

Kai Uwe Böhler

Restschuldbefreiungstourismus

Günstige Gelegenheit,
Rechtsmissbrauch – oder gar Betrug?



**WISSENSCHAFTLICHE BEITRÄGE
AUS DEM TECTUM VERLAG**

Reihe Rechtswissenschaften

WISSENSCHAFTLICHE BEITRÄGE AUS DEM TECTUM VERLAG

Reihe Rechtswissenschaften

Band 92

Kai Uwe Büchler

Restschuldbefreiungstourismus

Günstige Gelegenheit, Rechtsmissbrauch – oder gar Betrug?

Tectum Verlag

Kai Uwe Büchler

Restschuldbefreiungstourismus. Günstige Gelegenheit, Rechtsmissbrauch
– oder gar Betrug?

Wissenschaftliche Beiträge aus dem Tectum Verlag:
Reihe: Rechtswissenschaften; Bd. 92

© Tectum – ein Verlag in der Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2017

Zugl. Diss. Universität Mannheim 2016

ISBN: 978-3-8288-6776-5

(Dieser Titel ist zugleich als gedrucktes Werk unter der ISBN
978-3-8288-4024-9 und als ePub unter der ISBN 978-3-8288-6777-2 im
Tectum Verlag erschienen.)

ISSN: 1861-7875

Umschlagabbildung: Europe map with borders and name
of the countries. Illustration. © okili77/Shutterstock.com

Besuchen Sie uns im Internet
www.tectum-verlag.de

Bibliografische Informationen der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der
Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Angaben sind
im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Die vorliegende Arbeit wurde 2016 von der Abteilung für Rechtswissenschaft der Universität Mannheim als Dissertation angenommen.

Mein besonderer Dank gilt Herrn Prof. Dr. Jochen Taupitz für die Betreuung meines Promotionsvorhabens. Des Weiteren bedanke ich mich bei Herrn Prof. Dr. Ulrich Falk für die schnelle Erstellung des Zweitgutachtens.

Gewidmet ist diese Arbeit meinen Eltern. Ohne ihre uneingeschränkte Unterstützung wäre diese Arbeit nicht möglich gewesen.

Kai Büchler

Inhaltsverzeichnis

A. Einführung	1
I. Problemstellung	1
II. Gang der Darstellung	4
 B. Die tatsächlichen und rechtlichen Rahmenbedingungen des „Restschuldbefreiungstourismus“	5
I. Der Begriff des „Restschuldbefreiungstourismus“	5
1. Die Entstehung des Begriffs	5
2. Insolvenzrechtliches forum shopping als Oberbegriff	10
a. Missbilligung des forum shopping in der EulnsVO	10
b. Forum shopping durch juristische Personen	12
c. Insolvency Planning	14
d. Die „Firmenbestattung“ als extreme Ausprägung der geplanten Insolvenz	14
3. Der aktuelle Begriff des „Restschuldbefreiungstourismus“	15
II. Fallkonstellationen des Restschuldbefreiungstourismus	17
1. Notwendige Differenzierung der Fallkonstellationen	17
2. Die Verlagerung des Lebensmittelpunktes auf Dauer	18
3. Die Verlagerung des Lebensmittelpunktes für die Dauer des Insolvenzverfahrens	18
4. Die Verlagerung des Lebensmittelpunktes und Rückkehr nach dem Eröffnungsantrag	18
5. Die Verlagerung des Lebensmittelpunktes erst nach Antragstellung	19
6. Die vorgetäuschte Verlagerung des Lebensmittelpunktes	19
7. Die vorgetäuschte Nichtverlagerung des Lebensmittelpunktes	19
8. Begleiterscheinungen einer (vorgetäuschten) Verlagerung des Mittelpunktes der hauptsächlichen Interessen	20
III. Gründe für den Restschuldbefreiungstourismus – ein Überblick über wirtschaftliche, rechtliche und tatsächliche Rahmenbedingungen.....	21
1. Wirtschaftliche Rahmenbedingungen – die Überschuldungssituation	21
2. Überblick über die rechtlichen Rahmenbedingungen des Schuldner-tourismus	23
a. Freizügigkeit in Europa	23
b. Einfacher Wechsel des anzuwendenden Insolvenzrechts	24
c. Vereinfachte Anerkennung des Insolvenzverfahrens nebst Restschuldbefreiung	24
3. Vorteile ausländischer Insolvenzverfahren aus Sicht des Schuldners	25
a. Möglichkeit der (rascheren und umfassenderen) Restschuldbefreiung	25

b.	Zugang zum Gericht, Verfahrenssprache und -kosten	27
c.	Günstigerer Umfang des vom Insolvenzbeschlagnahmefreien Vermögens	29
d.	Günstigere Anfechtungssituation bei Vermögensverschiebungen	30
e.	Geringere „Makelwirkung“ des Verfahrens	31
f.	Vermeidung von Schwierigkeiten mit dem Berufsrecht	33
g.	Keine Beschränkung wegen strafrechtlicher Verurteilungen	36
4.	Überblick über die Restschuldbefreiung in verschiedenen Rechtsordnungen	37
a.	Das Rechtsgefälle im Vergleich der nationalen Rechtsordnungen	37
b.	Grundlagen des deutschen Restschuldbefreiungsverfahrens	40
aa.	Überblick über die Rechtslage für bis zum 30.06.2014 beantragte Insolvenzverfahren	40
(1)	Rechtslage bis zum Inkrafttreten der InsO am 01.01.1999	40
(2)	Rechtslage nach Inkrafttreten der InsO am 01.01.1999	41
bb.	Überblick über die Änderungen durch das Gesetz zur Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens und zur Stärkung der Gläubigerrechte v. 15.07.2013 für ab dem 01.07.2014 beantragte Insolvenzverfahren	42
cc.	Insolvenzplanverfahren als Alternative zur Restschuldbefreiung	44
c.	Überblick über die Restschuldbefreiung nach französischem Recht	45
aa.	Restschuldbefreiung nach dem Code de Consommation	46
bb.	Faillite civile nach dem Code de commerce	46
(1)	Anwendungsvoraussetzungen	46
(2)	Möglichkeiten zur Massemehrung	48
(3)	Erteilung der Restschuldbefreiung	49
(4)	Wiederherstellung der Möglichkeit einer Einzelrechtsverfolgung	50
d.	Überblick über die Restschuldbefreiung nach dem Insolvency Act 1986	50
aa.	Entschuldung auf Grundlage des IA 1986	50
bb.	Eröffnungsvoraussetzungen des Bankruptcy-Verfahrens	51
cc.	Möglichkeiten zur Massemehrung	53
(1)	Beispiel: Einziehung des Schuldnervermögens und Pflichten des Schuldners	53
(2)	Beispiel Income Payments Order	53
(3)	Insolvenzanfechtung	54
dd.	Erteilung der discharge	55
ee.	Annulment gem. s. 282 IA 1986	57
C.	Der Restschuldbefreiungstourismus im Anwendungsbereich der EuInsVO	59
I.	Die Entstehung und Grundstruktur der EuInsVO	59
1.	Überblick über die Entstehungsgeschichte der EuInsVO	59
2.	Die Grundstruktur der EuInsVO	60
a.	Grundlagen	60
b.	Autonome Auslegung der EuInsVO	63

c.	Die zentrale Bedeutung des COMI	65
aa.	Begriff des COMI	65
bb.	Anwendbarkeit der EulnsVO	66
cc.	Bestimmung der internationalen Zuständigkeit	66
dd.	Bestimmung der lex fori concursus	66
d.	Sachlicher, persönlicher und räumlicher Anwendungsbereich	68
e.	Haupt- und Sekundärverfahren	72
f.	Regelung des Kollisionsrechts und Vertrauensschutz	73
g.	Anerkennung von Entscheidungen	73
h.	Der ordre public als Ausnahmetatbestand	74
II.	Das COMI gem. Art. 3 Abs. 1 EulnsVO	74
1.	Die Entstehungsgeschichte des Begriffs	74
2.	Der Tatbestand des Art. 3 Abs. 1 EulnsVO	75
a.	Die Ausgangslage: de lege lata keine Legaldefinition	75
b.	Hauptsächliche Interessen	78
c.	Gewöhnlich	79
d.	Verwaltung	80
e.	Für Dritte feststellbar	80
3.	Die konkrete Anwendung des Art. 3 Abs. 1 S. 1 EulnsVO	82
a.	Typisierende Fallkonstellationen	82
aa.	Selbstständige	83
bb.	Verbraucher	84
cc.	Ehemals Selbstständige	87
dd.	Mischung abhängiger und selbstständiger Beschäftigung	88
b.	Feststellung des COMI	89
aa.	Prüfung und Ermittlung von Amts wegen	89
bb.	Beweislast	91
cc.	Denkbare Anknüpfungskriterien zur Bestimmung des COMI	92
(1)	Wohnung	92
(2)	Arbeitsort	93
(3)	Sprache	95
(4)	Öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnisse	95
(5)	Belegenheit von Vermögen	96
(6)	Sitz der Gläubiger	97
(7)	Verstrichene Aufenthaltsdauer	98
(8)	Rechtsberatung und Zusatzleistungen	99
dd.	Grundsatz: Entscheidung im Einzelfall	101
III.	Die Verlagerung des COMI	102
1.	Der Grundsatz: Verlagerungen sind zulässig	102
2.	Abgrenzung einer tatsächlichen von einer simulierten Verlagerung des COMI	103
a.	Notwendigkeit der Abgrenzung einer tatsächlichen von einer simulierten Verlagerung	103
b.	Feststellung einer Simulation	104

3.	Zeitpunkt der Bestimmung des COMI bei Verlagerungen	114
a.	Zeitpunkt der Entstehung der Verbindlichkeiten	115
b.	Zeitpunkt der Insolvenzureife des Schuldners	115
c.	Wirksamwerden der Eröffnungsentscheidung	116
d.	Période suspecte	116
e.	Stellung des Insolvenzantrags	117
f.	Wirkung des Insolvenzantrags: perpetuatio fori	119
g.	Herbeiführung von Erledigungserklärungen als untaugliche Umgehungsstrategie	121
4.	Verlagerung vor Antragstellung	123
5.	Verlagerung nach Antragstellung, aber vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens	123
6.	Verlagerung nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens	124
7.	Verlagerung des COMI durch Aufgabe oder Annahme einer abhängigen Beschäftigung	125
IV.	Der Umgang mit tatsächlichen Verlagerungen im Vorfeld der Insolvenz	125
1.	Der Rechtsmissbrauchsvorwurf und das „Unbehagen“ in Fällen des forum shopping	126
2.	Keine Verlagerung praktischer Feststellungsprobleme und Zweifel auf die normative Ebene	126
3.	Bewertung tatsächlicher Verlegungen vor Antragstellung	128
a.	Kein ausdrücklicher Vorbehalt für Fälle des Rechtsmissbrauchs in der EuInsVO	128
aa.	Der Widerspruch zwischen dem Willen des Verordnungsgebers und die Regelung eines veränderlichen COMI	128
bb.	Die europäischen Grundfreiheiten und der gemeinsame Binnenmarkt	130
b.	Keine klaren Kriterien für die Annahme eines Rechtsmissbrauchs	132
aa.	Objektive und objektivierte Kriterien	132
(1)	Gefahr der Beeinträchtigung des Binnenmarktes	132
(2)	Unterschiede in den verschiedenen Rechtsordnungen und Gefahr der Beeinträchtigung der Gläubigerinteressen wegen fehlender Massemaximierung	134
(a)	Gläubigergleichbehandlung und Massemaximierung als wesentliche Unterschiede zwischen den Rechtsordnungen	134
(b)	Möglichkeiten zur Massemehrung und zur Kompensation von Nachteilen der lex fori concursus	136
(aa)	Einleitung	136
(bb)	Beispiel: Insolvenzanfechtung	137
(cc)	Beispiel: Massemehrung durch Geltendmachung von Ansprüchen des Schuldners	138
(dd)	Beispiel: Zahlungsverpflichtungen des Schuldners aufgrund einer Anordnung des Insolvenzgerichts	139
(c)	Weitere Möglichkeiten zur Kompensation von Nachteilen durch die lex fori concursus	139
(d)	Zwischenfazit: Möglichkeiten der lex fori concursus als hinreichende Kompensation etwaiger tatsächlicher Gläubigerbenachteiligung durch rasche Restschuldbefreiung	140
(3)	Zeitpunkt der Verlagerung und Dauer der Beibehaltung des COMI	141

(4) Beeinflussung des Verfahrens durch Inanspruchnahme von Beratungsleistungen	142
bb. Motive und subjektive Zielsetzungen durch den Schuldner	143
(1) Beachtlichkeit eines „Rückkehrwillens“?	144
(2) Rechtsmissbrauch, wenn die Erlangung der Restschuldbefreiung einziger oder jedenfalls dominierender Zweck war?	145
cc. Beeinträchtigung der Rechtssicherheit durch unklare Kriterien	148
4. Fazit: Kein Rechtsmissbrauch bei tatsächlicher Verlegung des COMI zur Erlangung der Restschuldbefreiung	150
D. Die Umsetzung der insolvenzrechtlichen Entscheidungen in anderen Mitgliedstaaten	153
I. Anerkennung der Eröffnungsentscheidung	153
1. Zentrale Bedeutung der grenzüberschreitenden Anerkennung	153
2. Wirksamkeit der Eröffnungsentscheidung	154
3. Entscheidung durch „ein nach Artikel 3 zuständiges Gericht“?	155
4. Anerkennung einer Entscheidung auch schon bei vorläufigen Verfahren?	158
a. Der Grundsatz: Vorläufige Entscheidungen sind bereits Eröffnungsentscheidungen i. S. d. Art. 16 EuInsVO	158
b. Exemplarisch: Anforderungen an die Kompetenzen eines vorläufigen Insolvenzverwalters nach der InsO	162
II. Anerkennung der Entscheidung über die Restschuldbefreiung	165
III. Kollisionen und Kompetenzkonflikte bei der Eröffnung des Insolvenzverfahrens	166
1. Das Konfliktpotenzial	166
2. Der positive Kompetenzkonflikt	167
a. Ursache für den positiven Kompetenzkonflikt	167
b. Lösung des positiven Kompetenzkonflikts über das Prioritätsprinzip	168
c. (Schein-)Problem: Rückwirkung nach nationalem Recht?	171
d. Beendigung des positiven Kompetenzkonflikts	173
3. Der negative Kompetenzkonflikt	174
a. Das Problem	174
b. Lösungsmöglichkeiten	175
aa. Internationale Verweisung	176
bb. Rechtsmittelverfahren	176
c. Beendigung des negativen Kompetenzkonflikts	177
4. Verhinderung von Kompetenzkonflikten durch Kommunikation und Kooperation	178
IV. Der Vorbehalt des ordre public gem. Art. 26 EuInsVO	179
1. Voraussetzungen des Art. 26 EuInsVO	179
2. Die Anwendung des Art. 26 EuInsVO	180
a. Restriktive Anwendung und Prüfung von Amts wegen	180
aa. Die restriktive Anwendung des Art. 26 EuInsVO	180
bb. Die Prüfung des Art. 26 EuInsVO von Amts wegen	183

b.	Anwendungsfälle des Art. 26 EulnsVO	184
aa.	Fehlerhafte Inanspruchnahme der internationalen Zuständigkeit	185
bb.	Stellung eines Eigenantrags und vorherige Verlagerung des COMI	187
cc.	Forum shopping und Rechtsmissbrauch	188
dd.	Verletzung wesentlicher Verfahrensvorschriften	189
	(1) Grundsätzliches	189
	(2) Keine ausreichende Gewährung rechtlichen Gehörs	190
	(a) Grundsätzliche Bedeutung rechtlichen Gehörs	190
	(b) Gewährung rechtlichen Gehörs für den Schuldner	192
	(c) Gewährung des rechtlichen Gehörs für Gläubiger	193
	(d) Gewährung rechtlichen Gehörs für weitere Verfahrensbeteiligte	195
	(3) Keine eigene Prüfung des COMI	196
	(4) Fehlende Begründung der Entscheidung	196
	(5) Verstoß gegen das Prioritätsprinzip	197
	(6) Fehlende Rechtsbehelfsmöglichkeiten	198
ee.	Verfahrensfristen und Mitwirkungsrechte	199
ff.	Fehlende Insolvenzfähigkeit des Schuldners	199
gg.	Fehlende Unabhängigkeit des Verwalters	200
hh.	Erteilung der Restschuldbefreiung und sonstige materielle Beschränkungen der Gläubiger	201
ii.	Bewusste Täuschung über zuständigkeitsbegründende Tatsachen oder im laufenden Verfahren	206
jj.	Sonstige rechtswidrige Herbeiführung der Entscheidungen	208
c.	Ergebnisse zu den Fallgruppen	209
3.	Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen den ordre public	209
a.	Anerkennungsverweigerung, soweit ein Verstoß vorliegt	209
b.	Bedeutung für ein anzuerkennendes Hauptverfahren	210
c.	Bedeutung für die Entscheidung über die Restschuldbefreiung	211
V.	Die praktische Umsetzung einer in einem anderen Mitgliedstaat erteilten Restschuldbefreiung in Deutschland	212
1.	Nicht titulierte Forderung eines Gläubigers	212
2.	Bereits titulierte Forderung eines Gläubigers	213
a.	Vollstreckungserinnerung gem. § 766 ZPO	214
b.	Vollstreckungsabwehrklage gem. § 767 ZPO	215

E. Möglichkeiten zur Zurückdrängung des „Restschuldbefreiungstourismus“ im Anwendungsbereich der EulnsVO de lege lata

I.	Die Ausgangssituation: Die Restschuldbefreiung ist nach der lex fori concursus wirksam erteilt	217
II.	Keine umfassend befriedigende Lösung durch Nichtanerkennung in den Mitgliedstaaten	218

III. Gestaltungsmöglichkeiten des Gläubigers vor einer Verlagerung des COMI	219
1. Präventive Gestaltungsmöglichkeiten	219
a. Vertragliche Festlegung des COMI	219
b. Vertragliche Vereinbarung, das COMI beizubehalten	221
c. Vertragliche Mitteilungspflicht	222
d. Forderungssicherung	223
e. Nutzung bereits vorhandener und Erstreichung neuer Titel	225
f. Frühzeitige Antragstellung	226
2. Gestaltungs- und Reaktionsmöglichkeiten des Gläubigers nach einer Verlagerung des COMI	227
a. Teilnahme am Insolvenzverfahren	227
b. Rechtsmittel gegen die Eröffnungsentscheidung	228
c. Antrag auf Eröffnung eines Sekundärinsolvenzverfahrens	229
d. Rechtsmittel gegen die Entscheidung über die Restschuldbefreiung	231
e. Wiederaufnahme des Verfahrens	232
f. Geltendmachung von Ansprüchen gegen Dritte	233
g. Geltendmachung von Ansprüchen, die von der Restschuldbefreiung nicht erfasst sind	233
h. Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen	234
aa. Anspruch auf Schadenersatz aus § 826 BGB	234
(1) Voraussetzungen	234
(a) Objektive Unrichtigkeit der Erteilung der Restschuldbefreiung	235
(b) Umstände, die die Sittenwidrigkeit begründen	235
(c) Kenntnis des Schuldners und Vorsatz	236
(2) Rechtsfolge: Schadenersatz	236
(a) Höhe des vom Schuldners zu ersetzenden Schadens	236
(b) Mitverschulden gem. § 254 BGB	237
(3) Durchsetzung des Anspruchs	238
(a) Verteidigungsmittel im Verfahren nach § 767 ZPO	238
(b) Leistungs- und Feststellungsklage	238
bb. Anspruch auf Schadenersatz gem. § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. Schutzgesetzen	239
cc. Ansprüche auf Schadenersatz nach anderen Rechtsordnungen	240
dd. Besonderheiten bei grenzüberschreitenden Fällen	240
(1) Internationale Zuständigkeit zur Erhebung der Klage	240
(2) Anwendbares Deliktsrecht	240
i. Inanspruchnahme weiterer Verfahrensbeteiligter	241
3. Möglichkeiten der Insolvenzgerichte und Verwalter	242
a. Genaue Prüfung der internationalen Zuständigkeit	242
b. Schnelle (vorläufige) Verfahrenseröffnung zur Nutzung des Prioritätsprinzips oder genaue Prüfung der Zuständigkeit?	243
c. Kommunikation unter Verfahrensbeteiligten	244
d. Ausschöpfung der Möglichkeiten der lex fori concursus zur Massemehrung, Verzögerung, Versagung oder nachträglichen Beseitigung der Restschuldbefreiung ...	245

F. Möglichkeiten zur Zurückdrängung des „Restschuldbefreiungstourismus“ im Anwendungsbereich der EulnsVO	247
I. Reform der EulnsVO	247
1. Reformbestrebungen zur Änderung der EulnsVO	247
2. Der Vorschlag der Kommission zur Änderung der EulnsVO – vom 12.12.2012 – COM(2012) 744 final – 2012/0360 (COD)	247
3. Die Reform der EulnsVO in der Fassung vom 20.05.2015	249
a. Die Reform der für die Fragen des Restschuldbefreiungstourismus zentralen Normen und Bewertung der einzelnen Regelungen	250
aa. Forum shopping im Fokus der EulnsVO n. F.	250
(1) Erweiterung der von der EulnsVO n. F. erfassten Verfahrensarten	250
(2) Beibehaltung und Definition des COMI in Art. 3 EulnsVO n. F.	251
(3) Regelung einer période suspecte in Form einer widerlegbaren Vermutung	253
(4) Prüfung der internationalen Zuständigkeit von Amts wegen und Begründung der Entscheidung	258
(5) Kontrolle der Eröffnungsentscheidung durch Rechtsbehelf	259
(6) Missbrauchsvorbehalt der EulnsVO	260
(a) Der Missbrauchsvorbehalt in den Erwägungsgründen	260
(b) Anhörung der Gläubiger in Zweifelsfällen	261
(c) Der gewöhnliche Aufenthalt und die Belegenheit von Vermögen	262
(d) Der „Hauptgrund für einen Umzug“ als subjektives Merkmal	262
(e) Die „wesentliche Beeinträchtigung“ der Interessen der Gläubiger	263
(f) Beschränkung des „Missbrauchsvorbehalts“ auf Verbraucher	264
(g) Fehlende zeitliche Beschränkung der „Missbrauchskontrolle“	265
(h) Fazit	266
bb. Verfahrensrechtliche Verbesserungen	267
(1) Publizität des Verfahrens	267
(2) Eröffnung und Anerkennung des Verfahrens	267
(3) Regelungen zur Kooperation und Koordination des Verfahrens	269
(4) Erleichterte Teilnahme von Gläubigern am Insolvenzverfahren	270
b. Bewertung der Reform als Ganzes	272
4. Umsetzung der Reform der EulnsVO in nationales Recht	273
II. Harmonisierung der nationalen Insolvenzrechte	274
1. Primärziel einer Harmonisierung: Verringerung der rechtlichen Anreize für forum shopping durch im Wesentlichen gleiche Voraussetzungen und Rechtsfolgen im Insolvenzverfahren	275
2. Die Richtung der Harmonisierung: race to the bottom oder race to the top?	276

3.	Beispiele für bisherige Änderungen der Rechtslage und der Rechtsanwendungspraxis in anderen Rechtsordnungen	277
a.	Deutschland	278
aa.	Bewertung der Neuregelungen im Hinblick auf ihre Anwendung auf Insolvenzverfahren nach deutschem Recht	278
(1)	Praktische Probleme bei der Erlangung der vorzeitigen Restschuldbefreiung nach § 300 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 InsO	278
(2)	Rechtspolitische Bewertung der Möglichkeit einer vorzeitigen Erlangung einer Restschuldbefreiung nach § 300 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 InsO	280
bb.	Mögliche Auswirkung der Reform auf den aus Deutschland heraus erfolgenden Restschuldbefreiungstourismus	282
b.	Österreich	283
c.	Irland	284
4.	Initiativen der EU zur Harmonisierung nationaler Insolvenzrechte	284
5.	Vor- und Nachteile einer Harmonisierung der nationalen Insolvenzrechte	289
G.	Zusammenfassung und Fazit	291
I.	Die Bewertung der Fallkonstellationen	291
1.	Die tatsächliche Verlagerung des Lebensmittelpunktes	291
2.	Die Verlagerung für die Dauer des Insolvenzverfahrens	291
3.	Die Verlagerung nach Antragstellung	292
4.	Die Verlagerung des Lebensmittelpunktes und Rückkehr nach dem Eröffnungsantrag	292
5.	Die vorgetäuschte Verlagerung des Lebensmittelpunktes	293
6.	Die vorgetäuschte Nichtverlagerung des Lebensmittelpunktes	294
7.	Begleiterscheinungen	294
II.	Fazit der Untersuchung	295
1.	Ergebnisse zum Umgang mit dem Restschuldbefreiungstourismus de lege lata	295
a.	Ergebnisse zur Anwendung der EulnsVO in Bezug auf grenzüberschreitende Insolvenzverfahren	295
b.	Ergebnisse zur Anwendung der EulnsVO in Bezug auf Fälle des Restschuldbefreiungstourismus	297
2.	Ergebnisse zum Umgang mit dem Restschuldbefreiungstourismus de lege ferenda	299
III.	Schlussbetrachtung	300
H.	Literaturverzeichnis	303
I.	Abkürzungsverzeichnis	327

A. Einführung

I. Problemstellung

„Insolvenz in UK: Frei von Schulden in durchschnittlich nur 12 Monaten!“

„Frei von Schulden durch Insolvenz in Frankreich!“

„Garantiert legal frei von allen Schulden in nur 12 Monaten!“

Mit solchen oder ähnlich lautenden Anpreisungen ließe sich für ein Phänomen Werbung machen, das seit geraumer Zeit für eine gewisse Beunruhigung von Gläubigern sorgt: der sogenannte „Restschuldbefreiungstourismus“¹. In der Tat gibt es zahlreiche Internetangebote, die dem Ratsuchenden mit den Stichworten „EU“ und „Insolvenz“ bei einer kurzen Internetrecherche mit gängigen Suchmaschinen angezeigt werden; Ähnliches gilt für Kleinanzeigen der Tagespresse². Viele dieser Anbieter preisen die Vorzüge eines ausländischen Insolvenzverfahrens an. Eine Entschuldung sei viel einfacher als in Deutschland. Der Angesprochene solle seine Schulden in vergleichsweise kurzer Zeit völlig legal loswerden können. Häufig wird in diesem Zusammenhang auf eine Entscheidung des BGH vom 18.09.2001 verwiesen³. Nach dieser Entscheidung werden ausländische Entscheidungen über die Restschuldbefreiung mit ihren Wirkungen grundsätzlich auch in Deutschland anerkannt. Diese Entscheidung folgt einer

-
- 1 Ackmann/Wenner, IPRax 1990, 209 (213); Haubold, IPRax 2003, 34 (36); Pape, ZInsO 2007, 1289 (1289); Hergenröder, DZWIR 2009, 309 (309); Uhlenbruck/Vallender, NZI 2009, 1 (9); Konecny, in: Kodel/Konecny (Hrsg.), Insolvenz-Forum 2007, 2008, S. 103 (107); Mankowski, in: Konecny (Hrsg.), Insolvenz-Forum 2009, 2010, S. 51 (77); Mankowski, KTS 2011, 185 (200); Paulus, ZIP 2000, 2189 nennt auch den „Vergleichsordnungs-Tourismus“ innerhalb Deutschlands. Auch bei Gesellschaften tritt dieses Vorgehen bei grenzüberschreitenden „Firmenbestattungen“ häufig auf, s. dazu Weller, ZIP 2009, 2029 (2030).
 - 2 Vgl. die Nachweise bei Hergenröder, DZWIR 2009, 309 (310); Mankowski, in: Konecny (Hrsg.), Insolvenz-Forum 2009, 2010, S. 51 (77).
 - 3 BGH, Beschl. v. 18.09.2001 – IX ZB 51/00, NJW 2002, 960, m. Anm. Vallender, ZInsO 2001, 1011; Ehrlicke, IPRax 2002, 505; Bloching, DStR 2002, 2185; Mohrbutter, WuB VI C. § 3 InsO 1.02. Bereits zuvor hat der BGH die vollstreckungsbegrenzende Wirkung eines ausländischen Konkursverfahrens (hier: Art. 265 des Schweizerischen Konkursgesetzes) anerkannt, BGH, Urt. v. 27.05.1993 – IX ZR 254/92, BGHZ 122, 373, was nach Hanisch, IPRax 1993, 385 (386) Signalwirkung auch auf die Anerkennung einer ausländischen Entscheidung über eine Restschuldbefreiung hatte. Siehe zur Anerkennung ausländischer Konkurse vor dem Inkrafttreten der EuInsVO z. B. BGH, Urt. v. 11.07.1985 – IX ZR 178/84, BGHZ 95, 256.

bereits früher ergangenen Entscheidung⁴ zur restschuldbeschränkenden Wirkung eines schweizerischen Konkursverlustscheins nach Art. 265, 267 SchKG⁵.

Diese „zentrale“ Entscheidung des BGH zu der Anerkennung einer nach französischem Recht erteilten Restschuldbefreiung ist bereits vor Inkrafttreten der Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates vom 29. Mai 2000 über Insolvenzverfahren (im Folgenden: EuInsVO)⁶ ergangen. Das Inkrafttreten der EuInsVO schafft einen rechtlichen Rahmen für grenzüberschreitende Insolvenzverfahren und ermöglicht die rasche und unkomplizierte wechselseitige Anerkennung von Entscheidungen der Mitgliedstaaten. Sie fördert damit das Bestreben der Schuldner, sich ein für sie möglichst günstiges Insolvenzrecht zu wählen, weil sie sich sicher wähnen dürfen, dass sämtliche Folgen eines Insolvenzverfahrens in der ganzen EU anerkannt werden – was insbesondere in Bezug auf eine Restschuldbefreiung von Bedeutung ist.

In Kombination mit dem für den Schuldner (vermeintlich) günstigeren ausländischen Recht besteht für Schuldner der Anreiz, ins Ausland zu ziehen und dort ein Insolvenzverfahren nebst Restschuldbefreiung zu beantragen. Je nach Ausgestaltung des Verfahrens werden die Schuldner deutlich schneller von ihren Verbindlichkeiten befreit. Die fremde Sprache und das fremde Recht sowie die Schwierigkeiten des Umzugs muss der Schuldner nicht scheuen, denn diesen Service bieten die Anbieter im Internet mit ihrer Werbung gerade an – typischerweise für eine entsprechende Entlohnung. Einige stellen aber auch „Zusatzleistungen“ wie das Vorhalten von Quittungen und Rechnungen aus dem jeweiligen Staat zur Verfügung⁷, sodass der Schuldner nicht zwingend tatsächlich im Ausland seinen Aufenthalt nehmen muss.

Diese als einfach zu bewältigen angepriesene „EU-Insolvenz“ hat sich unter Schuldnern und in Internetforen als „Geheimtipp“ herumgesprochen. Zahlreiche Berater bieten entsprechende Beratungs- und Betreuungsleistungen an, sodass zahlrei-

4 BGH, Urt. v. 27.05.1993 – IX ZR 254/92, BGHZ 122, 373, mit Anm. *Ackmann*, EWIR 1993, 803; siehe auch schon *OLG Stuttgart*, Urt. v. 20.03.1989 – 5 U 156/88, IPRax 1990, 233, mit Anm. *Ackmann/Wenner*, IPRax 1990, 209. Ebenso erkannte der BGH einige Zeit später auch einen norwegischen Zwangsvergleich an, BGH, Urt. v. 14.11.1996 – IX ZR 339/95, BGHZ 134, 79.

5 Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) vom 11. April 1889. Diese Regelung enthält allerdings keine „echte“ Restschuldbefreiung, weil nur die Vollstreckung gehindert ist, bis der Schuldner zu neuem Vermögen im Sinne des Art. 265 Abs. 2 S. 2 SchKG gekommen ist. Der Schuldner hat also nach wie vor langfristig seine Verbindlichkeiten zu erfüllen. Dies wird verstärkt durch die Wirkung des Art. 265 Abs. 2 S. 1 i.V.m. Art. 149 Abs. 4 und Art. 149a SchKG. Hiernach hat der Schuldner gem. Art. 149 Abs. 4 SchKG zwar keine Zinsen zu zahlen, die Forderung ist aber gem. Art. 149 Abs. 2 SchKG als Schuldanerkenntnis nach dem Schweizer Recht leichter titulierbar, vgl. dazu *Ackmann/Wenner*, IPRax 1990, 209 (210). Der Aufbau einer neuen Existenz mit *erheblichem* Neuwert führte daher langfristig doch noch zu einer (Teil-)Befriedigung der Gläubiger.

6 Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften Nr. L 160 vom 30.06.2000, S. 1–18; zuletzt ergänzt durch VERORDNUNG (EU) 2015/848 DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 20. Mai 2015 über Insolvenzverfahren, Abl. EU vom 05.06.2015 L 141/19.

7 Vgl. die Darstellung bei AG Köln, Beschl. v. 06.11.2008 – 71 IN 487/07, NZI 2009, 133 (134).

che Schuldner in der Tat den Weg ins Ausland beschreiten⁸. Der High Court of Justice kommentierte dieses Phänomen mit den Worten: „*It is becoming increasingly common for debtors with foreign connections [...] to come to this court to seek bankruptcy orders on their own petition.*“⁹ Das Ziel der Schuldner ist es, schnell und kostengünstig von ihren Schulden befreit zu werden. Möglichst kurze Verfahrensabläufe sind hierfür genauso interessant wie der Schutz bestimmter Vermögensmassen vor dem Zugriff von Gläubigern und Insolvenzverwaltern trotz der Insolvenz.

Ob dies aber tatsächlich immer so einfach ist, wie es von Beratern dargestellt wird, ist mehr als nur fraglich. Der Ablauf des Insolvenzverfahrens hängt von sehr vielen Umständen ab. Zwar hat zunächst der Schuldner die Initiative und kann die wesentlichen Verfahrensvoraussetzungen beeinflussen. Doch haben die Gläubiger ihrerseits Möglichkeiten, das Insolvenzverfahren, insbesondere zu dessen Beginn, zu ihren Gunsten zu beeinflussen. Selbst wo dies nicht (mehr) möglich ist, können sie möglicherweise nach Abschluss des Insolvenzverfahrens mit Ansprüchen auf den Schuldner zukommen, um ihre Rechte letztlich doch noch durchzusetzen.

In den aufgezählten Fällen kollidieren mehrere Interessen: das Interesse des Schuldners, möglichst umfassend und schnell mit möglichst geringen Opfern von seinen Verbindlichkeiten loszukommen; das Interesse der Gläubiger, ihre Forderungen vollumfänglich durchsetzen zu können; und nicht zuletzt das Interesse der Berater, die mit ihrer Beratungsleistung etwas verdienen möchten. Das Vorgehen des Schuldners lässt sich als Wahrnehmung von Freiheiten und Rechten bezeichnen, die Gegner dieses Vorgehens benutzen die mit einem Makel konnotierten Begriffe „*Forum Shopping*“¹⁰, „*Insolvenzflucht*“¹¹, „*comi-Tourismus*“¹², „*bankruptcy tourism*“¹³, „*Schuldbe-*

8 Siehe für England die Zahlen bei Walters/Smith, IIR 2010, 181 (183): Etwa 200 Verfahren gegen ausländische Staatsangehörige innerhalb von zwei Jahren, von denen bei etwa der Hälfte die Echtheit der Verlagerung fraglich war. Nach Hoffmann, Journal of Consumer Policy 2012, 461 (462): 2010 habe es 143 mögliche Fälle von *forum shopping* gegeben, 2011 sodann 205, wobei insgesamt 24 *annulments* ausgesprochen wurden. Siehe auch die Nachweise zur Presseberichterstattung hierüber bei May, ZInsO 2012, 165 (165 f.).

9 High Court of Justice Chancery Division, Urt. v. 22.06.2007, BPIR 2007, 1636. Siehe auch Briggs, Insolv. Int. 2010, 28 (30): „*insolvency paradise*“. Nachweise zur Presse auch bei May, ZInsO 2012, 165 (165 f.).

10 Z. B. Heneweer, S. 19; Briggs, Insolv. Int. 2010, 28; Bode, S. 3; Coburn, Insolv. Int. 2012, 8 (8). Moss/Fletcher/Isaacs (Hrsg.), *The EC regulation on insolvency proceedings*, 2. Aufl. 2009 unterscheidet zu treffend zwischen „*good*“ and „*bad*“ *forum shopping*“.

11 Pel, ZVI 2008, 152 (153).

12 Poertzgen/Adam, ZInsO 2006, 505 (507).

13 Walters/Smith, IIR 2010, 181; Wright/Fenwick, IILR 2012, 45 (45); Coburn, Insolv. Int. 2012, 8 (8).

freierungstourismus“¹⁴, „Restschuldtourismus“¹⁵, „Insolvenztourismus“¹⁶, „Rechtstourismus“¹⁷, „Entschuldungstourismus“¹⁸ oder – was den Kern der Frage im hier zu untersuchenden Kontext genauer bezeichnet – „Restschuldbefreiungstourismus“¹⁹.

II. Gang der Darstellung

Ziel dieser Arbeit ist es, die aus den gegensätzlichen Interessen der Schuldner und Gläubiger auftretenden Konflikte einer möglichst ausgewogenen und rechtssicheren rechtlichen Lösung zuzuführen. Hierzu soll wie folgt vorgegangen werden:

Nach einem Überblick über die Gründe für das Phänomen des Restschuldbefreiungstourismus und typische Fallkonstellationen in diesem Zusammenhang folgt eine Darstellung der Grundlagen der für dieses Phänomen bedeutsamen wirtschaftlichen Rahmenbedingungen, ein Überblick über die rechtlichen Regelungen zur Restschuldbefreiung im nationalen Recht. Hierauf folgt eine am Ablauf eines Insolvenzverfahrens orientierte Darstellung der sich in diesem Zusammenhang stellenden Rechtsfragen mit Schwerpunkt auf den Regelungen der für den Restschuldbefreiungstourismus zentralen Regelungen der EuInsVO. Daran schließen sich die de lege lata bereits vorhandenen Präventions- und Reaktionsmöglichkeiten der Gläubiger, Insolvenzverwalter und Gerichte an, die zu einer Verhinderung oder jedenfalls Einschränkung des Restschuldbefreiungstourismus führen können. Zuletzt erfolgt ein Ausblick auf de lege ferenda mögliche Änderungen und Ergänzungen der EuInsVO sowie auf die Harmonisierungsbestrebungen der EU und der Mitgliedstaaten zur Angleichung des nationalen Insolvenzrechts.

14 Koch, in: Mansel (Hrsg.), FS Jayme, 2004, S. 437 (437), der auch allgemeiner den Begriff „Rechtstourismus“ verwendet. Knof, ZInsO 2005, 1017; Laukemann, IPRax 2012, 207 (211).

15 Schulte, S. 3; Saenger/Klockenbrink, WuB VI A. § 4 InsO 1.06; Saenger/Klockenbrink, DZWIR 2006, 183 (184).

16 Duursma/Duursma-Kepplinger, DZWIR 2003, 447 (448); Weller, IPRax 2004, 412 (417); Mankowski, NZI 2006, 154 (155); Vallender, WuB VI A. § 301 InsO 1.09; Hergenröder, DZWIR 2009, 309; Schwemmer, NZI 2009, 355 (355); Bode, S. 3; LG Köln, Urt. v. 14.10.2011 – 82 O 15/08, NZI 2011, 957 (957); Ehret, DAS 2010, 66; Vallender, VIA 2011, 17; Cranshaw, DZWIR 2012, 133 (133); d'Avoine, NZI 2011, 310 (310); Weller, in: Kronke/Thorn (Hrsg.), FS von Hoffmann, 2012, S. 513 (520); Goslar, NZI 2012, 912 (912); Brinkmann, BRJ 2013, 5.

17 Knof/Mock, ZInsO 2008, 253 (255).

18 Hölzle, ZVI 2007, 1 (1); Hoffmann, in: Parry (Hrsg.), The reform of international insolvency rules at European and national level, 2011, S. 191 (191), nutzt den englischen Begriff „Discharge tourism“.

19 Ackmann/Wenner, IPRax 1990, 209 (213); Ehrlicke, IPRax 2002, 505 (506); Haubold, IPRax 2003, 34 (36); Pape, ZInsO 2007, 1289 (1289); Hergenröder, DZWIR 2009, 309 (309); Uhlenbruck/Vallender, NZI 2009, 1 (9); Konecny, in: Kodek/Konecny (Hrsg.), Insolvenz-Forum 2007, 2008, S. 103 (107); Mankowski, in: Konecny (Hrsg.), Insolvenz-Forum 2009, 2010, S. 51 (77); Mankowski, KTS 2011, 185 (200); Paulus, ZIP 2000, 2189, nennt auch den „Vergleichsordnungs-Tourismus“ innerhalb Deutschlands. Auch bei Gesellschaften tritt dieses Vorgehen bei grenzüberschreitenden „Firmenbestattungen“ häufig auf, s. dazu Weller, ZIP 2009, 2029 (2030).

B. Die tatsächlichen und rechtlichen Rahmenbedingungen des „Restschuldbefreiungstourismus“

I. Der Begriff des „Restschuldbefreiungstourismus“

1. Die Entstehung des Begriffs

Der Restschuldbefreiungstourismus ist eine Erscheinung, die nicht erstmals im Zusammenhang mit der EuInsVO auftrat und die deutsche Rechtswissenschaft beschäftigt. Ein sehr ähnliches Phänomen trat im Zusammenhang mit der Wiedervereinigung Deutschlands auf und wurde bspw. als „Interlokaler Restschuldtourismus“²⁰ bezeichnet.

Den Hintergrund dieser Erscheinung bildete die Rechtslage im damals gerade wiedervereinigten Deutschland. Während in den alten Bundesländern die Konkursordnung (KO)²¹ galt, beanspruchte in den neuen Bundesländern die Gesamtvollstreckungsordnung (GesO)²² Geltung. Beide Gesetze hatten ein Insolvenzverfahren zum Gegenstand. Die Folgen bei Verfahrensbeendigung unterschieden sich allerdings beträchtlich. Die KO enthielt in § 164 Abs. 1 KO das freie Nachforderungsrecht der Gläubiger. Der Schuldner war also seiner Verbindlichkeiten nach Beendigung des Konkursverfahrens nicht ledig geworden, sondern der Gläubiger konnte bis auf das nach den gesetzlichen Pfändungsgrenzen zulässige Maß immer wieder in das pfändbare Vermögen des Schuldners vollstrecken. In vielen Fällen war es dem Schuldner daher trotz größter Anstrengungen schlicht nicht möglich, über den unpfändbaren Erwerb hinaus Vermögen anzusammeln. Im Gegensatz dazu gewährte § 18 Abs. 2 S. 3 GesO Vollstreckungsschutz nach Ende des Verfahrens. Gegen den Schuldner war hiernach eine Vollstreckung nur möglich, wenn er über ein „angemessenes Einkommen hinaus zu neuem Vermögen gelangt“ war, es erfolgte also eine Art „beschränkte Restschuldbefreiung“²³. Die Rechtsfolge des § 18 Abs. 2 S. 3 GesO ging zwar nicht so weit wie die vollständige Befreiung von Verbindlichkeiten, wie sie nunmehr § 301 InsO vorsieht. Sie bot aber für den Schuldner durchaus eine erhebliche Erleich-

20 Wenzel, MDR 1992, 1023. Ein ähnliches Problem stellt sich in Frankreich, das aufgrund seiner Sonderregelungen ebenfalls Anreize im Binnenbereich aufweist, um den Wohnsitz nach französischem Recht in den Anwendungsbereich des Sonderrechts zu verlegen. Näher dazu Köhler, S. 99 f., m. w. N.

21 Konkursordnung (KO) in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. Mai 1898 (RGBl. S. 612), zuletzt geändert durch Art. 5 Gesetz zur Änderung der Haftungsbeschränkung in der Binnenschifffahrt vom 25. 8. 1998 (BGBl. I S. 2489).

22 Gesamtvollstreckungsordnung (GesO) vom 6. Juni 1990 (Fundstelle: BGBl. I 1991 S. 1186), zuletzt geändert durch Artikel 31 des Justizmitteilungsgesetzes und das Gesetz zur Änderung kostenrechtlicher Vorschriften und anderer Gesetze (JuMiG) vom 18. Juni 1997 (BGBl. I 1997, 1430).

23 Schmidt (Hrsg.), *Insolvenzgesetze KO/VglO/GesO*, 17. Aufl. 1997, § 18 GesO Rn. 3b.

terung. Während der Schuldner in der Einzelzwangsvollstreckung lediglich durch die §§ 811, 850 ff. ZPO vor der Pfändung geschützt war, ging der von § 18 Abs. 2 S. 3 GesO gewährte Schutz deutlich darüber hinaus²⁴. Der Schuldner war geschützt, um einen „angemessenen“ Lebensstil führen zu können. Was angemessen war, wurde richtigerweise an den tatsächlichen Lebensbedürfnissen des Schuldners ausgerichtet und „deutlich“²⁵ oberhalb der Pfändungsfreigrenzen angesiedelt bzw. an der Unterhaltsrechtsprechung orientiert²⁶.

Ziel dieser Interpretation war die Schaffung eines Anreizes für den Schuldner (Unternehmer wie Verbraucher²⁷), sich wieder wirtschaftlich zu betätigen und neu zu beginnen²⁸. Wären lediglich die Pfändungsfreigrenzen als angemessen angesehen worden, hätte die Norm keinen eigenständigen Anwendungsbereich gehabt und wäre neben den Pfändungsschutzvorschriften der bundesweit geltenden ZPO überflüssig gewesen²⁹. Als Orientierung für die „Angemessenheit“ wurde die vergleichbare Regelung des Art. 265 Abs. 2 des schweizerischen SchKG hinzugezogen³⁰. Hiernach kann gegen einen Schuldner eine neue Beitreibung nur erfolgen, wenn er zu neuem Vermögen gelangt ist. Dies hat zur Folge, dass dem Schuldner u. a. ein PKW, eine „großzügig bemessene Wohnung“ und so viel Vermögen belassen wurden, dass er eine angemessene Lebensführung inklusive Versicherungs- und sogar Ferienaufwendungen bestreiten konnte³¹. Neben dem Einkommen musste der Schuldner gem. § 18 Abs. 2 S. 3 GesO folglich auch zu neuem Vermögen gekommen sein, es musste also ein Überschuss der Aktiva gegenüber den Passiva vorhanden sein³². Der Schuldnerschutz durch die GesO ging also deutlich weiter als der Vollstreckungsschutz durch die ZPO. Der Schuldner konnte in erheblich größerem Umfang Vermögen erwerben, auf das von den Gläubigern nicht zur Befriedigung zugegriffen werden konnte. Eingeschränkt wurde diese Privilegierung durch § 18 Abs. 2 S. 3 Hs. 2 GesO, wonach der Vollstreckungsschutz nicht greift, wenn der Schuldner vor oder während

24 Zeuner, BB 1991, Supplement Folge 23, 10 (11).

25 Schmidt (Hrsg.), *Insolvenzgesetze KO/VglO/GesO*, 17. Aufl. 1997, § 18 GesO Rn. 3e; vgl. auch Wenzel, ZIP 1991, 425 (427); Arnold, BB 1992, 2227 (2229); Smid, in: Smid (Hrsg.), *GesO*, 3. Aufl. 1997, § 18 Rn. 38; nach Häsemeyer, in: Gerhardt (Hrsg.), FS Henckel, 1995, S. 353 (363), beim anderthalbfachen des Pfändungsfreibetrags.

26 Eickmann, in: Arnold/Gottwald (Hrsg.), Nachtrag Handbuch InsR, 1993, § 18 Rn. 9; Smid, in: Smid (Hrsg.), *GesO*, 3. Aufl. 1997, § 18 Rn. 43.

27 Wenzel, S. 45.

28 Wenzel, S. 44; Hess/Binz/Wienberg, *Gesamtvollstreckungsordnung*, 4. Aufl. (1998), § 18 Rn. 105.

29 Wenzel, ZIP 1991, 425 (427); Hess/Binz/Wienberg, *Gesamtvollstreckungsordnung*, 4. Aufl. (1998), § 18 Rn. 101.

30 Zeuner, BB 1991, Supplement Folge 23, 10 (11); Wenzel, ZIP 1991, 425 (426); Wenzel, S. 46; Arnold, BB 1992, 2227 (2229); Smid, in: Smid (Hrsg.), *GesO*, 3. Aufl. 1997, § 18 Rn. 36; Hess/Binz/Wienberg, *Gesamtvollstreckungsordnung*, 4. Aufl. (1998), § 18 Rn. 102, m. w. N.

31 Smid, in: Smid (Hrsg.), *GesO*, 3. Aufl. 1997, § 18 Rn. 38; Hess/Binz/Wienberg, *Gesamtvollstreckungsordnung*, 4. Aufl. (1998), § 18 Rn. 103; vgl. auch die Auflistung bei Zeuner, BB 1991, Supplement Folge 23, 10 (11); vgl. zu den Maßstäben auch Wenzel, ZIP 1991, 425 (428 f.). Zu einer ausführlichen Darstellung der unterschiedlichen denkbaren Ansätze, wie pauschale Zuschläge oder Orientierung an den Pfändungsfreigrenzen, vgl. Wenzel, S. 63 ff.

32 Smid, in: Smid (Hrsg.), *GesO*, 3. Aufl. 1997, § 18 Rn. 37; Hess/Binz/Wienberg, *Gesamtvollstreckungsordnung*, 4. Aufl. (1998), § 18 Rn. 105; Wenzel, S. 79.

des Verfahrens vorsätzlich oder grob fahrlässig zum Nachteil der Gläubiger gehandelt hat. Damit war eine umfassende Privilegierung des Schuldners auch nach der GesO nicht selbstverständlich.

Der weitreichende Schutz durch § 18 GesO wurde kritisch betrachtet, weil kein hinreichender Schutz vor Missbrauch bestand³³. Allerdings traf diese Bewertung nicht zu. Für einen Schuldner mit durchschnittlichem Einkommen genügte diese Vollstreckungsbeschränkung völlig, um letztlich dauerhaft frei von den Vollstreckungsversuchen derjenigen Gläubiger zu sein, deren Forderungen vor dem Gesamtvollstreckungsverfahren begründet waren. Dieser Vorteil war für manche Schuldner, deren erwartetes Einkommen über den Pfändungsfreigrenzen lag, aber nicht über einen i. S. v. § 18 Abs. 2 S. 3 GesO angemessenen Rahmen hinausging, Grund genug, den Umzug in die neuen Bundesländer durchzuführen. Der wirtschaftliche Anreiz war für die Gruppe derjenigen Schuldner, die aufgrund ihrer Ausbildung und Fähigkeiten sehr hohe Erwerbsaussichten hatten, allerdings beschränkt. Denn alles, was sie über das „angemessene“ Maß hinaus einnahmen, konnte einem Altgläubiger als Vollstreckungsgegenstand dienen. Gerade für Schuldner, die aufgrund ihrer Ausbildung und/oder ihres wirtschaftlichen Geschicks hohe Erwerbsaussichten hatten, bot diese Norm keinen „ausreichenden“ Schutz. Erwarben diese Schuldner nämlich (wieder) erhebliche Einnahmen, überschritten sie die Beträge des Pfändungsschutzes, und ihr Vermögen stand den Altgläubigern zur Vollstreckung zur Verfügung, da es sich um keine „echte“ und endgültige Befreiung von den Verbindlichkeiten handelte. Wer sein Einkommen also nicht freiwillig beschneiden wollte, beglich letztlich doch langfristig die Gläubigerforderungen, solange er in Deutschland blieb. Dennoch erlangte auch hier der Schuldner deutlich mehr wirtschaftliche Vorteile und „Bewegungsfreiheit“ als unter der KO, die letztlich nur auf die Pfändungsverbote der ZPO verwies. Neugläubiger, deren Forderungen gegen den Schuldner erst nach der Eröffnung des Gesamtvollstreckungsverfahrens, § 5 GesO, begründet wurden, waren nicht von dem Vollstreckungshindernis des § 18 Abs. 2 S. 3 GesO erfasst, da sie auch nicht am Gesamtvollstreckungsverfahren mit der Aussicht auf eine Quote beteiligt waren³⁴. Die Neugläubiger waren an der Vollstreckung nur durch die für die Einzelzwangsvollstreckung geltenden Regeln gehindert. Da aber die Altgläubiger zunächst an der Vollstreckung durch § 18 Abs. 2 S. 3 GesO gehindert waren, hatten die Neugläubiger Zugriff auf das pfändungsfreie Vermögen, das über die Freigrenzen der einschlägigen Pfändungsvorschriften hinaus vorhanden ist.

Aufgrund dieser wirtschaftlichen Anreize lag es daher für Schuldner nahe, diesen Vollstreckungsschutz in Anspruch zu nehmen und dazu erforderlichenfalls ihren Wohnsitz in die neuen Bundesländer zu verlegen. Ob ein solches Verhalten allerdings rechtsmissbräuchlich war, war bereits damals umstritten. Wohnsitzverlegungen zum Zwecke der Erlangung des Vollstreckungsschutzes nach § 18 Abs. 2 S. 3 GesO waren suspekt, weil sich Schuldner dadurch einen Vorteil verschafften, den sie am alten

33 Wenzel, ZIP 1991, 425 (430).

34 Smid, in: Smid (Hrsg.), GesO, 3. Aufl. 1997, § 18 Rn. 41.

Wohnsitz nicht hatten – zulasten ihrer Gläubiger. Aus diesem Grund haben sich Begriffe wie „Interlokaler Restschuldtourismus“³⁵ gebildet.

Verlegte der Schuldner seinen Wohnsitz – nach § 1 Abs. 2 GesO die maßgebliche zuständigkeitsbegründende Anknüpfungstatsache – in die neuen Bundesländer, war die interlokale Zuständigkeit des Kreisgerichts, in dessen Bereich der Schuldner seinen Wohnsitz hatte, gem. § 1 Abs. 2 GesO begründet. Damit war zugleich die GesO anzuwenden, und die Folge des § 18 Abs. 2 S. 3 GesO griff ein, soweit das Verfahren ordnungsgemäß durchgeführt worden war. Die zentrale Frage war folglich, ob das Kreisgericht im Zuge des Umzugs tatsächlich zuständig für ein Gesamtvollstreckungsverfahren geworden war. Denn es handelte sich möglicherweise um einen nicht zu tolerierenden Rechtsmissbrauch³⁶.

Im Falle der arglistigen Erschleichung der Zuständigkeit allein zum Zwecke der Durchführung eines Gesamtvollstreckungsverfahrens sollte eine Zuständigkeit in den neuen Bundesländern nicht begründet werden können³⁷. Denn es liefe dem Gesetzeszweck zuwider, ein Gericht mit der Sache zu befassen, in dessen Zuständigkeitsbereich weder Gläubiger noch Vermögen belegen wären³⁸. Darüber hinaus sei der in den neuen Bundesländern begründete Wohnsitz ggf. nur ein Scheinwohnsitz, der die Zuständigkeit nicht zu begründen vermöge³⁹.

Hier wurde jedoch nicht immer hinreichend zwischen einer tatsächlichen Wohnsitzbegründung, die missbräuchlich sein kann, und einer Täuschung über Tatsachen unterschieden⁴⁰. Im letzten Fall handelte es sich um eine Simulation, und die Voraussetzungen für eine Zuständigkeit des Kreisgerichts lagen schlicht von vornherein nicht vor. Einer Begründung des Arglisteinwands – soweit er nicht auf einer Täuschung über die zuständigkeitsbegründenden Tatsachen beruhte – standen mehrere Gründe entgegen, sodass ein Umzug in die neuen Bundesländer zur Durchführung eines Gesamtvollstreckungsverfahrens legal und legitim war. Art. 11 GG⁴¹ gewährleistet jedem Deutschen die Freizügigkeit innerhalb der *gesamten* Bundesrepublik. Dieses Grundrecht in Anspruch zu nehmen, war und ist daher auch nicht vorwerfbar⁴². Des Weiteren wurde die Anwendbarkeit der GesO ausdrücklich im Zuge der Wiedervereinigung geregelt, sodass es dem Schuldner auch nicht vorgeworfen werden konnte,

35 Wenzel, MDR 1992, 1023.

36 Vgl. näher Zeuner, BB 1991, Supplement Folge 23, 10 (14), m. w. N.

37 Arnold, BB 1992, 2227 (2232).

38 Arnold, BB 1992, 2227 (2232).

39 Arnold, BB 1992, 2227 (2232).

40 Vgl. hingegen BGH, Beschl. v. 20.03.1996 – X ARZ 90/96, BGHZ 132, 195 (196), der ausdrücklich darauf hinwies, dass eine Briefkastenanschrift eine Zuständigkeit „möglicherweise“ nicht begründen, eine wirksame Verlegung hingegen allenfalls eine Erschleichung darstellen könnte. In dem Stellen des Gesamtvollstreckungsantrags sah der BGH bei einer Frist von mehr als drei Wochen im Hinblick auf die strafbewehrte Insolvenzantragspflicht bei der GmbH zwischen Verlegung und Antrag kein rechtsmissbräuchliches Erschleichen.

41 Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, zuletzt geändert durch Art. 1 G v. 11.7.2012, BGBl I 1478.

42 Hess/Binz/Wienberg, Gesamtvollstreckungsordnung, 4. Aufl. (1998), § 18 Rn. 114a; Smid, in: Smid (Hrsg.), GesO, 3. Aufl. 1997, § 18 Rn. 53; vgl. auch Wenzel, MDR 1992, 1023 (1025).

von diesem gesetzlich geregelten Verfahren Gebrauch zu machen⁴³, auch wenn er seinen Wohnsitz gezielt zur Erlangung des Vollstreckungsprivilegs nach § 18 Abs. 2 S. 3 GesO verlegte⁴⁴. Hinzu kommt, dass die Möglichkeit einer Restschuldbefreiung zu diesem Zeitpunkt ohnehin im Referentenentwurf zur InsO vorgesehen war und es somit nur eine Frage der Zeit war, bis die – im Vergleich zur GesO deutlich umfassendere – Restschuldbefreiung mit Wirkung für das gesamte Bundesgebiet geregelt werden würde. Und wenn ein solches Verfahren ohnehin de lege ferenda angestrebt war, konnte es nicht vorwerfbar sein, das bereits jetzt geltende „Minus“, nämlich den partiellen Vollstreckungsschutz, in Anspruch zu nehmen⁴⁵; zumal der Schuldner im Gegensatz zur Restschuldbefreiung nicht von seinen Verbindlichkeiten durch Verlust ihrer Durchsetzbarkeit endgültig frei wurde, sondern nur einen gewissen erweiterten Vollstreckungsschutz genoss. Missbräuchlichem Verhalten konnte über die Ausnahme des § 18 Abs. 2 S. 3 Hs. 2 GesO entgegengewirkt werden, indem dieses Verhalten als vorsätzliche Benachteiligung der Gläubiger angesehen wurde⁴⁶. Denn § 18 Abs. 2 S. 3 Hs. 2 GesO hat den Zweck, nur dem redlichen Schuldner den Vollstreckungsschutz zukommen zu lassen⁴⁷. Mit der Herbeiführung der Vollstreckungsbeschränkung wurden die Befriedigungschancen der Gläubiger jedoch beeinträchtigt⁴⁸.

In der zeitlich beschränkten parallelen Geltungsdauer von KO und GesO gab es keine großen „Wanderungsbewegungen“, doch nutzten einige Bürger die sich ihnen bietende Gelegenheit⁴⁹. Mit Inkrafttreten der InsO⁵⁰ am 01.01.1999 hat das Problem für binnendeutsche Sachverhalte seine praktische Bedeutung verloren. Denn unabhängig vom Wohnort galt ab dann bundesweit einheitlich für jedes durchgeführte Insolvenzverfahren die InsO. Eine binnendeutsche Verlagerung des Wohnsitzes hat also auf normativer Ebene keine Vorteile für die Schuldner mehr zu bieten.

Festzuhalten bleibt, dass die Konflikte um die Anwendbarkeit der GesO im Falle eines „Erschleichens“⁵¹ des Gerichtsstands nicht nur über die Zuständigkeits- und damit Rechtsanwendungsfragen gelöst wurden, sondern eine materiell-rechtliche Lösung über das geltende Gesetz und die materiellen Einschränkungsmöglichkeiten der „erschlichenen“ Rechtsordnung ebenso möglich war.

43 Arnold, BB 1992, 2227 (2232); Hess/Binz/Wienberg, Gesamtvollstreckungsordnung, 4. Aufl. (1998), § 18 Rn. 114a; Smid, in: Smid (Hrsg.), GesO, 3. Aufl. 1997, § 18 Rn. 53.

44 Zeuner, BB 1991, Supplement Folge 23, 10 (14).

45 Vgl. Smid, in: Smid (Hrsg.), GesO, 3. Aufl. 1997, § 18 Rn. 53.

46 Wenzel, MDR 1992, 1023 (1025); vgl. auch Wenzel, S. 120 ff., der Parallelen zu dem damaligen § 239 RegE-InsO, den Hindernissen für eine Restschuldbefreiung, aufzeigt.

47 Wenzel, MDR 1992, 1023 (1025).

48 Wenzel, MDR 1992, 1023 (1025).

49 Vgl. die Zahlen bei Smid, in: Smid (Hrsg.), GesO, 3. Aufl. 1997, § 18 Rn. 49 f. und die Einschätzung von Paulus, ZEuP 1994, 309 (312); Pape, ZIP 1997, 190 (191); Hess/Binz/Wienberg, Gesamtvollstreckungsordnung, 4. Aufl. (1998), § 18 Rn. 100h; prognostisch damals Arnold, BB 1992, 2227 (2232).

50 Insolvenzordnung vom 5. Oktober 1994, BGBl. I S. 2866, in Kraft getreten am 01.01.1999, Art. 110 Abs. 1 EGIInsO.

51 So die Bezeichnung von Wenzel, MDR 1992, 1023 (1025).

2. Insolvenzrechtliches forum shopping als Oberbegriff

a. Missbilligung des forum shopping in der EuInsVO

Der eben beschriebene „Interlokale Restschuldtourismus“ ist eine nationale Ausprägung des „forum shopping“. „Forum shopping“ bedeutet, dass der Rechtsuchende das für sich günstigste Recht zur Anwendung zu bringen versucht⁵², oder auch „das gezielte Ausnutzen der nicht aufeinander abgestimmten nationalen Rechtsordnungen durch bewusste Auswahl oder gar Manipulation der einschlägigen Anknüpfungspunkte mit dem Bestreben, das für das angestrebte Ziel günstigste Recht zu wählen“⁵³. Im grenzüberschreitenden insolvenzrechtlichen Kontext lässt sich der Begriff des *forum shopping* dahingehend konkretisieren, dass es nicht primär um die Wahl zwischen verschiedenen Gerichtsständen geht, sondern darum, die Voraussetzungen eines ausschließlichen Gerichtsstands zu schaffen, in dem die zuständigkeitsbegründenden Tatsachen verändert werden⁵⁴. Gut beschreiben lässt sich dieses Vorgehen mit dem Begriff der „Zuständigkeitserschleichung“⁵⁵.

Regelmäßig wird das *forum shopping* als negativ angesehen. Deutlich wird dies u. a. an Titeln wie „Das Unbehagen am Forum Shopping“⁵⁶. Denn die Wahl der Zuständigkeitskriterien kann letztlich einseitig durch den Schuldner erfolgen⁵⁷, dem somit ein enormer Wissensvorsprung und die Initiative zur Verlagerung seines Lebensmittelpunkts zukommen. Durch eine solche Wahl können sich die Gläubiger entsprechend unerwartet mit einer neuen und für sie unbekannten *lex fori concursus* konfrontiert sehen, die ihre Risikokalkulation ad absurdum führt⁵⁸. So hat selbst der europäische Gesetzgeber im Interesse des Binnenmarkts dem *forum shopping* auch für Insolvenzverfahren im vierten Erwägungsgrund zur EuInsVO eine klare Absage erteilt:

„(4) Im Interesse eines ordnungsgemäßen Funktionierens des Binnenmarktes muss verhindert werden, dass es für die Parteien vorteilhafter ist, Vermögensgegenstände oder Rechtsstreitigkeiten von einem Mitgliedstaat in einen anderen zu verlagern, um auf diese Weise eine verbesserte Rechtsstellung anzustreben (sog. „forum shopping“).“

Das *forum shopping* ist also vom europäischen Ordnungsgeber in Bezug auf grenzüberschreitende Insolvenzverfahren ausdrücklich nicht erwünscht. Das Ziel des Ordnungsgebers, *forum shopping* zu vermeiden, muss bei der Auslegung und Anwendung der EuInsVO stets berücksichtigt werden. Dabei ist jedoch auch ein Ausgleich

52 Zum europäischen Zivilprozessrecht und „Torpedoklagen“ vgl. McGuire, ZfRV 2005, 83 (87); Mäsch, IPRax 2005, 509 (510); Sander/Breßler, ZJP 122 (2009), 157 (161).

53 Hergenröder, ZVI 2005, 233 (241). Ähnl. z. B. auch Duursma-Kepplinger, in: Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky (Hrsg.), EuInsVO, 2002, Vorb. Rn. 11.

54 Vgl. Weller, IPRax 2004, 412 (413 Fn. 9); Knof, ZInsO 2005, 1017 (1025); Reuß, S. 6.

55 Reuß, S. 6. Dazu z. B. Eidenmüller, ZGR 2006, 467 (473 ff.).

56 So der Titel des Beitrags von Kropholler, in: Henrich (Hrsg.), FS Firsching, 1985, S. 165. Siehe auch Reuß, S. 9.

57 Reuß, S. 13, m. w. N.

58 Reuß, S. 13.

mit den Grundfreiheiten vorzunehmen. Von diesen darf der EU-Bürger grundsätzlich vollumfänglich Gebrauch machen. Es ist also notwendig, zwischen dem rechtmäßigen und dem zu missbilligenden Gebrauch der Freiheiten zu unterscheiden.

Das *forum shopping* im Rahmen der EuInsVO entspricht jedoch nicht dem üblichen aus dem Individualprozess bekannten *forum shopping* durch einen Kläger. Denn im Regelfall des Zivilprozesses sucht der Kläger das für ihn günstigste (Verfahrens-)Recht durch Wahl des Gerichtsstands zur Anwendung zu bringen. Für einen (potenziellen) Beklagten ist die Forumwahl zwar auch denkbar, sie kommt in der Praxis aber seltener vor, zumal er selten einen ausschließlichen Gerichtsstand wird begründen können, um den Kläger zur Klage an einem für diesen unangenehmen Ort zu veranlassen. Bezogen auf Insolvenzverfahren, handelt sich es um eine Art „passives *Forum Shopping*“⁵⁹, bei dem der Schuldner versucht, die zuständigkeitsbegründenden Umstände zu seinen Gunsten zu beeinflussen⁶⁰. Dies geschieht dadurch, dass der Schuldner den zentralen Anknüpfungspunkt für die internationale Zuständigkeit gem. Art. 3 Abs. 1 EuInsVO in einen Mitgliedstaat mit einem aus seiner Perspektive günstigen Insolvenzrecht verlegt. Dieser zentrale Anknüpfungspunkt ist der sogenannte „Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen“, für den sich die aus der englischen Sprachfassung der EuInsVO („centre of a debtor's main interests“) entstandene Abkürzung „COMI“ eingebürgert hat. Der Schuldner nimmt bei dieser Art des *forum shopping* Einfluss auf die internationale Zuständigkeit und damit zugleich über Art. 4 Abs. 1 EuInsVO auf die Anwendung eines bestimmten internationalen Insolvenzrechts⁶¹. Schuldner und Gläubiger können bei der Beantragung des Insolvenzverfahrens nicht unter mehreren Insolvenzgerichtsständen wählen, wie sie es bei einer Klage mit konkurrierenden Gerichtsständen könnten⁶². Vielmehr gibt es für das Insolvenzverfahren nur ein zuständiges Gericht. Der Schuldner muss also diejenigen Tatsachen beeinflussen, die zu einer Veränderung der internationalen Zuständigkeit führen. Denn er kann nur hierdurch das anwendbare Insolvenzrecht nach Art. 4 Abs. 1 EuInsVO bestimmen. Und mit dem anwendbaren Insolvenzrecht hängen die weiteren Folgen des Insolvenzverfahrens zusammen, insbesondere auch die hier besonders interessante Frage der Restschuldbefreiung. Durch Täuschung oder entsprechende „Organisation“ soll der Schuldner jedoch nicht von den Vorteilen der EuInsVO profitieren dürfen⁶³. Dieses *forum shopping* betreiben nicht nur natürliche Personen, sondern auch juristische Personen, die auf eine einfachere Sanierung oder die Begünstigung bestimmter Personen (z. B. bestimmte Gläubiger oder die Gesellschafter) oder Benachteiligung (z. B. besonders „unangenehme“ Gläubiger) bei Anwendung eines anderen Insolvenzrechts hoffen.

59 Christofaro, in: Gottwald/Huber (Hrsg.), Europ. InsR., 2008, S. 39 (40).

60 Vgl. Weller, IPRax 2004, 412 (413); Jacoby, GPR 2007, 200 (201).

61 Saenger/Klockenbrink, DZWIR 2006, 183 (184).

62 Vgl. Heneweer, S. 19.

63 Fletcher, in: Moss/Fletcher/Isaacs (Hrsg.), The EC regulation on insolvency proceedings, 2. Aufl. 2009, Kap. 3 Rn. 3.11.

b. Forum shopping durch juristische Personen

Neben natürlichen Personen bietet die Anwendung eines anderen Insolvenzrechts auch juristischen Personen und deren Organen sowie Gesellschaftern Vorteile. Das deutsche Insolvenzrecht unterscheidet sich in seiner Ausrichtung und in seinen Handlungsoptionen deutlich von anderen Insolvenzrechten⁶⁴. Die in anderen Rechtsordnungen geschaffenen Sanierungschancen waren und sind für Unternehmen, ihre Gesellschafter und Gläubiger von großem Interesse. Je nach Rechtsordnung werden die Rechte bestimmter Gläubigergruppen beschnitten und arbeitsrechtliche Maßnahmen oder Umstrukturierungen erleichtert.

Relativ bald nach Inkrafttreten der EuInsVO gab es daher die ersten Fälle, in denen Unternehmen versucht haben, ihr COMI in das europäische Ausland zu verlegen und damit die Chancen des nunmehr geltenden Insolvenzrechts zu nutzen⁶⁵. Sehr viele in der juristischen Fachwelt bekannte Sachverhalte, die Fragen der grenzüberschreitenden Insolvenzen berühren, betreffen juristische Personen. Auch in diesem Bereich haben sich Insolvenzverwalter und Gerichte bemüht, die Insolvenz unter ihrem eigenen mitgliedstaatlichen Recht abzuwickeln. England ist z. B. aufgrund seiner „rescue culture“ und der Änderungen durch den Enterprise Act 2002 beliebt⁶⁶. Damit einher gehen für die Insolvenzverwalter erhebliche wirtschaftliche Interessen bei großen und lukrativen Verfahren⁶⁷.

