: Kübler/Prütting – Bearb.)
- Kuhn, Georg/Uhlenbruck, Wilhelm: Konkursordnung, 11. Aufl., München 1994 (zitiert: Kuhn/Uhlenbruck)
- Lucas, André: Code Civil 2001, Paris 2000
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Hrsg. Kurt Rebmann, Franz Jürgen Säcker, Band 10, Art. 1-38 EGBGB, IPR, 3. Aufl., München 1998 (zitiert: MüKo – Bearb.)
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Hrsg. Kurt Rebmann, Franz Jürgen Säcker, Band 11, Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., München 1999 (zitiert: MüKo – Bearb., Internationales Gesellschaftsrecht)
- Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 1, Erstes Buch. Handelsstand, Hrsg. Karsten Schmidt, München 1996 (zitiert: MüKo HGB – Bearb.)
- Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, Hrsg. Hans Peter Kirchhof, Hans Jürgen Lwowski, München 2002 (zitiert: MüKo InsO – Bearb.)
- Nerlich, Jörg/Römermann, Volker: Insolvenzordnung (Losebl.), München 1999 ff. (zitiert: Nerlich/Römermann – Bearb.)
- Palandt: Bürgerliches Gesetzbuch, 62. Aufl., München 2003 (zitiert: Palandt – Bearb.)
- Répertoire pratique du droit belge, Bd. V, Brüssel, Paris 1933 (zitiert: RPDB)
- Schlegelberger: Handelsgesetzbuch, Bd. II, 5. Aufl., München 1973 (zitiert: Schlegelberger)
- Smid, Stefan (u.a.): Insolvenzordnung, Stuttgart 1999
- Soergel: Kommentar zum BGB, 17. Aufl., Stuttgart 1988 ff. (zitiert: Soergel – Bearb.)

Staub, Hermann: Handelsgesetzbuch, Erster Band, 4. Aufl., Berlin 1995 (zitiert: Staub – Bearb.)

Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band: Internationales Gesellschaftsrecht, bearbeitet von Bernhard Großfeld, Neubearbeitung Berlin, New York 1998

Thomas, Heinz/Putzo, Hans: ZPO, 24. Aufl., München 2002

Uhlenbruck: Insolvenzordnung, 12. Aufl., München 2003 (zitiert: Uhlenbruck – Bearb.)

Zöller, Richard: Zivilprozeßordnung, 21. Aufl., Köln 1999

2. Lehrbücher, Monographien, Aufsätze

Ackmann, Hans-Peter/Wenner, Christian: Inlandswirkung des Auslandskonkurses, Verlustscheine und Restschuldbefreiungen, IPRax 1990, 209 ff.

Aderhold, Eltje: Auslandskonkurs im Inland: Entwicklung und System des deutschen Rechts mit praktischen Beispielen unter besonderer Berücksichtigung des Konkursrechts der Vereinigten Staaten von Amerika, Englands, Frankreichs sowie der Schweiz, Berlin 1992

Arteaga, Marco S.: Endlich Konkursicherheit für Unternehmerpensionszusagen, ZIP 1998, 276 ff.

Balz, Manfred: Das neue europäische Insolvenzübereinkommen, ZIP 1996, 948 ff.

Baur, Fritz/Stürner, Rolf: Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, 12. Aufl., Heidelberg 1990 (zitiert: Baur/Stürner)

Becker, Christoph: Insolvenz in der Europäischen Union, ZEuP 2002, 287 ff.

Behrens, Peter: Das Internationale Gesellschaftsrecht nach dem Überseering-Urteil des EuGH und den Schlussanträgen zu Inspire Art, IPRax 2003, 193 ff.

