

JAN-HENNING WYEN

Rechtswahlfreiheit
im europäischen
Insolvenzrecht

*Max-Planck-Institut
für ausländisches und internationales
Privatrecht*

*Studien zum ausländischen
und internationalen Privatrecht*

304

Mohr Siebeck

Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht

304

Herausgegeben vom

Max-Planck-Institut für ausländisches
und internationales Privatrecht

Direktoren:

Jürgen Basedow, Holger Fleischer und Reinhard Zimmermann



Jan-Henning Wyen

Rechtswahlfreiheit im europäischen Insolvenzrecht

Eine Untersuchung zum *forum shopping* unter
der EuInsVO unter besonderer Berücksichtigung
von Effizienz Gesichtspunkten

Mohr Siebeck

Jan-Henning Wyen, geboren 1979; Studium der Rechtswissenschaften in Heidelberg, Lausanne, Münster und München; Referendariat am Landgericht Düsseldorf; 2009 LL.M. (Columbia); seit 2009 Rechtsanwalt in München; 2012 Promotion.

e-ISBN PDF 978-3-16-152313-7

ISBN 978-3-16-152246-8

ISSN 0720-1141 (Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2014 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Nädele in Nehren gebunden.

“In theory there is no difference between theory and practice.
In practice, there is.”

Yogi Berra

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wesentlichen in den Jahren 2005–2008 verfasst und im Jahr 2010 offiziell eingereicht. Betreuer der Arbeit war Professor Dr. Horst Eidenmüller. Die Untersuchung war von der Herausforderung gekennzeichnet, einer Materie im Spannungsverhältnis zwischen Recht und Rechtswirklichkeit Herr zu werden, die sich im Kräftefeld des Wettbewerbs der Rechtsordnungen stetig fortentwickelte und weiter fortentwickelt. Nicht zuletzt aufgrund ihrer großen praktischen Relevanz standen und stehen die untersuchten Fragen in besonderem Maße im Fokus der rechtswissenschaftlichen Literatur. Darüber hinaus waren und sind Kompetenzfragen des europäischen Insolvenzrechts fortwährend Gegenstand der Rechtsprechung der mitgliedstaatlichen Gerichte und des *EuGH*. Einige der untersuchten Fragestellungen wurden daher noch während der Zeit der Erstellung der Arbeit von einer theoretischen Frage zu einer gerichtlich entschiedenen praktischen Angelegenheit.

Seit Fertigstellung der Untersuchung ist die Zeit nicht stehengeblieben. Verschiedene Ereignisse, die für die Untersuchung und ihre Thesen von Belang sein könnten, haben sich ereignet oder zeichnen sich ab.

Zum einen hatte die Rechtsprechung Gelegenheit, zu verschiedenen ungelösten Problemen im Zusammenhang mit den Zuständigkeitsfragen unter der *EuInsVO* Stellung zu nehmen. Dabei konnte der *EuGH* weitere Erläuterungen zum Verständnis des COMI-Kriteriums geben. Hervorzuheben ist insoweit die *Interedil*-Entscheidung¹, welche die Rolle des Erkennbarkeitskriteriums und die Bedeutung der gesetzlichen Vermutung in Fortführung der *Eurofood*-Leitsätze weiter zu konturieren sucht². Im Kern plädiert diese Entscheidung für eine einzelfallbezogene Gesamtbetrachtung aller für die Ermittlung des COMI relevanten „objektiven und durch Dritte feststellbaren Faktoren“, von denen die Entscheidung auch gleich zahlreiche nennt. Eine maßgebliche praktische Einschränkung der Einwirkungsmöglichkeiten auf die Eröffnungszuständigkeit ist damit allerdings nicht ver-

¹ *EuGH*, Rs. C-396/09 (*Interedil Srl*), Urteil vom 20.10.2011 (im Internet abzurufen unter <www.curia.eu.int>); zu offenen Fragen nach dieser Entscheidung vgl. etwa *Honorati/Corno*, IILR 2013, 18 ff.

² Siehe hierzu die Besprechung von *Mankowski*, NZI 2011, 990.

bunden³. Wie schon die *Eurofood*-Entscheidung zeichnet sich die *Interedil*-Entscheidung vielmehr dadurch aus, dass, oft im Abstrakten verharrend, verschiedene zuständigkeitsrelevante Anknüpfungsmerkmale bezeichnet werden. Das Verhältnis dieser tatsächlichen Umstände zueinander wird jedoch nicht in einer Weise geordnet oder gar abschließend geklärt, die wesentliche Einschränkungen für ein *forum shopping* durch Verfahrensbeiträge mit sich brächte. Zugleich wird in der Entscheidung das erforderliche (Rang-)Verhältnis zwischen objektiv bestehender Situation und Erkennbarkeit der maßgeblichen Umstände nicht hinreichend beleuchtet. Wenn die *Interedil*-Entscheidung insoweit wissen lässt, dass die gesetzliche Vermutung der Belegenheit des COMI am Satzungssitz nicht widerlegt werden kann, falls dort auch für Dritte erkennbar die Verwaltungsentscheidungen der Gesellschaft getroffen werden, resultiert dies nicht in wesentlichen praktischen Einschränkungen. Davon abgesehen bleibt das Verständnis des für die Entscheidung zentralen Kriteriums der Erkennbarkeit „durch Dritte“ letztlich im Dunkeln. Die bloße Betonung der Bedeutung dieser Erkennbarkeit, die in der Literatur verschiedentlich als Klarstellung angesehen wurde, erweist sich damit letztlich als weitgehend inhaltsleer. Auch in der weiteren Entscheidung des *EuGH* zum COMI in der Rechtsache *Rastelli Davide* sind die damit noch offenen Fragen nicht aufgegriffen worden⁴.

Wenngleich sie in tatsächlich eindeutig gelagerten Fällen zur weiteren Konturierung des Zuständigkeitskriteriums beitragen konnte, verbleibt unter der Rechtsprechung des *EuGH* mithin ein hohes Maß an Unschärfe. Diese resultiert in einem weitreichenden interpretatorischen Gestaltungsspielraum der Verfahrensbeteiligten.

Dieser Befund spiegelte sich bereits kurz nach dem *Interedil*-Urteil in Entscheidungen der mitgliedstaatlichen Gerichte wider. Prominentes Beispiel ist die Entscheidung der *Cour d'Appel* von Versailles in der Sache *Coeur Défense*⁵. Unter ausdrücklicher Zugrundelegung der *EuGH*-Rechtsprechung findet in dieser Entscheidung als Ergebnis einer einzelfallbezogenen Gesamtbetrachtung eine Widerlegung der mit dem *Interedil*-Urteil vermeintlich gestärkten Vermutung der Belegenheit des COMI am Gesellschaftssitz statt. Diese Entwicklung zeigt, dass gerade in der praktisch nicht besonders häufigen, aber im international-insolvenzrechtlichen Kontext immer wieder relevanten Problemstellung der COMI-Verortung bei

³ *EuGH*, Rs. C-396/09 (*Interedil Srl*), Urteil vom 20.10.2011, Rn. 45 ff.

⁴ *EuGH*, Rs. C-191/10 (*Rastelli Davide*), Urteil vom 15.12.2011 (im Internet abzurufen unter <www.curia.eu.int>).

⁵ *Cour d'Appel Versailles*, Entsch. v. 19.1.2012 – 11/03519, Bull. Joly Sociétés 2012, § 189 S. 329. Die wesentlichen Entscheidungsgründe werden bei *Damann/Müller*, NZI 2012, 643 wiedergegeben.

Zweckgesellschaften unverändert erhebliche Unsicherheiten bestehen, die mit erheblichen Gestaltungsspielräumen korrespondieren.

Maßgeblich würde der Gegenstand der Untersuchung von einer Reform der EuInsVO betroffen. Mit dem Bericht von *Hess/Oberhammer/Pfeiffer* wurde inzwischen erstmals ein umfassender Report zu den Erfahrungen bei Anwendungen der EuInsVO in den Mitgliedstaaten erstattet⁶. Ausgehend von den gewonnenen Erkenntnissen legte die Kommission am 12.12.2012 nunmehr einen Vorschlag zur Änderung der EuInsVO vor („EuInsVO-Änderungsverordnung“)⁷. Sollte dieser Reformvorschlag einmal geltendes Recht werden, würden damit weitreichende Änderungen einhergehen⁸. Allerdings sieht Art. 2 der EuInsVO-Änderungsverordnung einen Übergangszeitraum von zwei Jahren vor, der mit Erlass der Verordnung abzulaufen begänne⁹. Mit der geltenden Rechtslage wird man sich folglich ungeachtet der laufenden Reformbemühungen noch für einige Zeit auseinanderzusetzen haben.

Der Kommissionsvorschlag sieht eine Erweiterung des Anwendungsbereichs der Verordnung vor. Bisherige Zweifelsfälle sollen damit vermieden und vorinsolvenzliche Sanierungsverfahren, die eine materielle Insolvenz nicht voraussetzen, eindeutig in den Regelungsbereich der EuInsVO einbezogen werden¹⁰. Hintergrund dieser Neuregelung ist offenbar unter anderem das Bestreben, das in den vergangenen Jahren zur Durchführung von Sanierungen vielfach aus dem Ausland heraus in Anspruch genommene Verfahren des *scheme of arrangement* nach englischem Recht in den Anwendungsbereich der EuInsVO einzubeziehen¹¹. Über die Auswirkungen dieser Änderung auf das Phänomen des *forum shopping* lässt sich nur spekulieren. Beachtenswert scheint jedoch, dass damit für mobile Schuldner eine besonders frühzeitige Inanspruchnahme eines mit den Anerkennungswirkungen der EuInsVO ausgestatteten Verfahrens in Betracht kommt. Dies könnte von hoher motivatorischer Bedeutung sein. Das *scheme of arrangement* hat inzwischen auch bei Gläubigern eine gewisse Akzeptanz als

⁶ *Hess/Oberhammer/Pfeiffer*, Study for an evaluation of Regulation (EC) No 1346/2000 on Insolvency Proceedings, im Internet abzurufen unter <http://ec.europa.eu/justice/civil/files/evaluation_insolvency_en.pdf>.

⁷ Europäische Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates über Insolvenzverfahren vom 12.12.2012, COM(2012) 744.

⁸ Einen Überblick über die beabsichtigten Neuregelungen vermitteln etwa *Thole/Swierczok*, ZIP 2013, 550 ff.; *Reuß*, EuZW 2013, 165 ff.; *Prager/Keller*, NZI 2013, 57 ff.

⁹ Ausgenommen wären die Regelungen zur Informationsübermittlung nach Art. 44a EuInsVO in der Fassung der EuInsVO-Änderungsverordnung, die für die hier behandelten Fragen keine besondere Bedeutung haben.

¹⁰ Art. 1 Abs. 1 EuInsVO in der Fassung der EuInsVO-Änderungsverordnung.

¹¹ *Prager/Keller*, NZI 2013, 57.