Bekannte Beispiele sind unter anderem die Verfahren Brochier⁶⁸, Rover⁶⁹, ISA-Daisytek⁷⁰, Hettlage⁷¹, PIN⁷² und nicht zuletzt Eurofood/Parmalat⁷³, das den EuGH beschäftigt hat. Gerade für Konzerne mit einer zentralen strategischen Steuerung ist

64 Siehe dazu nur die Länderberichte in Kirchhof (Hrsg.), *MünchKomm-InsO*, Bd. 4, 3. Aufl. 2016.

65 Zu den Vorteilen etwa Huber, in: Gottwald/Huber (Hrsg.), *Europ. InsR.*, 2008, S. 1 (4); vgl. auch die Darstellung einiger Fälle bei Dammann, in: Affaki (Hrsg.), *Failite internationale et conflit de juridictions*, 2007, S. 105 (108 ff.).

66 Zu den Vorteilen des englischen Rechts etwa die Darstellung bei Rumberg, *RIW* 2010, 358.

67 Liersch, *NZI* 2004, 141 (141); Keggenhoff, S. 52; siehe auch Huber, in: Gottwald/Huber (Hrsg.), *Europ. InsR.*, 2008, S. 1 (3); McCormack, *C.L.J.* 68 (2009), 169 (180).

68 *High Court of Justice London*, Beschl. v. 15.08.2006 – No. 5618/06, *NZI* 2007, 187; *High Court of Justice London*, Beschl. v. 08.12.2006 – No. 6211/06, *NZI* 2007, 187; *AG Nürnberg*, Beschl. v. 15.08.2006 – 8004 IN 1326 bis 1331/06, *NZI* 2007, 185; *AG Nürnberg*, Beschl. v. 01.10.2006 – 8034 IN 1326/06, *NZI* 2007, 186.

69 *High Court of Justice Birmingham*, Beschl. v. 18.04.2005 – 2375 bis 2382/05, *NZI* 2005, 467, m. Anm. Mankowski, *EWiR* 2005, 637.

70 *High Court of Justice Leeds*, Beschl. v. 15.05.2003 – No. 861-876/03, *ZIP* 2003, 1362; *High Court of Justice Leeds*, Judgment zur Administration Order vom 16.05.2003 – No. 861-876/03, *ZIP* 2004, 963; *AG Düsseldorf*, Beschl. v. 06.06.2003 – 502 IN 126/03, *ZIP* 2003, 1363; *AG Düsseldorf*, Beschl. v. 12.03.2004 – 502 IN 126/03, *IPRax* 2004, 431; *AG Düsseldorf*, Beschl. v. 07.04.2004 – 502 IN 124/03, *ZIP* 2004, 866.

71 *Landesgericht Innsbruck*, Beschl. v. 11.05.2004 – 9 S 15/04, *ZIP* 2004, 1721.

72 *AG Köln*, Beschl. v. 01.02.2008 – 73 IN 682/07, *NZI* 2008, 254; *AG Köln*, Beschl. v. 19.02.2008 – 73 IE 1/08, *NZI* 2008, 257.

73 *EuGH*, Urt. v. 02.05.2006 – Rs. C-341/04, *Slg.* 2006, 3813; *Supreme Court of Ireland*, Beschl. v. 27.07.2004 – C 341/04, *ZInsO* 2005, 159.

der „*Mind of Management*“-Ansatz⁷⁴ ein hervorragendes Mittel, einen europaweit mit Tochtergesellschaften agierenden Konzern an einem Ort zur Insolvenzabwicklung zu bündeln⁷⁵. Dies hat zur Folge, dass die Insolvenz eines ganzen Konzerns an einem Gerichtsstand abgewickelt werden kann⁷⁶. Was für den Konzern und die Gläubigersamtheit von Vorteil sein mag, ist für die einzelnen Gläubiger einer Tochtergesellschaft nicht unbedingt von Vorteil⁷⁷. Die hieraus entstandenen Rechtsstreitigkeiten, eine Art „deutsch-englischer Rechtskonflikt“⁷⁸, waren durchaus heftig und riefen – nicht zuletzt aufgrund des Tonfalls einiger Äußerungen – viel Aufmerksamkeit und Kritik hervor⁷⁹. Während bestimmten Gerichten „Insolvenz-Imperialismus“⁸⁰, „Rechtsimperialismus“⁸¹ oder „britannische Zuständigkeitsusurpation“⁸² vorgeworfen wurde, wird von englischer Seite eine solche Kritik als übermäßig scharf und unpassend zurückgewiesen⁸³. Diese Streitigkeiten haben dazu geführt, dass es zu einem regelrechten „*Battle over Jurisdiction in European Insolvency Law*“ gekommen ist⁸⁴. Zahlreiche Rechtsfragen im Zusammenhang mit dem unerwünschten *forum shopping* juristischer Personen haben durch diese Kontroversen und den dazugehörigen Austausch rechtlicher Argumente Antworten gefunden, die auch für das Problem eines *forum shopping* natürlicher Personen fruchtbar gemacht werden können.

74 Näher dazu Weller, ZHR 2005, 570 (572 f.). Abgelehnt von den Anhängern der „business-activity-rule“, siehe EuGH, Urt. v. 02.05.2006 – Rs. C-341/04, Slg. 2006, 3813 (I-3866 Rn. 26 ff.); Weller, IPRax 2004, 412 (415 f.); Kammel, NZI 2006, 334 (337); Leipold, in: Hau/Schmidt (Hrsg.), FS Lindacher, 2007, S. 65 (71); vgl. auch Mankowski, EWiR 2005, 637 (638). Vgl. auch Wessels, IILR 2010, 2 (8), zu der dem Art. 3 Abs. 1 EuInsVO vergleichbaren Vorschrift des UNCITRAL Model Law.

75 Vgl. näher Mankowski, in: Konecny (Hrsg.), Insolvenz-Forum 2009, 2010, S. 51 (52). Siehe auch Eidenmüller, NJW 2004, 3455; Eidenmüller/Frobenius/Prusko, NZI 2010, 545; Schmidt, ZIP 2012, 1053 zu nationalen und grenzüberschreitenden Konzerninsolvenzen. Zur französischen Sicht Gaillot, IBA – Insolvency, Restructuring and Creditors' Rights Section Home 2006, 38.

76 Weller, in: Kronke/Thorn (Hrsg.), FS von Hoffmann, 2012, S. 513 (521); kritisch die Darstellung bei Wautelet, in: Affaki (Hrsg.), Faillite internationale et conflit de juridictions, 2007, S. 73.

77 Vgl. Wautelet, in: Affaki (Hrsg.), Faillite internationale et conflit de juridictions, 2007, S. 73 (97 ff.).

78 Huber, in: Lorenz (Hrsg.), FS Heldrich, 2005, S. 679; siehe auch Mankowski, RIW 2005, 561 (577); Eckardt, ZJP 122 (2009), 345 (345).

79 Z. B. Moss, Insolv. Int. 2005, 60; Moss, Insolv. Int. 2005, 141; Paulus, NZI 2005, 62 (62); Huber, in: Lorenz (Hrsg.), FS Heldrich, 2005, S. 679; Mankowski, RIW 2005, 561 (577); Paulus, Insolv. Int. 2007, 85.

80 Mankowski, EWiR 2003, 1239 (1239); Mankowski, RIW 2004, 587 (597); Weller, ZHR 2005, 570 (579); Lüer, in: Piepenburg (Hrsg.), FS Greiner, 2005, S. 201 (201) Konecny, in: Kodek/Konecny (Hrsg.), Insolvenz-Forum 2007, 2008, S. 103 (104).

81 Wimmer, ZInsO 2005, 119 (120).

82 Paulus, NZI 2005, 62 (62).

83 Etwa *High Court of Justice London*, Beschl. v. 20.12.2006 – No. 9849/02, NZI 2007, 361 (363): „...inappropriate language...“.

84 So der plastische Titel des Aufsatzes von Bachner, ECFR 2006, 310 (310).

c. Insolvency Planning

Mit dem Begriff des *forum shopping* lässt sich im insolvenzrechtlichen Sinne das „*Insolvency Planning*“⁸⁵ oder die „gesteuerte Insolvenz“⁸⁶, die geplante Durchführung eines Insolvenzverfahrens, in Verbindung bringen. Im Rahmen der Planung der Insolvenz werden im Vorfeld der Antragstellung die relevanten Anknüpfungstatsachen für die Bestimmung der internationalen Zuständigkeit geschaffen⁸⁷. Der Vorteil des *Insolvency Planning* liegt in der Konzentration von geplanten Verfahren auf bestimmte Gerichte und wenige spezialisierte Verwalter⁸⁸. Das ermöglicht erhebliche Synergieeffekte, schafft aber auch die Gefahr, dass bestimmte Verwalter und Gerichte gewählt werden können, was sich letztlich wieder zulasten der Gläubiger auswirken könnte⁸⁹. Einerseits lässt sich gezielt ein sanierungsfreundlicher Standort auswählen, was sich auch zugunsten der Gläubiger auswirken kann, andererseits besteht die Gefahr einer „Firmenbestattung“⁹⁰. Letztlich bedarf es – wie stets – der Kontrolle im Einzelfall, ob das Vorgehen rechtlich zulässig ist oder nicht⁹¹.

d. Die „Firmenbestattung“ als extreme Ausprägung der geplanten Insolvenz

Eine extreme Ausprägung der gezielten Insolvenzplanung durch juristische Personen ist eine als „Firmenbestattung“ bezeichnete Vorgehensweise⁹². Während bei den oben genannten Fällen häufig die – aus Sicht des Schuldners möglichst einfache und kosteneffiziente – Sanierung und Erhaltung des Unternehmensträgers im Vordergrund stand, ist das Vorgehen bei einer „Firmenbestattung“ genau auf das Gegenteil ausgerichtet. Die Gesellschaft soll möglichst still und unbemerkt liquidiert werden⁹³. Damit soll vermieden werden, dass die hinter der Gesellschaft stehenden Personen in Haftung genommen werden und mit ihrem Privatvermögen für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft einstehen müssen, weil Ansprüche praktisch kaum durchsetzbar

85 Mankowski, NZI 2008, 355 (356); Mankowski, in: Konecny (Hrsg.), Insolvenz-Forum 2009, 2010, S. 51 (75).

86 Uhlenbruck, in: Schilken (Hrsg.), FS Gerhardt, 2004, S. 979 (994).

87 Mankowski, NZI 2008, 355 (356).

88 Mankowski, in: Konecny (Hrsg.), Insolvenz-Forum 2009, 2010, S. 51 (76).

89 Mankowski, NZI 2008, 355 (356); Mankowski, in: Konecny (Hrsg.), Insolvenz-Forum 2009, 2010, S. 51 (76).

90 Mankowski, NZI 2008, 355 (356).

91 Zutreffend Mankowski, in: Konecny (Hrsg.), Insolvenz-Forum 2009, 2010, S. 51 (76); vgl. auch Uhlenbruck, in: Schilken (Hrsg.), FS Gerhardt, 2004, S. 979 (995).

92 Dazu bspw. BGH, Beschl. v. 13.12.2007 – IX ZB 238/06, IPRspr 2007; Weller, ZIP 2009, 2029; Hirte, ZInsO 2003, 833; Heneweer; zur konkreten Vorgehensweise etwa Hey/Regel, Kriminalistik 1999, 258; Hey/Regel, GmbHHR 2000, 115; ausführlich Kilper, S. 7 ff.

93 Siehe dazu etwa Seibert, in: Crezelius (Hrsg.), 2005, S. 585 (589 ff.); Kilper, S. 9 ff. Zu einem Fall der möglichen Zuständigkeitsverschleichung durch eine möglicherweise bereits insolvenzreife Gesellschaft bereits BGH, Beschl. v. 20.03.1996 – X ARZ 90/96, BGHZ 132, 195. Zur Vorgehensweise in Bezug auf strafbares Verhalten z. B. Hey/Regel, Kriminalistik 1999, 258; Hey/Regel, GmbHHR 2000, 115; zu den gesellschaftsrechtlichen Fragen Kleindiek, ZGR 2007, 276; Weller, ZIP 2009, 2029; Kilper; Heneweer.

sind⁹⁴. Ziel der Vorgehensweise ist, dass die Gesellschaft „unter fremden Namen“ und „an einem fremden Ort“ stirbt⁹⁵. Das Verhalten lässt sich als „Verschleierung der tatsächlichen Gegebenheiten, Verzögerung gerichtlicher Entscheidungen, Verschiebung des noch vorhandenen Vermögens, Zermürbung der Gläubiger“ beschreiben⁹⁶. Neben den gesellschafts- und insolvenzrechtlichen Aspekten der Zuständigkeits- und Verfahrensmanipulation kommt es im letztgenannten Fall gerade auch zu wirtschaftsstrafrechtlichen Fragestellungen⁹⁷. Unsicherheiten im Hinblick auf haftungsrechtliche Fragen und die fehlende Attraktivität einer aufwendigen Rechtsverfolgung im Ausland begünstigen solche „Bestattungen“⁹⁸. Im Zuge der Modernisierung des Gesellschaftsrechts hat der deutsche Gesetzgeber mit dem MoMiG⁹⁹ Mechanismen zur Bekämpfung der Firmenbestattung geschaffen¹⁰⁰ und mittlerweile begonnen, auch der grenzüberschreitenden Bestattung Grenzen zu setzen.

Auch bei natürlichen Personen können vergleichbare Konstellationen auftreten, wenn die Verlagerung des COMI gänzlich vorgetäuscht oder von entsprechenden täuschenden und verschleiernenden Handlungen für Einzelaspekte (z. B. Beiseiteschaffen von Barvermögen und Schmuck) begleitet wird, um durch Täuschung zulasten der Gläubiger eine Restschuldbefreiung zu erlangen und sich der Erfüllung eigener Verbindlichkeiten zu entziehen.

3. Der aktuelle Begriff des „Restschuldbefreiungstourismus“

Nachdem sich das für den „Interlokalen Restschuldtourismus“ als Anreiz darstellende Rechtsgefälle durch Inkrafttreten der InsO am 01.01.1999 für die gesamte Bundesrepublik Deutschland erledigt hatte, endete dieses rein innerdeutsche Phänomen. Auch wenn die InsO in den §§ 286 ff. die Restschuldbefreiung vorsieht, ist dieser Weg im Vergleich zu anderen Rechtsordnungen mit vielen Hürden versehen. Noch mehr gilt dies für Rechtsordnungen, die keinerlei Restschuldbefreiung kennen. Schuldner können in diesen Mitgliedstaaten überhaupt keine Befreiung von ihren Schulden erlangen, wenn sie ihre Verbindlichkeiten nicht erfüllen können, sondern haben nur den Schutz des jeweiligen Zwangsvollstreckungsrechts. Die Rechtsordnungen anderer Mitgliedstaaten bieten hingegen Regelungsmechanismen, die den Schuldner einfa-

94 Hirte, ZInsO 2003, 833 (834).

95 Hirte, ZInsO 2003, 833 (834).

96 Kleindiek, ZGR 2007, 276 (277); vgl. auch Weller, in: Kronke/Thorn (Hrsg.), FS von Hoffmann, 2012, S. 513 (520).

97 Hey/Regel, Kriminalistik 1999, 258 (261 f.); Hey/Regel, GmbHR 2000, 115 (118 ff.); vgl. auch Webel, EWiR 2008, 181 (182).

98 Weller, in: Kronke/Thorn (Hrsg.), FS von Hoffmann, 2012, S. 513 (520).

99 Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen v. 23.10.2008, BGBl. I 2008, S. 2026.

100 Dazu etwa Mackenroth, NJ 2009, 1 (2 f.). Zum zuvor bestehenden Handlungsbedarf Hirte, ZInsO 2003, 833. Zu den Möglichkeiten der InsO, einer manipulativen Verlagerung zu begegnen Pape, ZIP 2006, 877. Zur Begünstigung von GmbH-Bestattungen im Ausland durch das MoMiG Weller, ZIP 2009, 2029 (2030).

cher, umfassender und vor allem schneller von seinen Verbindlichkeiten befreien. Sowohl die Bezeichnung als auch die konkrete Folge der Befreiung unterscheiden sich im Detail. Zur Vereinfachung sollen aber sämtliche Verfahren, welche die Entschuldung des Schuldners – sei es durch Erlöschen, sei es durch ein Durchsetzungshindernis – zur Folge haben, im Rahmen dieser Untersuchung als „Restschuldbefreiung“ bezeichnet werden.

Wenn der Schuldner sich überhaupt mit der Frage nach einem Insolvenzverfahren beschäftigt und dabei willens und in der Lage ist, den Aufwand eines Grenzüberschritts zu bewältigen, wird er eine Rechtsordnung zur Anwendung bringen wollen, die ihm eine möglichst einfache und umfassende Restschuldbefreiung ermöglicht. Zu diesem Zweck „pilgern“ Schuldner regelrecht in benachbarte Staaten, um von deren Insolvenzrecht zu profitieren¹⁰¹. Zahlreiche Fälle, in denen ausländische Insolvenzverfahren über das Vermögen natürlicher Personen eine Rolle spielten, beschäftigten bereits die Gerichte¹⁰².

Nicht nur deutsche Schuldner gehen ins Ausland. Deutlich wahrnehmbar sind die Migrationstendenzen auch in Irland¹⁰³. Die Restschuldbefreiung in Irland dauerte

101 Walters/Smith, IIR 2010, 181 (183): Etwa 200 Verfahren gegen ausländische Staatsangehörige binnen zwei Jahren, wobei in etwa der Hälfte die Echtheit der Verlagerung fraglich war. Nach Hoffmann, Journal of Consumer Policy 2012, 461 (462): 2010, habe es 143 mögliche Fälle von *forum shopping* gegeben, 2011 dann 205, wobei insgesamt 24 *annulments* ausgesprochen wurden. Siehe auch die Nachweise auf die Presseberichterstattung hierüber bei May, ZInsO 2012, 165 (165 f.). Vgl. den Bericht von Smyth, Financial Times vom 19.12.2011, zu einem solchen Beratungsgespräch.

102 Ohne einen Anspruch auf Vollständigkeit: BGH, Beschl. v. 18.09.2001 – IX ZB 51/00, NJW 2002, 960; High Court of Justice Chancery Division, Urt. v. 22.06.2007, BPIR 2007, 1636; BGH, Beschl. v. 17.09.2009 – IX ZB 81/09, BeckRS 2009, 26363; BGH, Beschl. v. 22.04.2010 – IX ZB 217/09, NZI 2010, 680; BGH, Beschl. v. 06.10.2011 – IX ZB 249/10, BeckRS 2011, 23914; BGH, Beschl. v. 14.07.2011 – IX ZB 207/10, ZInsO 2011, 1499; High Court of Justice London, Beschl. v. 20.12.2006 – No. 9849/02, NZI 2007, 361; AG Celle, Beschl. v. 18.04.2005 – 29 IN 11/05, NZI 2005, 410; AG Göttingen, Beschl. v. 07.05.2008 – 74 IN 391/07, ZVI 2008, 388; AG Hamburg, Beschl. v. 01.12.2005 – 67a IN 450/05, NZI 2006, 120; AG Hamburg, Beschl. v. 02.03.2007 – 67c IN 65/07, ZInsO 2007, 503; High Court of Justice Chancery Division, Urt. v. 22.06.2007, BPIR 2007, 1636; AG Köln, Beschl. v. 18.02.2008 – 71 IK 585/07, NZI 2008, 390; AG Hildesheim, Beschl. v. 18.06.2009 – 51 IE 2/09, ZInsO 2009, 1544; AG Mannheim, Beschl. v. 05.11.2008 – 1 IN 244/08, BeckRS 2009, 26626; AG Hamburg, Beschl. v. 11.02.2009 – 67c IE 1/09, ZIP 2009, 1024; AG Köln, Beschl. v. 06.11.2008 – 71 IN 487/07, NZI 2009, 133; LG Mannheim, Beschl. v. 13.01.2009 – 4 T 248/08, BeckRS 2009, 26625; LG Traunstein, Beschl. v. 03.02.2009 – 4 T 263/09, NZI 2009, 818; AG München, Beschl. v. 23.06.2010 – 1504 IK 600/10, NZI 2010, 664; AG Passau, Urt. v. 15.01.2009 – 15 C 1980/08, NZI 2009, 820; VG Leipzig, Urt. v. 13.09.2011 – 6 K 86/08, - juris; BGH, Beschl. v. 15.11.2010 – NotZ 6/10, ZIP 2011, 284; Court of Appeal, Urt. v. 26.11.2004 und 27.07.2005 – [2005] EWCA Civ 974, BPIR 2005, 1170; Manchester County Court, Urt. v. 19.05.2010 und 07.06.2010, BPIR 2010, 1093; Chancery Division, Urt. v. 10.06.2009, BPIR 2009, 1075; LG Köln, Urt. v. 14.10.2011 – 82 O 15/08, NZI 2011, 957; OLG Brandenburg, Zwischenurt. v. 25.05.2011 – 13 U 100/07, BeckRS 2011, 16015; High Court of Justice London, Decision v. 15.02.2011 – No. 9360/2008, IILR 2012, 460; OLG Nürnberg, Beschl. v. 15.12.2011 – 1 U 2/11, ZIP 2012, 241; High Court of Justice Northern Ireland, Dec. v. 10.01.2012 – [2012] NICH 1, BPIR 2012, 322; AG Köln, Beschl. v. 19.01.2012 – 74 IN 108/10, ZVI 2012, 193; High Court of Justice Birmingham, [2012] EWHC 2432 (Ch.); AG Göttingen, Beschl. v. 10.12.2012 – 74 IN 28/12, NZI 2013, 206; OLG Köln, Urt. v. 28.02.2013 – 18 U 298/11, NZI 2013, 506; BayAGH, Beschl. v. 24.03.2011 – BayAGH I-35/08, BeckRS 2011, 22607.

103 Vgl. McDonald, The Guardian vom 27.05.2012: ein Schuldner mit Verbindlichkeiten von 150 Millionen €.

nach s. 85 Abs. 4 Nr. 3 des irischen Bankruptcy Act 1988 bis zu dessen Änderung durch s. 157 des Personal Insolvency Act 2012 regelmäßig zwölf Jahre, in England hingegen nach s. 279 Abs. 1 IA 1986 regelmäßig nur zwölf Monate. Während in Irland 2010 nur 29 und im Jahr 2009 lediglich 17 natürliche Personen ein Insolvenzverfahren durchführten¹⁰⁴, waren es rund 59.000 in England – und das trotz der Überschuldungssituation in Irland¹⁰⁵. Teilweise betrugen die Verbindlichkeiten des Schuldners bis zu 150 Millionen €¹⁰⁶. Die negativen Auswirkungen des eigenen nationalen Rechts hat der irische Gesetzgeber daher zu mildern gesucht und den irischen Bankruptcy Act geändert. Nunmehr ermöglicht er die Restschuldbefreiung gem. s. 85 Abs. 1 des irischen Bankruptcy Act in der Fassung des Personal Insolvency Act 2012 binnen dreier Jahre.

Angesichts der zum Teil beträchtlichen Verbindlichkeiten ist es verständlich, dass die Gläubiger, die binnen weniger Monate ihre gesamte Forderung bis auf eine minimale Befriedigungsquote einbüßen, von den Möglichkeiten einer raschen Restschuldbefreiung wenig angetan sind¹⁰⁷, zumal sie selbst durch den Forderungsausfall in wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten können, wenn sie die Forderung komplett abschreiben müssen, obwohl der Schuldner möglicherweise in der Lage wäre, ohne Restschuldbefreiung in angemessener Zeit wenigstens einen Teil seiner Verbindlichkeiten zu begleichen¹⁰⁸. Der Begriff des „Restschuldbefreiungstourismus“ ist deshalb regelmäßig negativ konnotiert. Es wird bislang kaum zwischen „gutem“ und „schlechtem“ Tourismus unterschieden¹⁰⁹. Dabei sind jedoch Differenzierungen notwendig zwischen legalem Verhalten, das Gläubigern missfällt, und illegalem Verhalten, das es zu verhindern und zu sanktionieren gilt. Darauf wird in der Folge noch einzugehen sein¹¹⁰.

II. Fallkonstellationen des Restschuldbefreiungstourismus

1. Notwendige Differenzierung der Fallkonstellationen

Dem Begriff des Restschuldbefreiungstourismus liegen Konstellationen zugrunde, die in einem Punkt übereinstimmen: Der Schuldner will ein ihm möglichst günstig erscheinendes Insolvenzverfahren mit Restschuldbefreiung durchführen, um schnell, umfassend und vermögensschonend von seinen Verbindlichkeiten auf Dauer loskom-

104 *Smyth*, Financial Times vom 19.12.2011 (8).

105 Vgl. dazu *Smyth*, Financial Times vom 19.12.2011; *Coburn*, *InsoLv. Int.* 2012, 8 (8).

106 *McDonald*, *The Guardian* vom 27.05.2012.

107 Diesen Punkt sieht z. B. auch Judge Purle, *High Court of Justice Birmingham*, [2012] EWHC 2432 (Ch.), Rn. 7, der die für Gläubiger nachteilige Sicht durchaus berücksichtigt und im Rahmen der Entscheidung auch zu würdigen weiß.

108 *Reilly*, *Independent.ie* vom 13.11.2011.

109 Siehe dazu z. B. *McCormack*, *IILR* 2011, 122 (129); *Ringe*, *EBOR* 9 (2008), 579 (600 ff.); *Moss/Smith*, in: *Moss/Fletcher/Isaacs* (Hrsg.), *The EC regulation on insolvency proceedings*, 2. Aufl. 2009, Kap. 8 Rn. 8.02; *Walters/Smith*, *IIR* 2010, 181 (183, 202); siehe auch *Eidenmüller*, *EBOR* 2005, 423 (423).

110 C.IV.

men zu können. Um dieses Ziel zu erreichen, beschreiten die Schuldner zum Teil sehr unterschiedliche Wege, die ihrerseits einer differenzierten rechtlichen Bewertung bedürfen. Diese Fallkonstellationen spielen im Folgenden immer wieder eine Rolle und werden zum besseren Verständnis deshalb hier zunächst in Grundzügen und vereinfacht dargestellt.

2. Die Verlagerung des Lebensmittelpunktes auf Dauer

Im Zuge von Wirtschaftskrisen, Arbeitslosigkeit und damit verbundener Perspektivlosigkeit verlagern viele wirtschaftlich gescheiterte Schuldner ihren Lebensmittelpunkt auf Dauer, um im Ausland neu anzufangen. Sie ziehen in einen anderen Staat, beginnen mit dem Aufbau einer neuen Existenz und unterwerfen sich einem Insolvenzverfahren, um ohne „Altlasten“ diese neue Existenz aufbauen zu können. Dazu wählen sie – unter Berücksichtigung anderer Faktoren wie Klima, Arbeitsmarkt und/oder eigener Geschäftsidee – einen Staat, der ein Insolvenzverfahren mit Restschuldbefreiung kennt. Sie führen das Verfahren durch, verbleiben nach Beendigung des Insolvenzverfahrens und Erteilung der Restschuldbefreiung in diesem Staat und bauen sich eine neue Existenz auf.

3. Die Verlagerung des Lebensmittelpunktes für die Dauer des Insolvenzverfahrens

Bisweilen verlagern die Schuldner ihren Lebensmittelpunkt nur für die Dauer des Insolvenzverfahrens. Die Fälle dieser Konstellation unterscheiden sich von der erstgenannten Konstellation dadurch, dass der Schuldner gezielt einen Mitgliedstaat sucht, dessen Rechtsordnung eine zügige Restschuldbefreiung ermöglicht – und der Schuldner dorthin zieht. Er bleibt jedoch nur in diesem Mitgliedstaat, bis das Verfahren abgeschlossen ist. Nach Erteilung der Restschuldbefreiung zieht er wieder zurück in seinen Heimatstaat. Während bei langfristigen Absichten häufig die ganze Familie mitzieht und die Verbindungen zum Heimatstaat deutlich reduziert werden, gehen die Schuldner häufig nur allein ins Ausland, melden sich an ihrem alten Wohnsitz ab und lassen u. a. auch die Familie zurück. Sie verlassen ihren Heimatstaat nur, um das Insolvenzverfahren in Gang zu setzen und nach der Erteilung der Restschuldbefreiung dann möglichst schnell wieder in ihr gewohntes bisheriges soziales Umfeld zurückzukehren.

4. Die Verlagerung des Lebensmittelpunkts und Rückkehr nach dem Eröffnungsantrag

Der Schuldner verlagert seinen Lebensmittelpunkt tatsächlich in einen anderen Mitgliedstaat, stellt dort frühestmöglich einen Eröffnungsantrag und kehrt prompt nach dessen Eingang bei Gericht in den vorherigen Mitgliedstaat zurück. Der Aufenthalt

im Ausland ist dementsprechend relativ kurz ausgefallen und diente lediglich der Vorbereitung des Insolvenzverfahrens und der Antragstellung.

5. Die Verlagerung des Lebensmittelpunktes erst nach Antragstellung

Denkbar ist auch, dass der Schuldner möglichst noch in den Genuss des Insolvenzrechts seines eigenen Heimatstaates kommen möchte. Dies wird etwa dann relevant, wenn er seinen Lebensmittelpunkt tatsächlich in einen anderen Mitgliedstaat verlegen möchte, in dem eine Restschuldbefreiung überhaupt nicht oder unter vergleichsweise strengeren Anforderungen möglich ist. Der Schuldner leitet demzufolge ein Insolvenzverfahren ein und verlagert seinen Lebensmittelpunkt erst danach in einen anderen Mitgliedstaat, entweder unmittelbar nach Antragstellung oder erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Dem Schuldner geht es also darum, diejenige Rechtsordnung zur Anwendung zu bringen, der er zuvor bereits unterworfen war.

6. Die vorgetäuschte Verlagerung des Lebensmittelpunktes

In manchen Fällen verlagert der Schuldner seinen Lebensmittelpunkt nur zum Schein. Er mietet eine Wohnung in einem anderen Staat an, meldet sich dort als Einwohner – soweit dies überhaupt nötig ist – und befindet sich aber überhaupt nicht an diesem Ort. Dem Schuldner geht es nur darum, in den Genuss des ausländischen Insolvenzrechts nebst Restschuldbefreiung zu kommen, ohne die dafür notwendigen Mindestvoraussetzungen *tatsächlich* zu erfüllen. Dazu bedient er sich u.U. weiterer Verschleierungsmittel wie vorhergehender Umzüge innerhalb seines Heimatstaates, um die Gläubiger abzuschütteln. Manche Anbieter, die über das Internet werben, betreuen Mietanwesen und senden die Post umgehend an eine Adresse im Heimatland zurück, nehmen Gerichtstermine als bevollmächtigte Vertreter wahr und sorgen für Quittungen, die eine Lebensführung in diesem Staat nachweisen sollen, obwohl der Schuldner sich praktisch nie dort aufhält¹¹¹. Mit seiner Erklärung, er wohne an der Adresse im Ausland, täuscht der Schuldner bei Antragstellung über die zuständigkeitsbegründenden Tatsachen. Er hat seinen Lebensmittelpunkt nicht in diesen Mitgliedstaat verlagert, er will nur das ihm genehmer erscheinende Verfahren nutzen, um von seinen Verbindlichkeiten befreit zu werden. Die damit verbundenen „Nachteile“ wie den Umzug ins Ausland scheut er und nimmt sie daher gar nicht erst vor.

7. Die vorgetäuschte Nichtverlagerung des Lebensmittelpunktes

Im Einzelfall mag es für den Schuldner vernünftig erscheinen, seinen Lebensmittelpunkt zu verlagern, z. B. zur Lebensführung in einem anderen Mitgliedstaat. Dies

¹¹¹ Vgl. den Fall des AG Köln, Beschl. v. 06.11.2008 – 71 IN 487/07, NZI 2009, 133.

kann wegen eines Arbeitsplatzes wirtschaftlich sinnvoll sein, aber auch aus rein privaten Interessen wie zum Verbringen des Lebensabends in angenehmerem Klima. Allerdings kann es dazu kommen, dass das Zielland keine (attraktive) Restschuldbefreiung bietet und der Schuldner einen zeitlich späteren Umzug nach Erlangung der Restschuldbefreiung nicht abwarten will. Also behauptet er, sein Lebensmittelpunkt liege noch in dem bisherigen Mitgliedstaat, obwohl dies nicht mehr der Fall ist.

8. Begleiterscheinungen einer (vorgetäuschten) Verlagerung des Mittelpunkts der hauptsächlichsten Interessen

Zusätzlich zu den oben dargestellten Vorgängen holen sich die Schuldner oft bei einem Insolvenzberater Rechtsrat ein und lassen die Verlagerung ihres Lebensmittelpunktes sowie das Insolvenzverfahren von diesem vorbereiten und begleiten. Zur Vorbereitung und Durchführung von Insolvenzverfahren im EU-Ausland hat sich eine ganze Beratungsbranche entwickelt¹¹². Dabei wird neben der eigentlichen rechtlichen Beratung auch die Unterstützung bei der Suche der Wohnung, der Wahl des Arbeitsplatzes und bei der Beschaffung von Rechnungen und Quittungen angeboten¹¹³.

Zur möglichst „vermögensschonenden“ Gestaltung des Insolvenzverfahrens werden neben der (angeblichen) Verlagerung des Lebensmittelpunkts als primärem Anknüpfungspunkt für das Insolvenzverfahren vor dem Verfahrensantrag unter Umständen weitere Maßnahmen getroffen. Zu denken ist an Vermögensübertragungen an andere Personen oder die Verlagerung von Sachvermögen in andere Staaten. Dies geschieht in der Absicht, diese Gegenstände der Verwertung im Insolvenzverfahren und damit der Gläubigersamtheit zu entziehen¹¹⁴. Es geht hier weniger um wirtschaftlich relativ unbedeutende Gegenstände und Rechte, sondern vielmehr um besonders werthaltige Vermögensgegenstände, die einen erheblichen Verwertungserlös erwarten lassen.

Weitere Begleiterscheinungen können auch die Abwicklung der Wohnungssuche, die Gründung einer Gesellschaft zur Vermögensreduzierung¹¹⁵, die Weitergabe des Vermögens¹¹⁶ oder die Vermittlung eines Arbeitsplatzes durch einen Berater beinhalten. Zur Begründung eines Lebensmittelpunkts im Ausland werden kleine Wohnungen angemietet, ein Arbeitsverhältnis eingegangen und hieraus verhältnismäßig geringe Einkommen erzielt, selbst wenn der Schuldner genau das tut, was er zuvor als Selbstständiger mit größeren Einnahmen getan hat. Der Großteil des Gewinns hingegen fließt an die Anstellungsgesellschaft, deren Anteile wiederum einer dem Schuld-

112 Hergenröder, DZWIR 2009, 309 (310); Hoffmann, in: Parry (Hrsg.), The reform of international insolvency rules at European and national level, 2011, S. 191 (200); siehe auch Smyth, Financial Times vom 19.12.2011, zu einem solchen Beratungsgespräch.

113 Z. B. AG Köln, Beschl. v. 06.11.2008 – 71 IN 487/07, NZI 2009, 133.

114 Uhlenbruck, in: Schilken (Hrsg.), FS Gerhardt, 2004, S. 979 (997).

115 Mankowski, in: Konecny (Hrsg.), Insolvenz-Forum 2009, 2010, S. 51 (76).

116 So der Rat eines Insolvenzberaters, zitiert bei McDonald, The Guardian vom 27.05.2012.

ner nahestehenden Person gehören¹¹⁷. Auch geben Schuldner eine relativ ertragreiche selbstständige Tätigkeit zugunsten einer abhängigen Beschäftigung gegen geringeres Entgelt auf¹¹⁸.

III. Gründe für den Restschuldbefreiungstourismus – ein Überblick über wirtschaftliche, rechtliche und tatsächliche Rahmenbedingungen

1. Wirtschaftliche Rahmenbedingungen – die Überschuldungssituation

Im Zuge von Wirtschaftskrisen und unternehmerischen Fehlentscheidungen kommt es nicht nur zu vermehrten Insolvenzen von Gesellschaften, sondern auch – und sei es nur infolge einer Krise des Arbeitgebers – zu vermehrten Insolvenzen von natürlichen Personen. Gerade für diese Personen ist die Restschuldbefreiung die Möglichkeit, einen schuldenfreien Neubeginn wagen zu können. Zentraler Anreiz für viele Schuldner, eine Restschuldbefreiung anzustreben, ist ihre beträchtliche Überschuldung. Die Ursachen hierfür sind mannigfaltig: z. B. Arbeitslosigkeit aufgrund der Insolvenz des Arbeitgebers, private Fehlinvestition von Vermögen durch Immobilieninvestition¹¹⁹, ein Lebensstandard über den eigenen wirtschaftlichen Verhältnisse¹²⁰. Auch ist mancher Schuldner durch falsche Beratung in finanzielle Not geraten¹²¹. In diesen Insolvenzverfahren werden erhebliche Personal- und Sachmittel gebunden, so dass Bestrebungen zur Vereinfachung des Verfahrens immer wieder neuen Schub erhalten¹²².

Das Einkommen vieler Schuldner in Deutschland wird in der Folge durch Einzelzwangsvollstreckungsmaßnahmen ihrer Gläubiger auf das vom Pfändungsschutz erfasste Minimum reduziert. Vergleiche und freiwillige Regelungen mit den Banken als Hauptgläubigern scheitern häufig an dem Unwillen der Banken, einen Vergleich zu schließen und Teile ihrer Forderungen abzuschreiben¹²³. Daher bleibt den Schuldner häufig kein anderer Ausweg als das Insolvenzverfahren. Wird ein deutsches Insolvenzverfahren ohne Erteilung der Restschuldbefreiung beendet (etwa wegen eines Obliegenheitsverstößes nach § 296 Abs. 1 InsO), verbleibt den Schuldner wenig Restvermögen, die Gläubiger haben möglicherweise einen sehr lange vollstreckbaren

117 Vgl. den Fall Eichler *High Court of Justice Chancery Division*, Urte. v. 22.06.2007, BPIR 2007, 1636; Mankowski, in: Konecny (Hrsg.), Insolvenz-Forum 2009, 2010, S. 51 (78).

118 *High Court of Justice Chancery Division*, Urte. v. 22.06.2007, BPIR 2007, 1636. Manche Schuldner haben angesichts ihrer Schuldensituation und der berufsrechtlichen Regelung indessen kaum eine andere Wahl, so etwa bei einem Notar im Vermögensverfall BGH, Beschl. v. 15.11.2010 – NotZ 6/10, ZIP 2011, 284.

119 Runkel, ZVI 2007, 45 (45 Fn. 1): 40 und mehr renovierungsbedürftige Wohnungen.

120 Nach Uhlenbruck, DZWIR 2007, 1, ist die Quelle des Konkurses der Kredit, differenzierender Medicus, DZWIR 2007, 221 (221 Fn. 1), der zu Recht auf rechtsgeschäftsunabhängige Ursachen wie Steuern und Delikt verweist.

121 Runkel, ZVI 2007, 45, zu Fällen, in denen Steuersparmodelle angepriesen wurden.

122 Vgl. nur die Kritik bei Uhlenbruck/Vallender, NZI 2009, 1 (8).

123 O'Carroll, The Guardian vom 18.02.2011.

Titel erlangt (vgl. § 201 Abs. 2 InsO und § 197 Abs. 1 Nr. 5 BGB) und die Schuldner sind darüber hinaus nicht von ihren Verbindlichkeiten befreit. Die Schuldner haben deshalb einen starken Anreiz, ein ausländisches Insolvenzverfahren zu betreiben, das mit einer umfassenden Restschuldbefreiung in kurzer Zeit verbunden ist. Da sie dies meist mangels Rechts- und Sachkenntnis allein nicht bewältigen können, werden sie sich qualifizierten Rat suchen.

Die Inanspruchnahme eines Insolvenzberaters zur Durchführung eines Insolvenzverfahrens im Ausland kann leicht mehrere Tausend Euro für die Begleitung durch das gesamte Verfahren kosten¹²⁴. Für Schuldner, die über relativ hohe laufende Einkünfte verfügen, ist dies eine lohnende Investition. Schuldner mit geringen laufenden Einkünften können sich dies praktisch kaum leisten, da die Berater auf Vorkasse bestehen werden, um nicht selbst aufgrund der Restschuldbefreiung ihre Ansprüche auf Beratungshonorar einzubüßen. Obendrein sind „typische“ überschuldete Verbraucher, sollten sie über solche Beträge verfügen können, häufig in der Lage, einen für sie günstigen Vergleich mit den Gläubigern zu schließen und auf diese Art und Weise ganz ohne Insolvenzverfahren von ihren – objektiv relativ geringen – Verbindlichkeiten loszukommen.

Einige Schuldner, insbesondere diejenigen, die sehr hohe Verbindlichkeiten haben¹²⁵, wagen den Schritt ins Ausland. Diese Schuldnergruppe weist häufig drei Merkmale auf, die für diese Entscheidung sprechen. Sie haben ein relativ hohes laufendes Einkommen¹²⁶ und profitieren deshalb erheblich von einer schnellen Restschuldbefreiung. Denn ab diesem Zeitpunkt steht ihnen ihr Einkommen wieder ungeschmälert zur eigenen freien Verfügung. Die relativ kurze „Durststrecke“ des Insolvenzverfahrens ist im Vergleich zum erwarteten längerfristigen Gewinn vernachlässigbar. Der zweite Aspekt hängt damit eng zusammen: Mit den vorhandenen liquiden

124 Smyth, Financial Times vom 19.12.2011. Nach Beck, ZVI 2011, 355 (366) sollen entsprechende Kosten in Höhe von 15.000 £ bis 20.000 £ auf den Schuldner zukommen; May, ZInsO 2012, 165 (166): zwischen 5000 und 17.500 €, je nach Anbieter und Mitgliedstaat; Priebe, ZInsO 2012, 2074 (2075): je nach Aufwand 20.000 bis 30.000 €.

125 Smyth, Financial Times vom 19.12.2011 zu dem Fall eines Milliardärs, der sein COMI von Irland nach Nordirland verlegt hat, sowie zu Schuldnern, deren Verschuldung aus der geplatzten Immobilienblase folgt. BGH, Beschl. v. 14.07.2011 – IX ZB 207/10, ZInsO 2011, 1499: Rund 880.000 € Steuerrückstände; BGH, Beschl. v. 15.11.2010 – NotZ 6/10, ZIP 2011, 284: rund 3,3 Mio. € aus einem Darlehen. *Cour d'appel Colmar*, 31.01.2006 – N° 1 A 05/04431, JurisData 2006-293873: rund 490.000 €; *Cour d'appel Colmar*, 23.05.2006 – N° 1 A 06/00354, JurisData 2006-308441: über 20 Mio. €; *Cour d'appel Colmar*, 31.10.2006 – N° 1 A 06/03078, JurisData 2006-321939: 4,5 Mio. €; *High Court of Justice Chancery Division*, Urt. v. 22.06.2007, BPIR 2007, 1636: rund 200.000 Pfund; *High Court of Justice London*, Beschl. v. 20.12.2006 – No. 9849/02, NZI 2007, 361: rund 94 Mio. US-\$; *Cour d'appel Colmar*, 04.01.2011 – N° 1 A 10/02034, JurisData 2011-001121: mehr als 1 Mio. €. *LG Mannheim*, Beschl. v. 13.01.2009 – 4 T 248/08, BeckRS 2009, 26625: rund 1.150.000 €; *AG Göttingen*, Beschl. v. 10.12.2012 – 74 IN 28/12, NZI 2013, 206: rund 751.000 Pfund; *McDonald*, The Guardian vom 27.05.2012 zu einem Berater, der 55 Schuldner mit einer Gesamtsumme von 1,2 Mrd. € bei der Insolvenz in England beraten haben soll, und zu Hauseigentümern, die durch den Wertverfall der Immobilien in Überschuldung geraten sind; weitere Fälle bei O'Carroll, The Guardian vom 18.02.2011.

126 Vgl. Hergenröder, DZWIR 2009, 309 (311); Walters/Smith, IIR 2010, 181 (186, 193); d'Avoine, NZI 2011, 310 (310) und May, ZInsO 2012, 165 (165). Siehe auch Vallender, VIA 2011, 17 (17); Hoffmann, Journal of Consumer Policy 2012, 461 (462), bezieht sich auf mittelständische Selbständige.

Mitteln ist es den Schuldnern relativ leicht möglich, diejenigen Maßnahmen vorzunehmen, die für eine Restschuldbefreiung im Ausland nötig sind. Dazu gehören zum einen die Kosten für einen – vermeintlichen oder tatsächlichen – Umzug wie auch die Kosten eines professionellen Insolvenzberaters. Die hiermit verbundenen Kosten können viele der ärmeren Schuldner ohne üppiges Einkommen nicht aufbringen.¹²⁷ Das dritte Merkmal ist die vergleichsweise hohe Mobilität zahlreicher Schuldner, die vorhandene Reise- und Kommunikationsmöglichkeiten nutzen können und deren Tätigkeitsbereich einen Wechsel in (qualifizierte) Tätigkeiten im Ausland ermöglicht¹²⁸.

2. Überblick über die rechtlichen Rahmenbedingungen des Schuldner-tourismus

a. Freizügigkeit in Europa

Ein grenzüberschreitendes Insolvenzverfahren ergibt für die Schuldner nur dann Sinn, wenn es ohne unzumutbaren Aufwand betrieben werden kann. Der mit diesem Verfahren verbundene Wechsel des Wohnorts oder der Arbeitsstelle ist in dem von der EU gewährleisteten gemeinsamen Binnenmarkt aufgrund der Freizügigkeit (vgl. Art. 26 AEUV¹²⁹) sehr leicht möglich. Aufwendige Grenzkontrollen sind durch das Schengener Abkommen¹³⁰ weitestgehend obsolet. Die Niederlassungsfreiheit gem. Art. 49 ff. AEUV gestattet es dem EU-Bürger, sich frei in einem der Mitgliedstaaten niederzulassen. Die Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 ff. AEUV ermöglicht es, Leistungen in der EU frei anbieten zu können.

Die hiermit gewährten Freiheitsrechte bieten zusammen mit dem dazugehörigen Sekundärrecht den rechtlichen Rahmen für einen schnellen und unbürokratischen Umzug innerhalb der Mitgliedstaaten. Diese Rechte dienen der Gewährleistung eines gemeinsamen Binnenmarktes und stehen grundsätzlich jedem Bürger zu. Unter anderem ist es hiermit möglich, als Bürger in einem Mitgliedstaat zu leben und seiner beruflichen Tätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat nachzugehen – der klassische Fall des Grenzpendlers, den auch der BGH in seiner oft zitierten Entscheidung¹³¹ vor Augen hatte. Ebenso gut ist es denkbar, sein Rentnerdasein in einem Mitgliedstaat seiner Wahl zu verbringen und die Rentenzahlungen aus einem anderen Mitgliedstaat zu beziehen.

127 Vgl. auch Goslar, NZI 2012, 912 (912).

128 Walters/Smith, IIR 2010, 181 (193).

129 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Fassung aufgrund des am 1.12.2009 in Kraft getretenen Vertrages von Lissabon, ABI. EG Nr. C 115 vom 09.05.2008, S. 47.

130 Schengener Abkommen – Übereinkommen zwischen den Regierungen der Staaten der Benelux-Wirtschaftsunion, der Bundesrepublik Deutschland und der Französischen Republik, betreffend den schrittweisen Abbau der Kontrollen an den gemeinsamen Grenzen vom 14. Juni 1985 (GMBL 1986, S. 79 ff.).

131 BGH, Beschl. v. 18.09.2001 – IX ZB 51/00, NJW 2002, 960.

Den potenziellen Insolvenzschuldern ist folglich eine Verlegung ihres Lebens- und Tätigkeitsmittelpunkts in rechtlich zulässiger Weise im europäischen Binnenmarkt grundsätzlich sehr leicht möglich.

b. Einfacher Wechsel des anzuwendenden Insolvenzrechts

Diese Freizügigkeit ist auch der zentrale Grund für die Beliebtheit eines grenzüberschreitenden Insolvenzverfahrens: die Möglichkeit, die maßgeblichen Anknüpfungskriterien vergleichsweise leicht verändern zu können.

Für das Insolvenzverfahren ist dies von Bedeutung, weil das europäische Insolvenzrecht gem. Art. 3 Abs. 1 EuInsVO die internationale Zuständigkeit für die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens an den Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen des Schuldners anknüpft. Was genau bei natürlichen Personen den Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen ausmacht, ist zum Teil umstritten. Auf die damit verbundenen Detailfragen wird noch einzugehen sein¹³². An dieser Stelle genügt der Hinweis, dass letztlich der tatsächliche Aufenthalt bzw. die selbstständige wirtschaftliche Tätigkeit des Schuldners in einem Mitgliedstaat maßgeblich für die Bestimmung der internationalen Zuständigkeit ist. Und diese Kriterien lassen sich wegen der bereits dargestellten Freiheitsrechte vergleichsweise leicht beeinflussen¹³³.

Mit der internationalen Zuständigkeit für die Verfahrenseröffnung nach Art. 3 Abs. 1 EuInsVO ist zugleich die Anwendung des jeweiligen nationalen Insolvenzrechts gem. Art. 4 Abs. 1 EuInsVO verknüpft. Das international zuständige Gericht entscheidet also nach seinem eigenen nationalen Insolvenzrecht über die Eröffnung und Beendigung des Insolvenzverfahrens – nebst allen Begleiterscheinungen, soweit nicht die Art. 5 ff. EuInsVO etwas anderes bestimmen. Für die hier im Fokus stehende Restschuldbefreiung ist keine Sonderregelung enthalten, sie richtet sich vielmehr ausschließlich nach der *lex fori concursus*, Art. 4 Abs. 2 lit. k EuInsVO¹³⁴.

c. Vereinfachte Anerkennung des Insolvenzverfahrens nebst Restschuldbefreiung

Gelingt es dem Schuldner, ein für ihn günstiges Insolvenzrecht zur Anwendung zu bringen, hat er davon aber nur einen praktischen Nutzen, wenn dieses Insolvenzverfahren nebst Restschuldbefreiung in anderen Staaten anerkannt wird und er auch dort nicht mehr wegen seiner früheren Verbindlichkeiten von seinen (ehemaligen) Gläubigern in Anspruch genommen werden kann.

Bereits 2001 – also vor Inkrafttreten der EuInsVO – hat der BGH ausdrücklich eine französische Entscheidung über die Restschuldbefreiung mit Wirkung für

¹³² Siehe dazu C. II. 3. a.

¹³³ Siehe auch *Walters/Smith*, IIR 2010, 181 (184 ff.).

¹³⁴ *Paulus*, Europäische Insolvenzverordnung, 4. Aufl. (2013), Art. 4 Rn. 34.

Deutschland anerkannt¹³⁵. Mit Inkrafttreten der EuInsVO hat sich die Situation der Schuldner in diesem Kontext noch weiter verbessert. Denn nach Art. 16 und 17 EuInsVO ist die Eröffnung des Insolvenzverfahrens durch das zuständige Gericht grundsätzlich ohne weitere Förmlichkeiten anzuerkennen. Art. 25 Abs. 1 S. 1 EuInsVO ordnet dies auch für die im Zusammenhang mit der Durchführung und Beendigung des Verfahrens ergangenen Entscheidungen an. Die Entscheidung, mit der die Restschuldbefreiung erteilt wird, fällt in den Anwendungsbereich des Art. 25 EuInsVO¹³⁶, soweit sie nicht ausnahmsweise bereits automatisch als Folge der Eröffnungsentscheidung ergeht¹³⁷.

Die einzige Ausnahme von der in den Art. 16, 17 und 25 EuInsVO vorgesehenen Anerkennung ist die Versagung der Anerkennung wegen eines Verstoßes gegen den *ordre public* nach Art. 26 EuInsVO. Die Folge der Anerkennungsvorschriften der Art. 16 und 17 EuInsVO ist die umfassende Anerkennung der Restschuldbefreiung samt ihrer Wirkungen, wie sie nach der *lex fori concursus* vorgesehen sind. Diese Rechtsfolge zu erreichen, ist das Hauptziel der Schuldner.

3. Vorteile ausländischer Insolvenzverfahren aus Sicht des Schuldners

a. Möglichkeit der (rascheren und umfassenderen) Restschuldbefreiung

Die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten sehen zum Teil die Möglichkeit der Restschuldbefreiung oder eines wirkungsgleichen Instituts vor und bieten natürlichen Personen einen Neustart ohne Schulden an. Die Verlagerung des COMI kann mit dem Ziel erfolgen, eine Rechtsordnung zur Anwendung zu bringen, die das Institut der Restschuldbefreiung kennt, während es umgekehrt auch möglich sein kann, dass der Schuldner die ursprüngliche Rechtsordnung beibehalten will, obwohl er sein COMI verlagert hat¹³⁸. Zwischen den einzelnen Rechtsordnungen bestehen erhebliche Unterschiede. In einigen Mitgliedstaaten ist die Restschuldbefreiung an bestimmte berufliche Tätigkeiten oder Ursachen der Schulden gebunden¹³⁹. Andere Mitgliedstaaten haben in ihren Konkurs- und Insolvenzordnungen überhaupt keine Restschuldbefreiung oder ein vergleichbares Institut vorgesehen¹⁴⁰. Aus Sicht des Schuldners bietet es sich deshalb an, das Gefälle der Rechtsordnungen zu seinen Gunsten zu nutzen, um möglichst einfach und unkompliziert in den möglichst umfangreichen Genuss einer Befreiung von seinen Schulden zu kommen und die Chance eines Neu-

135 BGH, Beschl. v. 18.09.2001 – IX ZB 51/00, NJW 2002, 960.

136 Ahrens, LMK 2010, 297035. In diesem Sinne lässt sich auch VG Regensburg, Beschl. v. 17.06.2014 – RO 4 E 14.898, NZI 2014, 782, verstehen.

137 So die *automatic discharge* nach dem englischen Recht, s. 279 IA 1986.

138 Diese Konstellation lag der Entscheidung des EuGH, Urt. v. 17.01.2006 – Rs. C-1/04, Slg. 2006, 701, zugrunde, vgl. etwa die Begründung des Generalanwalts Colomer, EuGH GA Colomer, Schlussanträge vom 06.09.2005 – Rs. C-1/04, Slg. 2006, 701 (I-717).

139 So kann bspw. in Italien nur ein Kaufmann Konkurs anmelden, Art. 1 Abs. 2 Legge Fallimento.

140 Vgl. etwa zu Spanien EuGH GA Colomer, Schlussanträge vom 06.09.2005 – Rs. C-1/04, Slg. 2006, 701 (I-717 Fn. 39).

beginns für sich zu nutzen. Abhängig von der Ausgangssituation des Schuldners und seinen möglichen Handlungsoptionen trifft dieser die Entscheidung für oder gegen einen Umzug in einen anderen Mitgliedstaat. Maßgebend hierfür sind die rechtlichen Vorteile des angestrebten fremden Insolvenzrechts gegenüber dem derzeit anwendbaren Insolvenzrecht.

Gerade die eigentliche Abwicklungszeit des Insolvenzverfahrens nebst der Dauer der Restschuldbefreiungsphase wird für viele Schuldner ausschlaggebend sein. Diese unterschiedlichen Fristen für die Restschuldbefreiung sind gerade die Gründe für die Gestaltungen, die Schuldner vornehmen¹⁴¹. Denn je kürzer diese Zeit ausfällt, desto früher erhält der Schuldner seinen „fresh start“ und kann wieder aktiv am Wirtschaftsleben teilnehmen und umfassend selbst von den Früchten seiner Arbeit profitieren. Während in Deutschland die Restschuldbefreiung derzeit grundsätzlich erst nach einer sechsjährigen Wohlverhaltensperiode ausgesprochen werden kann¹⁴², dauert das gesamte Verfahren in England bis zur *automatic discharge* gem. s. 279 Abs. 1 IA 1986 im Regelfall gerade ein Jahr – und es kann gem. s. 279 Abs. 2 IA 1986 sogar noch verkürzt werden. In Österreich beträgt die Verfahrensdauer gem. Art. 213 Abs. 1, 199 Abs. 1 IO¹⁴³ sieben bzw. bei Erfüllung einer Quote drei Jahre. Das andere Extrem stellte bis zur Reform durch s. 157 des Personal Bankruptcy Act 2012 das irische Recht mit einer Verfahrensdauer von fünf Jahren bei Erfüllung einer Quote und von zwölf (!) Jahren bei Durchlaufen des regulären Verfahrens dar. Andere Mitgliedstaaten kennen eine Restschuldbefreiung überhaupt nicht. Für manchen Schuldner kann auch eine Rolle spielen, dass er beträchtliche Verbindlichkeiten aus deliktischen Ereignissen hat. Während nach deutschem Recht Verbindlichkeiten aus einer vorsätzlichen unerlaubten Handlung nach § 302 Nr. 1 InsO nicht von der Restschuldbefreiung erfasst sind, wenn diese unter Nennung dieses Schuldgrunds angemeldet sind, werden bestimmte Schadenersatzansprüche aus Delikten in England von der *discharge* erfasst, andere hingegen nicht; s. 281 Abs. 3 ff. IA 1986 differenzieren hierbei: So werden Forderungen aus täuschen-dem Verhalten nicht von der *discharge* erfasst, ebenso bestimmte Schadenersatzforderungen wegen fahrlässiger Körperverletzung, andere Forderungen können aber von der *discharge* erfasst werden. Die „Sanktionierung“ eines „unredlichen“ Schuldners erfolgt über *bankruptcy restriction orders* (BRO), die dem Schuldner Beschränkungen auferlegen. Aus wirtschaftlicher Sicht mag sich dies für manchen Schuldner dennoch als vergleichsweise vorteilhaft darstellen, insbesondere weil die BRO sich zum Teil auf Folgen beziehen, die einem Ausländer keinen erheblichen Nachteil bringen (z. B. Beschränkungen des Wahlrechts nach s. 426A IA 1986). Gerade diese nicht vereinheitlichten Vorschriften bieten einen erheblichen Anreiz für den Schuldner, sein COMI zu wechseln¹⁴⁴.

141 Ausführlich etwa Schulte; vgl. auch Klöhn, KTS 2006, 259 (260); Mankowski, KTS 2011, 185 (199) und Weller, in: Kronke/Thorn (Hrsg.), FS von Hoffmann, 2012, S. 513 (520).

142 Zu den Reformen und den damit verbundenen Auswirkungen siehe unten B. III. 4. b.

143 Bundesgesetz über das Insolvenzverfahren (Insolvenzordnung – IO) BGBl. I Nr. 111/2010.

144 Vgl. nur Walters/Smith, IIR 2010, 181 (186 f.).

b. Zugang zum Gericht, Verfahrenssprache und -kosten

Häufig anzutreffende Gründe für ein *forum shopping* bei Klägern in regulären streitigen Verfahren sind z. B. die Nähe des Gerichts, die Amtssprache und die Verfahrenskosten¹⁴⁵. Bei Klagen ergibt sich daraus ohne Weiteres ein stimmiges Bild: Es ist günstiger für den Kläger, wenn er wegen der Nähe des Gerichts einen geringeren eigenen Aufwand betreiben muss. Er beherrscht die Amtssprache des Gerichts. Bisweilen ist auch der Prozess wegen der damit verbundenen Verfahrenskosten (z. B. wegen der Vorleistung geringerer Gerichtskosten) günstiger, für den Beklagten hingegen aufwendiger¹⁴⁶.

Bei Schuldnern, die im Zusammenhang mit ihrem Insolvenzverfahren ein *forum shopping* betreiben wollen, werden diese Faktoren in anderer Art beeinflusst. Selbst höhere Verfahrenskosten fallen angesichts einer deutlich günstigeren Regelung zur Restschuldbefreiung wirtschaftlich für den Schuldner letztlich nicht ins Gewicht. Denn die höheren Kosten reduzieren die Masse, die den Gläubigern zur Verfügung steht. Dass der Schuldner deswegen aber eine höhere Leistung zu erbringen hätte, ist nur der Fall, wenn die Restschuldbefreiung nach der *lex fori concursus* von einer Mindestbefriedigungsquote abhängt oder er – ggf. auch nach Abschluss des Verfahrens – die Kosten gesondert zu begleichen hat. Ist dies nicht notwendig, gehen die Verfahrenskosten letztlich zulasten der zur Befriedigung der Gläubiger verfügbaren Masse, und der Schuldner muss dies nicht zusätzlich ausgleichen. Die Nähe des Gerichtsstandorts ist mit dem Umzug in einen anderen Mitgliedstaat sogleich gewährleistet, in Insolvenzverfahren sind nämlich in der Regel ohnehin wegen der damit verbundenen Sachnähe in den jeweiligen Verfahrensordnungen entsprechende Zuständigkeitsvorschriften vorgesehen¹⁴⁷. Und mit der Nähe des Gerichts im neuen Mitgliedstaat zum Schuldner ist häufig zugleich ein weiterer Faktor erreicht: die Ferne des Gerichts für die (meisten) Gläubiger, denen damit die Geltendmachung ihrer Rechte zudem durch die fremde Verfahrenssprache und Verfahrensordnung praktisch erschwert wird¹⁴⁸. Insbesondere Kleingläubiger werden u.U. davon abgehalten, ihre Forderungen durchzusetzen, weil ihnen die Ressourcen dazu fehlen, um ihre Rechte auch im Ausland durchzusetzen¹⁴⁹.

Für den Schuldner ist der Gang ins Ausland aber nicht völlig problemlos. Die Verfahrenssprache kann sich für den Schuldner zum Problem entwickeln, zumal er verfahrensrelevante Dokumente in einer für ihn möglicherweise fremden Sprache einreichen muss¹⁵⁰. Auch mangelnde Kenntnis der *lex fori concursus* kann unerwartete Folgen haben, weil Verstöße gegen Pflichten sanktioniert werden. Welche Verstöße derart gravierende Folgen haben, ist dem Schuldner aber unter Umständen gar

145 Zum europäischen Zivilprozessrecht *McGuire*, ZfRV 2005, 83 (87); *Mäsch*, IPRax 2005, 509 (510); *Sander/Breßler*, ZJP 122 (2009), 157 (161).

146 *Sander/Breßler*, ZJP 122 (2009), 157 (161).

147 Zum deutschen Recht etwa § 3 InsO.

148 *Wimmer*, ZInsO 2005, 119 (121).

149 *Adam*, S. 104; *Hergenröder*, DZWIR 2009, 309 (311); siehe auch *Reuß*, S. 13 Fn. 41.

150 Vgl. *Dimmling*, ZInsO 2007, 1198 (1201).

nicht bekannt. So wird bspw. das Mieten eines möblierten Hauses als (unerlaubte) Darlehensnahme des Schuldners während eines englischen *Bankruptcy*-Verfahrens angesehen¹⁵¹.

Die fehlende Kenntnis des Schuldners des jeweiligen Rechts lässt sich über Berater ebenso ausgleichen wie die fehlenden Sprachkenntnisse des Schuldners. Nicht umsonst werden die Angebote bisweilen auch mit diesen Leistungen beworben. Das Sprachproblem gerät hingegen häufig den Gläubigern zum Nachteil. Sie müssen sich mit einer neuen Rechtsordnung und unbekannten Gepflogenheiten auseinandersetzen und dafür in aller Regel Rechtsrat einholen. Gerade für kleinere Gläubiger ist dies ein enormer Zusatzaufwand. Nach Art. 40 EuInsVO sind die bekannten Gläubiger zwar von der Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu unterrichten. Nach Art. 42 Abs. 1 S. 2 EuInsVO ist das Formblatt mit einer in sämtlichen Amtssprachen der Organe der Europäischen Union gehaltenen Formulierung („Aufforderung zur Anmeldung einer Forderung. Etwaige Fristen beachten!“) überschrieben. Des Weiteren kann der in der EU ansässige Gläubiger nach Art. 42 Abs. 2 S. 1 EuInsVO die Anmeldung auch in der Sprache desjenigen Mitgliedstaates vornehmen, in dem er seinen gewöhnlichen Aufenthalt, Wohnsitz oder Sitz hat, wenn er gem. Art. 42 Abs. 2 S. 2 EuInsVO die Überschrift „Anmeldung einer Forderung“ in der Sprache des Mitgliedstaates der Verfahrenseröffnung voranstellt. Die eigentlichen Probleme der Gläubiger ergeben sich aus der schwierigen Kenntniserlangung vom Verfahren sowie aus dem nicht vertrauten rechtlichen Instrumentarium zur Beteiligung und (Mit-)Gestaltung des Verfahrens – etwa durch Sachvortrag vor Verfahrenseröffnung oder Einlegung von Rechtsmitteln, um die Durchführung des Verfahrens unter einer aus seiner Sicht „falschen“ Verfahrensordnung oder um zumindest die Erteilung einer Restschuldbefreiung zu vermeiden.

Die Unterrichtungspflicht nach Art. 40 EuInsVO kann jedoch nur dann Sinn ergeben, wenn der Schuldner die Gläubiger auch benennt oder diese dem Verwalter sonst bekannt sind. Dies kann bspw. durch seine Geschäftsunterlagen möglich sein. Sind diese jedoch unvollständig oder nicht vorhanden, ist die Auskunft des Schuldners notwendig. Verletzt dieser jedoch seine Auskunftspflicht, indem er schweigt und einzelne Gläubiger nicht benennt, ist die Chance gering, dass diese Gläubiger ihre Rechte rechtzeitig geltend machen können¹⁵². Eine ganz andere Frage ist es, welche Konsequenzen diese Unehrlichkeit für den Schuldner hat. Zu denken ist an die Versagung der Restschuldbefreiung (in Deutschland nach § 290 Abs. 1 Nr. 5 InsO), wenn der Gläubiger sich doch noch rechtzeitig meldet, oder an die Aufhebung einer bereits ergangenen Entscheidung über die Restschuldbefreiung und nicht zuletzt an die Strafbarkeit wegen Betrugs oder sonstiger, vom jeweiligen nationalen Recht vorgesehener Straftaten.

Mit der Auslandsinsolvenz ergeben sich demnach erhebliche Nachteile für die Gläubiger, z. B. bei der Forderungsanmeldung, wegen der räumlichen Entfernung und der unbekannten Insolvenzsysteme sowie wegen der Umgehung von Haftungs-

151 Dimmling, ZInsO 2007, 1198 (1201), m. w. N.

152 Zur rein deutschen Rechtslage siehe z. B. Vallender, ZIP 2000, 1288.

vorschriften¹⁵³. Das „eigene“ nationale Insolvenzrecht ist für die Gläubiger schon kompliziert, aber die Kombination mit der EuInsVO und der neuen lex fori concursus wird den kleinen und mittelständischen Gläubiger und auch viele größere Unternehmen vor große Verständnisprobleme stellen. Er wird daher seine Interessen nur mit großem Aufwand und unsicherer Aussicht schützen können. Im Extremfall müssten die Gläubiger den Schuldner durch Europa verfolgen¹⁵⁴. Was sich wirtschaftlich für Gläubiger noch lohnen mag, die ein erhebliches wirtschaftliches Interesse haben und/oder über die entsprechenden Ressourcen verfügen, um dem Schuldner zu folgen, stellt Kleingläubiger vor schier unlösbare Probleme. Unter diesen Umständen werden die Kleingläubiger häufig auf die Geltendmachung ihrer Forderung verzichten¹⁵⁵. Gerade dies macht sich der Schuldner zunutze, um von einer geringeren Passivmasse profitieren zu können. Dies spielt etwa in Österreich eine Rolle, wo zur Erteilung der Restschuldbefreiung bestimmte Mindestquoten eingehalten werden müssen¹⁵⁶.

Darüber hinaus kann die Restschuldbefreiung auch nicht angemeldete Forderungen erfassen (vgl. § 301 Abs. 1 S. 2 InsO), und sie kann sogar „privilegierte“ Forderungen betreffen (wie in Deutschland Forderungen aus vorsätzlicher unerlaubter Handlung, die nicht angemeldet wurden). Wenn der Schuldner eine Mindestquote zu erfüllen hat, ist aus seiner Sicht eine Verringerung der Passiva wegen fehlender Anmeldung ebenfalls von Vorteil. Von diesen praktischen Problemen kann der Schuldner – zunächst – wiederum profitieren. Ob und wie er lange von diesem Vorteil profitieren kann, wenn er bewusst im Verfahren manipuliert, ist eine andere Frage¹⁵⁷.

c. Günstigerer Umfang des vom Insolvenzbeschluss freien Vermögens

Ein weiterer Grund, einen Wechsel des anwendbaren Insolvenzrechts zu erreichen, findet sich in den Vorschriften über den Insolvenzbeschluss, die sich gem. Art. 4 Abs. 2 S. 2 lit. b EuInsVO nach der lex fori concursus bestimmen. Nach deutschem Recht ist der Insolvenzbeschluss nach § 35 Abs. 1 InsO auf das gesamte Vermögen, das dem Schuldner zur Zeit des Verfahrens gehört, und auf das, was er während des Verfahrens erlangt, erstreckt. Auch das Vermögen aus einer selbstständigen Tätigkeit ist vom Insolvenzbeschluss erfasst, wenn der Insolvenzverwalter die Zugehörigkeit zur Insolvenzmasse erklärt, § 35 Abs. 2 S. 1 InsO. Ausgenommen vom Insolvenzbeschluss sind gem. § 36 Abs. 1 S. 1 und S. 2 InsO jedoch Gegenstände, die nicht der Zwangsvollstreckung unterliegen. Einschränkungen finden sich in § 36 Abs. 2 InsO.

153 Bode, S. 51.

154 Wiedemann, ZInsO 2007, 1009 (1016).

155 Ebenso Vallender, KTS 2005, 283 (300); Oberhammer, ZInsO 2004, 761 (763); Kindler, IPRax 2006, 114 (115); Wiedemann, ZInsO 2007, 1009 (1016)

156 Siehe zu den Quoten und den Gründen für eine Billigkeitsentscheidung bei nicht erfüllter Quote kurz Nunner-Krautgasser/Anzenberger, ZInsO 2012, 2359 (2366 f.).

157 Dazu mehr unter E. I.

In anderen Mitgliedstaaten unterscheidet sich die Ausgestaltung des pfändungsfreien Vermögens zum Teil erheblich, wobei sich unter anderem die Frage stellt, auf welche Rechtsordnung für die Berechnung der dem Insolvenzbeschlagn unterfallenden Gehaltsanteile bei grenzüberschreitender Tätigkeit abzustellen ist: *lex fori concursus* oder *lex loci*¹⁵⁸. Vergleichbares gilt für den Schutz von Kapitalanlagen in Form der kapitalbildenden Lebensversicherung, der Verwertung des Eigenheims usw. In Irland kann bspw. die Pension eines Insolvenzschuldners verloren gehen, in England ist dies dagegen nur sehr eingeschränkt möglich¹⁵⁹.