- Beuthien, Volker: Stellung und Schutz der freien Mitarbeiter im Arbeitsrecht, RdA 1978, 2 ff.
- Birk, Ernst: Die betriebliche Altersversorgung bei Auslandsbeziehungen, eine kollisionsrechtliche Skizze, in: Festschrift für Gerhard Müller, Berlin 1981, 31 ff. (zitiert: Birk)
- Bloching, Micha: Pluralität und Partikularinsolvenz: eine Untersuchung zum deutschen internationalen Insolvenzrecht, Berlin 2000
- Bocken, Hubert/de Bondt, Walter: Introduction to Belgian law, Brüssel, Den Haag, London, Boston 2001 (zitiert: Bocken/de Bondt)
- Bork, Reinhard: Zur Dogmatik des § 17 KO, Festschrift für Albrecht Zeuner zum Siebzigsten Geburtstag, Tübingen 1994
- Breuer, Wolfgang: Das neue Insolvenzrecht, München 1998 (zitiert: Breuer)
- Cloquet, André: Les nouvelles, droit commercial, Bd. IV „Les concordats et la faillite“ 3. Aufl., Brüssel 1985 (zitiert: Cloquet, nouvelles)
- Colle, Philippe: Problemen van internationaal faillissementsrecht in een Belgisch rechtvergelijkend perspectief, T.P.R. 1993, 473 ff.
- Coppens, Pierre: Examen de jurisprudence (1961-1964), Faillites et concordats, RCJB 1965, 53 ff.
- Crahay, Paul: La loi relative au contrat d'agence commerciale: résiliation et indemnité d'éviction, RDC 1995, 827 ff.
- Delvaux, André/Dessard, Daniel: Le contrat d'entreprise de construction, in: Répertoire notarial 9, Nr. 340-341, Brüssel 1991 (zitiert: Delvaux/Dessard)
- Demeyere, Luc/Everaert, Joost: Die neue belgische Gesetzgebung über das Vergleichs- und Konkursverfahren, KTS 1999, 165 ff.
- Dursin, Eric/van den Broeck, Koen (Hrsg.): Handelsagentuur, Deel I, Gent 1997 (zitiert: Dursin/van den Broeck)
- Ehricke, Ulrich: Die neue Europäische Insolvenzordnung und grenzüberschreitende Konzerninsolvenzen, EWS 2002, 101 ff.

- Eidenmüller, Horst: Europäische Verordnung über Insolvenzverfahren und zukünftiges Deutsches internationales Insolvenzrecht, IPRax 2001, 2 ff.
- Escher, Alfred: BB-Kommentar zu BGH-Urteil v. 4.11.1998, BB 1999, 72 f.
- Everling, Ulrich: Zur Auslegung des durch EG-Richtlinien angeglichenen Rechts, ZGR 1992, 376 ff.
- Favoccia, Daniela: Vertragliche Mobiliarsicherheiten im internationalen Insolvenzrecht, Köln, Berlin, Bonn, München 1991
- Firsching, Karl/von Hoffmann, Bernd: Internationales Privatrecht, 4. Aufl., München 1995
- Flessner, Axel: Internationales Insolvenzrecht in Deutschland nach der Reform, IPRax 1997, 1 ff.
- Flessner, Axel: Das künftige internationale Insolvenzrecht im Verhältnis zum Europäischen Insolvenzübereinkommen. Anwendbares Recht, Reichweite der Anerkennung, Insolvenzplan und Schuldbefreiung, in: Stoll: Vorschläge und Gutachten zur Umsetzung des EU-Insolvenz-Übereinkommens über Insolvenzverfahren im deutschen Recht, Tübingen 1997
- Fratangelo, P./Malatesta, F.: Le droit international privé de la faillite en Belgique et en Italie; réflexions comparatives, RDC 1996, 806 ff.
- Frédéricq, Louis: Traité de droit commercial belge, Bd. VII, Gent 1949
- Freitag, Robert: Der Wettbewerb der Rechtsordnungen im Internationalen Gesellschaftsrecht, EuZW 1999, 267 ff.
- Fricke, Martin: Anerkennungszuständigkeit zwischen Spiegelbildgrundsatz und Generalklausel: die deutsche Anerkennungszuständigkeit in rechtsvergleichender, rechtshistorischer und rechtspolitischer Sicht, Bielefeld 1990
- Geimer, Reinhold: Internationales Zivilprozeßrecht, 4. Aufl., Köln 2001 (zitiert: Geimer)
- Gotthardt, Peter Jürgen: Der Vertrauensschutz bei der Anscheinsvollmacht im deutschen und französischen Recht, Karlsruhe 1970