Restrukturierungswerkzeug erreicht. Finanzierungsverträge nach englischem Recht, für deren Restrukturierung das *scheme of arrangement* beliebtes Mittel ist, erfreuen sich weltweit einer besonderen Beliebtheit. Von der Anziehungskraft dieses Verfahrens könnte ein weiterer Anreiz zum *forum shopping* ausgehen. Es ist zweifelhaft, ob sich Verfahrensbeteiligte künftig vom Erfordernis des COMI-Kriteriums davon abhalten lassen werden, dieses Verfahren in Anspruch zu nehmen, wenn sie sich davon eine Erleichterung der Sanierung versprechen. Die Einbeziehung des *scheme of arrangement*, das eine Verlagerung des COMI nach zutreffender Auffassung bislang nicht voraussetzte, könnte folglich zum kreativen Umgang mit der Zuständigkeitsnorm anhalten.

Die Änderungen, die der Reformvorschlag in Verbindung mit dem COMI-Kriterium vorsieht¹², werden die Möglichkeiten des *forum shopping* auch in Zukunft nicht maßgeblich einschränken. Die Funktionsweise des Zuständigkeitskriteriums würde mit einer Implementierung des Reformvorschlages nicht angefasst. Neben einer Aufnahme des gegenwärtigen 13. Erwägungsgrunds in Art. 3 der EuInsVO sollen die Erwägungsgründe unter einer neuen Nr. 13a zukünftig um die in den Entscheidungen *Eurofood* und *Interdil* formulierten Erkenntnisse zur Bedeutung und Widerlegung der gesetzlichen Vermutung des Gesellschaftssitzes als Belegenheitsort des COMI und des Erkennbarkeitskriteriums ergänzt werden. Dies entspricht den Forderungen des Berichts von *Hess/Oberhammer/Pfeiffer*¹³. Praktische Sicherheit oder gar eine allgemeine Einschränkung der Einwirkungsmöglichkeiten ergeben sich aus dieser legislativen Änderung im Falle einer Umsetzung allerdings kaum¹⁴. Vielmehr würden die bestehenden Unklarheiten der *Eurofood*- und *Interdil*-Entscheidungen damit perpetuiert.

Die strukturellen Probleme des Zuständigkeitskriteriums, die Gegenstand dieser Arbeit sind, blieben folglich auch nach Umsetzung des gegenwärtig vorliegenden Vorschlags bis auf Weiteres bestehen¹⁵. Selbst wenn man in der zukünftig möglicherweise im Verordnungstext verankerten Akzentuierung bestimmter Anknüpfungsmerkmale eine Betonung der Management-Aktivitäten sehen wollte, so wäre darauf hinzuweisen, dass gerade diese eine gewisse Mobilität aufzeigen.

Auch die Amtsermittlungspflicht für die Zuständigkeitsermittlung und das Recht bestimmter Verfahrensbeteiligter, eine Überprüfung der Eröff-

¹² Art. 3 EuInsVO in der Fassung der EuInsVO-Änderungsverordnung.

¹³ *Hess/Oberhammer/Pfeiffer*, Study for an evaluation of Regulation (EC) No 1346/2000 on Insolvency Proceedings, S. 16.

¹⁴ Anderer Ansicht offenbar *Prager/Keller*, NZI 2013, 57, 58 f., die in dieser Änderung eine Wiederherstellung der Rechtssicherheit erblicken wollen.

¹⁵ Ähnlich *Reuß*, EuZW 2013, 165, 167.

nungszuständigkeit vornehmen zu lassen, die durch die EuInsVO-Änderungsverordnung eingeführt werden sollen¹⁶, dürften den gegenwärtig bestehenden Handlungsspielraum der Verfahrensbeteiligten nicht wesentlich einschränken. In vielen Fällen der gezielten Inanspruchnahme eines bestimmten COMI wird dieses zu Recht in Anspruch genommen oder es lässt sich jedenfalls argumentieren, dass es zu Recht in Anspruch genommen worden sei. Mit Blick auf die Kräfte des Faktischen gilt zudem unverändert, dass ein Verfahren Wurzeln in einem Forum gerade auch dann schlägt, wenn es sich im Nachhinein als zuständigkeitswidrig eröffnet herausstellt. Wenn eine nachträgliche Überprüfung wesentliche Entwicklungen nicht rückgängig machen kann, mag dies Einfluss auf die Motivation zur Anstrengung einer solchen nachträglichen Überprüfung haben.

Dass Einwirkungsmöglichkeiten auf das COMI auch zukünftig jedenfalls bis unmittelbar vor Beantragung eines Insolvenzverfahrens bestehen, folgt insbesondere aus dem unverändert maßgeblichen Beurteilungszeitpunkt. Der in der Entscheidung *Staubitz-Schreiber* (zutreffend und in der Rechtsprechung des *EuGH* inzwischen bestätigt¹⁷) insoweit für maßgeblich erklärte Zeitpunkt wird von der Reform nach dem Kommissionsvorschlag nicht berührt¹⁸. Tatsächliche Einwirkungen auf die zuständigkeitsrelevanten Umstände sind damit unverändert bis zur Antragstellung möglich und anzuerkennen.

*Mankowski*s Resümee „COMI – und wahrscheinlich nie ein Ende“¹⁹ wird daher ungeachtet einer Umsetzung des Kommissionsvorschlags auf absehbare Zeit Bestand haben. Von „klare[n] Vorschriften zur gerichtlichen Zuständigkeit“, wie sie die Pressemitteilung zum Kommissionsvorschlag vollmundig in Aussicht stellt²⁰, wird also auch zukünftig keine Rede sein können.

Mit der Einführung einer gesetzlichen Zuständigkeit für insolvenzbezogene Annexverfahren würde der Kommissionsvorschlag die in der *EuGH*-Entscheidung *Deko Marty*²¹ entfalteten Grundsätze kodifizieren. Damit würden die Folgen einer Einflussnahme auf die internationale Zuständigkeit für Annexverfahren nun zum Teil gesetzlich geregelt. Wesentliche Fragen blieben jedoch weiterhin ungelöst²². Weitreichende Konsequenzen für die hier untersuchten Fragen hat diese Änderung jedoch nicht.

¹⁶ Art. 3b EuInsVO in der Fassung der EuInsVO-Änderungsverordnung.

¹⁷ Vgl. *EuGH*, Rs. C-396/09 (*Interedil Srl*), Urteil vom 20.10.2011, Rn. 55.

¹⁸ *Thole/Swierczok*, ZIP 2013, 550, 552; *Prager/Keller*, NZI 2013, 57, 59.

¹⁹ *Mankowski*, NZI 2011, 994.

²⁰ Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 12. Dezember 2012 „Redliche Unternehmer sollen eine zweite Chance erhalten: Kommission will modernere Insolvenzverfahren“.

²¹ *EuGH*, NJW 2009, 2189 (*Christopher Seagon/Deko Marty Belgium*).

²² *Thole/Swierczok*, ZIP 2013, 550, 553.

Wesentliche Auswirkungen auf den Gegenstand der vorliegenden Arbeit würden sich indes ergeben, wenn es zu einer Umsetzung der im Kommissionsentwurf vorgesehenen Regelungen für das Verhältnis von Haupt- und Sekundärverfahren käme. Der Entwurf enthält insoweit insbesondere eine Regelung, nach der das Insolvenzgericht des Sekundärverfahrensstaats von der Verfahrenseröffnung absehen kann, wenn der Verwalter des Hauptverfahrens dies beantragt und eine solche Verfahrenseröffnung auch nicht erforderlich ist, um die Interessen der Gläubiger im Niederlassungsstaat zu schützen²³. Dem Verwalter des Hauptverfahrens soll gegen die Eröffnung eines Sekundärverfahrens zudem künftig ein eigener Rechtsbehelf zustehen²⁴. Ferner beinhaltet der Kommissionsentwurf die Möglichkeit, Gläubiger eines Hauptverfahrens durch eine gezielte Bevorzugung so zu behandeln, wie sie stünden, wenn ein Sekundärverfahren eröffnet würde²⁵. Diese Änderungen würden sich auf die Motivationslage im Zusammenspiel der Haupt- und Sekundärverfahren maßgeblich auswirken können. Es besteht die Hoffnung, dass damit Fehlanreize der bestehenden Regelung abgeschwächt oder gar überwunden werden könnten. Die vielfältigen Anreize, Sekundärverfahren zu beantragen, werden allerdings auch nach einer etwaigen Umsetzung des Kommissionsvorschlags nicht sämtlich aufgehoben werden können. Ferner bleibt abzuwarten, inwieweit sich die Stärkung des Hauptverfahrens, die in dem Kommissionsvorschlag angelegt ist, in der Praxis etablieren kann. Die in der Untersuchung beschriebenen Anreize für die Gerichte des jeweiligen Niederlassungsstaats, ein Sekundärverfahren zu eröffnen, bestünden im Grundsatz weiter. Sie dürften gerade dann besonders ausgeprägt sein, wenn das COMI an einem Ort in Anspruch genommen wird, der weniger starke Bezüge zum Schuldner aufweist als der mögliche Sekundärverfahrensstaat.

Der zu begrüßende Vorschlag, dass Sekundärverfahren künftig nicht mehr zwingend Liquidationsverfahren sein müssen²⁶, könnte ebenfalls Auswirkungen auf die Motivationslage der Verfahrensbeteiligten haben. Allerdings ist nicht auszuschließen, dass damit im Einzelfall wiederum Anreize für eine Inanspruchnahme des Sekundärverfahrens gesetzt werden und die Beantragung eines solchen Verfahrens – trotz der genannten Besonderstellungsmöglichkeit im Hauptverfahren – letztlich begünstigt wird.

Auswirkungen auf die Anreize der Verfahrensbeteiligten dürften auch von den Kommunikations- und Kooperationsregeln für Konzerninsolven-

²³ Art. 29a Abs. 2 EuInsVO in der Fassung der EuInsVO-Änderungsverordnung.

²⁴ Art. 29a Abs. 4 EuInsVO in der Fassung der EuInsVO-Änderungsverordnung.

²⁵ Art. 29a Abs. 2 i.V.m. Art. 18 Abs. 1 EuInsVO in der Fassung der EuInsVO-Änderungsverordnung.

²⁶ Art. 29a Abs. 3 EuInsVO in der Fassung der EuInsVO-Änderungsverordnung.

zen ausgehen, welche als wohl einschneidendste Veränderung durch den Kommissionsentwurf anzusehen sind²⁷.

Weitere Bedeutung für die Thesen der Untersuchung haben die nach deren Fertigstellung umgesetzten Reformen des materiellen deutschen Insolvenzrechts. Mit dem Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG)²⁸ wurden weitreichende Änderungen implementiert, die für die Stellung Deutschlands im Wettbewerb der Insolvenzrechte in mehrfacher Hinsicht von Bedeutung sein könnten. Dies gilt vor allem für das neu eingeführte Schutzschirmverfahren nach § 270b InsO. Eine entsprechende Änderung der EuInsVO vorausgesetzt, führt es dazu, dass nun auch das deutsche Insolvenzrecht ein Verfahren zur Verfügung stellt, das Sanierungsfälle abdeckt, die unter die im europäischen Ausland teilweise bekannten vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahren im Anwendungsbereich der EuInsVO fallen.