Dementsprechend kann der Schuldner einen gewissen Anteil seines Vermögens, insbesondere Versorgungsansparungen, vor der Insolvenz „retten“ und verhindern, dass der Insolvenzverwalter darauf zugreift. Gleichwohl wird dies für viele Schuldner, die zu „Touristen“ werden, selten der stärkste Anreiz werden. Denn Schuldner, die über gute Erwerbsaussichten verfügen, werden sich in der Regel nicht von einem in absoluten Zahlen geringfügig größeren Selbstbehalt beeinflussen lassen. Wirtschaftlich stehen sie mittel- und langfristig erheblich besser, wenn ihnen nach einer kurzen Zeit ihr ganzes Einkommen wieder allein zur Verfügung steht und sie wieder ein Vermögen aufbauen können. Viel interessanter sind für den Schuldner demzufolge die schnellere Restschuldbefreiung und der Schutz der bisher erworbenen Rentenansparungen.

d. Günstigere Anfechtungssituation bei Vermögensverschiebungen

Im Zusammenhang mit den Begleiterscheinungen sind bereits die im Vorfeld des Verfahrens vorgenommenen Vermögensverschiebungen angesprochen worden. Nach Art. 4 Abs. 2 lit. m EuInsVO gelten die Anfechtungsvorschriften des Insolvenzstatuts. Die Wahl eines Insolvenzstatuts mit entsprechend kurzen Anfechtungszeiten kann die Anfechtbarkeit zahlreicher Rechtsgeschäfte ausschließen. Dem Schuldner ist es also unter Umständen möglich, im Vorfeld sein Vermögen gezielt zu verringern und diese Übertragung anfechtungsfest nach der (zukünftigen) *lex fori concursus* abzusichern, indem er sein Insolvenzverfahren bis zur Unanfechtbarkeit verzögert. Damit kann der Schuldner z. B. nahestehenden Personen anfechtungsfest Vermögen verschaffen und damit den Gläubigern entziehen¹⁶⁰. Darüber hinaus kann der Anfechtungsgegner für

158 Exemplarisch *Griedl/Mack*, ZInsO 2007, 558 (559), die auf das Recht des Arbeitsortes abstellen, um den ausländischen Arbeitgeber nicht mit der Prüfung der Pfändungsgrenze nach einer ihm unbekannten Rechtsordnung zu überlasten, siehe auch *AG Passau*, Urt. v. 15.01.2009 – 15 C 1980/08, NZI 2009, 820 und *AG München*, Beschl. v. 23.06.2010 – 1504 IK 600/10, NZI 2010, 664. Anders *LG Traunstein*, Beschl. v. 03.02.2009 – 4 T 263/09, NZI 2009, 818, und *LG Passau*, Schlussurt. v. 16.01.2014 – 1 O 721/13, NZI 2014, 1019 m. zust. Anm. *Mankowski*, NZI 2014, 1020, die auf die *lex fori concursus* abstellen. Ebenso *Hergenröder*, EuZA 2013, 512 (525 f.), unter Berufung auf Art. 45 AEUV. Zu den verschiedenen Lösungsansätzen differenzierend und ausführlich *Reisenhofer*, in: *Clavora/Garber* (Hrsg.), 2011, S. 157, vgl. auch *Paulick/Simon*, ZInsO 2009, 1933; *Hergenröder*, DZWIR 2009, 309 (317) und *Mankowski*, NZI 2009, 785.

159 Vgl. *Reilly*, Independent.ie vom 13.11.2011.

160 Vgl. den Rat des bei *McDonald*, The Guardian vom 27.05.2012, zitierten Insolvenzberaters.

den Fall, dass der Insolvenzverwalter doch nach der *lex fori concursus* eine Anfechtung durchführen kann, die Einwendung des Art. 13 EuInsVO entgegenhalten¹⁶¹. Die Vorschrift dient dem Vertrauensschutz des Empfängers einer Leistung des Schuldners¹⁶². Dies dient dem Ausgleich dafür, dass die Vertragspartner nicht unbedingt wissen, wann und wo ein Insolvenzverfahren – etwa nach ausländischem Recht – eröffnet wird¹⁶³. Ein Rechtsgeschäft ist nach dieser Vorschrift nur dann anfechtbar, wenn es auch nach dem auf das Rechtsgeschäft anwendbaren Recht unwirksam ist. Dabei bezieht sich die Einrede des Art. 13 EuInsVO auch auf Verjährungs-, Anfechtungs- und Ausschlussfristen des Wirkungsstatuts¹⁶⁴. Der Schuldner macht sich dabei die Komplexität zweier nicht aufeinander abgestimmter Anfechtungssysteme zunutze, die auf die sonstigen materiell-rechtlichen Wirksamkeitsfragen der jeweiligen nationalen Rechtsordnung zugeschnitten sind. Was nach der *lex fori concursus* angreifbar sein mag, muss dies nach der für den Übertragungsakt anwendbaren Rechtsordnung noch lange nicht sein. Neben den divergierenden Unwirksamkeitsgründen des bürgerlichen Rechts wird die Lage im eigentlichen Insolvenzanfechtungsrecht aus Sicht der Gläubiger nicht besser. „Die Feinheiten etwa des deutschen Anfechtungsrechts haben vor ausländischen Gerichten oft wenig Aussicht auf korrekte Anwendung, weil sie dort einfach kaum verstanden werden.“¹⁶⁵ Letzten Endes setzt sich das „anfechtungsfeindlichste“¹⁶⁶ Recht durch. Die hieraus entstehenden Gefahren für die Gläubigergemeinschaft ist die Verringerung der Insolvenzmasse¹⁶⁷ zugunsten dem Schuldner nahestehender Personen.

e. Geringere „Makelwirkung“ des Verfahrens

Vielen Schuldnern geht es bei der Insolvenz im Ausland nicht nur um die Bereinigung ihrer wirtschaftlichen Situation. Ihnen geht es auch darum, den mit der Insolvenz verbundenen gesellschaftlichen „Makel“¹⁶⁸ des wirtschaftlichen Scheiterns zu

161 Ausführlich dazu z. B. *Prager/Keller*, NZI 2011, 697; *Stürner/Fix*, in: *Flitsch* (Hrsg.), 2011, S. 833.

162 *Huber*, ZZP 114 (2001), 133 (165); *Niggemann/Blenske*, NZI 2003, 471 (478); *Huber*, in: *Lorenz* (Hrsg.), FS Heldrich, 2005, S. 695 (697); *Prager/Keller*, NZI 2011, 697 (698); *Stürner/Fix*, in: *Flitsch* (Hrsg.), 2011, S. 833 (838). Zum EuInsVO bereits *Virgos/Schmit*, in: *Stoll* (Hrsg.), Vorschläge und Gutachten zum EuInsÜ, 1997, Nr. 138.

163 *Huber*, in: *Lorenz* (Hrsg.), FS Heldrich, 2005, S. 695 (697).

164 *EuGH GA Colomer*, Schlussanträge v. 27.11.2014 – C-557/13, ZInsO 2015, 248 (252); vgl. auch die Vorlagefrage des BGH, Beschl. v. 10.10.2013 – IX ZR 265/12, ZIP 2013, 2167, m. Anm. *Cranshaw*, jurisPR-InsR 23/2013, Anm. 1.

165 *Oberhammer*, KTS 2009, 27 (44). Ähnlich in Bezug auf gesellschaftsrechtliche Haftungsfragen *Weller*, ZIP 2009, 2029 (2032).

166 *Leible/Staudinger*, KTS 2000, 533 (557); *Kodek*, in: *Kodek/Konecny* (Hrsg.), Insolvenz-Forum 2007, 2008, S. 207 (220), m. w. N.; *Prager/Keller*, NZI 2011, 697 (698).

167 *Mankowski*, ZIP 2010, 1376 (1376).

168 Zum „Makel des Konkurses“ vgl. *Gerhardt*, in: *Pawlowski/Wieacker* (Hrsg.), FS Michaelis, 1972, S. 100; *Uhlenbruck*, in: *Schilken* (Hrsg.), FS Gerhardt, 2004, S. 979; *Becker*, KTS 2008, 3; *Paulus*, JZ 2009, 1148; *Thole*, JZ 2011, 765. Vgl. auch *Gottwald*, NZI 2002, Heft 8 – Editorial, der darauf verweist, dass für den „Kaufmann alten Stils“ der Konkurs dem bürgerlichen Tod gleichstehe.

verdecken. Der Schuldner ist wirtschaftlich gescheitert, er ist ein „Bancerottierer“¹⁶⁹, der Schuldner fürchtet um seinen guten Namen¹⁷⁰. Der ehrenrührige Makel des Bankrotts wurde zwar in der Insolvenzordnung durch ein Verfahren ersetzt, das dem redlichen Schuldner die Wiedereingliederung in den Markt ermöglicht¹⁷¹. Dennoch wird dem Schuldner ein sozialer Makel angelastet, ohne dass zwischen einer selbst verschuldeten Insolvenz und einer unverschuldeten, möglicherweise von Schicksalsschlägen verursachten Insolvenz unterschieden würde¹⁷². Gerade diesen persönlichen Makel möchten die meisten Schuldner vermeiden, indem sie möglichst nichts von ihrer Insolvenz in ihrem sozialen Umfeld verlautbaren lassen. Während dem deutschen Insolvenzrecht normativ ein Makel bei unverschuldeter Insolvenz fehlt und bei erheblichem vorwerfbar Fehlverhalten Sanktionen greifen¹⁷³, wird dies im sozialen Umfeld des Schuldners nicht unbedingt derart rational betrachtet¹⁷⁴. Diesem sozialen Umfeld wird häufig die Kenntnis der genauen Zusammenhänge der wirtschaftlichen Probleme des Schuldners fehlen. Dass die Insolvenzordnung gescheiterten Schuldnern helfen soll, ist zwar bekannt, aber dem Schuldner haftet dennoch typischerweise ein Makel an, z. B. fachliche Untauglichkeit¹⁷⁵. Ein solcher Vorwurf kann aber allenfalls für unmittelbar wirtschaftsbezogene Berufe wie Wirtschaftsprüfer und Kaufleute Geltung haben. Denn ein Arzt wird *fachlich* seinen Patienten nicht schlechter oder besser wegen seiner wirtschaftlichen Schwierigkeiten behandeln¹⁷⁶, wenn er sich wegen einer Fehlspekulation um sein Privatvermögen gebracht hat.

Im Gegensatz dazu ist ein Gang ins Ausland vergleichsweise anonym und daher im bisherigen privaten und beruflichen Umfeld des Schuldners nicht mit dem „sozialen Stigma“ der Insolvenz verbunden¹⁷⁷. Bei einem im Heimatstaat des Schuldners durchgeführten Insolvenzverfahren ist Anonymität kaum zu gewährleisten, da hiermit notwendigerweise eine gewisse Publizität einhergeht. Um gerade dieses Bekanntwerden und den damit einhergehenden Prestigeverlust im beruflichen und privaten Umfeld zu vermeiden, bietet sich ein Wechsel des Wohnorts an. Es ist leichter zu begründen, eine – überschaubare – Zeit „berufsbedingt ins Ausland zu ziehen“ und kaum erreichbar zu sein, als innerhalb des Heimatstaates umzuziehen. Kombiniert mit der Vermeidung berufsbezogener Verbindungen (z. B. frühzeitige Rückgabe der

169 Becker, KTS 2008, 3.

170 Heneweer, S. 13.

171 Becker, KTS 2008, 3 (3 f.).

172 Vgl. Gerhardt, in: Pawlowski/Wieacker (Hrsg.), FS Michaelis, 1972, S. 100 (114 ff.).

173 Gerhardt, in: Pawlowski/Wieacker (Hrsg.), FS Michaelis, 1972, S. 100 (116 f.); Uhlenbruck, Schilken (Hrsg.), FS Gerhardt, 2004, S. 979 (989); Becker, KTS 2008, 3 (4, 19); vgl. auch Thole, JZ 2011, 765 (771).

174 Vgl. Konecny, NZI 2008, 416 (416).

175 Uhlenbruck, in: Schilken (Hrsg.), FS Gerhardt, 2004, S. 979 (995).

176 Dies entspricht der englischen Herangehensweise bei zahlreichen Berufen, vgl. Tate/Katz, *Insolv. Int.* 2002, 57 und Tate/Katz, *Insolv. Int.* 2002, 65.

177 O'Carroll, *The Guardian* vom 18.02.2011; Dimmling, *ZInsO* 2007, 1198 (1200). Wessels, *ILR* 2014, 310 (319). Dass dieses „Stigma“ auch heute noch besteht, nahm die Justizministerin gerade zum Grund für Reformen, vgl. Leutheusser-Schnarrenberger, *NZI-aktuell*, VII (IX).

Zulassung zur Anwaltschaft)¹⁷⁸, ist es möglich, ein Bekanntwerden der Insolvenz bei Stellen zu vermeiden, die dies als Anlass nehmen könnten, ihrerseits tätig zu werden und dauerhafte berufsrechtliche Konsequenzen einzuleiten.

f. Vermeidung von Schwierigkeiten mit dem Berufsrecht

Neben den praktischen Problemen der Abwicklung der Insolvenz eines (ehemals) freiberuflich tätigen Schuldners¹⁷⁹ stellt sich aus Sicht des Schuldners die Frage nach seiner weiteren Tätigkeit, um seinen Erwerbsobliegenheiten nachkommen zu können. Bereits im Vorfeld der Insolvenz haben die Schuldner typischerweise erhebliche wirtschaftliche Probleme. Freiberufler mit berufsrechtlich zulassungspflichtigen Tätigkeiten verlieren regelmäßig ihre Zulassung, wenn sie in Vermögensverfall geraten. Entsprechende Entziehungsgründe sind z. B. in § 14 Abs. 2 Nr. 7 BRAO¹⁸⁰, 50 Abs. 1 Nr. 6 BNotO¹⁸¹ geregelt. Selbst bei geringen Forderungen ist der Widerruf der Zulassung möglich¹⁸², sodass dem Schuldner die Möglichkeit entzogen wird, mit dieser vergleichsweise einträglichen Tätigkeit seinen Lebensunterhalt zu bestreiten. Die Lage ist im Insolvenzverfahren besonders misslich, da der Schuldner gerade die Möglichkeit verliert, in seinem erlernten Beruf zu wirtschaften und mit den Einnahmen die Gläubiger zu befriedigen¹⁸³. Auch aus diesem Grund ist es für viele Schuldner sinnvoll, ein Arrangement zu treffen, das ihnen ermöglicht, als Arbeitnehmer eine Tätigkeit im erlernten Beruf mit entsprechend guten Erwerbsaussichten auszuüben. Ist der Schuldner dann als Arbeitnehmer tätig, kann der Wechsel von selbstständiger zu unselbstständiger Tätigkeit schon dazu führen, dass der Schuldner seinen COMI wechselt (abhängig vom Ort, an dem der Schuldner seine bisherige berufliche Tätigkeit ausgeübt hat)¹⁸⁴. Der Gang ins Ausland ist hingegen in solchen Berufen nicht ganz risikolos. So hat der BGH in einem Fall gerade in dem in concreto bedenklichen Umzug ins Ausland einen Pflichtverstoß des Schuldners, eines Notars, gesehen und die sofort vollziehbare Amtsenthebung gebilligt, weil das Gericht – für den Notar erkennbar – international nicht zuständig war und er gegenüber dem Gericht falsche Angaben gemacht hatte¹⁸⁵.

Am Beispiel des Rechtsanwalts sollen Gestaltungsmöglichkeiten näher illustriert werden. Die Zulassung des Rechtsanwalts kann gem. § 14 Abs. 2 Nr. 7 BRAO wider-

178 Siehe zu einem Notar, der kurzerhand nach England verzog und dessen Bestellung widerrufen wurde BGH, Beschl. v. 26.10.2009 – NotZ 8/09, NJOZ 2010, 230.

179 Zu diesen Problemen etwa Runkel, ZVI 2007, 45; Schildt, S. 116 ff.; spezifisch zur Verwertung einer Arztpraxis Zwill/Mai/Eckardt u. a. Rn. 367 ff.

180 Bundesrechtsanwaltsordnung v. 01.08.1959, zuletzt geändert durch Art. 8 G v. 6.12.2011, BGBl. I, S. 2515.

181 Bundesnotarordnung (BNotO) v. 13.02.1937, zuletzt geändert durch Art. 15 G v. 6.12.2011, BGBl. I, S. 2515.

182 BGH, Beschl. v. 17.09.2007 – AnwZ (B) 75/06, - juris.

183 Vgl. Hess/Röpke, NZI 2003, 223 (233).

184 Dazu mehr unter C. II. 3. a. bb.

185 BGH, Beschl. v. 15.11.2010 – NotZ 6/10, ZIP 2011, 284 (286).

rufen werden, wenn er in Vermögensverfall geraten ist. Gemäß § 14 Abs. 2 Nr. 7 Hs. 2 BRAO wird der Vermögensverfall u. a. dann vermutet, wenn das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Rechtsanwalts eröffnet wird. Hinter der Entziehung der Zulassung steht das Ziel, die Gefährdung des Mandanten zu vermeiden, weil der Rechtsanwalt bspw. Zugriff auf Fremdgelder hat und die Gefahr der Veruntreuung besteht¹⁸⁶. Damit führt ein Vermögensverfall letztlich zu einem Verlust der Zulassung zur Anwaltschaft und folglich zu einem Verlust der relativ guten Verdienstmöglichkeit und Existenzgrundlage als Anwalt¹⁸⁷. Dies wiederum führt zu geringeren Befriedigungsaussichten für die Gläubiger. Denn die Eröffnung des Insolvenzverfahrens führt nicht zu geordneten wirtschaftlichen Verhältnissen¹⁸⁸, selbst bei Eigenverwaltung¹⁸⁹. Denn trotz Einleitung des Insolvenzverfahrens könnten die Interessen der Rechtsuchenden wegen des Umgangs des Rechtsanwalts mit Fremdgeldern nach wie vor gefährdet sein¹⁹⁰.

Der Widerruf der Zulassung für den Fall des Vermögensverfalls ist daher als Regelfall vorgesehen, kann aber ausnahmsweise unterbleiben, wenn eine Gefährdung der Interessen der Rechtssuchenden nicht zu befürchten ist¹⁹¹. Eine solche Ausnahme kommt bei einem selbstständigen Rechtsanwalt wegen der aufgezeigten Gefahren grundsätzlich nicht in Betracht. Es kann jedoch genügen, wenn der Rechtsanwalt als angestellter Anwalt beschäftigt ist. Das bloße Anstellungsverhältnis reicht aber nicht aus. Vielmehr ist Voraussetzung, dass er keinen Zugriff auf Fremdgelder hat und keine Abrechnungen vornimmt bzw. keinen Zugriff auf die Konten hat¹⁹². Dies ist dann der Fall, wenn sich der Schuldner als Anwalt in einer größeren Kanzlei vertraglichen Regelungen unterworfen hat, die einen Kontakt mit Mandantengeldern ausschließen¹⁹³. Dazu gehört etwa, dass er die Mandate für die Sozietät betreut und keine eige-

186 Schmittmann, VIA 2011, 71 (72). Zu Steuerberatern BFH, Beschl. v. 10.04.2006 – VII B 232/05, BFH/NV 2006, 1520.

187 Schmittmann, NJW 2002, 182 (185); Römermann, AnwBl 2007, 715 (715); Schmittmann, VIA 2011, 71 (72); vgl. auch Hess/Röpke, NZI 2003, 223 (233 ff.). Kritisch zu der sehr weitreichenden Rechtsprechung Klose, BRAK-Mitt. 2010, 6, der auch bei freigegebener Zulassung die Gefährdung der Mandanteninteressen im Einzelfall als ausgeschlossen sieht.

188 Schmittmann, VIA 2011, 71 (72).

189 BGH, Beschl. v. 18.07.2011 – AnwZ (B) 28/10, ZInsO 2011, 2234 (2235); Vallender, NJW 2012, 1633 (1638).

190 BGH, Beschl. v. 18.07.2011 – AnwZ (B) 28/10, ZInsO 2011, 2234 (2235); Schmittmann, NJW 2002, 182 (183); zum Notar BGH, Beschl. v. 26.10.2009 – NotZ 8/09, NJOZ 2010, 230.

191 BGH, Beschl. v. 16.04.2007 – AnwZ (B) 6/06, ZVI 2007, 619 (620); Schmittmann, NJW 2002, 182 (183); Dahns, NJW-Spezial 2011, 638 (638). Zu Steuerberatern BFH, Beschl. v. 10.04.2006 – VII B 232/05, BFH/NV 2006, 1520 (1521) m. Anm. Abenheimer, FD-InsR 2008, 257413.

192 Dahns, NJW-Spezial 2011, 638 (638); Ehlers, NJW 2008, 1480 (1481); vgl. auch Schmittmann, NJW 2002, 182 (184). Zu Steuerberatern BFH, Beschl. v. 10.04.2006 – VII B 232/05, BFH/NV 2006, 1520 (1521), m. Anm. Abenheimer, FD-InsR 2008, 257413.

193 BGH, Beschl. v. 18.10.2004 – AnwZ(B) 43/03, NJW 2005, 511 (511); BGH, Beschl. v. 25.06.2007 – AnwZ(B) 101/05, NJW 2007, 2924 (2925), m. zust. Anm. Kleine-Cosack, EWiR 2007, 685; Ehlers, NJW 2008, 1480 (1481); Dahns, NJW-Spezial 2011, 638 (638); Römermann, AnwBl 2007, 715 (715); vgl. auch Schmittmann, NJW 2002, 182 (184).

nen Mandate bearbeitet¹⁹⁴. Ein derart in seinen Kompetenzen eingeschränkter Rechtsanwalt kann de facto die Mandanteninteressen nicht gefährden. Allerdings ist auch nicht jedes Angestelltenverhältnis dazu geeignet. Der Rechtsanwalt muss in einer Sozietät von einer gewissen Größe beschäftigt werden, damit auch Krankheits- und Urlaubsfälle abgefangen werden können, ohne dass der Schuldner zusätzliche Kompetenzen bräuchte, um den Kanzleibetrieb aufrechtzuerhalten¹⁹⁵.

Deutlich günstiger ist die Rechtslage bei Ärzten, denen die Approbation nach der BÄO¹⁹⁶ in der Regel nicht wegen einer Insolvenz entzogen werden kann. Auf Basis des § 5 Abs. 2 S. 1 BÄO i. V. m. § 3 Abs. 1 Nr. 2 ist der Entzug der Approbation nur möglich, wenn der Arzt sich „eines Verhaltens schuldig gemacht hat, aus dem sich seine Unwürdigkeit oder Unzuverlässigkeit zur Ausübung des ärztlichen Berufs ergibt“. Der Vermögensverfall ist in der Regel kein solcher Grund¹⁹⁷. Bei Architekten hingegen kann sich aus dem Vermögensverfall die Unzuverlässigkeit im Sinne der landesrechtlichen Architektengesetze ergeben, da mit dem Berufsbild des Architekten auch wirtschaftliche Interessen des Bauherrn verbunden sind¹⁹⁸. Bei eigenen wirtschaftlichen Schwierigkeiten ist nicht mehr gewährleistet, dass der Architekt die Interessen seines Auftraggebers wahr¹⁹⁹. Daher sieht z. B. § 7 Abs. 2 i. V. m. § 6 Abs. 2 Nr. 1 ArchG BW²⁰⁰ die Löschung aus der Architektenliste vor, wenn der Architekt sich im Vermögensverfall befindet, was bei einem Insolvenzverfahren vermutet wird. Mit der entsprechenden Begründung kann die Indizwirkung im Einzelfall widerlegt werden. Dazu ist es aber notwendig, die aus dem Vermögensverfall resultierende Gefahr einer unzuverlässigen Berufsausübung zu widerlegen. Wie auch beim Rechtsanwalt bietet sich für einen Architekten die Tätigkeit als Angestellter ohne weitreichende eigene Entscheidungskompetenzen an²⁰¹. Aber auch hier gilt, dass die Freigabe der Tätigkeit oder die Eröffnung des Insolvenzverfahrens den Vermögensverfall nicht beseitigen, auch wenn es nicht zu einer konkreten Gefährdung der Vermögensinteressen des Auftraggebers kommt²⁰². Ähnlich weitreichende Widerrufsmöglichkeiten bestehen z. B. bei Steuerberatern nach § 46 Abs. 2 Nr. 4 StBerG²⁰³ und bei Wirtschaftsprü-

194 BGH, Beschl. v. 18.10.2004 – AnwZ(B) 43/03, NJW 2005, 511 (511); BGH, Beschl. v. 25.06.2007 – AnwZ(B) 101/05, NJW 2007, 2924 (2925) m. zust. Anm. *Kleine-Cosack*, EWiR 2007, 685. Zu Steuerberatern *BFH*, Beschl. v. 10.04.2006 – VII B 232/05, BFH/NV 2006, 1520 (1521), m. Anm. *Abenheimer*, FD-InsR 2008, 257413.

195 *Ehlers*, NJW 2008, 1480 (1481); *Dahns*, NJW-Spezial 2011, 638 (638); *Kleine-Cosack*, EWiR 2007, 685 (686).

196 Bundesärzterordnung v. 02.10.1961, zuletzt geändert durch Art. 29 G v. 6.12.2011, BGBl. I, S. 2515.

197 *Zwoll/Mai/Eckardt u. a.* Rn. 446 ff., 452.

198 OVG Niedersachsen, Beschl. v. 29.07.2011 – 8 ME 36/11, NdsVBl 2012, 76 (77); *Martini*, jurisPR-InsR 14/2011, Anm. 4.

199 OVG Niedersachsen, Beschl. v. 29.07.2011 – 8 ME 36/11, NdsVBl 2012, 76 (77).

200 Architektengesetz Baden-Württemberg i.d.F. v. 28.03.2011, geändert durch Art. 10 d. VO v. 25.01.2012, GBl., S. 65.

201 OVG Niedersachsen, Beschl. v. 29.07.2011 – 8 ME 36/11, NdsVBl 2012, 76 (77).

202 OVG Niedersachsen, Beschl. v. 29.07.2011 – 8 ME 36/11, NdsVBl 2012, 76 (78).

203 Steuerberatungsgesetz v. 16.08.1961, zuletzt geändert durch Art. 19 G v. 6.12.2011, BGBl. I, S. 2515.

fern nach § 20 Abs. 2 Nr. 5 WPO²⁰⁴, weil auch diese Berufe mit erheblichem Gefährdungspotential für die Vermögensinteressen ihrer Mandantschaft verbunden sind.

Dass diese Ausnahmen in den berufsrechtlichen Vorschriften auch bei grenzüberschreitenden Sachverhalten keine Theorie bleiben müssen, sondern sich durchaus – mit entsprechendem organisatorischen Aufwand – die Anwendung der Ausnahmenvorschriften realisieren lässt, war bereits Gegenstand der Rechtsprechung²⁰⁵: Ein seit Jahren in London lebender Rechtsanwalt war zum damaligen Zeitpunkt Angestellter einer deutschen Kanzlei und wehrte sich gegen einen Zahlungstitel unter Berufung auf die mittlerweile erlangte *discharge*.

Die berufsrechtliche Lage im Ausland unterscheidet sich im Detail bisweilen von der deutschen Rechtslage, es bestehen aber auch Parallelen, wie ein kurzer Blick ins englische Recht zeigen soll:

Ein Solicitor hat – insoweit ähnlich der deutschen Rechtsordnung – mit einem Widerruf der Zulassung gem. s. 15 Abs. 1 Solicitors Act 1974 zu rechnen. Bei Ärzten hingegen wird die Zulassung nicht widerrufen, da ihre medizinische Qualifikation nicht von der Insolvenz beeinträchtigt wird, wenn nicht weitere Umstände hinzutreten²⁰⁶, so z. B. Betrug im Zusammenhang mit beruflichem Fehlverhalten²⁰⁷. Vergleichbares gilt für Apotheker²⁰⁸. Architekten werden auch vom englischen Berufsrecht nicht automatisch ausgeschlossen, vielmehr hängt die Entscheidung von einem Verstoß gegen die berufsrechtlichen Regelungen der zuständigen Kammer und damit von *berufsbezogenem* Fehlverhalten ab²⁰⁹. Bei Berufen mit vermögensbezogenen Aufgaben wie Solicitor, Barrister oder Wirtschaftsprüfer kann im Einzelfall der Widerruf der Zulassung bei Abschluss einer freiwilligen Zahlungsvereinbarung vermieden werden, wenn bestimmte verfahrensrechtliche Voraussetzungen eingehalten werden²¹⁰.

g. Keine Beschränkung wegen strafrechtlicher Verurteilungen

Die Restschuldbefreiung setzt häufig die Redlichkeit des Schuldners voraus, so z. B. § 1 Abs. 1 S. 2 InsO. In Frankreich wird gem. Art. L670-1 Code de commerce der „bonne foi“ des Schuldners verlangt. Eine solche Redlichkeit scheidet häufig dann aus, wenn der Schuldner wegen einer Straftat verurteilt wurde, die in einem Zusammenhang mit der Insolvenz steht. So ist in Deutschland dem Schuldner aufgrund einer Verurteilung wegen einer Insolvenzstraftat die Restschuldbefreiung gem. § 290 Abs. 1 Nr. 1 InsO zu versagen, wenn dies ein Gläubiger beantragt. Dies gilt unter Umständen

204 Gesetz über eine Berufsordnung der Wirtschaftsprüfer v. 24.07.1961, zuletzt geändert durch Art. 21 G v. 6.12.2011, BGBl. I, S. 2515.

205 BGH, Beschl. v. 25.09.2008 – IX ZB 205/06, NJW 2008, 3640.

206 Tate/Katz, *Insolv. Int.* 2002, 65 (66); Clark, *Insolv. Int.* 2010, 97 (98).

207 Tate/Katz, *Insolv. Int.* 2002, 65 (66); Clark, *Insolv. Int.* 2010, 97 (98).

208 Tate/Katz, *Insolv. Int.* 2002, 65 (66); Clark, *Insolv. Int.* 2010, 97 (98).

209 Tate/Katz, *Insolv. Int.* 2002, 65 (66).

210 Näher dazu Tate/Katz, *Insolv. Int.* 2002, 65 (66 ff.); Clark, *Insolv. Int.* 2010, 97 (98 ff.).

selbst dann, wenn die Straftat nicht mit dem aktuellen Verfahren im Zusammenhang steht²¹¹.

Im Gegensatz dazu ist bspw. nach englischem Recht die Verurteilung wegen einer Straftat nicht zwingend ein Ausschlussgrund für die *discharge*. Vielmehr werden dem Schuldner, der nicht „redlich“ ist, Auflagen und Verbote gem. s. 281A i. V. m. *Schedule 4A IA 1986 – Bankruptcy Restriction Order*, auferlegt. Die Wirkung einer BRO schließt die Restschuldbefreiung nicht aus, sondern beeinträchtigt ihn nach Erhalt der Restschuldbefreiung weiter.

Darüber hinaus ist es schon fraglich, ob etwaige strafrechtliche Verurteilungen im Staat der Verfahrenseröffnung überhaupt bekannt werden, sodass dem Schuldner nicht schon aus diesem Grund die Restschuldbefreiung versagt werden kann, wenn eine ausländische Verurteilung überhaupt für eine Versagung genügt. Hierbei sind wiederum zwei Fragen zu unterscheiden: Genügt eine nach ausländischem Strafrecht abgeurteilte Tat zur Versagung der Restschuldbefreiung? Oder kann eine – noch nicht abgeurteilte – Handlung im Ausland nach inländischem Strafrecht abgeurteilt werden? Die letzte Frage hängt vom Strafanwendungsrecht ab. Ergibt sich bspw. nach den §§ 3 ff. StGB die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts und kommt es zu einer Verurteilung, handelt es sich um ein im deutschen Insolvenzrecht ohne Weiteres zu beachtendes deutsches Urteil, das die Versagung der Restschuldbefreiung nach § 290 Abs. 1 Nr. 1 InsO begründet. Ein ausländisches Strafurteil hingegen müsste vergleichbare Wirkungen und eine ähnliche Bedeutung haben, und die *lex fori concursus* müsste auch die Anerkennung einer ausländischen Verurteilung vorsehen. Spiegelbildlich stellen sich diese Fragen bei der Durchführung des ausländischen Insolvenzverfahrens, wenn ein Schuldspruch eines deutschen Strafgerichts vorliegt.

4. Überblick über die Restschuldbefreiung in verschiedenen Rechtsordnungen

a. Das Rechtsgefälle im Vergleich der nationalen Rechtsordnungen

Das deutsche Insolvenzrecht und auch zahlreiche ausländische Insolvenzordnungen kennen mittlerweile in der einen oder anderen Form das Institut der Restschuldbefreiung. Hält der Schuldner die gesetzlichen Vorgaben der jeweiligen Rechtsordnung ein, wird ihm die Pflicht zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten erlassen. Der Mechanismus, nach dem dies geschieht, ist von Rechtssystem zu Rechtssystem unterschiedlich. So kann die Forderung z. B. völlig erlöschen oder sie wird lediglich in eine Naturalobligation umgewandelt, kann also nicht mehr durchgesetzt werden.

Neben diesen im Detail unterschiedlichen Rechtsfolgen unterscheiden sich die jeweiligen gesetzlichen Voraussetzungen für die Erteilung der Restschuldbefreiung zum Teil erheblich. Während die in England mögliche *automatic discharge* nach

211 OLG Celle, Beschl. v. 05.04.2001 – 2 W 8/01, NZI 2001, 314 (315). Nach Auffassung des AG München sollen sogar Verurteilungen wegen sonstiger Vermögensdelikte als Versagungsgrund ausreichen, AG München, Beschl. v. 18.07.2003 – 1506 IN 549/03, ZVI 2003, 481 (482).

s. 279 Abs. 1 IA 1986 automatisch nach einem Jahr erteilt wird, dauert diese Phase in Deutschland derzeit maximal sechs Jahre, wobei im Einzelfall eine Verkürzung auf bis zu drei Jahre möglich ist. In Irland betrug die Frist nach s. 85 Abs. 4 lit. c Bankruptcy Act 1988 bis zu zwölf (!) Jahre, wenn der Schuldner keine Befriedigungsquote erreichte. Nach der Reform durch den Personal Insolvency Act ist nunmehr eine automatische *discharge* nach s. 85 Abs. 1 Bankruptcy Act 1988 nach Ablauf von drei Jahren möglich. In Österreich kann der Schuldner gem. § 213 der österreichischen Insolvenzordnung (IO) von den Schulden befreit werden, wenn er binnen drei Jahren eine Quote von 50 % nebst den Verfahrenskosten oder innerhalb von sieben Jahren eine Quote von 10 % erreicht. Kann er das nicht, kann das Gericht nach Ablauf der sieben Jahre aus Billigkeit die Restschulden erlassen oder die Restschuldbefreiungsphase um weitere drei Jahre verlängern. Kann der Schuldner bis dahin immer noch nicht die 10 % seiner Verbindlichkeiten tilgen und liegen keine Billigkeitsgründe vor, dann endet das Verfahren ohne Restschuldbefreiung – und diese Restunsicherheit ist für manchen Schuldner Grund genug, eine schuldnerfreundlichere Rechtsordnung zu wählen. Manche Rechtsordnungen kennen sogar überhaupt keinen Schuldnerschutz, der über den vom Zwangsvollstreckungsrecht gebotenen Schutz hinausreicht. Mangels Restschuldbefreiung sind diese Rechtsordnungen für überschuldete Einwohner dieser Staaten verständlicherweise wenig attraktiv, insbesondere wenn und weil eine Umsiedlung in einen Staat mit einer sehr einfach zu erlangenden Restschuldbefreiung verhältnismäßig leicht durchzuführen ist.

Besonders auffällig wird das Gefälle zwischen den Rechtsordnungen bei Mitgliedsstaaten, deren Recht überhaupt keine Restschuldbefreiung oder einen vergleichbaren Schutz kennt, der über den Schuldnerschutz des Einzelzwangsvollstreckungsrechts hinausgeht²¹². So kann zum Beispiel in Spanien nach Beendigung des Konkursverfahrens nach Art. 178 des Ley Concursal²¹³ der Gläubiger weiterhin den nicht befriedigten Teil seiner Forderung beizutreiben versuchen. Dies entspricht der deutschen Rechtslage unter der Konkursordnung: Nach § 164 Abs. 1 KO konnten die Gläubiger nach Beendigung des Verfahrens wieder – abgesehen von den vollstreckungsrechtlichen Schuldnerschutzvorschriften der ZPO – ungehindert in das Vermögen des Schuldners die Zwangsvollstreckung betreiben. Wieder andere Staaten haben Regelungen, die nur bestimmte Gruppen von Schuldner (z. B. Kaufleute und Landwirte) von bestimmten Verbindlichkeiten befreien.

Auch der Umfang der von der Restschuldbefreiung erfassten Forderungen unterscheidet sich. So werden nach § 215 IO erstens Verbindlichkeiten des Schuldners aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung oder einer vorsätzlichen strafgesetzwidrigen Unterlassung und zweitens Verbindlichkeiten, die nur aus Verschulden des Schuldners unberücksichtigt geblieben sind, nicht erfasst, während in Deutschland Forderungen aus vorsätzlicher unerlaubter Handlung nach § 302 Nr. 1 InsO von der Restschuldbefreiung ausgenommen bleiben – vorausgesetzt, sie werden unter Nennung dieses Schuldgrundes angemeldet und festgestellt. In England hingegen

212 Siehe z. B. die kurze Darstellung bei Hoffmann, Journal of Consumer Policy 2012, 461 (463).

213 Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, Boletín Oficial del Estado Nr. 164 vom 10.07.2003, S. 26905.

sind nach s. 281 Abs. 3 ff. IA 1986 bestimmte Verbindlichkeiten (z. B. wegen Schadensersatzes aus Betrug oder Untreue) von der *automatic discharge* ausgenommen, ohne dass die Forderung auch mit dieser Typisierung angemeldet worden sein müsste.

Eine umfassende Darstellung der verschiedenen Insolvenzsysteme der Mitgliedstaaten würde den Rahmen dieser Untersuchung sprengen²¹⁴. Im Folgenden sollen die Grundzüge einiger bei Schuldnern besonders „beliebter“ europäischer Rechtsordnungen mit einem für natürliche Personen vorhandenen Schutz vor Nachforderungen nach Beendigung des Insolvenzverfahrens dargestellt werden. Die verschiedenen Systeme weisen ihre Vor- und Nachteile sowohl für Gläubiger als auch Schuldner auf. Sowohl die Möglichkeit der Restschuldbefreiung als auch die etwaige Verfahrensdauer sind für Schuldner die ausschlaggebenden Entscheidungskriterien, um sich ein günstigeres Forum zu suchen. Aufgeführt werden exemplarisch nur gerichtliche Insolvenzverfahren, da diese Verfahren im Anhang A der EuInsVO erwähnt sind und nur Entscheidungen in diesen Verfahren die Anerkennung nach den Art. 16 und 25 EuInsVO erfordern und ermöglichen. Außer Acht gelassen werden hingegen die dem Insolvenzverfahren vorgelagerten Verfahren wie das *deed of arrangement*, das *debt management scheme*, das *individual voluntary arrangement* und die *county court administration order*, mit denen ein Insolvenzverfahren abgewendet werden könnte²¹⁵. Das Augenmerk liegt nicht auf den Details, sondern darauf, ob die jeweilige Insolvenzordnung einer natürlichen Person die Restschuldbefreiung ermöglicht, wie lange dies dauert, ob eine Mindestquote erforderlich ist und welche Forderungen möglicherweise von einer Restschuldbefreiung ausgenommen sind, also all jene Umstände, auf die ein Schuldner bei der Wahl seines COMI besonderen Wert legen würde. Darüber hinaus sollen einige weniger bekannte Möglichkeiten aufgezeigt werden, die Entscheidung über die Erteilung der Restschuldbefreiung zu verzögern oder gar zu beseitigen, sodass der Gang ins Ausland den Schuldner letztlich nicht so rasch wie erhofft oder möglicherweise sogar überhaupt nicht von seinen Verbindlichkeiten befreit.

214 Zu den verschiedenen europäischen Rechtsordnungen sei verwiesen auf die Darstellungen bei Hergenröder, ZVI 2005, 233; Hergenröder/Alsmann, ZVI 2007, 337; Hergenröder/Alsmann, ZVI 2009; Hergenröder/Alsmann, ZVI 2010, 413; Hergenröder/Alsmann, ZVI 2012, 1; Braun, ZInsO 2008, 355; Giese/Krüger, NZI 2008, 12; Ulrich/Poertzgen/Pröm, ZInsO 2006, 64; Schmidt/Liebscher, ZInsO 2007, 393; Kourouvani, ZVI 2010, 96; Tzakas, RIW 2008, 119; Lincke, NZI 2004, 69; Schönen, ZVI 2009, 229; Schönen, ZVI 2010, 81; Jahn/Sahm (Hrsg.), *Insolvenzen in Europa*, 4. Aufl. 2004; Ehrlicke, ZVI 2005, 285; Laroche; Correnti/Schulte-Frohlinde, ZInsO 2006, 1020; Costa, ZInsO 2006, 1071; van Apeldoorn, IIR 2008, 57; McKenzie Skene, IIR 2005, 1; Lowitzsch/Balcerowicz (Hrsg.), *Insolvenzrecht Mittel- und Osteuropa* 2004; Conceição, in: Parry (Hrsg.), *The reform of international insolvency rules at European and national level*, 2011, S. 87; Lai, in: Parry (Hrsg.), *The reform of international insolvency rules at European and national level*, 2011, S. 97; Nunner-Krautgasser/Anzenberger, ZInsO 2012, 2359; die Kurzübersicht bei Hoffmann, in: Parry (Hrsg.), *The reform of international insolvency rules at European and national level*, 2011, S. 191 (193 ff.), und Allemand/Baister/Kuglarz u. a., NZI 2014, 1, sowie die ausführlicheren Länderberichte in Kirchhof (Hrsg.), *MünchKomm-InsO*, Bd. 4, 3. Aufl. 2016, und Kindler/Nachmann (Hrsg.), *Handbuch Insolvenzrecht in Europa*, 4. Aufl. 2014.

215 Zu den Verfahrensarten vgl. den kurzen Überblick bei Hergenröder/Alsmann, ZVI 2007, 337 (340); Walters, IIR 2009, 5; Ehrlicke, in: Kirchhof (Hrsg.), *MünchKomm-InsO*, Bd. 4, 3. Aufl. 2016 Rn. 75, 76, und ausführlicher bei Renger, S. 31 ff.

Zu berücksichtigen ist neben den hier aufgeführten einzelnen Aspekten der jeweiligen Rechtsordnung deren gesamte Struktur, die vermeintliche Vor- und Nachteile relativieren. Der Schuldner, der sich für die ihm vermeintlich günstigere Rechtsordnung entscheidet, unterliegt bisweilen entscheidenden Irrtümern, da er nur auf die zunächst leicht erkennbaren Vorteile schaut, die Risiken (z. B. erhebliche Strafandrohungen) aber nicht überblickt.

b. Grundlagen des deutschen Restschuldbefreiungsverfahrens

Als Vergleichsmaßstab für die deutschen Schuldner, die eine raschere Restschuldbefreiung anstreben, soll ein kurzer Blick auf die deutsche Rechtslage dienen. Denn viele Schuldner gerade auch aus Deutschland gehen den Weg ins Ausland, um eine rasche Restschuldbefreiung erlangen zu können.

aa. Überblick über die Rechtslage für bis zum 30.06.2014 beantragte Insolvenzverfahren

(1) Rechtslage bis zum Inkrafttreten der InsO am 01.01.1999

Unter der bis zum 31.12.1998 geltenden Konkursordnung bestand keine Möglichkeit einer Restschuldbefreiung für den Schuldner. Vielmehr hatten die Gläubiger nach § 164 Abs. 1 KO die Möglichkeit, nach Beendigung des Konkursverfahrens ihre Forderungen gegen den Schuldner weiterhin geltend zu machen. Dem Schuldner blieb nur, was nach dem Zwangsvollstreckungsrecht dem Schuldner als Minimum zu verbleiben hatte. Ein wirtschaftlicher Anreiz für die Schuldner, nach Durchlaufen des Konkursverfahrens wirtschaftliche Anstrengungen zu unternehmen, war demzufolge relativ gering. Denn jeder über das Pfändungsfreivermögen hinausgehende Gewinn floss letztlich den Gläubigern zu.

Eine gewisse Erleichterung bewirkte nach der Wiedervereinigung Deutschlands die Vorschrift des § 18 Abs. 2 S. 3 GesO, die für den in den fünf neuen Bundesländern ansässigen Schuldner eine großzügigere Möglichkeit schuf, umfassendere Teile seines neu erworbenen Vermögens behalten zu dürfen. Die hieraus entstehenden „Wanderbewegungen“ sind bereits eingangs dargestellt worden²¹⁶.

Da der geltende Rechtszustand aber nach wie vor nicht befriedigend war, wurde im Rahmen der Insolvenzrechtsreform die Möglichkeit geschaffen, natürliche Personen nach Durchlaufen eines geordneten Insolvenzverfahrens von ihren Restverbindlichkeiten zu befreien.

216 Dazu oben B. I. 1.

(2) Rechtslage nach Inkrafttreten der InsO am 01.01.1999

Mit Inkrafttreten der Insolvenzordnung für die ab dem 01.01.1999 eröffneten Verfahren traten auch die Regelungen der Restschuldbefreiung für das ganze Bundesgebiet in Kraft²¹⁷. Die InsO enthält für den redlichen Schuldner, § 1 Abs. 1 S. 2 InsO, in den §§ 286 ff. InsO die Möglichkeit, nach Durchlaufen des Verfahrens die Restschuldbefreiung nach § 301 InsO zu erlangen.

Um in den Genuss dieser Restschuldbefreiung zu kommen, muss der Schuldner aber zahlreiche Hindernisse überwinden. So darf er nicht gegen die verschiedenen Pflichten aus § 290 InsO und Obliegenheiten gem. § 295 InsO verstoßen und muss sich als „redlich“ erweisen, wobei das Gesetz die „Redlichkeit“ an verschiedene Voraussetzungen knüpft. Die für den Schuldner zentrale Wohlverhaltensperiode, nach deren Ablauf er die Restschuldbefreiung erlangen konnte, dauerte nach der ursprünglichen Fassung des § 287 Abs. 2 S. 1 InsO sieben Jahre. Bereits kurz nach Inkrafttreten der InsO wurde diese Frist als zu lange erachtet und die Wohlverhaltensperiode auf sechs Jahre verkürzt²¹⁸.

Was als Einkommen pfändungsfrei ist, bestimmt sich nach den §§ 35, 36 InsO, letztlich also nach den §§ 850 ff. ZPO. Dieser Anteil wird vom Treuhänder zur Befriedigung der Gläubiger genutzt. Dem Schuldner wird nach Ablauf der sechs Jahre durch Beschluss die Restschuldbefreiung unter den Voraussetzungen des § 300 InsO erteilt.

Wird die Restschuldbefreiung erteilt, wirkt sie gem. § 301 Abs. 1 S. 1 InsO gegenüber allen Insolvenzgläubigern, nach § 301 Abs. 1 S. 2 InsO auch gegenüber denjenigen, die ihre Forderung im Verfahren nicht angemeldet haben. Zugleich wird der Schuldner von Rückgriffsansprüchen befreit, die ihm drohen, wenn Dritte wegen der Insolvenz des Schuldners als Bürgen oder Sicherungsgeber durch die Gläubiger in Anspruch genommen werden, § 301 Abs. 2 S. 2 InsO. Zu denken ist etwa an Ansprüche aus § 774 Abs. 1 S. 1 BGB oder aus dem der Besicherung zugrunde liegenden Rechtsverhältnis.

Allerdings sind gem. § 302 InsO verschiedene Forderungsarten nicht von der Erteilung der Restschuldbefreiung erfasst. Neben Geldstrafen und diesen gleichgestellten Verbindlichkeiten sowie den Verbindlichkeiten aus einem zinslosen, zur Kostendeckung des Insolvenzverfahrens gewährten Darlehen sind dies vor allem Verbindlichkeiten aus vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlungen, wenn die Ansprüche als solche auch gem. § 174 Abs. 2 InsO angemeldet wurden.

217 Zur Verfassungsmäßigkeit der Restschuldbefreiung *Vallender*, ZInsO 2009, 616 (620). Entsprechende Richtervorlagen nach Art. 100 GG zur konkreten Normenkontrolle wurden vom BVerfG mangels Entscheidungserheblichkeit nicht zur Entscheidung angenommen, *BVerfG*, Beschl. v. 03.02.2003 – 1 BvL 11, 12, 13, 16, 17/02, ZVI 2003, 79; *BVerfG*, Beschl. v. 14.01.2004 – 1 BvL 8/03, NJW 2004, 1233; *BVerfG*, Beschl. v. 22.12.2005 – 1 BvL 9/05, ZInsO 2006, 317 (318 f.); dazu auch *Kocher*, DZWIR 2004, 187, und *Pape*, ZInsO 2005, 682 (686).

218 Gesetz zur Änderung der Insolvenzordnung und anderer Gesetze vom 26. Oktober 2001 (BGBl. I S. 2710).

Darüber hinaus kann das zuständige Insolvenzgericht gem. § 303 Abs. 1 InsO auf Antrag eines Insolvenzgläubigers binnen einem Jahr nach Rechtskraft des Befreiungsbeschlusses (§ 303 Abs. 2 InsO) die Erteilung der Restschuldbefreiung auch noch widerrufen, wenn der Schuldner seine Obliegenheiten vorsätzlich verletzt und dadurch die Befriedigung der Gläubiger erheblich beeinträchtigt hat. Der Widerruf ist nur wegen eines Verstoßes gegen die Obliegenheiten gem. § 295 InsO möglich.

Geht der Schuldner während des bereits laufenden Insolvenzverfahrens ins Ausland, hat dies auf das Insolvenzverfahren grundsätzlich keine Auswirkungen. Auch eine Obliegenheitsverletzung ist darin nicht zu sehen, wenn konkrete Aussicht auf eine berufliche Tätigkeit im Ausland bestand. Dies ist jedoch nicht der Fall, wenn ein sicheres Arbeitsverhältnis gekündigt und mit ungewissen Aussichten ein Umzug vorgenommen wird²¹⁹. Zu berücksichtigen sind auch die Wertungen aus den Grundrechten des GG und die Grundfreiheiten des AEUV²²⁰. So kann in einem Umzug zur Familienzusammenführung eine Wahrnehmung des Grundrechts aus Art. 6 GG liegen²²¹. An dem Umstand, dass der Schuldner weiterhin den Pflichten und Obliegenheiten des deutschen Insolvenzrechts unterliegt, ändert sich jedoch nichts.

Das Restschuldbefreiungsverfahren ist wegen seiner formalen Anforderungen, der Verfahrensdauer und der damit einhergehenden Kosten immer wieder in Kritik geraten. Daher wurde auch über eine Reform des Insolvenzverfahrens immer wieder diskutiert. Unter anderem wird die sofortige Entschuldung mittelloser Personen angestrebt²²². Für deutsche Schuldner sind die Hürden zur Erlangung einer Restschuldbefreiung erheblich. Sie unterliegen zahlreichen Pflichten und Obliegenheiten, die ihnen den Weg zur Restschuldbefreiung schwierig machen oder ihn gänzlich verlegen. Allein schon die Dauer der regelmäßigen Wohlverhaltensperiode von sechs Jahren war und ist im europäischen Vergleich relativ lang²²³.

bb. Überblick über die Änderungen durch das Gesetz zur Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens und zur Stärkung der Gläubigerrechte v. 15.07.2013 für ab dem 01.07.2014 beantragte Insolvenzverfahren

Da die Wohlverhaltensperiode immer noch im internationalen Vergleich relativ lange war, erstreckte sich die Reform der Vorschriften über die Restschuldbefreiung unter anderem auch auf die Dauer der Restschuldbefreiung²²⁴.

219 Hergenröder, ZVI 2005, 233 (245); Coburn, *Insolv. Int.* 2012, 8 (8).

220 Vgl. Hergenröder, ZVI 2005, 233 (245).

221 Vgl. Hergenröder, ZVI 2005, 233 (245).

222 Vgl. Uhlenbruck/Vallender, NZI 2009, 1 (8 f.).

223 Zu anderen Rechtsordnungen vgl. B. III. 4. c f.

224 Vgl. BT-Drs. 17/11268, S. 30. Lob und Kritik für den Gesetzgebungsentwurf sind legion. Daher sei exemplarisch verwiesen auf die Darstellungen bei Laroche/Prukowski/Schöttler u. a., ZIP 2012, 558; Kranzusch, ZInsO 2012, 2169; Harder, NZI 2012, 113; Schmerbach, NZI 2012, 689. Grote/Pape, AnwBl 2013, 601; Frind, ZInsO 2012, 475; Frind, BB 2013, 1674; Pape, ZVI 2012, 150 (151).

Am 01.07.2014 trat nach langen Diskussionen²²⁵ die zweite Stufe der Insolvenzrechtsreform in Kraft (Gesetz zur Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens und zur Stärkung der Gläubigerrechte v. 15.07.2013, BGBl. I 2973). Für alle ab dem 01.07.2014 beantragten Verfahren gilt das neue Recht (vgl. Art. 103h EGIInsO).

Für die hier dazustellenden Rechtsfragen ist die zentrale Änderung die Möglichkeit der Verkürzung der Wohlverhaltensperiode auf drei Jahre. Zwar muss der Schuldner nach wie vor für die Dauer von sechs Jahren die Abtretungserklärung für seine laufenden Einnahmen gem. § 287 Abs. 2 InsO abgeben. Der gesetzliche Regelfall einer Entscheidung über die Erteilung der Restschuldbefreiung ist nach § 300 Abs. 1 S. 1 InsO nach wie vor die Entscheidung nach Ablauf der Abtretungsfrist gem. § 287 Abs. 2 InsO, also nach sechs Jahren.

Nach § 300 Abs. 1 S. 2 InsO kann dieser Zeitpunkt aber auf Antrag des Schuldners vorverlagert werden, wenn der Schuldner verschiedene Voraussetzungen erfüllt. Für eine frühere Erteilung der Restschuldbefreiung muss er in jedem Falle die Verfahrenskosten getilgt haben. Für eine frühere Erteilung der Restschuldbefreiung stehen dem Schuldner drei Optionen offen. Gem. § 300 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 InsO muss der Schuldner sämtliche Masseverbindlichkeiten getilgt haben und es darf kein Gläubiger eine Forderung angemeldet haben. Diese Variante scheidet in den hier im Fokus stehenden Fällen mit Schuldnern, die über beträchtliche Verbindlichkeiten, aber auch noch über Eigenmittel verfügen, praktisch aus. Denn die Gläubiger werden bei entsprechendem Forderungsvolumen ihre Rechte i. d. R. wahrnehmen.

Die Variante des § 300 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 InsO ist für Verbraucher sinnvoll, die weder über großes Vermögen noch über gute Erwerbsaussichten verfügen, sodass die Gläubiger an einer Rechtsdurchsetzung häufig kein wirtschaftliches Interesse haben werden. Die rasche Erteilung der Restschuldbefreiung vermeidet erheblichen Aufwand in einem Verfahren, an dem die Insolvenzgläubiger angesichts ihrer fehlenden Forderungsanmeldungen augenscheinlich kein Interesse haben.

Für die vorzeitige Erteilung der Restschuldbefreiung nach Ablauf von fünf Jahren gem. § 300 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 InsO genügt es, wenn der Schuldner die Verfahrenskosten getilgt hat. Weitere Voraussetzungen sind insoweit nicht zu erfüllen. Mit der Verkürzung von sechs auf fünf Jahren ist jedoch kein signifikanter Vorteil für den Schuldner verbunden, wenn er im Ausland in deutlich kürzerer Zeit die Restschuldbefreiung erlangen kann, ohne dem deutschen Insolvenzrecht zu unterliegen.

Die für Schuldner interessanteste Regelung ist die vorzeitige Erteilung der Restschuldbefreiung nach Ablauf von drei Jahren gem. § 300 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 InsO. Voraussetzung hierfür ist, dass der Schuldner die Gläubiger, die ihre Forderungen angemeldet haben, mit einer Quote von 35 % befriedigt hat. Die verkürzte Frist von drei

225 Aus der jüngeren Zeit bspw. der Gesetzentwurf vom 05.12.2007 eines Gesetzes zur Entschuldung mittelloser Personen, zur Stärkung der Gläubigerrechte sowie zur Regelung der Insolvenzfestigkeit von Lizenzen (BT-Drs. 16/7416). Nach Diesem Entwurf sollte eine vorzeitige Restschuldbefreiung bei Erreichen einer Quote von 40 % binnen zwei Jahren oder von 20 % binnen vier Jahren möglich sein. Dieser Entwurf ist der Diskontinuität anheimgefallen. Zur Bewertung dieser Entwürfe z. B. *Deutscher Anwaltverein*; *Deutscher Anwaltverein*; Ahrens, NZI 2007, 193; Schmerbach, NZI 2007, 198.

Jahren erscheint dabei durchaus „konkurrenzfähig“ im internationalen Vergleich. Ziel der Verkürzung ist es, die Schuldner zu einer übermäßigen Anstrengung zur Schuldentilgung zu verleiten, z. B. durch umfangreichere Erwerbstätigkeiten oder Darlehen durch die Verwandtschaft²²⁶. Diese Mindestquote soll zugleich einen Ausgleich zwischen den Interessen der Schuldner an einem Neustart und den Befriedigungsinteressen der Gläubiger bewirken²²⁷.

Neben dieser Möglichkeit der erleichterten Restschuldbefreiung sind für das Insolvenzverfahren weitere Änderungen erfolgt, die unter anderem eine Verschärfung der Obliegenheiten des Schuldners und der Versagungsgründe beinhalten²²⁸. Des Weiteren ist der Katalog der von der Restschuldbefreiung ausgenommenen Forderungen nach § 302 Nr. 1 InsO erweitert worden. Nunmehr sind – bei entsprechender Anmeldung zur Tabelle – auch Verbindlichkeiten aus vorsätzlich nicht gewährtem Unterhalt sowie Verbindlichkeiten aus Steuerschuldverhältnissen von § 302 Nr. 1 InsO erfasst, soweit der Schuldner in diesem Zusammenhang nach den §§ 370, 373 oder 374 AO verurteilt worden ist. Damit werden Unterhaltsgläubiger und der Steuerschuldner besonders geschützt. Gerade bei wirtschaftlich gescheiterten Selbstständigen erreichen Steuerverbindlichkeiten (z. B. Lohn-, Gewerbe- und Umsatzsteuer) erhebliche Beträge und werden bisweilen auch in strafbarer Weise nicht entrichtet.

Der Gesetzgeber hat die möglichen positiven wie negativen Wirkungen der Neuregelung im Blick und einen etwaigen Änderungsbedarf bereits erkannt, wenn sich die Neuregelungen nicht bewähren sollten²²⁹. Um dies überprüfen zu können, hat der Gesetzgeber nach Art. 107 EGVinsO die Bundesregierung verpflichtet, dem Bundestag bis zum 30.06.2018 einen Bericht über die Erfahrungen in der Praxis vorzulegen, wie viele Restschuldbefreiungen tatsächlich nach drei Jahren erteilt wurden und welche Befriedigungsquoten erzielt werden konnten.

cc. Insolvenzplanverfahren als Alternative zur Restschuldbefreiung

Mit Inkrafttreten der InsO regelte der Gesetzgeber auch die Möglichkeit eines Insolvenzplans in den §§ 217 ff. InsO. Dieses Verfahren können auch natürliche Personen als Schuldner nutzen²³⁰. Das Insolvenzplanverfahren ermöglicht es dem Schuldner, mit Zustimmung der Gläubiger und unter Abweichung vom Regelinsolvenzverfahren Regelungen zur Verwertung seines Vermögens und zur Befreiung von Verbindlichkeiten zu treffen. In einem Insolvenzplan ist es daher für den Schuldner auch möglich, innerhalb deutlich kürzerer Fristen von seinen Verbindlichkeiten mit anderen Quoten freizukommen²³¹. Darüber hinaus kann der Schuldner im Wege des Insol-

226 BT-Drs. 17/111268, S. 13; *Schmerbach*, NZI 2012, 689 (694); *Henning*, ZVI 2014, 7 (12).

227 *Laroche/Prukowski/Schöttler u. a.*, ZIP 2012, 558 (560).

228 Siehe dazu exemplarisch die knappe Darstellung bei *Schmerbach*, NZI 2013, 566 (570).

229 Kritisch und unter Hinweis auf mögliche (wahlkampf)politische Motive *Beck*, ZVI 2013, 250 (250).

230 Dazu u. a. *Frind*, BB 2014, 2179; ausführlich mit Beispielen *LG Passau*, Schlusssurt. v. 16.01.2014 – 1 O 721/13, NZI 2014, 1019; *Mankowski*, NZI 2014, 1020, und in Bezug auf Verbraucher *Rein*, ZVI 2014, 239.

231 *Rein*, ZVI 2014, 239 (239).

venzplans – freilich unter Zustimmung der betroffenen Gläubiger – von Verbindlichkeiten befreit werden, die von § 302 InsO erfasst wären und damit dem Schuldner nicht erlassen werden würden²³².

Die Probleme sind jedoch praktischer Natur. Neben dem mit dem Insolvenzplanverfahren verbundenen verfahrenstechnischen Aufwand²³³ benötigt der Schuldner die Zustimmung eines Quorums der Gläubiger, sodass er nicht sicher davon ausgehen kann, dass sein Plan die Zustimmung der Gläubiger findet. Darüber hinaus muss sich der Schuldner zunächst in einem Insolvenzverfahren nach deutschem Recht befinden, um von der Möglichkeit der §§ 217 ff. InsO Gebrauch machen zu können. Stimmen die Gläubiger jedoch dem Insolvenzplan nicht zu, so befindet sich der Schuldner aber in dem deutschen Insolvenzverfahren und kann dann in der Regel nur noch über die Regelungen der Restschuldbefreiung nach den §§ 286 ff. InsO die Befreiung von seinen Verbindlichkeiten erlangen. Damit unterliegt der Schuldner aber Regelungen, denen er möglichst nicht unterliegen will.

Aus diesen praktischen Gründen ist der Insolvenzplan für Schuldner, die mit den Möglichkeiten des ausländischen Insolvenzverfahrens eine Besserstellung zu erreichen suchen, in aller Regel kein ausreichender Anreiz, ihr COMI in Deutschland zu belassen, wenn sie sich nicht ausnahmsweise sicher sein können, dass ihr Plan die Zustimmung der Gläubiger finden wird.

c. Überblick über die Restschuldbefreiung nach französischem Recht

Das französische Recht hat sich in der Vergangenheit für Schuldner als sehr attraktiv erwiesen²³⁴. Nicht umsonst ging die bekannt gewordene und häufig beworbene Entscheidung des BGH²³⁵ zur Anerkennung einer im Ausland erteilten Restschuldbefreiung auf ein französisches Verfahren zurück. Denn die Regelungen über die Restschuldbefreiung waren und sind im Verhältnis zur deutschen Regelung relativ günstig ausgestaltet. Es liegt also für Schuldner sehr nahe, einen Umzug über die Grenze durchzuführen und vergleichsweise rasch und unproblematisch von ihren Verbind-

232 Rein, ZVI 2014, 239 (242 f.); Henning, ZVI 2014, 7 (9).

233 Etwa Ausarbeitung eines Insolvenzplans, Abstimmungstermin, Gewährleistung des Minderheitenschutzes usw., vgl. Frind, BB 2014, 2179 (2181 ff.); LG Passau, Schlussurt. v. 16.01.2014 – I O 721/13, NZI 2014, 1019 (335 ff.); Rein, ZVI 2014, 239 (240 f.).

234 Hier sei allein auf die zahlreichen durch Publikation der Entscheidungen bekannt gewordenen Fälle verwiesen, die sich in C. III. 2. b mit dem französischen Recht beschäftigen. Zur Rechtslage in Frankreich siehe auch Graeber, ZInsO 2002, 920; Hölzle, ZVI 2007, 1; Delzant/Schütze, ZInsO 2008, 540; Bauerreis, in: Kindler/Nachmann (Hrsg.), Handbuch Insolvenzrecht in Europa, 4. Aufl. 2014.

235 BGH, Beschl. v. 18.09.2001 – IX ZB 51/00, NJW 2002, 960.

lichkeiten loszukommen. Das französische Recht kennt dabei verschiedene Entschuldungsverfahren, die auch auf Verbraucher anwendbar sind²³⁶.

aa. Restschuldbefreiung nach dem Code de Consommation

Das für Verbraucher gedachte Verfahren der Art. L331 ff. Code de Consommation²³⁷ ist anwendbar auf Verbraucher und befreit nach der erfolgreichen Durchführung des Verfahrens die Verbraucher von ihren Verbindlichkeiten. Nach mehreren Reformen wurden diese Regelungen geschaffen, um den vollständigen Ruin des Schuldners zu verhindern²³⁸. Art. L332-9 Abs. 2 Code de Consommation sieht das Erlöschen der Verbindlichkeiten des Schuldners vor – allerdings beschränkt auf die, die nicht im Zusammenhang mit seiner beruflichen Tätigkeit entstanden sind²³⁹. Für viele der Schuldner, die den Gang ins Ausland wagen wollen, wird sich dies als kein ausreichender Grad an Sicherheit erweisen. Denn gescheiterte Selbstständige werden häufig berufliche Verbindlichkeiten als Hauptgrund ihrer Überschuldungssituation aufweisen. Da dieses Verfahren sich für die meisten Schuldner, die eine Restschuld im Ausland erlangen wollen, nicht eignet, bleibt es im Folgenden außer Betracht.

bb. Faillite civile nach dem Code de commerce

Neben dem Verfahren zur Entschuldung von Verbrauchern von ihren Verbindlichkeiten kennt Art. L640-2 Abs. 1 Code de commerce die Möglichkeit der Entschuldung für selbstständig tätige Personen, gleichgültig, ob sie noch beruflich tätig sind oder nicht, Art. L640-3. Diese Regelungen galten zunächst nur für Handwerker, Landwirte und Kaufleute. Seit der Reform 2005 sind auch Freiberufler taugliche Schuldner dieses Verfahrens, nicht jedoch Verbraucher.

(1) Anwendungsvoraussetzungen

Der Code de commerce enthält in Form der Art. L670 ff. lokales Sonderrecht für die Departements Haut Rhin, Bas Rhin und Moselle, die *faillite civile*. Diese Sonderregelung hat historische Gründe, die sich aus der Zugehörigkeit der Departements zum deutschen Kaiserreich von 1871 bis zum Vertrag von Versailles ergeben. Anwendbar war folglich auch die deutsche Konkursordnung, wonach ein Konkursverfahren über

236 Ausführlich zur Rechtslage in Frankreich z. B. Köhler. Denkbar ist auch das Verfahren der beruflichen Wiederherstellung (*rétablissement professionnel*) gem. Art. L645-11 ff. Code de commerce. Dieses Verfahren ist – soweit es anwendbar ist – deutlich rascher beendet als ein Liquidationsverfahren, jedoch bedarf es der Zustimmung der Staatsanwaltschaft innerhalb einer Frist von vier Monaten und wird ansonsten in ein „normales“ Sanierungs- oder Liquidationsverfahren übergeleitet. Siehe dazu Degenhardt, NZI 2014, 433.

237 Code de la consommation, geändert durch LOI n°2014-366 du 24 mars 2014. Dazu z. B. Graeber, ZInsO 2002, 920; Köhler, ZVI 2003, 626; Hölzle, ZVI 2007, 1 (4 f.).

238 Vgl. die Darstellung bei Rossbach, S. 141 f.

239 Köhler, ZVI 2003, 626 (632); Mehring, ZInsO 2012, 1247 (1248).

das Vermögen jeder natürlichen Person möglich war. Diese Grundprinzipien galten fort, nachdem dieses Gebiet wieder Teil des Staatsgebiets Frankreichs geworden war. In der Folgezeit kam es zur Vermischung der beiden Rechtsordnungen, sodass in den genannten Departements die Regelungen des Code de commerce gem. Art. L670 auch auf Verbraucher anwendbar sind²⁴⁰. Diese Sonderregelung machen sich deutsche Schuldner bevorzugt zunutze²⁴¹.

Der personelle Anwendungsbereich der *faillite civile* umfasst nach Art. L670-1 Code de commerce Schuldner, die weder Kaufmann noch Handwerker, Landwirt oder Freiberufler sind. Diese ausgeschlossenen Berufsgruppen können bereits als Unternehmer nach Art. L640-2 ff. Code de commerce ein Insolvenzverfahren mit der Möglichkeit einer anschließenden Restschuldbefreiung durchlaufen.

Weitere Voraussetzung ist nach Art. L670-1 Abs. 1 Code de commerce der Wohnsitz in einem der genannten Departements. Diese Voraussetzungen werden unter Berücksichtigung der Feststellung der internationalen Zuständigkeit nach Art. 3 Abs. 1 EuInsVO streng anhand verschiedener Indizien, wie Stromrechnungen, Arbeitsort, steuer- und sozialversicherungsrechtlicher Einbindung, geprüft²⁴². Die französischen Insolvenzgerichte der betroffenen Departements sind vergleichsweise zurückhaltend bei der Eröffnung von Privatinsolvenzverfahren, um den Missbrauch der Restschuldbefreiung durch unredliche Schuldner möglichst zu vermeiden²⁴³. Infolgedessen wird erheblicher Aufwand betrieben zur Überprüfung, ob der Schuldner tatsächlich dort lebt²⁴⁴.

Die Eröffnungsvoraussetzung ist die dauerhafte Zahlungsunfähigkeit (*insolvabilité notoire*) des Schuldners, Art. L670-1 Abs. 1 S. 1 Code de commerce. Dieser Begriff beinhaltet, dass der Schuldner dauerhaft nicht in der Lage ist, aus seinem Vermögen seine Verbindlichkeiten zu tilgen²⁴⁵. Welcher Art die Verbindlichkeiten sind, ob sie also z. B. einen beruflichen Bezug aufweisen, ist dabei irrelevant²⁴⁶.

Darüber hinaus muss der Schuldner den „*bonne foi*“ gem. Art. L670-1 Abs. 1 C.comm. haben, also redlich sein. Die Einführung dieses Kriteriums dient dazu, Missbrauchsfälle durch unredliche Schuldner zu vermeiden²⁴⁷. Unredlich ist er jedenfalls dann, wenn er falsche Angaben gemacht oder seine Überschuldung absichtlich

240 Ausführlich dazu Köhler, S. 89 ff. Siehe auch Delzant/Schütze, ZInsO 2008, 540.

241 Über die Anerkennung einer Restschuldbefreiung nach den Sonderregelungen des Art. L670 ff. Code de commerce hatte der BGH in seiner häufig angeführten Entscheidung BGH, Beschl. v. 18.09.2001 – IX ZB 51/00, NJW 2002, 960, zu entscheiden. Darüber hinaus hat die Cour d'appel Colmar aufgrund der örtlichen Zuständigkeit als Appellationsgericht maßgebenden Einfluss auf die Interpretation der anwendbaren Regelungen.