- Gottwald, Peter: Insolvenzrechtshandbuch, 1. Aufl., München 1990 (zitiert: Gottwald – Bearb., 1. Aufl.)
- Gottwald, Peter: Grenzüberschreitende Insolvenzen, München 1997
- Gottwald, Peter: Insolvenzrechtshandbuch, 2. Aufl., München 2001 (zitiert: Gottwald – Bearb.)
- Großfeld, Bernhard: Internationales und Europäisches Unternehmensrecht, 2. Aufl., Heidelberg 1995
- Guimezanes, Nicole: Introduction au droit français, 2. Aufl., Baden-Baden 1999
- Habscheid, Edgar: Internationales Konkursrecht und Einzelrechtsverfolgung, KTS 1989, 593 ff.
- Habscheid, Edgar: Konkursstatut und Wirkungsstatut bei der internationalen und künftigen innereuropäischen Insolvenzanfechtung, ZZP 2001, 167 ff.
- Habscheid, Edgar: Konkurs in den USA und seine Wirkungen in Deutschland (und umgekehrt), NZI 2003, 238 ff.
- Hadding, Walther/Schneider, Uwe H.: Recht der Kreditsicherheiten in europäischen Ländern, Teil III: Belgien, in: Untersuchungen über das Spar-, Giro- und Kreditwesen, Band 18, Berlin 1979
- d'Haeyer, Ingrid: Belgisch internationaal privaatrecht, Gent 1998
- Hanisch, Hans: Aktuelle Probleme des internationalen Insolvenzrechts, SchwJBIntR 1980 (Bd. 36), 109 ff.
- Hanisch, Hans: Kurzkommentar zu OLG München, ZIP 1996, 385, EWiR § 240, ZPO 1/96, 383 f.
- Hanisch, Hans: Stellungnahme zu der Frage, ob und ggf. in welcher Weise ein in seiner Wirkung territorial beschränktes Sonderinsolvenzverfahren über das Inlandsvermögen eines Schuldners vorzusehen ist, wenn dieser den Mittelpunkt seiner hauptsächlichen Interessen im Ausland hat, in: Stoll: Vorschläge und Gutachten zur Umsetzung des EU-Übereinkommens über Insolvenzverfahren im deutschen Recht, Tübingen 1997

- Hansenne, Jacques: Introduction au droit privé, 3. Aufl., Diegem 1997
- Häsemeyer, Ludwig: Insolvenzrecht, 2. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München 1998
- Van Hecke, Georges/Lenaerts, Koen: Internationaal privaatrecht, Gent 1986
- Herchen, Axel: Das Übereinkommen über Insolvenzverfahren der Mitgliedstaaten der Europäischen Union vom 23.11.1995: Eine Analyse zentraler Fragen des Internationalen Insolvenzrechts unter besondere Berücksichtigung dinglicher Sicherheiten, in: Würzburger rechtswissenschaftliche Schriften (Bd. 19), Würzburg 2000
- Herring, Rod Alexander: Das künftige belgische Handelsvertreterrecht, RIW 1994, 629 ff.
- Hoffmann, Elisabeth: Grundzüge des belgischen Handels-, Gesellschafts- und Wirtschaftsrechts, Bern, München 1996 (zitiert: Hoffmann)
- Hoffstadt, Otto R.: Rechtsstellung des Handelsvertreters im Konkurs des vertretenen Unternehmers, DB 1983, 645 ff.
- Holling, Werner: Der Provisionsanspruch des Handelsvertreters bei Nichtausführung eines abgeschlossenen Geschäftes durch das vertretene Unternehmen, DB 1960, 79 f.
- Hopt, Klaus J.: Handelsvertreterrecht, 3. Aufl., München 2003 (zitiert: Hopt)
- Van Houtte, Hans: Eigendoms-voorbehoud en transnational faillissement, JCB 1982, 421 ff.
- Hoyningen-Huene, Gerrick von: Die kaufmännischen Hilfspersonen, München 1996 (zitiert: von Hoyningen-Huene)
- Hromadka, Wolfgang: Zur Begriffsbestimmung des Arbeitnehmers, DB 1998, 195 ff.
- Huber, Peter: Internationales Insolvenzrecht in Europa, ZZP 2001, 133 ff.
- Hübner, Ulrich/Constantinesco, Vlad: Einführung in das französische Recht, 4. Aufl., München 2001