Diese und weitere Änderungen könnten zukünftig die Attraktivität Deutschlands als Insolvenzstandort und damit die Motivationslage von Schuldnern beeinflussen, die gewillt sind, Einfluss auf die internationale Zuständigkeit zu nehmen. Ähnliches wird auch für die Modifikationen des Insolvenzplanverfahrens zu konstatieren sein, das nach der Änderung durch das ESUG mit den Vereinfachungen zur Umwandlung von Forderungen in Anteilsrechte und den Beschränkungen des Obstruktionspotentials der Gesellschafter des Schuldners an praktischer Bedeutung gewonnen hat. Bei Einführung des ESUG war es erklärtes Ziel des Reformgesetzgebers, das deutsche Insolvenzrecht im Wettbewerb mit anderen Sanierungsstandorten zu stärken²⁹. Dies verdeutlicht die Wechselwirkungen, die Fragen des internationalen Insolvenzrechts auf die Entwicklung der mitgliedstaatlichen Insolvenzrechte auch abseits der fortschreitenden Aufnahme von materiell-rechtlichen Regelungen in das europäische Insolvenzrecht haben.

Es bleibt zu konstatieren, dass die Zuständigkeitsregeln der EuInsVO auch weiterhin von erheblicher Bedeutung für das Insolvenzrecht sein werden, und zwar sowohl aufgrund ihrer ordnungsgebenden Funktion als auch aufgrund ihre Rolle als Katalysator der Rechtsentwicklung und nicht zuletzt als Werkzeug bei der Bewältigung internationaler Insolvenzen.

Für die Aufnahme der Arbeit in die Schriftenreihe Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht sowie engagierte Kommentare zu meinen Thesen bin ich Professor Jürgen Basedow sehr verbunden. Ich

²⁷ Art. 42a–42d EuInsVO in der Fassung der EuInsVO-Änderungsverordnung.

²⁸ BGBl. I S. 2582. Ein Überblick hierzu findet sich bei *Römermann*, NJW 2012, 645 ff.

²⁹ BT Drs. 17/5712, S. 1, 17.

danke ferner der Studienstiftung des deutschen Volkes, die dieses Projekt mit einem Promotionsstipendium gefördert hat. Zu besonderem Dank bin ich Dr. Peter Bujotzek, Professor Martin Oehmke, Dr. Hartwig Schäfer und Iris Schöffner verpflichtet, die mich mit Kommentaren zum Manuskript der Arbeit und wertvollem Rat unterstützt und so manche Frustration zu überwinden geholfen haben. Melina Polychronidis und Bodo Schmidt-Schmiedebach sei für die geduldige und wertvolle Hilfe bei der Formatierung des Manuskripts und der Endredaktion gedankt. Professor Dr. Ingo Saenger sei dafür gedankt, dass er mir während meiner juristischen Ausbildung stets fördernd und unterstützend zur Seite stand.

Ganz besonderer Dank gilt meiner Mutter Marietta Wyen, die mir stets ermöglicht hat, zu tun, was ich tun wollte. Ihr widme ich diese Arbeit.

München, im Oktober 2013

Jan-Henning Wyen

Inhaltsübersicht

Vorwort	VII
Inhaltsverzeichnis	XVII
Abkürzungsverzeichnis	XXVII

<i>Kapitel 1: Einführung und Überblick über die Problemstellung, die Ziele und den Gang der Untersuchung</i>	1
A. Einleitung	1
B. Überblick über die Problemstellung	3
C. Ziele der Arbeit	8
D. Eingrenzung und Gang der Untersuchung	10
E. Fokussierung auf Unternehmensinsolvenzen	12

<i>Kapitel 2: Rechtswahlfreiheit unter der EuInsVO – die Situation de lege lata</i>	15
A. Die rechtlichen Rahmenbedingungen einer Rechtswahl unter der EuInsVO	15
I. Bestimmung der Begriffe „Rechtswahl“ und „Rechtswahlfreiheit“ im Regelungszusammenhang der EuInsVO	15
II. Grundsätze der Zuständigkeits- und Anerkennungsordnung der EuInsVO	16
III. Rechtswahl durch Forumswahl	20
IV. Rechtswahl und die Regelungsziele der EuInsVO	22
B. Möglichkeiten und Grenzen der Rechtswahl <i>de lege lata</i>	31
I. Drei Ansatzpunkte einer Rechtswahl unter der EuInsVO	32
II. Grenzen der Rechtswahlfreiheit	37
III. Reichweite der Rechtswahl unter der EuInsVO	184

C. Die faktische Rechtswahlfreiheit <i>de lege lata</i> – Bestandsaufnahme in Thesen	234
---	-----

Kapitel 3: Die Rechtswahlfreiheit unter der EuInsVO in der Analyse

A. Rechtswahlspezifische Anreizstruktur der EuInsVO	237
I. Handlungsanreize für die Verfahrensbeteiligten	238
II. Wettbewerbssituation und Verfahrenspluralität als Folgen divergierender Handlungsanreize.....	249
B. <i>Status quo</i> und Effizienz	252
I. Effizienzgesichtspunkte als Bewertungsmaßstab	252
II. Effizienzanalyse und konkrete Zielgrößen	256
III. Rechtswahlfreiheit und Regulierungswettbewerb der Insolvenzrechte.....	328
IV. Ergebnis	345

Kapitel 4: Alternative Regelungsmodelle.....

A. Modifikationen	347
I. Voraussetzungen effektiver Modifikationen im Bereich der Zuständigkeitsordnung	347
II. Einzelne Modifikationsvorschläge	350
B. Schlussbetrachtung und Ausblick.....	369
C. Zusammenfassung in Thesen	371

Literaturverzeichnis	375
----------------------------	-----

Entscheidungsverzeichnis	391
--------------------------------	-----

Verzeichnis der Gesprächspartner	395
--	-----

Sachverzeichnis	397
-----------------------	-----

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Inhaltsübersicht.....	XV
Abkürzungsverzeichnis	XXVII

Kapitel 1: Einführung und Überblick über die Problemstellung, die Ziele und den Gang der Untersuchung..... 1

A. Einleitung.....	1
B. Überblick über die Problemstellung	3
C. Ziele der Arbeit	8
D. Eingrenzung und Gang der Untersuchung	10
E. Fokussierung auf Unternehmensinsolvenzen.....	12

Kapitel 2: Rechtswahlfreiheit unter der EuInsVO – die Situation de lege lata 15 |

A. Die rechtlichen Rahmenbedingungen einer Rechtswahl unter der EuInsVO.....	15
I. Bestimmung der Begriffe „Rechtswahl“ und „Rechtswahlfreiheit“ im Regelungszusammenhang der EuInsVO.....	15
II. Grundsätze der Zuständigkeits- und Anerkennungsordnung der EuInsVO	16
1. Territorialität und Universalität, Verfahrenseinheit und -pluralität als Strukturelemente grenzüberschreitender Insolvenzverfahren.....	16
2. Der Kompromiss der EuInsVO: Modifizierte Universalität	18
III. Rechtswahl durch Forumswahl	20
1. Die Kollisionsnorm des Art. 4 Abs. 1 EuInsVO	20
2. Art. 3 Abs. 1 EuInsVO als Schlüssel zur faktischen Rechtswahl	21

IV. Rechtswahl und die Regelungsziele der EuInsVO.....	22
1. Vermeidung des forum shopping.....	22
2. Ermöglichen einer Risikoantizipation durch die Verfahrensbeteiligten	24
3. Ziel der bestmöglichen Haftungsverwirklichung	27
4. Gläubigergleichbehandlung	28
5. Zusammenfassung.....	31
B. Möglichkeiten und Grenzen der Rechtswahl <i>de lege lata</i>	31
I. Drei Ansatzpunkte einer Rechtswahl unter der EuInsVO	32
1. Unbestimmtheit des Tatbestandes von Art. 3 Abs. 1 S. 1 EuInsVO	32
2. Veränderlichkeit der zuständigkeitsrelevanten Tatsachen	34
3. Anerkennungspflicht nach Art. 16 f. EuInsVO	34
4. Wechselwirkungen und Überlagerungen	35
II. Grenzen der Rechtswahlfreiheit.....	37
1. Kein ausdrückliches Verbot des forum shopping in der EuInsVO	37
2. Grenzen aus der Unbestimmtheit der Kompetenzordnung der EuInsVO – Anatomie der Kompetenzordnung.....	39
a. Die Kompetenzordnung der EuInsVO in der Judikatur der Mitgliedstaaten	39
(1) BRAC/Budget.....	40
(2) Enron Directo SA	41
(3) EMBIC	42
(4) Daisytek/ISA	43
(5) Ci4net USA	45
(6) Eurofood/Parmalat	46
(7) Parmalat Deutschland	50
(8) Crisscross Telecommunications Group	51
(9) Hettlage Österreich	52
(10) HUKLA Österreich.....	53
(11) Collins & Aikman.....	53
(12) MG Rover Group.....	54
(13) EMTEC	56
(14) Deutsche Nickel.....	56
(15) Schefenacker	57
(16) Hans Brochier.....	58
(17) Zusammenfassung	60
b. Das COMI-Kriterium in der Rechtsprechung des EuGH – die Entscheidung im Fall Eurofood.....	62
(1) Bedeutung der Entscheidung für das Verständnis des COMI-Kriteriums	63

(2) Bedeutung der Entscheidung für die weitere Konkretisierung der Zuständigkeitsvorschrift.....	66
c. Die zentralen Fragen der Kompetenzvorschrift des Art. 3 Abs. 1 EuInsVO	68
(1) Besonderheiten bei der Auslegung des COMI-Kriteriums	69
(2) Wortlaut der Vorschrift.....	71
(3) Auslegung nach dem Normzweck	73
(a) Eingrenzung der Normzwecke	74
(b) Zusammenfassung	77
(4) Teleologische Normauslegung und Rechtswahlfreiheit.....	78
(a) Einordnung des Erkennbarkeitskriteriums.....	78
(aa) Erkennbarkeitskriterium als Korrektiv	79
(bb) Erkennbarkeit als Grundvoraussetzung aller Anknüpfungsmomente	80
(cc) Kritik.....	81
(dd) Zusammenfassung	85
(b) Einzelaspekte – Grenzen teleologischer Auslegung	86
(aa) Gegenstand des Erkennbarkeits-erfordernisses	86
(bb) COMI-Lokalisierung als Gewichtungproblem	88
(cc) Einzelne Anknüpfungsmomente; Kriterienbündel der head office theory und mind-of-management-Doktrin	91
d. Zusammenfassung	97
3. Grenzen der Rechtswahl durch nationales Recht	98
a. Kompetenzvorschriften des nationalen Insolvenzrechts	98
b. Schuldnerbegriff des mitgliedstaatlichen Rechts	103
c. Zusammenfassung	104
4. Grenzen manipulativen Einwirkens auf die zuständigkeitsrelevante Tatsachenbasis	105
a. Grenzen durch die erforderliche Manipulationstiefe (Aufwand)	105
b. Zeitliche Grenzen	108
(1) Rechtsprechung	109
(a) Mitgliedstaaten	109
(b) EuGH	111
(2) Nähere Bestimmung des Bezugnahmezeitpunkts.....	112
(a) Bezugnahmezeitpunkt des mitgliedstaatlichen Verfahrensrechts.....	113