242 Siehe dazu nur die Rechtsprechung unter C. III. 2. b. Delzant/Schütze, ZInsO 2008, 540 (541 f.); ausführlich zu den Kriterien Bauerreis, in: Kindler/Nachmann (Hrsg.), Handbuch Insolvenzrecht in Europa, 4. Aufl. 2014, Länderbericht Frankreich Rn. 242 ff.

243 Ehricke, in: Kirchhof (Hrsg.), MünchKomm-InsO, Bd. 4, 3. Aufl. 2016 Rn. 42.

244 Siehe dazu nur die Rechtsprechung unter C. III. 2. b.

245 Bauerreis, in: Kindler/Nachmann (Hrsg.), Handbuch Insolvenzrecht in Europa, 4. Aufl. 2014, Länderbericht Frankreich Rn. 246.

246 Delzant/Schütze, ZInsO 2008, 540 (543) mit Nachweisen; Bauerreis, in: Kindler/Nachmann (Hrsg.), Handbuch Insolvenzrecht in Europa, 4. Aufl. 2014, Länderbericht Frankreich Rn. 247.

247 Delzant/Schütze, ZInsO 2008, 540 (543).

herbeigeführt oder vergrößert hat²⁴⁸. Diese Unredlichkeit muss von einem Verfahrens beteiligten eingewendet und bewiesen werden²⁴⁹.

Das Eröffnungsurteil des Insolvenzgerichts regelt dabei die genaue Verfahrensart und die Frist, innerhalb deren das Verfahren abgeschlossen werden muss. Da die Schuldner, die im Fokus dieser Untersuchung stehen, eine möglichst rasche Verfahrensbeendigung anstreben, werden sie möglichst die Voraussetzungen eines vereinfachten Liquidationsverfahrens schaffen (kein Immobilienvermögen, Jahreseinkommen unter 750.000 €), sodass das Gericht anordnen wird, dass das Verfahren nach Ablauf eines Jahres abgeschlossen sein muss²⁵⁰. Jedoch kann in begründeten Fällen (etwa bei schwieriger Massemehrung) das vereinfachte in ein normales Liquidationsverfahren geändert werden, dessen Dauer grundsätzlich zeitlich nicht begrenzt ist.

(2) Möglichkeiten zur Massemehrung

Die Insolvenzanfechtung nach französischem Recht hängt u. a. von der Feststellung der *période suspecte* nach Art. L631-8 Abs. 1 und 2 Code de commerce ab.

Das Gericht legt in der Eröffnungsentscheidung den Zeitpunkt der Zahlungsunfähigkeit fest. Dieser kann maximal 18 Monate vor dem Zeitpunkt der Eröffnungsentscheidung liegen, sodass die *période suspecte* ebenfalls maximal 18 Monate beträgt²⁵¹. Unterbleibt die Bestimmung eines vor der Eröffnungsentscheidung liegenden Zeitpunkts der Zahlungsunfähigkeit, gibt es praktisch keine *période suspecte*²⁵². Da der Schuldner in diesem Zeitraum noch Verfügungsbefugt ist, kann er durch Rechtshandlungen die Befriedigung der Gläubiger beeinträchtigen. Aus diesem Grund sind diese Rechtshandlungen kraft Gesetzes nichtig oder werden aufgrund einer gerichtlichen Entscheidung für nichtig erklärt.

Kraft Gesetzes nichtig sind gem. Art. L632-1 Code de commerce Rechtshandlungen, die eine besonders große Gefahr für die Gläubigergleichbehandlung darstellen, wie bspw. Schenkungen oder Verträge über Leistungen, für die keine angemessene Gegenleistung erfolgt. Aufgrund gerichtlicher Entscheidung können nach Ermessen des Gerichts gem. Art. L632-2 Code de commerce Rechtshandlungen für unwirksam erklärt werden, insbesondere z. B. Leistungen an Gläubiger, die von der Zahlungsunfähigkeit Kenntnis hatten oder von Schenkungen in einem Zeitraum von bis zu sechs Monaten vor Eintritt der Zahlungsunfähigkeit, unter Berücksichtigung der Maximal-

248 Delzant/Schütze, ZInsO 2008, 540 (543); Bauerreis, in: Kindler/Nachmann (Hrsg.), Handbuch Insolvenzrecht in Europa, 4. Aufl. 2014, Länderbericht Frankreich Rn. 248.

249 Delzant/Schütze, ZInsO 2008, 540 (543); Bauerreis, in: Kindler/Nachmann (Hrsg.), Handbuch Insolvenzrecht in Europa, 4. Aufl. 2014, Länderbericht Frankreich Rn. 248.

250 Delzant/Schütze, ZInsO 2008, 540 (544), die zu entsprechenden Maßnahmen im Vorfeld, wenn sich das Verfahren ansonsten schwierig gestalten würde (545).

251 Dazu etwa Dammann/Undritz, NZI 2005, 198 (198 f.); Delzant/Schütze, ZInsO 2008, 540 (545); Gergen, RNotZ 2013, 599.

252 Bauerreis, in: Kindler/Nachmann (Hrsg.), Handbuch Insolvenzrecht in Europa, 4. Aufl. 2014, Länderbericht Frankreich Rn. 199; Gergen, RNotZ 2013, 599 (601).

dauer der *période suspecte* also rückwirkend bis zu 24 Monate vor Verfahrenseröffnung.

Die Möglichkeit der Insolvenzanfechtung nach französischem Recht geht daher einerseits weiter als nach deutschem Recht, weil die Zeiträume für inkongruente Deckungen statt bis zu drei Monate gem. § 131 InsO auf bis zu 18 Monate erstreckt werden. Die Anfechtungsfrist für Schenkungen wird hingegen von vier Jahren gem. § 134 InsO auf maximal zwei Jahre verkürzt.

Ergeht zur Beendigung des Verfahrens das Schlussurteil, kann das Gericht hierin dem Schuldner nach Art. L670-4 Code de commerce auferlegen, für die Dauer von zwei Jahren Zahlungen zur Schuldentilgung an einen zu bestimmenden *commissaire* zu leisten. Die Höhe dieser Zahlungen hat sich am zu erwartenden Einkommen des Schuldners und seinen persönlichen Bedürfnissen zu orientieren.

Es besteht daher auch in diesem Verfahren die Möglichkeit, künftiges Vermögen des Schuldners zugunsten der Gläubiger abzuschöpfen, wenn auch nur für zwei Jahre ab Beendigung des Liquidationsverfahrens.

(3) Erteilung der Restschuldbefreiung

Nach Verwertung des Schuldnervermögens ergeht ein Schlussurteil, das die Vollstreckungssperre des Art. L643-11 Abs. 1 Code de commerce auslöst. Diese Norm nimmt einer Gläubigerforderung dauerhaft die Durchsetzbarkeit²⁵³ und gewährt Vollstreckungsschutz²⁵⁴. Die „Restschuldbefreiung“ im französischen Recht basiert daher auf einer Verlängerung der Vollstreckungssperre für die Gläubiger²⁵⁵. Es gibt in Frankreich keine Wohlverhaltensperiode nach deutschem Vorbild²⁵⁶.

Versäumt der Gläubiger die Anmeldefrist für seine Forderung, nimmt er nicht mehr an der Verteilung der Masse teil²⁵⁷. Besonders geschützte Forderungen müssen hingegen nicht angemeldet werden, um nicht verloren zu gehen²⁵⁸. Besonders geschützt sind u. a. Ansprüche im Zusammenhang mit einer strafrechtlichen Verurteilung des Schuldners und persönliche Ansprüche des Gläubigers sowie Gläubiger, die als Bürgen oder Mitschuldner eine Verbindlichkeit des Schuldners erfüllt haben, L643-11 Abs. 1, 2 Code de commerce. Ist der Gläubiger also entsprechend abgesichert, muss der Schuldner – über den Umweg des Bürgenregresses – die Forderung langfristig doch erfüllen²⁵⁹.

253 Ehret, DAS 2010, 66 (66).

254 Köhler, S. 92.

255 Mehring, ZInsO 2012, 1247 (1248).

256 Ehret, DAS 2010, 66 (66).

257 Delzant/Schütze, ZInsO 2008, 540 (545), die auch auf die eingeschränkte Möglichkeit einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand hinweisen.

258 Ehret, DAS 2010, 66 (66).

259 Vgl. Ehret, DAS 2010, 66 (67).

(4) Wiederherstellung der Möglichkeit einer Einzelrechtsverfolgung

Im Einzelfall kann das Gericht nach Art. L643-11 Abs. 4 Code de commerce die Einzelzwangsvollstreckung wieder zuzulassen. Dies kann das Gericht erlauben, wenn die Erteilung der Restschuldbefreiung nicht zulässig gewesen wäre²⁶⁰. Die Voraussetzungen des Art. L643-11 Abs. 4 Code de commerce sind z. B. erfüllt, wenn der Schuldner sich des Betrugs gegenüber Gläubigern schuldig gemacht oder sich durch Täuschung im Verfahren fehlerhaft verhalten hat²⁶¹. Eine solche Täuschung kann auch in einer Scheinverlagerung des COMI nach Frankreich liegen²⁶². Die Anwendung des Art. L643-11 Code de commerce ist dabei nicht befristet²⁶³ und kann z. B. nach vier Jahren erfolgen²⁶⁴.

Im Falle der Verurteilung des Schuldners wegen Bankrotts kann jeder Gläubiger nach Art. L643-11 Abs. 3 Nr. 2 Code de commerce die Rechtsverfolgung wieder aufnehmen. Ebenso kann die Verletzung einer Zahlungspflicht nach Art. L670-4 Code de commerce die Rechtsverfolgung im Sinne des Art. L643-11 Code de commerce erlauben, Art. L670-5 Code de commerce.

d. Überblick über die Restschuldbefreiung nach dem Insolvency Act 1986

Neben dem französischen Recht hat sich das englische Recht für Schuldner als interessant erwiesen.

aa. Entschuldung auf Grundlage des IA 1986

Neben dem hier im Vordergrund stehenden *Bankruptcy*-Verfahren bietet das englische Recht mehrere weitere Verfahren²⁶⁵, die dem Schuldner eine Entschuldung verschaffen sollen, damit dieser wieder aktiv am Wirtschaftsleben teilnehmen kann. Da diese Verfahren jedoch zum Teil nur auf verhältnismäßig geringe Verbindlichkeiten anwendbar sind oder einen Konsens mit den Gläubigern erfordern, sind sie für den Schuldner, der sich ohne Zustimmung seiner Gläubiger von seinen Verbindlichkeiten befreien lassen will, in der Regel nicht zweckdienlich. Die folgende Darstellung beschränkt sich daher auf die Regelungen des *Bankruptcy*-Verfahrens.

Die zentralen Regelungen zum *Bankruptcy*-Verfahren finden sich im IA 1986. Ziel der Restschuldbefreiung (*discharge*) in ihrer aktuellen Fassung ist die Schaffung

260 Siehe dazu bspw. *Cour d'appel Colmar*, 13.12.2011 – N° 1 A 11/01869, ZInsO 2012, 441.

261 *Mehring*, ZInsO 2012, 1247 (1251) m. w. N.

262 *Cour d'appel Colmar*, 13.12.2011 – N° 1 A 11/01869, ZInsO 2012, 441; *Mehring*, ZInsO 2012, 1247 (1251).

263 *Ehret*, FD-InsR 2010, 298651 (68).

264 *Cour d'appel Colmar*, 13.12.2011 – N° 1 A 11/01869, ZInsO 2012, 441.

265 Namentlich County Court Administration Order, Deeds of Arrangement, Debt Management Scheme, Individual Voluntary Arrangement, Debt Relief Order. Dazu ausführlich *Renger; Schillig*, in: *Kindler/Nachmann* (Hrsg.), Handbuch Insolvenzrecht in Europa, 4. Aufl. 2014.

eines Interessenausgleiches zwischen den Gläubigern, Schuldner und der Allgemeinheit²⁶⁶, um ein Unternehmertum zu stärken, sodass dem „ehrliehen, aber glücklosen Schuldner“ („*honest but unfortunate*“)²⁶⁷ die Möglichkeit eines wirtschaftlichen Neubeginns gegeben wird²⁶⁸. Beispielsweise wurden 2003 nur 28.021 Privatinsolvenzverfahren eingeleitet, im Jahr 2005 insgesamt 64.556 Verfahren²⁶⁹, obwohl auch viele englische Haushalte überschuldet sind²⁷⁰. Denn mit der Insolvenz geht in England nach wie vor ein erheblicher Makel einher, der sich beruflich und sozial auswirkt²⁷¹.

Nach der Reform des IA 1986 durch den Enterprise Act 2002 wurde das Recht der Restschuldbefreiung an einigen zentralen Stellen umgestaltet, die sich aus Sicht des Schuldners als überaus vorteilhaft darstellen²⁷². Der Enterprise Act 2002 hatte das Ziel, die Stigmatisierung des redlichen Unternehmers möglichst zu verringern²⁷³. Insbesondere wurde die Zeit bis zur Erteilung der Restschuldbefreiung (*discharge*) von drei Jahren auf ein Jahr verkürzt, und die *discharge* tritt gem. s. 281 IA 1986 mit all ihren Wirkungen nunmehr automatisch mit Ablauf dieser Jahresfrist in Kraft, wenn nicht ausnahmsweise Abweichendes angeordnet wird.

Da dies deutlich schneller zu einer Schuldbefreiung führt als das deutsche Recht, stellt schon diese Chance einen erheblichen Anreiz für Schuldner dar, den Umzug nach England zu wagen.

bb. Eröffnungsvoraussetzungen des Bankruptcy-Verfahrens

Nach s. 264 IA 1986 ist grundsätzlich der Schuldner antragsberechtigt, wobei irrelevant ist, ob der Schuldner Unternehmer oder Verbraucher ist²⁷⁴. Der Schuldner muss sich zum Zeitpunkt der Antragstellung gem. s. 265 IA 1986 in England und Wales aufgehalten haben und einen dauerhaften Wohnsitz (*domicile*) in England haben.

266 Renger, S. 24 m. w. N.

267 Ehricke, in: Kirchhof (Hrsg.), MünchKomm-InsO, Bd. 4, 3. Aufl. 2016 Rn. 70; Walters, IIR 2009, 5 (14).

268 Renger, S. 25 m. w. N.

269 Hergenröder/Alsmann, ZVI 2007, 337 (337).

270 Vgl. Springeneer, VuR 2005, 441 (444).

271 Springeneer, VuR 2005, 441 (444); Hergenröder/Alsmann, ZVI 2007, 337 (337).

272 Ausführlich zum gesamten Verfahren Renger. Einen guten und übersichtlichen Überblick über das gesamte Verfahren sowie den damit verbundenen Verlagerungsaufwand bietet Priebe, ZInsO 2012, 2074. Siehe auch Walters, IIR 2009, 5 (13); Walters/Smith, IIR 2010, 181 (191 ff.); Hergenröder/Alsmann, ZVI 2007, 337; Schlegel, in: Kirchhof (Hrsg.), MünchKomm-InsO, Bd. 4, 3. Aufl. 2016, Länderbericht England und Wales; Schillig, in: Kindler/Nachmann (Hrsg.), Handbuch Insolvenzrecht in Europa, 4. Aufl. 2014, Länderbericht England und Wales.

273 Walters, IIR 2009, 5 (12).

274 Schillig, in: Kindler/Nachmann (Hrsg.), Handbuch Insolvenzrecht in Europa, 4. Aufl. 2014, Länderbericht England und Wales Rn. 56; Walters/Smith, IIR 2010, 181 (191 f.).

Ebenfalls genügt eine bis zu drei Jahre zurückliegende geschäftliche Tätigkeit bzw. ein früherer gewöhnlicher Aufenthalt²⁷⁵.

Voraussetzung für die Eröffnung des Insolvenzverfahrens im Falle des Schuldnerantrags ist, dass der Schuldner zahlungsunfähig ist („*the debtor is unable to pay his debts*“), s. 272 Abs. 1 IA 1986. Diese Zahlungsunfähigkeit hängt davon ab, welche Verbindlichkeiten fällig sind.

Die Eröffnung des Verfahrens steht im Ermessen des Gerichts, ss. 264 Abs. 2, 266 Abs. 3 IA 1986. Das Gericht soll nach s. 273 Abs. 1 IA 1986 von der Eröffnung absehen, wenn es sich um ein Verfahren handelt, dessen Struktur und Größe in den Anwendungsbereich des (einfacheren) *Individual Voluntary Arrangement* passt²⁷⁶. Die Vermögenslosigkeit des Schuldners ist jedoch kein Grund, von der Eröffnung des Verfahrens abzusehen²⁷⁷.

In der Praxis wurden die Eröffnungsvoraussetzungen oft nicht genau geprüft²⁷⁸. Die hieraus entstehenden Nachteile werden auch in der englischen Praxis erkannt²⁷⁹. Dies wird z.T. über ein *annulment* gem. s. 282 IA 1986 ausgeglichen, was ex post eine Kontrolle ermöglicht²⁸⁰. Jedoch sind auch in England Reaktionen auf die vermehrten Insolvenzanträge von Schuldnern mit erkennbaren grenzüberschreitenden Bezügen erfolgt. Die für den englischen *Insolvency Service* geltenden Leitlinien des *technical manual*²⁸¹ sind daher um detaillierte Leitlinien in den Kapiteln 41 und 43 ergänzt worden, die sich mit der Überprüfung und Feststellung des COMI bei dessen Verlagerungen befassen. Soweit der zuständige *official receiver* diese Leitlinien befolgt, kann er mögliche Fälle von Simulationen und unerwünschtem *forum shopping* frühzeitig erkennen und entsprechende Maßnahmen einleiten, nötigenfalls bis hin zur Beantragung eines *annulment* nach s. 282 IA 1986.

275 Letztere Kriterien lösen allerdings Konflikte mit den Anforderungen des Art. 3 Abs. 1 EuInsVO aus, wonach das COMI des Schuldners für die internationale Zuständigkeit maßgebend ist. Praktisch löst sich der Konflikt dadurch auf, dass die englischen und walisischen Gerichte nicht international zuständig sind und daher im Anwendungsbereich der EuInsVO kein Verfahren eröffnen können.

276 Schillig, in: *Kindler/Nachmann* (Hrsg.), Handbuch Insolvenzrecht in Europa, 4. Aufl. 2014, Länderbericht England und Wales Rn. 91.

277 Schillig, in: *Kindler/Nachmann* (Hrsg.), Handbuch Insolvenzrecht in Europa, 4. Aufl. 2014, Länderbericht England und Wales Rn. 92 m. w. N.

278 Vgl. die Angaben des Insolvenzberaters bei *McDonald*, *The Guardian* vom 27.05.2012, der von wenigen Sekunden spricht.

279 Exemplarisch *Walters/Smith*, IIR 2010, 181 (194).

280 *Walters/Smith*, IIR 2010, 181 (194).

281 Verfügbar unter <https://www.insolvencydirect.bis.gov.uk/TechnicalManual>, zuletzt abgerufen am 11.06.2017. Es handelt sich hierbei um keine zwingenden Vorgaben, sondern um Leitlinien, nach denen sich die Mitarbeiter des *Insolvency Service* richten sollen.

cc. Möglichkeiten zur Massemehrung

(1) Beispiel: Einziehung des Schuldnervermögens und Pflichten des Schuldners

Mit der Eröffnung des *Bankruptcy*-Verfahrens hat der Schuldner den Besitz an seinem Vermögen sowie bestimmte Unterlagen auf den *official receiver* zu übertragen, s. 291 Abs. 1 IA 1986, bzw. den Besitz an Gegenständen, die er dem *official receiver* nicht übergeben kann, nach dessen Anweisungen zu schützen, s. 291 Abs. 2 IA 1986. Nach Maßgabe des s. 293 IA 1986 wird der *official receiver* durch den *trustee in bankruptcy* ersetzt, der das Schuldnervermögen verwerten soll.

Auf den *trustee in bankruptcy* geht das zur Zeit der Verfahrenseröffnung dem Schuldner gehörende Vermögen (vgl. die Legaldefinition in s. 283 IA 1986 i.V.m. s. 432 IA 1986) kraft Gesetzes gem. s. 306 Abs. 1 IA 1986 über²⁸², soweit das Vermögen nicht für die berufliche Tätigkeit des Schuldners²⁸³ und den Unterhalt des Schuldners und seiner Familie erforderlich ist, s. 283 Abs. 2 IA 1986. Den Neuerwerb des Schuldners kann der *trustee in bankruptcy* gem. s. 307 IA 1986 zur Masse ziehen.

Neben dem Verlust des Vermögens muss der Schuldner gem. s. 331 Abs. 1 IA 1986 den *trustee in bankruptcy* in angemessener Weise bei der Wahrnehmung seiner Pflichten unterstützen. Verstößt er gegen diese Pflichten, kann der Schuldner wegen contempt of court bestraft werden, s. 331 Abs. 4 IA 1986. Gem. s. 363 Abs. 2 IA 1986 kann das Gericht den Schuldner selbst nach ergangener *discharge* dazu zwingen, den *official receiver* oder *trustee* zu unterstützen. Bei Verletzung dieser Pflichten kann auch hier der Schuldner wegen contempt of court bestraft werden, s. 363 Abs. 4 IA 1986. Darüber hinaus kann er sich nach den ss. 353 bis 360 IA 1986 strafbar machen, etwa indem er verwertbares Vermögen oder Vermögensübertragungen verschweigt, s. 353 IA 1986, Bücher und sonstige Dokumente nicht an den *official receiver* oder *trustee in bankruptcy* herausgibt, diese Unterlagen verfälscht oder zerstört, s. 355 IA 1986, oder Vermögen verschenkt, s. 357 IA 1986.

(2) Beispiel Income Payments Order

Das praktisch wichtigste Mittel zur Generierung von Insolvenzmasse in *Bankruptcy*-Verfahren ist neben der Insolvenzanfechtung die *Income Payments Order* gem. s. 310 IA 1986. Sie dient dazu, laufende Bezüge aus Arbeitsverhältnissen oder Rente zur Masse zu ziehen²⁸⁴. Die Höhe der abzuführenden Beträge orientiert sich an dem Bedarf des Schuldners für seinen Lebensunterhalt (sog. „*reasonable domestic needs*“),

282 Schillig, in: Kindler/Nachmann (Hrsg.), Handbuch Insolvenzrecht in Europa, 4. Aufl. 2014, Länderbericht England und Wales Rn. 324.

283 Diese Gegengstände können nach s. 308 Abs. 1 IA 1986 ähnlich wie nach § 811a ZPO ausgetauscht werden.

284 Renger, S. 69; Schillig, in: Kindler/Nachmann (Hrsg.), Handbuch Insolvenzrecht in Europa, 4. Aufl. 2014, Länderbericht England und Wales Rn. 386.

s. 310 Abs. 2 IA 1986²⁸⁵. Die Laufzeit der *Income Payments Order* beträgt gem. s. 310 Abs. 6 lit. b IA 1986 maximal drei Jahre. Die *Income Payments Order* nach s. 310 IA 1986 greift auch nach der *discharge*, s. 310 Abs. 6 lit. a IA 1986. Im Gegensatz zu Deutschland besteht aber keine Obliegenheit zur Erwerbstätigkeit²⁸⁶, sodass der Schuldner aus diesem Grund nicht seine Restschuldbefreiung gefährdet.

(3) Insolvenzanfechtung

Die Insolvenzanfechtung ist in den ss. 339 bis 344 IA 1986 und ss. 423 bis 425 IA 1986 geregelt. Der *trustee in bankruptcy* kann bei Gericht die Berichtigung von Verfügungen des Schuldners („*adjustment of prior transactions*“) beantragen. Das Gericht stellt durch seine Entscheidung die Lage wieder her, die vor der angegriffenen Rechtshandlung bestand, wobei das Gericht bei Ausspruch der Rechtsfolgen ein weites Ermessen hat²⁸⁷.

Von großer Bedeutung sind Verfügungen unter Wert („*transactions at an under-value*“) gem. s. 339 IA 1986, also insbesondere Schenkungen des Schuldners oder bei Leistungen, denen keine angemessene Gegenleistung gegenübersteht. Die Zeitspanne, in der die Verfügung angegriffen werden kann, beträgt nach s. 341 Abs. 1 IA 1986 fünf Jahre vor Stellung des Insolvenzantrags.

Anfechtbar sind auch Begünstigungen von Gläubigern („*preferences*“), mit denen ein Gläubiger oder Sicherheitengeber des Schuldners einen Vorteil erlangt, mit dem er im Falle eines Insolvenzverfahrens bessergestellt wird, als er ohne diesen Vorteil stünde, s. 340 Abs. 1, 3 IA 1986. Weitere Voraussetzung ist die Absicht der Vorteilsgewährung durch den Schuldner, s. 340 Abs. 4 IA 1986, wobei gem. s. 340 Abs. 5 IA 1986 diese Absicht vermutet wird, wenn die begünstigte Person dem Schuldner nahesteht. Die Anfechtungsfrist hierfür beträgt in der Regel sechs Monate, bei dem Schuldner nahestehenden Personen hingegen zwei Jahre.

Möglicherweise hat der Schuldner seine Vermögensgegenstände verwertet und den Erlös in eine Rentenversicherung investiert. Da der Insolvenzverwalter diese Zahlungen nicht ohne Weiteres durch *Income Payments Order* gem. s. 310 Abs. 7 IA 1986 zur Masse ziehen kann, wurden die Regelungen des IA 1986 um s. 342A bis 342C IA 1986 ergänzt²⁸⁸, mit denen die Abschöpfung übermäßiger Beiträge („*excessive contributions*“) zur Rentenversicherung erfolgen kann.

285 Näher dazu Renger, S. 124, sie auch Walters, IIR 2009, 5 (15); Dimmeling, ZInsO 2007, 1198 (1199).

286 Dimmeling, ZInsO 2007, 1198 (1200).

287 Schillig, in: Kindler/Nachmann (Hrsg.), Handbuch Insolvenzrecht in Europa, 4. Aufl. 2014, Länderbericht England und Wales Rn. 465.

288 Stanley, Insolv. Int. 2002, 68 (68 f.); vgl. auch Briggs, Insolv. Int. 2012, 65.

Das Interesse an diesen Ansprüchen ist entsprechend hoch, wenn der Schuldner erhebliche Summen von seiner Pension zu erwarten hat²⁸⁹. Entsprechend ging ein „Warnruf“ durch die Presse, dass „*Bankrupt high-flyers*“ ihre Pensionsansprüche riskieren²⁹⁰. Ein solches Vorgehen hat in England die Gleichbehandlung der Schuldner zur Folge, die ihre Option auf Kapitalwahl noch nicht ausgeübt haben, und solchen, die bereits die Kapitalausschüttung gewählt haben²⁹¹, auch wenn dadurch das Recht der Altersversorgung des Schuldners durch Verwertung der Rentenansprüche zugunsten der Gläubiger beeinträchtigt wird²⁹².

Darüber hinaus kann eine „betrügerische“ Verfügung zulasten der Gläubiger („*Transaction defrauding creditors*“) gem. s. 423 IA 1986 angegriffen werden. Voraussetzung ist eine *transaction at an undervalue*, vergleichbar mit s. 339 IA 1986²⁹³. Diese Verfügung muss von dem Zweck getragen sein, das Vermögen dem Zugriff der Gläubiger zu entziehen, s. 423 Abs. 3 IA 1986. Dieser Zweck muss nicht von betrügerischen oder unehrlichen Motiven getragen sein²⁹⁴. Im Unterschied zu den Regelungen der ss. 339 ff. IA 1986 kann nach s. 424 Abs. 1 lit. a IA 1986 jeder Gläubiger den Antrag auf Aufhebung der Verfügung des Schuldners stellen. Diese Vorschrift bietet daher für aktive Gläubiger die Möglichkeit, auf eigene Initiative (und eigenes Risiko) Gläubigerbenachteiligungen anzugreifen, allerdings nur mit Zustimmung des Gerichts, soweit ein *trustee in bankruptcy* im Amt ist, s. 424 Abs. 1 lit. a IA 1986.

dd. Erteilung der discharge

Das eigentliche Ziel des Schuldners im englischen *Bankruptcy*-Verfahren, die Entschuldung durch die *discharge*, erfolgt gem. s. 279 Abs. 1 IA 1986 automatisch mit

289 Vgl. den Fall *Raithatha v Williamson* (*High Court of Justice Chancery Division*, Dec. v. 04.12.2012 – [2012] EWHC 909 (Ch), BPIR 2012, 621): private Rentenversicherungen in Höhe von mehr als 900.000 £ mit rund 250.000 £ als Einmalzahlung und dann jährliche Zahlungen zwischen 23.000 und 43.000 £, vgl. zu den Zahlen *Briggs*, *Insolv. Int.* 2012, 65 (66). Ähnliche Fälle schildern *Smyth*, *Financial Times* vom 19.12.2011, und *Weston*, *Independent.ie* vom 24.04.2012, z.T. mit einer Pension in Höhe mehrerer Millionen.

290 *Weston*, *Independent.ie* vom 24.04.2012.

291 Vgl. den Fall *High Court of Justice Chancery Division*, Dec. v. 04.12.2012 – [2012] EWHC 909 (Ch), BPIR 2012, 621.

292 Kritisch dazu im Hinblick auf die Aushöhlung der Altersversorgung *Briggs*, *Insolv. Int.* 2012, 65 (66 f.).

293 *Schillig*, in: *Kindler/Nachmann* (Hrsg.), *Handbuch Insolvenzrecht in Europa*, 4. Aufl. 2014, Länderbericht England und Wales Rn. 469; *Renger*, S. 85.

294 *Schillig*, in: *Kindler/Nachmann* (Hrsg.), *Handbuch Insolvenzrecht in Europa*, 4. Aufl. 2014, Länderbericht England und Wales Rn. 469.

Ablauf des Jahres nach Erlass der *bankruptcy order*, s. 278 IA 1986²⁹⁵. Das Insolvenzverfahren muss zum Zeitpunkt der *discharge* noch nicht abgeschlossen sein²⁹⁶. Diese Jahresfrist kann der *official receiver* sogar noch verkürzen, wenn er dem Gericht noch vor Ablauf dieser Jahresfrist mitteilt, dass die Untersuchung der Angelegenheiten des Schuldners und seines Verhaltens nicht nötig oder bereits abgeschlossen ist. In diesem Fall wird der Schuldner gem. s. 279 Abs. 2 IA 1986 entschuldet, sobald die Mitteilung des *official receiver* bei Gericht eingegangen ist. Neben einer Verkürzung der *discharge period* kommt jedoch auch eine Unterbrechung der *discharge period* in Betracht, wenn der Schuldner seine Pflichten verletzt²⁹⁷. S. 279 Abs. 3 lit. a und b IA 1986 sehen vor, dass die Ablauffrist für eine bestimmte Zeit oder bis zum Eintritt einer bestimmten Bedingung unterbrochen wird. Eine Unterbrechung nach Erteilung der *discharge* ist unzulässig²⁹⁸.

Die *discharge* erfasst grundsätzlich alle Forderungen gem. s. 281 Abs. 1 IA 1986. Dies sind die Forderungen gem. s. 382 IA 1986, also insbesondere diejenigen Ansprüche, die zum Zeitpunkt des Verfahrensbeginns bestehen und durchgesetzt werden können, sowie diejenigen Ansprüche, deren Grundlage bei Verfahrenseröffnung bereits geschaffen war²⁹⁹. Eine Mindestbefriedigungsquote existiert nicht³⁰⁰.

Jedoch kennt auch das englische Recht Ausnahmen von der Restschuldbefreiung. Nach s. 281 Abs. 3 ff. IA 1986 sind verschiedene Verbindlichkeiten von der *discharge* nicht erfasst. Dies sind z. B. Verbindlichkeiten wegen bestimmter Begehungsformen des Betrugs oder der Untreue, Geldstrafen, bestimmte Buß- und Ordnungsgelder, Schadenersatzansprüche wegen Personenverletzung und bestimmte familienrechtliche Ansprüche³⁰¹. So können bspw. Schadenersatzansprüche von deutschen Sozialversicherungsträgern gem. § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 266a StGB von s. 281 Abs. 3 IA 1986 erfasst sein und selbst nach der *automatic discharge* geltend gemacht werden³⁰². Von anderen als den in s. 281 Abs. 3 ff. IA 1986 genannten Verbindlichkeiten wird der Schuldner hingegen befreit, selbst wenn diese ebenfalls auf Vorsatz beruhen und Straftatbestände verwirklichen³⁰³. Die Restschuldbefreiung des

295 Eine Ausnahme greift gem. ss. 264 Abs. 1 lit. d, 277 IA 1986 im Falle einer criminal bankruptcy order. In diesem Fall wird dem Schuldner keine *automatic discharge* gewährt. Vielmehr kann er frühestens fünf Jahre nach Beginn des Bankruptcy-Verfahrens die *discharge* beantragen, wobei Art und Umfang der *discharge* im Ermessen des Gerichts liegen, s. 280 IA 1986. Dabei hat das Gericht drei Optionen: Es kann die *discharge* erteilen, Auflagen aussprechen oder die *discharge* ganz ablehnen. Es kann auch den Zeitpunkt der *discharge* festlegen: sofort, nach Ablauf einer Frist oder erst nach Erfüllung der Auflagen. Diese Fälle sind jedoch immer seltener und sollen hier außer Betracht bleiben. Siehe ausführlicher Renger, S. 109 f., der u. a. darauf hinweist, dass mit einer Aufhebung der Regelung zu rechnen sei.

296 Mehring, ZInsO 2012, 1247 (1247).

297 Renger, S. 107.

298 Renger, S. 109.

299 Schillig, in: Kindler/Nachmann (Hrsg.), Handbuch Insolvenzrecht in Europa, 4. Aufl. 2014, Länderbericht England und Wales Rn. 126a; Dornblüth, ZIP 2014, 712 (713).

300 Ehrlicke, in: Kirchhof (Hrsg.), MünchKomm-InsO, Bd. 4, 3. Aufl. 2016 Rn. 87.

301 Hergenröder/Alsmann, ZVI 2007, 337 (343); Dornblüth, ZIP 2014, 712 (713).

302 Dornblüth, ZIP 2014, 712 (713).

303 Näher Renger, S. 115.

Schuldners erfasst nicht die Befreiung seiner Bürgen, Mitschuldner oder sonstiger Sicherungsgeber, s. 281 Abs. 2, 7 IA 1986³⁰⁴. Diese Wirkungen treten dann nicht automatisch ein, wenn der Schuldner als „*criminal bankrupt*“ gem. s. 264 Abs. 1 lit. d IA 1986 angesehen wird.

Handelt es sich um einen unredlichen Schuldner, einen sog. „*culpable bankrupt*“, wird diesem nicht die *discharge* verwehrt, wie dies im deutschen Insolvenzrecht bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 290 InsO möglich wäre. Es werden vielmehr *bankruptcy restrictions* erlassen. Etwaiges Fehlverhalten des Schuldners im Zusammenhang mit dem Insolvenzverfahren kann (neben besonderen strafrechtlichen Regelungen) über eine BRO gem. s. 281A IA 1986 i. V. m. *Schedule 4A* des IA 1986 sanktioniert werden. Der Erlass einer BRO ist sogar ausnahmsweise nach erfolgter *discharge* möglich, sched. 4A para 3 Abs. 1 lit. b IA 1986.

Voraussetzung ist neben dem Antrag des *official receiver* auch, dass dem Schuldner vorzuwerfendes Verhalten vorliegt. Bei der Beurteilung, ob schuldhaftes Verhalten vorliegt, hat das Gericht u. a. gem. sched. 4A para 2 Abs. 2 IA 1986 zu berücksichtigen: fehlende Dokumentation für Verluste, unterbliebene Vorlage von angeforderten Unterlagen, Vorteilsgewährung, übermäßige Pensionseinzahlungen, Betrug oder Untreue. Dieses Vorwürfe liegen daher häufig vor, wenn zugleich Anfechtungsgründe oder die Voraussetzungen eines contempt of court vorliegen. Die Dauer einer BRO liegt zwischen zwei und 15 Jahren, sched. 4A para 4 Abs. 2 IA 1986, und kann daher deutlich über der Dauer der Wohlverhaltensperiode mit ihren Obliegenheiten nach deutschem Recht liegen.

Die Folgen der Einstufung eines Schuldners als *culpable bankrupt* finden sich in zahlreichen Einzelregelungen und können ihm den Neustart erheblich erschweren, z. B. die Kreditaufnahme (vgl. s. 360 Abs. 1, 5 IA 1986)³⁰⁵.

Die Regelung der BRO nach englischem Recht nimmt dem Schuldner zwar nicht die *discharge*, enthält aber zahlreiche Nachteile für den Schuldner, die ihm u.U. über lange Zeit auferlegt werden.

ee. Annulment gem. s. 282 IA 1986

Die zentrale Möglichkeit, die *bankruptcy order* zu beseitigen, ist das *annulment* gem. s. 282 IA 1986. Hiernach kann das Gericht eine *bankruptcy order* annullieren, wenn es zu der Auffassung gelangt, dass diese nicht hätte erlassen werden dürfen. Das *annulment* hängt nicht vom Verhalten des Schuldners im laufenden Verfahren, sondern von den verfahrensrelevanten Tatsachen bei Erlass der *bankruptcy order* ab³⁰⁶. So können etwa bei einer Täuschung über Tatsachen, die das COMI begründen, die *bankruptcy order* und mit ihr eine bereits erteilte *discharge* annulliert werden³⁰⁷. Auch

304 Hergenröder/Alsmann, ZVI 2007, 337 (340).

305 Näher dazu Renger, S. 147.

306 Renger, S. 99.

307 Priebe, ZInsO 2012, 2074 (2081 f.). Beispiele aus der Rechtsprechung bieten etwa die Entscheidungen *Chancery Division*, Decision. v. 10.06.2009, BPIR 2009, 1075; *High Court of Justice London*, Decision v. 15.02.2011 – No. 9360/2008, IILR 2012, 460.

hängt ein *annulment* nicht davon ab, ob die *discharge* bereits wirksam ist oder nicht, s. 282 Abs. 3 IA 1986. Eine zeitliche Befristung für den Erlass eines *annulment* besteht nicht³⁰⁸. Die Entscheidung über ein *annulment* steht vielmehr im Ermessen des Gerichts³⁰⁹. Wird das *annulment* ausgesprochen, bleiben die vom *official receiver* und dem *trustee* vorgenommenen Verwertungshandlungen gem. s. 282 Abs. 4 IA 1986 wirksam.

Neben dem *annulment* gem. s. 282 IA 1986 kann das Gericht auch gem. s. 375 IA 1986 einzelne Entscheidungen widerrufen. Dabei wird diese Möglichkeit aber sehr restriktiv gehandhabt, weshalb das *annulment* die in der Praxis deutlich häufiger genutzte Möglichkeit darstellt³¹⁰.

Die Rechtsprechung zeigt auch, dass das *annulment* in der Praxis tatsächlich angewendet wird und dass zumindest in diesem Zusammenhang die Voraussetzungen des COMI ausführlich geprüft werden³¹¹.

308 *Wright/Fenwick*, IILR 2012, 45 (53); *Beck*, ZVI 2012, 433 (436); *Beck*, ZVI 2013, 250 (252); *Renger*, S. 205.

309 *Renger*, S. 99; *Wright/Fenwick*, IILR 2012, 45 (51).

310 Siehe *Renger*, S. 102.

311 *Chancery Division*, Urt. v. 10.06.2009, BPIR 2009, 1075; *High Court of Justice London*, Decision v. 15.02.2011 – No. 9360/2008, IILR 2012, 460.

C. Der Restschuldbefreiungstourismus im Anwendungsbereich der EuInsVO

Nach dem Überblick über die Anreize des nationalen Insolvenzrechts für den Restschuldbefreiungstourismus soll ein kurzer Überblick über die Entstehung und Grundstruktur der EuInsVO folgen. Hieran schließen sich das genaue Zusammenspiel der verschiedenen Normen und die sich stellenden Rechtsfragen einer schulderinitiierten Verlagerung des für die internationale Zuständigkeit zentralen „centre of a debtor’s main interests“ (nachfolgend auch: „COMI“) zur Erlangung einer Restschuldbefreiung an. Denn die Mechanismen der EuInsVO bieten für Schuldner die wichtigsten Anreize, *forum shopping* mit Aussicht auf Erfolg zu betreiben.

I. Die Entstehung und Grundstruktur der EuInsVO

1. Überblick über die Entstehungsgeschichte der EuInsVO

Die Entstehungsgeschichte der VO EG 1346/2000³¹² reicht bereits mehrere Jahrzehnte zurück, auch wenn die EuInsVO erst am 29.05.2000 verkündet wurde und am 31.05.2002 in Kraft trat. Zuvor gab es mehrere gescheiterte Versuche, das europäische Kollisionsrecht für Insolvenzverfahren zu vereinheitlichen³¹³. Am weitesten gediehen ist das Übereinkommen über das europäische Insolvenzrecht (EuInsÜ) vom 23.11.1995. Trotz der guten Ansätze scheiterte das EuInsÜ an der fehlenden Zustimmung Großbritanniens aufgrund agrarpolitischer Motive³¹⁴. Damit war zunächst die Vereinheitlichung des europäischen Kollisionsrechts für Insolvenzverfahren vom Tisch.

Gleichwohl gab es weiterhin Bestrebungen, einen einheitlichen Rahmen für grenzüberschreitende Insolvenzverfahren in Europa zu schaffen. Aus diesen Bestrebungen ging letztendlich die geltende EuInsVO hervor, die zwischenzeitlich durch die Erweiterungen der EU mehrfach ergänzt wurde. Diese Ergänzungen bezogen sich jedoch nur auf die Anhänge, um diese an die neu hinzugekommenen Verfahrensarten

312 Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates vom 29. Mai 2000 über Insolvenzverfahren, Abl. Nr. L 160 vom 30.06.2000, S. 1 – 18.

313 Ausführlich zur Entstehungsgeschichte z. B. *Paulus*, Europäische Insolvenzverordnung, 4. Aufl. (2013), Einl. Rn. 1 ff.; *Balz*, ZIP 1996, 948; *Smid*, in: *Leonhardt/Smid/Zeuner* (Hrsg.), Int InsR, 2. Aufl. 2012, Vor Art. 1 Rn. 1 f.

314 *Balz*, ZIP 1996, 948 (948); *Becker*, ZEuP 2002, 287 (290). *Wenner/Schuster*, in: *Wimmer/Ahrens* (Hrsg.), FK-InsO, 8. Aufl. 2015 Vorbemerkungen EuInsVO Rn. 1 bezeichnen die Motive als „sachfremd“.

und Akteure in den neu hinzugetretenen Mitgliedstaaten anzupassen bzw. Aktualisierungen der bereits vorhandenen Einträge vorzunehmen³¹⁵.

Eine genaue Betrachtung der EuInsVO im Vergleich mit dem EuInsÜ zeigt, dass die VO weite Teile des gescheiterten EuInsÜ übernommen hat. Dementsprechend kann für die Interpretation dieser Bestimmungen auch das Material der zuvor an der Ausarbeitung des EuInsÜ beteiligten Personen herangezogen werden³¹⁶. Neben den ausführlichen Anmerkungen des damaligen Berichterstatters Balz³¹⁷ sind der Bericht von Leipold³¹⁸ und besonders der Bericht von Virgos und Schmit³¹⁹ zur Interpretation der EuInsVO von großem Nutzen und nach wie vor von großer praktischer Bedeutung.

Doch ist die EuInsVO nicht „versteint“. Die bereits erwähnten Ergänzungen dürfen nicht über den Auftrag der Kommission in Art. 46 EuInsVO hinwegtäuschen: Die Kommission hatte bis zum 30.06.2012 einen Bericht über die Anwendung der EuInsVO anzufertigen und dem Parlament vorzulegen. Bereits im Vorfeld standen zahlreiche Verbesserungsvorschläge zur Diskussion. Die für den hier zu besprechenden Kontext relevanten Änderungsvorschläge werden in Teil F näher besprochen.

2. Die Grundstruktur der EuInsVO

a. Grundlagen

Das Funktionieren eines gemeinsamen Binnenmarktes setzt aufgrund der grenzüberschreitenden wirtschaftlichen Aktivitäten auch voraus, dass auf Insolvenzen in angemessener Art und Weise reagiert werden kann, wie es die Erwägungsgründe 2 und 3 zur EuInsVO betonen.

Die EuInsVO schafft jedoch kein gemeineuropäisch einheitliches materielles Insolvenzrecht. Sie schafft lediglich den Rahmen für eine gegenseitige Anerkennung mitgliedsstaatlicher Insolvenzverfahren, um das Funktionieren des Binnenmarktes auch in Krisenfällen zugunsten einer möglichst umfassenden Gläubigerbefriedigung zu ermöglichen³²⁰. Die Verordnung enthält daher lediglich Kollisionsrecht³²¹, jedoch kein einheitliches materielles Verfahren³²². Die Unterschiede zwischen den verschiedenen nationalen Rechtsordnungen sind – derzeit jedenfalls – so groß, dass es zu er-

315 Z. B. durch die Durchführungsverordnung Nr. 583/2011 vom 9. Juni 2011, Abl. L 160 v. 18.06.2011, S. 52–64.

316 Vgl. Wimmer, ZInsO 2001, 97 (98).

317 Balz, ZIP 1996, 948.

318 Leipold, in: Stoll (Hrsg.), Vorschläge und Gutachten zum EuInsÜ, 1997, S. 185.

319 Virgos/Schmit, in: Stoll (Hrsg.), Vorschläge und Gutachten zum EuInsÜ, 1997.

320 Huber, EuZW 2002, 490 (490); Wimmer, ZInsO 2001, 97 (99); Eidenmüller, KTS 2009, 137 (149); Bode, S. 16.

321 Bode, S. 15.

322 Becker, ZEuP 2002, 287 (295); der EuInsVONerlich, NZI 2002, Heft 6, Editorial, ist im Hinblick auf die insgesamt lange Entstehungsdauer der EuInsVO sowie auf den erreichten Rechtszustand kritisch und zeigt materielle Konflikte auf.

heblichen Friktionen käme, wenn aufgrund eines geringfügigen grenzüberschreitenden Bezugs das „europäische“ und nicht das jeweilige nationale Verfahren zur Anwendung käme. Die Ungleichbehandlung aufgrund weitgehend zufälliger Unterschiede wären dem Bürger kaum zu vermitteln. Die nationalen Unterschiede sind es aber gerade, die Schuldner zur Migration verleiten.

Die EuInsVO setzt zur Verwirklichung dieser Koordinationsaufgabe auf ein einheitliches Kollisionsrecht, das vom Grundsatz der Universalität geprägt ist und somit das gesamte Vermögen des Schuldners erfasst³²³. Ziel dieser weitreichenden Einbeziehung des Schuldnervermögens ist die Vermeidung von Konflikten³²⁴. Dabei gibt es aber nach Art. 3 Abs. 2 und 4 EuInsVO Durchbrechungen des Universalitätsprinzips zugunsten von Sekundär- bzw. Partikularinsolvenzverfahren. Es handelt sich also um ein „kupiertes“³²⁵ oder „modifiziertes Universalitätsprinzip“³²⁶, bei dem auch noch relativ unabhängige Territorialverfahren durchgeführt werden können. Wenn das Insolvenzverfahren aber grundsätzlich das gesamte Vermögen des Schuldners erfasst, muss zugleich ausgeschlossen werden, dass mehrere Verfahren diesen Anspruch zugleich erheben. Während Territorialverfahren nach Art. 3 Abs. 2 und 4 EuInsVO schon strukturell nur auf das in einem Mitgliedstaat belegene Vermögen beschränkt sind, gilt dies für das sogenannte Hauptverfahren nicht. Um Konkurrenzen – und damit Konflikte – zu vermeiden, gibt es im Anwendungsbereich grundsätzlich nur ein Hauptverfahren³²⁷. Denn es dient der Prozessökonomie, nur ein einziges Verfahren durchzuführen, an dem alle Gläubiger beteiligt sind³²⁸. Dieses Hauptverfahren ist es aber gerade, das Schuldner und Gläubiger zu ihren Gunsten beeinflussen wollen und das den größten Konfliktstoff in der Praxis in sich birgt.

Nach Art. 4 Abs. 1 EuInsVO gilt grundsätzlich die *lex fori concursus*. Das bedeutet, dass das gesamte Hauptinsolvenzverfahren sich nach dem Recht des Staates der

323 Mankowski, in: *Arbeitskreis für Insolvenzwesen Köln e.V.* (Hrsg.), *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, 3. Aufl. 2009, Kapitel 47 Rn. 18; Becker, ZEuP 2002, 287 (299); Weller, IPRax 2004, 412 (413); Weller, ZHR 2005, 570 (574); Pinterich, ZfRV 2008, 221 (222); Dahl, NJW-Spezial 2009, 245 (245).

324 De facto gelingt dies in der Praxis aber nicht immer, vgl. D.III.

325 Taupitz, ZZP 111 (1998), 314 (324).

326 Leible/Staudinger, KTS 2000, 533 (538); Huber, EuZW 2002, 490 (490 f.). Siehe auch Huber, in: Lorenz (Hrsg.), FS Heldrich, 2005, S. 679 (679); Fecht, Betteray/Delhaes (Hrsg.), FS Metzeler, 2003, S. 121 (122); Huber, in: Gottwald/Huber (Hrsg.), *Europ. InsR.*, 2008, S. 1 (4); Tkatchenko, S. 37; Jacoby, GPR 2007, 200 (201); Schmittmann/Hesselmann, ZInsO 2008, 957 (959); Smid, in: Leonhardt/Smid/Zeuner (Hrsg.), *Int InsR.*, 2. Aufl. 2012, Art. 3 Rn. 5; Weller, in: Kronke/Thorn (Hrsg.), FS von Hoffmann, 2012, S. 513 (516).

327 So bereits zum gescheiterten EuInsÜ Balz, ZIP 1996, 948 (949); Virgos/Schmit, in: Stoll (Hrsg.), *Vorschläge und Gutachten zum EuInsÜ*, 1997, Nr. 73; Leible/Staudinger, KTS 2000, 533 (545). Zur EuInsVO Duursma-Kepplinger, in: Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky (Hrsg.), *EuInsVO*, 2002, Vorbemerkung zur EuInsVO Rn. 49; Duursma/Duursma-Kepplinger, DZWIR 2003, 447 (450); Weller, IPRax 2004, 412 (413); Vogler, S. 123; Herchen, ZInsO 2004, 61 (62); Hergenröder, ZVI 2005, 233 (236); Knof, ZInsO 2005, 1017 (1020); Wimmer, ZInsO 2005, 119 (121); Weller, ZHR 2005, 570 (574); Poertzen/Adam, ZInsO 2006, 505 (506); Adam, S. 31; OGH, Urt. v. 30.11.2006 – 8 Ob 12/06g, ÖJZ 2007, 325 (327); Mair, ZIK 2008, 83 (84); Geimer, in: Bammer/Holzinger/Vogl u. a. (Hrsg.), FS Machacek und Matscher, 2008, S. 743 (745); Pinterich, ZfRV 2008, 221 (222); Dahl, NJW-Spezial 2009, 245 (245); Paulus, *Europäische Insolvenzverordnung*, 4. Aufl. (2013), Art. 3 Rn. 2; Walters/Smith, IIR 2010, 181 (188); Reuß, S. 82.

328 Hergenröder, ZVI 2005, 233 (236); Reuß, S. 83 m. w. N.

Verfahrenseröffnung richtet. Zur Eröffnung des Hauptinsolvenzverfahrens sind nach Art. 3 Abs. 1 EuInsVO diejenigen Gerichte desjenigen Mitgliedstaates international zuständig, in dessen Hoheitsgebiet der Schuldner den Mittelpunkt seiner hauptsächlichen Interessen hat. Tragend für die Wahl des COMI als Anknüpfungskriterium ist der Gedanke, dass sich an diesem Ort das meiste Vermögen sowie die meisten Gläubiger befinden werden³²⁹, sodass das Gericht mit der größten Sachnähe für das Insolvenzverfahren international zuständig ist³³⁰.

Die grundsätzliche Geltung der *lex fori concursus* wird aber in den Art. 5 bis 15 EuInsVO zugunsten des Vertrauensschutzes und der Rechtssicherheit partiell für besondere Einzelfälle durchbrochen, was Erwägungsgrund 24 S. 2 besonders betont. Für besondere Gläubigergruppen sind spezielle Kollisionsnormen vorhanden, die deren Vertrauen schützen³³¹. So wird z. B. der Eigentumsvorbehalt gem. Art. 7 EuInsVO als weitverbreitetes Kreditsicherungsmittel besonders geregelt.

Die EuInsVO ist geprägt vom Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens, um ihre Anwendung effektiv zu machen³³². Dabei erfasst das Vertrauen auch die Idee, dass grundsätzlich sämtliche Insolvenzverfahren gerecht und fair sind³³³. Da noch kein einheitliches materielles Insolvenzrecht existiert, müssen Richter und Verwalter in der Anwendung der EuInsVO vorsichtig und zurückhaltend sein³³⁴. Dies bedeutet auch, dass Normen nicht einseitig zugunsten der eigenen Rechtsordnung interpretiert werden dürfen und dass ausführliche Begründungen der jeweiligen Entscheidungen erfolgen sollten³³⁵. Solche einseitigen Anwendungen sind gerade das, was als „Insolvenz-Imperialismus“ bezeichnet wird³³⁶. Beispiele dafür sind gerade die Justizkonflikte um Eurofood³³⁷, Brochier³³⁸, PIN³³⁹ usw.

Unerwünscht ist hingegen das *forum shopping*, weil es wirtschaftlich schädlich ist³⁴⁰, insbesondere weil im gesellschaftsrechtlichen Bereich die aufeinander abge-

329 Duursma/Duursma-Kepplinger, DZWIR 2003, 447 (449); Adam, S. 33.

330 Wimmer, ZInsO 2005, 119 (121); Adam, S. 4; Reuß, S. 82 m. w. N.; Wimmer, jurisPR-InsR 13/2012, Anm. 1. Taupitz, ZJP 111 (1998), 314 (324 f.) zum EuInsÜ.

331 Kodek, in: Kodek/Konecny (Hrsg.), Insolvenz-Forum 2007, 2008, S. 207 (210).

332 EuGH, Urt. v. 02.05.2006 – Rs. C-341/04, Slg. 2006, 3813 (I-3870 Rn. 39 f.); EuGH, Urt. v. 21.01.2010 – Rs. C-444/07, Slg. 2010, 417 (I-432 Rn. 29); Paulus, Europäische Insolvenzverordnung, 4. Aufl. (2013), Einl. Rn. 19; Turck, S. 26 ff.

333 Paulus, Europäische Insolvenzverordnung, 4. Aufl. (2013), Einl. Rn. 19.

334 Paulus, Europäische Insolvenzverordnung, 4. Aufl. (2013), Einl. Rn. 20. Vgl. auch Paulus, NZI 2008, 1 (5 f.).

335 Paulus, Europäische Insolvenzverordnung, 4. Aufl. (2013), Einl. Rn. 20.

336 Siehe Mankowski, EWIR 2003, 1239 (1239); Mankowski, RIW 2004, 587 (597); Weller, ZHR 2005, 570 (579); Lüer, in: Piepenburg (Hrsg.), FS Greiner, 2005, S. 201 (201) Konecny, in: Kodek/Konecny (Hrsg.), Insolvenz-Forum 2007, 2008, S. 103 (104).

337 EuGH, Urt. v. 02.05.2006 – Rs. C-341/04, Slg. 2006, 3813; siehe auch die Vorlage des *Supreme Court of Ireland*, Beschl. v. 27.07.2004 – C 341/04, ZInsO 2005, 159.

338 *High Court of Justice London*, Beschl. v. 15.08.2006 – No. 5618/06, NZI 2007, 187; *High Court of Justice London*, Beschl. v. 08.12.2006 – No. 6211/06, NZI 2007, 187; AG Nürnberg, Beschl. v. 15.08.2006 – 8004 IN 1326 bis 1331/06, NZI 2007, 185; AG Nürnberg, Beschl. v. 01.10.2006 – 8034 IN 1326/06, NZI 2007, 186.

339 AG Köln, Beschl. v. 01.02.2008 – 73 IN 682/07, NZI 2008, 254; AG Köln, Beschl. v. 19.02.2008 – 73 IE 1/08, NZI 2008, 257.

340 Eidenmüller, ZGR 2006, 467 (478); Klöhn, KTS 2006, 259 (285); Schwemmer, NZI 2009, 355 (357).

stimmten Vorschriften auseinandergerissen werden³⁴¹ und die Kosten der Insolvenzverfahren steigen³⁴². Dies gilt umso mehr, wenn fremdes Gesellschaftsrecht zur Anwendung kommt. Bei natürlichen Personen ist dieses Problem insgesamt weniger gravierend, aber im Gegensatz dazu gibt es bei diesen geringere Absicherungen gegen den Insolvenzfall. So fehlt etwa häufig eine Insolvenzantragspflicht, wie sie in Deutschland in § 15a InsO für Gesellschaften geregelt ist, um den Schuldner zur raschen Einleitung des Insolvenzverfahrens zu zwingen. Diese rasche Einleitung dient dazu, dass die Sanierungsaussichten noch genutzt werden und zumindest für die Gläubiger noch einige Aussicht auf Befriedigung besteht. Zugleich sollen Anreize für *forum shopping* durch Verlagerung von Vermögensgegenständen oder Streitigkeiten genommen werden³⁴³. Das *forum shopping* verlagert die Risiken vor allem auf diejenigen Gläubiger, die nicht in der Lage sind, sich umfassend gegen die Insolvenz zu sichern und auf die Wahl des Forums Einfluss zu nehmen³⁴⁴, insbesondere auf Kleingläubiger³⁴⁵.

b. Autonome Auslegung der EuInsVO

Wie praktisch jeder andere Rechtsakt ist auch die EuInsVO auslegungsbedürftig. Die bisherige Geschichte der EuInsVO hat gezeigt, dass an den unterschiedlichsten Stellen immer wieder Unklarheit bei der Anwendung der Regelungen bestand und die Verordnung unterschiedlich interpretiert wurde. In der Folge entstanden regelrechte „Justizkonflikte“³⁴⁶, welche die Abwicklung der Insolvenzverfahren erheblich erschwert und verzögert haben³⁴⁷. Bei der Auslegung ist jedoch die Rechtsnatur der EuInsVO als Verordnung nach Art. 288 Abs. 2 AEUV (ex-Art 249 Abs. 2 EGV) zu berücksichtigen. Als europäischer Rechtsakt ist sie daher autonom europarechtlich aus-

341 Bode, S. 17.

342 Klöhn, KTS 2006, 259 (263).

343 Wimmer, ZInsO 2001, 97 (99).

344 Schwemmer, NZI 2009, 355 (357); Bode, S. 17.

345 Kindler, IPRax 2006, 114 (115); Eidenmüller, ZGR 2006, 467 (478).

346 Exemplarisch nur *EuGH*, Urt. v. 02.05.2006 – Rs. C-341/04, Slg. 2006, 3813; *High Court of Justice London*, Beschl. v. 15.08.2006 – No. 5618/06, NZI 2007, 187; *High Court of Justice London*, Beschl. v. 08.12.2006 – No. 6211/06, NZI 2007, 187; *AG Nürnberg*, Beschl. v. 15.08.2006 – 8004 IN 1326 bis 1331/06, NZI 2007, 185; *AG Nürnberg*, Beschl. v. 01.10.2006 – 8034 IN 1326/06, NZI 2007, 186; *AG Köln*, Beschl. v. 01.02.2008 – 73 IN 682/07, NZI 2008, 254; *AG Köln*, Beschl. v. 19.02.2008 – 73 IE 1/08, NZI 2008, 257.

347 Man denke nur an die Dauer eines Verfahrens, wenn allein die Klärung der internationalen Zuständigkeit über den *EuGH* zu erfolgen hat, und die Fragen der bis dahin zu treffenden Interimsentscheidungen des Insolvenzverwalters. Auch die jahrelange Verfahrensdauer im Fall *Stojevic High Court of Justice London*, Beschl. v. 20.12.2006 – No. 9849/02, NZI 2007, 361, wird dem Charakter des Insolvenzrechts kaum gerecht, vgl. auch *Mankowski*, EWIR 2007, 463 (463).

zulegen³⁴⁸. Es ist den Mitgliedstaaten nicht gestattet, ohne Weiteres die Begriffe der EuInsVO mit der im Mitgliedstaat üblichen Auslegung gleichzusetzen und in dieser Bedeutung anzuwenden. Bei der Auslegung ist jedoch zu beachten, dass die EuInsVO kein vollständig geschlossenes System bildet. Sie regelt lediglich das Kollisionsrecht³⁴⁹. Lücken sind daher im europarechtlichen Kontext zu schließen, ohne dass voreilig auf nationales Recht rekurriert werden könnte³⁵⁰. So kann bspw. auch auf die EuGVVO zurückgegriffen werden³⁵¹. Das bedeutet nicht, dass überhaupt nicht auf nationales Recht zurückgegriffen werden könnte. Im Rahmen der Auslegung ist der Rechtsvergleich mit dem nationalen Recht der Mitgliedstaaten möglich, um ein „Durchschnittsverständnis“ der Mitgliedstaaten festzustellen³⁵². Dies hat zwei Gründe: Der erste ist die Dogmatik der Auslegung. Europäisches Recht ist nach europäischem Maßstab auszulegen, nicht etwa bspw. nach deutschem, finnischem oder italienischem Recht. Der zweite Grund ist, dass mit einer einheitlichen Auslegung auf europäischer Ebene von vornherein zahlreiche Konflikte vermieden werden können. Es wird um einiges seltener vorkommen, dass sich die Gerichte bei der Anwendung der EuInsVO uneins sind, wenn sie die einheitliche Auslegung der EuInsVO zugrunde legen, als wenn sie die in ihrem eigenen Hoheitsgebiet übliche nationale Interpretation bestimmter Begriffe oder Strukturen durchzusetzen versuchen.

So einleuchtend diese Herangehensweise zunächst erscheint, so wenig wurde sie von einigen Gerichten und Autoren bei der Prüfung des COMI berücksichtigt. (Angebliche) Versuche einer Interpretation nach nationalen Vorstellungen und Wün-

348 *EuGH*, Urt. v. 02.05.2006 – Rs. C-341/04, Slg. 2006, 3813 (I-3868 Rn. 31); *EuGH*, Urt. v. 20.10.2011 – Rs. C-396/09, Slg. 2009, 9915 (2126 f.); *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 23.08.2013 – I-22 U 37/13, BeckRS 2013, 15627; *Deipenbrock*, EWS 2001, 113 (114); *Duursma-Kepplinger*, in: *Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky* (Hrsg.), EuInsVO, 2002, Vorbemerkung zur EuInsVO Rn. 20; *Carstens*, S. 44; *Vallender*, KTS 2005, 283 (287); *Leipold*, in: *Hau/Schmidt* (Hrsg.), FS Lindacher, 2007, S. 65 (69); *Bariatti*, *RabelsZ* 73 (2009), 629 (649); *Paulus*, Europäische Insolvenzverordnung, 4. Aufl. (2013), Einl. Rn. 18; *Kindler*, in: *Heinrichs/Rebmann/Säcker* (Hrsg.), MünchKomm-BGB, Bd. 11, 6. Aufl. 2015, Vor Art. 1 EuInsVO Rn. 13; *Cranshaw*, jurisPR-HaGesR 3/2012, Anm. 4; *Vallender*, in: *Arbeitskreis für Insolvenzwesen Köln e.V.* (Hrsg.), Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 3. Aufl. 2009, Kapitel 5 Rn. 2; *Brinkmann*, BRJ 2013, 5 (6); *Reinhart*, in: *Kirchhof* (Hrsg.), MünchKomm-InsO, Bd. 4, 3. Aufl. 2016, vor Art. 1 EuInsVO Rn. 23; *Geimer*, in: *Bammer/Holzinger/Vogl u. a.*, (Hrsg.), FS Machacek und Matscher, 2008, S. 743 (747); *Isaacs/Brent*, in: *Moss/Fletcher/Isaacs* (Hrsg.), The EC regulation on insolvency proceedings, 2. Aufl. 2009, Kap. 2 Rn. 2.24 f.; *Tkatchenko*, S. 25; *Weller*, in: *Kronke/Thorn* (Hrsg.), FS von Hoffmann, 2012, S. 513 (519); *Schmidt*, EWIR 2011, 345; *Smid*, in: *Leonhardt/Smid/Zeuner* (Hrsg.), Int InsR, 2. Aufl. 2012, Vor Art. 1 Rn. 12 f.; *Wenner*, in: *Mohrbutter/Ringstmeier* (Hrsg.), Hdb. Insolvenzverwaltung, 2015, S. 921, § 20 Rn. 10. Bereits zum EuInsÜ *Virgos/Schmit*, in: *Stoll* (Hrsg.), Vorschläge und Gutachten zum EuInsÜ, 1997, Nr. 43.

349 *Paulus*, Europäische Insolvenzverordnung, 4. Aufl. (2013), Einl. Rn. 17.

350 *Paulus*, Europäische Insolvenzverordnung, 4. Aufl. (2013), Einl. Rn. 18.

351 *Mankowski*, NZI 2005, 575 (576); *Mankowski*, NZI 2006, 154 (154); *Vallender*, in: *Arbeitskreis für Insolvenzwesen Köln e.V.* (Hrsg.), Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 3. Aufl. 2009, Kapitel 5 Rn. 2.

352 *Kindler*, in: *Heinrichs/Rebmann/Säcker* (Hrsg.), MünchKomm-BGB, Bd. 11, 6. Aufl. 2015, Vor Art. 1 EuInsVO Rn. 13.

schen haben in der Vergangenheit zu erheblicher Missstimmung und scharfzüngigen Äußerungen geführt³⁵³.

Verbindliche Abhilfe vermag grundsätzlich der EuGH zu schaffen, der über die Auslegung der EuInsVO zu entscheiden hat. Allerdings zeigt sich die Schwierigkeit dieses Weges, da der EuGH erst relativ wenige Entscheidungen zur EuInsVO getroffen hat. Denn das sonst gebräuchliche und nützliche Instrument des Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 267 AEUV (ex-Art. 234 EGV) war bis zum Inkrafttreten des AEUV nicht anwendbar. Vielmehr war nach Art. 68 Abs. 1 EGV zu verfahren. Dies hatte zur Folge, dass nicht jedes Gericht den EuGH zur Klärung einer Vorfrage anzurufen vermochte. Vielmehr konnte nur das letztinstanzliche nationale Gericht die Auslegungsfrage dem EuGH vorlegen. Dies hatte eine erhebliche Verzögerung praktisch wichtiger Verfahrensfragen zur Folge und verursachte dadurch Kosten, die es gerade im Insolvenzverfahren zu vermeiden gilt³⁵⁴. Darüber hinaus litt die Rechtssicherheit, weil sich nationale Gerichte verschiedener Mitgliedstaaten mit den entsprechenden Kompetenzkonflikten beschäftigen müssen, statt Sachentscheidungen zur Durchführung des Verfahrens zu treffen und mit der gebotenen Eile das Insolvenzverfahren abzuwickeln. Nunmehr ist mit Inkrafttreten des AEUV ab dem 01.12.2009 die Regelung des Art. 68 Abs. 1 EGV ersatzlos entfallen und die Vorlage auch durch untere Instanzen gem. Art. 267 AEUV möglich.

c. Die zentrale Bedeutung des COMI

aa. Begriff des COMI

Das COMI ist ein Akronym, das der englischen Sprachfassung der EuInsVO entstammt. Art. 3 Abs. 1 EuInsVO knüpft die internationale Zuständigkeit an das „centre of a debtor's main interests“. Die hieraus entstandene Abkürzung COMI ist international gebräuchlich und ersetzt als Kurzform auch die deutsche Fassung des Art. 3 Abs. 1 EuInsVO, der den Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen des Schuldners definiert.

Das COMI ist von zentraler Bedeutung in der Struktur der EuInsVO, weil hier- von die Anwendung des nationalen Rechts maßgeblich bestimmt wird. Für Schuldner, die *forum shopping* betreiben wollen, ist das COMI die wichtigste von ihnen selbst zu beeinflussende Voraussetzung einer grenzüberschreitenden Insolvenz, die in einer Restschuldbefreiung enden soll.

353 So ist etwa vom „Insolvenz-Imperialismus“ (z. B. Mankowski, EWiR 2003, 1239 [1239]; Lier, in: Piepenburg (Hrsg.), FS Greiner, 2005, S. 201 [201]) im Zusammenhang mit den Problemen der internationalen Konzerninsolvenz) ebenso die Rede wie von „Britannia rules the waves“ (Braun, NZI 2004, V [V]). Vallender, NZI 2007, 129 (134), spricht auch von „Great Britain rules the waves“ im Zusammenhang mit Sanierungen und Insolvenzen von Gesellschaften.

354 Carstens, S. 44 m. w. N.

bb. Anwendbarkeit der EuInsVO

Die erste zentrale Aufgabe des COMI ist es, die Anwendbarkeit der EuInsVO festzulegen. Denn die EuInsVO gilt nur für Verfahren, bei denen das COMI in einem der Mitgliedstaaten (mit Ausnahme Dänemarks) liegt.

cc. Bestimmung der internationalen Zuständigkeit

Die zweite zentrale Aufgabe des COMI nach Art. 3 Abs. 1 S. 1 EuInsVO ist die Bestimmung der internationalen Eröffnungszuständigkeit für Insolvenzverfahren im Sinne des Art. 1 Abs. 1 EuInsVO. Für die Eröffnung des Hauptinsolvenzverfahrens ist international das Gericht desjenigen Mitgliedstaats zuständig, in dessen Staatsgebiet das COMI des Schuldners liegt. Die örtliche Zuständigkeit bestimmt sich hingegen nach rein nationalem Recht, vgl. Erwägungsgrund 15.

dd. Bestimmung der lex fori concursus

Die dritte zentrale – und für das Verhältnis des Schuldners zu seinen Gläubigern letztlich wesentlich bedeutsamere – Aufgabe des COMI ergibt sich aus dem Zusammenspiel von Art. 3 Abs. 1 und Art. 4 Abs. 1 EuInsVO. Gekoppelt an die internationale Eröffnungszuständigkeit ist die Bestimmung des auf das Insolvenzverfahren anwendbaren Rechts: Der Ablauf des Insolvenzverfahrens richtet sich grundsätzlich nach dem nationalen Insolvenzrecht desjenigen Mitgliedstaates, der das Insolvenzverfahren eröffnet hat. Art. 4 Abs. 1 EuInsVO definiert diesen Staat als „Staat der Verfahrenseröffnung“. Die Verlagerung des faktensensitiven COMI führt letztlich zu einer „faktischen Rechtswahl“³⁵⁵. Im Ergebnis läuft dies darauf hinaus, dass das eröffnende Gericht das Verfahren nach seinem eigenen nationalen Insolvenzrecht durchführt und somit die ihm vertraute Rechtsordnung zur Anwendung bringt. Art. 4 Abs. 2 EuInsVO konkretisiert dies in S. 1, wonach die Voraussetzungen der Verfahrenseröffnung, der Durchführung und der Beendigung des Verfahrens sich nach dem Recht des „Staates der Verfahrenseröffnung“ bestimmen. S. 2 enthält einen umfangreichen Katalog von Verfahrensfolgen, der praktisch alle wesentlichen Fragen eines Insolvenzverfahrens enthält, aber dennoch nicht abschließend ist. Dies ergibt sich aus der Formulierung „insbesondere“ in Art. 4 Abs. 2 S. 2 EuInsVO³⁵⁶. Damit ist gewährleistet, dass auch andere mit dem Insolvenzverfahren zusammenhängende Fragen durch die lex fori concursus bestimmt werden, auch wenn sie in dem Katalog nicht genannt sind. Damit können die Gerichte die EuInsVO auf Fragestellungen anwenden, die sich künftig entwickeln.

