

PHILIPP M. REUSS

»Forum Shopping«
in der Insolvenz

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

*Studien zum ausländischen
und internationalen Privatrecht*

259

Mohr Siebeck

Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht

259

Herausgegeben vom

Max-Planck-Institut für ausländisches
und internationales Privatrecht

Direktoren:

Jürgen Basedow, Holger Fleischer und Reinhard Zimmermann



Philipp M. Reuß

„Forum Shopping“ in der Insolvenz

Missbräuchliche Dimension der Wahrnehmung
unionsrechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten

Mohr Siebeck

Philipp M. Reuß, geboren 1980; Studium der Rechtswissenschaft an der Ludwig-Maximilians-Universität München; 2010 Promotion; seit 2010 Referendar beim OLG München und Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Deutsches, Europäisches und Internationales Unternehmensrecht der LMU München.

e-ISBN PDF 978-3-16-151444-9

ISBN 978-3-16-150819-6

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.d-nb.de> abrufbar.

© 2011 Mohr Siebeck Tübingen.

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 Nägele in Nehren gebunden.

*Meinen Eltern
in tiefer Dankbarkeit*

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2010/2011 von der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München als Dissertation angenommen. Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur befinden sich auf dem Stand vom 1.1.2011.

Mein ganz besonders herzlicher Dank für ihre wohlwollende persönliche und wissenschaftliche Förderung gilt meiner Doktormutter, Frau Professor Dr. Dagmar Coester-Waltjen, LL.M., an deren Lehrstuhl diese Arbeit zum Teil entstanden ist. Sie hat an der Entstehung stets mit kritischem Zuspruch und mit Geduld teilgenommen. Des Weiteren gilt mein Dank dem Korreferenten, Herrn Professor Dr. Rudolf Streinz, der mich freundlich an seinem Lehrstuhl aufgenommen hat und für die zahlreichen Fragestellungen aus den Tiefen des Europarechts stets ein offenes Ohr hatte. Verpflichtet bin ich ebenfalls Herrn Professor Dr. Dr. h.c. Jürgen Basedow und dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht für die Aufnahme der Arbeit in diese Schriftenreihe. Besonderen Dank schulde ich darüber hinaus Mr Edwin Peel (Keble College, Oxford), der mir in meiner Zeit in England fördernd zur Seite stand.

Meiner lieben Mutter, Frau Gitta Reuß, sowie Frau Christiane Breitenbach, Frau Andrea Kürten, Herrn Chun-Kyung Paulus Suh, Herrn Peter Picht, Herrn RiAG Stefan Vollath, Herrn Dr. Benjamin Hamberger, Herrn Robert Wolter und Herrn Lars Hornuf danke ich für die kritische Durchsicht der Arbeit und zahlreiche Anregungen. Für wertvolle Hinweise und zahlreiche konstruktive Diskussionen danke ich Herrn Tobias Kruis, LL.M. und Herrn Thomas Streinz. Abschließend danke ich meinen Eltern Gitta und Bernd Reuß, ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Gefördert wurde die Arbeit durch ein Promotionsstipendium der Konrad Adenauer Stiftung. Hervorzuheben ist insbesondere der wohlwollende Zuspruch von Frau Dr. Daniela Tandecki, ohne die es die vorliegende Arbeit in dieser Form wohl nicht geben würde.

München, im Februar 2011

Philipp M. Reuß

Inhaltsübersicht

Vorwort	VII
Abkürzungsverzeichnis	XX
Einführung	1
Kapitel 1: Das Insolvenzrecht im europäischen Wettbewerb der Rechtsordnungen	6
A. Forum shopping und der Wettbewerb der Rechtsordnungen im Unionsrecht	6
B. Insolvenzrecht und Wettbewerb der Rechtsordnungen	48
Kapitel 2: Schuldnerinitiiertes forum shopping nach der Europäischen Insolvenzverordnung	71
A. Der systematische Rahmen der Europäischen Insolvenzverordnung .	71
B. Gestaltungsmöglichkeiten für schuldnerinitiiertes forum shopping .	112
C. Zusammenfassung	121
Kapitel 3: Lösungsansätze in der gegenwärtigen Diskussion...	123
A. Anknüpfungsbasierte Lösungsansätze	123
B. Anderweitige Lösungsansätze	160
C. Zusammenfassung der bisherigen Ergebnisse	197

Kapitel 4: Lösung über ein Europäisches Rechtsmissbrauchsverbot.....	199
A. Vorüberlegungen.....	199
B. Rechtsmissbrauch – ein europäisches Konzept?.....	231
C. Das Rechtsmissbrauchsverbot im Europäischen Insolvenzrecht.....	318
 Kapitel 5: Quo vadis EuInsVO? – Reformüberlegungen mit Blick auf binnenmarktschädliches forum shopping.....	342
A. Strukturelle Vorgaben	342
B. Hauptverfahrenszuständigkeit	343
C. Amtsermittlung, Anhörungsrechte und Kommunikation im Rahmen der Zuständigkeitsermittlung und Verfahrensdurchführung	355
D. Registrierung von Eröffnungsentscheidungen und Ausbau von Informationsmöglichkeiten	361
E. Konzerninsolvenz.....	362
F. Zusammenfassender Ausblick	369
 Schlussbetrachtung.....	371
A. Regulierungsvorgaben für forum shopping im europäischen internationalen Insolvenzrecht	371
B. Forum shopping im Rahmen der EuInsVO	373
C. Lösungsansätze der gegenwärtigen Diskussion.....	373
D. Das europäische Rechtsmissbrauchsverbot.....	374
E. Reformüberlegungen	377
 Literaturverzeichnis	379
Sachregister	414