(b) Zeitpunkt des Eintritts der Insolvenzgründe	114
(c) Durch Antragspflichten bestimmter Zeitpunkt	115
(d) Zeitpunkt der Anspruchsentstehung	115
(e) Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung	116
(f) Zeitpunkt der Antragstellung	120
(3) Zusammenfassung	123
c. Begrenzung der faktischen Rechtswahlfreiheit durch ungeschriebenen Missbrauchsvorbehalt?	124
(1) Kein ausdrücklicher Missbrauchsvorbehalt in der EuInsVO	125
(2) Missbrauchsregelung durch mitgliedstaatliche Sanktionen der „Sitzverlegung“?	126
(3) Ungeschriebener Vorbehalt der Zuständigkeits- erschleichung?	128
(4) COMI-Verlegung und ordre-public-Vorbehalt aus Art. 26 EuInsVO	134
(5) Zusammenfassung	139
5. Grenzen der Rechtswahlfreiheit durch den Anerkennungs- tatbestand des Art. 16 EuInsVO	139
a. Inhaltliche Grenzen der Anerkennungspflicht	140
(1) Überprüfungsrecht des Anerkennungsstaates über Voraussetzungen von Art. 3 EuInsVO?	140
(2) Rechtswahlspezifische Implikationen	145
b. Zeitliche Grenzen	146
(1) Eintrittszeitpunkt der Sperrwirkung; Behandlung von Rückwirkungsfiktionen des nationalen Rechts	146
(2) Begriff der Verfahrenseröffnung	150
(a) EuGH	150
(b) Kritik	151
(c) Notwendigkeit weitergehender Einschränkungen nach Maßgabe mitgliedstaatlichen Rechts?	154
(3) Keine Rechtshängigkeitssperre durch Antragstellung	155
(4) Zusammenfassung	157
c. Der ordre-public-Vorbehalt aus Art. 26 EuInsVO als Grenze des forum shopping unter Ausnutzung der Anerkennungsregeln	158
(1) Keine ordre-public-Verletzung infolge bloßer Kompetenzwidrigkeit der Verfahrenseröffnung	159
(2) Ordre public-Verstoß infolge einer Verletzung von Art. 6 EMRK	160
(a) Verletzung rechtlichen Gehörs	160
(b) Inanspruchnahme der Eröffnungszuständigkeit trotz Fehlens jeglicher Beziehung zum Schuldner	165

(3) Ordre-public-Verstoß infolge „Rechtsgefälles“ zwischen den Mitgliedstaaten	167
(4) Täuschung über Tatsachen	170
(5) Zusammenfassung	170
d. Grenzen durch den erforderlichen Aufwand	171
e. Beschränkung der infolge faktischen Prioritätsprinzips bestehenden Wahlfreiheit durch mitgliedstaatliche und gemeinschaftsrechtliche Rechtsbehelfe	172
(1) Angreifen kompetenzwidriger Eröffnungsentscheidungen mit Rechtsbehelfen des autonomen Rechts.....	173
(2) Vorlageverfahren nach Art. 267 AEUV	176
f. Zusammenfassung	177
6. Rechtswahl und Handelndenhaftung.....	179
7. Rechtswahlfreiheit und Zuständigkeitsermittlung von Amts wegen	181
8. Zusammenfassung.....	183
III. Reichweite der Rechtswahl unter der EuInsVO	184
1. Forumswahl	184
2. Lex fori concursus des Hauptverfahrens – Qualifikationsprobleme.....	185
a. Insolvenzantragspflichten	189
(1) Qualifikation.....	189
(2) Anknüpfung	193
(3) Antragspflichten und Sekundärverfahren	199
b. Insolvenzverschleppungshaftung	201
c. Eigenkapitalersatzrecht	204
d. Existenzvernichtungshaftung	205
e. Zusammenfassung	207
3. Zuständigkeitswahl und Annexverfahren.....	209
4. Durchbrechungen des lex-fori-Prinzips durch Sonder- anknüpfungen und materiell-rechtliche Ausnahme- bestimmungen (insb. Art. 5 und 7 EuInsVO).....	213
a. Grundsatz	213
b. Sonderfall: Die Ausnahmeregelungen der Art. 5, 7 EuInsVO.....	214
(1) Regelungsgehalt der Vorschriften	215
(2) Gegen Ausnahme für doloses Handeln?	218
(3) Besonderheiten des forum shopping i.V.m. Art. 5, 7 EuInsVO	220
5. Rechtswahlfreiheit und Sekundärverfahren	221
a. Beschränkungen der Reichweite einer Rechtswahl durch Sekundärverfahren	221

b. Exkurs: Sekundärverfahren als Gegenmaßnahme zum forum shopping	224
(1) Beschränkungen durch Niederlassungsbegriff und Antragsberechtigung	224
(a) Niederlassungsbegriff und Rechtswahl durch Zuständigkeitserschließungen	224
(b) Niederlassungsbegriff und Rechtswahl durch Ausnutzung des Anerkennungszwangs	225
(c) Antragsbefugnis des Schuldners	228
(2) Regulatives Potenzial von Sekundärverfahrens	230
(3) Zusammenfassung	233
6. Zusammenfassung zur Reichweite der Rechtswahl- möglichkeiten	234
C. Die faktische Rechtswahlfreiheit <i>de lege lata</i> – Bestandsaufnahme in Thesen	234

Kapitel 3: Die Rechtswahlfreiheit unter der EuInsVO

<i>in der Analyse</i>	237
A. Rechtswahlspezifische Anreizstruktur der EuInsVO	237
I. Handlungsanreize für die Verfahrensbeteiligten	238
1. Insolvenzgerichte	238
2. Gläubiger	241
3. Schuldner (Gesellschafter und Management).....	244
4. Insolvenzverwalter, Berater und andere Insolvenzpraktiker....	246
II. Wettbewerbssituation und Verfahrenspluralität als Folgen divergierender Handlungsanreize.....	249
B. <i>Status quo</i> und Effizienz	252
I. Effizienzgesichtspunkte als Bewertungsmaßstab	252
II. Effizienzanalyse und konkrete Zielgrößen	256
1. Vorhersehbarkeit des international-insolvenzrechtlichen Risikos	258
a. Die Vorhersehbarkeit des Insolvenzrechtsregimes aus ökonomischer Perspektive	259
b. COMI-Standard, faktische Rechtswahlfreiheit und Vorhersehbarkeit.....	263
(1) International-insolvenzrechtliche Risiken und das COMI-Kriterium	263
(2) Risikoantizipation unter dem COMI-Standard.....	264
c. Risikoantizipation durch kautelarische Vorsorge; „COMI-covenants“	266

d. Risikoantizipation und gesellschaftsrechtliche Strukturierungen (insb. Anteilsverpfändung in Doppelholdings)	271
e. Risikoantizipation und Sekundärverfahren.....	276
f. Zusammenfassung im Spiegel erster empirischer Daten.....	278
2. Verfahrenseffizienz im engeren Sinne (Maximierung des haftenden Schuldnervermögens und Verfahrensvereinfachung)	279
a. Denkbare Effizienzvorteile durch Rechtswahl bei Insolvenzverfahren unter der EuInsVO im Allgemeinen	280
(1) Auswahl eines effizienten Verfahrensrechts.....	280
(2) Einflussnahme auf den Zeitpunkt der Verfahrens- eröffnung	281
(3) Zusammenfassung	286
b. Denkbare Effizienzvorteile durch Verfahrens- bündelung bei der Insolvenz von Unternehmensgruppen unter der EuInsVO.....	286
(1) EuInsVO und Konzerninsolvenzrecht	290
(2) Möglichkeiten formeller Verfahrensbündelung und Rechtswahlfreiheit	292
c. Realisierung der Effizienzvorteile unter dem Status quo	294
(1) Wahl des Hauptverfahrensstatuts und Verfahrens- bündelung im Eröffnungswettlauf	295
(a) Verfahrensplatzierung und heterogene Interessenstruktur der Antragsberechtigten	296
(b) Disziplinierende Marktmechanismen als funktionierendes Regulativ?	298
(c) Effizienzvorteile durch Eröffnungswettlauf?.....	301
(d) Zusammenfassung	303
(2) Wahl des Hauptverfahrensstatuts, Verfahrens- bündelung und Sekundärverfahren	304
(a) Sekundärverfahren und Effizienzstörungen.....	304
(b) Personenidentität des Verwalters in Haupt- und Sekundärverfahren als praktikable Lösungsmöglichkeit?	311
(c) Sekundärverfahren in Eigenverwaltung als praktikable Lösungsmöglichkeit?	311
(d) Verhinderung von Sekundärverfahren als praktikable Lösungsmöglichkeit?	314
d. Zusammenfassung	320
3. Minimierung des Aufwands für die Verfahrensbeteiligten.....	322
4. Minimierung der Verfahrensdauer.....	323

5. Minimierung von Konflikten zwischen den beteiligten Staaten	326
III. Rechtswahlfreiheit und Regulierungswettbewerb der Insolvenzrechte.....	328
1. Interjurisdiktioneller Regulierungswettbewerb im Gesellschaftsrecht	329
2. Interjurisdiktioneller Regulierungswettbewerb im Insolvenzrecht.....	330
3. Die Rahmenbedingungen eines Wettbewerbs der Insolvenzrechte unter der EuInsVO	331
a. EuInsVO als Teil der Meta-Ordnung eines Regulierungswettbewerbs.....	332
b. Nachfrageseite	334
(1) Mobilität der Rechtsnachfrager unter der EuInsVO....	334
(a) Mobilität nach der Konzeption der EuInsVO	334
(b) Mobilität und faktische Rechtswahlfreiheit	335
(2) Nachfrageverhalten und die Handlungsanreize unter der EuInsVO	336
c. Angebotsseite.....	338
(1) Handlungsspielraum der Rechtsanbieter und Wahrnehmung der Rechtswahl	338
(2) Anreize zur Steigerung der Verfahrenseffizienz durch die Anbieter	339
(a) Legislatorische Maßnahmen (Normgeber der Mitgliedstaaten).....	339
(b) Handhabung des bestehenden Rechts (Gerichte)...	342
d. Zusammenfassung	344
IV. Ergebnis	345

Kapitel 4: Alternative Regelungsmodelle..... 347

A. Modifikationen	347
I. Voraussetzungen effektiver Modifikationen im Bereich der Zuständigkeitsordnung	347
1. Tatsächliche Veränderung der Einwirkungsmöglichkeiten	348
2. Gleichlauf von Kompetenzvorschriften und Kollisionsnorm... 349	
II. Einzelne Modifikationsvorschläge	350
1. Gemeinsame Wahl von Organisations- und Insolvenzrecht 350	
a. Anknüpfung an Satzungssitz und Gründungsstatut (Kombinationslösung)	350
b. Kritik.....	352

c. Kombinationslösung durch strenge Interpretation der gesetzlichen Vermutung.....	358
d. Kombinationslösung und weitergehende Änderungen	359
2. Einführung einer konzernbezogenen Zuständigkeitsregel	362
3. Freie Wählbarkeit des Insolvenzstatuts.....	365
4. Zusammenfassung.....	369
B. Schlussbetrachtung und Ausblick.....	369
C. Zusammenfassung in Thesen	371
Literaturverzeichnis	375
Entscheidungsverzeichnis	391
Verzeichnis der Gesprächspartner	395
Sachverzeichnis	397