Wesentliche Fragen des Insolvenzverfahrens, die in dem hier behandelten Zusammenhang eine Rolle spielen, sind die Fragen nach der Art eines Schuldners nach Art. 4 Abs. 2 S. 2 lit. a EuInsVO, also über welche Personen ein Verfahren eröffnet

³⁵⁵ Wyen, S. 21.

³⁵⁶ Kindler, in: *Heinrichs/Rebmann/Säcker* (Hrsg.), *MünchKomm-BGB*, Bd. 11, 6. Aufl. 2015, Art. 4 EuInsVO Rn. 5.

werden kann, welches Vermögen vom Insolvenzbeschlagn erfasst ist (lit. b), die Voraussetzungen und Wirkungen einer Beendigung des Insolvenzverfahrens und die Rechte der Gläubiger nach Beendigung des Insolvenzverfahrens (litt. j und k). Von der Verfahrensbeendigung und deren Wirkungen sind insbesondere auch die Fragen im Zusammenhang mit einer Restschuldbefreiung erfasst³⁵⁷, unabhängig davon, wie die genaue Bezeichnung lautet, welche dogmatische Einordnung im Verfahrensstaat erfolgt und wie die Umgestaltung der Gläubigerrechte konkret vonstattengeht. So erlöschen nach s. 281 Abs. 1 IA 1986 die Gläubigerrechte (wobei Sicherheiten und Rechte gegen Dritte weiter durchgesetzt werden können, s. 281 Abs. 2 und 7 IA 1986), während sie nach französischem Recht lediglich ihre Durchsetzbarkeit einbüßen³⁵⁸. Auch § 301 InsO wandelt die Verbindlichkeiten lediglich in unvollkommene Verbindlichkeiten um, die nicht mehr durchsetzbar sind, aber noch als Grundlage für akzessorische Sicherungsrechte wie Hypotheken oder Bürgschaften dienen können.

Gemeinsam mit den weitreichenden Anerkennungsvorschriften nach Art. 16 und 25 EuInsVO zeigen diese Wirkungen der *lex fori concursus*, welche Bedeutung der richtigen Bestimmung des Staates der Verfahrenseröffnung zukommt. Denn von dieser Zuständigkeit hängt die Anwendung des zutreffenden nationalen Insolvenzverfahrens mit all seinen Besonderheiten und Wirkungen ab. So wird unter anderem die *vis attractiva concursus* bejaht und an die Eröffnungszuständigkeit nach Art. 3 Abs. 1 EuInsVO gekoppelt³⁵⁹, insbesondere für die internationale Zuständigkeit für Anfechtungsklagen³⁶⁰. Damit wird verhindert, dass durch die Verlagerung von Vermögensgegenständen *forum shopping* betrieben wird³⁶¹.

357 Kindler, in: *Heinrichs/Rebmann/Säcker* (Hrsg.), *MünchKomm-BGB*, Bd. 11, 6. Aufl. 2015, Art. 4 EuInsVO Rn. 46.

358 So jedenfalls die Interpretation des *OLG Celle*, Urt. v. 07.01.2010 – 6 U 60/09, *IPRax* 2011, 186 (186).

359 *EuGH*, Urt. v. 12.02.2009 – Rs. C-339/07, *Slg.* 2009, 767; *BGH*, Urt. v. 19.05.2009 – IX ZR 39/06, *NJW* 2009, 2215 (2216); *Haubold*, *IPRax* 2002, 157 (160); *Dahl*, *NZI* 2009, VI (VII); *Haas*, *ZIP* 2013, 2381; *Mankowski/Willemer*, *RIW* 2009, 669. Siehe auch *EuGH*, Urt. v. 19.04.2010 – Rs. C-213/10, *NZI* 2012, 469; *EuGH*, Urt. v. 16.01.2014 – Rs. C-328/12, *ZIP* 2014, 181 und *BGH*, *Versäumnisurt.* v. 27.03.2014 – IX ZR 2/12, *NZI* 2014, 672, zu Klagen gegen Geschäftsführer nach § 64 GmbHG *EuGH*, Urt. v. 04.12.2014 – C-295/13, *ZInsO* 2015, 256, m. Anm. *Baumert*, *NZI* 2014, 106; *BGH*, *Beschl.* v. 03.06.2014 – II ZR 34/13, *ZInsO* 2014, 1962. Zur Insolvenzverschleppungshaftung gem. § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 15a InsO *EuGH*, Urt. v. 18.07.2013, *ZIP* 2013, 1932 m. Anm. *Freitag*, *ZIP* 2014, 302; *Osterloh-Konrad*, *JZ* 2014, 44. Zu alternativen Lösungsansätzen auch ausführlich *Zeck*, S. 25 ff., sowie mit einer vorgeschlagenen Alternativanknüpfung an die *lex fori concursus* oder an das auf die anzufechtende Handlung anwendbare Recht, S. 71 ff. Mit der restriktiven Wirkung des Art. 13 EuInsVO treten dann jedoch zahlreiche Probleme auf, da die jeweiligen Anfechtungsvoraussetzungen der Mitgliedstaaten sehr unterschiedlich sein können, vgl. *Harmonisation of insolvency law at EU level: Avoidance actions and rules on contracts*, PE432.767.

360 *EuGH*, Urt. v. 12.02.2009 – Rs. C-339/07, *Slg.* 2009, 767; *BGH*, Urt. v. 19.05.2009 – IX ZR 39/06, *NJW* 2009, 2215 (2216). Dies gilt auch für die negative Feststellungsklage des Anfechtungsgegners: *LG Innsbruck*, *Beschl.* v. 12.12.2013 – 14 CG 56/13z, *NZI* 2014, 286.

361 *EuGH*, Urt. v. 12.02.2009 – Rs. C-339/07, *Slg.* 2009, 767 (I-800).

d. Sachlicher, persönlicher und räumlicher Anwendungsbereich

Der sachliche Anwendungsbereich erfasst nach Art. 1 Abs. 1 EuInsVO alle Gesamtverfahren, welche die Insolvenz des Schuldners voraussetzen. Erfasst sind sämtliche Gesamtverfahren, deren Voraussetzung eine Zahlungseinstellung oder -unfähigkeit bzw. Kreditschütterung des Schuldners ist und die ein gerichtliches Eingreifen beinhaltet, sein Vermögen mit Beschlagnahme belegt, die eine kollektive Verwertung des Schuldnervermögens oder dessen Kontrolle durch Gerichte umfassen³⁶². Die relativ offene Formulierung des Art. 1 Abs. 1 EuInsVO wird erst durch die Anhänge zur Verordnung hinreichend konkretisiert³⁶³, wobei diese über die Verweisung der Definitionsnorm des Art. 2 lit. a S. 2 in Anhang A aufgeführt werden. Auch vorläufige Verfahren sind erfasst, wenn sie die Bestellung eines Verwalters im Sinne des Anhangs C zur EuInsVO und den Vermögensbeschlagnahme des Schuldnervermögens beinhalten³⁶⁴. Der Vermögensbeschlagnahme setzt voraus, dass die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis ganz oder teilweise auf eine andere Person übertragen wird³⁶⁵. Darüber hinaus muss ein Verwalter über das Vermögen des Schuldners bestellt worden sein. Wer als tauglicher Verwalter in diesem Sinne in Betracht kommt, ist in Anhang C definiert. Ebenso sind auch Verbraucherinsolvenzverfahren erfasst³⁶⁶. Nicht erfasst sind hingegen Verfahren, die auf eine außergerichtliche Schuldenbereinigung des Schuldners gerichtet sind bzw. keinen Vermögensbeschlagnahme des Schuldners zur Folge haben³⁶⁷. Die Anhänge enthalten insoweit eine Art Legaldefinition, denn ihre Aufzählung ist abschließend³⁶⁸. Andere als die genannten Verfahrensarten und Beteiligten werden von der EuInsVO nicht erfasst, was bei Änderungen der Verfahrensarten im nationalen Recht eines Mitgliedstaates bis zur Anpassung der EuInsVO zu Friktionen führen kann³⁶⁹.

362 Vgl. *Duursma-Kepplinger*, in: *Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky* (Hrsg.), EuInsVO, 2002, Art. 1 Rn. 10; *Mankowski*, in: *Arbeitskreis für Insolvenzverfahren Köln e.V.* (Hrsg.), *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, 3. Aufl. 2009, Kapitel 47 Rn. 6.

363 *Wimmer*, ZInsO 2001, 97 (99); vgl. auch *Smid*, in: *Leonhardt/Smid/Zeuner* (Hrsg.), *Int InsR*, 2. Aufl. 2012, Art. 1 Rn. 10.

364 *EuGH*, Urt. v. 02.05.2006 – Rs. C-341/04, Slg. 2006, 3813 (I-3872 Rn. 46 f.); *Mankowski*, in: *Arbeitskreis für Insolvenzverfahren Köln e.V.* (Hrsg.), *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, 3. Aufl. 2009, Kapitel 47 Rn. 7.

365 *Virgos/Schmit*, in: *Stoll* (Hrsg.), *Vorschläge und Gutachten zum EuInsÜ*, 1997, Nr. 49.

366 *Hergenröder*, ZVI 2005, 233 (235); *Mankowski*, in: *Arbeitskreis für Insolvenzverfahren Köln e.V.* (Hrsg.), *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, 3. Aufl. 2009, Kapitel 47 Rn. 8.

367 *EuGH*, Urt. v. 08.11.2012 – Rs. C-461/11, EuZW 2013, 72 m. Anm. *Piekenbrock*, LMK 2013, 342338; *Cranshaw*, ZInsO 2013, 153, und *Hergenröder*, EuZA 2013, 512.

368 *Eidenmüller*, IPRax 2001, 2 (4); *Duursma-Kepplinger*, in: *Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky* (Hrsg.), EuInsVO, 2002, Art. 1 Rn. 12 f.; *Keggenhoff*, S. 22; *Tkatchenko*, S. 88; *Kolmann/Keller*, in: *Gottwald/Bertram* (Hrsg.), *Handbuch InsR*, 5. Aufl. 2015, § 131 Rn. 7; *Wenner/Schuster*, in: *Wimmer/Ahrens* (Hrsg.), *FK-InsO*, 8. Aufl. 2015, Art. 1 Rn. 2. *Carstens*, S. 43, mit dem Beispiel des „winding-up on public interest grounds“ gem. s. 124 A IA 1986. Vgl. zum EuInsÜ *Virgos/Schmit*, in: *Stoll* (Hrsg.), *Vorschläge und Gutachten zum EuInsÜ*, 1997, Nr. 48, 62.

369 Zum Beispiel des Austauschs der österreichischen Konkursordnung und ihrer Ersetzung durch die neue österreichische Insolvenzordnung und den damit verbundenen Anerkennungsfragen z. B. *Reisinger*, in: *Clavora/Garber* (Hrsg.), 2011, S. 143 (144); schon sehr viel früher *Duursma-Kepplinger*, in: *Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky* (Hrsg.), EuInsVO, 2002, Art. 1 Rn. 17.

Denn die „neuen“ Verfahren sind nicht im Anhang A genannt und deshalb nicht nach den Regeln der EuInsVO anerkennungsfähig. So misslich dies im Falle einer Reform einer nationalen Rechtsordnung sein mag, so liegt darin doch ein erheblicher Gewinn an Rechtssicherheit, weil der Rechtsanwender nicht im Einzelfall die Verfahrensart auf ihre Anerkennungsfähigkeit prüfen muss. Missverständnisse des ausländischen Verfahrensrechts und Folgeprobleme wie Nichtanerkennung oder Kompetenzkonflikte lassen sich dadurch vermeiden.

Den persönlichen Anwendungsbereich definiert die EuInsVO über Art. 1 Abs. 2 EuInsVO durch ein Ausschlussverfahren. Es sind grundsätzlich alle juristischen und natürlichen Personen von der EuInsVO erfasst, außer Banken und Versicherungsunternehmen, da für diese zahlreiche Sondervorschriften gelten³⁷⁰. Wenn die EuInsVO auch grundsätzlich für alle natürlichen Personen gilt, so bleibt doch der *lex fori concursus* nach Art. 4 Abs. 2 S. 2 lit. a EuInsVO überlassen, ob die Insolvenzfähigkeit der natürlichen Person von besonderen Bedingungen abhängt³⁷¹. Flankiert wird dies wiederum durch Art. 16 Abs. 1 S. 2 EuInsVO, wonach die Anerkennung der Eröffnungsentscheidung nicht davon abhängig gemacht werden darf, dass der Schuldner auch im Anerkennungsstaat insolvenzfähig wäre. Einem deutschen Verbraucherinsolvenzverfahren darf nicht die Anerkennung verweigert werden, nur weil der Anerkennungsstaat selbst für Verbraucher kein Insolvenzverfahren vorsieht. Wann der Schuldner insolvent im Sinne dieser Vorgaben ist, hängt von der genauen Ausgestaltung der Insolvenzgründe nach der *lex fori concursus* ab³⁷².

Räumlich anwendbar ist die EuInsVO, wenn der Verfahrensschuldner den Mittelpunkt seiner hauptsächlichen Interessen innerhalb eines der Mitgliedstaaten hat, Erwägungsgrund 14³⁷³. Dass dies eine notwendige Voraussetzung ist, zeigen auch Art. 3 Abs. 1 und Art. 16 EuInsVO, weil nur Verfahren, die in einem Mitgliedstaat eröffnet wurden, nach Art. 16 Abs. 1 EuInsVO anerkannt werden³⁷⁴. Aufgrund der Vor-

370 Vgl. die Richtlinien 2001/17/EG vom 19. März 2001 über die Sanierung und Liquidation von Versicherungsunternehmen, ABl EG 2001 L 110/28 und 2001/24/EG vom 4. April 2001 über die Sanierung und Liquidation von Kreditinstituten, ABl. EG 2001 L 125/15. Siehe auch *Duursma-Kepplinger*, in: *Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky* (Hrsg.), EuInsVO, 2002, Art. 1 Rn. 35 ff.; *Pinterich*, ZfRV 2008, 221 (224); *Kindler*, in: *Heinrichs/Rebmann/Säcker* (Hrsg.), MünchKomm-BGB, Bd. 11, 6. Aufl. 2015, Art. 1 EuInsVO Rn. 12 ff.

371 *Kemper*, ZIP 2001, 1609 (1611); vgl. auch *Duursma-Kepplinger*, in: *Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky* (Hrsg.), EuInsVO, 2002, Vorbemerkung zur EuInsVO Rn. 29.

372 *Virgos/Schmit*, in: *Stoll* (Hrsg.), Vorschläge und Gutachten zum EuInsÜ, 1997, Nr. 49; *Pinterich*, ZfRV 2008, 221 (223).

373 *Wimmer*, ZInsO 2001, 97 (99); *Leible/Staudinger*, KTS 2000, 533 (538); *Duursma-Kepplinger*, in: *Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky* (Hrsg.), EuInsVO, 2002, Art. 1 Rn. 4 ff., 52; *Adam*, S. 24; *Paulus*, Europäische Insolvenzverordnung, 4. Aufl. (2013), Art. 3 Rn. 5. Zu einer Gesellschaft in der Rechtsform des US-amerikanischen Rechts, die ihre Geschäfte von England aus koordiniert *High Court of Justice Chancery Division*, Urt. v. 07.02.2003 – 0042/2003 EWHC (Ch) 128, ZIP 2003, 813, m. zust. Anm. *Krebber*, IPRax 2004, 540. Siehe schon zum EuInsÜ *Virgos/Schmit*, in: *Stoll* (Hrsg.), Vorschläge und Gutachten zum EuInsÜ, 1997, Nr. 11.

374 *Duursma-Kepplinger*, in: *Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky* (Hrsg.), EuInsVO, 2002, Art. 1 Rn. 4.

behalte Dänemarks³⁷⁵ ist die EuInsVO auf Dänemark nicht anwendbar, wie es auch Erwägungsgrund 33 der EuInsVO zum Ausdruck bringt. Der Begriff des Mitgliedstaates umfasst daher sämtliche Mitgliedstaaten der EU mit Ausnahme Dänemarks. Dieser Sprachgebrauch soll auch in dieser Untersuchung verwendet werden. Schuldner mit einem COMI außerhalb der Mitgliedstaaten sind hingegen nicht von der EuInsVO erfasst³⁷⁶, die Anerkennung dieser Verfahren erfolgt nach den jeweiligen Regelungen des autonomen internationalen Insolvenzrechts³⁷⁷.

Im Zusammenhang mit dem sachlich-räumlichen Anwendungsbereich ist zu klären, welche Voraussetzungen an einen grenzüberschreitenden Bezug zu stellen sind, damit die EuInsVO anwendbar ist. So sollen reine Binnensachverhalte von der EuInsVO nicht erfasst sein³⁷⁸. Ob die EuInsVO anwendbar ist, ist in diesen Fällen regelmäßig irrelevant. Denn mangels grenzüberschreitender Bezüge stellen sich auch keine Rechtsfragen, deren Lösung sich aus der EuInsVO ergeben würde³⁷⁹. Für die Untersuchung des Restschuldbefreiungstourismus ist diese Frage letztlich nicht von Bedeutung, da selbst bei einem lediglich vorgetäuschten Umzug des Schuldners in einen anderen Mitgliedstaat ein grenzüberschreitender Sachverhalt vorliegt, der die Anwendbarkeit der EuInsVO zur Folge hat.

Liegt ein grenzüberschreitender Bezug innerhalb der Mitgliedstaaten vor, genügt hingegen bereits das Vorhandensein eines Gläubigers mit gewöhnlichem Aufenthalt, Wohnsitz oder Sitz in einem anderen Mitgliedstaat, um die Anwendbarkeit der EuInsVO zu begründen³⁸⁰. Dies ist der Regelfall, der dem hier zu untersuchenden Restschuldbefreiungstourismus zugrunde liegt.

Ein anderer – und umstrittener – Aspekt ist die Anwendbarkeit der EuInsVO in Fällen mit grenzüberschreitenden Bezügen zu Drittstaaten. Bisweilen wird gefordert, dass der grenzüberschreitende Bezug gerade zu einem weiteren Mitgliedstaat beste-

375 Dänemark behielt sich gem. ex-Art. 69 EGV vor, bestimmte Sekundärrechtsakte ausdrücklich anzuerkennen, Protokoll v. 02.10.1997 (ABl. Nr. C 340 S. 101).

376 Becker, ZEuP 2002, 287 (299); Paulus, Europäische Insolvenzverordnung, 4. Aufl. (2013), Einl. Rn. 34.

377 Leible/Staudinger, KTS 2000, 533 (540); Huber, ZZZ 114 (2001), 133 (138); Pinterich, ZfRV 2008, 221 (224 f.).

378 Huber, ZZZ 114 (2001), 133 (136); Huber, EuZW 2002, 490 (491); Duursma-Kepplinger, in: Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky (Hrsg.), EuInsVO, 2002, Art. 1 Rn. 2; Vallender, KTS 2005, 283 (285); Adam, S. 25; Pinterich, ZfRV 2008, 221 (25); Wenner/Schuster, in: Wimmer/Ahrens (Hrsg.), FK-InsO, 8. Aufl. 2015, Art. 1 Rn. 8; Reuß, S. 76; Smid, in: Leonhardt/Smid/Zeuner (Hrsg.), Int InsR, 2. Aufl. 2012, Art. 1 Rn. 7; AG Hamburg, Beschl. v. 16.08.2006 – 67a IE 1/06, NZI 2006, 652 (652); AG Köln, Beschl. v. 19.01.2012 – 74 IN 108/10, ZVI 2012, 193 (194). Vgl. Kindler, in: Heinrichs/Rebmann/Säcker (Hrsg.), MünchKomm-BGB, Bd. 11, 6. Aufl. 2015, Art. 1 Rn. 23, der sich auf die Entscheidung des EuGH, Urt. v. 16.01.2014 – Rs. C-328/12, ZIP 2014, 181, bezieht, der die Anwendbarkeit von reinen Binnensachverhalten genügen lasse. Der EuGH bezieht sich in den Rn. 19 f. der Entscheidung jedoch nur auf die Abgrenzung des Anwendungsbereichs bei Fällen mit Bezügen zu Drittstaaten.

379 Reinhart, in: Kirchhof (Hrsg.), MünchKomm-InsO, Bd. 4, 3. Aufl. 2016, Art. 1 Rn. 13.

380 AG Hamburg, Beschl. v. 16.08.2006 – 67a IE 1/06, NZI 2006, 652 (652); Klöhn, NZI 2006, 653 (653); vgl. auch Adam, S. 25.

hen muss³⁸¹. Nach anderer Auffassung soll aber genügen, dass überhaupt ein grenzüberschreitender Bezug besteht, wobei ein Bezug zu einem Drittstaat (also auch Dänemark) genüge³⁸². Bisweilen wird auch anhand der jeweils anzuwendenden Kollisionsnorm der EuInsVO differenziert³⁸³, sodass für die Feststellung der internationalen Zuständigkeit nach Art. 3 EuInsVO bereits genüge, dass Bezüge zu Drittstaaten bestünden³⁸⁴.

Der EuGH hat jedoch ausdrücklich auf einen grenzüberschreitenden Bezug zu einem anderen Mitgliedstaat als Anwendungsvoraussetzung verzichtet³⁸⁵. Dies leitet er aus einem Umkehrschluss aus Erwägungsgrund 21 und der Art. 5 sowie 27 ff. EuInsVO ab, da diese Vorschriften im Gegensatz zu anderen Vorschriften wie Art. 6 und 14 EuInsVO ausdrücklich einen Bezug zu einem Mitgliedstaat verlangen. Ebenso ist weder Art. 1 EuInsVO noch den Verfahren im Anhang A eine Beschränkung des Geltungsbereichs der EuInsVO zu entnehmen³⁸⁶. Auch die zentrale Bedeutung des COMI nach Art. 3 Abs. 1 EuInsVO gebiete keine Beschränkung des Anwendungsbereichs, sondern solle vielmehr Rechtssicherheit für die Frage der internationalen Zuständigkeit schaffen³⁸⁷. Diese Interpretation hat nicht ohne Grund Zustimmung gefunden³⁸⁸.

Denn gerade zu Verfahrensbeginn ist unter Umständen nicht absehbar, ob überhaupt ein Bezug zu anderen Staaten vorliegt. Dass in irgendeiner Form grenzüberschreitende Sachverhalte vorliegen, ist aufgrund von Urlaubsreisen und Warenbestellung im Internet heutzutage eher Regel als Ausnahme.

381 Exemplarisch AG Köln, Beschl. v. 18.02.2008 – 71 IK 585/07, NZI 2008, 390; Duursma-Kepplinger, in: Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky (Hrsg.), EuInsVO, 2002, Art. 1 Rn. 3; Duursma-Kepplinger, NZI 2003, 87 (88); Pannen/Riedemann, NZI 2004, 646 (651); Fritz/Bähr, DZWIR 2001, 221 (222); Eidenmüller, IPRax 2001, 2 (5); Vallender, KTS 2005, 283 (285 f.); Keggenhoff, S. 103; Pinterich, ZfRV 2008, 221 (225); Kindler, in: Heinrichs/Rebmann/Säcker (Hrsg.), MünchKomm-BGB, Bd. 11, 6. Aufl. 2015, Art. 1 EuInsVO Rn. 28; Heneweer, S. 109; Paulus, Europäische Insolvenzverordnung, 4. Aufl. (2013), Art. 3 Rn. 7; Paulus, EWIR 2014, 85.

382 So z. B. EuGH, Urt. v. 16.01.2014 – Rs. C-328/12, ZIP 2014, 181; EuGH Generalanwalt, Schlussantrag v. 10.09.2013 – C-328/12, NZI 2013, 947 Rn. 31; High Court of Justice Chancery Division, Urt. v. 07.02.2003 – 0042/2003 EWHC (Ch) 128, ZIP 2003, 813 m. Anm. Krebber, IPRax 2004, 540; Huber, ZZP 114 (2001), 133 (138); Herchen, ZInsO 2003, 742 (744); Haubold, IPRax 2003, 34 (35); Wenner, in: Mohrbutter/Ringstmeier (Hrsg.), Hdb. Insolvenzverwaltung, 2015, S. 921, § 20 Rn. 7; Wenner/Schuster, in: Wimmer/Ahrens (Hrsg.), FK-InsO, 8. Aufl. 2015, Art. 1 Rn. 10; Leible/Staudinger, KTS 2000, 533 (538); Adam, S. 29; Mankowski, in: Arbeitskreis für Insolvenzwesen Köln e. V. (Hrsg.), Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 3. Aufl. 2009, Kapitel 47 Rn. 11; Kolmann/Keller, in: Gottwald/Bertram (Hrsg.), Handbuch InsR, 5. Aufl. 2015, § 131 Rn. 16; Reuß, S. 77 Fn. 22; Fuchs, S. 221.

383 Reinhart, in: Kirchhof (Hrsg.), MünchKomm-InsO, Bd. 4, 3. Aufl. 2016, Art. 1 Rn. 16 ff.

384 Z. B. High Court of Justice Chancery Division, Urt. v. 07.02.2003 – 0042/2003 EWHC (Ch) 128, ZIP 2003, 813, Reinhart, in: Kirchhof (Hrsg.), MünchKomm-InsO, Bd. 4, 3. Aufl. 2016, Art. 1 Rn. 16.

385 EuGH, Urt. v. 16.01.2014 – Rs. C-328/12, ZIP 2014, 181, Rn. 20 ff., m. krit. Anm. Paulus, EWIR 2014, 85.

386 EuGH, Urt. v. 16.01.2014 – Rs. C-328/12, ZIP 2014, 181, Rn. 20 ff.

387 EuGH, Urt. v. 16.01.2014 – Rs. C-328/12, ZIP 2014, 181, Rn. 20 ff.; Brinkmann, LMK 2014, 356291.

388 Tashiro, FD-InsR 2014, 354993; Brinkmann, LMK 2014, 356291. Vgl. auch BGH, Versäumnisurt. v. 27.03.2014 – IX ZR 2/12, NZI 2014, 672.

Für die hier zu untersuchenden Fragen des Restschuldbefreiungstourismus in Europa wird die Frage nach einem grenzüberschreitenden Bezug zu einem Mitgliedstaat freilich selten eine Rolle spielen, wenn unterstellt wird, dass der Schuldner von einem Mitgliedstaat (angeblich) in einen anderen zieht und dort die Restschuldbefreiung erlangen möchte, um von den Regelungen der EuInsVO zu profitieren. Denn in diesem Fall ist ein Bezug zu einem Mitgliedstaat ohne Weiteres gegeben, da zumindest einige Gläubiger üblicherweise ihren Sitz im vom Schuldner verlassenen Mitgliedstaat haben. Bedeutung kann die Frage nach einem Bezug zu Mitgliedstaaten jedoch erlangen, wenn der Schuldner sein COMI aus einem Drittstaat in einen Mitgliedstaat verlegt hat³⁸⁹.

e. Haupt- und Sekundärverfahren

Die EuInsVO hat ausweislich ihrer Erwägungsgründe die Gewährleistung eines funktionsfähigen Binnenmarktes zum Ziel. Um mit Krisensituationen von Schuldnern effizient umgehen zu können, soll es nur ein Insolvenzverfahren über das Vermögen des Schuldners geben, das sog. Hauptinsolvenzverfahren, für das international die Gerichte desjenigen Mitgliedstaates zuständig sind, in dessen Staatsgebiet der Schuldner sein COMI hat, Art. 3 Abs. 1 EuInsVO. Dieses Verfahren hat universale Geltung und erfasst grundsätzlich das gesamte Vermögen des Schuldners³⁹⁰.

Als Ausnahme hierzu lässt Art. 3 Abs. 2 EuInsVO ein (oder mehrere) Sekundärinsolvenzverfahren zu. Diese Verfahren beschränken sich auf das Vermögen des Schuldners, das eine Niederlassung im Mitgliedstaat des Sekundärinsolvenzverfahrens bildet. Neben dem Vertrauensschutz bestimmter Gläubiger dient das Sekundärinsolvenzverfahren auch der möglichst effektiven Verwertung des Schuldnervermögens nach dem Recht der *lex fori secundarii*.

389 Hiervon zu trennen ist die Frage, ob der Drittstaat, in dem möglicherweise Gläubiger verblieben sind, die Entscheidungen des Staats der Verfahrenseröffnung anerkennen werden. Da die Drittstaaten nicht an Art. 16 und 25 EuInsVO gebunden sind, wird eine Anerkennung nur auf Grundlage des internationalen Insolvenzrechts des Drittstaates bzw. aufgrund bilateraler Abkommen möglich sein. Diese werden auch von Art. 44 Abs. 3 EuInsVO berücksichtigt und schließen die Anwendbarkeit der EuInsVO aus (Brinkmann, LMK 2014, 356291). Die EuGVVO (falls Dänemark der Drittstaat ist) bzw. das Lugano-Übereinkommen (falls z. B. die Schweiz Drittstaat ist) sind nicht anwendbar, da sie jeweils in Art. 1 Abs. 2 lit. b Konkurse, Vergleiche und ähnliche Verfahren aus dem Anwendungsbereich ausnehmen (siehe dazu z. B. Tashiro, FD-InsR 2014, 354993). Ob dies den vom Schuldner gewünschten Effekt einer Restschuldbefreiung mit umfassender Anerkennung gewährleistet, hängt von den Regelungen des Drittstaates (u. a. von der Handhabung des *ordre-public*-Vorbehaltes) ab.

390 Vgl. Erwägungsgrund 12.

f. Regelung des Kollisionsrechts und Vertrauensschutz

Mit dem COMI geht nicht nur die Bestimmung der internationalen Zuständigkeit gem. Art. 3 Abs. 1 EuInsVO einher, sondern letztlich auch das anzuwendende nationale Insolvenzrecht. Die EuInsVO enthält insoweit keine eigenen materiellen Regelungen, sondern regelt als Kollisionsrecht lediglich, welches nationale Recht anzuwenden ist. Anzuwenden ist gem. Art. 4 Abs. 1 EuInsVO das Recht des Mitgliedstaats, in dem das Verfahren eröffnet wird. Es gilt also grundsätzlich die *lex fori concursus*. Art. 4 Abs. 2 EuInsVO enthält dabei einen – nicht abschließenden – Katalog, der einzelne Aspekte des Insolvenzverfahrens ausdrücklich der anzuwendenden *lex fori concursus* unterwirft.

Allerdings gilt die *lex fori concursus* nicht uneingeschränkt. Die Art. 5 bis 15 EuInsVO enthalten zahlreiche Ausnahmen, in denen die Anwendung der *lex fori concursus* eingeschränkt bzw. ausgeschlossen wird. Diese Regelungen sollen dem Vertrauensschutz der Gläubiger dienen, deren Vertrauen in die Anwendbarkeit einer anderen Rechtsordnung schutzwürdig ist³⁹¹. Dies ist bspw. bei Sicherungsrechten im Sinne des Art. 5 EuInsVO der Fall, da deren Bestandsfähigkeit in der Insolvenz erheblich von dem anzuwendenden Insolvenzrecht abhängt.

g. Anerkennung von Entscheidungen

Sind Entscheidungen auf Grundlage der EuInsVO ergangen, sind diese grundsätzlich ohne weitere Formalitäten (Art. 17 Abs. 1 EuInsVO) in den anderen Mitgliedstaaten anzuerkennen. Art. 16 EuInsVO betrifft die Anerkennung der Eröffnungsentscheidung, die die Anwendung der *lex fori concursus* nach Art. 4 EuInsVO ermöglicht.

Andere Entscheidungen als die Eröffnung des Verfahrens sind nach Art. 25 EuInsVO anzuerkennen. Entscheidungen, die „unmittelbar aufgrund des Insolvenzverfahrens ergehen und in engem Zusammenhang damit stehen“ sowie Entscheidungen über Sicherungsmaßnahmen werden nach Art. 25 Abs. 1 UAbs 2 und 3 EuInsVO ebenfalls ohne weitere Förmlichkeiten anerkannt. Eine Ausnahme hierzu enthält Art. 25 Abs. 3 EuInsVO für Entscheidungen, die Einschränkungen der persönlichen Freiheit oder des Postgeheimnisses zur Folge hätten.

Entscheidungen, die nicht nach Art. 25 Abs. 1 EuInsVO ergehen, sind im Anwendungsbereich der EuGVVO nach deren Voraussetzungen anzuerkennen, z. B. Entscheidungen, mit denen der Insolvenzverwalter „normale“ schuldrechtliche Ansprüche des Insolvenzschuldners durchgesetzt hat (wie etwa Kaufpreisansprüche oder Vergütungen für Dienstleistungen).

Die EuInsVO hat folglich für die zentralen Entscheidungen im Insolvenzverfahren die Anerkennung stark erleichtert und damit die Umsetzung der Entscheidungen in den Mitgliedstaaten erheblich beschleunigt und vereinfacht.

391 Vgl. etwa *Virgos/Schmit*, in: *Stoll* (Hrsg.), *Vorschläge und Gutachten zum EuInsÜ*, 1997, Rn. 97; *Wenner/Schuster*, in: *Wimmer/Ahrens* (Hrsg.), *FK-InsO*, 8. Aufl. 2015, Art. 5 Rn. 1.

h. Der *ordre public* als Ausnahmetatbestand

Die soeben beschriebene Anerkennung von Entscheidungen über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens bzw. von Entscheidungen im Zusammenhang mit dem Insolvenzverfahren kann nur dann ausnahmsweise versagt werden, wenn ein Verstoß gegen den *ordre public* gem. Art. 26 EuInsVO vorliegt. Der *ordre public* bildet dabei die Schranke, mit deren Hilfe die Anerkennung einer Entscheidung verhindert werden kann. Jedoch ist fraglich, ob und inwieweit die Voraussetzungen des Art. 26 EuInsVO im Einzelfall vorliegen, sodass hier in Theorie und Praxis erhebliche Probleme bestehen.

II. Das COMI gem. Art. 3 Abs. 1 EuInsVO

Weil das COMI eine derart weitreichende Bedeutung in grenzüberschreitenden Insolvenzverfahren erlangt und sich in zahlreichen Entscheidungen als kritischer und in den Details umstrittener Rechtsbegriff erwiesen hat, bedarf es einer genaueren Bestimmung des Mittelpunkts der hauptsächlichen Interessen des Schuldners. Mit dieser Bestimmung lassen sich zugleich zahlreiche mit dem „Restschuldbefreiungstourismus“ verbundene unerwünschte Effekte von vornherein vermeiden und Rechtssicherheit schaffen.

1. Die Entstehungsgeschichte des Begriffs³⁹²

Der Vorentwurf von 1970 und der Entwurf von 1980 enthielten in Art. 3 die Formulierung „Geschäftszentrum des Schuldners“, das „*centre des affaires*“. Nach Art. 3 Abs. 2 S. 1 des Vorentwurfs von 1970 sollte dies der Ort sein, an dem „üblicherweise die Hauptinteressen des Schuldners verwaltet werden“. Nach Art. 3 Abs. 2 S. 1 des Entwurfs von 1980 war es der Ort, „an dem der Schuldner üblicherweise seine Hauptinteressen wahrnimmt“. Die revidierte Fassung von 1984 behielt die Formulierung von 1980 bei. Nachdem das gescheiterte Übereinkommen des Europarates von 1990 die Formulierung des Mittelpunkts der hauptsächlichen Interessen enthielt, wurde dieser Begriff in das EU-Übereinkommen von 1995 übernommen. Aus diesem gescheiterten Entwurf hat die EuInsVO Art. 3 Abs. 1 unverändert übernommen. Hinzu kam Erwägungsgrund 13, der als Hinweis auf das Verständnis des Art. 3 Abs. 1 S. 1 EuInsVO denjenigen Ort ansieht, an dem der Schuldner gewöhnlich der Verwaltung seiner Interessen nachgeht und der damit für Dritte feststellbar ist.

³⁹² Ausführlich zur Entstehungsgeschichte des Begriffs *Carstens*, S. 44 f., m. w. N.

2. Der Tatbestand des Art. 3 Abs. 1 EuInsVO

a. Die Ausgangslage: de lege lata keine Legaldefinition

Wegen der zentralen Bedeutung ist die Bestimmung des COMI der Dreh- und Angelpunkt für einen Schuldner, der sich am Restschuldbefreiungstourismus beteiligen möchte. Denn sein COMI muss sich in dem Mitgliedstaat befinden, in dem er das Insolvenzverfahren über sein Vermögen initiieren möchte. Es bedarf daher einer genauen Bestimmung des Begriffs des „Centre of Main Interests“. Eine Legaldefinition enthält die EuInsVO in der geltenden Fassung bedauerlicherweise nicht. Art. 3 Abs. 1 S. 1 EuInsVO lautet vielmehr in seiner derzeitigen Fassung lediglich wie folgt:

„Für die Eröffnung des Insolvenzverfahrens sind die Gerichte des Mitgliedstaats zuständig, in dessen Gebiet der Schuldner den Mittelpunkt seiner hauptsächlichen Interessen hat.“

Für juristische Personen wird in Art. 3 Abs. 1 S. 2 EuInsVO eine widerlegbare Vermutung aufgestellt:

„Bei Gesellschaften und juristischen Personen wird bis zum Beweis des Gegenteils vermutet, dass der Mittelpunkt ihrer hauptsächlichen Interessen der Ort des satzungsmäßigen Sitzes ist.“

Eine Grundlage für die Begriffsbestimmung des COMI, die für die Interpretation herangezogen werden kann, findet sich in Erwägungsgrund 13:

„Als Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen sollte der Ort gelten, an dem der Schuldner gewöhnlich der Verwaltung seiner Interessen nachgeht und damit für Dritte feststellbar ist.“

Die Formulierung des Erwägungsgrundes geht zurück auf Nr. 75 des Virgos-Schmit-Berichts zum EuInsÜ³⁹³:

„75. Der Begriff ‚Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen‘ ist als der Ort aufzufassen, an dem der Schuldner üblicherweise – und damit für Dritte erkennbar – der Verwaltung seiner Interessen nachgeht.“

Eine Legaldefinition ist weder diesem Bericht³⁹⁴ noch dem Erwägungsgrund 13 zu entnehmen, da diese keine Bindungswirkung entfalten. Der Begriff des COMI ist daher nicht klar definiert und bedarf der Interpretation. Hierdurch entsteht die Gefahr, dass sich in den einzelnen Mitgliedstaaten verschiedene Interpretationen durchsetzen³⁹⁵. Dies wiederum kann zu Kompetenzkonflikten führen, die ein Schuldner gezielt für seine Zwecke einsetzen könnte³⁹⁶. So könnte er die unterschiedlichen Inter-

393 Virgos/Schmit, in: Stoll (Hrsg.), Vorschläge und Gutachten zum EuInsÜ, 1997.

394 Moss/Paulus, Insolv. Int. 2006, 1 (1 f.).

395 Moss/Paulus, Insolv. Int. 2006, 1 (2). Exemplarisch seien nur die Verfahren PIN (AG Köln, Beschl. v. 01.02.2008 – 73 IN 682/07, NZI 2008, 254, und AG Köln, Beschl. v. 19.02.2008 – 73 IE 1/08, NZI 2008, 257), MG Probud (EuGH, Urt. v. 21.01.2010 – Rs. C-444/07, Slg. 2010, 417) oder Eurofood (EuGH, Urt. v. 02.05.2006 – Rs. C-341/04, Slg. 2006, 3813, und Supreme Court of Ireland, Beschl. v. 27.07.2004 – C 341/04, ZInsO 2005, 159) genannt.

396 Eidenmüller, EBOR 2005, 423 (430); vgl. auch Geimer, in: Bammer/Holzinger/Vogl u. a. (Hrsg.), FS Machacek und Matscher, 2008, S. 743 (745).

pretationen der Gerichte zu seinem Vorteil nutzen, um sich einem ihm unerwünschten Verfahren zu entziehen, und stattdessen ein Verfahren in einem anderen Mitgliedstaat einzuleiten versuchen, dessen Insolvenzrecht ihm schuldnerfreundlicher erscheint. Gläubiger können sich aufgrund dieser Unsicherheiten daher nicht auf die Anwendbarkeit eines bestimmten Insolvenzrechts verlassen³⁹⁷.

Die Bedeutung der Vermutung in Art. 3 Abs. 1 S. 2 EuInsVO für Gesellschaften ist im Hinblick auf die Gläubigerinteressen an Rechtssicherheit groß³⁹⁸. Während die Gläubiger einer Gesellschaft nach Art. 3 Abs. 1 S. 2 EuInsVO mit dem satzungsmäßigen Sitz wenigstens einen nachvollziehbaren Anknüpfungspunkt haben, besteht ein solcher relativ sicherer Anknüpfungspunkt für natürliche Personen nach dem aktuellen Wortlaut der Verordnung gerade nicht.

Es ist daher notwendig, den Begriff des Mittelpunkts der hauptsächlichen Interessen durch eine europarechtliche Auslegung der EuInsVO näher zu definieren. Die Frage nach der richtigen Bestimmung des COMI bei natürlichen Personen ist nicht neu und stellte sich bereits bei der Auslegung des gescheiterten EuInsÜ: *„Die Frage, wo etwa der in einem Freiburger Unternehmen angestellte Ingenieur, der samt Familie im schönen elsässischen Städtchen Riquewihir wohnt, seine Insolvenzzuständigkeit fände, wird auf diese Weise unnötig kompliziert.“*³⁹⁹ Anhand dieses Beispiels wird eine doppelte Problematik deutlich. Zum einen geht es darum, welche Gerichte überhaupt international zuständig sind: die französischen oder die deutschen? Zum anderen hängt von der Frage der internationalen Zuständigkeit ab, ob überhaupt ein Insolvenzverfahren über das Vermögen des Schuldners eröffnet werden kann. Denn nach der internationalen Zuständigkeit zur Eröffnung des Verfahrens richtet sich auch das anzuwendende Recht, Art. 4 Abs. 2 lit. a EuInsVO. Im Beispiel Leipolds hinge von der Frage der Eröffnungszuständigkeit zugleich die Frage des „Ob“ eines Insolvenzverfahrens ab, wenn die lex fori concursus den Schuldner als nicht insolvenzfähig ansieht. Es käme also mangels Insolvenzfähigkeit des Schuldners unter Umständen gar nicht zu einem Insolvenzverfahren. Daher hängt vom Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen nicht nur das „Wo“ des Insolvenzverfahrens, sondern auch dessen „Ob“ ab⁴⁰⁰. Hiervon leiten sich wegen Art. 4 Abs. 1 EuInsVO zugleich die Folgen des Insolvenzverfahrens, insbesondere die Restschuldbefreiung, ab. Dies ergibt nicht zuletzt ein Blick in Art 4 litt. j und k EuInsVO, wonach die jeweilige lex fori concursus die Voraussetzungen und Wirkungen der Beendigung des Insolvenzverfahrens sowie die Rechte der Gläubiger nach Beendigung des Insolvenzverfahrens bestimmt. Dies zeigt auch Art. 16 Abs. 1 S. 2 EuInsVO: Ist nach dem nationalen Recht eines Mitgliedstaates der Schuldner nicht insolvenzfähig und ist nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaats ein Insolvenzverfahren eröffnet, gilt die automatische Anerkennung gleichwohl. Das grundsätzliche Problem hat sich mangels einer genauen Definition des COMI in der EuInsVO nicht geändert. Gleichwohl lässt sich das Beispiel Leipolds unter der

397 Eidenmüller, EBOR 2005, 423 (430).

398 Vgl. Eidenmüller, EBOR 2005, 423 (430).

399 Leipold, in: Stoll (Hrsg.), Vorschläge und Gutachten zum EuInsÜ, 1997, S. 185 (190).

400 Carstens, S. 51; Hergenröder, ZVI 2005, 233 (237).

herrschenden Auslegung der EuInsVO relativ leicht lösen. Die internationale Zuständigkeit der französischen Gerichte ist begründet. Denn der Schuldner ist kein selbstständiger Unternehmer und er lebt in Frankreich. Er hat dort seinen Wohnsitz und seinen gewöhnlichen Aufenthalt. Folglich hängt der weitere Gang des Insolvenzverfahrens vom französischen Insolvenzrecht ab.

Maßgebend muss sein, wo die hauptsächlichen „Interessen“ des Schuldners liegen. Der Begriff der Interessen ist wenig präzise und lässt sich weit auslegen⁴⁰¹. Dies hat zur Folge, dass auch die wirtschaftliche Tätigkeit von Privatpersonen in den Anwendungsbereich der EuInsVO fällt⁴⁰². Selbst private Interessen können genügen⁴⁰³.

Der Begriff der Interessen ist so weit zu verstehen, dass er nicht nur die Tätigkeit von Gesellschaften oder natürlichen Personen, die selbstständig ein Handelsgewerbe ausüben, sondern auch die Betätigungen von Verbrauchern erfasst⁴⁰⁴. Der Gebrauch des Begriffs der Interessen ist nicht so eng wie der Begriffs des „Geschäftszentrums“, der ohne Weiteres nur für juristische Personen und selbstständig Tätige passen würde⁴⁰⁵. Der Nachteil des Begriffs „Interessen“ ist die damit verbundene Unklarheit, welche Interessen maßgebend sein sollen. Denn Interessen können materieller und immaterieller Natur sein, sie können wirtschaftlich erheblich oder unerheblich sein. Eine Klarstellung findet sich in Erwägungsgrund 13 der EuInsVO nicht. Ein Beispiel mag das Problem verdeutlichen: Soll das Insolvenzverfahren über einen in Deutschland lebenden und arbeitenden Schuldner nach spanischem Recht eröffnet werden, nur weil aus dessen Sicht „allein die auf den Balearen verbrachten Sommerferien lebenswert sind“?⁴⁰⁶

Der Begriff der Interessen ist jedoch nicht so weit zu verstehen, dass er jede Form von Interesse genügen lässt. Letztlich soll die EuInsVO die internationale Zuständigkeit für nationale Insolvenzverfahren schaffen. Diese wiederum zielen auf die Ordnung der wirtschaftlichen Verhältnisse des Schuldners ab, sodass sämtliche Interessen mit wirtschaftlichen Auswirkungen relevant sind. Der Verordnungsgeber wollte mit der Wahl des Begriffs der Interessen lediglich auch Verbraucher in den Anwendungsbereich der Verordnung aufnehmen, nicht jedoch auch immaterielle Schuldnerinteressen⁴⁰⁷. So genügt insbesondere kein bloß ideelles Interesse wie „die auf den Balearen verbrachten Sommerferien“⁴⁰⁸. Wären derart immaterielle Interessen beachtlich, wäre dem *forum shopping* Tür und Tor geöffnet. Denn die Einlassung des Schuldners könnte hinsichtlich solcher immaterieller Interessen kaum zu widerlegen sein. Gerade solche Manipulationen will der Verordnungsgeber aber vermeiden, wenn er in Erwägungsgrund 4 das *forum shopping* möglichst beschränken will. Weil es sich beim Insolvenzverfahren um die wirtschaftliche Verwertung des Schuldnervermögens oder

401 Vgl. *Virgos/Schmit*, in: *Stoll* (Hrsg.), Vorschläge und Gutachten zum EuInsÜ, 1997, Nr. 75.

402 *Vogler*, S. 124.

403 *Paulus*, Europäische Insolvenzverordnung, 4. Aufl. (2013), Art. 3 Rn. 20a; *Bode*, S. 25.

404 *Virgos/Schmit*, in: *Stoll* (Hrsg.), Vorschläge und Gutachten zum EuInsÜ, 1997, Nr. 75.

405 Vgl. *Carstens*, S. 47.

406 Mit diesem Beispiel pointiert *Becker*, ZEuP 2002, 287 (300); zustimmend *Carstens*, S. 47.

407 *Carstens*, S. 47.

408 *Becker*, ZEuP 2002, 287 (300).

um die Sanierung des Schuldners handelt, können letztlich nur wirtschaftliche Interessen von Bedeutung sein⁴⁰⁹.

b. Hauptsächliche Interessen

Die EuInsVO zielt darauf ab, dass nur ein einziges Insolvenzverfahren über das Vermögen jedes Schuldners durchgeführt werden soll⁴¹⁰. Alternative Zuständigkeiten entsprechen nicht dem Willen des Ordnungsgebers. Die einzigen Bereichsausnahmen sind die Möglichkeiten eines Sekundär- oder Partikularinsolvenzverfahrens⁴¹¹. Diese Verfahren nach Art. 3 Abs. 2 bzw. 4 EuInsVO sind jedoch nicht als grenzüberschreitende Verfahren ausgestaltet und zielen nicht auf die Verwertung des gesamten Vermögens des Schuldners ab.

Der Schuldner wird möglicherweise verschiedene Interessen in mehreren Mitgliedstaaten verfolgen. Die Gläubiger können daher nicht sicher ihre rechtlichen und wirtschaftlichen Risiken kalkulieren. Obendrein besteht die Gefahr, dass sich Gerichte verschiedener Mitgliedstaaten für zuständig erklären und es somit zu positiven Kompetenzkonflikten kommt⁴¹². Damit einher ginge eine Erleichterung des *forum shopping*⁴¹³. Nach Erwägungsgrund 4 ist dies ausdrücklich unerwünscht. Um diesen Problemen möglichst vorzubeugen, hat der Ordnungsgeber die internationale Zuständigkeit an die *hauptsächlichen* Interessen geknüpft. Für den Fall der Verfolgung mehrerer wirtschaftlicher Interessen in verschiedenen Mitgliedstaaten ist somit ein Entscheidungskriterium vorhanden, um die eindeutige Zuordnung zu einem Mitgliedstaat zu schaffen⁴¹⁴.

Fraglich ist, wie diese eindeutige Zuordnung der hauptsächlichen Interessen erfolgt. Messbare Faktoren, wie z. B. der Wert von Grundstücken und Forderungen gegen eine Bank, sind regelmäßig leicht zu bestimmen. Jedoch sind solche Faktoren nicht allein ausschlaggebend, weil ihre Gewichtung aus Sicht Dritter kaum zu prognostizieren ist, sondern vielmehr alle Interessen in eine Gesamtabwägung einbezogen werden, um zu bestimmen, an welchem Ort sich die hauptsächlichen Interessen des Schuldners befinden⁴¹⁵.

409 Virgos/Schmit, in: Stoll (Hrsg.), Vorschläge und Gutachten zum EuInsÜ, 1997, Nr. 75; Leipold, in: Stoll (Hrsg.), Vorschläge und Gutachten zum EuInsÜ, 1997, S. 185 (190); Huber, ZJP 114 (2001), 133 (140); Becker, ZEuP 2002, 287 (300); Smid, in: Schütze (Hrsg.), FS Geimer, 2002, S. 1215 (1225); Smid, DZWIR 2004, 397 (400); Reuß, S. 92; vgl. auch Mankowski, RIW 2005, 561 (578); Knof, ZInsO 2005, 1017, der dies in den Vordergrund stellt; Adam, S. 46; Wiedemann, ZInsO 2007, 1009 (1010); Keggenhoff, S. 133; Bode, S. 25.

410 Virgos/Schmit, in: Stoll (Hrsg.), Vorschläge und Gutachten zum EuInsÜ, 1997, Nr. 73.

411 Zu Partikularinsolvenzen siehe EuGH, Urt. v. 17.11.2011 – Rs C-112/10, Slg. 2011, I1525.

412 Carstens, S. 48.

413 Carstens, S. 48.

414 Virgos/Schmit, in: Stoll (Hrsg.), Vorschläge und Gutachten zum EuInsÜ, 1997, Rn. 75.

415 Exemplarisch *High Court of Justice Leeds*, Judgment zur Administration Order vom 16.05.2003 – No. 861-876/03, ZIP 2004, 963; Vogler, S. 125.

c. Gewöhnlich

Der Begriff „gewöhnlich“ findet sich in Erwägungsgrund 13 der EuInsVO. Maßgebend für die Bestimmung dieses Merkmals sind Dauer und Kontinuität vergangener und zukünftiger Kontakte des Schuldners in Bezug auf einen bestimmten Ort⁴¹⁶. Die Wahl des Ortes, an dem der Schuldner „gewöhnlich“ der Verwaltung seiner Interessen nachgeht, dient dem Interesse der Gläubiger. Sollen diese nämlich ihre Risiken kalkulieren können, muss die Basis dieser Kalkulation eine gewisse Dauerhaftigkeit aufweisen⁴¹⁷. Wäre ein ständiger Wechsel des Anknüpfungsmerkmals möglich, wäre eine Vorhersehbarkeit der Risiken für die Gläubiger kaum gegeben⁴¹⁸. Der Manipulation und dem *Fo forum shopping* wären de facto keine Grenzen gesetzt. Um dies zu vermeiden, dient das Merkmal „gewöhnlich“ dazu, das COMI mit einer gewissen Beständigkeit zu versehen⁴¹⁹, wobei es aber keine Minstdauer geben soll⁴²⁰. Hierbei soll es stattdessen auf die subjektive Einstellung des Schuldners ankommen, ob er wenigstens künftig seine Interessen auf Dauer von dem neu gewählten Ort aus wahrnehmen will⁴²¹. Ziel dieser Auslegung ist es, die Verlagerung zu ermöglichen, ohne dass der Schuldner Insolvenzanträge hinauszögert, obwohl er bereits insolvenzreif ist, um nur die Frist für eine Verlagerung des COMI einzuhalten⁴²². Wegen der mit der Insolvenzantragstellung oder Verfahrenseröffnung verbundenen Folgen wie Insolvenzanfechtung, Haftung und Rückschlagsperren ist dies sinnvoll⁴²³.

Bei der Berücksichtigung zukünftiger Kontakte ergeben sich mehrere Probleme: Anders als bei der Berücksichtigung der Vergangenheit ist hier nur eine Prognose möglich. Was soll die Basis dieser Prognose sein? Ist der Schuldner erst vor Kurzem in einen anderen Mitgliedstaat verzogen, ist fraglich, ob und wie dies zu berücksichtigen ist. Denn die Verlegung des COMI auf Dauer lässt es plausibel erscheinen, nur an die zukünftige Lage des COMI anzuknüpfen. Die Vergangenheit bliebe weitgehend außer Betracht. Jedoch ist damit der Gefahr des *forum shopping* Tür und Tor geöffnet. Verlegt der Schuldner mit ein wenig Organisationsaufwand seinen Wohn- und Arbeitsplatz in einen anderen Mitgliedstaat, ist die Anknüpfung problematisch. Denn die Prognose lässt sich letztlich nur auf Basis der Einlassung des Schuldners und unterstützender Indizien wie Arbeitsplatz und Verlagerung von Vermögenswerten auf Dauer gewinnen. Der Arbeitsplatz kann aber wie eine Mietwohnung leicht wieder gekündigt werden. Vermögenswerte wie Forderungen gegen eine Bank lassen sich leicht und schnell transferieren. Auch Grundstücke sind kein ausreichendes Indiz, denn sie allein sind nicht ausschlaggebend zur Bestimmung des COMI.

416 Wiedemann, ZInsO 2007, 1009 (1010); Duursma-Keppinger, ZIP 2007, 896 (899 f.);

417 Carstens, S. 49; Chancery Division, Urt. v. 10.06.2009, BPIR 2009, 1075 (1077); Reuß, S. 85.

418 Carstens, S. 49.

419 Siehe z. B. AG Hamburg, Beschl. v. 16.08.2006 – 67a IE 1/06, NZI 2006, 652 (653). Adam, S. 47; Walters/Smith, IIR 2010, 181 (189); Wiedemann, ZInsO 2007, 1009 (1010). Beck, ZVI 2011, 355 (359).

420 Duursma-Keppinger, ZIP 2007, 896 (900); Walters/Smith, IIR 2010, 181 (189).

421 Duursma-Keppinger, ZIP 2007, 896 (899).

422 Duursma-Keppinger, ZIP 2007, 896 (900).

423 Duursma-Keppinger, ZIP 2007, 896 (900).

d. Verwaltung

Das Kriterium der „Verwaltung der eigenen Interessen“ aus Erwägungsgrund 13 dient dazu, einen einzelnen Fokus zu bilden. Es genügt nicht, einzelne Interessen zu finden, die sich an dem einen oder anderen Ort lokalisieren lassen. Die Bündelung der verschiedenen Interessen des Schuldners durch den Begriff der Verwaltung ermöglicht es, einen einzelnen Ort zu bestimmen. Allerdings ist nicht auf den bloßen Schwerpunkt der Interessen abzustellen. Denn diese müssten gewichtet werden, ohne dass ein Maßstab hierfür feststünde⁴²⁴. Maßgebend ist vielmehr, an welchem Ort der Schuldner seine Interessen tatsächlich verwaltet. Dieses Kriterium ist sowohl auf juristische Personen als auch auf natürliche Personen anwendbar. Es bietet den Vorteil, dass dies jeder Gläubiger objektiv feststellen kann⁴²⁵. Damit dient die Anknüpfung an den Ort der Verwaltung auch der Rechtssicherheit für die Gläubiger.

e. Für Dritte feststellbar

Nach dem Erwägungsgrund 13 der EuInsVO muss das COMI auch für Dritte feststellbar sein. Zunächst ist zu fragen, wer überhaupt „Dritter“ im diesem Sinne sein kann. Nicht Dritter sein sollen Arbeitnehmer und Organe eines Schuldners⁴²⁶. Aber diese Lösung vermag nicht zu überzeugen. Denn sie scheidet die Kenntnisse gerade derjenigen aus, die noch am besten beurteilen können, wo sich das COMI des Schuldners befindet. Da es ohnehin nicht auf die Mehrheit, sondern auf abstrakte Maßstäbe ankommen soll, ist mit diesem Ansatz wenig gewonnen und viel Rechtssicherheit verloren. Denn es ist viel zu umständlich, jeden Gläubiger im Rahmen der Prüfung der internationalen Zuständigkeit nach seinen Wahrnehmungen zum COMI zu befragen. Abgesehen davon sind auch Arbeitnehmer und Organe wegen ausstehender Lohnzahlungen möglicherweise Gläubiger des Schuldners. Dritter ist daher jeder, der Ansprüche gegen den Schuldner geltend machen kann, unabhängig davon, in welcher Beziehung er zu ihm steht⁴²⁷.

Diese Dritten müssen den Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen feststellen können. Diese Feststellbarkeit für Dritte ist wichtig, weil die Gläubiger sich an den Verfahrenskosten, der Gerichtsnähe und der Verfahrensart orientieren⁴²⁸ und beste-

424 Becker, ZEuP 2002, 287 (300) ist bspw. der Ansicht, dass auch der Ort, an dem sich die meisten Gläubiger befinden, für die Bestimmung des Interessenmittelpunkts von Bedeutung sein könne; kritisch Carstens, S. 49.

425 Carstens, S. 49.

426 Paulus, Insolv. Int. 2007, 85 (86 f.).

427 Vgl. Hess/Laukemann, JZ 2006, 671 (672); Chancery Division, Urt. v. 22.03.2006 – [2006] EWHC 1056 (Ch), BPIR 2006, 888. Reuß, S. 87 will alle „potentiell von der Insolvenz des Schuldners betroffenen Personen“ erfassen.

428 Ausführlich Knof, ZInsO 2005, 1017 (1020). Vgl. auch Hess/Laukemann, JZ 2006, 671 (672); Klöhn, KTS 2006, 259 (276).

hende bei der Vergabe von Krediten einkalkulieren⁴²⁹. Der Gläubiger muss zur Kalkulation seiner Risiken unter anderem einschätzen können, welchem Recht die Durchführung des Insolvenzverfahrens unterliegen wird. Denn davon hängt ab, welche Sicherheiten Bestand haben und welche Vermögensgegenstände überhaupt verwertbar sein werden. Bei der Feststellbarkeit geht es primär um „Schutz berechtigten Vertrauens durch Rechtssicherheit infolge von Vorhersehbarkeit“⁴³⁰. Die Gläubigerperspektive steht damit im Vordergrund⁴³¹, denn ihren Interessen dient das Insolvenzverfahren. Aber auch für den Schuldner ist wichtig, dass er weiß, wo er das für ihn zuständige Insolvenzgericht finden kann⁴³². Denn nur dort kann er einen zulässigen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens – ggf. verbunden mit dem Antrag auf Restschuldbefreiung – stellen.

An die Erkennbarkeit für Dritte werden jedoch keine allzu hohen Anforderungen zu stellen sein. Eine *konkrete* Erkennbarkeit für Dritte wird nach dem Text der EuInsVO nicht gefordert⁴³³. Es genügt vielmehr eine *abstrakte* Erkennbarkeit, da sich die Erkennbarkeit aus der Sicht eines objektiven Betrachters in der Position des Dritten bestimmen soll⁴³⁴, insbesondere dann, wenn die Gläubiger von unterschiedlichen COMI-Standorten ausgehen⁴³⁵. Es wäre zu umständlich, die einzelnen Gläubiger in jedem Verfahren zu befragen⁴³⁶, besonders weil diese zu Verfahrensbeginn häufig nicht bekannt sind.

Würde hingegen eine konkrete Erkennbarkeit durch die Gläubiger gefordert, müsste das Gericht durch langwierige Nachforschungen ermitteln, welcher Gläubiger welchen Umstand wann erkannt hat⁴³⁷. Obendrein dürfte für viele gerade kleinere Gläubiger die Risikokalkulation für den Insolvenzfall unter Berücksichtigung der Möglichkeit einer COMI-Verlagerung eine Fiktion sein, da sich die meisten Kleingläubiger wenig Gedanken über die Möglichkeiten des Schuldners zum Wechsel des COMI machen. Auch sind die Gläubiger bei der Frage der Erkennbarkeit des COMI gleich zu behandeln und nicht etwa abhängig von ihrer Forderungshöhe unterschied-

429 Knof, ZInsO 2005, 1017 (1020); Hess/Laukemann, JZ 2006, 671 (672); Wyen, S. 24 f.; ähnl. Smid, in: Leonhardt/Smid/Zeuner (Hrsg.), Int InsR, 2. Aufl. 2012, Art. 3 Rn. 18.

430 Herchen, ZInsO 2004, 825 (826); Schilling/Schmidt, ZInsO 2006, 113 (117); zust. Geroldinger, euro.lexunit 2007/3 unter 4.1.1; Smid, in: Leonhardt/Smid/Zeuner (Hrsg.), Int InsR, 2. Aufl. 2012, Art. 3 Rn. 19; Siehe auch AG Hamburg, Beschl. v. 01.12.2005 – 67a IN 450/05, NZI 2006, 120 (121) m. Anm. Herweg/Tschauner, EWiR 2006, 169 und Tashiro, FD-InsR 2006, 182287.

431 AG Hamburg, Beschl. v. 01.12.2005 – 67a IN 450/05, NZI 2006, 120 (121), m. Anm. Herweg/Tschauner, EWiR 2006, 169, und Tashiro, FD-InsR 2006, 182287; AG Hamburg, Beschl. v. 16.08.2006 – 67a IE 1/06, NZI 2006, 652 (653); vgl. auch Klöhn, KTS 2006, 259 (277), der auf den Vertrauensschutz für die nähere Zukunft abstellt.

432 Carstens, S. 50.

433 Kübler, in: Schilken (Hrsg.), FS Gerhardt, 2004, S. 527 (557).

434 EuGH, Urt. v. 02.05.2006 – Rs. C-341/04, Slg. 2006, 3813 (I-3868 Rn. 33); EuGH, Urt. v. 20.10.2011 – Rs. C-396/09, Slg. 2009, 9915, Rn. 49; Poertzgen/Adam, ZInsO 2006, 505 (507); Wiedemann, ZInsO 2007, 1009 (1011); Wautelet, in: Affaki (Hrsg.), Faillite internationale et conflit de juridictions, 2007, S. 73 (102 f.); Bode, S. 26.

435 Wautelet, in: Affaki (Hrsg.), Faillite internationale et conflit de juridictions, 2007, S. 73 (101).

436 Paulus, Insolv. Int. 2007, 85 (86).

437 Wiedemann, ZInsO 2007, 1009 (1011).

lich zu gewichten⁴³⁸. Es ist folglich auf die objektivierte Sicht aller Gläubiger abzustellen, nicht auf einzelne Großgläubiger, die zwar viel zu verlieren haben, sich aber auch besser absichern können⁴³⁹. Ein erheblicher Mehraufwand, eine zeitliche Verzögerung und Rechtsunsicherheit wären ansonsten die Folge. Hinzu kommt, dass wegen der zeitlichen Verzögerung vorläufige Sicherungsmaßnahmen möglicherweise nicht rechtzeitig greifen⁴⁴⁰. Dem Schuldner würde zulasten der Gläubigergesamtheit zu viel Freiraum gelassen, den er ausnutzen könnte. Abgesehen davon wird es in der Praxis schwierig werden, für natürliche Personen – insbesondere für Verbraucher – einen anderen Punkt als die vom Schuldner angegebene Wohn- oder Geschäftsadresse anzunehmen. Weitere Umstände werden den wenigsten Gläubigern bekannt sein. Dass die Erkennbarkeit keine übertrieben große Bedeutung hat, kann ein Blick auf die reinen Deliktsgläubiger aufzeigen: Diese suchen sich typischerweise ihren Schuldner nicht freiwillig – und noch dazu unter Berücksichtigung etwaiger insolvenzrechtlicher Überlegungen – aus. Die relevanten Informationen erhalten sie üblicherweise erst nach dem Schadensereignis. Verursacht etwa der in Deutschland wohnende Deutsche in Spanien einen Verkehrsunfall mit einem Engländer, wird sich der Engländer zuvor wenig Gedanken um die Anwendbarkeit einer bestimmten Rechtsordnung machen – zumal ihm die Vermeidung des unfreiwilligen Schadensereignisses wichtiger gewesen sein dürfte.

3. Die konkrete Anwendung des Art. 3 Abs. 1 S. 1 EulnsVO

a. Typisierende Fallkonstellationen

Zur Vereinfachung der Zuordnung des COMI haben sich in Literatur und Rechtsprechung bei natürlichen Personen verschiedene grundsätzliche Typisierungen herausgebildet, die häufig pauschal für die Zuordnung des COMI angewendet werden. Diese typisierende Betrachtung trägt regelmäßig den soeben dargestellten verschiedenen Anknüpfungskriterien Rechnung und berücksichtigt die für Dritte feststellbaren hauptsächlichen Interessen des Schuldners.

438 Schilling/Schmidt, ZInsO 2006, 113 (117).

439 Schilling/Schmidt, ZInsO 2006, 113 (117).

440 Kübler, in: Schilken (Hrsg.), FS Gerhardt, 2004, S. 527 (557); Wiedemann, ZInsO 2007, 1009 (1011).

aa. Selbstständige

Bei Schuldnern, die selbstständig tätig sind, wird der Ort, von dem aus sie ihrer selbstständigen Tätigkeit nachgehen, als ihr COMI angesehen⁴⁴¹. Dies bedeutet, dass bei Kaufleuten der Ort ihres Geschäftssitzes, bei Freiberuflern ihre Kanzlei oder Praxis das COMI darstellt⁴⁴². Tragend für diese Auslegung des COMI bei selbstständig Tätigen ist der Gedanke, dass die zur Insolvenz führenden Verbindlichkeiten i.d.R. im Zusammenhang mit den selbstständigen Tätigkeiten entstanden sind⁴⁴³. Da die Gläubiger daher primär mit dem Schuldner in seiner Eigenschaft als Selbstständiger zu tun haben, sind die von ihnen wahrgenommenen objektiven Umstände auf den Ausübungsort seiner selbstständigen wirtschaftlichen Tätigkeit bezogen. Des Weiteren werden voraussichtlich die Mehrheit der Gläubiger und ein großer Teil des Vermögens an diesem Ort zu finden sein⁴⁴⁴. Da es sich hierbei um eine abstrakte Wertung handelt, liegt selbst dann das COMI am Ort der Hauptniederlassung oder Kanzlei, wenn ausnahmsweise die Gläubiger und/oder die meisten Vermögensgegenstände sich nicht in diesem Mitgliedstaat befinden.

Die Unterscheidung zwischen selbstständig und den sogleich zu besprechenden Arbeitnehmern und Verbrauchern ist richtig, weil die materiellen und wirtschaftlichen Interessen beider Gruppen typischerweise unterschiedlich ausgeprägt sind⁴⁴⁵. Regelmäßig werden nämlich die meisten Verbindlichkeiten des Selbstständigen aus dessen beruflicher Tätigkeit stammen, während die Verbindlichkeiten des nicht

441 Balz, ZIP 1996, 948 (949); Taupitz, ZZZP 111 (1998), 314 (325); Leible/Staudinger, KTS 2000, 533 (543 f.); Fritz/Bähr, DZWIR 2001, 221 (224); Duursma-Kepplinger, in: Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky (Hrsg.), EuInsVO, 2002, Art. 3 Rn. 19; Pinterich, ZfRv 2008, 221 (226); Dahms, NJW-Spezial 2011, 638 (638). (116); Dahl, NJW-Spezial 2009, 245 (245); OGH, 8 Ob 134/07z.; BGH, Beschl. v. 06.10.2011 – IX ZB 249/10, BeckRS 2011, 23914; BGH, Beschl. v. 13.06.2006 – IX ZA 8/06, IPRspr 2006, 616 (618); BGH, Beschl. v. 22.03.2007 – IX ZB 164/06, DZWIR 2007, 347 (348); BGH, Beschl. v. 17.09.2009 – IX ZB 51/09, ZInsO 2009, 1955 (1955); BGH, Beschl. v. 17.09.2009 – IX ZB 81/09, BeckRS 2009, 26363; OLG Hamm, Urt. v. 15.09.2011 – I-18 U 226/10, 18 U 226/10, -juris; AG Köln, Beschl. v. 19.01.2012 – 74 IN 108/10, ZVI 2012, 193 (194); Mankowski, RIW 2005, 561 (578); Schmittmann/Hesselmann, ZInsO 2008, 957 (960); Weller, in: Kronke/Thorn (Hrsg.), FS von Hoffmann, 2012, S. 513 (519); Cranshaw, DZWIR 2012, 53 (54); Wright/Fenwick, IILR 2012, 45 (48).