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Abkürzungsverzeichnis	XX
Einführung	1
Kapitel 1: Das Insolvenzrecht im europäischen Wettbewerb der Rechtsordnungen	6
A. Forum shopping und der Wettbewerb der Rechtsordnungen im Unionsrecht	6
I. Was versteht man unter forum shopping?	6
II. Anreize für forum shopping	8
III. Das Unbehagen gegenüber forum shopping	9
IV. Verhältnis zum Wettbewerb der Rechtsordnungen	14
V. Das Unbehagen gegenüber Regulierungswettbewerb	17
VI. Marktordnung für den Wettbewerb der Rechtsordnungen im Unionsrecht	21
1. Binnenmarkt als Leitprinzip	25
a. Inhalt des Binnenmarktziels	27
b. Innere und äußere Zielkonflikte	31
c. Methodisches Gepräge des Binnenmarktziels	32
2. Marktöffnung	33
3. Marktregulierung	35
a. Akteure bei der Schaffung von Gestaltungsmöglichkeiten und Kontrolle ihrer Ausübung	35
b. Regulierungsmaßstab	38
4. Bedeutung von Information	44
VII. Zusammenfassung	47
B. Insolvenzrecht und Wettbewerb der Rechtsordnungen	48

I.	Grundfragen des Insolvenzrechts.....	48
1.	Aufgabe: Ordnungsrahmen für die Insolvenz	49
2.	Interessenschutz im Insolvenzrecht	53
a.	Gläubigerschutz.....	53
b.	Schuldnerschutz.....	55
c.	Schutz des marktwirtschaftlichen Systems.....	57
d.	Besonderes Gewicht von Gläubigerinteressen.....	58
II.	Insolvenzrechtliche Rahmenbedingungen für forum shopping im europäischen Regulierungswettbewerb	59
1.	Marktöffnung.....	59
2.	Anreize für forum shopping im insolvenzrechtlichen Regulierungswettbewerb	63
3.	Vorgaben für die Marktregulierung im Insolvenzrecht	66
III.	Zusammenfassung	69

Kapitel 2: Schuldnerinitiiertes forum shopping nach der Europäischen Insolvenzverordnung..... 71

A.	Der systematische Rahmen der Europäischen Insolvenzverordnung .	71
I.	Regelungszweck und Anknüpfungssystematik.....	71
II.	Der Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen (COMI)	80
1.	Konzeptionelle Vorgaben.....	81
a.	Die dem COMI-Konzept zugrundeliegende Ratio	81
b.	Strukturbildende Elemente der COMI-Bestimmung – COMI, ein Zweifiltersystem	83
i.	Gewöhnliche Interessenverwaltung (Filter 1)	85
ii.	Feststellbarkeit für Dritte (Filter 2).....	86
c.	Flexibilität.....	87
d.	Maßgeblicher Bestimmungszeitpunkt	88
2.	COMI natürlicher Personen.....	89
3.	COMI juristischer Personen	93
a.	Der vermutete COMI gem. Art. 3 Abs. 1 S. 2 EuInsVO	93
i.	Ermittlungspflicht des Gerichts	93
ii.	Anforderungen an die Widerlegung der Vermutungsregelung	96
iii.	Anwendbarkeit auf Personengesellschaften	98
b.	Kriterien für die Bestimmung des tatsächlichen COMI einer juristischen Person oder Gesellschaft.....	98
i.	Konzeptionelle Vorüberlegung: Sitztheorie vs. Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen	99

- ii. Konkretisierungsversuche im Lichte des ErwGr. 4 (forum shopping)..... 101
 - iii. Sonderproblematik: Einstellung der Geschäftstätigkeit vor Antragstellung..... 107
 - iv. Sonderproblematik: Konzerninsolvenz 108
- III. Der Begriff der Niederlassung..... 111
- B. Gestaltungsmöglichkeiten für schuldnerinitiiertes forum shopping. 112
- I. Einflussnahme auf die Hauptverfahrenszuständigkeit 112
 - 1. Natürliche Personen 113
 - 2. Juristische Personen und Gesellschaften..... 115
- II. Nutzbarmachung paralleler Verfahren 119
- C. Zusammenfassung 121

Kapitel 3: Lösungsansätze in der gegenwärtigen Diskussion... 123

- A. Anknüpfungsbasierte Lösungsansätze 123
- I. Der englische Ansatz – command & control 123
 - 1. Die Lehre im Einzelnen 124
 - a. Entwicklung 124
 - b. Gründe für die Annahme der Lehre..... 127
 - c. Kernelemente 130
 - i. Faktoren für die Bestimmung der Belegenheit des COMI.. 130
 - ii. Die Rolle der „head office functions“ 134
 - iii. Feststellbarkeit als Rangordnung der verschiedenen Faktoren..... 134
 - 2. Stellungnahme 135
- II. Der französische Ansatz – Modifikation der „command & control“-Lehre 138
 - 1. Die Lehre im Einzelnen 139
 - 2. Stellungnahme 140
- III. Business activity theory..... 141
 - 1. Die Lehre im Einzelnen 141
 - 2. Stellungnahme 143
- IV. Der niederländische Ansatz – eine starke Vermutungsregelung in Art. 3 Abs. 1 S.2 EuInsVO 144
 - 1. Die Lehre im Einzelnen 144
 - 2. Stellungnahme 144
- V. Lösungsvorschläge – de lege ferenda..... 145