- Hümmerich, Klaus: Arbeitsverhältnis als Wettbewerbsgemeinschaft, NJW 1998, 2625 ff.
- Jassogne, Christian: Traité pratique de droit commercial, Bd. 2, Brüssel 1992 (zitiert: Jassogne, Traité II)
- Jassogne, Christian: L'agent commercial et le représentant de commerce en droit belge, in: Les contrats de distribution commerciale en droit belge et en droit français (sous la direction de Bernard Pinchart et Jean Paul Triaille), (zitiert: Jassogne, Les contrats de distribution)
- Kemper, Jutta: Die Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 über Insolvenzverfahren, ZIP 2001, 1609 ff.
- Kieninger, Eva-Maria/Storme, Matthias E.: Das neue belgische Recht des Eigentumsvorbehalts, RIW 1999, 94 ff.
- Kindler, Peter: Anerkennung der Scheinauslandsgesellschaft und Niederlassungsfreiheit, IPRax 2003, 41 ff.
- Klima, Peter: Handelsvertreterrecht in Frankreich, in: Graf von Westphalen (Hrsg.), Handbuch des Handelsvertreterrechts in den EU-Staaten und der Schweiz, Köln 1995, 425 ff.
- Koch, Harald: Auslandskonkurs und Unterbrechung des Inlandsprozesses, NJW 1989, 3072 ff.
- Kocks, Christoph: Handelsvertreterrecht in Belgien, in: Graf von Westphalen (Hrsg.), Handbuch des Handelsvertreterrechts in den EU-Staaten und der Schweiz, Köln 1995, 9 ff. (zitiert: Kocks)
- Kolmann, Stephan (u.a.): Kooperationsmodelle im internationalen Insolvenzrecht: Empfiehlt sich für das deutsche internationale Insolvenzrecht eine Neuorientierung?, Bielefeld 2001
- Konzen, Horst: Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts im Jahr 1977, ZfA 1978, 451 ff.
- Kraemer, Joachim (Bearb.): Das neue Insolvenzrecht: Gesetze – Begründung – Materialien, Bonn 1995

- Kreft, Gerhard: Die Wende in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtshofes. Über die Wirkung des Auslandskonkurses im Inland, ZIP 1997, 465 ff.
- Krull, Helge: Zur Abwicklung schwebender Vertragsverhältnisse im künftigen Insolvenzverfahren, ZInsO 1998, 291 ff.
- Küstner, Wolfram/Manteuffel, Kurt von: Handbuch des gesamten Außendienstrechts, Bd. 1: Das Recht des Handelsvertreters, 2. Auflage, Heidelberg 1992 (zitiert: Küstner/v. Manteuffel)
- Lange, Werner: Anmerkung, DNotZ 1999, 599
- Lau, Emil: Zur Änderung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes über die Wirkung des Auslandskonkurses im Inland, BB 1986, 1450 f.
- Lehr, Wolfgang: Die neue EU-Verordnung über Insolvenzverfahren und deren Auswirkungen für die Unternehmenspraxis, KTS 2000, 577 ff.
- Leible, Stefan/Staudinger, Ansgar: Die europäische Verordnung über Insolvenzverfahren, KTS 2000, 533 ff.
- Leipold, Dieter: Ausländischer Konkurs und inländischer Zivilprozess, Festschrift für Karl Heinz Schwab zum siebzigsten Geburtstag, München 1990, 289 ff.
- Leipold, Dieter: Das Internationale Insolvenzrecht im deutschen Reformwerk 1994, in: Festschrift für Wolfram Henckel, 1995, 533 ff.
- Lieb, Manfred: Beschäftigung auf Produktionsdauer – selbständige oder unselbständige Tätigkeit?, RdA 1977, 210 ff.
- Liersch, Oliver: Deutsches Internationales Insolvenzrecht, NZI 2003, 302 ff.
- Lüer, Hans Jochem: Deutsches Internationales Insolvenzrecht nach der neuen Insolvenzordnung, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung 1997, 1217 ff.
- Lüke, Wolfgang: Das europäische Insolvenzrecht, ZZP 1998, 275 ff.
- Mankowski, Peter: Inlandskonkurs und Vollstreckbarerklärungsverfahren, ZIP 1994, 1583 ff.