442 BGH, Beschl. v. 13.06.2006 – IX ZA 8/06, IPRspr 2006, 616 (618); BGH, Beschl. v. 22.03.2007 – IX ZB 164/06, DZWIR 2007, 347 (348); BGH, Beschl. v. 17.09.2009 – IX ZB 81/09, BeckRS 2009, 26363; BGH, Beschl. v. 15.11.2010 – NotZ 6/10, ZIP 2011, 284 (286); LG Aachen, Beschl. v. 22.11.2010 – 6 T 113/10, BeckRS 2011, 14813; Leible/Staudinger, KTS 2000, 533 (544); Huber, ZZZP 114 (2001), 133 (140); Vogler, S. 128; Hergenröder, ZVI 2005, 233 (235); Mankowski, RIW 2005, 561 (578); Rossbach, S. 159; Wiedemann, ZInsO 2007, 1009 (1013); Reinhart, in: Kirchhof (Hrsg.), MünchKomm-InsO, Bd. 4, 3. Aufl. 2016, Art. 3 EuInsVO Rn. 52; Dahl, NJW-Spezial 2009, 245 (245); Mankowski, ZIP 2011, 1501 (1502); Bode, S. 23; Cranshaw, DZWIR 2012, 53 (54); zum gescheiterten EuInsÜ schon Balz, ZIP 1996, 948 (949).

443 Huber, ZZZP 114 (2001), 133 (140); Knof, ZInsO 2005, 1017 (1019); Rossbach, S. 159; Wiedemann, ZInsO 2007, 1009 (1013).

444 Vogler, S. 128; Wiedemann, ZInsO 2007, 1009 (1013).

445 Huber, ZZZP 114 (2001), 133 (140).

Selbstständigen aus privaten Gründen herrühren werden⁴⁴⁶. Dies zeigt, dass sich die Erkennbarkeit für Gläubiger häufig an diesen Umständen orientieren wird.

Daher muss im Einzelfall geprüft werden, ob es sich bei dem Schuldner um einen Verbraucher oder einen Selbstständigen im Sinne der EuInsVO handelt. Dies kann bei in unterschiedlichen Mitgliedstaaten liegenden Orten des Berufs- und des Privatlebens zu massiven Unterschieden bei der Zuordnung des COMI und damit bei der Bestimmung der *lex fori concursus* nach Art. 4 EuInsVO führen.

Bspw. wird die Vermietung einiger weniger Wohnungen als private Vermögensverwaltung gesehen, sodass insoweit ein Schuldner als Verbraucher anzusehen ist⁴⁴⁷. Gesellschafter von Kapitalgesellschaften üben ebenfalls keine eigene selbstständige Tätigkeit aus⁴⁴⁸. Organe von Gesellschaften, die ihre Tätigkeit am Sitz der Verwaltung ausüben, sollen hingegen dort auch ihr COMI haben⁴⁴⁹, obwohl sie formal nur angestellte Organe der Gesellschaft sind. Nach anderer Auffassung bedeutet die Tätigkeit als *director* einer englischen *limited* nicht, dass das COMI am Sitz der *limited* liegt, vielmehr ist das COMI des Schuldners dort, wo er seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat⁴⁵⁰. Denn der *director* führt die Geschäfte der Gesellschaft und nicht seine eigenen, weshalb er am Sitz der Gesellschaft auch nicht seine Interessen im Sinne des 13. Erwägungsgrunds verwaltet⁴⁵¹. Persönlich haftende Gesellschafter werden hingegen als Selbstständige behandelt, denn sie sind die eigentlichen Unternehmensträger⁴⁵². Folglich liegt ihr COMI an dem Ort, an dem die Personenhandelsgesellschaft ihre Tätigkeit ausübt. Bei mehreren – voneinander unabhängigen – selbstständigen Tätigkeiten ist danach zu unterscheiden, wo der Schwerpunkt der Erwerbstätigkeit liegt⁴⁵³.

bb. Verbraucher

Während über die Verortung des COMI bei Selbstständigen am Ort der selbstständigen Tätigkeit im Grundsatz Einigkeit besteht, ist die Zuordnung des COMI bei Verbrauchern umstritten. An die eigene berufliche Niederlassung des Verbrauchers kann nicht angeknüpft werden, weil es diese schlicht nicht gibt. Darüber hinaus wird dieser Schuldner in aller Regel seine Verbindlichkeiten nicht aus beruflichen Gründen, sondern aus privater Veranlassung eingegangen sein⁴⁵⁴ und sein Vermögen sich typischerweise an seinem Wohnort bzw. gewöhnlichen Aufenthalt befinden⁴⁵⁵.

446 Vgl. Huber, ZZZ 114 (2001), 133 (140). Beachte aber auch das Gegenbeispiel von Runkel, ZVI 2007, 45 (45 Fn. 1): 40, und mehr renovierungsbedürftige Wohnungen als wirtschaftliche Fehlinvestition eines Arztes.

447 LG Göttingen, Beschl. v. 15.12.2006 – 10 T 130/06, ZIP 2007, 1031 (1032).

448 BGH, Beschl. v. 22.09.2005 – IX ZB 55/04, ZInsO 2005, 1163 (1163).

449 BGH, Beschl. v. 13.06.2006 – IX ZA 8/06, IPRspr 2006, 616 (618); Kirchhof, WM 2008, Sonderbeilage Nr. 1 (65); a. A. Beck, ZVI 2011, 355 (362).

450 Vgl. High Court of Justice London, Beschl. v. 20.12.2006 – No. 9849/02, NZI 2007, 361 (365).

451 High Court of Justice London, Beschl. v. 20.12.2006 – No. 9849/02, NZI 2007, 361 (365).

452 BGH, Beschl. v. 22.09.2005 – IX ZB 55/04, ZInsO 2005, 1163 (1163).

453 High Court of Justice Birmingham, [2012] EWHC 2432 (Ch).

454 Vgl. Huber, ZZZ 114 (2001), 133 (140); Vogler, S. 129.

455 Vogler, S. 129.

Wie die Bestimmung des COMI bei Verbrauchern erfolgen soll, ist umstritten. So werden als zentrale Position das COMI entweder am Wohnsitz des Schuldners⁴⁵⁶ oder an seinem gewöhnlichen Aufenthalt⁴⁵⁷ gesehen. Hinzu kommen Differenzierungen und Mischformen wie der „gewöhnliche Wohnsitz“⁴⁵⁸. Auch wird der Wohnsitz als Regelfall angesehen, aber ausnahmsweise auf den gewöhnlichen Aufenthalt zurückgegriffen⁴⁵⁹. Oder aber der gewöhnliche Aufenthalt sei relevant, wobei die Vermutung bestehe, dass sich dieser am Wohnsitz befinde⁴⁶⁰.

Dem Wortlaut des Art. 3 Abs. 1 EuInsVO in der aktuellen Fassung lässt sich weder entnehmen, dass der Wohnsitz noch dass der gewöhnliche Aufenthaltsort bei natürlichen Personen das Anknüpfungskriterium sein soll. Auch Erwägungsgrund 13 gibt keine belastbaren Hinweise auf die eine oder die andere Interpretation.

Das COMI ist ein Begriff des Art. 3 Abs. 1 EuInsVO. Diese Norm ist als europäische Rechtsnorm europarechtskonform auszulegen. Die EuInsVO zielt auf ein einheitliches Hauptverfahren ab und dieses soll am COMI durchgeführt werden.

Unter Beachtung dieser Prämisse stellt sich die Frage nach dem richtigen Anknüpfungstatbestand weitestgehend als Scheinproblem dar. Der Wohnsitz im Sinne nationaler Rechtsordnungen und der gewöhnliche Aufenthalt werden in der prakti-

456 AG Celle, Beschl. v. 18.04.2005 – 29 IN 11/05, NZI 2005, 410 (411); Stadtgericht Prag, Beschl. v. 26.04.2005 – 78 K 6/05-127, ZIP 2005, 1431 (1432); Cour d'appel Colmar, 23.05.2006 – N° 1 A 06/00354, JurisData 2006-308441; LG Mannheim, Beschl. v. 13.01.2009 – 4 T 248/08, BeckRS 2009, 26625; LG Aachen, Beschl. v. 22.11.2010 – 6 T 113/10, BeckRS 2011, 14813; VG Leipzig, Urt. v. 13.09.2011 – 6 K 86/08, – juris; OGH, 8 Ob 134/07z.; Balz, ZIP 1996, 948 (949); Kemper, ZIP 2001, 1609 (1612); Wimmer, ZInsO 2001, 97 (99); Fritz/Bähr, DZWIR 2001, 221 (224); Pannen/Kühnle/Riedemann, NZI 2003, 72 (74); Graf, S. 195; Saenger/Klockenbrink, DZWIR 2006, 183 (184); Eyber, ZInsO 2009, 1225 (1226); Ahrens, LMK 2010, 297035; Ernst, ZVI 2010, 253 (254); Weller, IPRax 2011, 150 (153); Bode, S. 23; Cranshaw, DZWIR 2012, 53 (53).

457 LG Göttingen, Beschl. v. 31.01.2008 – 10 T 11/08, NZI 2008, 191 (192); LG Göttingen, Beschl. v. 04.12.2007 – 10 T 146/07, ZVI 2008, 58 (59); AG Köln, Beschl. v. 06.11.2008 – 71 IN 487/07, NZI 2009, 133 (134); OLG Hamm, Urt. v. 15.09.2011 – I-18 U 226/10, 18 U 226/10, – juris; Taupitz, ZZZP 111 (1998), 314 (325); Leible/Staudinger, KTS 2000, 533 (543); Huber, ZZZP 114 (2001), 133 (140); Becker, ZEuP 2002, 287 (300); Paulus, NZI 2001, 505 (509); Knof, ZInsO 2005, 1017 (1022); Mankowski, NZI 2005, 368 (369 f.); Mankowski, RIW 2005, 561 (577); Mankowski, NZI 2006, 154 (155); Pinterich, ZfRV 2008, 221 (226); Moss/Smith, in: Moss/Fletcher/Isaacs (Hrsg.), The EC regulation on insolvency proceedings, 2. Aufl. 2009, Kap. 8 Rn. 8.96; Kolmann/Keller, in: Gottwald/Bertram (Hrsg.), Handbuch InsR, 5. Aufl. 2015, § 131 Rn. 28; Mankowski, ZIP 2011, 1501 (1502); Wiedemann, ZInsO 2007, 1009 (1013); Reuß, S. 89; Weller, in: Kronke/Thorn (Hrsg.), FS von Hoffmann, 2012, S. 513 (519); Brinkmann, BRJ 2013, 5 (8). Wenner/Schuster, in: Wimmer/Ahrens (Hrsg.), FK-InsO, 8. Aufl. 2015, Art. 3 Rn. 9; BGH, Beschl. v. 02.03.2017 – IX ZB 70/16, NJW-RR 2017, 552; Christofaro, in: Gottwald/Huber (Hrsg.), Europ. InsR., 2008, S. 39 (52), sieht eine „grundsätzliche Einigkeit“ über den gewöhnlichen Aufenthaltsort als Anknüpfungspunkt für das COMI eines Nichtselbstständigen.

458 Deipenbrock, EWS 2001, 113 (116).

459 Kindler, in: Heinrichs/Rebmann/Säcker (Hrsg.), MünchKomm-BGB, Bd. 11, 6. Aufl. 2015, Art. 3 EuInsVO Rn. 38; Kindler, in: Kindler/Nachmann (Hrsg.), Handbuch Insolvenzrecht in Europa, 4. Aufl. 2014, § 2 Rn. 19; vgl. Smid, in: Leonhardt/Smid/Zeuner (Hrsg.), Int InsR, 2. Aufl. 2012, Art. 3 Rn. 12.

460 Duursma-Kepplinger, in: Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky (Hrsg.), EuInsVO, 2002, Art. 3 Rn. 22; vgl. auch Huber, ZZZP 114 (2001), 133 (140); Kolmann/Keller, in: Gottwald/Bertram (Hrsg.), Handbuch InsR, 5. Aufl. 2015, § 130 Rn. 18.

schen Anwendung häufig nicht auseinanderfallen und zu divergierenden Ergebnissen führen. Nur wenn beide auseinanderfielen, würde die Frage überhaupt relevant.

Doch auch hier kann dieser Streit letztlich dahinstehen, wenn man den Begriff des COMI des Verbrauchers im Sinne der Zielsetzung der EuInsVO interpretiert: Wenn es darum geht, ein Hauptinsolvenzverfahren an dem Ort durchzuführen, an dem der Schuldner für Dritte erkennbar gewöhnlich seine (wirtschaftlichen) Interessen verwaltet, dann wird klar, dass dies nur ein einziger Ort sein kann.

Gegen den Wohnsitz des Schuldners als maßgebendes Kriterium wird vor allem vorgebracht, dass es bei der Anwendung des Art. 3 Abs. 1 EuInsVO zu Unsicherheiten kommen könne, wenn die Mitgliedstaaten unterschiedliche Begriffe des Wohnsitzes gebrauchten⁴⁶¹. Die Vorstellung mehrerer Wohnsitze eines Schuldners ist von national geprägten Vorstellungen wie den §§ 7 ff. BGB geprägt, wie auch die Abgrenzung nach dem Bleibewillen zur Begründung des Wohnsitzes zeigt⁴⁶². Auch die Art. 4 Abs. 1 und 62 Abs. 1 EuGVVO (Art. 2 und 59 EuGVVO a. F.) zeigen, dass der Verordnungsgeber für die EuGVVO den Begriff des Wohnsitzes an ein nationales Verständnis knüpft, da für die Frage des Wohnsitzes nach Art. 62 Abs. 1 EuGVVO das jeweils nationale Recht anzuwenden ist.

Wäre diese Interpretation des COMI zutreffend, bestünde in der Tat die Gefahr, dass mehrere Gerichte sich für zuständig hielten. Hieraus könnten positive Kompetenzkonflikte entstehen⁴⁶³. Das Grundprinzip der EuInsVO, nur ein einziges universal wirkendes Hauptverfahren zuzulassen, würde durch diese Kollisionsfälle gefährdet⁴⁶⁴.

Bei genauer Betrachtung lässt sich dieses Problem aber durch eine europarechtlich autonome Interpretation des Begriffs des COMI bei Verbrauchern lösen⁴⁶⁵. Bei der Interpretation des COMI ist dem Ziel des Art. 3 Abs. 1 EuInsVO Rechnung zu tragen: die Zuordnung *eines* COMI zur Durchführung *eines* Hauptverfahrens. Die Zielsetzung des einzigen Hauptinsolvenzverfahrens verträgt sich daher von vornherein nicht mit der Vorstellung mehrerer unterschiedlicher Anknüpfungspunkte für die internationale Zuständigkeit, die zu einer mehrfachen internationalen Zuständigkeit für ein Hauptverfahren führen könnten. Es ist daher notwendig, sich von der national geprägten Überlegung mehrerer Wohnsitze zu trennen, wie sie nach wie vor die EuGVVO dominiert. Anders als Art. 62 Abs. 1 EuGVVO (Art. 59 EuGVVO a. F.) enthält die EuInsVO keinen Verweis auf die Anwendung nationalen Rechts bei der Feststellung des COMI.

461 Carstens, S. 58; Renger, S. 188.

462 Z. B. Kindler, in: *Heinrichs/Rebmann/Säcker* (Hrsg.), *MünchKomm-BGB*, Bd. 11, 6. Aufl. 2015, Art. 3 EuInsVO Rn. 37; Kindler, in: *Kindler/Nachmann* (Hrsg.), *Handbuch Insolvenzrecht in Europa*, 4. Aufl. 2014, § 2 Rn. 18; Hoffmann, *Journal of Consumer Policy* 2012, 461 (468). Vgl. auch Reuß, S. 90 f., der neben der Möglichkeit mehrerer Wohnsitze auf die Formalität des Kriteriums hinweist.

463 Carstens, S. 56; Wiedemann, *ZInsO* 2007, 1009 (1012).

464 Wiedemann, *ZInsO* 2007, 1009 (1012).

465 Kolmann/Keller, in: *Gottwald/Bertram* (Hrsg.), *Handbuch InsR*, 5. Aufl. 2015, § 131 Rn. 28; Vgl. auch Hergenröder, *DZWIR* 2009, 309 (314).

Maßgebend für die Bestimmung des COMI muss deshalb ein Ort sein, den es für jede natürliche Person nur einmal geben kann. Diesen Anforderungen wird der Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts gerecht.

Die notwendigen Kriterien zur Begründung des gewöhnlichen Aufenthalts entsprechen letztlich denen des gewöhnlichen Aufenthalts, wie ihn bspw. die Art. 4 und 6 Rom

I-VO⁴⁶⁶ und Art. 4 Rom II-VO⁴⁶⁷ auf europäischer Ebene kennen.

Die Reform der EuInsVO wird das COMI des Verbrauchers ausdrücklich an den gewöhnlichen Aufenthalt knüpfen⁴⁶⁸. Der Ordnungsgeber wird sich demzufolge dem Sprachgebrauch weiterer europarechtlicher Regelungen wie etwa Art. 4 und 6 Rom I-VO, Art. 4 Rom II-VO anpassen und ganz klar an den gewöhnlichen Aufenthalt bei Verbrauchern anknüpfen. Art. 6 Rom I-VO spricht im vertraglichen Bereich gerade dem gewöhnlichen Aufenthalt die zentrale Bedeutung zu.

Voraussetzungen für die Begründung eines gewöhnlichen Aufenthalts sind die Dauer des Aufenthalts und die soziale Integration⁴⁶⁹. Maßgebend sind hierfür allein objektive Kriterien⁴⁷⁰. Subjektive Kriterien, wie etwa der beim Wohnsitz wichtige Domizilwille, bleiben hingegen grundsätzlich außer Betracht⁴⁷¹.

cc. Ehemals Selbstständige

Ehemals selbstständig tätige Schuldner sind grundsätzlich wie nicht Selbstständige zu behandeln. Auch wenn zahlreiche Gläubiger des Schuldners noch zur Zeit seiner selbstständigen Tätigkeit ihre Forderungen gegen den Schuldner begründet haben, können sie sich nicht darauf verlassen, dass der Schuldner weiterhin selbstständig tätig bleibt und sein COMI sich nicht verändert. Das COMI des ehemals selbstständigen Schuldners liegt daher am Ort seines gewöhnlichen Aufenthalts⁴⁷². Davon gibt es eine wichtige Ausnahme: Die Behandlung erfolgt nicht wie bei Verbrauchern, wenn und solange bestimmte Abwicklungstätigkeiten objektiv erforderlich sind, wie z. B. die Kündigung von Dauerschuldverhältnissen, berufsrechtliche Abwicklungsmaßnah-

466 Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I; so?) Amtsblatt Nr. L 177 vom 04.07.2008, S. 6, ber. Amtsblatt Nr. L 309 vom 24.11.2009, S. 87).

467 Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom II; Amtsblatt Nr. L 199 vom 31.7.2007, S. 40).

468 F. I.

469 Knof, ZInsO 2005, 1017 (1021); Mankowski, NZI 2005, 368 (370); Baetge, in: Baetge/Hein/Hinden (Hrsg.), FS Kropholler, 2008, S. 77 (80), m. w. N.; vgl. OLG Rostock, Beschl. v. 25.05.2000 – 10 UF 126/00, IPRax 2001, 588 (589) zum gewöhnlichen Aufenthalt eines Kindes.

470 Knof, ZInsO 2005, 1017 (1021); Vogler, S. 105, 130; Wiedemann, ZInsO 2007, 1009 (1012).

471 Wiedemann, ZInsO 2007, 1009 (1012); Knof, ZInsO 2005, 1017 (1022).

472 AG Hildesheim, Beschl. v. 18.06.2009 – 51 IE 2/09, ZInsO 2009, 1544 (1545); Nawroth, ZInsO 2009, 1545 (1546); Beck, ZVI 2011, 355 (361), der dies auch dann gelten lassen will, wenn noch einzelne Handlungen (konkret: Beurkundungen) zur Abwicklung erforderlich sind. Vgl. auch Smid, in: Leonhardt/Smid/Zeuner (Hrsg.), Int InsR, 2. Aufl. 2012, Art. 3 Rn. 12.

men⁴⁷³ oder die Sicherung von Gegenständen, die nur unter bestimmten Voraussetzungen verwahrt werden dürfen⁴⁷⁴. In einem solchen Fall ist die sofortige Gleichstellung mit einem Verbraucher bei Aufgabe der selbstständigen Tätigkeit und somit eine Verlagerung des COMI nicht sachgerecht⁴⁷⁵. Denn aufgrund der Abwicklungstätigkeiten ist die selbstständige Tätigkeit des Schuldners noch nicht beendet, er ist nach wie vor als Selbstständiger zu behandeln, sodass sein COMI am Sitz seiner selbstständigen Tätigkeit liegt⁴⁷⁶.

Ein Beispiel soll diese Konstellation zeigen: Ein Rechtsanwalt gibt seine selbstständige Tätigkeit auf und arbeitet als angestellter Anwalt in einer Kanzlei, um den Widerruf seiner Zulassung nach § 14 Abs. 2 Nr. 7 BRAO zu vermeiden. Hat er im Ausland seinen gewöhnlichen Aufenthalt und in Deutschland seine Kanzlei betrieben, führt die Beendigung der Abwicklungstätigkeiten für seine selbstständige Anwaltstätigkeit sofort zu einem Wechsel des COMI vom Ort des Kanzleisitzes in Deutschland zu dem Ort seines gewöhnlichen Aufenthalts in Frankreich, soweit keine nennenswerten Abwicklungstätigkeiten mehr erforderlich sind.

Ist neben den notwendigen berufs-, steuer- und sozialversicherungsrechtlichen Abwicklungstätigkeiten nur noch notwendig, dass der Schuldner seine Verbindlichkeiten tilgt, ist darin keine noch erforderliche Abwicklungstätigkeit zu sehen, da die bloße Notwendigkeit einer Schuldtilgung zur Folge hätte, dass die internationale Zuständigkeit sich nicht wechseln ließe⁴⁷⁷. De facto würde das COMI perpetuiert, bis die Schulden getilgt sind – und gerade das ist dem Schuldner augenscheinlich nicht möglich, wenn er sich um ein Insolvenzverfahren mit Restschuldbefreiung bemüht. Die Aufgabe der selbstständigen Tätigkeit muss vielmehr, wenn die notwendigen Abwicklungstätigkeiten beendet sind, zu einem sofortigen Wechsel des COMI an den Ort des gewöhnlichen Aufenthalts führen. Wo dieser wiederum liegt, bedarf der eigenständigen Prüfung.

dd. Mischung abhängiger und selbstständiger Beschäftigung

Ist der Schuldner sowohl selbstständig als auch unselbstständig erwerbstätig, ist fraglich, wie sein COMI zu bestimmen ist. Liegen selbstständige Tätigkeit und gewöhnlicher Aufenthalt im selben Mitgliedstaat, ergibt sich kein Problem, da ohnehin die Gerichte dieses Staates international zuständig sind. Der Ort der unselbstständigen Tätigkeit kann dabei außer Betracht bleiben, weil dieser für abhängig Beschäftigte (und genau das ist der Schuldner in dieser Beziehung) nicht von Bedeutung ist⁴⁷⁸. Fallen

473 BGH, Beschl. v. 17.09.2009 – IX ZB 81/09, BeckRS 2009, 26363.

474 LG Aachen, Beschl. v. 22.11.2010 – 6 T 113/10, BeckRS 2011, 14813, zu einer Apothekerin mit drei Apotheken nebst Medikamentenbeständen.

475 LG Aachen, Beschl. v. 22.11.2010 – 6 T 113/10, BeckRS 2011, 14813, und in der Folge BGH, Beschl. v. 06.10.2011 – IX ZB 249/10, BeckRS 2011, 23914.

476 BGH, Beschl. v. 17.09.2009 – IX ZB 81/09, BeckRS 2009, 26363; BGH, Beschl. v. 06.10.2011 – IX ZB 249/10, BeckRS 2011, 23914; LG Aachen, Beschl. v. 22.11.2010 – 6 T 113/10, BeckRS 2011, 14813.

477 BGH, Beschl. v. 08.10.2009 – IX ZB 83/09, BeckRS 2009, 28199, zum Umzug in die Schweiz.

478 Vgl. C. II. 3. a. bb.; C. II. 3. b. cc. (2).

der gewöhnliche Aufenthalt und der Ort der selbstständigen Tätigkeit aber auseinander, kommt es auf die Entscheidung dieser „Mischfälle“ an. Die Tätigkeit als Selbstständiger mit der Folge der Anknüpfung an seinen Tätigkeitsort setzt Dauerhaftigkeit und Nachhaltigkeit voraus⁴⁷⁹. Des Weiteren wird im Rahmen einer Gesamtabwägung der Einkommensquellen ein Schwerpunkt entweder auf die selbstständige oder auf die unselbstständige Einkommenserzielung gelegt werden müssen. Bei Arbeitnehmern oder Rentnern, die sich einen Nebenerwerb durch selbstständige Tätigkeit verschaffen, kommt es weiterhin auf die Kriterien an, die für den Arbeitnehmer bzw. Verbraucher gelten⁴⁸⁰. Bei Mischung aus selbstständiger und abhängiger Tätigkeit soll es auf den Geschäftssitz⁴⁸¹ oder auf den Schwerpunkt der Einnahmen ankommen, so dass bei Fehlen einer nennenswerten selbstständigen Geschäftstätigkeit im Verhältnis zu anderen Einnahmen nicht der Ort der selbstständigen Tätigkeit maßgebend ist⁴⁸². In diesem Fall ist es die einfachste und praktikabelste Lösung, auf den Umfang der Einnahmen zu achten. Wo hiernach der Schwerpunkt der (bei Aufnahme der Tätigkeit nachvollziehbar und in realistischer Weise beabsichtigten) Einnahmen liegt, ist der Schwerpunkt der Erwerbstätigkeit. Hiernach wiederum bestimmt sich, welche Anknüpfungspunkte für das COMI anzuwenden sind.

b. Feststellung des COMI

Weitere Fragen in diesem Zusammenhang drehen sich darum, ob das Gericht das COMI selbst zu ermitteln hat und wen die Beweislast bei unklarer Beweislage trifft.

aa. Prüfung und Ermittlung von Amts wegen

Die EuInsVO gibt auf die Frage nach einer Amtsermittlungspflicht de lege lata keine eigene Antwort. Sie regelt nämlich nicht das Verfahrensrecht, das zur Feststellung der internationalen Zuständigkeit führt⁴⁸³. Die zur Entscheidung über einen Eröffnungsantrag berufenen Gerichte entscheiden über den Antrag nach ihrem eigenen Verfahrensrecht⁴⁸⁴. Für deutsche Gerichte wird eine Amtsermittlungspflicht in Bezug auf die internationale Zuständigkeit stets angenommen⁴⁸⁵. Das Gericht hat nachzuforschen,

479 Reinhart, in: Kirchhof (Hrsg.), MünchKomm-InsO, Bd. 4, 3. Aufl. 2016, Art. 3 EuInsVO Rn. 52.

480 Reinhart, in: Kirchhof (Hrsg.), MünchKomm-InsO, Bd. 4, 3. Aufl. 2016, Art. 3 EuInsVO Rn. 52.

481 Pape/Uhlenbruck/Voigt-Salus, Insolvenzrecht, 2. Aufl. (2010), Kapitel 48 Rn. 15 Rn. 27.

482 BGH, Beschl. v. 13.06.2006 – IX ZA 8/06, IPRspr 2006, 616 (618).

483 BGH, Beschl. v. 01.12.2011 – IX ZB 232/10, ZIP 2012, 139 (140).

484 BGH, Beschl. v. 01.12.2011 – IX ZB 232/10, ZIP 2012, 139 (140); BGH, Beschl. v. 19.07.2012 – IX ZB 6/12, ZIP 2012, 1615. Vogler, S. 89; Huber, ZZP 114 (2001), 133 (141); Nunner-Krautgasser, in: Clavara/Garber (Hrsg.), 2011, S. 31 (38).

485 BGH, Beschl. v. 21.06.2007 – IX ZB 51/06, NZI 2008, 121 (122); BGH, Beschl. v. 01.12.2011 – IX ZB 232/10, ZIP 2012, 139 (140); Herchen, ZInsO 2004, 61 (62); Vogler, S. 186; Fischer, ZIP 2004, 1477 (1485); Herchen, ZInsO 2004, 825 (826); Laukemann, RIW 2005, 104 (104); Poertzgen/Adam, ZInsO 2006, 505 (506); Kolmann/Keller, in: Gottwald/Bertram (Hrsg.), Handbuch InsR, 5. Aufl. 2015, § 132 Rn. 13; Leonhardt/Smid/Zeuner (Hrsg.), Int InsR, 2. Aufl. 2012, Art. 3 Rn. 13. Zum EuInsÜ bereits Virgos/Schmit, in: Stoll (Hrsg.), Vorschläge und Gutachten zum EuInsÜ, 1997, Nr. 47.

wenn sich Anhaltspunkte für eine andere internationale Zuständigkeit ergeben⁴⁸⁶. An ein übereinstimmendes Vorbringen der Beteiligten ist das Gericht nicht gebunden, soweit es die internationale Zuständigkeit prüft⁴⁸⁷. Aus praktischer Sicht sollte daher dem Gericht ein etwaiges Beweismittel sofort zugänglich gemacht und nicht nur angeboten werden.

Denn aus dem Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens, auf den sich jedes Gericht für seine Entscheidung berufen darf, fließt nämlich die Pflicht, diese Prüfung auch sorgfältig durchzuführen⁴⁸⁸. Wird die eigene Zuständigkeit nicht überprüft, kann dies dem Vertrauen, das dem Gericht eigentlich entgegengebracht werden müsste, schaden⁴⁸⁹. Dies kann Grundlage für Kompetenz- und Anerkennungskonflikte werden⁴⁹⁰.

Dass eine solche Ermittlung und Prüfung der internationalen Zuständigkeit notwendig ist, wird an den Fällen der Firmenbestattung und des Restschuldbefreiungstourismus deutlich. Werden die Angaben in den Insolvenzanträgen der Schuldner ohne Weiteres als zutreffend unterstellt, kommt es gerade dazu, dass Manipulationen – insbesondere durch Simulationen – im Zuge der Prüfung der internationalen Zuständigkeit nicht festgestellt werden können.

Die Notwendigkeit einer gründlichen Prüfung der internationalen Zuständigkeit lässt sich anhand der Praxis der englischen Registrars aufzeigen. Die Arbeitsbelastung der für die Insolvenzeröffnung zuständigen Registrars ist in der Praxis anscheinend so hoch, dass diese keine genaueren Nachforschungen anstellen können⁴⁹¹. Dies zeigt, wie leicht u.U. Verfahrensmanipulationen – zumindest vorläufig – möglich sind, insbesondere wenn der Schuldner entsprechend beraten und vorbereitet wurde. Üblicherweise wurden in der Vergangenheit die Angaben des Schuldners in England nicht besonders überprüft, wenn keine gegenteiligen Anhaltspunkte vorlagen⁴⁹². Wenn es Gründe für den Verdacht eines missbräuchlichen Verlegens des COMI gibt, muss das Gericht genau prüfen, ob die Verlagerung tatsächlich erfolgt ist und ob ihr ein gewisses Element der Dauer anhaftet⁴⁹³.

486 BGH, Beschl. v. 01.12.2011 – IX ZB 232/10, ZIP 2012, 139 (140); BGH, Beschl. v. 19.07.2012 – IX ZB 6/12, ZIP 2012, 1615; AG Köln, Beschl. v. 19.01.2012 – 74 IN 108/10, ZVI 2012, 193 (196); AG Hamburg, Beschl. v. 09.05.2006 – 67c IN 122/06, ZIP 2006, 1105 (1106); Vallender, NJW 2012, 1633 (1634); Fuchs, S. 486.

487 BGH, Beschl. v. 21.06.2007 – IX ZB 51/06, NZI 2008, 121 (122); Pape, ZInsO 2008, 985 (997). Siehe für Österreich etwa LG Salzburg, Beschl. v. 05.08.2004 – 44 S 29/04w, ZIK 2004, 177. A. A. Konecny, in: Kodek/Konecny (Hrsg.), Insolvenzen-Forum 2007, 2008, S. 103 (121); Nunner-Krautgasser, in: Clavara/Garber (Hrsg.), 2011, S. 31 (38).

488 Nunner-Krautgasser, in: Clavara/Garber (Hrsg.), 2011, S. 31 (32). Siehe auch Vogler, S. 186.

489 Vogler, S. 186.

490 Dazu D.III und D. IV.

491 Vgl. die Angaben des Insolvenzberaters bei McDonald, The Guardian vom 27.05.2012, der von wenigen Sekunden spricht. Siehe auch High Court of Justice London, Beschl. v. 20.12.2006 – No. 9849/02, NZI 2007, 361 (363), m. Anm. Paulus, NZI 2007, 363. Zwischenzeitlich enthält das technical manual des Insolvency Service zahlreiche detaillierte Regeln, auf welche Aspekte bei Schuldnern aus dem Ausland zu achten ist.

492 Vgl. High Court of Justice London, Beschl. v. 20.12.2006 – No. 9849/02, NZI 2007, 361 (363).

493 Chancery Division, Urt. v. 22.03.2006 – [2006] EWHC 1056 (Ch), BPIR 2006, 888.

Inzwischen werden auch englische Gerichte skeptischer, wenn Angaben in einem Insolvenzantrag durch einen kürzlich nach England gezogenen Schuldner zu prüfen sind⁴⁹⁴. Dies war angesichts zahlreicher Insolvenzanträge mit zweifelhafter internationaler Zuständigkeit auch notwendig⁴⁹⁵. Weitere Lehren sind auch aus den Verfahren gezogen worden, in denen die *discharge* nachträglich wegen eines Antrags auf *annulment* gem. s. 282 IA 1986 zu überprüfen war⁴⁹⁶. Insbesondere die für den englischen *Insolvency Service* geltenden Leitlinien des *technical manual* spiegeln diese gewachsene Skepsis wider, nach denen die Voraussetzungen zum Erlass der *bankruptcy order* detailliert geprüft werden müssen⁴⁹⁷.

bb. Beweislast

Von der Frage nach der Prüfung und Ermittlung der internationalen Zuständigkeit von Amts wegen ist die Frage zu trennen, zu wessen Lasten es geht, wenn das COMI des Schuldners nicht sicher festgestellt werden kann. Für Gesellschaften hält die EuInsVO in Art. 3 Abs. 1 S. 2 EuInsVO eine Vermutungsregel zugunsten des Satzungssitzes bereit. Für Schuldner gibt es keine solche Regelung. Führt die Beweisaufnahme zu keinem für das Gericht überzeugenden Ergebnis, trifft die Beweislast für die Voraussetzungen des COMI beim Eigenantrag den Schuldner⁴⁹⁸. Dies gilt aber auch im Falle des Gläubigerantrags⁴⁹⁹. Unter anderem hat der Schuldner zu beweisen, dass er von dem neu gewählten Ort aus seine Interessen auch künftig wahrnehmen

494 Briggs, *Insolv. Int.* 2010, 28 (30).

495 Walters/Smith, *IIR* 2010, 181 (183); Etwa 200 Verfahren gegen ausländische Staatsangehörige innerhalb von zwei Jahren, von denen bei etwa der Hälfte die Echtheit der Verlagerung fraglich war.

496 Exemplarisch *High Court of Justice Chancery Division*, Urt. v. 22.06.2007, BPIR 2007, 1636; *Court of Appeal*, Urt. v. 26.11.2004 und 27.07.2005 – [2005] EWCA Civ 974, BPIR 2005, 1170; *Chancery Division*, Urt. v. 10.06.2009, BPIR 2009, 1075; *High Court of Justice London*, Decision v. 15.02.2011 – No. 9360/2008, *IILR* 2012, 460; siehe auch Goslar, *NZI* 2012, 912.

497 Dazu B.III.4.d.bb.

498 AG Köln, Beschl. v. 19.01.2012 – 74 IN 108/10, ZVI 2012, 193 (196); kritisch Beck, ZVI 2011, 355 (360). *High Court of Justice London*, Decision v. 15.02.2011 – No. 9360/2008, *IILR* 2012, 460 (473); AG Köln, Beschl. v. 19.01.2012 – 74 IN 108/10, ZVI 2012, 193 (196); zustimmend Dahl/Thomas, *IILR* 2012, 435. In der Sache auch die zahlreichen französischen Gerichte, die ein COMI des Schuldners in Frankreich ablehnen, z. B. *Cour d'appel Colmar*, 04.01.2011 – N° 1 A 10/02034, *JurisData* 2011-001121; *Cour d'appel Colmar*, 09.06.2011 – N° 10/02652, 689/11, *JurisData* 2011-013466; *Cour d'appel Colmar*, 20.06.2006 – N° 1 A 06/01576, *JurisData* 2006-308422; *Cour d'appel Colmar*, 31.01.2006 – N° 1 A 05/04431, *JurisData* 2006-293873; *Cour d'appel Colmar*, 31.10.2006 – N° 1 A 06/03078, *JurisData* 2006-321939; *Cour d'appel Colmar*, 20.06.2006 – N° 1 A 06/01576, *JurisData* 2006-308422; Fuchs, S. 487.

499 AG Köln, Beschl. v. 19.01.2012 – 74 IN 108/10, ZVI 2012, 193 (196); zustimmend Dahl/Thomas, *IILR* 2012, 435; vgl. auch Fuchs, S. 488; das OLG Düsseldorf, Urt. v. 23.08.2013 – I-22 U 37/13, BeckRS 2013, 15627, sieht hierbei „insoweit – zumindest – die sekundäre Beweislast“ beim Schuldner. Wer die Beweislast insoweit dem Antragsteller und nicht ausschließlich dem Schuldner aufbürden will, wird berücksichtigen müssen, dass der Gläubiger die zuständigkeitsbegründenden Umstände regelmäßig nicht kennen wird. Insoweit wird den Schuldner eine sekundäre Behauptungs- und Beweislast treffen müssen. In der deutschen Praxis werden sich die Gerichte an dem Gutachten des Sachverständigen orientieren, vgl. etwa BGH, Beschl. v. 14.07.2011 – IX ZB 207/10, ZInsO 2011, 1499.

will, besonders wenn die fragliche Verlagerung vor nicht allzu langer Zeit stattgefunden hat⁵⁰⁰. Hiermit soll u. a. der Restschuldbefreiungstourismus effektiv bekämpft werden⁵⁰¹.

cc. Denkbare Anknüpfungskriterien zur Bestimmung des COMI

Nachdem nun der verfahrensrechtliche Rahmen für die Feststellung des COMI dargestellt wurde, sollen einzelne Aspekte vorgestellt werden, die jeweils für sich oder in Kombination mit anderen die Feststellung des gewöhnlichen Aufenthalts natürlicher Personen ermöglichen. Viele davon sind letztlich nur „Hilfskriterien“⁵⁰². Es muss stets eine Entscheidung im Einzelfall getroffen werden, an welchem Ort sich der Schuldner in einer für die Gläubiger erkennbaren Weise tatsächlich aufhält.

(1) Wohnung

Ein für natürliche Personen überaus wichtiges Indiz ist der Ort, an dem der Wohnsitz des Schuldners liegt⁵⁰³. Sind mehrere Wohnsitze oder Aufenthalte vorhanden, muss zwischen diesen der Schwerpunkt ermittelt werden⁵⁰⁴. Die polizeiliche Meldung allein ist kein hinreichendes Indiz für einen allgemeinen Wohnsitz⁵⁰⁵. Allein die Vorlage einer Meldebestätigung aus einem anderen Mitgliedstaat genügt nicht, um die Verlagerung des COMI in diesen Staat darzutun, selbst wenn ein Zeitraum von zwei Jahren verstrichen ist⁵⁰⁶. So kann es gegen die Meldebestätigung sprechen, wenn die Wohnung im anderen Staat erheblich kleiner ist, der Verbrauch an Wasser und Strom (nachgewiesen durch Rechnungen) im neuen Staat deutlich geringer ist als in der BRD und der Schuldner erheblichen Aufwand für die Verwaltung seines Vermögens vom Gebiet der BRD betreibt und dort auch für gerichtliche Entscheidungen erreichbar ist⁵⁰⁷. Erklärt der Schuldner z. B., er wohne in Ort A in Frankreich, gibt er aber andere in Frankreich belegene Wohnungen (Orte B und C) als tatsächlichen Aufent-

500 *Duursma-Kepplinger*, ZIP 2007, 896 (899).

501 Vgl. *Dahl/Thomas*, IILR 2012, 435.

502 *Mankowski*, NZI 2005, 368 (371).

503 *LG Göttingen*, Beschl. v. 04.12.2007 – 10 T 146/07, ZVI 2008, 58 (59); *High Court of Justice London*, Decision v. 15.02.2011 – No. 9360/2008, IILR 2012, 460 (466); *OLG Brandenburg*, Zwischenurt. v. 25.05.2011 – 13 U 100/07, BeckRS 2011, 16015; *Knof*, ZInsO 2005, 1017 (1021); *Briggs*, *Insolv. Int.* 2010, 28 (30); *Renger*, S. 189.

504 *Vogler*, S. 123.

505 *AG Hamburg*, Beschl. v. 02.03.2007 – 67c IN 65/07, ZInsO 2007, 503 (503); zur InsO *OLG Oldenburg*, Beschl. v. 21.04.2008 – 5 AR 41/07, NZI 2008, 435 (435 f.). Vgl. auch *Vogler*, S. 104.

506 *LG Göttingen*, Beschl. v. 04.12.2007 – 10 T 146/07, ZVI 2008, 58 (59). Siehe auch *AG Hamburg*, Beschl. v. 02.03.2007 – 67c IN 65/07, ZInsO 2007, 503 (503).

507 Vgl. zu der Tatsachenprüfung ausführlich *LG Göttingen*, Beschl. v. 04.12.2007 – 10 T 146/07, ZVI 2008, 58 (59). Zu einem ähnlichen Fall eines Österreichers, der eine kleine Wohnung in London angemietet hat, *OGH*, Urt. v. 30.11.2006 – 8 Ob 12/06g, *ÖJZ* 2007, 325.

haltsort an, weckt das erhebliche Zweifel⁵⁰⁸. Um eine schlichte Meldebestätigung zu untermauern, bedarf es deshalb weiteren Tatsachenvortrags⁵⁰⁹.

Auch die bloße Anmietung einer Wohnung begründet noch kein COMI⁵¹⁰, der Schuldner muss sie auch nutzen und dort wohnen. Auch die Art der Wohnung und ihre Kosten können für die Beurteilung der „Echtheit“ des Wohnsitzes von Bedeutung sein⁵¹¹. So ist eine im Eigenantrag genannte Wohnung in einem Gebäudekomplex mit vielen Ltd-Sitzen verdächtig, wenn an anderen Orten, die dem Schuldner zuzuordnen sind, sehr viel Privates (z. B. durch den Insolvenzverwalter) gefunden wird, das für eine Wohnung typisch ist⁵¹². Die französischen Gerichte sind sehr detailgenau. So stellt der Cour de cassation angesichts der nicht regelmäßig genutzten Wohnung und des Arbeitsorts des Schuldners in Deutschland fest, dass das COMI nicht verlagert worden ist⁵¹³. Selbst feste familiäre Bindungen (Ehefrau und Kind) im Mitgliedstaat A führen nicht zu einem Wohnsitz, wenn der Schuldner im Mitgliedstaat B tätig ist, dort einen eigenständigen Hausstand begründet und nur „zu Besuch“ kommt⁵¹⁴.

Bisweilen wird dem Wohnsitz ohnehin keine große Bedeutung zugemessen, da die Vertragspartner eher auf Absicherung und Bonität achten würden⁵¹⁵. Obendrein sei die Wohnung nicht zwingend der Ort, an dem die Gläubiger den Schuldner anzutreffen vermögen⁵¹⁶. Dabei wird aber übersehen, dass der Wohnort typischerweise gerade – zumindest bei privaten Geschäften – häufig der Anknüpfungspunkt für etwaige Zahlungsklagen und sich daran anschließende Vollstreckungsversuche ist. Denn die Bonität des Schuldners wird dem Gläubiger nicht von Nutzen sein, wenn er nicht weiß, wo er den Schuldner findet und wie er unter Zuhilfenahme der Mittel des Prozessrechts und der Zwangsvollstreckung auf dessen Vermögen zugreifen kann. Die Gläubiger werden gerade am Wohnort den Schuldner anzutreffen vermuten. Seine Bedeutung für die Feststellung des COMI ist daher groß.

(2) Arbeitsort

Für die Bestimmung des COMI kann auch der Ort einer etwaigen beruflichen Tätigkeit des Schuldners von Bedeutung sein⁵¹⁷. So wird bei einem selbstständig tätigen Schuldner sein COMI in aller Regel am Ort seiner Niederlassung liegen. Ist der

508 So aber der Vortrag des Schuldners bei BGH, Beschl. v. 22.04.2010 – IX ZB 217/09, NZI 2010, 680.

509 LG Göttingen, Beschl. v. 04.12.2007 – 10 T 146/07, ZVI 2008, 58 (59).

510 BGH, Beschl. v. 05.07.2007 – IX ZB 233/05, BeckRS 2007, 11740; Kirchhof, WM 2008, Sonderbeilage Nr. 1 (65).

511 Briggs, Insolv. Int. 2010, 28 (30).

512 OGH, Urt. v. 30.11.2006 – 8 Ob 12/06g, ÖJZ 2007, 325.

513 Cour de cassation, 28.10.2008 – N° 06-16.108, JurisData 2008-045617.

514 AG Hamburg, Beschl. v. 02.03.2007 – 67c IN 65/07, ZInsO 2007, 503 (504).

515 Reuß, S. 150.

516 Reuß, S. 150.

517 AG Celle, Beschl. v. 18.04.2005 – 29 IN 11/05, NZI 2005, 410 (411); BGH, Beschl. v. 02.03.2017 – IX ZB 70/16, NJW-RR 2017, 552; Mankowski, RIW 2005, 561 (577 f.); Renger, S. 189.

Schuldner hingegen abhängig beschäftigt, liegt sein COMI grundsätzlich an seinem gewöhnlichen Aufenthalt. Die Arbeitsstätte ist folglich für die Bestimmung des COMI dann unbeachtlich, wenn sie nicht zufällig im selben Mitgliedstaat liegt⁵¹⁸. Die wenigsten Schuldner werden an dem Ort, an dem sie einer abhängigen Beschäftigung nachgehen, zugleich ihre eigenen Vermögensinteressen verwalten. Hinzu kommt, dass die unselbstständige Erwerbstätigkeit typischerweise nicht die (Haupt-)Ursache der Insolvenz ist und die Verbindlichkeiten aus privaten Handlungen entstanden sind⁵¹⁹. Des Weiteren werden weder die Mehrheit der Gläubiger noch die Hauptmasse an Vermögensgegenständen dort zu finden sein⁵²⁰. Dies zeigt sich v.a. daran, dass Arbeitnehmer typischerweise ihre hauptsächlichen Vermögenswerte (z. B. ein Haus oder eine Wohnung) gerade nicht am Ort der Tätigkeit haben. Am Ort der Erwerbstätigkeit befinden sich – wenn überhaupt – nur verhältnismäßig wenige Vermögensgegenstände untergeordneter Bedeutung (z. B. Arbeitskleidung). Der Arbeitsort des unselbstständig beschäftigten Schuldners ist daher regelmäßig nicht geeignet, einen starken Anknüpfunggrund für die Bestimmung des COMI zu liefern⁵²¹.

Dass diese Wertung nicht zwingend ist, lässt sich gerade anhand der Schuldensituation des ehemals selbstständigen Schuldners zeigen, der aus dieser Zeit noch Schulden hat. Doch können aus der Art und dem Umfang der abhängigen Beschäftigung auch Hinweise auf eine andere Zuordnung des COMI entstehen. Der Arbeitsort kann also durchaus wichtige Hinweise zur Prüfung geben. Daher prüfen die Gerichte die Umstände des Anstellungsverhältnisses ausdrücklich und sehr genau⁵²². Liegt die Arbeitsstätte im selben Mitgliedstaat wie der Wohnort des Schuldners, besteht eine erhebliche Wahrscheinlichkeit, dass dort auch das COMI des Schuldners liegt, weil er dann vermutlich mehr Zeit in diesem Mitgliedstaat verbringt⁵²³. Liegen der (behauptete) gewöhnliche Aufenthalt und der Arbeitsort in verschiedenen Staaten, so ist der Arbeitsort in der Regel von keiner großen Bedeutung. Liegen die beiden Orte jedoch sehr weit auseinander, sodass ein tägliches Pendeln extrem aufwendig wäre, kommen erhebliche Zweifel daran auf, ob der Schuldner tatsächlich in einem anderen Staat seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Mittelbar ist der Arbeitsort folglich für die Feststellung, ob es sich um eine Simulation handelt, im Einzelfall durchaus von Bedeutung.

518 Huber, ZZZ 114 (2001), 133 (140); Moss/Smith, in: Moss/Fletcher/Isaacs (Hrsg.), The EC regulation on insolvency proceedings, 2. Aufl. 2009, Kap. 8 Rn. 8.97.

519 Wiedemann, ZInsO 2007, 1009 (1011). Vgl. Pinterich, ZfRV 2008, 221 (226); Schmittmann/Hesselmann, ZInsO 2008, 957 (960).

520 Vogler, S. 127 f.

521 Mankowski, NZI 2005, 368 (370); Wiedemann, ZInsO 2007, 1009 (1011). Vgl. Leible/Staudinger, KTS 2000, 533 (545).

522 Vgl. Briggs, Insolv. Int. 2010, 28 (30).

523 Dass dies natürlich im Einzelfall anders sein kann, liegt auf der Hand. So wird der Schuldner, der zuvor bereits grenznah gewohnt hat und im grenznahen Gebiet des Nachbarstaats gearbeitet hat, möglicherweise doch an einem alten Wohnsitz verblieben sein und den gewöhnlichen Aufenthalt an einem neuen Wohnort nur vortäuschen.

(3) Sprache

Das Beherrschen oder Nichtbeherrschen der Sprache des Staates des neuen COMI mag ein Indiz sein⁵²⁴, aber große Bedeutung kann und darf dem nicht zukommen. So werden irische „Insolvenztouristen“ in England seltener hinterfragt, weil sie im neuen sozialen Umfeld nicht auffallen⁵²⁵. Denn in diesem Fall ist die Frage nach der Sprachbeherrschung bedeutungslos. Aber auch bei Schuldnern aus anderen Staaten, die die Amtssprache nicht beherrschen, kann dies nicht bedeuten, dass von einer Nichtverlagerung des COMI auszugehen ist⁵²⁶. Dieselbe Frage stellt sich nämlich wie auch sonst bei Bürgern anderer Staaten, die auf der Suche nach Arbeit einreisen und die Sprache des Zuzugsstaates nicht beherrschen. Wer über hinreichende liquide Mittel verfügt, kann sich den Service eines Übersetzers oder gar eines umfassend Beratenden leisten, der zugleich die Rechtsfragen klären kann. Des Weiteren halten die Verwaltungen und Gerichte typischerweise Formulare in verschiedenen Sprachen vor oder geben anderweit Hilfestellung bei Anträgen usw., sodass ein Ausfüllen der Anträge auch ohne Sprachkenntnisse möglich ist. Darüber hinaus betrifft das COMI gerade bei natürlichen Personen etwas Faktisches. Fehlen dem Schuldner die Sprachkenntnisse, bedeutet das nicht, dass er sich nicht tatsächlich an diesem Ort aufhält. Die Wahrnehmung der Freizügigkeit darf nicht davon abhängig gemacht werden, die jeweils geltende Amtssprache tatsächlich in Wort und Schrift zu beherrschen.

(4) Öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnisse

Auch die Anknüpfung an öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnisse ist denkbar. So wäre die Staatsangehörigkeit ein Kriterium, das schnell ein klares Ergebnis liefert. Dies kommt wiederum dem zügigen Erlass vorläufiger Sicherungsmaßnahmen entgegen⁵²⁷. Hinzu kommt, dass die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit die Möglichkeiten des *forum shopping* erheblich verringert und dem Missbrauch durch Verlagerung des COMI vorbeugen kann. In vielen Fällen wird die Staatsangehörigkeit den Gläubigern jedoch nicht bekannt sein⁵²⁸. Obendrein besteht die Gefahr, dass bei strikter Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit das Verfahren in einem Mitgliedstaat durchgeführt wird, der weit ab von allen wirtschaftlich relevanten Anknüpfungspunkten liegt⁵²⁹. Zu denken ist an einen finnischen Arzt, der sich in Barcelona zum Praktizieren niederlässt und alle Verbindungen zu Finnland bis auf die Staatsangehörigkeit gekappt hat. Keiner seiner Gläubiger wird mit Finnland etwas zu tun haben und keiner wird vermuten, dass ein mögliches Insolvenzverfahren in Finnland stattzufinden hat. Ein fin-

524 Knof, ZInsO 2005, 1017 (1021).

525 O'Carroll, The Guardian vom 18.02.2011.

526 So schon vor Inkrafttreten der EuInsVO BGH, Beschl. v. 18.09.2001 – IX ZB 51/00, NJW 2002, 960 (961). Siehe auch *Chancery Division*, Urt. v. 10.06.2009, BPIR 2009, 1075 (1083).

527 Wiedemann, ZInsO 2007, 1009 (1011).

528 Vogler, S. 106; Wiedemann, ZInsO 2007, 1009 (1011).

529 Knof, ZInsO 2005, 1017 (1021).

nisches Insolvenzverfahren wäre verfahrensökonomisch aus Sicht spanischer Gläubiger extrem teuer und mangels Rechtskenntnissen auch riskant. Hinzu kommt, dass es gerade der Sinn der Freizügigkeitsregelungen ist, den Bürgern eine Verlegung ihres Wohnsitzes aus welchen Gründen auch immer und unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit zu ermöglichen. Wäre die Staatsangehörigkeit tatsächlich relevant, könnten Bürger, die nicht die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats haben, schon deshalb nicht von der EuInsVO erfasst werden. Richtigerweise knüpft Art. 3 Abs. 1 EuInsVO daher nicht an die Nationalität des Schuldners an⁵³⁰. Wegen des Diskriminierungsverbots des Art. 18 AEUV (ex Art. 12 EGV) wäre eine solche Anknüpfung auch nicht zulässig⁵³¹.

Hingegen können öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnisse wie Kammerzugehörigkeit, Gewerbeerlaubnisse usw. bei der Beurteilung der Interessen herangezogen werden⁵³². Denn diese Verbindungen geben Aufschluss darüber, in welchem Staat der Schuldner beruflich tätig ist. Auch die Eingliederung in die gesetzliche Altersversorgung oder sonstige Sozialversicherungen kann ein Indiz bilden, weil die Zugehörigkeit häufig mit der Tätigkeit oder dem Aufenthalt des Schuldners verknüpft ist.

(5) Belegenheit von Vermögen

Auch die Belegenheit von Vermögen kann ein Indiz für das COMI sein⁵³³. Die Belegenheit von Sachvermögen begründet ein für die Gläubiger erkennbares wirtschaftliches Interesse des Schuldners⁵³⁴, der sein Vermögen verwaltet. Denn dort, wo sich das Vermögen befindet, kann oft auch der Schuldner anzutreffen sein⁵³⁵. Insbesondere gilt dies für Warenbestände, Grundstücke usw. Dass dieses Sachvermögen ggf. gem. Art. 5 und 7 EuInsVO nicht zur Masse gezogen werden kann, bleibt dabei außer Betracht⁵³⁶. Denn wegen der Gläubigergleichbehandlung ist dieses bei der Bestimmung der Interessen hinzuziehen; insbesondere weil damit auch erst der Schutz der Art. 5 und 7 EuInsVO eröffnet werden könnte⁵³⁷. Dies wird besonders für Immobilienvermögen zu gelten haben, das der Schuldner auch selbst bewohnt oder als Vermiet- und Pachtobjekte nutzt.

Bewegliche Sachen hingegen lassen sich leicht von einem Ort an den anderen bringen, also auch in einen anderen Mitgliedstaat. Konten lassen sich schnell und un-

530 Carstens, S. 119; Mankowski, NZI 2005, 368 (370); Hergenröder, DZWIR 2009, 309 (315).

531 Reinhart, in: Kirchhof (Hrsg.), MünchKomm-InsO, Bd. 4, 3. Aufl. 2016, Art. 3 EuInsVO Rn. 48. Vgl. auch AG Celle, Beschl. v. 18.04.2005 – 29 IN 11/05, NZI 2005, 410 (411).

532 Herchen, ZInsO 2004, 825 (828); Kindler, in: Kindler/Nachmann (Hrsg.), Handbuch Insolvenzrecht in Europa, 4. Aufl. 2014, § 2 Rn. 14.

533 Mankowski, RIW 2005, 561 (577); Knof, ZInsO 2005, 1017 (1022); Freitag/Leible, RIW 2006, 641 (647); Kindler, in: Kindler/Nachmann (Hrsg.), Handbuch Insolvenzrecht in Europa, 4. Aufl. 2014, § 2 Rn. 14.

534 Herchen, ZInsO 2004, 825 (827).

535 Knof, ZInsO 2005, 1017 (1022).

536 Herchen, ZInsO 2004, 825 (827).

537 Herchen, ZInsO 2004, 825 (827).

kompliziert transferieren. Wer die Konten nicht transferieren will, kann über Online-Banking auch vom Ausland über ein Konto verfügen. Die Belegenheit eines Bankkontos oder beweglicher Vermögensgegenstände kann daher für die Begründung des COMI keine große Bedeutung haben. Die Belegenheit von Schuldnervermögen wird daher bisweilen als irrelevant angesehen⁵³⁸, was in dieser Absolutheit jedoch nicht zu überzeugen vermag. Vermögensorte sind zwar wegen Art. 18 EuInsVO keine zwingenden Zuweisungskriterien, da ein Zugriff des Insolvenzverwalters auch in einem anderen Mitgliedstaat möglich ist⁵³⁹. Dennoch kann die fortbestehende Belegenheit von Vermögen wie Immobilien gegen eine Verlagerung sprechen⁵⁴⁰ und aufzeigen, dass der Schuldner sich nach wie vor an seinem alten COMI aufhält, um dort mit den Vermögensgegenständen zu wirtschaften (Büroausstattung und Maschinen) oder sie selbst zu nutzen („Ferienwohnung“).

(6) Sitz der Gläubiger

Möglicherweise kann der Sitz der Gläubiger einen Hinweis auf das COMI des Schuldners geben. Dies ist jedoch zweifelhaft. Die Zuordnung eines COMI anhand dieses Kriteriums kann von vornherein nicht erfolgen, wenn Gläubiger aus verschiedenen Ländern betroffen sind. Denn es ist unklar, wonach sich dann eine Gewichtung richten soll. Dass dieser Ansatz nicht weiterhilft, soll ein Beispiel verdeutlichen: Ein Deutscher macht in Spanien Urlaub, verursacht dort einen Unfall und schuldet demgemäß beträchtlichen Schadenersatz. In Deutschland wohnt und arbeitet er und hat nur kleinere Schulden bei verschiedenen Gläubigern. Selbst wenn er einem Spanier mehrere Millionen schulden sollte, wird kaum ernsthaft bezweifelt werden können, dass das COMI des Schuldners in Deutschland liegt.

Der Sinn einer Anknüpfung an die Belegenheit der Verbindlichkeiten ist ein anderer: Wo der Schuldner Verbindlichkeiten eingeht, hält er sich möglicherweise oft auf. Die Verbindlichkeiten bieten daher nur ein Indiz für den tatsächlichen Aufenthaltsort. Um Schlussfolgerungen aus den Verbindlichkeiten ziehen zu können, bedarf also eines genauen Blicks, wo und aus welchem Grund der Schuldner die Verbindlichkeit eingegangen ist: War sie z. B. Folge eines Urlaubs (Übernachungskosten) oder eines Kredits für das Wohnhaus der Familie? Auch die steuerliche Veranlagung in dem einen oder anderen Staat kann ein Indiz sein⁵⁴¹.

Darüber hinaus kann der Sitz der Gläubiger seine Aussagekraft vollends verlieren, wenn der Schuldner ins Ausland umzieht. Denn die Gläubiger bleiben zurück, sodass der Ort, an dem sich Gläubiger befinden, für die Bestimmung des COMI

538 Klöhn, NZI 2006, 383 (385).

539 Mankowski, NZI 2005, 368 (371).

540 LG Aachen, Beschl. v. 22.11.2010 – 6 T 113/10, BeckRS 2011, 14813.

541 LG Göttingen, Beschl. v. 04.12.2007 – 10 T 146/07, ZVI 2008, 58 (59).

grundsätzlich keine Bedeutung haben kann⁵⁴². Hinzu kommt die Überlegung, dass die Gläubigersamtheit sich mit Zeit immer mehr zum neuen Aufenthaltsort hin verändern wird, je länger der Schuldner sich dort aufhält⁵⁴³. Wann und unter welchen Umständen das COMI sich bei einem Austausch der Gläubiger dann verändert, ist hingegen unklar und keinesfalls rechtssicher. Daher soll der Ort, an dem der Schuldner lebt und arbeitet, Vorrang haben, auch wenn die (meisten und wichtigsten) Gläubiger im Ausland sitzen⁵⁴⁴. Dies ist letztlich nur eine Konsequenz der Freizügigkeit.

Denkbar wären unter Umständen auch der Sitz der meisten Gläubiger, der Sitz des Rentenversicherungsträgers und/oder der Sitz des wichtigsten Gläubigers⁵⁴⁵. Die Zusammensetzung der Gläubiger und deren Sitz, der Zeitpunkt der Entstehung der Verbindlichkeiten oder der Arbeitsort bieten jedoch keine relevanten Anknüpfungspunkte. Die Möglichkeiten der modernen Kommunikation und die Freiheit des Binnenmarktes bedingen nämlich, dass der Schuldner ohne große Umstände mit Vertragspartnern im Ausland Verträge schließen kann. Wo der Vertragspartner bei einem Internetkauf sitzt, wird für den Schuldner oft ohne allzu große Bedeutung sein. Und für Dritte ist die Zusammensetzung in diesen Fällen schlicht überhaupt nicht erkennbar⁵⁴⁶.

(7) Verstrichene Aufenthaltsdauer

Ein sehr wichtiges Indiz für die Feststellung des gewöhnlichen Aufenthalts kann die verstrichene Aufenthaltsdauer zwischen Umzug und Eröffnungsantrag darstellen. Ein Zeitraum von mehreren Jahren zwischen Umzug und Insolvenzantrag soll dabei die Erschleichung ausschließen⁵⁴⁷. Als „Faustregel“ gelten sechs Monate für den gewöhnlichen Aufenthalt⁵⁴⁸. In England soll eine natürliche Person ein Insolvenzverfahren einleiten können, wenn sie dort mindestens zwölf Monate gelebt hat, wohingegen die Verlagerung des COMI einer Gesellschaft sofort wirksam sein soll⁵⁴⁹. Auch eine nur kurze Zeitspanne zwischen Umzug und Insolvenzantrag kann genügen, wenn der ge-

542 *High Court of Justice Chancery Division*, Urt. v. 22.06.2007, BPIR 2007, 1636 (1640); *Mankowski*, NZI 2005, 368 (371). Siehe auch *AG Celle*, Beschl. v. 18.04.2005 – 29 IN 11/05, NZI 2005, 410 (411); *AG Hildesheim*, Beschl. v. 18.06.2009 – 51 IE 2/09, ZInsO 2009, 1544 (1545).

543 *Mankowski*, NZI 2005, 368 (370).

544 *Mankowski*, RIW 2005, 561 (578); *Mankowski*, NZI 2005, 368 (371). Vgl. auch den Fall des *AG Celle*, Beschl. v. 18.04.2005 – 29 IN 11/05, NZI 2005, 410 (411).

545 *Becker*, ZEuP 2002, 287 (300).

546 *Knof*, ZInsO 2005, 1017 (1022); *AG Hamburg*, Beschl. v. 09.05.2006 – 67c IN 122/06, ZIP 2006, 1105 (1106); *Schmidt*, ZInsO 2006, 88 (89).

547 *AG Hamburg*, Beschl. v. 09.05.2006 – 67c IN 122/06, ZIP 2006, 1105 (1107).

548 *Mankowski*, NZI 2005, 368 (370), m. w. N. zu anderen Rechtsgebieten; *Baetge*, in: *Baetge/Hein/Hinden* (Hrsg.), FS Kropholler, 2008, S. 77 (81); *AG Köln*, Beschl. v. 19.01.2012 – 74 IN 108/10, ZVI 2012, 193 (195).

549 *Rumberg*, RIW 2010, 358 (362), allerdings ohne nähere Begründung. *High Court of Justice Chancery Division*, Urt. v. 22.06.2007, BPIR 2007, 1636 (1641), stellt auf einen – konkret nicht entscheidungserheblichen – Zeitraum von Tagen und Wochen ab, in denen eine Verlagerung noch nicht vorgenommen worden sein kann.

wöhnliche Aufenthalt von Beginn an auf lange Dauer angelegt ist⁵⁵⁰, wobei Unterbrechungen durch Reisen nicht beachtlich sind⁵⁵¹. Es bedarf einer gewissen Dauer, damit sich der Schuldner integrieren kann⁵⁵². Letztlich wird damit aber eine Art *période suspecte* eingeführt, innerhalb derer Verlagerungen pauschal verdächtig wären und die ein starkes Indiz gegen die Verlagerung des COMI darstellen würde. Eine *période suspecte* ist jedoch abzulehnen⁵⁵³. Daher ist die verstrichene Aufenthaltsfrist nur ein Indiz, ohne dass es feste Fristen gäbe⁵⁵⁴. Eine kurzfristige Verlagerung des COMI dürfte für Schuldner ohnehin schwierig sein⁵⁵⁵. Insbesondere ist zu beachten, dass die Verlagerung mit erheblichen Kosten verbunden sein kann und entsprechende Ressourcen voraussetzt. Diese aber dürften bei einem Schuldner, der kurz vor der Insolvenz steht, selten vorhanden sein⁵⁵⁶. Bei natürlichen Personen wird ein bloßer Umzug nicht gewährleisten können, dass das COMI verlagert wird, weil eine Verlagerung des gewöhnlichen Aufenthalts erforderlich wäre⁵⁵⁷. Denn zur Begründung des gewöhnlichen Aufenthalts wird regelmäßig das dauerhafte Element nebst der sozialen Integration nicht gegeben sein⁵⁵⁸. Zusätzlich werden Partner und Kinder einen Hemmschuh darstellen⁵⁵⁹, gerade wenn sie im Ursprungsland zurückbleiben sollen. Oder bildlich formuliert: „Man verbrennt nicht so schnell die Brücken hinter sich und kappt die Bande zu einem bisherigen Leben.“⁵⁶⁰

(8) Rechtsberatung und Zusatzleistungen

Die Inanspruchnahme von gewerbsmäßig angebotener Beratung und von damit verbundenen Zusatzleistungen kann im Einzelfall Indizwirkung für eine bloße Simulation entfalten. Bei Beratern muss genau geprüft werden, ob bspw. nicht nur ein Scheinwohnsitz angeboten wird⁵⁶¹. Die Vermittlung von Wohnungen und Arbeitsplätzen als wesentliche Kriterien zur Begründung des COMI im neuen Mitgliedstaat ist für sich genommen eine alltagstypische und vollkommen legale Leistung. Gerade Konstellationen

550 Mankowski, NZI 2005, 368 (370), m. w. N. AG Köln, Beschl. v. 19.01.2012 – 74 IN 108/10, ZVI 2012, 193 (195). Klöhn, KTS 2006, 259 (282 f.), plädiert für ein bewegliches System, das berücksichtigt, wie lange das COMI bereits verlagert ist, um das Vertrauen der Alt- und der Neugläubiger in Einklang zu bringen.

551 High Court of Justice Chancery Division, Urt. v. 22.06.2007, BPIR 2007, 1636 (1641); Mankowski, NZI 2005, 368 (370).

552 High Court of Justice Chancery Division, Urt. v. 22.06.2007, BPIR 2007, 1636.

553 Beck, ZVI 2011, 355 (539).

554 Knof, ZInsO 2005, 1017 (1021); Baetge, in: Baetge/Hein/Hinden (Hrsg.), FS Kropholler, 2008, S. 77 (81).

555 Klöhn, KTS 2006, 259 (271); Wiedemann, ZInsO 2007, 1009 (1017).

556 Vgl. Klöhn, KTS 2006, 259 (271); Wiedemann, ZInsO 2007, 1009 (1017).

557 Vgl. Wiedemann, ZInsO 2007, 1009 (1017).

558 Klöhn, KTS 2006, 259 (271).

559 Wiedemann, ZInsO 2007, 1009 (1017).

560 Mankowski, NZI 2005, 368 (372). In eine ähnliche Richtung geht Klöhn, KTS 2006, 259 (271), der den Aufwand zur Verlagerung als in der Krisensituation relativ hoch ansieht.

561 AG Köln, Beschl. v. 06.11.2008 – 71 IN 487/07, NZI 2009, 133 (134); Beck, ZVI 2011, 355 (366).

tionen mit Auslandsberührung sind für den juristischen Laien besonders schwer zu fassen und die Folgen von Fehlentscheidungen u. U. gravierend. Es steht jedem Bürger frei, sich Hilfe bei der Organisation der Verlagerung und Rechtsrat für das Insolvenzverfahren zu verschaffen – solange sich Rat und Tat im Rahmen des rechtlich Zulässigen halten. Die Einholung von Rechtsrat und Beratung ist in anderen Lebensbereichen völlig normal und auch im Insolvenzrecht nicht unüblich⁵⁶². Denn auch und gerade im insolvenzrechtlichen Bezug sind zahlreiche problematische Fragestellungen zu beachten, deren fehlerhafte Behandlung erhebliche – vor allem auch strafrechtliche – Wirkungen haben kann. Zu denken ist beispielsweise an Haftungsfragen, die Wirksamkeit von Kreditsicherheiten, Betrugs- und Bankrottdelikte. Diese Fragen werden durch einen geplanten grenzüberschreitenden Bezug noch zusätzlich verkompliziert. Dass der Schuldner sich vor Fehlern in Acht nimmt und Rechtsrat in Anspruch nimmt, ist für sich allein betrachtet nicht verwerflich und begründet weder den Verdacht einer Simulation noch den eines Rechtsmissbrauchs.