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Auffassung
a. a. o.	am angegebenen Ort
ABl.	Anwaltsblatt
ABl.EG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft
Abs.	Absatz
AC	Law Reports, Appeal Cases (Third Series)
a.E.	am Ende
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AG	Amtsgericht
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
allg.	allgemein
Anh.	Anhang
Art.	Artikel
Az.	Aktenzeichen
BayObLG	Bayerisches Oberlandesgericht
BB	Betriebsberater (Zeitschrift)
Bd.	Band
BCC	British Company Cases
Beschl.	Beschluss
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Bundesgerichtshof für Zivilsachen
B.V.	besloten vennootschap
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Bundesverfassungsgerichtsentscheidung
bzw.	beziehungsweise
CEO	Chief Executive Officer
Ch. D.	Chancery Division
COMI	<i>center of main interests</i>
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
ders.	derselbe
d. h.	das heißt
dies.	dieselbe
DIP	<i>debtor in possession</i>
DZWIR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht
EBOR	European Business Organization Law Review
ECFR	European Company and Financial Law Review
EDV	Elektronische Datenverarbeitung
EG	Europäische Gemeinschaft
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch

EGInsO	Einführungsgesetz zur Insolvenzordnung
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
Engl. ed.	English edition
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGVÜ	Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen
EuGVVO	Verordnung des Rates über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen
EuInsÜ	Europäisches Insolvenzübereinkommen
EuInsVO	Europäische Insolvenzverordnung
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZPR	Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht
EWHC	High Court of England and Wales
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (Zeitschrift)
f.	folgend
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
ff.	und folgende
FK-InsO	Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GA	Generalanwalt beim EUGH
GBP	Great Britain Pound
gem.	gemäß
GenG	Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau (Zeitschrift)
HGB	Handelsgesetzbuch
Hrsg.	Herausgeber/herausgegeben
i. Erg.	im Ergebnis
IILR	International Insolvency Law Review (Zeitschrift)
insb.	insbesondere
i.S.	im Sinne
i.V.m.	in Verbindung mit
ILF	Institute for Law and Finance
InsO	Insolvenzordnung
InsR	Insolvenzrecht
InsVO	Insolvenzverordnung
InsVV	Insolvenzrechtliche Vergütungsverordnung
IPR	Internationales Privatrecht
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (Zeitschrift)
JOR	Jurisprudentie Onderneming & Recht (Zeitschrift)

JZ	Juristen Zeitung
Kap.	Kapital
KG	Kommanditgesellschaft
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
KO	Konkursordnung
krit.	kritisch
KTS	Zeitschrift für Insolvenzrecht
LBOs	Leveraged Buy-Out Transaktionen
LG	Landgericht
lit.	Buchstabe
Ltd.	Limited
LugÜ	Lugano-Übereinkommen
MoMiG	Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen
MünchKomm AktG	Münchener Kommentar zum Aktiengesetz
MünchKomm BGB	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
MünchKomm InsO	Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
No.	Numero
Nr.	Nummer
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZI	Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung
OGH	Oberster Gerichtshof
OLG	Oberlandesgericht
plc.	public limited company
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RG	Rôle Général
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft (Zeitschrift)
Rn.	Randnummer
RNotZ	Rheinische Notar-Zeitschrift
Rz.	Randzeichen
S.	Seite/Satz
S. A.	Société Anonyme
Sec.	section
sog.	sogenannte/sogennanter
S.p.A.	Società per Azioni
s.u.	siehe unten
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes und des Gerichts Erster Instanz
SZIER	Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht
u. a.	unter anderem
UmwG	Umwandlungsgesetz
Unterabs.	Unterabschnitt
Urt.	Urteil
usw.	und so weiter
v.	vom/versus
Verf.	Verfasser

vgl.	vergleiche
Vorb.	Vorbemerkung
WM	Wertpapiermitteilungen
w. N.	weitere Nachweise
z.B.	zum Beispiel
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfB	Zeitschrift für Betriebswirtschaft
ZfRV	Zeitschrift für Europarecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZIK	Zeitschrift für Insolvenzrecht und Kreditschutz
ZInsO	Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
zit.	zitiert
z. T.	zum Teil
ZVglRWiss	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

Kapitel 1

Einführung und Überblick über die Problemstellung, die Ziele und den Gang der Untersuchung

A. Einleitung

Eine europäische bürgerliche Gesellschaft¹ schien noch bis Mitte des vergangenen Jahrhunderts bloße Utopie zu sein. Inzwischen haben die Bürger der Mitgliedstaaten eine gemeinsame Verfassung. Das „Europarecht“, das Recht der europäischen Gemeinschaften und das Recht der Organisationen der EU, nimmt mittlerweile maßgeblichen Einfluss auf die meisten Lebensbereiche der Gemeinschafts- und Unionsbürger. Insbesondere auf dem Gebiet des Wirtschaftsrechts ist die Bedeutung gemeinschaftsrechtlicher² Regelungen enorm. Schätzungen zufolge sind schon seit über einem Jahrzehnt etwa 80 % aller gesetzlichen Bestimmungen des Wirtschaftsrechts unmittelbar durch Gemeinschaftsrecht geregelt oder auf gemeinschaftsrechtliche Normen zurückzuführen³.

Dennoch bedurfte es mehrerer Jahrzehnte des wissenschaftlichen Diskurses und des politischen Ringens, ehe am 31.05.2002 die Europäische Insolvenzverordnung (EuInsVO)⁴ in Kraft treten konnte. Sie stellt zusammen mit der EuGVVO⁵ ein Kernstück des europäischen Prozessrechts dar. Erstmals besteht nun ein verbindliches gemeinschaftsrechtliches Regelwerk über die Durchführung und Anerkennung von Insolvenzverfahren⁶.

¹ Vgl. hierzu *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, § 249.

² Für die Rechtsordnung der EU wird in dieser Untersuchung weiter der Begriff „Gemeinschaftsrecht“ verwendet.

³ *Bangemann*, in: Brückner, Europa transparent, S. 5. Zur allgemeinen Bedeutung des Gemeinschaftsrechts in Deutschland vgl. BVerfGE 89, 155, 173.

⁴ Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates vom 29.05.2000 über Insolvenzverfahren.

⁵ Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22.12.2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen.

⁶ Dänemark hat nach Art. 69 EGV aufgrund eines entsprechenden Protokolls Vorbehalte gegen die auf Titel IV des EGV gestützte EuInsVO erklärt. Dänemark ist daher vom territorialen Geltungsbereich der Verordnung ausgenommen, vgl. auch Erwägungsgrund Nr. 33 zur EuInsVO.

Die rechtstatsächliche Bedeutung der EuInsVO und der mit ihrer Anwendung verbundenen Probleme ist enorm. Denn die Verordnung ist, anders als man zunächst annehmen könnte, im Bereich der Unternehmensinsolvenzen nicht nur für den international agierenden Konzern von Relevanz. Gerade kleine, als Personengesellschaft verfasste Unternehmen oder einzelne Gewerbetreibende können aufgrund ihrer Beweglichkeit in besonderem Maße von der durch das Primärrecht der Gemeinschaft gewährleisteten Niederlassungsfreiheit und Freizügigkeit Gebrauch machen. Im Falle ihrer Insolvenz entsteht vielfach ein grenzüberschreitender Bezug, der den räumlichen Anwendungsbereich der Verordnung eröffnet⁷. So erstaunt es nicht, dass in der Judikatur bislang nicht nur Großinsolvenzen, sondern genauso Insolvenzen kleiner Unternehmen eine hervorstechende Rolle spielen⁸. Diese Entwicklung dürfte sich in Anbetracht des Mobilitätswachses unternehmenstragender Gesellschaften nach den Entscheidungen des *EuGH* in den Rechtssachen *Centros*, *Überseering*, *Inspire Art* und *Cartesio* weiter verstärken⁹. Das Insolvenzrecht wird hierdurch vor besondere Herausforderungen gestellt¹⁰. Schließlich lassen auch die umfangreichen Verflechtungen der deutschen Wirtschaft mit dem europäischen Ausland erwarten, dass die EuInsVO immer öfter auch deutsche Insolvenzgerichte und -verwalter beschäftigen wird.

Die Rechtspraxis hatte mittlerweile Gelegenheit, Erfahrungen mit Insolvenzverfahren unter der EuInsVO zu machen. Dabei zeigt sich, dass schon im Hinblick auf die Anwendung der Vorschriften über die Verfahrenseröffnung ein erheblicher Interpretationsspielraum besteht. Binnen kurzer Zeit hat sich unter den Praktikern in den Mitgliedstaaten ein weit gefächertes Meinungsspektrum zum Verständnis fundamentaler Fragen gebildet. Unterschiedliche Auffassungen bestehen dabei nicht nur zwischen den mitgliedstaatlichen Gerichten. Auch im Bereich der Lehre und unter den außergerichtlich tätigen Praktikern, insbesondere Verwaltern und Beratern, wird bisweilen ein völlig uneinheitliches Meinungsbild erkennbar. Teil-

⁷ Zum Erfordernis eines grenzüberschreitenden Elements zur Eröffnung des Anwendungsbereichs der EuInsVO vgl. nur *Huber*, in: Geimer/Schütze, Art. 1 EuInsVO, Rn. 15 ff.; *Virgós/Garcimartín*, *The European Insolvency Regulation*, Nr. 26 ff.

⁸ Diese Entwicklung setzt sich bis zum *EuGH* fort, der bislang sowohl über eine Frage zu entscheiden hatte, die sich im Zusammenhang mit dem Zusammenbruch eines Großkonzerns ergeben hatte (so im Fall *Eurofood*, eingehend unten, S. 62 ff.), als auch über eine Frage, die einen Einzelkaufmann betraf und sich als typisch für die Insolvenzen von Einzelunternehmern erweisen dürfte (so in der Rs. *Staubitz-Schreiber*, eingehend dazu unten, S. 111 ff.).

⁹ Vgl. *Oberhammer*, *ZInsO* 2004, 761. Zu diesen Entscheidungen und ihrer Bedeutung im Zusammenhang mit der EuInsVO vgl. unten, S. 185 ff.; 329 ff.

¹⁰ *Müller*, *NZG* 2003, 414 ff.; *Fischer*, *ZIP* 2004, 1477 ff. spricht sogar von einer „Verlagerung des Gläubigerschutzes vom Gesellschafts- in das Insolvenzrecht“.

weise besteht gar der Eindruck, dass die EuInsVO als Instrument zur Verwirklichung individuell gewünschter Ergebnisse begriffen wird und sich die Verfahrensbeteiligten dazu über die ursprünglichen Regelungsintentionen hinwegsetzen.