1. Der Ansatz von Paulus für einen COMI juristischer Personen	146
2. Die Ansätze von Eidenmüller und Ringe – ein Systemwandel	149
a. Anknüpfung für natürliche Personen.....	149
b. Anknüpfung für juristische Personen und Gesellschaften.....	151
i. Anknüpfung an den Satzungssitz.....	151
ii. Kombinationsalternative (Ringe) – Spaltung von materiellem Recht und Verfahrensrecht.....	154
3. Systeme freier Rechts- und Forumwahl.....	155
a. Konsentierete Wahl.....	156
b. Einseitige Wahl	158
 B. Anderweitige Lösungsansätze	160
I. Perpetuatio fori.....	160
II. Anticipatio fori.....	160
III. Ansatz nationaler Umgehungsvorschriften.....	163
1. Relevante Fallkonstellationen	164
2. Sachrechtliche Lösung	165
3. Kollisionsrechtliche Lösung.....	166
a. Umqualifizierung.....	166
b. Sonder-/Alternativanknüpfung.....	168
4. Überlegungen zur Vereinbarkeit nationaler Umgehungsvorschriften mit dem Unionsrecht.....	170
a. Rechtfertigungskonstellationen.....	170
b. Abweichungsmöglichkeit vom sekundärrechtlichen Insolvenzstatut Art. 4 EuInsVO	171
c. Abweichungsmöglichkeit von primärrechtlichen Vorgaben ...	174
i. Primärrechtliche Rechtfertigung über zwingende Erfordernisse des Gemeinwohls	174
(1) Vorliegen einer Beschränkung – Übertragung der Keck-Rechtsprechung.....	175
(2) Erforderlichkeitsprüfung – Maßstabswandel?	176
ii. Primärrechtliche Rechtfertigung über nationale Rechtsmissbrauchsvorschriften	179
iii. Dritter Weg? – Rechtfertigung über unionsrechtliche Schutzkonzeptionen	181
5. Verhinderung von binnenmarktschädlichem forum shopping	183
IV. Anti-suit Injunction	183
1. Entwicklung und Voraussetzungen.....	184
2. COMITY – Bedenken hinsichtlich der Zulässigkeit der ASI	187
3. Zulässigkeit der ASI im Rahmen der EuGVVO.....	188
4. Zulässigkeit der ASI im Rahmen der EuInsVO	191
V. Forum (non) conveniens.....	192

VI. Lösung über Sekundärverfahren	193
VII. Anfechtung der COMI-Verlagerung im Rahmen des Sekundärverfahrens	194
VIII. Ordre public – Art. 26 EuInsVO	194
C. Zusammenfassung der bisherigen Ergebnisse	197
Kapitel 4: Lösung über ein Europäisches Rechtsmissbrauchsverbot.....	199
A. Vorüberlegungen.....	199
I. Über das Wesen des Rechtsmissbrauchsverbots.....	204
II. Die „Methodenfrage“: Teil der Auslegung oder eigenständiges Rechtsinstitut?	207
1. Beispielsfall aus dem Landwirtschaftsrecht – Lösung über das Rechtsmissbrauchsverbot durch den BGH.....	208
2. Alternative Falllösung über den Analogieschluss	209
3. Fallabwandlung – Lösungsmöglichkeit nur über das Rechtsmissbrauchsverbot	210
4. Ergo: Eigenständigkeit von Rechtsmissbrauchserwägungen	211
III. Wirkungen des Rechtsmissbrauchsverbots – Innen- vs. Außentheorie	213
IV. Gesetzesumgehung vs. Rechtsmissbrauch.....	218
V. Abuse of Law vs. Abuse of Rights.....	222
VI. Betrug vs. Rechtsmissbrauch	222
VII. Individueller vs. Institutioneller Rechtsmissbrauch.....	223
VIII. Erforderlichkeit subjektiver Elemente	224
IX. Messbarkeit subjektiver Elemente	229
X. Zusammenfassung	229
B. Rechtsmissbrauch – ein europäisches Konzept?.....	231
I. Rechtsmissbrauch im Unionsrecht	231
1. Rekurs auf das Völkerrecht	236
2. Unionstreue gem. Art. 4 Abs. 3 EU n.F. (= Art. 10 EG)	237
3. Allgemeiner Rechtsgrundsatz des Unionsrechts	237
a. Voraussetzungen für die Annahme eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes	237
b. Rechtsmissbrauch als Teil des Grundsatzes von Treu und Glauben	239