Eine andere Beurteilung ergibt sich aber, wenn die Beratung und Gestaltung nicht nur auf die Rechtsberatung gerichtet sind, sondern zumindest geeignet sind, eine Vortäuschung des COMI zu fördern. Zum Beispiel: Die Aussage „no one says you have to spend all your time in the UK“⁵⁶³ lässt sich auf (mindestens) zwei Arten deuten. Entweder kann sie bedeuten, dass der Schuldner nur für formal notwendige Handlungen in England sein muss, ansonsten aber nicht, dann würde es sich um eine Simulation handeln⁵⁶⁴. Oder der Rat bedeutet, dass es dem Schuldner durchaus freisteht, zu reisen und auch nach Antragstellung sein COMI wieder zurückzuverlegen⁵⁶⁵. Diese Hinweise geben nur die bestehende Rechtslage wieder, weil der Schuldner in der Tat nicht jeden einzelnen Tag an seinem neuen COMI verbringen muss. Darüber hinaus kann er wegen der perpetuatio fori nach Antragstellung sein COMI verlegen, ohne dass dies Auswirkungen auf das laufende Insolvenzverfahren hat – es sei denn, das Gericht erachtet die ursprüngliche COMI-Verlagerung z.B. wegen einer zu kurzen Aufenthaltsdauer als unwirksam oder bewertet sie gar als Simulation.

Ein starker Täuschungsverdacht besteht jedoch, wenn der Berater „Zusatzleistungen“ anbietet, die nichts mit den üblichen (Rechts-)Problemen eines Umzugs ins Ausland zu tun haben, sondern gerade darauf ausgerichtet sind, eine Anwesenheit am neuen COMI geradezu überflüssig zu machen. Zu denken ist an Quittungen aus Geschäften des täglichen Lebens, wie sie bei einem „normalen“ Tagesablauf des Schuldners ohnehin anfallen würden: Bäcker, Metzger, Supermarkt. Ein Vorhalten solcher Quittungen macht eine Anwesenheit des Schuldners an seinem neuen Wohnort gera-

562 Koch, Mansel (Hrsg.), in: FS Jayme, 2004, S. 437 (447). Dies erkennt bspw. auch *Chancery Division*, Urt. v. 10.06.2009, BPIR 2009, 1075 (1087), an.

563 So der Rat eines Insolvenzberaters, zitiert bei McDonald, The Guardian vom 27.05.2012.

564 Interessant ist auch der bei Hölzle, ZVI 2007, 1 (2), geschilderte Wortlaut einer Beratungshomepage im Internet, bei der es u. a. heißt „Selbstverständlich fördern wir keine illegalen Tätigkeiten. [...] Ihr Lebensmittelpunkt muss – real oder nach außen – in Frankreich sein.“ Worin der Unterschied zwischen „real“ und „nach außen“ bestehen soll, erschließt sich aus dem zitierten Inhalt nicht.

565 In diesem Sinne ist der Rat des Insolvenzberaters, zitiert bei McDonald, The Guardian vom 27.05.2012, zu verstehen, da er auf Urlaubsflüge und Beziehungen zur Familie eingeht – der Sache nach folglich normales und wünschenswertes soziales Verhalten.

de überflüssig und ist geeignet, die tatsächliche häufige Abwesenheit zu verschleiern⁵⁶⁶. Gleiches gilt für die von einem Berater angebotene „Einweisung“ der Familie, die unnötig wäre, wenn die Auskunft der Familie schlicht lauten würde, dass der Schuldner z. B. in Frankreich lebe, und dies auch zuträfe⁵⁶⁷. Auch solche Maßnahmen dienen dazu, eine Anwesenheit am neuen COMI entbehrlich zu machen und etwaige Nachfragen von Gläubigern oder dem Insolvenzgericht ins Leere laufen zu lassen. Werden solche bedenklichen Beratungsleistungen nachgewiesen, wird das Insolvenzgericht folglich bei der Würdigung sämtlicher Tatsachen von einer Simulation ausgehen können, wenn nicht starke entkräftende Momente vorgetragen werden können.

dd. Grundsatz: Entscheidung im Einzelfall

Die konkrete Feststellung des COMI bedarf der Prüfung sämtlicher Umstände des Einzelfalls, um tatsächlich den Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen des Schuldners korrekt feststellen zu können. Es gibt keine festen Maßstäbe für die Bewertung der verschiedenen Umstände, maßgebend ist vielmehr eine Bestimmung im Einzelfall⁵⁶⁸.

Nach einer vereinzelt gebliebenen Auffassung soll das COMI durch ein flexibles System bestimmt werden und das Insolvenzverfahren an dem Ort durchgeführt werden, an dem die Durchführung die geringsten Kosten verursacht⁵⁶⁹. Es sollen alle Interessen in eine Abwägungsentscheidung eingebunden werden, sodass selbst zwei Jahre nach einer Verlagerung des Sitzes einer Gesellschaft eine Zuständigkeit am ehemaligen Sitz begründet werden kann⁵⁷⁰. Dagegen spricht aber, dass derartige Ergebnisse kaum zu prognostizieren sind. Die erforderliche Rechtssicherheit – gerade auch im Hinblick auf Folgefragen wie Haftung und Strafbarkeit bei Verletzung von (vor)insolvenzlichen Pflichten – wird ohne Not aufgegeben und auf klare Kriterien im Sinne einer Grundregel zugunsten von unter Umständen nur marginalen Vorteilen bei den Verfahrenskosten wird verzichtet. Gleichwohl haben sich inzwischen die oben dargestellten Typisierungen entwickelt, deren Einsatz eine in vielen Fällen zutreffende Lösung ermöglicht.

Dabei darf aber nicht vergessen werden, dass typische Gründe für eine Verortung des COMI an einer bestimmten Stelle im Einzelfall möglicherweise nicht greifen. Wenn die Verbindlichkeiten eines Selbstständigen auch sehr oft aus der selbstständigen Tätigkeit herrühren (z. B. Miete für Büro, Kosten der Arbeitsmaterialien, Steu-

566 AG Köln, Beschl. v. 06.11.2008 – 71 IN 487/07, NZI 2009, 133 (134).

567 Siehe AG Köln, Beschl. v. 06.11.2008 – 71 IN 487/07, NZI 2009, 133 (134).

568 Hergenröder, DZWIR 2009, 309 (315); Reinhart, in: Kirchhof (Hrsg.), MünchKomm-InsO, Bd. 4, 3. Aufl. 2016 Art. 3 EuInsVO Rn. 47 ff.; Renger, S. 189; Reuß, S. 87; OLG Düsseldorf, Urt. v. 23.08.2013 – I-22 U 37/13, BeckRS 2013, 15627; LG Mannheim, Beschl. v. 13.01.2009 – 4 T 248/08, BeckRS 2009, 26625; BGH, Beschl. v. 02.03.2017 – IX ZB 70/16, NJW-RR 2017, 552; Wiedemann/Guglia, ZVI 2014, 397 (401).

569 Ein Anwendungsfall des sog. Coase-Theorems: Klöhn, KTS 2006, 259 (286); Klöhn, NZI 2006, 383 (386).

570 Klöhn, NZI 2006, 653 (654); siehe zu einem beweglichen System Klöhn, NZI 2006, 383 (385 f.); Klöhn, KTS 2006, 259 (282 f.).

ern), muss dies nicht immer der Fall sein. Zum Beispiel kann auch die fehlgeschlagene Spekulation mit dem Privatvermögen Grund für die Überschuldung des Schuldners sein⁵⁷¹. Mit den typisierenden Betrachtungen entsteht ein gewisses Maß an Rechtssicherheit. Doch darf nicht übersehen werden, dass die hierdurch gewonnene Rechtssicherheit für den einzelnen Gläubiger zu unerwarteten Ergebnissen führen kann. So wird der Vermieter einer Privatwohnung häufig nicht wissen, ob sein Mieter angestellt oder selbstständig tätig ist, wenn er die Information nicht abfragt oder im Rahmen eines Einkünftenachweises in Erfahrung bringt. Entsprechendes gilt für den Verkäufer eines Fahrzeugs für private Zwecke. Verfolgt der Schuldner an mehreren Orten Interessen im Sinne des Art. 3 Abs. 1 EuInsVO, hat das Gericht sämtliche Interessen in eine Abwägung einzubeziehen⁵⁷². Es muss im Einzelfall festgestellt werden, wo die Verwaltung der Interessen stattfindet, weil es sich z. B. nur um ein „virtuelles Büro“ handeln kann, das für die Außenwirkung unterhalten wird⁵⁷³. Entsprechendes ist der Fall, wenn der Schuldner selbstständig in einem Staat tätig ist, aber ausschließlich an seinem privaten Aufenthalt aus privaten Gründen Kredite aufnimmt, deren Rückzahlung er nicht leisten kann⁵⁷⁴. Bei einem Wechsel des COMI muss die Frage letztlich dahin gehen, ob die Gläubiger im Sinne des Art. 3 Abs. 1 EuInsVO erkennen können, dass der neue Aufenthaltsort bereits das neue COMI ist⁵⁷⁵. Demzufolge muss gerade aus Sicht der objektiven Dritten im Einzelfall bestimmt werden, was als COMI des Schuldners für Dritte erkennbar war⁵⁷⁶. Dies kann nur durch eine Gesamtschau der verschiedenen Anknüpfungskriterien erfolgen, die für die Gläubiger erkennbar sind.

III. Die Verlagerung des COMI

1. Der Grundsatz: Verlagerungen sind zulässig

Das COMI des Schuldners ist nicht starr und in Stein gemeißelt. Ein Bürger zieht aus verschiedensten Gründen um, seien es private, seien es berufliche Gründe. Auch die Norm des Art. 3 EuInsVO ermöglicht die Verlegung des COMI in Gewährung der Arbeitnehmerfreizügigkeit nach Art. 45 AEUV, der Niederlassungsfreiheit nach Art. 49 AEUV und – selbst ohne den Willen zur wirtschaftlichen Betätigung (wie etwa bei Rentnern) – der Freizügigkeit nach Art. 20 Abs. 2, Art. 21 Abs. 1 AEUV⁵⁷⁷. Zugleich werden damit aber die Voraussetzungen für *forum shopping* und damit für den

571 Vgl. etwa die Darstellung bei *Runkel*, ZVI 2007, 45 (45 Fn. 1): 40 renovierungsbedürftige Immobilien, die ein Arzt erworben hat.

572 *High Court of Justice Birmingham*, Beschl. v. 18.04.2005 – 2375 bis 2382/05, NZI 2005, 467 (468).

573 *Beck*, ZVI 2011, 355 (361).

574 *Beck*, ZVI 2011, 355 (361); siehe auch *Mankowski*, NZI 2005, 368 (370).

575 *Beck*, ZVI 2011, 355 (361).

576 *Reuß*, S. 88.

577 *Weller*, in: *Kronke/Thorn* (Hrsg.), FS von Hoffmann, 2012, S. 513 (520); *Reuß*, S. 114; *Hoffmann*, *Journal of Consumer Policy* 2012, 461 (467).

„Insolvenztourismus“ geschaffen⁵⁷⁸. Der Schuldner kann sein COMI verlagern⁵⁷⁹ und damit die Zuständigkeit des Insolvenzgerichts beeinflussen. Dies hat nicht zuletzt auch erhebliche praktische und verfahrensökonomische Gründe. Das Insolvenzgericht und der Verwalter werden sowohl auf das Vermögen wie auch die Unterlagen des Schuldners zugreifen müssen. Darüber hinaus ist es für die Verfahrensabwicklung auch von Vorteil, wenn der Schuldner selbst für Auskünfte möglichst persönlich zur Verfügung steht. Muss das Verfahren aber an einem Ort abgewickelt werden, an dem der Schuldner sich nicht (mehr) aufhält und an dem auch seine Vermögensgegenstände und Unterlagen nicht greifbar sind, dann wird das Verfahren hierdurch übermäßig aufwendig, kompliziert und teuer – was wiederum letztlich nur die Masse aufzehrt und damit zulasten der Gläubigersamtheit geht. Im Einzelfall kann es zwar immer noch zu solchen Situationen kommen, weil der Schuldner nach Verfahrenseinleitung ins Ausland zieht. Diese Fälle sind aber relativ selten.

Wäre das COMI hingegen starr und nicht veränderbar, hätten neue Gläubiger, die nach einem Umzug des Schuldners mit diesem Verträge schließen (z. B. der neue Vermieter), unter Umständen völlig falsche Vorstellungen davon, welchem Insolvenzrecht ihre Rechtsbeziehung mit ihrem Schuldner unterliegt. Sie werden in Unkenntnis dieser Umstände daher auch auf eine adäquate Absicherung ihrer Forderung verzichten. Des Weiteren stellt sich die Frage, wie das erste „versteinerte“ COMI bestimmt werden soll. Das COMI ist daher zu Recht veränderbar – damit aber zugleich ein veränderbares „Produkt“⁵⁸⁰ der konkurrierenden Rechtsordnungen.

2. Abgrenzung einer tatsächlichen von einer simulierten Verlagerung des COMI

a. Notwendigkeit der Abgrenzung einer tatsächlichen von einer simulierten Verlagerung

Neben tatsächlich erfolgten Verlegungen des COMI kommt es in einigen Fällen auch zu einer lediglich vorgetäuschten Verlagerung des COMI. Der Schuldner gibt in seinem Insolvenzantrag oder in der Anhörung wegen eines Fremdantrags Tatsachen an, die ein COMI in einem Mitgliedstaat zu begründen geeignet sind, obwohl es tatsächlich in einem anderen Mitgliedstaat liegt. Auch wenn der Schuldner sein COMI nicht wirklich verlagert hat, ist der auf die Gläubiger gemachte Eindruck der gleiche: Der

578 Eidenmüller, JZ 2009, 641 (647); Weller, in: Kronke/Thorn (Hrsg.), FS von Hoffmann, 2012, S. 513 (520).

579 Siehe nur *EuGH*, Urt. v. 17.01.2006 – Rs. C-1/04, Slg. 2006, 701; *Chancery Division*, Urt. v. 22.03.2006 – [2006] EWHC 1056 (Ch), BPIR 2006, 888; *Court of Appeal*, Urt. v. 26.11.2004 und 27.07.2005 – [2005] EWCA Civ 974, BPIR 2005, 1170 Rn. 42; *High Court of Justice Chancery Division*, Urt. v. 22.06.2007, BPIR 2007, 1636 (1640); *High Court of Justice London*, Decision v. 15.02.2011 – No. 9360/2008, IILR 2012, 460 (465); *Mankowski*, RIW 2005, 561 (578); Eidenmüller, ECFR 2009, 1 (12); Weller, ZGR 2008, 835 (849); Weller, ZIP 2009, 2029 (2031); Walters/Smith, IIR 2010, 181; Reuß, S. 87; Hoffmann, Journal of Consumer Policy 2012, 461 (467); Beck, ZVI 2012, 433 (435).

580 Eidenmüller, JZ 2009, 641; zust. Weller, ZIP 2009, 2029 (2031). Siehe auch Eidenmüller, ZGR 2006, 467.

Schuldner ist nunmehr in einem anderen Mitgliedstaat ansässig und unterliegt dem dortigen Recht. Doch trotz der im Insolvenzeröffnungsantrag angegebenen Umstände ergeben sich erhebliche Unterschiede in der rechtlichen Bewertung dieser Vorgänge. Aber nicht nur der Schuldner, sondern auch der antragstellende Gläubiger kann zur Täuschung des Gerichts genug Veranlassung sehen, wenn er zu Unrecht vermeiden will, dass der Schuldner nach der tatsächlichen *lex fori concursus* von seinen Verbindlichkeiten befreit wird. Die Folge einer solchen Simulation des COMI ist die auf falschen Umständen beruhende Entscheidung des Gerichts über die internationale Zuständigkeit.

Eine solche Simulation begründet indes nicht das COMI des Schuldners⁵⁸¹. Das tatsächliche COMI ist nicht verlagert worden. Die Simulation des COMI betrifft ein typisches verfahrensrechtliches Problem der Sachverhaltsermittlung bei Feststellung der zuständigkeitsbegründenden Umstände⁵⁸². Die eigentlichen Rechtsprobleme beginnen erst dann, wenn das angerufene Gericht aufgrund der falschen Tatsachenangaben das Insolvenzverfahren eröffnet und ggf. nach Abschluss des Verfahrens auch die Restschuldbefreiung erteilt.

b. Feststellung einer Simulation

Wenn bei einer genauen Prüfung der Tatsachen, die zur Begründung eines Scheinwohnsitzes geeignet sind, von einer Vermeidung von *forum shopping* gesprochen wird⁵⁸³, so ist dies zumindest missverständlich. Denn die Simulation des Anknüpfungspunktes hat nichts mit *forum shopping* zu tun, sondern stellt schlicht eine Täuschung des Gerichts über zuständigkeitsbegründende Umstände dar. Entsprechendes gilt für die Vermischung von Täuschung und Rechtsmissbrauch, die immer wieder zu beobachten ist⁵⁸⁴. Wegen der unterschiedlichen Ansatzpunkte von Täuschung (falsche Tatsachenangaben) und Rechtsmissbrauch (rechtliche Würdigung tatsächlich erfolgter Vorgänge) sind diese Konstellationen aber strikt zu trennen und auch in der Diktion ist auf Unterschiede zu achten. Denn diese verschiedenen Ansatzpunkte ver-

581 Koch, in: Mansel (Hrsg.), FS Jayme, 2004, S. 437 (440); Mankowski, NZI 2006, 154 (155); Kilper, S. 192; Renger, S. 190; vgl. auch Weller, ZIP 2009, 2029 (2033); Heneweer, S. 20; Weller, IPRax 2011, 150 (154); AG Mannheim, Beschl. v. 05.11.2008 – 1 IN 244/08, BeckRS 2009, 26626, und im Anschluss LG Mannheim, Beschl. v. 13.01.2009 – 4 T 248/08, BeckRS 2009, 26625; zum internationalen Verfahrensrecht Benecke, S. 323.

582 Weller, ZIP 2009, 2029 (2033); Reuß, S. 222 f.; Weller, IPRax 2011, 150 (154).

583 Z. B. Fritze, jurisPR-InsR 26/2009, Anm. 6.

584 Missverständlich z. B. Vallender, EWiR 2011, 775 (776), der von einer missbräuchlichen Verlagerung spricht, wenn der Schuldner die internationale Zuständigkeit des Gerichts durch Täuschung zu erschleichen versucht, und Reuß, S. 327 f., der die Umgehung und Erschleichung von Normen behandelt, sich dann aber auf Rechtsprechung französischer Gerichte bezieht, die von einer Simulation ausgehen. Goslar, NZI 2012, 912 (912), der Falschangaben vor Gericht behandelt, in diesem Kontext aber zunächst von der Bekämpfung einer „missbräuchlichen Forumserlangung“ schreibt, auf S. 914 jedoch klar trennt. Das OLG Düsseldorf, Urt. v. 23.08.2013 – I-22 U 37/13, BeckRS 2013, 15627, stellt auf eine missbräuchliche Verlagerung des COMI ab, erörtert aber, dass der Schuldner gegenüber dem englischen Insolvenzgericht falsche Angaben gemacht hat.

langen auch einen unterschiedlichen Umgang mit den sich dabei stellenden Rechtsfragen. Die Mechanismen, wie diesen Täuschungen begegnet und fehlerhafte Entscheidungen effektiv beseitigt werden können, werden im Folgenden im jeweiligen Zusammenhang besprochen.

Die französischen Gerichte waren bereits sehr früh relativ streng bei der Prüfung des COMI. Sie haben hohe Anforderungen an dessen Nachweis gestellt, um eine bloße Scheinverlegung präventiv zu verhindern oder dem Aufwand jedenfalls den erhofften Nutzen zu nehmen. Diese Tendenz hat sich fortgesetzt⁵⁸⁵.

Wegen der Besonderheiten des französischen Insolvenzrechts mit den Sonderregeln für die Departements Haut Rhin, Bas Rhin und Moselle hat insbesondere die Cour d'appel Colmar diese Entscheidungslinie maßgebend mitgeprägt⁵⁸⁶. Sind die französischen Gerichte trotz – oder gerade wegen – der hohen Anforderungen an den Nachweis des COMI von dessen Lage überzeugt, eröffnen sie das Verfahren, selbst wenn die Gläubiger alle in Deutschland ihren Sitz haben, die Schuldner die Landessprache nicht beherrschen und keiner geregelten Erwerbstätigkeit nachgehen⁵⁸⁷. Andererseits wird teilweise sehr deutlich von täuschendem Vorgehen gesprochen, wenn die Gerichte davon überzeugt sind, dass der Schuldner sein COMI nicht tatsächlich verlegt hat⁵⁸⁸. Im Einzelfall wird auch der „gute Glauben“, die „bonne foi“ des Art. L670 Code de commerce abgelehnt⁵⁸⁹. Gerade dieser „gute Glauben“ ist eine wesentliche Voraussetzung im französischen Recht.

Auch die englischen Gerichte prüfen mittlerweile – wenn auch häufig erst im *annulment* -Verfahren nach s. 282 IA 1986 – recht genau das COMI⁵⁹⁰ und verhindern auf diese Weise Täuschungsfälle bzw. heben Entscheidungen, die auf Täuschungen

585 Siehe die Einschätzung von Ehret, DAS 2010, 66 (66).

586 Z. B. *Cour d'appel Colmar*, 15.03.2005 – N° 1 A 04/04718, JurisData 2005-279713; *Cour d'appel Colmar*, 03.05.2005 – N° 1 A 04/06003, JurisData 2005-275624; *Cour d'appel Colmar*, 31.01.2006 – N° 1 A 05/04431, JurisData 2006-293873; *Cour d'appel Colmar*, 16.05.2006 – N° 1 A 06/00069, JurisData 2006-311391; *Cour d'appel Colmar*, 23.05.2006 – N° 1 A 06/00354, JurisData 2006-308441; *Cour d'appel Colmar*, 20.06.2006 – N° 1 A 06/01576, JurisData 2006-308422; *Cour d'appel Colmar*, 19.09.2006 – N° 1 A 06/01622, JurisData 2006-313536; *Cour d'appel Colmar*, 31.10.2006 – N° 1 A 06/03078, JurisData 2006-321939; *Cour d'appel Colmar*, 04.01.2011 – N° 1 A 10/02034, JurisData 2011-001121.

587 So z. B. *Cour d'appel Colmar*, 15.03.2005 – N° 1 A 04/04718, JurisData 2005-279713.

588 *Cour d'appel Colmar*, 31.01.2006 – N° 1 A 05/04431, JurisData 2006-293873; *Tribunal de Colmar* als Vorinstanz zu *Cour d'appel Colmar*, 04.01.2011 – N° 1 A 10/02034, JurisData 2011-001121.

589 *Cour de cassation*, 15.10.2009 – N° 08-17.383, - LexisNexis; *Cour de cassation*, 24.06.2010 – N° 09-67.469, - LexisNexis; *Cour de cassation*, 15.02.2011 – N° 10-13832, JurisData 2011-001686; *Cour d'appel Colmar*, 23.10.2007 – N° 1 A 07/01346, JurisData 2007-351461.

590 Siehe z.B. für Fälle natürlicher Personen *Court of Appeal*, Urt. v. 26.11.2004 und 27.07.2005 – [2005] EWCA Civ 974, BPIR 2005, 1170; *High Court of Justice London*, Beschl. v. 20.12.2006 – No. 9849/02, NZI 2007, 361; *High Court of Justice Chancery Division*, Urt. v. 22.06.2007, BPIR 2007, 1636; *Manchester County Court*, Urt. v. 19.05.2010 und 07.06.2010, BPIR 2010, 1093; *High Court of Justice London*, Decision v. 15.02.2011 – No. 9360/2008, IILR 2012, 460. Dies prognostiziert auch Pel, INDat-Report 2010, 30 (31).

beruhen, in der Folge auf. Hieraus wird bisweilen der Schluss gezogen, dass die Gefahr, dass England zum „*bankruptcy brothel*“ werden könnte, nicht allzu groß sei⁵⁹¹.

Die Gerichte haben im Rahmen ihrer Zuständigkeitsprüfung zum Teil einen erheblichen Aufwand zur Aufdeckung von Täuschungen durch den Schuldner betrieben⁵⁹², sogar „detektivische Fähigkeiten“ entwickelt⁵⁹³ oder sind gar als „Sherlock Holmes“⁵⁹⁴ tätig geworden, um solche Täuschungen aufzudecken. Verfolgt der Schuldner an mehreren Orten Interessen im Sinne des Art. 3 Abs. 1 EuInsVO, hat das Gericht sämtliche Interessen in eine Abwägung einzubeziehen⁵⁹⁵.

Dabei sind sehr viele unterschiedliche Faktoren herangezogen worden, die jedenfalls bei Kumulation mehrerer dieser Umstände gegen eine tatsächliche Verlagerung des COMI sprechen: das Nichtvorhandensein von Gebührenrechnungen⁵⁹⁶, eine zu geringe oder gänzlich fehlende Stromrechnung⁵⁹⁷, keine oder zu geringe Telefonrechnungen⁵⁹⁸, die Ausgestaltung des Mietverhältnisses⁵⁹⁹, die zu geringe Größe der Woh-

591 So auch die Einschätzung von *Knof*, EWIR 2010, 563 (564), und *Vallender*, VIA 2011, 17 (18). *Pel*, INDat-Report 2010, 30 (31), sieht aus Sicht der Gläubiger ebenfalls die Chance, dass sich der Schutz der Gläubiger durch eine genauere Prüfung erhöht.

592 Siehe nur den Ermittlungsaufwand, den manche Gerichte betrieben haben, z. B. *Chancery Division*, Urt. v. 22.03.2006 – [2006] EWHC 1056 (Ch), BPIR 2006, 888, das Telefonnummern, den Ausstellungsort des Passes und die Belegenheit von Vermögen erforscht hat; *Chancery Division*, Urt. v. 10.06.2009, BPIR 2009, 1075; *High Court of Justice Northern Ireland*, Dec. v. 10.01.2012 – [2012] NICH 1, BPIR 2012, 322; AG Köln, Beschl. v. 06.11.2008 – 71 IN 487/07, NZI 2009, 133 (134); selbst Schlafzimmer, Toilettenartikel und Nahrungsmittel waren schon Gegenstand der Feststellungen: OGH, Urt. v. 30.11.2006 – 8 Ob 12/06g, ÖJZ 2007, 325. Für weitere Details siehe C. III. 2. b.

593 *Mankowski*, NZI 2011, 958 (959); *Paulus*, Insolv. Int. 2012, 75 (75).

594 *Mankowski*, in: *Konecny* (Hrsg.), Insolvenz-Forum 2009, 2010, S. 51 (78).

595 *High Court of Justice Birmingham*, Beschl. v. 18.04.2005 – 2375 bis 2382/05, NZI 2005, 467 (468).

596 *Cour d'appel Colmar*, 15.03.2005 – N° 1 A 04/04718, JurisData 2005-279713; vgl. auch AG Göttingen, Beschl. v. 10.12.2012 – 74 IN 28/12, NZI 2013, 206.

597 *Cour d'appel Colmar*, 15.03.2005 – N° 1 A 04/04718, JurisData 2005-279713; *Cour d'appel Colmar*, 31.01.2006 – N° 1 A 05/04431, JurisData 2006-293873; *Cour d'appel Colmar*, 16.05.2006 – N° 1 A 06/00069, JurisData 2006-311391; *Cour d'appel Colmar*, 20.06.2006 – N° 1 A 06/01576, JurisData 2006-308422; *Cour d'appel Colmar*, 31.10.2006 – N° 1 A 06/03078, JurisData 2006-321939; *Cour de cassation*, 24.06.2010 – N° 09-67.469, - LexisNexis; *Cour de cassation*, 15.02.2011 – N° 10-13832, JurisData 2011-001686. LG Göttingen, Beschl. v. 04.12.2007 – 10 T 146/07, ZVI 2008, 58 (59); *Mankowski*, NZI 2011, 958 (959).

598 *Cour d'appel Colmar*, 31.01.2006 – N° 1 A 05/04431, JurisData 2006-293873; *Cour d'appel Colmar*, 20.06.2006 – N° 1 A 06/01576, JurisData 2006-308422; *Cour d'appel Colmar*, 31.10.2006 – N° 1 A 06/03078, JurisData 2006-321939; *Cour de cassation*, 24.06.2010 – N° 09-67.469, - LexisNexis.

599 *Cour d'appel Colmar*, 15.03.2005 – N° 1 A 04/04718, JurisData 2005-279713; *Cour de cassation*, 09.10.2008 – N° 07-18.804, - LexisNexis; *Cour de cassation*, 15.02.2011 – N° 10-13832, JurisData 2011-001686; AG Köln, Beschl. v. 19.01.2012 – 74 IN 108/10, ZVI 2012, 193 (195); *High Court of Justice Birmingham*, [2012] EWHC 2432 (Ch); AG Göttingen, Beschl. v. 10.12.2012 – 74 IN 28/12, NZI 2013, 206.

nung⁶⁰⁰, das Fehlen von Briefkasten und Klingelschild⁶⁰¹, vorhandener Immobilienbesitz am alten COMI⁶⁰², die Vermietung von Wohneigentum in Deutschland, um in Frankreich wohnen zu können, obwohl dort keine oder nur wenige Verbindungen bestehen⁶⁰³, widersprüchliche Angaben zum Wohnort⁶⁰⁴ und häufige Aufenthaltswechsel⁶⁰⁵, die Eintragung in lokale Wählerlisten⁶⁰⁶, die Zahlung von (Einkommens-)Steuern⁶⁰⁷, der Aufenthalts- und Tätigkeitsort des Ehepartners⁶⁰⁸, die Trennung von Ehepartner und Kindern⁶⁰⁹, die Entfernung zum (angeblichen) Arbeitsplatz⁶¹⁰, fehlende Ausrüstung für die angebliche selbstständige berufliche Tätigkeit⁶¹¹, selbstständige Tätigkeiten, die letztlich nur als „Begleiterscheinung“ von privaten Interessen ausgeübt werden und nur Verluste bringen⁶¹², das Vorbringen angeblicher „Anlaufkosten“

- 600 *Cour d'appel Colmar*, 16.05.2006 – N° 1 A 06/00069, JurisData 2006-311391: 35-m²-Wohnung, in der auch einmal die Kinder des Schuldners übernachten sollen; *Cour de cassation*, 28.10.2008 – N° 06-16.108, JurisData 2008-045617: möblierte 15-m²-Wohnung, die nur unregelmäßig bewohnt wurde. *LG Göttingen*, Beschl. v. 04.12.2007 – 10 T 146/07, ZVI 2008, 58 (59); *High Court of Justice London*, Decision v. 15.02.2011 – No. 9360/2008, IILR 2012, 460: Wohnung in der Art einer Studentenwohnung; *Mankowski*, NZI 2011, 958 (959).
- 601 *AG Mannheim*, Beschl. v. 05.11.2008 – 1 IN 244/08, BeckRS 2009, 26626; *LG Mannheim*, Beschl. v. 13.01.2009 – 4 T 248/08, BeckRS 2009, 26625
- 602 *Cour d'appel Colmar*, 20.06.2006 – N° 1 A 06/01576, JurisData 2006-308422; *Cour d'appel Colmar*, 19.09.2006 – N° 1 A 06/01622, JurisData 2006-313536; *Cour d'appel Colmar*, 04.01.2011 – N° 1 A 10/02034, JurisData 2011-001121.
- 603 *Cour de cassation*, 15.10.2009 – N° 08-17.383, - LexisNexis.
- 604 *LG Köln*, Urt. v. 14.10.2011 – 82 O 15/08, NZI 2011, 957 (958): Angabe, in England zu wohnen, gleichzeitig aber Wohnungswechsel in anderen Ländern durchzuführen.
- 605 *Renger*, VIA 2011, 62 (63); *Mankowski*, NZI 2011, 958 (959); *AG Köln*, Beschl. v. 19.01.2012 – 74 IN 108/10, ZVI 2012, 193 (195). *OLG Brandenburg*, Zwischenurt. v. 25.05.2011 – 13 U 100/07, BeckRS 2011, 16015, weist jedoch zurecht darauf hin, dass häufige Umzüge durch das Lebensverhalten begründet sind, sodass sie noch nicht einmal für einen etwaigen Rechtsmissbrauch sprechen, wenn der Schuldner schon in den Jahren zuvor häufig innerhalb der EU umgezogen ist.
- 606 *Cour d'appel Colmar*, 15.03.2005 – N° 1 A 04/04718, JurisData 2005-279713; *Cour d'appel Colmar*, 03.05.2005 – N° 1 A 04/06003, JurisData 2005-275624.
- 607 *Cour d'appel Colmar*, 15.03.2005 – N° 1 A 04/04718, JurisData 2005-279713; *Cour d'appel Colmar*, 03.05.2005 – N° 1 A 04/06003, JurisData 2005-275624; *Cour d'appel Colmar*, 16.05.2006 – N° 1 A 06/00069, JurisData 2006-311391; *Cour d'appel Colmar*, 20.06.2006 – N° 1 A 06/01576, JurisData 2006-308422; *Cour d'appel Colmar*, 31.10.2006 – N° 1 A 06/03078, JurisData 2006-321939; *Cour d'appel Colmar*, 31.10.2006 – N° 1 A 06/03078, JurisData 2006-321939; *Cour de cassation*, 24.06.2010 – N° 09-67.469, - LexisNexis.
- 608 *Cour d'appel Colmar*, 15.03.2005 – N° 1 A 04/04718, JurisData 2005-279713; *Cour de cassation*, 15.10.2009 – N° 08-17.383, - LexisNexis.
- 609 *Cour d'appel Colmar*, 31.01.2006 – N° 1 A 05/04431, JurisData 2006-293873; *Cour d'appel Colmar*, 23.05.2006 – N° 1 A 06/00354, JurisData 2006-308441; *Cour d'appel Colmar*, 31.01.2006 – N° 1 A 05/04431, JurisData 2006-293873; *Cour de cassation*, 24.06.2010 – N° 09-67.469, - LexisNexis; *Cour de cassation*, 15.02.2011 – N° 10-13832, JurisData 2011-001686.
- 610 *Cour d'appel Colmar*, 03.05.2005 – N° 1 A 04/06003, JurisData 2005-275624; vgl. auch *Cour d'appel Colmar*, 20.06.2006 – N° 1 A 06/01576, JurisData 2006-308422; *Cour d'appel Colmar*, 31.10.2006 – N° 1 A 06/03078, JurisData 2006-321939; *Cour d'appel Colmar*, 04.01.2011 – N° 1 A 10/02034, JurisData 2011-001121; *Cour de cassation*, 09.10.2008 – N° 07-18.804, - LexisNexis.
- 611 *High Court of Justice Birmingham*, [2012] EWHC 2432 (Ch): (ehemaliger) Notar als Sportfotograf, der jedoch keine Kamera sein Eigen nannte.
- 612 *High Court of Justice Birmingham*, [2012] EWHC 2432 (Ch): Sportfotografie, die auffällig häufig mit den Golf Touren des Schuldners zusammenfielen.

eines neu gegründeten Unternehmens, ohne diese benennen oder gar beziffern zu können⁶¹³; unklare Aufenthaltszeiten am angeblichen neuen COMI⁶¹⁴, ein Haftbefehl zur Erzwingung einer eidesstattlichen Versicherung⁶¹⁵, die vergleichsweise schuldnerungünstigere Rechtslage in seinem Heimatstaat⁶¹⁶, vorhandene Versicherungen⁶¹⁷, die Zugehörigkeit zu einer ausländischen Krankenversicherung⁶¹⁸, Bankverbindungen am angeblich neuen COMI, die keinerlei oder nur geringe Kontobewegungen aufweisen⁶¹⁹, die konkrete Art der Erwerbstätigkeit⁶²⁰, Erwerbstätigkeit, deren Erträge nicht zum eigenständigen Leben genügen, wenn der Ehepartner im Ausland arbeitet⁶²¹, Anzeichen für ein Scheinarbeitsverhältnis⁶²² und nicht zuletzt eine kurze Zeitspanne zwischen Umzug und Eigenantrag⁶²³. Auch das Zusammenleben mehrerer Personen, die dort auf engstem Raum wohnen und ebenfalls ein Insolvenzverfahren durchlaufen, spricht für eine Simulation⁶²⁴. Zwar sind Wohnungen gerade in London teuer, aber häufige Umzüge mit sich widersprechenden Vertragslaufzeiten und Aufenthaltszeiten sprechen dafür, dass getäuscht wird⁶²⁵. Insbesondere wenn der Schuldner unter der genannten Adresse im Ausland nicht bekannt war, spricht dies dafür, dass es sich lediglich um eine Simulation handelt⁶²⁶. Es ist ebenfalls auffällig, wenn die Nachbarn den Schuldner nur im Urlaub vermuten und sich in seiner – angeblich aufgegebenen – Wohnung Rechnungen für einen Zeitraum finden, während dessen

613 *High Court of Justice Birmingham*, [2012] EWHC 2432 (Ch)..

614 *Cour d'appel Colmar*, 03.05.2005 – N° 1 A 04/06003, JurisData 2005-275624; *Chancery Division*, Urt. v. 10.06.2009, BPIR 2009, 1075.

615 *Cour d'appel Colmar*, 31.01.2006 – N° 1 A 05/04431, JurisData 2006-293873.

616 *Cour d'appel Colmar*, 31.01.2006 – N° 1 A 05/04431, JurisData 2006-293873; *Cour de cassation*, 15.10.2009 – N° 08-17.383, - LexisNexis. Der *High Court of Justice Birmingham*, [2012] EWHC 2432 (Ch), sieht darin jedenfalls einen Grund, die Motivation des Schuldners zu hinterfragen.

617 *Cour d'appel Colmar*, 16.05.2006 – N° 1 A 06/00069, JurisData 2006-311391. Ausdrücklich auch *Manchester County Court*, Urt. v. 19.05.2010 und 07.06.2010, BPIR 2010, 1093 (1108), wenn auch mit der Betonung, dass es im konkreten Fall nicht entscheidungserheblich war.

618 *Cour d'appel Colmar*, 31.10.2006 – N° 1 A 06/03078, JurisData 2006-321939; *Cour de cassation*, 24.06.2010 – N° 09-67.469, - LexisNexis.

619 *Cour d'appel Colmar*, 03.05.2005 – N° 1 A 04/06003, JurisData 2005-275624; *Chancery Division*, Urt. v. 10.06.2009, BPIR 2009, 1075 (1088); *Cour de cassation*, 24.06.2010 – N° 09-67.469, - LexisNexis.

620 *Cour d'appel Colmar*, 16.05.2006 – N° 1 A 06/00069, JurisData 2006-311391; *Cour d'appel Colmar*, 23.05.2006 – N° 1 A 06/00354, JurisData 2006-308441: Ausrichtung der Erwerbstätigkeit auf deutsche Kundschaft; AG Mannheim, Beschl. v. 05.11.2008 – 1 IN 244/08, BeckRS 2009, 26626; *High Court of Justice Birmingham*, [2012] EWHC 2432 (Ch): (ehemaliger) Notar, der sich als Sportfotograf in sehr eingeschränktem Rahmen betätigt.

621 *Cour de cassation*, 15.10.2009 – N° 08-17.383, - LexisNexis.

622 *Cour de cassation*, 15.02.2011 – N° 10-13832, JurisData 2011-001686.

623 Mankowski, NZI 2011, 958 (959); LG Leipzig, Beschl. v. 27.02.2006 – 12 T 1207/05, ZlInsO 2006, 378 (380); LG Göttingen, Beschl. v. 04.12.2007 – 10 T 146/07, ZVI 2008, 58 (59); Renger, VIA 2011, 62 (63); siehe auch OLG Brandenburg, Zwischenurt. v. 25.05.2011 – 13 U 100/07, BeckRS 2011, 16015, das trotz relativ kurzer nachgewiesener Zeiträume keine Zweifel an der Anerkennung einer englischen *bankruptcy order* hatte.

624 LG Köln, Urt. v. 14.10.2011 – 82 O 15/08, NZI 2011, 957 (958): fünf deutsche Schuldner, die in einer kleinen Wohnung mit zwei Wohnzimmern leben. Vgl. auch *Chancery Division*, Urt. v. 10.06.2009, BPIR 2009, 1075 (1079): Zimmer mit 3,5 x 4 m.

625 LG Köln, Urt. v. 14.10.2011 – 82 O 15/08, NZI 2011, 957 (958).

626 LG Köln, Urt. v. 14.10.2011 – 82 O 15/08, NZI 2011, 957 (957), m. Anm. Mankowski, NZI 2011, 958.

der Schuldner schon dauerhaft im Ausland gewesen sein will⁶²⁷. Gerade kurzfristige Verlegungen von Angehörigen stark reglementierter Berufe sind bedenklich, weil es besonderer Vorkehrungen bedarf, z. B. bei Apothekern die ordnungsgemäße Verwahrung der Medikamentenbestände nach den jeweils einschlägigen nationalen Normen⁶²⁸. Hinzu kommen grundsätzlich notwendige Abwicklungstätigkeiten wie Kündigungen von Miet- und Arbeitsverträgen sowie Registerabmeldungen⁶²⁹. Ebenso können Ergebnisse von Durchsuchungen nützlich sein, wenn sich aus ihnen Umstände ergeben, die auf eine (Nicht-)Verlagerung des COMI schließen lassen⁶³⁰. Auch ungenaue und ausweichende Antworten des Schuldners auf Fragen können gegen dessen Angaben im Antrag sprechen⁶³¹.

Je kürzer die Zeit nach der Sitzverlegung und der Stellung des Antrags ist, desto eher ist von einer Scheinverlegung auszugehen, besonders wenn das neue Insolvenzrecht Vorteile für den Schuldner erwarten lässt⁶³². Wer alles „stehen und liegen lässt“⁶³³, kann Anlass zur Annahme eines unzulässigen *forum shopping* geben⁶³⁴. Zwar müssen „plötzliche“ Verlagerungen besonders gut geprüft werden. Es bedeutet aber nicht, dass die Verlagerung unzulässig oder vorgetäuscht ist. Wenn das COMI mehrere Monate vor Antragstellung verlegt wird, die Gläubiger hingegen am Ort des alten COMI zurückbleiben, ist die Verlegung dennoch wirksam⁶³⁵.

Die Reaktion auf diese Rechtsprechung ließ nicht lange auf sich warten. Einige Insolvenzberater verschaffen jetzt nicht nur Wohnraum und ein Arbeitsverhältnis, sie halten gleich Quittungen für Lebensmitteleinkäufe usw. für den Schuldner bereit⁶³⁶. Wird jedoch festgestellt, dass der Schuldner einen Berater beauftragt hat, der unter anderem Quittungen vorhält, Post nachsendet oder die Familie „coach“t, dann kann dies ein starkes Indiz dafür sein, dass eine Verlagerung des COMI an diesen Ort nicht stattgefunden hat⁶³⁷. Denn diese Dienstleistungen sind nicht notwendig, wenn der Schuldner tatsächlich an diesem Ort seinen Lebensmittelpunkt hat⁶³⁸ – und sei es nur vorübergehend.

627 AG Mannheim, Beschl. v. 05.11.2008 – 1 IN 244/08, BeckRS 2009, 26626; LG Mannheim, Beschl. v. 13.01.2009 – 4 T 248/08, BeckRS 2009, 26625.

628 LG Aachen, Beschl. v. 22.11.2010 – 6 T 113/10, BeckRS 2011, 14813.

629 LG Aachen, Beschl. v. 22.11.2010 – 6 T 113/10, BeckRS 2011, 14813.

630 So etwa im Fall bei BGH, Beschl. v. 17.09.2009 – IX ZB 51/09, ZInsO 2009, 1955; zuvor dazu LG Mannheim, Beschl. v. 13.01.2009 – 4 T 248/08, BeckRS 2009, 26625; AG Mannheim, Beschl. v. 05.11.2008 – 1 IN 244/08, BeckRS 2009, 26626.

631 High Court of Justice Birmingham, [2012] EWHC 2432 (Ch).

632 LG Leipzig, Beschl. v. 27.02.2006 – 12 T 1207/05, ZInsO 2006, 378 (380). Hölzle, ZVI 2007, 1 (4), sieht daher umgekehrt in einer längeren Zeitdauer ein Argument für die tatsächliche Verlagerung des COMI.

633 LG Aachen, Beschl. v. 22.11.2010 – 6 T 113/10, BeckRS 2011, 14813.

634 LG Aachen, Beschl. v. 22.11.2010 – 6 T 113/10, BeckRS 2011, 14813.

635 Vgl. AG Celle, Beschl. v. 18.04.2005 – 29 IN 11/05, NZI 2005, 410 (411).

636 Vgl. den Fall des AG Köln, Beschl. v. 06.11.2008 – 71 IN 487/07, NZI 2009, 133; siehe auch Hölzle, ZVI 2007, 1 (4).

637 AG Köln, Beschl. v. 06.11.2008 – 71 IN 487/07, NZI 2009, 133, m. zust. Anm. Fritze, jurisPR-InsR 26/2009, Anm. 6.

638 AG Köln, Beschl. v. 06.11.2008 – 71 IN 487/07, NZI 2009, 133.

Bedient sich der Schuldner eines professionellen Beraters, der Scheinwohnsitze anbietet, kann er sich nicht auf den Wohnsitz an dieser Stelle berufen, weil ihm sein Vortrag nicht geglaubt wird⁶³⁹. Solche unseriösen Insolvenzberater verschaffen falsche Quittungen und Unterlagen und erhalten Post, Zustellungs- und Vertretungsvollmachten⁶⁴⁰. Diese wären überflüssig, wenn der Schuldner sich tatsächlich gewöhnlich an dem neu gewählten Wohnsitz aufhalten würde⁶⁴¹. Zum Teil wird auch eine „Einweisung“ der Familie angeboten, was unnötig wäre, wenn die Auskunft schlicht lauten würde, dass der Schuldner in Frankreich lebe⁶⁴². Auch die Entlastung von der dauernden Anwesenheitspflicht durch umfassende organisatorische Maßnahmen (z. B. Schlüssel für die Wohnung und den Briefkasten⁶⁴³) spricht für einen Scheinsitzverlegung. Denn diese Maßnahmen wären nicht nötig, wenn sich der Schuldner tatsächlich dort aufhalten würde.⁶⁴⁴ Auch Einkaufsquittungen fallen normalerweise an, wenn der Schuldner sich tatsächlich dort aufhält, diese müssen nicht im „Angebot“ des Beraters enthalten sein⁶⁴⁵. Der Sachverhalt der Entscheidung des AG Köln⁶⁴⁶ zeigt, dass es mit erheblichem Aufwand einhergeht, den gewöhnlichen Aufenthalt zu verlegen. Andererseits zeigt die Entscheidung auch, mit welchem Aufwand die Vortäuschung eines COMI verknüpft sein kann und wie man sie entkräften kann.

Dass dies alles Auffälligkeiten im Zusammenhang mit der COMI-Verlagerung sind, trifft zu. Doch es muss im Einzelfall geprüft werden, aus welchem Grund sie aufgetreten sind. Die Wahl einer kleineren Wohnung kann z. B. seinen Grund darin haben, dass der Schuldner sparsamer geworden ist und nicht mehr über seinen Verhältnissen lebt. Steuer- und sozialversicherungsrechtliche Fragen basieren entweder auf höherrangigem Recht oder auch schlicht auf dem Umstand, dass der Schuldner sich nicht umgemeldet hat oder diesbezüglichen Rechtsirrtümern erlegen ist. Dass Sprachkenntnisse wichtig sind⁶⁴⁷, steht schon aus praktischen Gründen außer Frage. Aber in dieser Pauschalität können fehlende Sprachkenntnisse nicht für eine Ablehnung der COMI-Verlagerung genügen. Es gehört auch dazu, dass der Bürger die Sprache erst lernt bzw. dass die Behörden ihm helfen. Es gibt außerhalb des insolvenzbezogenen Kontextes zahlreiche Fälle, in denen ein Bürger in einem Staat lebt, dessen Verkehrs- und Amtssprache er (noch) nicht beherrscht. Nicht umsonst halten Behörden Formulare in verschiedenen Sprachen bereit. Ein Abstellen auf fehlende

639 Z. B. AG Köln, Beschl. v. 06.11.2008 – 71 IN 487/07, NZI 2009, 133 (134). Vgl. auch *High Court of Justice Birmingham*, [2012] EWHC 2432 (Ch), der als Indiz ansieht, dass ein „friend“ ihm die Wohnung und ein Fahrzeug besorgt hat.

640 AG Köln, Beschl. v. 06.11.2008 – 71 IN 487/07, NZI 2009, 133 (134).

641 AG Köln, Beschl. v. 06.11.2008 – 71 IN 487/07, NZI 2009, 133 (134).

642 AG Köln, Beschl. v. 06.11.2008 – 71 IN 487/07, NZI 2009, 133 (134).

643 Vgl. den Fall des AG Köln, Beschl. v. 06.11.2008 – 71 IN 487/07, NZI 2009, 133 (134).

644 AG Köln, Beschl. v. 06.11.2008 – 71 IN 487/07, NZI 2009, 133 (134); zust. Fritze, jurisPR-InsR 26/2009, Anm. 6.

645 AG Köln, Beschl. v. 06.11.2008 – 71 IN 487/07, NZI 2009, 133 (134).

646 AG Köln, Beschl. v. 06.11.2008 – 71 IN 487/07, NZI 2009, 133 (134).

647 May, ZInsO 2012, 165 (166).

Sprachkenntnisse würde eine Diskriminierung darstellen⁶⁴⁸. In Verbindung mit der Berufstätigkeit des Schuldners können die Sprachfertigkeiten jedoch an Bedeutung gewinnen, wenn die Berufstätigkeit, die der Schuldner angeblich ausübt, primär zu Kontakt mit Personen des Staates des neuen COMI führt, dessen Sprache er nicht beherrscht⁶⁴⁹.

Zu guter Letzt kann auch eine Rückverlegung des COMI kurz nach Antragstellung ein Indiz dafür sein, dass es nicht im Staat der Antragstellung bestand. Bei Fällen, in denen eine „Rückkehroption“ offengehalten wird, ist kein Rechtsmissbrauch zu prüfen⁶⁵⁰, sondern vielmehr, ob tatsächlich das COMI verlagert wurde⁶⁵¹. Dies gilt erst Recht bei einer nachträglichen Überprüfung durch ein Rechtsmittelgericht, wenn der Schuldner rasch nach Erteilung der Restschuldbefreiung zurückgekehrt ist⁶⁵². Zumal sich die Rückkehrabsicht zum Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung als innere Tatsache kaum wird feststellen lassen⁶⁵³. Aber auch eine Rückverlegung des COMI kann gute Gründe haben, die sich vorbringen lassen (z. B. persönliche Verbindung, neues Jobangebot, Pflege von Angehörigen). Das lässt sich in der Regel – gerade bei der schnellen englischen Eröffnung – aber nur im Rechtsbehelf effektiv prüfen. Dabei handelt sich auch hier zunächst (nur) um eine reine Tatsachenfrage, nämlich die Frage, ob das COMI tatsächlich zum Zeitpunkt der Antragstellung im Staat der Verfahrenseröffnung lag oder nicht. Kommt das Gericht zur Überzeugung, dass der Wohnsitz nur „formal verlegt“⁶⁵⁴ ist, der Schuldner also nicht im Staat der Verfahrenseröffnung seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, fehlt es an einem Lebensmittelpunkt, damit am COMI und folglich an der internationalen Zuständigkeit.

Auf all diese aufgezeigten Verdachtsmomente haben mittlerweile nicht nur die französischen, sondern auch die englischen Gerichte reagiert. Mittlerweile werden die Voraussetzungen des COMI deutlich strenger geprüft, wenn die Gerichte im Rahmen eines *annulment* nach s. 282 IA 1986 prüfen, ob die *bankruptcy order* hätte erlassen

648 *Cour d'appel Colmar*, 16.05.2006 – N° 1 A 06/00069, JurisData 2006-311391; *Cour d'appel Colmar*, 31.10.2006 – N° 1 A 06/03078, JurisData 2006-321939; siehe auch *Cour de cassation*, 09.10.2008 – N° 07-18.804, - LexisNexis, der in dem Willen, die Sprache zu erlernen, ein Indiz erblickt.

649 Vgl. *Cour d'appel Colmar*, 16.05.2006 – N° 1 A 06/00069, JurisData 2006-311391; *Cour d'appel Colmar*, 31.10.2006 – N° 1 A 06/03078, JurisData 2006-321939.

650 BGH, Beschl. v. 02.03.2017 – IX ZB 70/16, NJW-RR 2017, 552; a. A. *d'avoine*, NZI 2011, 310 (313).

651 Beck, ZVI 2011, 355 (365).

652 Goslar, NZI 2012, 912 (917).

653 Beck, ZVI 2011, 355 (365); Goslar, NZI 2012, 912 (915). Dies erkennt auch *d'Avoine*, NZI 2011, 310 (314), an und verlangt daher, dass der Schuldner bei Antragstellung die Erklärung abgibt, über längere Zeit am neuen COMI bleiben zu wollen.

654 LG Köln, Urt. v. 14.10.2011 – 82 O 15/08, NZI 2011, 957 (957).

werden dürfen⁶⁵⁵. Die Gerichte achten darauf, ob das COMI tatsächlich verlagert wurde; ist dies der Fall, wird die Verlagerung als Ausdruck der Niederlassungsfreiheit akzeptiert⁶⁵⁶. Dies ist zwar nur reaktiv, aber der englische *Insolvency Service*, der die Insolvenzverfahren betreut, hat inzwischen ebenfalls reagiert und in Kapitel 43 des technical manuals an dieser Rechtsprechung orientierte Prüfungsaspekte ausdrücklich benannt, die inzwischen bei Bürgern fremder Nationalität zu beachten sind, die weniger als zwölf Monate im Land sind und ihre Verbindlichkeiten nicht bei Gläubigern in England haben. Die Überprüfungskriterien werden zusehends strenger, und die zuständigen Behörden bzw. Gerichte verlangen Nachweise zu den „täglichen“ Angelegenheiten des Schuldners wie Wohnung, Arbeitsstätte und Bankverbindungen – und das bereits im Rahmen der Verfahrenseröffnung⁶⁵⁷. Eine derart genaue Prüfung bei Verfahrensbeginn erhöht die Akzeptanz – insbesondere durch die zur Anerkennung aufgeforderten Gerichte –, die den englischen Gerichten entgegengebracht werden kann⁶⁵⁸. Damit verringert sich zugleich die Gefahr von Anerkennungskonflikten⁶⁵⁹.

Dass die Gerichte bei ihrer Prüfung tendenziell strenger werden, sollen einige bekannt gewordene Beispiele zeigen. Im Fall des sog. „Londoner Radiologen“⁶⁶⁰ entschied das Gericht, dass das COMI in England lag. Der Schuldner wohnte in London war als Berater für Radiologie und Nuklearmedizin bei einer *limited* für das Monatsgehalt von £ 500 angestellt. Seine Frau lebte weiterhin in Deutschland, wo auch seine sämtlichen Gläubiger ihren Sitz hatten. Der Schuldner beantragte den Erlass einer *bankruptcy order*. Der *official receiver* beantragte jedoch mit der Begründung, der Schuldner habe sein COMI nach wie vor in Deutschland, ein *annulment*, weil die *bankruptcy order* gar nicht hätte erlassen werden dürfen. Unter anderem sei die Rückabwicklung von Vermögensübertragungen viel leichter in Deutschland durchzuführen und das Gehalt von £ 500 eine bloße Fiktion, weil die Gesellschaft den Gewinn erhalte und die Ehefrau des Schuldners die Gesellschafterin sei. Eine *Income Payments Order* sei wegen des geringen Gehalts nicht möglich. Der Schuldner wies da-

655 Siehe die Fälle *High Court of Justice Chancery Division*, Urt. v. 22.06.2007, BPIR 2007, 1636: COMI-Verlagerung wurde akzeptiert; *Mitterfellner Chancery Division*, Urt. v. 10.06.2009, BPIR 2009, 1075; *Manchester County Court*, Urt. v. 19.05.2010 und 07.06.2010, BPIR 2010, 1093; *High Court of Justice London*, Decision v. 15.02.2011 – No. 9360/2008, IILR 2012, 460; *Court of Appeal*, Urt. v. 26.11.2004 und 27.07.2005 – [2005] EWCA Civ 974, BPIR 2005, 1170: Die Verlagerung wurde akzeptiert und die *bankruptcy order* mit einer Beschränkung auf ein Territorialverfahren wurde wiederhergestellt. Sehr deutlich z. B. *High Court of Justice London*, Decision v. 15.02.2011 – No. 9360/2008, IILR 2012, 460, bei dem ebenfalls akribisch die Krankengeschichte des Schuldners erörtert wurde, um Aufenthaltszeiten zuordnen zu können.

656 *Walters/Smith*, IIR 2010, 181 (195).

657 Vgl. die detaillierten Prüfungsvorgaben der Kapitel 41, 43 des technical manual des englischen *Insolvency Service*. Siehe auch *Briggs*, *Insolv. Int.* 2010, 28 (30); *Walters/Smith*, IIR 2010, 181 (199); *AG Köln*, Beschl. v. 19.01.2012 – 74 IN 108/10, ZVI 2012, 193 (195).

658 In diesem Sinne auch *Walters/Smith*, IIR 2010, 181 (199).

659 Siehe dazu näher unter D.III.

660 So die Bezeichnung *High Court of Justice Chancery Division*, Urt. v. 22.06.2007, BPIR 2007, 1636, in der deutschen Fundstelle ZVI 2008, 168, und bei *Pel*, ZVI 2008, 152. Siehe auch *Fletcher*, *Insolv. Int.* 2007, 60; *Tashiro*, *FD-InsR* 2008, 263933; *Briggs*, *Insolv. Int.* 2010, 28. Zur Vorgeschichte des Falles auch *OLG Koblenz*, Urt. v. 15.03.2006 – 1 U 855/05, ZVI 2008, 166.

rauf hin, dass ihm neben seinem Gehalt auch die Unterkunft durch die Gesellschaft bezahlt würde. Das Gericht gibt sehr deutlich zu erkennen, dass es die Probleme des *forum shopping* im Blick hat und die Prüfung auch unter diesem Gesichtspunkt durchführt⁶⁶¹. Ein *annulment* wurde nicht ausgesprochen.

Deutlich strenger wurden die Gerichte in der Folgezeit im Fall „Mitterfellner“⁶⁶², in dem ein *annulment* nach s. 282 Abs. 1 IA 1986 ausgesprochen wurde. Das Gericht war nicht vom COMI des Schuldners in England überzeugt. Entscheidend war für das Gericht, dass der Schuldner widersprüchliche falsche Angaben zu seinen Aufenthaltsorten und -zeiten⁶⁶³ gemacht hatte, die das Gericht ausführlich prüfte und mit weiteren Rahmenbedingungen wie Kenntnis des Wohnorts und Kenntnis der wichtigsten Einkaufsmöglichkeiten abglich⁶⁶⁴. Dabei betonte das Gericht aber auch, dass es nicht mehr Nachweise für getätigte Einkäufe verlange, als der Normalbürger üblicherweise habe⁶⁶⁵. Gleichwohl war das Gericht nach einer – gerade auch für deutsche Verhältnisse – sehr ausführlichen Prüfung und Beweiswürdigung der Auffassung, dass der Schuldner sein COMI nicht in England hatte, und annulliert daher die *bankruptcy order*.

Auch im Fall „Hagemeister“⁶⁶⁶ wurde ein *annulment* ausgesprochen. Gegen die Schuldner (zwei Brüder) wurde ein Insolvenzverfahren in Deutschland beantragt. Das deutsche Insolvenzgericht eröffnete aufgrund des Antrags vorläufig das Verfahren und bestellte auch einen vorläufigen Verwalter. Kurz danach beantragten die Schuldner in England die *discharge* nach dem IA 1986. Das englische Gericht erließ die begehrte *bankruptcy order*. Daraufhin hob das deutsche Insolvenzgericht seine Entscheidung auf, weil das englische Verfahren nunmehr vorrangig sei. Dies wurde auch vom zuständigen Landgericht bestätigt. In der Folgezeit wurde in England ein *annulment* gem. s. 282 IA 1986 beantragt, weil in Deutschland ein vorrangiges Insolvenzverfahren bereits eröffnet war. Das englische Gericht kam dazu, dass die Eröffnung des englischen Verfahrens nicht nur eine Sekundärinsolvenz, sondern ein Hauptverfahren betraf. Ein solches Verfahren war aber aus zwei Gründen ausgeschlossen: Zum einen lag das COMI der Schuldner in Deutschland, zum anderen hatte das deutsche Insolvenzgericht die zeitlich frühere Entscheidung wirksam erlassen, weil es mit der vorläufigen Bestellung eines Insolvenzverwalters ein Verfahren im Sinne der Eurofood-Entscheidung des EuGH eröffnet hatte. Die *bankruptcy order* hätte folglich nicht erlassen werden dürfen und wurde daher annulliert. Darüber hinaus stellte das Gericht ausdrücklich fest, dass die Schuldner bei der Befragung im Rah-

661 *High Court of Justice Chancery Division*, Ur. v. 22.06.2007, BPIR 2007, 1636 (1639).

662 *Chancery Division*, Ur. v. 10.06.2009, BPIR 2009, 1075.

663 *Chancery Division*, Ur. v. 10.06.2009, BPIR 2009, 1075 (1084): Flugbuchungen, die einen kurzen Aufenthalt in England ermöglichten, der gerade die Stellung des Insolvenzantrags möglich machte. Danach erfolgte anscheinend der prompte Rückflug nach Deutschland. Hinzu kommen zahlreiche weitere nachgewiesene Aufenthalte in Deutschland und Österreich, sodass sich die Frage stellt, welche Zeiten der Schuldner in England verbracht hat.

664 *Chancery Division*, Ur. v. 10.06.2009, BPIR 2009, 1075 (1078 ff.).

665 *Chancery Division*, Ur. v. 10.06.2009, BPIR 2009, 1075 (1087).

666 *Manchester County Court*, Ur. v. 19.05.2010 und 07.06.2010, BPIR 2010, 1093.

men der Verfahrenseröffnung falsche Angaben zu der Frage nach einem anderweit eingeleiteten Insolvenzverfahren gemacht haben⁶⁶⁷.

Als letztes Beispiel für eine – wenn auch erst im *annulment*-Verfahren erfolgte – überaus akribische Ermittlungsarbeit sei der Fall „Körffler“⁶⁶⁸ kurz dargestellt: Im Zuge der Überprüfung der Aufenthaltsdauer von Herrn Körffler (dem Schuldner) in England prüfte das Gericht detailliert die Aufenthaltsdauer und Wohnsituation des Schuldners in Deutschland und England. Weil der Schuldner an einer schweren Krankheit litt, prüfte das Gericht u. a., wann er in ärztlicher Behandlung in Deutschland war. Hierbei ergaben sich beträchtliche Zeiten, zu denen der Schuldner sich in medizinischer Behandlung und Rehabilitation in deutschen Einrichtungen aufhielt. Neben diesen Aufenthaltszeiten stellte das Gericht die aus medizinischer Perspektive durchaus berechtigte Frage, warum sich der Schuldner für die Zeit seines (angeblich dauerhaften) Aufenthalts in England keinen Facharzt in seiner Umgebung gesucht hatte, obwohl seine Erkrankung zu akuten gesundheitlichen Problemen hätte führen können. Für umfangreiche Reha-Maßnahmen sei ein Gang in die Klinik des Vertrauens nachvollziehbar, aber für Notfälle sei es nicht verständlich, warum der Schuldner keinen qualifizierten Facharzt an seinem – angeblichen – gewöhnlichen Aufenthalt konsultiert hätte⁶⁶⁹. Weitere Auffälligkeiten traten hinzu. So führte der Schuldner teilweise über die Adresse in Deutschland seine Korrespondenz, obwohl er zu dieser Zeit bereits dauerhaft in England gelebt haben soll. Darüber hinaus waren die Angaben der von ihm benannten Zeugen, die Unterlagen und tatsächlichen Umstände widersprüchlich.

3. Zeitpunkt der Bestimmung des COMI bei Verlagerungen

Ausgehend von der Prämisse, dass das COMI verlagert werden kann, stellt sich die Frage, zu welchem Zeitpunkt es für das Insolvenzverfahren festgelegt werden kann und muss. Denn es versteht sich, dass die internationale Zuständigkeit eines Gerichts zu einem Zeitpunkt für das weitere Verfahren fixiert werden muss, um überhaupt ein Insolvenzverfahren ordnungsgemäß nach einer *lex fori concursus* durchführen zu können. Je später diese Festlegung erfolgt, umso mehr Spielraum hat der Schuldner zur Veränderung seines COMI – also auch zur Manipulation. Für die Wahl des Zeitpunktes bieten sich verschiedene Optionen an.

667 Dabei hält das Gericht den Schuldnern durchaus Sprachschwierigkeiten usw. zugute. Gleichwohl kommt es mit ausführlicher Begründung zum Ergebnis, dass die Angaben im Insolvenzantrag an zentralen Stellen fehlerhaft waren, *Manchester County Court*, Urt. v. 19.05.2010 und 07.06.2010, BPIR 2010, 1093 (1107 f.).

668 *High Court of Justice London*, Decision v. 15.02.2011 – No. 9360/2008, IILR 2012, 460.

669 *High Court of Justice London*, Decision v. 15.02.2011 – No. 9360/2008, IILR 2012, 460 Rn. 57 unter (d).

a. Zeitpunkt der Entstehung der Verbindlichkeiten

Eine aus Sicht der Gläubiger sehr weitreichende Möglichkeit bestünde darin, die Fixierung auf den Zeitpunkt zu legen, zu dem eine Verbindlichkeit entsteht. Dies ist jedoch abzulehnen. Gegen diesen Zeitpunkt spricht schon, dass eine Vielzahl von Verbindlichkeiten regelmäßig über einen längeren Zeitraum entsteht, sodass dieses Kriterium nicht aussagekräftig genug ist⁶⁷⁰. Bei einer Vielzahl unterschiedlicher Verbindlichkeiten kann ein rechtssicheres und für die Gläubigersamtheit vorhersehbares Ergebnis nicht erzielt werden. Auch der Schuldner wird nicht mehr immer nachvollziehen können, welche Geschäfte der Sache zugrunde liegen und zu welchem Zeitpunkt einzelne Verbindlichkeiten entstanden sind. Gerade lang laufende Kredite könnten einer Verlagerung entgegenstehen, obwohl kein anderer Gläubiger von ihnen weiß.⁶⁷¹ Dies gilt besonders, wenn zwischen dem Entstehen verschiedener Verbindlichkeiten diverse Umzüge stattfinden und einige Verbindlichkeiten getilgt werden. Wo soll also das COMI liegen, wenn zunächst im Mitgliedstaat A eine Verbindlichkeit entsteht, nach einem Umzug im Mitgliedstaat B und zuletzt noch im Mitgliedstaat C, weil der Schuldner dort Urlaub macht? Soll die Höhe der Verbindlichkeiten eine Rolle spielen oder soll es auf die zeitliche Priorität ankommen? Die schnelle Bestimmung des COMI ist bei solchen Problemen kaum möglich, wobei sich die Schwierigkeiten durch manipulatives Verhalten des Schuldners (z. B. Tilgung „missliebiger“ Verbindlichkeiten) beliebig potenzieren ließen. Ein für alle Beteiligten vorhersehbares rechtssicheres Ergebnis wird sich daher nicht verwirklichen lassen. Die gezeigten Probleme machen deutlich, dass auf diesen Zeitpunkt nicht abgestellt werden kann⁶⁷².

b. Zeitpunkt der Insolvenzreife des Schuldners

Denkbar ist es auch, das COMI am Zeitpunkt der Insolvenzreife zu fixieren⁶⁷³. Dies hätte den Vorteil, einen flexiblen und für alle Beteiligten einheitlichen Anknüpfungzeitpunkt zu wählen. Die EuInsVO enthält jedoch keine Definition der Insolvenzreife, sodass diese anhand der nationalen Bestimmungen zu prüfen wäre⁶⁷⁴. Ansonsten wäre gegen den Schuldner in diesem Staat – die internationale Zuständigkeit unterstellt – kein Eröffnungsgrund gegeben, es könnte also kein Verfahren in Gang gebracht werden. Hierin ist wieder ein erheblicher Unsicherheitsfaktor zu sehen, weil sich die

670 AG Celler, Beschl. v. 18.04.2005 – 29 IN 11/05, NZI 2005, 410 (411); vgl. auch *Court of Appeal*, Urt. v. 26.11.2004 und 27.07.2005 – [2005] EWCA Civ 974, BPIR 2005, 1170 Rn. 41; Schmidt, ZInsO 2006, 88 (89), und Petkovich/McKenna, IL and P 2006, 76.

671 Vgl. Petkovich/McKenna, IL and P 2006, 76.

672 So im Ergebnis bereits AG Celler, Beschl. v. 18.04.2005 – 29 IN 11/05, NZI 2005, 410 (411); ebenso *Court of Appeal*, Urt. v. 26.11.2004 und 27.07.2005 – [2005] EWCA Civ 974, BPIR 2005, 1170 Rn. 41; Mankowski, NZI 2005, 575 (576); Mankowski, NZI 2005, 368 (369); Knof, ZInsO 2005, 1017 (1023); Schmidt, ZInsO 2006, 88 (89).

673 Weller, IPRax 2004, 412 (416).

674 Vgl. Virgos/Schmit, in: Stoll (Hrsg.), Vorschläge und Gutachten zum EuInsÜ, 1997, Nr. 49; Pinterich, ZfRv 2008, 221 (223); Schwemmer, NZI 2009, 355 (358).

Eröffnungsgründe nach den Insolvenzordnungen der Mitgliedstaaten unter Umständen massiv unterscheiden können, sodass sich – auch aufgrund der tatsächlichen Ermittlungsmöglichkeiten – erhebliche Schwierigkeiten ergeben könnten⁶⁷⁵. Exemplarisch sei nur die Frage nach der Abgrenzung der Zahlungsstockung von der Zahlungsunfähigkeit gestellt. Der Schuldner wäre nach dem Recht des einen Mitgliedstaates in der Lage, sein COMI zu verlagern, während er nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaats, in den er nun sein COMI verlagern will, schon längst insolvenzreif ist. Des Weiteren ist rein praktisch der Zeitpunkt einer Insolvenzureife nach nationalem Recht schwierig zu bestimmen. Denn nicht jede Person ist zur Führung von Büchern verpflichtet, und die Überschuldung ist in manchen Ländern ohnehin kein Eröffnungsgrund für ein Insolvenzverfahren über das Vermögen einer natürlichen Person. Die Feststellungen sind mit erheblichen Unsicherheiten verbunden.

c. Wirksamwerden der Eröffnungsentscheidung

Deutlich besser geeignet ist der Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Eröffnungsentscheidung. Wird dieser Zeitpunkt als relevanter Feststellungszeitpunkt angesehen⁶⁷⁶, bietet dies einen aktenkundigen und klar nachvollziehbaren Akt. Doch kommt die Fixierung dieses zentralen Anknüpfungspunktes relativ spät. Da der Schuldner vor der endgültigen Verfahrenseröffnung regelmäßig gehört werden muss, erhält er ausreichend Vorwarnzeit, um eine Verlagerung in die Wege leiten und durchführen zu können. Zum Eröffnungszeitpunkt wäre ggf. sein COMI verlagert. Es käme danach zu einer Anwendung des aus dem englischen Rechts bekannten Einwands: *„You can't make me bankrupt, I don't live here.“*⁶⁷⁷ Das angerufene Gericht wäre nicht mehr nach Art. 3 Abs. 1 S. 1 EuInsVO international zuständig. Eine dennoch ergangene Eröffnungsentscheidung wäre rechtswidrig und auf ein Rechtsmittel des Schuldners aufzuheben – wenn nicht die Verlagerung während des Insolvenzeröffnungsverfahrens als unwirksam angesehen würde.

d. Période suspecte

Denkbar wäre auch die Anknüpfung an einen Zeitpunkt, der vor der Verlagerung des COMI liegt. Sämtliche Verlagerungen nach diesem Zeitpunkt wären unbeachtlich.