- Mankowski, Peter: Konkursgründe beim inländischen Partikularkonkurs, ZIP 1995, 1650 ff.
- Martini, Ulf: Die Europäische Insolvenzverordnung über Insolvenzverfahren v. 29.5.2000 und die Rechtsfolgen für die Praxis, ZInsO 2002, 905 ff.
- Matthießen, Volker: Arbeits- und handelsvertreterrechtliche Ansätze eines Franchisenehmer-Schutzes, ZIP 1988, 1089 ff.
- Medicus, Dieter: Bürgerliches Recht, 18. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München 1999 (zitiert: Medicus)
- Mohrbutter, Jürgen u. Harro: Handbuch der Insolvenzverwaltung, 7. Aufl., Köln 1996 (zitiert: Mohrbutter – Bearb., Hdb.)
- Müller-Freienfels, Wolfram: Die Vertretung beim Rechtsgeschäft, Tübingen 1955 (zitiert: Müller-Freienfels)
- Nagel, Heinrich/Gottwald, Peter: Internationales Zivilprozessrecht, 5. Aufl., Münster 2002
- von Oertzen, Christian: Inlandswirkungen eines Auslandskonkurses, Mainz 1990
- Paulus, Christoph: Die europäische Insolvenzverordnung und der deutsche Insolvenzverwalter, NZI 2001, 506 ff.
- Philippe, Denis/Herring, Rod Alexander: Vertragsanpassungs- und Härteklauseeln in Langzeitverträgen – belgisches Recht im internationalen Vergleich, RIW 2001, 270 ff.
- Pielorz, Michael: Inlandsvermögen im Auslandskonkurs, ZIP 1980, 239 ff.
- Prütting, Hans: Aktuelle Entwicklungen des internationalen Insolvenzrechts, ZIP 1996, 1277 ff.
- Raape, Leo: Internationales Privatrecht, 4. Aufl., Berlin, Frankfurt 1955
- Rabel, Ernst: The Conflict of Laws: A comparative study, Bd. 2, 2. Aufl., Ann Arbor 1960

- Reinecke, Gerhard: Neudefinition des Arbeitnehmerbegriffs durch Gesetz und Rechtsprechung, ZIP 1998, 581 ff.
- Reinhart, Stefan: Sanierungsverfahren im internationalen Insolvenzrecht: eine rechtsvergleichende Untersuchung über die besonderen internationalrechtlichen Probleme liquidationsabwendender Insolvenzverfahren, Berlin 1995
- Reithmann, Christoph/Martiny, Dieter/Hausmann, Rainer: Internationales Vertragsrecht. Das IPR der Schuldverträge, 5. Aufl., Köln 1996
- De Paepe, P.: Etudes sur la compétence civile à l'égard des étrangers, Bd. II, Brüssel, Paris 1902
- Rheinstein, Max: Einführung in die Rechtsvergleichung, 2. Auflage, München 1987
- Riegel, Ralf: Grenzüberschreitende Konkurswirkungen zwischen der Bundesrepublik Deutschland, Belgien und den Niederlanden: Anerkennung, anwendbares Recht, Tatbestandswirkungen (zitiert: Riegel)
- Roellecke, Gerd: Pfändung von Handelsvertreterprovisionen, BB 1957, 1158 f. (zitiert: Roellecke, in: Anm. zu LG Bochum)
- Roniger, Rainer: Das neue Vertriebskartellrecht, Wien 2000
- Roth, Günter H.: Gründungstheorie: Ist der Damm gebrochen?, ZIP 1999, 861 ff.
- Roth, Wulf Henning: Internationales Gesellschaftsrecht nach Überseering, IPRax 2002, 117 ff.
- van Ryn, Jean/Heenen, Jacques: Principes de droit commercial, Band IV, 1. Aufl., Brüssel 1965 (zitiert: van Ryn)
- Schack, Haimo: Internationales Zivilverfahrensrecht, 2. Aufl., München 1996 (zitiert: Schack, IZVR)
- Schlegel, Peter Bert und Ursula: Das EU-Insolvenzrecht offenbart Lücken im Detail, FAZ vom 20.8.2003, 17