c. Allgemeiner Rechtsgrundsatz des Unionsrechts zum Verbot des Rechtsmissbrauchs	240
II. Elemente des Europäischen Rechtsmissbrauchskonzepts	248
1. Über Wesen, Wirkungsweise und Feststellung des Europäischen Rechtsmissbrauchsverbots im Mehrebenensystem.....	248
2. Abgrenzung zu Betrugsfällen	255
3. Fallgruppensystematik des Europäischen Rechtsmissbrauchsverbots.....	258
a. Missbrauch im Bereich der Umgehung/Erschleichung von Normen.....	259
i. Umgehung nationaler Vorschriften im Anwendungsbereich des Primärrechts	259
ii. Umgehung primärrechtlicher Vorschriften im Anwendungsbereich des Primärrechts	266
iii. Umgehung nationaler Vorschriften im Anwendungsbereich des Sekundärrechts	268
iv. Umgehung sekundärrechtlicher Vorschriften im Anwendungsbereich des Sekundärrechts	270
v. Erschleichung nationaler Vorschriften im Anwendungsbereich des Primärrechts	276
vi. Erschleichung primärrechtlicher Vorschriften im Anwendungsbereich des Primärrechts	278
vii. Erschleichung nationaler Vorschriften im Anwendungsbereich des Sekundärrechts	280
viii. Erschleichung sekundärrechtlicher Normen im Anwendungsbereich des Sekundärrechts	282
b. Missbrauch bei sonstigem fehlenden schutzwürdigen Interesse	288
i. Rechtsmissbrauch bei gegenwärtigem Verhalten	288
(1) Missbrauch marktbeherrschender Stellung Art. 102 AEUV	288
(2) Kartellverbot Art. 101 AEUV	291
(3) Marktabschottung	292
(4) Schikane.....	294
(5) Verfahrensmissbrauch	297
(6) Verstöße gegen Treu und Glauben.....	300
ii. Rechtsmissbrauch bei Widerspruch zwischen früherem und gegenwärtigem Verhalten – venire contra factum proprium.....	304
4. Synthese gemeinsamer Tatbestandsvoraussetzungen und Rechtsfolgen	305
a. Umgehungs- und Erschleichungsfälle	306

b. Missbrauchsfälle bei sonstigem fehlenden schutzwürdigen Interesse	308
c. Subjektive Elemente	308
i. Erforderlichkeit eines subjektiven Elements für die Missbrauchsfeststellung	308
ii. Grad der notwendigen Intention	311
iii. Motivrelation zwischen Missbrauchsintention und Gestaltung	312
iv. Messbarkeit subjektiver Elemente	313
d. Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen das Rechtsmissbrauchsverbot	314
5. Grenzen des Rechtsmissbrauchsverbots	315
6. Individueller und institutioneller Rechtsmissbrauch	316
7. Unmittelbare Anwendbarkeit	316
III. Zusammenfassung	317
C. Das Rechtsmissbrauchsverbot im Europäischen Insolvenzrecht	318
I. Missbrauchsgestaltungen	319
1. Schikane	320
a. Schikanöse Gestaltung 1: Verbringung dinglich gesicherter Vermögensgegenstände vor Verfahrenseröffnung (choice of law shopping)	321
b. Schikanöse Gestaltung 2: Verlagerung des Hauptverfahrens (forum shopping)	323
2. Umgehung und Erschleichung von Normen	323
a. Binnenmarktschädigung – Feststellbarkeit für Dritte gem. ErwGr. 13	324
i. Methodik: Lösung auf Ebene des Zuweisungsgehalts der Gestaltungsfreiheit	325
ii. Teleologische Vorgaben für die Gestaltungsfreiheit in der Insolvenz	325
iii. Beispielsfall 1: Enron Directo SA	326
iv. Beispielsfall 2: Verbraucherinsolvenz – Restschuldbefreiungstourismus	327
v. Die Eurofood-Entscheidung des EuGH im Lichte des Rechtsmissbrauchsverbots	328
b. Künstliche Gestaltung	328
i. Künstliche Gestaltung 1: Firmenbestattung	329
ii. Künstliche Gestaltung 2: Restschuldbefreiungstourismus ..	330
iii. Künstliche Gestaltung 3: Begründung oder Verlegung einer Niederlassung	331
c. Offensichtlich fehlende Massemaximierung	332

d. Unterlaufen des Verhältnisses von Haupt- und Territorialverfahren	335
II. Grenzen des Rechtsmissbrauchsverbots	336
III. Verhinderung von binnenmarktschädlichem forum shopping	338
IV. Zusammenfassung	340
Kapitel 5: Quo vadis EuInsVO? – Reformüberlegungen mit Blick auf binnenmarktschädliches forum shopping	342
A. Strukturelle Vorgaben	342
B. Hauptverfahrenszuständigkeit	343
I. COMI vs. Grundfreiheiten	344
II. Regelexemplarisches COMI-System	347
III. „Non liquet“-Situationen	350
IV. Rechtshängigkeitssperre	352
C. Amtsermittlung, Anhörungsrechte und Kommunikation im Rahmen der Zuständigkeitsermittlung und Verfahrensdurchführung	355
D. Registrierung von Eröffnungsentscheidungen und Ausbau von Informationsmöglichkeiten	361
E. Konzerninsolvenz	362
F. Zusammenfassender Ausblick	369
Schlussbetrachtung	371
A. Regulierungsvorgaben für forum shopping im europäischen internationalen Insolvenzrecht	371
B. Forum shopping im Rahmen der EuInsVO	373
C. Lösungsansätze der gegenwärtigen Diskussion	373
D. Das europäische Rechtsmissbrauchsverbot	374
I. Das Rechtsmissbrauchsverbot im Allgemeinen	374

II. Das Rechtsmissbrauchsverbot im Unionsrecht.....	375
III. Das europäische Rechtsmissbrauchsverbot im europäischen internationalen Insolvenzrecht.....	376
E. Reformüberlegungen.....	377
Literaturverzeichnis.....	379
Sachregister.....	414