Die Ursachen für die Meinungsverschiedenheiten sind vielfältig. Neben die im Einzelfall bestehenden Anreize zu einer opportunistischen Auslegung der EuInsVO treten strukturelle Faktoren: Zum einen berufen sich die Gerichte der Mitgliedstaaten bei der Auslegung einzelner Tatbestandsmerkmale auf nationale Rechtstraditionen und Sonderregelungen. Zum anderen begünstigt auch der recht minimalistische Verordnungstext, der einige grundlegende Rechtsfragen nur implizit regelt, Dispute.

Die wissenschaftliche Kontroverse um die EuInsVO wird zudem ganz erheblich durch eine mit ihr verbundene wirtschaftliche und politische Auseinandersetzung überlagert und verschärft. An vielen der noch unge lösten Probleme hängen Fragen von großer ökonomischer Bedeutung. Damit ist nicht nur das wirtschaftliche Schicksal des Schuldners gemeint. Im Konflikt um das prävalierende Verständnis der Zuständigkeits- und Kollisionsregeln der EuInsVO geht es letztlich auch um den Fortbestand eines veritablen Wirtschaftszweigs in den jeweiligen Mitgliedstaaten. Im Laufe der letzten Jahre ist dort im Wege zunehmender Professionalisierung eine eigene Branche um die Insolvenzverwaltung und die damit zusammenhängende Rechts- und Wirtschaftsberatung entstanden, die sich mit der Einführung der EuInsVO einem veränderten Wettbewerbsumfeld ausgesetzt sieht und sich an den Entwicklungen aktiv beteiligt. Die politische Brisanz der Thematik besteht darin, dass mit der Frage nach Forum und Statut eines Insolvenzverfahrens nichts Geringeres als die „Insolvenzhoheit“ der Mitgliedstaaten auf dem Spiel steht, also die Fähigkeit, im Wege gezielter legislatorischer oder exekutiver Maßnahmen auf die Insolvenz einzelner, als besonders wichtig erachteter Schuldner Einfluss nehmen zu können.

B. Überblick über die Problemstellung

„Forum shopping is now the norm before commencing a process“¹¹ konstatierte die führende europäische Praktikervereinigung *INSOL Europe* im

¹¹ So die *INSOL Europe News*, auf der website <www.insol-europe.org>; inzwischen deutet eine empirische Untersuchung, *Eidenmüller/Frobenius/Prusko*, NZI 2010, 545, darauf hin, dass die gezielte Einwirkung auf das Insolvenzforum unter Insolvenzpraktikern längst nicht als Regelfall begriffen wird. Dennoch zeigen Entwicklungen wie die verstärkte Inanspruchnahme Londons als Ort zur Abwicklung von *pre-packaged* Insolvenzverfahren in der Finanzkrise (vgl. *The Sunday Times*, 07.03.2010 „Firms flock to ‚bankruptcy brothel‘ UK“) sowie die strategische Nutzung vorinsolvenzlicher Sanierungsverfahren, dass das Thema des *forum shopping* nach wie vor von großer Bedeutung ist. In-

Jahr 2005. Damit benannte sie zugleich das Phänomen, das den Kern der in dieser Arbeit untersuchten Problemstellung darstellt. *Forum shopping* ist die gezielte Inanspruchnahme eines bestimmten Verfahrensorts¹². Mit der EuInsVO ist den Verfahrensbeteiligten in begrenztem Umfang die Möglichkeit vermittelt worden, faktisch auf Verfahrensrecht und -ort einzuwirken. Die EuInsVO enthält nur wenige materiell-rechtliche Vorschriften. Ihre Aufgabe besteht vielmehr in erster Linie darin, bei Insolvenzen mit grenzüberschreitendem Bezug innerhalb der Gemeinschaft zu bestimmen, welcher Mitgliedstaat für die Durchführung eines sog. Hauptverfahrens¹³ zuständig ist, und sodann nach Eröffnung die gemeinschaftsweite Anerkennung des Verfahrens sicherzustellen¹⁴. Es kommt dann nach Art. 4 EuInsVO grundsätzlich das nationale Insolvenzrecht desjenigen Staates zur Anwendung, in dem das Verfahren eröffnet worden ist.

Zuständig für die Durchführung des Insolvenzverfahrens sind gem. Art. 3 Abs. 1 EuInsVO die Gerichte des Mitgliedstaates, in dem der Schuldner den „Mittelpunkt seiner hauptsächlichen Interessen“, seinen COMI, hat¹⁵. Es zeigt sich, dass die EuInsVO an der zentralen Weichenstellung im Vorfeld des Insolvenzverfahrens von einem unbestimmten Rechtsbegriff beherrscht wird.

Während der Wortlaut der Verordnung voraussetzen scheint, dass sich die internationale Zuständigkeit eindeutig lokalisieren lässt, sind in der Praxis vielfach Auseinandersetzungen über die Eröffnungskompetenz

solvenzpraktiker sehen gerade in der Inanspruchnahme des *scheme of arrangement* unter englischem Recht ein Wiederaufleben der *forum shopping*-Bewegung. Vgl. zu diesem Widerspruch zwischen der wissenschaftlichen Erhebung und der Wahrnehmung in der Praxis auch den Beitrag „Mehr deutsche Pleiten!“ im Branchenmagazin JUVE Rechtsmarkt, Heft 04/2011, S. 86, 87 f.

¹² Der Begriff des *forum shopping* und das in dieser Untersuchung zugrunde gelegte Verständnis dieses Begriffs werden im folgenden Kapitel der Arbeit erläutert. Die EuInsVO selbst definiert den Begriff des *forum shopping* im 4. Erwägungsgrund als Verlagerung von Rechtsstreitigkeiten oder Vermögensgegenständen von einem Mitgliedstaat in einen anderen in der Absicht, eine verbesserte Rechtsstellung zu erreichen.

¹³ Hauptinsolvenzverfahren werden abweichend von der Terminologie der EuInsVO im Folgenden kurz als „Hauptverfahren“ bezeichnet.

¹⁴ *Virgós/Schmit*, Bericht, Nr. 5, 72. Der Bericht von *Virgós/Schmit* bezieht sich auf das EuInsÜ von 1995, das nicht in Kraft getreten ist. Der Bericht gehört folglich bei genauer Betrachtung nicht zu den offiziellen Gesetzgebungsunterlagen der EuInsVO. Nachdem jedoch der Wortlaut der meisten Vorschriften der EuInsVO unverändert aus dem EuInsÜ übernommen wurde (einen Überblick über die wesentlichen Unterschiede gibt *Eidenmüller*, IPRax 2001, 2, 7 f.), stellt der Bericht auch bei der Interpretation der EuInsVO eine bedeutsame Quelle dar. Im Folgenden wird im Fußnotentext nicht mehr gesondert darauf hingewiesen, dass sich die Ausführungen des Berichts auf das EuInsÜ beziehen.

¹⁵ COMI ist eine internationale gebräuchliche Kurzform für „Centre of Main Interests“, das Zuständigkeitskriterium in der englischen Textfassung der EuInsVO.

festzustellen: Die Auslegung des Begriffs „Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen“ ist ein maßgeblicher Ansatzpunkt zur Einflussnahme auf den Verfahrensort und dementsprechend in Rechtsprechung und Lehre umstritten. Dabei sind besonders solche Konstellationen streitbefangen, bei denen es um die Insolvenz von konzernabhängigen Gesellschaften geht. Inwieweit die EuInsVO Regelungen zur Situation einer Konzerninsolvenz trifft, ist noch nicht abschließend geklärt¹⁶. So besteht auch zur Auslegung von Art. 3 EuInsVO gerade für Konzernkonstellationen noch keine hinreichende Übereinkunft. Einerseits wird behauptet, entscheidend komme es für die Subsumtion unter Art. 3 EuInsVO darauf an, wo die maßgeblichen Entscheidungen über Tätigkeit und Schicksal eines abhängigen Unternehmens getroffen werden, sodass regelmäßig das Insolvenzgericht am Verwaltungssitz der Konzernspitze zuständig wäre. Andere Stimmen sprechen sich mit Hinweis auf die Erwägungsgründe zur EuInsVO für den Ort der Entfaltung der geschäftlichen Aktivität aus. Wieder andere halten den Belegenheitsort des Gesellschaftsvermögens für entscheidend oder schlagen eine differenzierte Betrachtung vor. Unbeantwortet ist in diesem Zusammenhang insbesondere die Frage nach der Bedeutung des in Erwägungsgrund Nr. 13 zur EuInsVO niedergelegten Komplementärkriteriums der Erkennbarkeit.

Vor noch ungelösten Fragen steht die Anwendung des Art. 3 Abs. 1 EuInsVO auch angesichts möglicher Schuldnerhandlungen. So ist beispielsweise noch nicht abschließend geklärt, wie der Fall zu behandeln ist, dass der Schuldner auf die für das COMI konstitutiven Umstände zwischen Antragstellung und Verfahrenseröffnung dergestalt Einfluss nimmt, dass sich die internationale Zuständigkeit in einen anderen Mitgliedstaat verlagert. Letztlich wird hier die Frage nach einem ungeschriebenen Missbrauchsvorbehalt und dem für die Ermittlung des Mittelpunkts der hauptsächlichen Interessen maßgeblichen Zeitpunkt virulent. Darüber hinaus ist die Reichweite der Vermutungsregel des Art. 3 Abs. 1 S. 2 EuInsVO, die im Hinblick auf den daneben bestehenden Amtsermittlungsgrundsatz ebenfalls Gegenstand einer Kontroverse ist, für die Möglichkeiten manipulativen Einwirkens auf den Verfahrensort von Bedeutung¹⁷.

Auch vor den mitgliedstaatlichen Gerichten haben die Meinungsverschiedenheiten um die Kompetenzvorschrift nicht Halt gemacht – die von der EuInsVO in Erwägungsgrund Nr. 22 vorausgesetzte vertrauensvolle

¹⁶ Vgl. aber *Virgós/Schmit*, Bericht, Nr. 76. Welche Regelungen der EuInsVO im Hinblick auf die Insolvenz von Unternehmensgruppen bestehen, wird im 3. Kapitel der Arbeit untersucht, siehe S. 290 ff.

¹⁷ Der Begriff „Manipulation“ ist im allgemeinen Sprachgebrauch negativ besetzt. Für Zwecke dieser Arbeit soll er allerdings wertungsfrei als Sammelbegriff zielgerichteter Einwirkungshandlungen verstanden werden.

Zusammenarbeit der mitgliedstaatlichen Gerichte bleibt wohl weiterhin die Ausnahme¹⁸. Exemplarisch hierfür ist die Situation, in der sich sowohl ein irisches als auch ein italienisches Gericht für die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über eine zum italienischen *Parmalat*-Konzern gehörende Finanzierungsgesellschaft mit Satzungs- und Verwaltungssitz in Irland für zuständig erklärten¹⁹. Die unterschiedlichen Auffassungen über den Tatbestand des Art. 3 Abs. 1 EuInsVO führten dazu, dass zwei Hauptverfahren über dieselbe Gesellschaft eröffnet wurden. Dabei ist ein solcher Zustand nach der Systematik der EuInsVO grundsätzlich ausgeschlossen. Nach der Verordnung unterliegt ein einmal eröffnetes Verfahren einem (allerdings punktuell durchbrochenen) Universalitätsprinzip. Ohne weitere Bedingungen aufzustellen, sieht Art. 16 Abs. 1 EuInsVO vor, dass die Eröffnungsentscheidung mit ihrer Wirksamkeit in allen Mitgliedstaaten anerkannt wird. Ein zweites Hauptverfahren soll nicht eröffnet werden können.