- Schlosser, Peter: Europäische Wege aus der Sackgasse des deutschen internationalen Insolvenzrechts, RIW 1983, 473 ff.
- Schmidt, Christine: Introduction à la langue française, Baden-Baden 1997
- Schmitz, Klaus: Mängel nach Abnahme und offener Werklohnanspruch – ein wesentlicher Anwendungsbereich des § 103 InsO bei Bauverträgen, ZIP 2001, 765 ff.
- Schollmeyer, Eberhard: Gegenseitige Verträge im internationalen Insolvenzrecht, Köln, Berlin, Bonn, München 1997
- Schröder, Georg: Wichtige Gesetzesänderungen im Ausgleichsrecht der Handelsvertreter, DB 1976, 1269
- Schwerdtner, Peter: Der Insolvenzschutz von Betriebsrentenansprüchen bei Arbeitsverhältnissen mit Auslandsberührung, ZIP 1986, 1030 ff.
- Sellhorst, Ute: Rechte des Handelsvertreters in Konkurs und Vergleich des vertretenen Unternehmers, Bd. 15 der Arbeitspapiere für Handelsvertreter und Handelsmakler, Köln 1997 (zitiert: Sellhorst, KO)
- Sellhorst, Ute: Rechte des Handelsvertreters bei Insolvenz des vertretenen Unternehmens, Bd. 18 der Arbeitspapiere für Handelsvermittlung und Vertrieb, Köln 1997 (zitiert: Sellhorst, InsO)
- Siehr, Kurt: Internationales Privatrecht, Heidelberg 2001 (zitiert: Siehr)
- Sonnenberger, Hans Jürgen/Autexier, Christian: Einführung in das französische Recht, 3. Aufl., Heidelberg 2000
- Sonnenberger, Hans Jürgen/Großerichter, Helge: Konfliktlinien zwischen internationalem Gesellschaftsrecht und Niederlassungsfreiheit, RIW 1999, 721 ff.
- Sonnentag, Michael: Auslandskonkurs und Anfechtung im Inland, IPRax 1998, 330 ff.
- Spahlinger, Andreas: Sekundäre Insolvenzverfahren bei grenzüberschreitenden Insolvenzen; eine vergleichende Untersuchung zum deutschen, US-amerikanischen, schweizerischen und europäischen Recht, Tübingen 1988 (zitiert: Spahlinger)

- Stolterfoth, Joachim: Die Selbständigkeit des Handelsvertreters, Düsseldorf 1973
(zitiert: Stolterfoth)
- Summ, Cornelia: Anerkennung ausländischer Konkurs in der Bundesrepublik Deutschland: eine Darstellung am Beispiel englischer, italienischer und französischer Insolvenzverfahren, Berlin 1992 (zitiert: Summ)
- Taupitz, Jochen: Das (zukünftige) europäische Internationale Insolvenzrecht – insbesondere aus internationalprivatrechtlicher Sicht –, ZZP 1998, 315 ff.
- Thieme, Jürgen: Vermögensgerichtsstände, Inlandsbezug und Partikularkonkurs. Auf den Spuren eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes im deutschen und im europäischen internationalen Konkursrecht (§ 238 KO, § 22 GesO, Art. 102 EGIInsO, Art. 3, 32 EuKÜ 1995), IJVO 1995/96, 44 ff.
- Thume, Karl-Heinz: Neue Rechtsprechung zum Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters und des Vertragshändlers, BB 1998, 1425 ff.
- Trunk, Alexander: Dogmatische Grundlagen der Anerkennung von Auslandskonkursen, KTS 1987, 426 ff.
- Trunk, Alexander: Auslandskonkurs und inländische Zivilprozesse, ZIP 1989, 279 ff.
- Trunk, Alexander: Internationales Insolvenzrecht, München 1998 (zitiert: Trunk)
- Ulmer, Peter: Der Vertragshändler, München 1969
- Vander Elst, Raymond/Weser, Martha/Jenard, Paul: Droit international privé belge et droit conventionnel international, Bd. 2, Brüssel 1985 (zitiert: Vander Elst/Weser/Jenard)
- Verougstraete, Ivan: Manuel de la faillite et du concordat, Diegem 1998
- Virgos, Miguel/Schmit, Etienne: Erläuternder Bericht zu dem EU-Übereinkommen über Insolvenzverfahren, in: Stoll: Vorschläge und Gutachten zur Umsetzung des EU-Übereinkommens über Insolvenzverfahren in deutsches Recht, Tübingen 1997, 32 ff.
- Wank, Rolf: Die neue Selbständigkeit, DB 1992, 90 ff.