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
AC	Law Reports (Appeal Cases)
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
All ER	All England Law Reports
Am. Bankr. L.J.	American Bankruptcy Law Journal
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
B.R.	Bankruptcy Reporter (USA)
BB	Betriebs-Berater
BCC	British Company Law Cases
BCLC	Butterworths Company Law Cases
Beschl.	Beschluss
BJIBFL	Butterworths Journal of International Banking and Financial Law
BT-Drucks.	Drucksachen des Deutschen Bundestages
Ch.	Law Reports Chancery Division
CLJ	The Cambridge Law Journal
CMLR	Common Market Law Review
COMI	Centre of Main Interests
d.h.	das heißt
D.P.	Recueil périodique et critique mensuel Dalloz (années antérieures à 1941)
DAR	Deutsches Autorecht
DCFR	Draft Common Frame of Reference
DNotI	Deutsches Notarinstitut
DZWiR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EBLR	European Business Law Review
EBOR	European Business Organisation Law Review
EG	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EG-KonkursÜbk	Entwurf über ein Übereinkommen über den Konkurs, Vergleiche und ähnliche Verfahren, v. 1970 (überarbeitet 1980)
ELJ	European Law Journal
ErwGr.	Erwägungsgrund
EU	Vertrag über die Europäische Union
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EuGVVO	Verordnung über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung
EuInsÜbk	Europäischen Übereinkommens über das Insolvenzverfahren von 1995

EuInsVO	Europäische Verordnung über das Insolvenzverfahren
EuLF	The European Legal Forum
EuR	Europarecht
EuUntVO	Verordnung über die Zuständigkeit, das anwendbare Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Zusammenarbeit in Unterhaltssachen
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWCA Civ	England and Wales Court of Appeal (Civil Division)
EWHC Ch	England and Wales High Court (Chancery Division)
EWHC QB	England and Wales High Court (Queen's Bench Division)
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
Gai.	Gaius
GewArch	Gewerbearchiv
GLKrWG	Bayerisches Gemeinde- und Landkreiswahlgesetz
GO	Bayerische Gemeindeordnung
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR Int	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht: Internationaler Teil
HL	House of Lords
IA 1986	Insolvency Act 1986
ICLQ	The International and Comparative Law Quarterly
IHL	Inhouse Lawyer
IILR	International Insolvency Law Review
IL&P	Insolvency Law & Practice
ILPr	International Litigation Procedure
InsO	Insolvenzordnung
Insolv.Int.	Insolvency Intelligence
Int.Insolv.Rev.	International Insolvency Review
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
IPRspr	Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiet des Internationalen Privatrechts im Jahre ...
IstanbulÜbk	Europäisches Übereinkommen über internationale Aspekte des Konkurses, v. 1990
JAP	Juristische Ausbildung & Praxisvorbereitung
JBL	Journal of Business Law
JIBLR	Journal of International Banking Law and Regulation
JPE	The Journal of Political Economy
Juris-PR-InsR	Juris Praxis-Report Insolvenzrecht
JZ	Juristen-Zeitung
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
KTS	Konkurs Treuhand und Sanierung. Zeitschrift für Insolvenzrecht
L.J. Bcy.	Law Journal Reports, Bankruptcy New Series
Lloyd's Rep	Lloyd's List Law Reports
LM	Lindenmaier/Möhring – Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs
LMCLQ	Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly
LR	Law Reports
LT	Law Times Reports

Mac.	Amelius Macer
MMR	Multimedia und Recht Zeitschrift für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht
MünchKomm	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
MünchKomm-InsO	Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung
MünchKomm-ZPO	Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung
NILR	Netherlands International Law Review
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZBau	Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZI	Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung
NZV	Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht
OHADA	Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires
ORDO	Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft
ÖZÖR	Österreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht und Völkerrecht
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches- und internationales Privatrecht
ReferentenE	Referentenentwurf
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
S.Ct.	Supreme Court Reporter
SchiedsVZ	Zeitschrift für Schiedsverfahren
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs
str.	strittig
SVR	Straßenverkehrsrecht
TRIPS	Agreement on trade-related Aspects of Intellectual Property Rights
UILLR	University of Illinois Law Review
Univ Chicago L Rev	The University of Chicago Law Review
Univ Toronto L Rev	The University of Toronto Law Review
Urt.	Urteil
vgl.	vergleiche
VNLR	Vanderbilt Law Review
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
wbl	wirtschaftsrechtliche Blätter, Zeitschrift für österreichisches und europäisches Wirtschaftsrecht
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankenrecht
WVRK	Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge, v. 1969
Yale LJ	Yale Law Journal
ZAR	Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik
ZBB	Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZEuS	Zeitschrift für Europarechtliche Studien
ZfBR	Zeitschrift für deutsches und internationales Baurecht
ZfP	Zeitschrift für Politik
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht

ZInsO	Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZVglRWiss	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaften
ZVI	Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht
ZZP	Zeitschrift für den Zivilprozess
ZZP Int	Zeitschrift für den Zivilprozess International

Im Übrigen wird verwiesen auf *Kirchner*, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 6. Auflage 2008.