Damit wird deutlich, dass sich eine Untersuchung der Einwirkungsmöglichkeiten der Verfahrensbeteiligten unter der EuInsVO keinesfalls auf die Kompetenznorm der Verordnung beschränken kann, denn von ebenso großer Bedeutung sind die Grenzen, in denen gegen eine für kompetenzwidrig erachtete Verfahrenseröffnung vorgegangen werden kann. Sie ergeben sich aus den Anerkennungsvorschriften. Wenn – was mit dem Verordnungstext vereinbar wäre – eine Überprüfung der Entscheidung des eröffnenden Gerichts im Anerkennungsstaat grundsätzlich nicht mehr stattfindet, bedeutete dies, dass die EuInsVO faktisch ein Prioritätsprinzip statuiert; das schneller entscheidende Gericht könnte sich mit seinem Verständnis zu Art. 3 Abs. 1 EuInsVO durchsetzen. Dies führte zu einem Vorteil solcher Gerichte, die über eine Verfahrenseröffnung schnell entscheiden können, etwa weil sie anderen prozessrechtlichen Anforderungen unterliegen. Allerdings sind längst noch nicht alle Determinanten dieses Prioritätsgrundsatzes geklärt. So besteht etwa über das zentrale Problem des Zeitpunkts des Eintretens der Sperrwirkung noch Dissens. Verschiedentlich wird die Sperrwirkung in der Literatur gar gänzlich in Abrede gestellt. Im Zusammenhang mit den Zuständigkeitsregeln stellt sich darüber hinaus die Frage, wann die fälschliche Inanspruchnahme der Zuständigkeit durch ein mitgliedstaatliches Gericht gegen den *ordre public* verstößt, sodass gem. Art. 26 EuInsVO die Eröffnungsentscheidung ausnahmsweise nicht anerkannt werden muss.

¹⁸ Vgl. *AG Mönchengladbach*, NZI 2004, 383 ff.

¹⁹ *High Court Dublin*, ZIP 2004, 1223 ff.; *Tribunale di Parma*, ZIP 2004, 1220 ff.; der irische *Supreme Court* hat daraufhin mit Vorlagebeschluss vom 27.07.2004 (ZIP 2004, 1969) dem *EuGH* Fragen zur Auslegung von Art. 3, 16 und 26 EuInsVO zur Vorabentscheidung vorgelegt.

Weiterhin ist von Interesse, welche Rechtsbehelfe Betroffene gegen eine kompetenzwidrige Verfahrenseröffnung ergreifen könnten. Erfolgversprechende Mittel zur Gegenwehr verkürzen die manipulativen Einwirkungsmöglichkeiten der Verfahrensbeteiligten. Das Vorlageverfahren nach Art. 267 AEUV²⁰, das der Verordnungsgeber hier ausweislich der Gesetzgebungsmaterialien im Auge hatte, könnte sich in der Praxis als wenig effektiv erweisen. Verschiedentlich wird die Durchführung von Sekundärverfahren, die die EuInsVO in den Art. 3 Abs. 2, 27 ff. als territorial begrenzte Durchbrechung der Universalität des Hauptverfahrens vorsieht, als Regulativ gegenüber gezielten Einwirkungen in Erwägung gezogen. Ein Sekundärverfahren kann jedoch gem. Art. 3 Abs. 2 EuInsVO nur in Mitgliedstaaten eröffnet werden, in denen der Schuldner eine Niederlassung (Art. 2 lit. h) EuInsVO) hat. Es stellt sich daher die Frage, ob und bejahendenfalls in welchen Fällen die Reichweite eines *forum shopping* im Hauptverfahren mittels Sekundärverfahren verkürzt werden kann.

Die Reichweite des Hauptverfahrens ist indessen auch unter anderen Gesichtspunkten ungeklärt. Für wesentliche Regelungsgegenstände besteht keine Einigkeit darüber, ob sie als Teil der *lex fori concursus* i.S. des Art. 4 EuInsVO mit Ausschlusswirkung gegenüber dem Recht anderer Mitgliedstaaten zur Anwendung gelangen. Damit ist zugleich noch unklar, auf welche Regelungen im Wege des *forum shopping* überhaupt Einfluss genommen werden kann. Dieser Aspekt interessiert auch deshalb, weil er Rückschlüsse auf die Handlungsmotive der beteiligten Akteure zulässt.

Die wissenschaftliche Kontroverse beschränkt sich nicht auf die Rechtsfragen der EuInsVO. Sie setzt sich vielmehr nahtlos in den Bereich der Bewertung des Faktischen fort. Während in den Kompetenzvorschriften der EuInsVO teilweise die Möglichkeit zu einer unter Effizienzgesichtspunkten bestmöglichen Bewältigung insbesondere von Konzerninsolvenzen erblickt wird, halten andere Stimmen die bestehende Situation aufgrund der mit ihr verbundenen Unsicherheiten für Schuldner und Gläubiger auch unter wirtschaftlichen Aspekten für nachteilhaft. Die Prognosen zu diesem Fragenkomplex lassen sich nur abhängig von der noch weitgehend ungeklärten Problematik abgeben, welche Möglichkeiten der Verfahrenskoordination die EuInsVO bereithält. In diesem Zusammenhang stellt sich weiterhin die Frage nach der ökonomischen Bewertung der Verfahrensmehrheit von Haupt- und Sekundärverfahren. Hier könnte etwa das deutsche Verfahren der Eigenverwaltung nach §§ 270 ff. InsO ein effektives Koordinationsinstrument darstellen, dessen Anwendung unter der EuInsVO jedoch weitere Probleme aufwirft.

Antworten lassen sich auf alle diese Fragen naturgemäß nur in Ansehung eines möglichst genauen Bildes der bestehenden Einwirkungsmög-

²⁰ Zum Zeitpunkt des Verordnungserlasses Art. 234 EGV.

lichkeiten geben. Dasselbe gilt für die noch schwieriger zu beantwortende Frage, ob die durch die EuInsVO vermittelten Handlungsspielräume einen effizienzstiftenden Regelungswettbewerb entstehen lassen könnten. Die Frage der Bewertung der durch die EuInsVO vermittelten Einwirkungsmöglichkeiten ist mithin eng mit den rechtlichen Detailfragen der Verordnung verbunden.

Schließlich ist von großem Interesse, wie die geltenden Vorschriften geändert werden könnten, um Verbesserungen zu erreichen. Auch hier konkurrieren verschiedene Thesen schon hinsichtlich der Frage, ob es überhaupt irgendwelcher Modifikationen bedarf. Die Frage nach angezeigten Änderungen durch den Ordnungsgeber kann wiederum nur in Bezug auf die zur Rechtslage und zur Rechtspraxis gewonnenen Thesen beantwortet werden.

C. Ziele der Arbeit

Ausgehend von der geschilderten Problemstellung verfolgt die Arbeit drei Anliegen: Erstens sollen die Möglichkeiten, unter der EuInsVO auf Verfahrensort und -recht Einfluss zu nehmen, umfassend analysiert werden. Zweitens sollen diese Einwirkungsmöglichkeiten unter Effizienzgesichtspunkten beurteilt werden. Drittens soll die Arbeit Möglichkeiten aufzeigen, die bestehende Rechtslage zum Besseren hin zu verbessern.

In der beabsichtigten rechtlichen Bestandsaufnahme soll dargelegt werden, dass es verschiedene Mechanismen gibt, die eine Rechtswahl²¹ im europäischen Insolvenzrecht ermöglichen, und dass die Beschränkungen der Manipulationsmöglichkeiten maßgeblich vom gewählten Ansatzpunkt einer Rechtswahl abhängen. Im Fokus der Untersuchung steht dabei die Rechtswahl gegenüber (also von und nach) Deutschland.

Das Thema dieser Arbeit lebt von einem Auseinanderfallen von Theorie und Praxis: Während der EuInsVO, wie im Einzelnen noch darzulegen sein wird, das Leitbild einer feststehenden, weitgehend unveränderlichen internationalen Zuständigkeit am COMI des Schuldners zugrunde liegt, bestehen, wie bereits angedeutet wurde, in der Praxis deutliche Differenzen darüber, wo im konkreten Fall ein Insolvenzverfahren stattzufinden hat. Dieser Umstand markiert den Ausgangspunkt manipulativer Einwirkungen. Dabei haben sich die Praktiker nicht mit der bloßen Ausnutzung der eröffneten Handlungsspielräume begnügt. Vielmehr haben verschiedene Akteure, Gerichte wie Verwalter, für ihr Handeln einen eigenen theoretischen Überbau entwickelt, der vielfach im Wettstreit mit Auffassungen in der

²¹ Die für diese Untersuchung zentralen Begriffe der Rechtswahl und der Rechtswahlfreiheit werden im zweiten Kapitel der Arbeit definiert (vgl. dazu S. 15).

Lehre und im Widerspruch zu den positivierten Zielen der EuInsVO steht. Die theoretische Aufarbeitung dieser Schere zwischen Gewolltem und Gewordenem, Normtext und gelebter EuInsVO, ist ein weiteres Anliegen der Arbeit.

Die Untersuchung steht daher verschiedentlich vor der Herausforderung, rechtliche Probleme zu behandeln, deren bloße Existenz bereits Gestaltungsspielräume eröffnet. Es ist nicht primäres Ziel der Arbeit, solchen Fragen, die sich gerade aufgrund ihrer Streitbefangenenheit als Determinanten der Rechtswahlfreiheit darstellen, der unter der Prämisse der Fortgeltung der bestehenden Normen überzeugendsten Lösung zuzuführen. Stattdessen sollen sie im Hinblick auf die verschiedenen nach dem Stand der Entwicklung vertretbaren Lösungen erörtert werden. Dadurch wird der durch sie vermittelte Bewegungsspielraum der Verfahrensbeteiligten offenbar. Dies gilt insbesondere für das COMI-Kriterium in Art. 3 Abs. 1 S. 1 EuInsVO, das Dreh- und Angelpunkt des Untersuchungsgegenstands ist. Dort wo eine Stellungnahme zu den bestehenden Streitfragen unausweichlich ist, etwa weil sie für die Frage der äußersten, insbesondere zeitlichen Grenzen der bestehenden Einwirkungsmöglichkeiten von besonderer Bedeutung ist, soll hingegen eine abschließende Diskussion stattfinden.