- Weller, Marc-Philippe: Scheinauslandsgesellschaften nach Centros, Überseering und Inspire Art: Ein neues Anwendungsfeld für die Existenzvernichtungshaftung, IPRax 2003, 207 ff.
- Westphal, Bernd: Die Handelsvertreterrichtlinie und deren Umsetzung in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union, Köln 1994
- von Westphalen, Graf: Handbuch des Handelsvertreterrechts in EU-Staaten und der Schweiz, Köln 1995 (zitiert: Handbuch Handelsvertreterrecht)
- Wilmowsky, Peter: Sicherungsrechte im Europäischen Insolvenzübereinkommen, EWS 1997, 295 ff.
- Wilmowsky, Peter: Aufrechnung in internationalen Insolvenzfällen – das Kollisionsrecht der Insolvenzaufrechnung –, KTS 1998, 343 ff.
- Wochner, Georg: Die unselbständige Stiftung, ZEV 1999, 125 ff.
- de Wulf, Hans/Wautelet, Patrick: Aspecten van internationaal privaatrecht, in: Brauckmanns, Dirix, Wymeersch Faillissement Gerechtig Akoord: het nieuwe Recht, Antwerpen 1998 (zitiert: Wulf/Wautelet)
- Wymeersch, Eddy: Gesellschaftsrecht in Europa und europäisches Gesellschaftsrecht, in: 1. Europäischer Juristentag, 2. Aufl., Baden-Baden 2002
- Zenner, Alain: Faillites et concordats 2002, Bruxelles 2003 (zitiert: Zenner)
- Zenner, Alain/Afschrift, Thierry: La répartition des actifs d'une société belge faillie possédant des entreprises distinctes en Belgique et à l'étranger, J.C.B. 1981, 77 ff. (zitiert: Zenner/Afschrift)
- Zweigert, Konrad/Kötz, Hein: Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Auflage, Tübingen 1996 (zitiert: Zweigert/Kötz)

Lebenslauf

Geboren am 02.03.1965 in Düsseldorf

1971 – 1975: Besuch der städtischen Wilhelm-Hüls-Grundschule in Hilden

1984: Abitur am städtischen Helmholtz-Gymnasium in Hilden

01.10.1984 – 31.12.1985: Ableistung des Grundwehrdienstes

SS 1986 – WS 1991/92: Studium der Rechtswissenschaften an den Universitäten Mainz und Genf (Schweiz)

17.02.1992: Erfolgreiche Ablegung der ersten juristischen Staatsprüfung in Mainz

01.09.1992 – 27.7.1995: Juristischer Vorbereitungsdienst mit Stationen u.a. in Brüssel und Luxemburg

27.07.1995: Erfolgreiche Ablegung der zweiten juristischen Staatsprüfung in Düsseldorf

01.01.1996 - 31.08.1996: Trainee im Ausbildungsring deutscher Industrie- und Handelskammern mit Stationen in Hamburg, Bonn und Helsinki

01.09.1996 – 31.03.2004: Wissenschaftlicher Mitarbeiter bei der Industrie- und Handelskammer Rhein-Neckar in Mannheim

seit 01.04.2004: Referent bei der Bundesagentur für Außenwirtschaft in Köln

verheiratet, 1 Sohn