Einführung

Mehr als 50 Jahre nach der „Grundsteinlegung“ der Europäischen Integration, dem Abschluss der Römischen Verträge am 25. März 1957, sehen sich die Europäer einem ganz neuen Europa gegenüber. Ursprünglich als Wirtschaftsgemeinschaft konzipiert,¹ hat das Modell Europa eine grundlegende Wendung erfahren. So gewährt das Unionsrecht seinen Unionsbürgern heute unter anderem einen facettenreichen, bald (?) sogar dreifachen Grundrechtsschutz.² Die Unionsbürgerschaft (Art. 20 AEUV) vermittelt dem Einzelnen darüber hinaus weitgehende subjektive Rechte, wie beispielsweise das Recht sich im Unionsgebiet frei zu bewegen und aufzuhalten³ oder aber das aktive und passive Kommunalwahlrecht.⁴ Auch dem Wunsch eines Existenzgründers, eine ausländische Gesellschaftsform für seine Tätigkeit im Inland nutzbar zu machen, stehen dank der Verbürgung der Freiheit, sich in einem Mitgliedstaat niederzulassen (Art. 49 AEUV), keine wesentlichen Hindernisse mehr im Wege.⁵ Die Union wandelt sich folglich immer mehr zu einer Gemeinschaft auch des Rechts.⁶ Wunder nehmen kann diese Verrechtlichung freilich nicht, denn die immer stärkere, an der Schaffung eines europäischen Marktes ohne Binnengrenzen ausgerichtete Integration⁷ erfordert ebenfalls die Ausbildung eines differen-

¹ Diesem funktionalistischen Vorgehen war freilich die Hoffnung immanent, dass sich die politische Integration im Wege eines sog. „spill-over“ letztendlich verwirklichen würde, vergleiche hierzu *Streinz*, Europarecht, 2008 Rn. 18f.

² Vgl. *EuGH*, Rs. 29/69 (*Stauder*), Slg. 1969, 419, *EuGH*, Urt. v. 17.12.1970 – Rs. 11/70 (*Internationale Handelsgesellschaft*), Slg. 1970, 1125, *EuGH*, Rs. 4/73 (*Nold*), Slg. 1977, 491, *EuGH*, Rs. 44/79 (*Hauer*), Slg. 1979, 3727, *EuGH*, verbundene Rs. 46/87 und 227/88 (*Hoechst, et al.*), Slg. 1989, 2859; BVerfGE73, 339 (Solange II). Zu den Änderungen nach dem Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon siehe Kapitel 1 S. 23f.

³ Vgl. Art. 20 Abs. 2 lit. a AEUV, dies seit dem Vertrag von Amsterdam auch losgelöst von einer wirtschaftlichen Betätigung.

⁴ Art. 20 Abs. 2 lit. a AEUV, für Bayern umgesetzt in Art. 17 GO i.V.m. Art. 1 GLKrWG.

⁵ Vgl. etwa die Sachverhaltsgestaltung bei *EuGH*, Urt. v. 09.03.1999 – Rs. C-212/97 (*Centros*), Slg.1999, I-01459.

⁶ Vgl. bereits *Hallstein*, Die Europäische Gemeinschaft, 1979, 51ff.

⁷ Anders als das Grundgesetz, welches wirtschaftspolitisch neutral ist, vgl. BVerfGE4, 7ff., 17f., ist der AEUV grundsätzlich am Binnenmarkt (Art. 26 AEUV) und einer marktwirtschaftlichen Ordnung (Art. 119 AEUV) ausgerichtet, vgl. *Streinz*, Europarecht,

zierten, diese begleitenden Regelwerks, um den neuen Herausforderungen angemessen zu begegnen.

Mit Blick hierauf hat der Unionsgesetzgeber mit der im Jahre 2002 in Kraft getretenen Europäischen Verordnung über das Insolvenzverfahren (EuInsVO)⁸ einen gemeinsamen Rahmen für die Regelung der internationalen Zuständigkeit und des anwendbaren Rechts bei grenzüberschreitenden Insolvenzverfahren geschaffen. Hierdurch sollten die Unwägbarkeiten bei der Abwicklung dieser Verfahren verringert werden.⁹ *Forum* und *ius* werden nun für Hauptinsolvenzverfahren über den Mittelpunkt der hauptsächlichlichen Interessen des Schuldners, im Englischen: „centre of main interests“ (COMI),¹⁰ parallel angeknüpft, vgl. Art. 4 Abs.1 EuInsVO. Der COMI des Schuldners bestimmt damit sowohl die internationale Zuständigkeit der Insolvenzgerichte als auch das auf das Insolvenzverfahren anwendbare Recht.

Da Schuldner im Wesentlichen selbst festlegen, wo sie ihre Interessen verwalten, können sie auf die Belegenheit ihres COMI in gehörigem Maße Einfluss nehmen und somit indirekt das zuständige Insolvenzgericht wählen (*forum shopping*).¹¹ Anreize, in der wirtschaftlichen Krise Gestaltungen vorzunehmen, bieten die unterschiedlichen Insolvenzrechtsregime der Mitgliedstaaten reichlich.¹² Die bisherige Praxis hat gezeigt, dass ein reger Trend zur Beeinflussung des COMI mittels Wahrnehmung der im AEUV garantierten Grundfreiheiten und Freizügigkeitsrechte sowohl bei Gesellschaften,¹³ als auch bei Privatpersonen¹⁴ eingesetzt hat, um sich Vorteile in der Insolvenz zu verschaffen.

2008, Rn. 971; Schön in: Pelka (Hrsg.), Europa- und verfassungsrechtliche Grenzen der Unternehmensbesteuerung, 2000, 191, 192. Diese Ausrichtung bleibt auch nach dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon zentral.

⁸ Verordnung (EG) Nr. 1346/2000, ABl. L 160 v. 30.06.2000, 1.

⁹ Diese ergaben sich insbesondere durch die unterschiedlichen Anknüpfungssysteme in den Mitgliedstaaten.