Der praktische Wert einer Untersuchung, die sich mit einer zum Teil von der Praxis gewissermaßen erst erschaffenen Thematik auseinandersetzt, hängt maßgeblich davon ab, inwieweit sie sich dem Untersuchungsgegenstand aus dem Blickwinkel des Rechtsanwenders nähert. Die Arbeit geht daher umfassend auf ausgewählte zur Zuständigkeit nach der EuInsVO ergangene Judikate ein. Sie sind für den Zugang zur Problematik des *forum shopping* unter der EuInsVO von großer Bedeutung. Zudem wurden für diese Untersuchung Insolvenzpraktiker interviewt, die die Entwicklungen seit Einführung der EuInsVO maßgeblich beeinflusst und mitgestaltet haben. Zwar werden die Verwalter, Sanierungsspezialisten und Richter, die sich als Gesprächspartner zur Verfügung stellten, im Laufe der Untersuchung nur punktuell zitiert. Die Arbeit verfolgt jedoch insgesamt das Ziel, ihre Auffassungen und Vorstellungen kritisch zu würdigen und die von ihnen formulierten Bedürfnisse im Auge zu behalten.

Die weitreichenden Implikationen, die Zuständigkeitsfragen nach der EuInsVO haben können, ergeben sich vielfach erst in der Zusammenschau mit dem autonomen Recht, speziell dem Insolvenz- und Gesellschaftsrecht der Mitgliedstaaten. Sämtliche in Betracht kommenden Probleme behandeln oder auch nur benennen zu wollen, ist nicht beabsichtigt und auch in tatsächlicher Hinsicht ausgeschlossen. Die Untersuchung beabsichtigt deshalb, die wichtigsten Fragen, die sich im Verhältnis zu Deutschland stellen können, zu berücksichtigen.

Das Ziel einer Bewertung der unter der EuInsVO bestehenden Mobilität der Verfahrensbeteiligten muss losgelöst von den Vorgaben des histori-

schen Verordnungsgebers erfolgen, der – wie gezeigt werden wird – eine Einwirkung auf Verfahrensort und -recht schlechterdings als nicht wünschenswert erachtete. Maßstab der Untersuchung sollen hier daher Fragen der Effizienz, insbesondere der Verfahrenseffizienz, sein. Diese wird vielfach als Argument zur Rechtfertigung eines kreativen Umgangs mit der Zuständigkeitsvorschrift der EuInsVO herangezogen. Mit dem Anliegen einer umfassenden Würdigung der Chancen und Risiken einer beschränkten faktischen Rechtswahlfreiheit im europäischen Insolvenzrecht bezweckt die Arbeit mithin auch in diesem Abschnitt einen Brückenschlag zwischen Theorie und Praxis. Sowohl für den statischen als auch für den dynamischen Aspekt der Untersuchung ist es dabei erforderlich, konkrete Ziel- und Einflussgrößen zu benennen, anhand derer die Bewertung stattfinden soll. Es ist jedoch nicht Ziel der Untersuchung, sich abschließend mit den mitunter recht Streitbefangenen Fragen auseinanderzusetzen, die die ökonomischen Bewertungsgrößen als solche betreffen.

Einwirkungen auf die internationale Zuständigkeit stellen in Europa – zumindest in der hier untersuchten Form – ein noch junges Phänomen dar, zu dem es bislang kaum empirische Untersuchungen gibt. Abschließende Aussagen lassen sich folglich nur selten treffen; die Beleuchtung der Problematik unter Effizienz Gesichtspunkten hat stattdessen vielfach notwendig prognostischen Charakter. Dennoch sollen die grundlegenden Beschränkungen aufgezeigt werden, die durch die Regelungen der EuInsVO bedingt sind. Dies gilt in noch größerem Maße für die Diskussion um Veränderungen: Die Untersuchung denkbarer Modifikationen kann demgemäß nur das Ziel verfolgen, die Vor- und Nachteile der alternativen Regelungsmodelle im Spiegel der in den vorhergehenden Teilen der Arbeit gewonnenen Erkenntnisse darzulegen. Unter diesem Paradigma werden verschiedene Regelungsalternativen erörtert. Einen umfassenden Gegenentwurf zur bestehenden Rechtslage zu entwickeln, ist nicht Anspruch der Arbeit.

D. Eingrenzung und Gang der Untersuchung

Die Arbeit wird sich den genannten Zielen entsprechend neben diesem ersten in drei weitere Kapitel gliedern, die jeweils einem Schritt der Untersuchung entsprechen. Zunächst soll im zweiten Kapitel untersucht werden, welche Möglichkeiten der Rechtswahl schon *de lege lata* bestehen. Das dritte Kapitel nimmt eine Bewertung der bestehenden Einwirkungsmöglichkeiten unter ökonomischen Gesichtspunkten vor. Im vierten und letzten Kapitel befasst sich die Untersuchung im Spiegel der gewonnenen Ergebnisse mit den Vor- und Nachteilen ausgewählter Modifikationen *de lege ferenda*.

Innerhalb der jeweiligen Abschnitte wird wie folgt verfahren: Das zweite Kapitel der Untersuchung gliedert sich in drei Schritte. Zunächst werden die rechtlichen Rahmenbedingungen erläutert, die unter der EuInsVO eine Einwirkung auf das zur Anwendung kommende Verfahrensrecht ermöglichen. Sodann werden die Grenzen der Rechtswahlfreiheit, also die Beschränkungen der Einwirkungsmechanismen als solche beleuchtet. Im Ergebnis werden damit die Voraussetzungen einer erfolgreichen Rechtswahl herausgearbeitet (Mit welchen Mitteln kann eine Rechtswahl stattfinden? Wie können Verfahrensbeteiligte auf Verfahrensforum und -recht einwirken?). Um die Grenzen der Gestaltungsfreiheit und die Reichweite des Handelns der Verfahrensbeteiligten genau zu beschreiben, bedarf es einer eingehenden Auseinandersetzung mit der Zuständigkeits- und Anerkennungordnung der EuInsVO. Dabei wird sich im Rahmen einer Betrachtung der grundsätzlichen Struktur der EuInsVO erweisen, dass Einwirkungsmöglichkeiten der Beteiligten unter der bestehenden Rechtslage von verschiedenen Ansatzpunkten ausgehen können. Die durch die jeweiligen Ansatzpunkte manipulativen Handelns vermittelten Einwirkungsmöglichkeiten werden daher voneinander getrennt untersucht. Im Rahmen dieses Abschnitts der Untersuchung wird auch eine eingehende Auseinandersetzung mit dem Zuständigkeitskriterium des COMI und der dazu ergangenen Judikatur erforderlich.

Im weiteren Verlauf des zweiten Kapitels gilt das Augenmerk dem gegenständlichen Wirkungsbereich einer Rechtswahl (Was kann überhaupt gewählt werden? Welche Regelungen unterstehen faktisch dem Einfluss der Verfahrensbeteiligten?). Die Arbeit beschäftigt sich dabei mit Szenarien und folglich mit Rechtsproblemen, die eine Rechtswahl im Verhältnis zu Deutschland betreffen. An einigen Stellen der Arbeit ist es unvermeidlich, Fragen des autonomen deutschen Gesellschafts- und Insolvenzrechts zu behandeln. Damit werden zugleich die Schwierigkeiten exemplifiziert, die aus dem notwendigen Zusammenspiel zwischen nationalem Recht und Gemeinschaftsrecht erwachsen können. Das zweite Kapitel schließt mit einer Untersuchung der Bedeutung von Sekundärverfahren²² und der nach ihrer Eröffnung eintretenden Verfahrensmehrheit für die Rechtswahl im europäischen Insolvenzrecht.

Ausgehend von den im zweiten Kapitel gewonnenen Befunden findet im dritten Kapitel eine Bestandsaufnahme der mit der geltenden Regelung verbundenen Effekte statt. Bei der Bestimmung des Untersuchungsmaßstabs und der Beleuchtung der Auswirkungen der europäischen Regelung ist ein Blick auf das umfangreiche ausländische Schrifttum zu den Auswirkungen des *forum shopping* auf Verfahrenseffizienz und Verfahrensrecht

²² Sekundärinsolvenzverfahren werden abweichend von den Termini der EuInsVO im Folgenden kurz als „Sekundärverfahren“ bezeichnet.

unverzichtbar. Die Analyse des *Status quo* unter Effizienzgesichtspunkten beginnt mit einer Darstellung der Anreizstrukturen, die aus den Einwirkungsmöglichkeiten der Verfahrensbeteiligten resultieren. Sie sind für die nachfolgenden Untersuchungsschritte von grundlegender Bedeutung. Sodann wird im Rahmen einer zunächst statischen Betrachtung analysiert, welche Effizienzgewinne sich durch die Einflussnahme auf die internationale Zuständigkeit ergeben könnten und inwieweit Chancen bestehen, diese auch praktisch zu realisieren. Die Wechselwirkungen zwischen dem Handeln der Akteure und dem aus der Gesamtheit des geschriebenen und praktizierten Rechts der Gemeinschaft und der Mitgliedstaaten bestehenden rechtlichen Handlungsumfeld bleiben in diesem Untersuchungsschritt noch ausgeblendet. Mit ihnen befasst sich der letzte Teil des dritten Kapitels. Dort wird der Frage nachgegangen, ob die durch die EuInsVO eröffneten Handlungsanreize und -spielräume einen wohlfahrtsstiftenden Regulierungswettbewerb zwischen den Insolvenzrechtssystemen der Mitgliedstaaten entstehen lassen könnten.

Das in den vorhergehenden Kapiteln der Arbeit gewonnene Bild wird im vierten Kapitel zum Prüfstein denkbarer Alternativregelungen. Zunächst wird herausgearbeitet, welche Anforderungen allen diskutierten Regelungsalternativen gemeinsam sein sollen. Es werden also die Grundvoraussetzungen effektiver Modifikationen benannt. Sodann werden drei Modifikationsvorschläge, die diesen grundsätzlichen Bedingungen genügen, im Lichte der gewonnenen Erkenntnisse auf ihre spezifischen Vor- und Nachteile hin untersucht. Die Arbeit schließt mit einer Zusammenfassung der Thesen.

E. Fokussierung auf Unternehmensinsolvenzen

Die gesamte Untersuchung konzentriert sich auf die Insolvenz von Unternehmen. In erster Linie geht es daher um Fälle, in denen eine oder mehrere unternehmenstragende Gesellschaften Schuldner sind. Ein Schwerpunkt liegt auf Problemen, die kennzeichnend für die gemeinhin als „Konzerninsolvenz“ bezeichnete Problematik der Insolvenz eines Verbunds unternehmenstragender Gesellschaften sind. Darüber hinaus werden vereinzelt auch Fragen berücksichtigt, die sich als typisch für die Insolvenz des Einzelkaufmanns darstellen. Der in rechtstatsächlicher Hinsicht ebenfalls bedeutsame Fragekomplex der Rechtswahlmöglichkeiten im Rahmen von Verbraucherinsolvenzen soll aus der Untersuchung der Rechtslage hingegen gänzlich ausgeklammert werden, wenngleich viele der gewonnenen Thesen sich auf Verbraucherinsolvenzen ohne Weiteres übertragen lassen. Allein im Rahmen der Darstellung des mit der bestehenden Regelungslage

einhergehenden Grades an Vorhersehbarkeit insolvenzrechtlicher Risiken wird auf das Problem der Verbraucherinsolvenzen zurückzukommen sein.