¹⁰ Eingebürgert hat sich diese Abkürzung sowohl für den deutschen als auch für den englischen Begriff.

¹¹ Gestaltungsmöglichkeiten bestehen auch für Gläubiger. Gleichwohl macht schuldnerisches *forum shopping* den Großteil der Fälle aus, da Gläubiger (ausgenommen sind meist Großkreditgeber) nur unvollständige Kenntnis über die finanzielle Situation des Schuldners haben. Der Schuldner wird damit stets einen Schritt voraus sein. Nicht ausgeblendet werden dürfen jedoch die Fälle, in denen hinter den schuldnerischen Gestaltungsbemühungen Großgläubiger stehen, die über das Druckmittel der Finanzierungsmöglichkeit Einfluss ausüben können. Auch hier sind Gestaltungen nicht unbedenklich mit Blick auf die Rechte anderer Gläubiger.

¹² Ausführlich dazu Kapitel 1 S. 63ff.

¹³ So beispielsweise in den Fällen *AG Nürnberg*, Urt. v. 15.08.2006 – 8004 IN 1326 bis 1331/06 (*Hans Brochier Holdings*), NZI 2007, 185 = ZIP 2007, 81, mit zustimmender Anm. Kebekus und *AG Nürnberg*, Urt. v. 01.10.2006 – 8034 IN 1326/06 (*Hans Brochier*

Schuldnerisches *forum shopping* in der wirtschaftlichen Krise ist mit Blick auf die enormen Auswirkungen von Insolvenzen auf die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit Europas nicht unproblematisch.¹⁵ Allein in Deutschland wurden im Jahr 2006 – und damit noch von der jüngsten Finanzkrise unbeeinflusst – 30.357 Unternehmensinsolvenzen, gefolgt von 92.310 Verbraucherinsolvenzen registriert.¹⁶ Verursacht wurde allein durch die Unternehmensinsolvenzen ein Schaden in Höhe von 22,4 Milliarden Euro.¹⁷ Im Jahr 2009 betrug dieser sogar 48,6 Milliarden Euro.¹⁸ Für die westeuropäischen Staaten (die Schweiz inbegriffen) ergab sich für das Jahr

Holdings), NZI 2007, 186. Hier hatte auch zunächst der *High Court of Justice London* seine Zuständigkeit angenommen, vgl. auch die Besprechung von *Ballmann*, BB 2007, 1121; *High Court of England and Wales (Ch)*, 16.05.2003 (*Re Daisytek-ISA Ltd and others*), [2004] BPIR 30; *High Court of England and Wales (Ch)*, 04.07.2002 (*Enron Directo SA*), (unveröffentlicht), www.iiglobal.org; *High Court of England and Wales (Ch)*, Urt. v. 14.01.2003 und 07.02.2003 (*Re BRAC Rent-A-Car International Inc*), [2003] 2 All ER 201, 201 = ZIP 2003, 813; *High Court of England and Wales (Ch)*, 11.05.2005 (*Re MG Rover Espana SA*), [2006] BCC 599; *Stadtgericht Prag*, Beschl. v. 26.04.2005 – 78 K 6/05-127, ZIP 2005, 1431.

¹⁴ Vgl. bereits die Fälle *Cour de Cassation*, arrêt de 28.10.2008, www.legifrance.gouv.fr – No. de pourvoi: 06-16108 (zuletzt geprüft am 29.08.2010); ähnlich *Cour de Cassation*, arrêt de 09.10.2008, www.legifrance.gouv.fr – No. de pourvoi: 07-18804 (zuletzt geprüft am 29.08.2010); vgl. auch *Cour d'Appel de Colmar*, arrêt de 16.09.2008, www.legifrance.gouv.fr – No. de RG: 08-01786 (zuletzt geprüft am 29.08.2010); oder *High Court of England and Wales (Ch)*, Urt. v. 22.06.2007 (*Londoner Radiologe II*), ZVI 2008, 168; *AG Celle*, Beschl. v. 18.04.2005 – 29 IN 11/05, EuZW 2005, 415.

¹⁵ Zur negativen Wahrnehmung in der Öffentlichkeit siehe beispielhaft *Fichter*, Abhauen und Tee trinken, Süddeutsche Zeitung, 11.08.2009, 22. Ähnliches gilt für andere Formen der Ausnützung der Öffnung der Märkte, vgl. Stoppschild für Führerschein-Touristen, Süddeutsche Zeitung, 12.12.2008, 5. Zu den Auswirkungen wirtschaftlicher Krisen auf die Rechtsprechung, insb. mit Blick auf grenzüberschreitende Fälle siehe *Fentiman*, Private International Law and the Downturn, <http://conflictoflaws.net/2010/guest-editorial-fentiman-on-private-international-law-and-the-downturn/> (zuletzt geprüft am 17.06.2010).

¹⁶ Vgl. Statistisches Bundesamt: <http://www.destatis.de/jetspeed/portal/cms/Sites/destatis/Internet/DE/Content/Publikationen/Querschnittsveroeffentlichungen/WirtschaftStatistik/UnternehmenGewerbeanzeigen/Insolvenzen06.property=file.pdf> (zuletzt geprüft am 09.08.2010). Die Zahl im Jahr 2009 weicht jedoch nicht allzu sehr hiervon ab, hier sind es 32.687 Unternehmensinsolvenzen und 101.102 Verbraucherinsolvenzen, vgl. Statistisches Bundesamt: <http://www.destatis.de/jetspeed/portal/cms/Sites/destatis/Internet/DE/Content/Statistiken/UnternehmenGewerbeInsolvenzen/Insolvenzen/Tabellen/Content50/UnternehmenSchuldner.templateId=renderPrint.psm1> (zuletzt geprüft am 09.08.2010).

¹⁷ *Creditreform*, Studie: Insolvenzen, Neugründungen, Löschungen 2006, 20.

¹⁸ Vgl. http://www.creditreform.de/Deutsch/Creditreform/Presse/Archiv/Insolvenzen_Neugruendungen_Loeschungen_DE/2009_-_Jahr/2009-1202_Insolvenzen_Neugruendungen_Loeschungen.pdf (zuletzt geprüft am 09.08.2010).

2006 eine Zahl von insgesamt 141.448 Unternehmensinsolvenzen.¹⁹ Im Jahr 2009 stieg die Zahl sogar auf 185.111 an.²⁰ Aber nicht nur die monetären Auswirkungen auf den Binnenmarkt sind beträchtlich. Auch für den Arbeitsmarkt stellen sich Unternehmenszusammenbrüche als gravierendes Problem dar. In den letzten Jahren haben immer mehr Unternehmen Insolvenz angemeldet, betroffen waren vor allem auch traditionsreiche Unternehmen wie Escada (ca. 2.300 Mitarbeiter), Arcandor (ca. 40.000 Mitarbeiter) oder aber Schiesser (ca. 2.300 Mitarbeiter). Mit der Insolvenz gehen meist auch zahlreiche Freistellungen einher, für das Jahr 2009 ergaben sich Arbeitsplatzverluste in Höhe von ca. 1,7 Millionen, geschätzt für die westeuropäischen Staaten, die Schweiz inbegriffen.²¹

Ermöglicht man Schuldner vor diesem Hintergrund, beliebig ein Insolvenzregime zu wählen, können sich diese negativen Effekte noch verschärfen. Möglicherweise werden durch Gestaltungen in der wirtschaftlichen Krise Risikokalkulationen von Gläubigern unterlaufen, da Gläubiger unter Umständen einem Insolvenzrechtsregime gegenüberstehen, das sie nicht vorhersehen konnten. Gegen dieses erhöhte Risiko werden sich insbesondere Kreditgeber über eine Teuerung der Kredite oder eine restriktivere Bereitschaft zur Kreditvergabe absichern. Dies führt deshalb zu einer Schwächung des Binnenmarktes, weil es die Kreditaufnahme für am Binnenmarkt tätige Unternehmen erschwert. Aber auch im Verhältnis zu anderen Geschäftspartnern des Schuldners können sich Hemmnisse ergeben. Beispielsweise werden Handelsgläubiger die Bestellung weitergehender Sicherheiten zur Absicherung gegen das erhöhte Risiko verlangen. Die durch *forum shopping* entstehenden Gefahren für einen funktionierenden Binnenmarkt waren auch dem europäischen Gesetzgeber bekannt, der in Erwägungsgrund 4 der Verordnung klar darauf hinweist, Anreize, die *forum shopping* bewirken oder fördern, zu verhindern.

Wo genau die Trennlinie zwischen zulässiger und unzulässiger Gestaltung zu ziehen ist, stellt eine der spannendsten und wohl am meisten diskutierten Fragen des europäischen internationalen Insolvenzrechts dar. Die Literatur hierzu ist Legion. Die vorliegende Arbeit will zu dieser Problematik einen Diskussionsbeitrag leisten. Die Untersuchung wird mit der Analyse der Vorgaben beginnen, die das europäische internationale Insol-

¹⁹ Vgl. http://www.creditreform.de/Deutsch/Creditreform/Presse/Archiv/Insolvenzen_Europa/2006-07/Insolvenzen_in_Europa_2006-07_de.pdf (zuletzt geprüft am 09.08.2010).

²⁰ Vgl. http://www.creditreform.de/Deutsch/Creditreform/Presse/Archiv/Insolvenzen_Europa/2009-10/Insolvenzen_in_Europa_2009-10_de.pdf (zuletzt geprüft am 09.08.2010).

²¹ Vgl. http://www.creditreform.de/Deutsch/Creditreform/Presse/Archiv/Insolvenzen_Europa/2009-10/Insolvenzen_in_Europa_2009-10_de.pdf (zuletzt geprüft am 09.08.2010).

venzrecht für die Regulierung von *forum shopping* setzt (Kapitel 1). Darauf folgend werden die im Rahmen der EuInsVO tatsächlich für Schuldner bestehenden Gestaltungsmöglichkeiten herausgearbeitet (Kapitel 2). Anschließend wird sich eine Auseinandersetzung mit Ansätzen der gegenwärtigen Diskussion, die die Verhinderung binnenmarktschädlicher Gestaltung erstreben (Kapitel 3). Da in der Praxis von den Verfahrensbeteiligten oftmals Missbrauchsvorwürfe gegen gestaltende Schuldner erhoben werden, wird ferner untersucht, inwieweit sich binnenmarktschädliches *forum shopping* durch ein europäisches Rechtsmissbrauchsverbot eindämmen lässt (Kapitel 4). Die Arbeit greift so eine zweite, große Thematik des Unionsrechts auf, nämlich die Frage nach Wesen, Geltung und Gestaltung des europäischen Rechtsmissbrauchsverbots. Die Untersuchung schließt mit einigen Reformüberlegungen (Kapitel 5).