⁶⁷⁵ Vgl. Schwemmer, NZI 2009, 355 (358).

⁶⁷⁶ *Court of Appeal*, Urt. v. 26.11.2004 und 27.07.2005 – [2005] EWCA Civ 974, BPIR 2005, 1170 Rn. 55; *Chancery Division*, Urt. v. 22.03.2006 – [2006] EWHC 1056 (Ch), BPIR 2006, 888; *Duursma-Kepplinger*, in: *Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky* (Hrsg.), EuInsVO, 2002, Art. 3 Rn. 29 ff.

⁶⁷⁷ Zitiert nach Wiedemann, ZInsO 2007, 1009 (1016); *Mankowski*, NZI 2005, 368 (369); *Mankowski*, RIW 2005, 561 (578), unter Verweis auf www.sykesanderson.com/latest_news/news_041203_1.asp (mittlerweile nicht mehr online verfügbar).

Eine *période suspecte*, wie sie noch in Art. 6 ff. des EG-Konkursübereinkommens von 1980⁶⁷⁸ vorgesehen war, wurde nicht in die EuInsVO übernommen:

„Artikel 6 – Verlegung des Geschäftszentrums in einen anderen Vertragsstaat
Hat der Schuldner weniger als sechs Monate vor dem Zeitpunkt, in dem das Gericht befaßt wird, sein Geschäftszentrum in das Hoheitsgebiet eines anderen Vertragsstaates verlegt, sind die Gerichte dieses Staates und die Gerichte des Staates, in dessen Hoheitsgebiet sich das Geschäftszentrum vorher befand, für die Konkursöffnung zuständig.“

Eine derartige zeitliche Fixierung hätte den unschätzbaren Vorteil, dass ein *Fo forum shopping* des Schuldners schon mit relativ langer Vorbereitungszeit geplant werden müsste.

Einen vergleichbaren Ansatz wird die EuInsVO nach der Reform allerdings haben. Die dort geregelte *période suspecte* wird jedoch nicht zu einer Fixierung des COMI und einem starren, zeitlich versetzten Wechsel des COMI führen. Vielmehr bleibt die Verlagerung des COMI auch in kürzeren Zeiträumen möglich, jedoch werden die Anforderungen an die Beweisbarkeit entsprechend angepasst⁶⁷⁹.

e. Stellung des Insolvenzantrags

Den dargestellten Anforderungen an Flexibilität und Rechtssicherheit ist jedoch der Zeitpunkt der Insolvenzantragstellung gewachsen. Er wird deshalb nicht umsonst vom EuGH als relevant angesehen⁶⁸⁰, der damit auch die ganz herrschende Auffas-

678 Textnachweis bei Kegel/Thieme (Hrsg.), Vorschläge und Gutachten zum Entwurf eines EG-Konkursübereinkommens – Im Auftrag einer Sonderkommission des Deutschen Rates für Internationales Privatrecht, 1988.

679 Dazu mehr unter F.I.

680 EuGH, Urt. v. 17.01.2006 – Rs. C-1/04, Slg. 2006, 701 (I-728); EuGH, Urt. v. 20.10.2011 – Rs. C-396/09, Slg. 2009, 9915 (2128).

sung auf seiner Seite hat⁶⁸¹. Die Frage nach der Verlagerung vor Stellung des Insolvenzantrags ist damit noch nicht beantwortet⁶⁸².

Der Zeitpunkt der Antragstellung ist zur Schaffung von Rechtssicherheit in verfahrensökonomischer Weise geeignet⁶⁸³ und fixiert die Rechtsverhältnisse zu einem frühen Zeitpunkt im Verfahrensablauf, sodass er einem – nach Erwägungsgrund 4 zur EuInsVO unerwünschten – *forum shopping* des Schuldners entgegenwirkt⁶⁸⁴. Nicht zuletzt weist diese Sichtweise für die Gerichte einen prozessökonomischen Vorteil auf, wenn das Verfahren von dem zuerst befassten Gericht durchgeführt wird⁶⁸⁵. Das Gericht, das sich einmal in die Tatsachen eingearbeitet hat, hat diese Arbeit nicht

681 Vogl/Herbert, EWiR 2006, 141 (142) bezeichnen die Entscheidung gar als „Meilenstein“. Zustimmend auch BGH, Beschl. v. 09.02.2006 – IX ZB 418/02, ZIP 2006, 529 (530); vgl. auch den Vorlagebeschluss BGH, Beschl. v. 27.11.2003 – IX ZB 418/02, ZIP 2004, 94 (95 f.); BGH, Beschl. v. 02.03.2006 – IX ZB 192/04, ZIP 2006, 767 (767); BGH, Beschl. v. 22.03.2007 – IX ZB 164/06, DZWIR 2007, 347 (348); BGH, Beschl. v. 05.07.2007 – IX ZB 233/05, BeckRS 2007, 11740; BGH, Beschl. v. 09.02.2006 – IX ZB 418/02, ZIP 2006, 529; BGH, Beschl. v. 17.09.2009 – IX ZB 81/09, BeckRS 2009, 26363; *High Court of Justice London*, Decision v. 15.02.2011 – No. 9360/2008, IILR 2012, 460 (473); LG Hamburg, Beschl. v. 18.08.2005 – 326 T 34/05, ZVI 2005, 548 (549); LG Göttingen, Beschl. v. 04.12.2007 – 10 T 146/07, ZVI 2008, 58 (59); AG Hamburg, Beschl. v. 09.05.2006 – 67c IN 122/06, ZIP 2006, 1105 (1106); AG Celle, Beschl. v. 18.04.2005 – 29 IN 11/05, NZI 2005, 410 (411); AG Hamburg, Beschl. v. 11.02.2009 – 67c IE 1/09, ZIP 2009, 1024 (1024); AG Hildesheim, Beschl. v. 18.06.2009 – 51 IE 2/09, ZInsO 2009, 1544 (1544); OLG Brandenburg, Zwischenurt. v. 25.05.2011 – 13 U 100/07, BeckRS 2011, 16015; AG Köln, Beschl. v. 19.01.2012 – 74 IN 108/10, ZVI 2012, 193 (194); Oberhammer, ZInsO 2004, 761 (763); Mankowski, RIW 2004, 587 (599); Mankowski, RIW 2005, 561 (578); Mankowski, NZI 2005, 368 (368); Laukemann, RIW 2005, 104 (105); Brenner, ZIP 2005, 1646 (1646); Vallender, KTS 2005, 283 (300); Mankowski, NZI 2005, 575 (576); Cranshaw, jurisPR-InsR 11/2006, Anm. 2; Knof/Mock, ZIP 2006, 189 (189); Mankowski, NZI 2006, 154 (154); Binder, euro.lexunited 2006; Petkovich/McKenna, IL and P 2006, 76; Adam, S. 109; Pape, ZInsO 2007, 173 (180); Weller, ZGR 2008, 835 (859); Konecny, in: Kodek/Konecny (Hrsg.), Insolvenzf-Forum 2007, 2008, S. 103 (124); Kirchhof, WM 2008, Sonderbeilage Nr. 1 (65); Schmittmann/Hesselmann, ZInsO 2008, 957 (962); Kindler, in: Heinrichs/Rebmann/Säcker (Hrsg.), MünchKomm-BGB, Bd. 11, 6. Aufl. 2015, Art. 3 EuInsVO Rn. 33; Huber, in: Gottwald/Huber (Hrsg.), Europ. InsR., 2008, S. 1 (33); Reuß, S. 89; Weidehaas, GWR 2011, 554; Bode, S. 27; Weller, in: Kronke/Thorn (Hrsg.), FS von Hoffmann, 2012, S. 513 (520); Cranshaw, DZWIR 2012, 53 (55); BGH, Beschl. v. 05.07.2007 – IX ZB 233/05, BeckRS 2007, 11740; vgl. zu § 3 InsO OLG Oldenburg, Beschl. v. 06.11.2007 – 5 AR 35/07, BeckRS 2008, 1974; Turck, S. 51.

682 Dazu C.IV. Auch ist angesichts des Sachverhalts der Entscheidung des EuGH nicht klar, ob es auf die Einreichung des Antrags bei Gericht oder auf die Zustellung des Antrags beim Schuldner ankommt. Der EuGH hatte dieses Frage nicht zu klären, weil es ein Eigenantrag von Frau Staubitz-Schreiber war und sie daher über die Stellung des Antrags informiert war. Richtigerweise wird im Falle des Gläubigerantrags auf die Einreichung bei Gericht abzustellen sein (ebenso Turck, S. 54). Denn der Gläubiger hat es nicht in der Hand, den Zustellungsvorgang zu beschleunigen. Theoretisch könnte der Schuldner, der auf anderem Wege von dem Antrag des Gläubigers erfährt, sein COMI noch rasch verlegen, praktisch wird dies jedoch kaum geschehen (Turck, S. 54). Denn gerade bei natürlichen Personen sind die Hürden an eine COMI-Verlagerung entsprechend hoch.

683 EuGH, Urt. v. 17.01.2006 – Rs. C-1/04, Slg. 2006, 701 (I-729); Bode, S. 27; vgl. auch Mankowski, NZI 2005, 368 (368); Schmidt, ZInsO 2006, 88 (89); Huber, in: Gottwald/Huber (Hrsg.), Europ. InsR., 2008, S. 1 (34); Cranshaw, DZWIR 2012, 53 (55).

684 EuGH, Urt. v. 17.01.2006 – Rs. C-1/04, Slg. 2006, 701 (I-728); BGH, Beschl. v. 27.11.2003 – IX ZB 418/02, ZIP 2004, 94 (96); vgl. auch Oberhammer, ZInsO 2004, 761 (763); Cranshaw, jurisPR-InsR 11/2006, Anm. 2; Petkovich/McKenna, IL and P 2006, 76; Adam, S. 105; Fletcher, in: Moss/Fletcher/Isaacs (Hrsg.), *The EC regulation on insolvency proceedings*, 2. Aufl. 2009, Kap. 3 Rn. 3.15.

685 Tashiro, FD-InsR 2006, 182286.

umsonst investiert, weil der Schuldner sein COMI plötzlich verlagert und das Gericht nachträglich international unzuständig würde⁶⁸⁶ – falls das COMI sich tatsächlich zum Zeitpunkt der Antragsstellung im Zuständigkeitsbereich des angerufenen Gerichts befand. Die von der EuInsVO erstrebte Verhinderung des *forum shopping* würde konterkariert, wenn es dem Schuldner möglich wäre, den Gerichtsstand nach Antragsstellung durch Verlagerung seines COMI ebenfalls zu verlagern⁶⁸⁷. Zudem hätte eine solche Verlagerung gerade zur Folge, dass der Schuldner durch Umzüge immer wieder das Verfahren verzögern könnte und die Gläubiger ihm folgen müssten und – ggf. sogar wiederholt – teuren Rechtsrat zu verschiedenen Rechtsordnungen einholen müssten⁶⁸⁸. Dies würde es besonders flexiblen Schuldnern ermöglichen, sich immer wieder einem Insolvenzverfahren zu entziehen⁶⁸⁹. Es käme so weit, dass Schuldner und Gläubiger „Katz und Maus“ spielten⁶⁹⁰. Generalanwalt Colomer bezeichnet einen solchen Schuldner auch als „Fliegenden Holländer“⁶⁹¹. Dieses Verzögerungsverhalten wird durch die Rechtsprechung des EuGH gerade verhindert⁶⁹².

f. Wirkung des Insolvenzantrags: perpetuatio fori

Die perpetuatio fori ist zwar in der EuInsVO nicht ausdrücklich geregelt, findet sich jedoch auch in anderen Verfahrensvorschriften, z. B. in der EuGVVO⁶⁹³. Sie hat den Vorteil, dass es dem Schuldner nicht möglich ist, nachträglich durch einen Umzug ein ihm genehmeres Insolvenzstatut durch Verlagerung seines COMI zur Anwendung zu bringen⁶⁹⁴. Dadurch wird das Rechtsdurchsetzungsinteresse der Gläubiger gestärkt⁶⁹⁵. Verhindert werden soll folglich, dass es für jemanden vorteilhafter ist, Vermögensgegenstände oder sonstige Rechtsverhältnisse zur Erlangung einer für ihn (vermeintlich) günstigeren Rechtsstellung zu verlagern⁶⁹⁶. Mit der perpetuatio fori ist zugleich der Vorteil verbunden, dass effektiv ein vorläufiger Verwalter das Vermögen sichern kann, ohne dass ein nachträglicher Umzug diese Sicherungen unterlaufen könnte⁶⁹⁷.

686 Vgl. Vogl/Herbert, EWiR 2006, 141 (142); Wiedemann, ZInsO 2007, 1009 (1016); Herchen, ZInsO 2004, 825 (830); Turck, S. 51.

687 Laukemann, RIW 2005, 104 (107); Vallender, KTS 2005, 283 (300); Oberhammer, ZInsO 2004, 761 (763); Wiedemann, ZInsO 2007, 1009 (1016).

688 Turck, S. 52; Knof, ZInsO 2005, 1017 (1024). Vgl. Oberhammer, ZInsO 2004, 761 (763).

689 Kindler, IPRax 2006, 114 (115). Vgl. auch Laukemann, RIW 2005, 104 (105).

690 Eidenmüller, ECFR 2009, 1 (21); ähnl. Mankowski, NZI 2005, 368 (368).

691 EuGH GA Colomer, Schlussanträge vom 06.09.2005 – Rs. C-1/04, Slg. 2006, 701 (I-718).

692 EuGH, Urt. v. 17.01.2006 – Rs. C-1/04, Slg. 2006, 701; Kindler, IPRax 2006, 114 (115).

693 Müller, LMK 2006, 178796.

694 EuGH, Urt. v. 17.01.2006 – Rs. C-1/04, Slg. 2006, 701 (I-728 f.); Liersch, NZI 2004, 141 (142); Saenger/Kloekenbrink, WuB VI A. § 4 InsO 1.06; Kindler, IPRax 2006, 114 (115); Duursma-Kepplinger, DZWIR 2006, 177 (178); Tashiro, FD-InsR 2006, 182286; Beck, ZVI 2011, 355 (357); zu Gesellschaften vgl. Adam, S. 103.

695 EuGH, Urt. v. 17.01.2006 – Rs. C-1/04, Slg. 2006, 701 (I-729); ebenso Kindler, IPRax 2006, 114 (114).

696 Wiedemann, ZInsO 2007, 1009 (1016). Fletcher, in: Moss/Fletcher/Isaacs (Hrsg.), The EC regulation on insolvency proceedings, 2. Aufl. 2009, Kap. 3 Rn. 3.15.

697 Laukemann, RIW 2005, 104 (105, 110); Tashiro, FD-InsR 2006, 182286 ; vgl. auch Cranshaw, jurisPR-InsR 11/2006, Anm. 2.

Weil ein Zuständigkeitswechsel bei der Frage der internationalen Zuständigkeit nicht mehr zu befürchten ist, besteht auch die Gefahr nicht mehr, dass die Sicherungsmaßnahmen des angerufenen Gerichts nicht anerkannt werden⁶⁹⁸.

Der Umzug steht dem Schuldner trotz der *perpetuatio fori* nach wie vor frei, er kann sich nur dem bereits eingeleiteten Verfahren nicht mehr entziehen. Gerade beim Eigenantrag ist zu beachten, dass sich der Schuldner bewusst für die Antragstellung in diesem Staat entschieden hat⁶⁹⁹. Daher genießt er nicht die gleiche Schutzwürdigkeit wie vor der Antragstellung⁷⁰⁰. Es ist ihm jedenfalls möglich, auch aus dem Ausland seinen Obliegenheiten nachzukommen⁷⁰¹ – freilich auf sein eigenes Risiko. Umgekehrt würde die Freizügigkeit des Schuldners sogar stärker beeinträchtigt, wenn er einen Zuständigkeitswechsel vermeiden wollte und daher warten müsste bis zur formellen Verfahrenseröffnung, ehe er seinen Sitz verlegen würde⁷⁰².

Zugleich vermittelt dieser Zeitpunkt die größte Rechtssicherheit und Verfahrenseffizienz⁷⁰³. Die Antragstellung ist als erster bei Gericht aktenkundiger Vorgang genau zeitlich festlegbar und somit einer objektiven Prüfung zugänglich. Die Gläubiger können sich wegen der ungewissen Dauer bis zur Verfahrenseröffnung letztlich nur auf diesen Zeitpunkt verlassen⁷⁰⁴. Dies ist besonders nach der Stellung eines Fremdantrags von Bedeutung, weil der Schuldner sein COMI nicht mehr rasch vor Eröffnung des Verfahrens verlegen kann, um dem Gericht seine internationale Zuständigkeit entziehen zu können. Dem Schuldner wird damit zumindest reaktives und verzögerndes Verhalten, das er erst nach der Stellung des Fremdantrags vornimmt, vereitelt⁷⁰⁵. Nicht verhindern lässt sich damit allerdings die „präventive“ Verlagerung des COMI vor der Antragstellung⁷⁰⁶, wenn der Schuldner noch vor diesem Zeitpunkt tätig wird. Entsprechend werden die Verlagerungen vor dem Zeitpunkt der Antragstellung stattfinden⁷⁰⁷. Eine *perpetuatio fori* kann auch nicht verhindern, dass der Schuldner sein COMI verlagert und dann wieder nach Antragstellung zurückverlagert⁷⁰⁸.

Ein Nachteil der Fixierung des verfahrensrelevanten COMI auf den Antragszeitpunkt könnte darin liegen, dass es zu einer ineffektiven und kostspieligen Verfahrensdurchführung kommen kann, wenn der Schuldner dennoch nach Antragstellung ins Ausland verzieht⁷⁰⁹. Gegen sie kann auch sprechen, dass eine verfahrensökonomische Abwicklung des Insolvenzverfahrens am besten an dem Ort erfolgt, an dem der

698 Wiedemann, ZInsO 2007, 1009 (1016).

699 Hess/Laukemann, JZ 2006, 671 (672).

700 Hess/Laukemann, JZ 2006, 671 (672).

701 Hess/Laukemann, JZ 2006, 671 (672).

702 Hess/Laukemann, JZ 2006, 671 (672).

703 Tashiro, FD-InsR 2006, 182286.

704 Mankowski, RIW 2004, 587 (599); Mankowski, NZI 2005, 368 (368); Mankowski, NZI 2005, 575 (576); Adam, S. 104; Mankowski, NZI 2006, 154 (154); vgl. auch Laukemann, RIW 2005, 104 (108).

705 Vgl. Oberhammer, ZInsO 2004, 761 (763); Mankowski, RIW 2004, 587 (599); Mankowski, NZI 2005, 575 (576); Schmidt, ZInsO 2006, 88 (90).

706 Cranshaw, jurisPR-InsR 11/2006, Anm. 2.

707 Siehe etwa Cranshaw, jurisPR-InsR 11/2006, Anm. 2.

708 Mankowski, RIW 2004, 587 (600).

709 Laukemann, RIW 2005, 104 (105).

Schuldner zum Eröffnungszeitpunkt sein COMI hat⁷¹⁰. Verlagert nämlich der Schuldner seine Vermögensgegenstände vollständig, wenn er ins Ausland zieht, dann wäre es unter den Gesichtspunkten des Zugriffs auf das Vermögen und der Erreichbarkeit des Schuldners zum Zwecke der Befragung und Kooperation tatsächlich sinnvoller, ein am neuen COMI gelegenes Gericht mit der Insolvenzsache zu betrauen, denn der Schuldner, seine Unterlagen und vermutlich auch große Teile seines Vermögens werden sich dann im Ausland befinden. Die Abwicklung des Verfahrens wird dadurch erheblich aufwendiger.

Jedoch ist zu bedenken, dass den meisten Gläubigern durch ein Verfahren am neuen COMI mehr Kosten entstünden. Die meisten Gläubiger werden sich ohnehin im Staat des ersten COMI befinden⁷¹¹. Obendrein kann der Schuldner mittels EDV, Telefon und Post durchaus zeitnah Auskunft geben. Hinzu kommt, dass der Schuldner ggf. gar nicht die Amtssprache seines neuen Aufenthaltsstaates spricht, sodass aufgrund der Einschaltung eines Dolmetschers ein zusätzlicher Aufwand und Zeitverzögerungen entstünden, die den ökonomischen Effekt einer Verfahrensdurchführung am Ort des neuen COMI wegen der Verfügbarkeit von Informationen vollends negierten. Weiteren Nachteilen kann in aller Regel durch die EuInsVO und die lex fori concursus ausreichend begegnet werden. Zum einen kann der Insolvenzverwalter nach Art. 18 Abs. 1 S. 1 EuInsVO in den anderen Mitgliedstaaten seine Befugnisse ausüben und damit auch auf im Ausland belegene Massegegenstände unter Berücksichtigung der lex loci, Art. 18 Abs. 1 S. 2, Abs. 3 EuInsVO, zugreifen⁷¹². Zum anderen kann die lex fori concursus Pflichten und Obliegenheiten des Schuldners zur Verfahrensförderung vorsehen, bei deren Verletzung den Schuldner Sanktionen treffen. Eine der denkbaren Sanktionen wäre die Versagung der Restschuldbefreiung, wie sie bspw. nach § 290 Abs. 1 Nr. 5 InsO für die Verletzung der Auskunfts- und Mitwirkungspflichten im deutschen Insolvenzverfahren vorgesehen ist.

g. Herbeiführung von Erledigungserklärungen als untaugliche Umgehungsstrategie

Stellt ein Gläubiger den Eröffnungsantrag, hat der Schuldner die Option, die Forderung des Gläubigers gezielt zu befriedigen, sodass der Fremdantrag für erledigt erklärt wird und nicht mehr zur Eröffnung des Verfahrens führen kann⁷¹³. Eine solche Erledigungserklärung ist auch im Eröffnungsverfahren möglich⁷¹⁴ und führt dazu, dass das Verfahren nicht mehr eröffnet werden kann⁷¹⁵. Dies gilt auch bei einer ein-

710 Vgl. die Argumentation des Beschwerdegerichts bei BGH, Beschl. v. 27.11.2003 – IX ZB 418/02, ZIP 2004, 94 (96); *Lauckemann*, RIW 2005, 104 (105); *Eidenmüller*, ECFR 2009, 1 (21).

711 *Kindler*, IPRax 2006, 114 (115).

712 Vgl. *Mankowski*, RIW 2004, 587 (599); *Knof*, ZInsO 2005, 1017 (1024); *Knof/Mock*, ZIP 2006, 189 (189); *Keggenhoff*, S. 81.

713 Vgl. etwa die Fallkonstellation in BGH, Beschl. v. 02.03.2006 – IX ZB 192/04, ZIP 2006, 767 (767).

714 BGH, Urt. v. 20.11.2001 – IX ZR 48/01, BGHZ 149, 178 (181).

715 BGH, Urt. v. 20.11.2001 – IX ZR 48/01, BGHZ 149, 178 (181 f.).

seitigen Erledigungserklärung des Gläubigers⁷¹⁶. Daher hat der Schuldner die – theoretische – Möglichkeit, durch Befriedigung dieses Gläubigers zu erreichen, dass das Verfahren zu diesem Zeitpunkt eingestellt wird. Er kann dann versuchen, sein COMI zu verlagern.

Doch auch dieser – für den Schuldner u.U. überaus kostspieligen – Taktik hat die Rechtsprechung für einen bestimmten Fall einen effektiven Riegel vorgeschoben. Die im Urteil „Staubitz-Schreiber“ festgestellte *perpetuatio fori* wird vom BGH auch auf die Konstellation erweitert, dass der Schuldner die Forderung des Antragstellers befriedigt und dieser daraufhin für erledigt erklärt, aber zwischenzeitlich ein anderer Gläubiger ebenfalls einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens gestellt hat⁷¹⁷. In dem vom BGH entschiedenen Fall⁷¹⁸ verlagerte die Schuldnerin ihr COMI nach Österreich, nachdem ein Gläubigerantrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens gestellt wurde. Nach der Verlagerung des COMI, aber vor Entscheidung über die Verfahrenseröffnung wurden weitere Fremdanträge gestellt. Um die Verschiebung der internationalen Zuständigkeit zu erreichen, leistete die Schuldnerin an den Antragsteller des zeitlich ersten Eröffnungsantrags, der daraufhin den Antrag für erledigt erklärte. Damit wäre die Insolvenzsache erledigt und das Insolvenzgericht für einen neuen Eröffnungsantrag international unzuständig.

Es werden jedoch auch die während der laufenden Eröffnungsphase eingegangenen Eröffnungsanträge noch von der *perpetuatio fori* erfasst und können daher zu einer Verfahrenseröffnung führen⁷¹⁹. Das Vorgehen des Schuldners kann also nur dann erfolgreich sein, wenn nicht zwischenzeitlich weitere Anträge anderer Gläubiger bei Gericht gestellt werden. Gehen hingegen weitere Anträge von Gläubigern ein, die der Schuldner nicht befriedigt, bleibt das Gericht auch international zuständig, selbst wenn der Schuldner nach der Erledigungserklärung das COMI verlegt, solange der Erstantrag nicht rechtskräftig erledigt wird⁷²⁰. Dies gilt auch dann, wenn das Gericht für die späteren Anträge bei isolierter Betrachtung der einzelnen Anträge nicht (mehr) international zuständig wäre⁷²¹. Damit wird ein *forum shopping* des Schuldners effektiv verhindert⁷²² und zudem den Zielen der Verordnung durch Verbesserung von Effizienz und Wirksamkeit der grenzüberschreitenden Insolvenzverfahren

716 BGH, Urt. v. 20.11.2001 – IX ZR 48/01, BGHZ 149, 178 (182).

717 BGH, Beschl. v. 02.03.2006 – IX ZB 192/04, ZIP 2006, 767 (767 f.), m. Anm. Kirchhof, WuB VI A. § 3 InsO 2.06; Smid, jurisPR-InsR 12/2006, Anm. 1; Duursma-Kepplinger, ZIP 2007, 896 (896).

718 BGH, Beschl. v. 02.03.2006 – IX ZB 192/04, ZIP 2006, 767; kritisch dazu Knof, ZInsO 2006, 754.

719 BGH, Beschl. v. 02.03.2006 – IX ZB 192/04, ZIP 2006, 767, m. Anm. Kirchhof, WuB VI A. § 3 InsO 2.06; Smid, jurisPR-InsR 12/2006, Anm. 1; Duursma-Kepplinger, ZIP 2007, 896 (896).

720 BGH, Beschl. v. 02.03.2006 – IX ZB 192/04, ZIP 2006, 767 (767), m. zust. Anm. Smid, jurisPR-InsR 12/2006, Anm. 1; Binder, euro.lexunited 2006; Müller, LMK 2006, 178796; Kirchhof, WuB VI A. § 3 InsO 2.06; Flitsch/Hinkel, DZWIR 2006, 256; Pape, ZInsO 2007, 173 (180); Mankowski, EWIR 2006, 397 (398); Huber, in: Gottwald/Huber (Hrsg.), Europ. InsR., 2008, S. 1 (32 Fn. 102).

721 BGH, Beschl. v. 02.03.2006 – IX ZB 192/04, ZIP 2006, 767 (767).

722 BGH, Beschl. v. 02.03.2006 – IX ZB 192/04, ZIP 2006, 767 (768); Smid, jurisPR-InsR 12/2006, Anm. 1; Binder, euro.lexunited 2006; Müller, LMK 2006, 178796; Kirchhof, WuB VI A. § 3 InsO 2.06; Flitsch/Hinkel, DZWIR 2006, 256; Pape, ZInsO 2007, 173 (180); Mankowski, EWIR 2006, 397 (398).

nach den Erwägungsgründen 2 und 8 entsprochen⁷²³. Zugleich wird damit eine Verzögerung der Verfahrenseröffnung durch Bevorzugung einzelner Gläubiger vermieden⁷²⁴. Diese Vorgehensweise hielt der BGH für so selbstverständlich, dass er eine Vorlage gem. Art. 234 EGV – anders als im Fall Staubitz-Schreiber – nicht für notwendig erachtete⁷²⁵, obwohl die perpetuatio fori sich eigentlich immer nur auf einen Antrag beziehen sollte, weil es sich um eigenständige Eröffnungsverfahren handele⁷²⁶. Die Interpretation des BGH vermeidet die gezielte Flucht von Schuldner ins Ausland, soweit nicht nur ein einziger Gläubiger einen Eröffnungsantrag stellt⁷²⁷. Solange mehrere Gläubiger also schnell genug handeln und der Schuldner nicht alle Antragsteller umfassend befriedigt, kann der Schuldner sein COMI auch nicht mehr unter Vermögensopfern verlagern.

4. Verlagerung vor Antragstellung

Die Verlagerung des COMI ist vor Stellung des Insolvenzantrags grundsätzlich zulässig⁷²⁸. Wie bereits gezeigt, ist eine Perpetuierung des COMI zu einem früheren Zeitpunkt als dem der Antragstellung wegen der damit verbundenen Unsicherheiten abzulehnen. Verlagert der Schuldner sein COMI vor Antragstellung, bleibt nur zu prüfen, ob es sich um einen Fall der zu missbilligenden Zuständigkeitserschleichung handelt.

5. Verlagerung nach Antragstellung, aber vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens

Ist erst einmal ein Insolvenzantrag gestellt, kann der Schuldner auf die Idee verfallen, sich im Falle eines Fremdantrags dem Verfahren dadurch zu „entziehen“, dass er vor Verfahrenseröffnung sein COMI verlagert. Denkbar sind zwei Folgen: Das angerufene Gericht bleibt international zuständig, es gilt die Regel der perpetuatio fori. Oder aber das angerufene Gericht wird international unzuständig, weil zum Zeitpunkt seiner Eröffnungsentscheidung das COMI des Schuldners nicht (mehr) in dem Mitgliedstaat liegt, in dem sich das angerufene Gericht befindet. Über einen dieser Fallgestaltung entsprechenden Sachverhalt hatte der EuGH im Fall „Staubitz-Schreiber“

723 BGH, Beschl. v. 02.03.2006 – IX ZB 192/04, ZIP 2006, 767 (768); Binder, euro.lexunit 2006; Turck, S. 58.

724 BGH, Beschl. v. 02.03.2006 – IX ZB 192/04, ZIP 2006, 767 (768).

725 BGH, Beschl. v. 02.03.2006 – IX ZB 192/04, ZIP 2006, 767 (768 f.); kritisch dazu Müller, LMK 2006, 178796; Knof, ZInsO 2006, 754 (757); Mankowski, EWiR 2006, 397 (398); Turck, S. 59; zustimmend Binder, euro.lexunit 2006.

726 Mankowski, EWiR 2006, 397 (398); siehe auch Knof, ZInsO 2006, 754 (757); Reinhart, in: Kirchhof (Hrsg.), MünchKomm-InsO, Bd. 4, 3. Aufl. 2016, Art. 3 EuInsVO Rn. 60.

727 Kirchhof, WuB VI A. § 3 InsO 2.06; Duursma-Kepplinger, ZIP 2007, 896 (896). Vgl. auch Turck, S. 58.

728 EuGH, Urt. v. 17.01.2006 – Rs. C-1/04, Slg. 2006, 701; Moore, Insolv. Int. 2009, 22 (26); Laukemann, RIW 2005, 104 (107); Knof, ZInsO 2005, 1017 (1023); Wiedemann, ZInsO 2007, 1009 (1017).

zu entscheiden⁷²⁹: Die Schuldnerin stellte beim AG Wuppertal einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens und beantragte zugleich auch die Restschuldbefreiung. Als bald nach Antragstellung, aber noch vor Verfahrenseröffnung zog sie nach Spanien. Eine solche Konstellation mag in der Praxis selten sein, im Ergebnis liegt aber auch diesem Fall möglicherweise eine gezielte Wahl des Insolvenzforums und damit des materiellen Insolvenzrechts vor. Während in Deutschland eine – wenn auch verhältnismäßig langwierige und aufwendige – Möglichkeit einer Restschuldbefreiung besteht, war Spanien eine Restschuldbefreiung fremd. Vielmehr wurde nach Abschluss des Konkursverfahrens nach der Ley Concursal den Gläubigern gem. Art. 178 das Recht zur freien Nachforderung eingeräumt. Letztlich hatte der BGH über die Rechtsbeschwerde zu entscheiden. Da in diesem Fall zu entscheiden war, ob es für die Bestimmung der internationalen Zuständigkeit nach Art. 3 EuInsVO auf den Zeitpunkt der Antragstellung oder auf den Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung ankommt, legte der BGH die Sache dem EuGH vor⁷³⁰. Der EuGH entschied, dass für die Bestimmung des COMI der Zeitpunkt der Antragstellung maßgeblich ist und für den weiteren Verfahrensgang die *perpetuatio fori* gilt⁷³¹. Demzufolge bleibt das angerufene Gericht international zuständig, wenn dieses zum Zeitpunkt der Antragstellung international zuständig war⁷³².

6. Verlagerung nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens

Auch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens wird der Schuldner sein COMI verlagern wollen und dies grundsätzlich auch können. Diese Frage ist aber im Zusammenhang mit dem Restschuldbefreiungstourismus von geringer Relevanz. Denn der Schuldner wird mangels eigener Verfügungsbefugnis den Sitz seines eigenen Unternehmens ohnehin nicht verlagern können⁷³³. Anders ist die Sache bei den privaten Verhältnissen zu sehen, da der Schuldner regelmäßig gewisse Mittel pfändungsfrei zur freien Verfügung hat. Mit diesen kann er auch einen Umzug in ein anderes Land durchführen, etwa um dort eine abhängige Beschäftigung aufzunehmen und seinen Verpflichtungen aus dem Insolvenzverfahren zu genügen. Verlagert der Schuldner sein COMI nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens, wird davon die Zuständigkeit des Gerichts nicht berührt. Der Schuldner wird viel eher mit etwaigen Pflichten und

729 EuGH, Urt. v. 17.01.2006 – Rs. C-1/04, Slg. 2006, 701; zust. Wiedemann, ZInsO 2007, 1009 (1016).

730 BGH, Beschl. v. 27.11.2003 – IX ZB 418/02, ZIP 2004, 94.

731 EuGH, Urt. v. 17.01.2006 – Rs. C-1/04, Slg. 2006, 701 (I-728); zustimmend BGH, Beschl. v. 17.09.2009 – IX ZB 81/09, BeckRS 2009, 26363; Liersch, NZI 2004, 141 (142) bereits zur Vorlageentscheidung; Cranshaw, jurisPR-InsR 11/2006, Anm. 2; Wiedemann, ZInsO 2007, 1009 (1016); Tashiro, FD-InsR 2006, 182286; Reinhart, in: Kirchhof (Hrsg.), MünchKomm-InsO, Bd. 4, 3. Aufl. 2016, Art. 3 EuInsVO Rn. 57; Herchen, ZInsO 2004, 825 (830); Knof/Mock, ZIP 2006, 189 (191); Müller, LMK 2006, 178796; Bariatti, RabelsZ 73 (2009), 629 (635); Beck, ZVI 2011, 355 (537). Zuvor schon AG Celle, Beschl. v. 18.04.2005 – 29 IN 11/05, NZI 2005, 410 (411); LG Hamburg, Beschl. v. 18.08.2005 – 326 T 34/05, ZVI 2005, 548.

732 LG Hamburg, Beschl. v. 18.08.2005 – 326 T 34/05, ZVI 2005, 548 (549).

733 Vogler, S. 188.

Obliegenheiten zur Auskunftserteilung oder persönlichen Anwesenheit nach der *lex fori concursus* in Konflikt geraten können. Unter dem Gesichtspunkt des *forum shopping* ist diese Vorgehensweise aber im Grunde unbedenklich. Dauert der Aufenthalt im Eröffnungsstaat nicht allzu lange an, können jedoch Zweifel daran entstehen, ob es sich nicht vielleicht um einen Missbrauch handelt. Doch bei genauer Betrachtung ist zunächst zu prüfen, ob der Schuldner zum Zeitpunkt der Antragstellung sein COMI überhaupt verlagert hatte und ob damit die wesentliche Zuständigkeitsvoraussetzung tatsächlich gegeben war.

7. Verlagerung des COMI durch Aufgabe oder Annahme einer abhängigen Beschäftigung

Neben einer physischen Veränderung des gewöhnlichen Aufenthalts des Schuldners, die mit erheblichem Aufwand zusammenhängen kann, gibt es auch eine Möglichkeit, sein COMI zu verlagern, ohne dafür eigens umziehen zu müssen: Ist der Schuldner bereits zuvor ein Grenzgänger und wohnt er schon in einem Mitgliedstaat mit einem aus seiner Sicht günstigen Recht, kann er sein COMI auch durch die Änderung seiner beruflichen Tätigkeit herbeiführen. So kann er eine im Ausland ausgeübte selbstständige Tätigkeit zugunsten einer abhängigen Tätigkeit im In- oder Ausland aufgeben. Sein COMI würde dann nach Abwicklung dieser Tätigkeit nicht mehr nach den Kriterien für Selbstständige, sondern nach denen für Verbraucher bestimmt⁷³⁴. Das bedeutet, dass nicht mehr an das COMI am Sitz der selbstständigen Tätigkeit, sondern an den gewöhnlichen Aufenthalt (regelmäßig zugleich an den Wohnort) angeknüpft wird. Liegen diese beiden Orte in unterschiedlichen Mitgliedstaaten, hat der Schuldner ohne „physische“ Ortsveränderung sein COMI verlagert. Denkbar ist diese Vorgehensweise z. B. zur Vermeidung von Schwierigkeiten bei Berufen mit striktem Berufsrecht. Auf das Beispiel des Rechtsanwalts, der seinen Zulassungswiderruf durch die Aufnahme einer kompetenzmäßig beschränkten abhängigen Beschäftigung vermeiden kann, sein nochmals hingewiesen⁷³⁵. Dies gilt selbstverständlich auch im umgekehrten Fall der Aufnahme einer selbstständigen Tätigkeit im Ausland.

Diese Maßnahmen führen folglich zu einer Verlagerung des COMI. Sie sind allerdings dann unbeachtlich, wenn bereits die *perpetuatio fori* eingreift. In diesem Fall ist das COMI für das laufende Verfahren fixiert.

IV. Der Umgang mit tatsächlichen Verlagerungen im Vorfeld der Insolvenz

Ist das Gericht aufgrund seiner *Tatsachenprüfung* zu dem Ergebnis gelangt, dass die Verlagerung des COMI im Vorfeld des Insolvenzantrags tatsächlich erfolgt ist, muss es sodann die *Rechtsfrage* beantworten, ob es sich um einen Fall von missbilligtem Rechtsmissbrauch handelt und deswegen die Verlagerung des COMI unbeachtlich ist.

⁷³⁴ Vgl. dazu C. II. 3. a. bb.

⁷³⁵ Siehe B. III. 3. f.

In diesem Falle läge die internationale Zuständigkeit nicht bei den angerufenen Gerichten⁷³⁶, sondern bei den Gerichten im Staat des alten COMI⁷³⁷.

1. Der Rechtsmissbrauchsvorwurf und das „Unbehagen“ in Fällen des forum shopping

Forum shopping ist – nicht nur im internationalen Insolvenzrecht – häufig negativ konnotiert. Dies wird besonders deutlich, wenn die damit einhergehende Einschätzung als „Das Unbehagen am Forum Shopping“⁷³⁸ bezeichnet wird.

Der mit dem *forum shopping* verbundene Vorwurf eines Rechtsmissbrauchs geht darauf zurück, dass der Schuldner die Voraussetzungen einer Norm zwar dem Wortlaut, jedoch nicht dem Sinn und Zweck nach zu seinen Gunsten anwendet⁷³⁹. Besonders im Zusammenhang mit der Regelung des Art. 3 Abs. 1 EuInsVO hat der Schuldner es in der Hand, durch die Schaffung der notwendigen Anknüpfungstatsachen die gem. Art. 4 Abs. 1 EuInsVO anwendbare lex fori concursus zu bestimmen. Der Gläubiger hingegen ist strukturell im Nachteil, weil er auf die Änderung dieser Umstände keinen Einfluss hat. Der Schuldner kann diesen Vorteil zu seinen Gunsten und damit zugleich zum Nachteil seiner Gläubiger nutzen.

Bevor die Frage nach der Beurteilung einer Verlagerung des COMI durch den Schuldner beantwortet werden kann, sind zunächst die Fälle der Simulation von den Fällen der echten Verlagerung eines COMI zu trennen.

2. Keine Verlagerung praktischer Feststellungsprobleme und Zweifel auf die normative Ebene

Die Gerichte hatten in der Vergangenheit im Einzelfall erhebliche Probleme bei der Feststellung, ob es sich um eine tatsächliche Verlagerung oder um eine Simulation handelte. Scheinverlegungen und Scheinaktivitäten wurden daher als rechtsmissbräuchlich angesehen⁷⁴⁰. Hierbei wurde aber nicht immer trennscharf zwischen einer nur vorgetäuschten und einer tatsächlich erfolgten, aber möglicherweise rechtsmissbräuchlichen Verlagerung unterschieden und häufig in Fällen, die auf eine Simulation

736 OLG Düsseldorf, Urt. v. 23.08.2013 – I-22 U 37/13, BeckRS 2013, 15627; Duursma-Kepplinger, ZIP 2007, 896 (900); Renger, S. 196. Vgl. auch Reuß, S. 314.

737 Koch, in: Mansel (Hrsg.), FS Jayme, 2004, S. 437 (440, 443); Weller, ZIP 2009, 2029 (2032); Bode, S. 53.

738 So der Titel des Beitrags von Kropholler, in: Henrich (Hrsg.), FS Firsching, 1985, S. 165. Siehe auch Reuß, S. 9.

739 Eidenmüller, ECFR 2009, I (9), m. w. N.; Renger, S. 195; OLG Düsseldorf, Urt. v. 23.08.2013 – I-22 U 37/13, BeckRS 2013, 15627.

740 AG Köln, Beschl. v. 19.02.2008 – 73 IE 1/08, NZI 2008, 257 (260), m. Anm. Paulus, EWIR 2008, 531; vgl. auch LG Berlin, Urt. v. 09.07.2013 – 16 O 455/12, NZI 2014, 581 (582).

schließen lassen, ein Rechtsmissbrauch angenommen⁷⁴¹. Exemplarisch aus dem Urteil des LG Trier über eine Vollstreckungsabwehrklage des Schuldners, das im Ergebnis zutreffend die in England erlangte Restschuldbefreiung anerkannt hätte⁷⁴²:

„Rechtsmissbräuchlich wäre das Vorgehen des Klägers, wenn er – so wie die Beklagte es (allerdings im Wesentlichen nur mit Vermutungen unterlegt) behauptet – einen Wohnsitz im Vereinigten Königreich nur vorgetäuscht hätte, um dort die Restschuldbefreiung zu erlangen.“

Eine Trennung zwischen Täuschung und Erschleichung bzw. Umgehung ist wegen der unterschiedlichen Folgen jedoch notwendig⁷⁴³. Genau genommen ist nicht mit den wenig präzisen Voraussetzungen und der Rechtsfolge eines Rechtsmissbrauchs zu operieren, wenn die Scheinverlagerung vor Erlass der Eröffnungsentscheidung bzw. im Rechtsmittelverfahren über diese Entscheidung entdeckt wird. Denn eine Simulation hat gerade keine Verlagerung der internationalen Zuständigkeit zur Folge⁷⁴⁴. Vielmehr sind die Anknüpfungspunkte nicht tatsächlich verlagert, sodass bei vollständiger Kenntnis aller Umstände das Gericht des Mitgliedstaats, das international zuständig ist, das Verfahren eröffnen muss, während das objektiv international unzuständige Gericht die Eröffnung des Verfahrens mangels internationaler Zuständigkeit ablehnen muss.

Auch wenn viele Entscheidungen im Ergebnis zutreffend waren, so waren die Begründungen für ein rechtsmissbräuchliches – und damit unbeachtliches – Verhalten des Schuldners nicht unbedingt nötig und in der Sache sogar bisweilen schädlich. Aufgrund des relativ schnellen Ausweichens auf die Feststellung, es handele sich um einen Rechtsmissbrauch und eine deswegen unbeachtliche Verlagerung des COMI,

741 LG Trier, Urt. v. 02.05.2013 – 5 O 247/13, ZVI 2014, 430 (431); LG Köln, Urt. v. 14.10.2011 – 82 O 15/08, NZI 2011, 957 (957 f.), das sich unter anderem auf Rechtsmissbrauch beruft, aber Tatsachen schildert, die eine Simulation vermuten lassen; LG Berlin, Urt. v. 09.07.2013 – 16 O 455/12, NZI 2014, 581 (582), das Umstände aufzeigt, aus denen sich nicht zwingend auf einen COMI im Ausland schließen lässt; AG Köln, Beschl. v. 19.02.2008 – 73 IE 1/08, NZI 2008, 257 (260), m. Anm. Paulus, EWiR 2008, 531; Kirchhof, WM 2008, Sonderbeilage Nr. 1 (65): Vorgetäuschte Sitzverlegung ist unerheblich, Kilper, S. 175, für die unrichtige Behauptung zuständigkeitsbegründender Tatsachen nach nationalem Recht. Reuß, S. 327, der sich auf die Entscheidung der Cour de cassation, 28.10.2008 – N° 06-16.108, JurisData 2008-045617, bezieht und die Gestaltung des Schuldners als Rechtsmissbrauch bezeichnet, obwohl die Cour de cassation (kleine Wohnung, unregelmäßiger Aufenthalt, Arbeitsstelle nach wie vor in Deutschland) von einer Simulation ausgeht. Vgl. andererseits Reuß, S. 331, der das Beibehalten der bisherigen beruflichen Tätigkeit am früheren COMI als nicht missbräuchlich ansieht. Koch, in: Mansel (Hrsg.), FS Jayme, 2004, S. 437 (440), spricht z. B. davon, dass für eine Zuständigkeitsbegründung die bloße fiktive Wohnsitzverlegung ebenso wie bloße wirtschaftliche Tätigkeit nicht genüge, eine solche „Wohnsitz-Manipulation“ sei daher rechtsmissbräuchlich und für die Zuständigkeitsanknüpfung unbeachtlich. Wenn aber die Zuständigkeitsbegründung schon nicht vorliegt, handelt es sich um eine Simulation und von vornherein nicht um eine Frage eines möglichen Rechtsmissbrauchs. Auf S. 443 hingegen erfolgt die Klarstellung, dass eine gezielte Wohnsitzverlegung rechtsmissbräuchlich und damit unbeachtlich ist. Dies steht im Gegensatz zur eigenen Aussage, S. 437, dass die durch Beratung getroffene Entscheidung zur Wahl eines anderen Rechts an sich nicht zu beanstanden sei.

742 LG Trier, Urt. v. 02.05.2013 – 5 O 247/13, ZVI 2014, 430 (431).

743 Allgemein Schön, in: Wank (Hrsg.), FS Wiedemann, 2002, S. 1271 (1277 f.).

744 Herchen, ZInsO 2004, 825 (830); Hess/Laukemann, JZ 2006, 671 (672 Fn. 15); Vallender, NZI 2008, 632 (632).

wird die Frage, ob das COMI überhaupt tatsächlich verlagert wurde, nicht mehr umfassend geprüft. Dabei hätte – jedenfalls anhand der publizierten Sachverhalte – manche Entscheidung einen Anlass geboten, die tatsächliche Lage genauer zu prüfen und sodann von einer Simulation auszugehen. In der Folge hätten sich in vielen Fällen vermutlich die Fragen nach einer Anerkennung, einem Verstoß gegen den *ordre public* und einen möglichen Rechtsmissbrauch erledigt. Andere Gerichte trennen hingegen die Tatsachenfrage der Sachverhaltsfeststellung (hat der Schuldner tatsächlich sein COMI verlagert?) von der Rechtsfrage (ist die Verlagerung des COMI beachtlich?). Die Simulationsprobleme sollten der Rechtsprechung überlassen werden, der im Einzelfall eine Beurteilung sämtlicher Umstände möglich ist⁷⁴⁵.

Das Ausweichen auf die normative Ebene entspringt möglicherweise dem verständlichen Wunsch der Gerichte, Feststellungsschwierigkeiten auf der tatsächlichen Ebene zu vermeiden und eine vermutete, aber festgestellte Simulation zu sanktionieren. Gleichwohl darf das Gericht sich nicht mit einer nicht zufriedenstellenden Tatsachenfeststellung begnügen und stattdessen auf die Ebene des Rechtsmissbrauchs ausweichen. Rein praktische Erwägungen wie Erreichbarkeit des Schuldners und seiner verwertbaren Vermögensbestandteile sind zwar wichtige Überlegungen, dürfen aber nicht dazu führen, dass die echte Verlagerung des Forums aus Gründen der Praktikabilität als unbeachtlich angesehen wird⁷⁴⁶.

Auch wenn die Verlagerung des COMI aus Gläubigersicht unerwünscht ist und missbilligt wird, darf eines nicht außer Acht gelassen werden: Bevor Gläubiger und Gericht vorschnell von einem Rechtsmissbrauch ausgehen, ist zunächst einmal zu prüfen, ob überhaupt eine Verlagerung des COMI vorliegt. Denn die Folgen einer Simulation sind deutlich schärfer, für den Schuldner nachteiliger und damit aus Sicht der Gläubiger sogar vorzugswürdiger. Weicht das Gericht nunmehr auf die Figur des Rechtsmissbrauchs aus, gibt es die strikte Trennung zwischen Tatsachen- und Rechtsfrage ohne Not auf.

3. Bewertung tatsächlicher Verlegungen vor Antragstellung

a. Kein ausdrücklicher Vorbehalt für Fälle des Rechtsmissbrauchs in der EuInsVO

aa. Der Widerspruch zwischen dem Willen des Ordnungsgebers und die Regelung eines veränderlichen COMI

Im 4. Erwägungsgrund der EuInsVO hat der Ordnungsgeber das *forum shopping* ausdrücklich abgelehnt:

„(4) Im Interesse eines ordnungsgemäßen Funktionierens des Binnenmarktes muss verhindert werden, dass es für die Parteien vorteilhafter ist, Vermögensgegenstände oder Rechtsstreitig-

745 In diesem Sinne auch de lege ferenda Reinhart, NZI 2012, 304 (306).

746 Walters/Smith, IIR 2010, 181 (201).

keiten von einem Mitgliedstaat in einen anderen zu verlagern, um auf diese Weise eine verbesserte Rechtsstellung anzustreben (sog. "forum shopping")."

Die Vermeidung eines *forum shopping* soll vor allem dazu dienen, effizient und wirksam die Insolvenzverfahren abzuwickeln, wie auch die Erwägungsgründe 2 und 8 belegen⁷⁴⁷. Dabei soll der Begriff des *forum shopping* alle Tatsachenänderungen erfassen, die einen Einfluss auf die internationale Zuständigkeit haben können⁷⁴⁸.

Da der Verordnungsgeber ein faktensensitives Kriterium gewählt hat, ist zu akzeptieren, dass Schuldner ihr COMI frei verlegen⁷⁴⁹. Die Nutzung eines flexibel gestalteten Anknüpfungspunktes zu untersagen, wäre widersprüchlich⁷⁵⁰. Die Verhinderung von *forum shopping* kann folglich nicht das Hauptziel der EuInsVO sein, weil das COMI veränderlich ist⁷⁵¹. Es ist kein derart bedeutsames Ziel, das im Rahmen der Rechtsauslegung alle anderen Auslegungen zurückdrängt. Die EuInsVO hat sich zwar zum Ziel gesetzt, das *forum shopping* zu vermeiden, ist aber in ihrer geltenden Fassung gerade ein Werkzeug dazu geworden⁷⁵². Auch der EuGH hat dies im Grunde akzeptiert⁷⁵³. Der hieraus entstehende „Wettbewerb der Insolvenzrechte“⁷⁵⁴ ist gewollt und hinzunehmen⁷⁵⁵. Im Zuge dieses Wettbewerbs kann sich der Anlass für etwaige Rechtsänderungen bieten und einen Reformbedarf im nationalen Recht aufzeigen⁷⁵⁶, etwa zur Änderung der Frist bis zur Erteilung der Restschuldbefreiung.

Der Verordnungsgeber behält das veränderliche COMI auch in Kenntnis der Diskussion um unerwünschtes *forum shopping* durch Gesellschaften und natürliche Personen im Rahmen der Reform der EuInsVO bei⁷⁵⁷.

747 Renger, S. 197.

748 Reuß, S. 7.

749 Weller, ZGR 2008, 835 (850); Renger, S. 193. Vgl. auch Schurig, in: Heldrich/Sonnenberger/Ansary u. a. (Hrsg.), FS Ferid, 1988, S. 375 (402).

750 Weller, ZIP 2009, 2029 (2033).

751 Eidenmüller, ECFR 2009, 1 (15); Wyen, S. 37; kritisch Renger, S. 196.

752 Moore, Insolv. Int. 2009, 22 (26). Vgl. Ehrlicke, in: Gottwald/Huber (Hrsg.), Europ. InsR., 2008, S. 127 (129); Huber, in: Gottwald/Huber (Hrsg.), Europ. InsR., 2008, S. 1 (3 ff.).

753 EuGH, Urt. v. 17.01.2006 – Rs. C-1/04, Slg. 2006, 701; EuGH, Urt. v. 02.05.2006 – Rs. C-341/04, Slg. 2006, 3813. Entsprechendes gilt auch für den BGH, der dies in Befolgung der EuGH-Rechtsprechung hinnimmt und nur für eine besondere Erledigungssituation nicht auf den zur Insolvenzeröffnung führenden Antrag, sondern auf einen vorherigen, noch nicht abschließend entschiedenen Antrag abstellt BGH, Beschl. v. 02.03.2006 – IX ZB 192/04, ZIP 2006, 767. Siehe dazu C. III. 2.

754 So der Titel des Beitrags von Eidenmüller, ZGR 2006, 467.

755 Vgl. EuGH GA Colomer, Schlussanträge vom 06.09.2005 – Rs. C-1/04, Slg. 2006, 701 (I-715); Beck, ZVI 2011, 355 (364); Handrup, BB 2012, 927; Beck, ZVI 2012, 433 (435); siehe auch Weller, IPRax 2011, 150 (153).

756 Eidenmüller, ZGR 2006, 467 (470); Reuß, S. 16, m. w. N. Ein Beispiel bildet die mit dem sog. Gesetz zur Reform des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen vom 23.10.2008 (MoMiG), BGBl. I, 2026, eingeführte Gesellschaftsform der „UG“ nach § 5a GmbHG, die ein Konkurrenzprodukt zur englischen *limited* darstellen soll, vgl. BT-Drs. 16/6140, S. 1. Auch die Reform der Restschuldbefreiung (vgl. B.III.4.b.bb).

757 F. I. 1.

bb. Die europäischen Grundfreiheiten und der gemeinsame Binnenmarkt

Die Verlagerung des COMI wird aus Sicht vieler Gläubiger rechtsmissbräuchlich sein, wenn und weil diese in einigen Fällen ihre Forderungen einbüßen, ohne dass sie nach ihrer Einschätzung eine hinreichende Befriedigungsquote erzielt haben. Bei der Frage nach einem Rechtsmissbrauch darf allerdings nicht nur einseitig die Seite der Gläubiger betrachtet werden. Auch die Rechte des Schuldners müssen berücksichtigt werden. Der Schuldner kann sich auf die Grundfreiheiten, insbesondere die Niederlassungsfreiheit nach Art. 49 AEUV (ex-Art. 43 EGV) berufen. Diese Grundfreiheiten ermöglichen jedem eine Teilnahme am gemeinsamen Binnenmarkt der EU. Daher steht es z. B. jedem Arbeitnehmer frei, sich innerhalb des Gemeinschaftsgebiets einen neuen Arbeitsplatz zu suchen⁷⁵⁸. Die Grundfreiheiten zielen gerade darauf ab, eine Integration der europäischen Bevölkerung zu erreichen⁷⁵⁹. Die Folge davon ist, dass die Niederlassungsfreiheit zu einer engen Anwendung der Figur des Rechtsmissbrauchs führt⁷⁶⁰. Jedoch soll nach Ansicht mancher die Berufung auf Grundfreiheiten nicht genügen, um einen Rechtsmissbrauch auszuschließen⁷⁶¹.

Für den Missbrauch von Freiheiten des Unionsrechts muss eine Gestaltung erfolgen, die vom Unionsrecht ermöglicht wird, das seinerseits in der Absicht genutzt wird, nationale Vorschriften zu umgehen; dies wiederum muss dem Zweck der Grundfreiheit entgegenstehen⁷⁶². Bereits im Bereich des Gesellschaftsrechts hat der EuGH stets in bürgerfreundlicher Interpretation der Grundfreiheiten die Anwendung von Umgehungs- und Einschränkungstatbeständen eingeschränkt; der Marktteilnehmer solle vielmehr gerade die Möglichkeiten haben, die das Rechtsgefälle zwischen den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten bereithält⁷⁶³. Der Gebrauch der Grundfreiheiten ist kein Missbrauch, weil der Binnenmarkt diesen Wettbewerb zwischen den nationalen Rechtsordnungen fördert und billigt⁷⁶⁴. Solange keine Schädigung des Binnenmarktes vorliegt, ist die Wahrnehmung von Rechten nicht zu missbilligen⁷⁶⁵. Das Vertrauen der Marktteilnehmer in bestimmte Eigenschaften der Gesellschaft lässt sich durch eine klare Bezeichnung der Gesellschaftsform und eine Offenlegung der Haftungsmaßstäbe erreichen⁷⁶⁶. Da hiermit ein ausreichender Schutz der Marktteilnehmer gewährleistet ist, sind weitere Sicherungsmaßnahmen nicht notwendig. Selbst

⁷⁵⁸ Hergenröder, ZVI 2005, 233 (241).

⁷⁵⁹ Hoffmann, in: Parry (Hrsg.), *The reform of international insolvency rules at European and national level*, 2011, S. 191 (203). Vgl. auch Walters/Smith, IIR 2010, 181 (202).

⁷⁶⁰ Bode, S. 53; Handrup, BB 2012, 927.

⁷⁶¹ Z. B. Duursma-Kepplinger, ZIP 2007, 896 (900), die eine Binnendifferenzierung vornimmt; Smid, in: Geimer/Schütze/Garber (Hrsg.), FS Simotta, 2012, S. 545 (557).

⁷⁶² So der Prüfungskatalog des EuGH, *EuGH*, Urt. v. 09.03.1999 – Rs. C-212/97, Slg. 1999, 1459 Rn. 24 f.; Reuß, S. 260 f.

⁷⁶³ *EuGH*, Urt. v. 30.09.2003 – C-167/01, Slg. 2003, 10155 (I-10234) *EuGH*, Urt. v. 09.03.1999 – Rs. C-212/97, Slg. 1999, 1459 (I-1495 f.).

⁷⁶⁴ Siehe *EuGH*, Urt. v. 09.03.1999 – Rs. C-212/97, Slg. 1999, 1459 Rn. 27.

⁷⁶⁵ Ausführlich Reuß, S. 262 f.

⁷⁶⁶ *EuGH*, Urt. v. 09.03.1999 – Rs. C-212/97, Slg. 1999, 1459 (I-1495); *EuGH*, Urt. v. 30.09.2003 – C-167/01, Slg. 2003, 10155, Rn. 135.

Generalanwalt Colomer erachtete das *forum shopping* als grundsätzlich erlaubt⁷⁶⁷. Ein bloßes Abzielen auf die Anwendung des möglichst günstigen Rechts ist eine zulässige Ausübung der Niederlassungsfreiheit, selbst das gezielte Ausnutzen des Rechtsgefälles ist von den Grundfreiheiten gedeckt⁷⁶⁸. Und diese Grundfreiheiten sind geltendes Recht, während die Erwägungsgründe, insbesondere Erwägungsgrund 4, hingegen nur eine Wiedergabe von Zielsetzungen des Verordnungsgebers darstellen⁷⁶⁹. Die Nutzung von gesetzlich vorgesehenen Zuständigkeiten durch eine Verlagerung des COMI ist daher nicht missbräuchlich⁷⁷⁰.

Würden die Hürden für eine nicht als rechtsmissbräuchlich anzusehende Verlagerung des COMI hingegen zu hoch angesetzt, könnte das dazu führen, die Schuldner von einem Wechsel seines COMI und damit von der Nutzung der Freiheitsgrundrechte abzuhalten⁷⁷¹.

Diese Nutzung von bestehenden Gestaltungsspielräumen liegt aber gerade in der Struktur der EU bzw. in der Natur des Binnenmarktes begründet⁷⁷². Der Gebrauch der Grundfreiheiten darf nicht durch den Hinweis unterlaufen werden, der Wechsel des gewöhnlichen Aufenthalts sei rechtsmissbräuchlich⁷⁷³. Die Grundfreiheiten, insbesondere die Niederlassungsfreiheit, erlauben vielmehr den Wechsel des gewöhnlichen Aufenthalts, und die Ausübung dieses Rechtes durch den Schuldner ist zu akzeptieren⁷⁷⁴. Übertragen auf die EuInsVO, bedeutet dies, dass die Nutzung von Gestaltungsmöglichkeiten zulässig ist und deren Nutzung – durch Verlagerung des COMI – dem Schuldner nicht vorzuwerfen ist⁷⁷⁵. Die Aufgabe der Gerichte reduziert sich

767 EuGH GA Colomer, Schlussanträge vom 06.09.2005 – Rs. C-1/04, Slg. 2006, 701 (I-715).

768 AG Köln, Beschl. v. 19.02.2008 – 73 IE 1/08, NZI 2008, 257 (260), m. Anmerkung Paulus, EWiR 2008, 531; Ehrliche, IPRax 2002, 505 (507 f.); Hergenröder, ZVI 2005, 233 (241); Hergenröder, DZWIR 2009, 309 (320); ähnl. Vallender, ZInsO 2009, 616 (620), der einen Vergleich mit „Nullplänen“ nach deutschem Recht zieht; Walters/Smith, IIR 2010, 181 (202); Weller, IPRax 2011, 150 (154); Handrup, BB 2012, 927.

769 Paulus, NZI 2008, 1 (2). Vgl. auch Wiedemann/Guglia, ZVI 2014, 397 (400 f.).

770 Weller, IPRax 2011, 150 (154); Wimmer, jurisPR-InsR 13/2012, Anm. 1; Hoffmann, Journal of Consumer Policy 2012, 461 (470), der de lege lata die Verlagerung zum ausschließlichen Zweck der Restschuldbefreiung mit einer *période suspecte* versehen will, dazu unten F.I.3.a.aa(3).

771 Renger, S. 198.

772 Weller, ZIP 2009, 2029 (2033); Mankowski, ZIP 2010, 1376 (1378); siehe auch EuGH GA Colomer, Schlussanträge vom 06.09.2005 – Rs. C-1/04, Slg. 2006, 701 (I-715); Brenner, ZIP 2005, 1646 (1647); Walters/Smith, IIR 2010, 181 (202). Siehe auch AG Köln, Beschl. v. 19.02.2008 – 73 IE 1/08, NZI 2008, 257 (260); Bode, S. 54.

773 Hergenröder, ZVI 2005, 233 (241).

774 Hoffmann, in: Parry (Hrsg.), The reform of international insolvency rules at European and national level, 2011, S. 191 (201); Reinhart, NZI 2012, 304 (306); Handrup, BB 2012, 927. Siehe auch Weller, ZIP 2009, 2029 (2033); Weller, IPRax 2011, 150 (154); Bode, S. 55; Heneweel, S. 135. Ähnl. auch Hoffmann, Journal of Consumer Policy 2012, 461 (469). LG Trier, Urt. v. 02.05.2013 – 5 O 247/13, ZVI 2014, 430 (431). Differenzierend in Bezug auf Gesellschaften Duursma-Kepplinger, ZIP 2007, 896 (900); Paulus, NZI 2008, 1 (2); Coburn, Insolv. Int. 2012, 8 (8); Beck, ZVI 2012, 433 (435); Wiedemann/Guglia, ZVI 2014, 397 (400 f.); siehe auch Weller, in: Kronke/Thorn (Hrsg.), FS von Hoffmann, 2012, S. 513 (520).

775 Weller, ZGR 2008, 835 (850); Ringe, EBOR 9 (2008), 579 (594); Weller, ZIP 2009, 2029 (2033); AG Köln, Beschl. v. 19.02.2008 – 73 IE 1/08, NZI 2008, 257 (260). Siehe auch Hoffmann, Journal of Consumer Policy 2012, 461 (469). Zum internationalen Verfahrensrecht Benecke, S. 320.

auf die Überwachung der Grenze zwischen Täuschung und echter Verlagerung⁷⁷⁶. Etwaige Defizite und Nachteile in den unterschiedlichen Rechtsordnungen sind durch den nationalen Gesetzgeber auszugleichen⁷⁷⁷, etwa durch eine entsprechende Anpassung der Voraussetzungen für die Restschuldbefreiung.

b. Keine klaren Kriterien für die Annahme eines Rechtsmissbrauchs

Die Befürworter eines Rechtsmissbrauchs bieten keine klaren und damit rechtssicheren Anknüpfungspunkte, um ein rechtsmissbräuchliches Verhalten von einer gebilligten Wahrnehmung von Grundfreiheiten und Individualität zu unterscheiden. Vielmehr heißt es regelmäßig, das Verhalten sei missbräuchlich und daher nicht zu billigen. Die Begründungen dafür, dass es sich um einen Rechtsmissbrauch handeln soll, zielen apodiktisch auf das Ergebnis der Rechtsmissbrauchskontrolle ab, lassen aber häufig tatsächliche Anknüpfungspunkte vermissen, die der rechtssicheren Subsumtion durch den Rechtsanwender zugänglich wären. Dabei liegt aber die Argumentationslast gerade bei denjenigen, die einen Rechtsmissbrauch begründen wollen, weil grundsätzlich davon auszugehen ist, dass Freiheiten zu einem rechtstreuen Zweck genutzt werden.

Es ist daher zu fragen, worin Anzeichen für einen Rechtsmissbrauch bestehen können, die überhaupt dazu führen, dass Gerichte einen Rechtsmissbrauch annehmen sollten. Dabei ist aber stets zu bedenken, dass es für das „verdächtige“ Verhalten des Schuldners völlig vom Insolvenzrecht losgelöste Gründe geben und es sich schon deshalb nicht um eine missbräuchliche Verlagerung des COMI handeln könnte – ganz abgesehen von der Frage, welche weiteren Anforderungen an einen Rechtsmissbrauch gestellt werden sollen.

aa. Objektive und objektivierte Kriterien

(1) Gefahr der Beeinträchtigung des Binnenmarktes

Ein zentrales Argument dafür, dass die Schwelle zum Rechtsmissbrauch nicht überschritten werden darf und das Verhalten des Schuldners darauf zu überprüfen ist, liegt in der Gefahr der Beeinträchtigung des Binnenmarkts, weil der Kreditmarkt beeinträchtigt würde. Denn ohne eine hinreichende Eindämmung des *forum shopping* würde die Grundlage der Kreditvergabe durch die Gläubiger beeinträchtigt⁷⁷⁸. Denn diese kalkulieren die Risiken einer Insolvenz und eines Forderungsausfalls (auch) anhand der geltenden gesetzlichen Rahmenbedingungen⁷⁷⁹. Durch die Verlagerung

776 Walters/Smith, IIR 2010, 181 (202); in diesem Sinne auch Hoffmann, Journal of Consumer Policy 2012, 461 (469).

777 Paulus, NZI 2008, 1 (2); vgl. in diesem Sinne schon vor Inkrafttreten der EuInsVO EuInsVO BGH, Beschl. v. 18.09.2001 – IX ZB 51/00, NJW 2002, 960.

778 Vgl. Kindler, IPRax 2006, 114 (115); Klöhn, KTS 2006, 259 (263).

779 Vgl. Klöhn, KTS 2006, 259 (263).

können die Kreditvoraussetzungen einseitig und in nicht kalkulierbarer Weise verändert werden⁷⁸⁰. Im Extremfall kann es zu einer Beeinträchtigung des Kreditmarkts kommen⁷⁸¹. Die „Waffengleichheit“ der Parteien bei Vertragsschluss würde damit beeinträchtigt⁷⁸². Als adäquate Reaktion erfolge eine Weitergabe der um das Risiko einer nicht vorhersehbaren Insolvenz nach ausländischem Recht erhöhten Kreditkosten an alle Schuldner. Daher finanzierten die Schuldner, die ihre Verbindlichkeiten tilgen, die Risiken des Restschuldbefreiungstourismus letztlich mit⁷⁸³.

Doch dürfen allein diese Risiken nicht dazu führen, einen Rechtsmissbrauch beim Wechsel des COMI anzunehmen. Denn das COMI ist veränderlich ausgestaltet und die Grundfreiheiten gewährleisten, dass der Schuldner sein COMI einseitig verändern darf. Es ist grundsätzlich das Risiko des Gläubigers, dass sein Schuldner insolvent wird. Der Gläubiger kann sich durch Vereinbarung von Kreditsicherheiten ausreichend schützen⁷⁸⁴. Und diese Sicherung ist – u. a. auch wegen Art. 5, 7 und 13 EuInsVO – ihrerseits ausreichend geschützt. Verschafft sich der Gläubiger nämlich Kreditsicherheiten (dingliche Rechte im Sinne des Art. 5 oder ein Eigentumsvorbehalt im Sinne des Art. 7 EuInsVO), dann ist er auch im Falle einer Verlagerung des COMI und der unerwarteten Anwendung einer fremden Rechtsordnung gut geschützt. Art. 13 EuInsVO schützt den Gläubiger vor einer Insolvenzanfechtung, weil ihm im Wege der „Meistbegünstigung“ die Verteidigungsmöglichkeiten mehrerer Rechtsordnungen zur Verfügung stehen.

Auch ohne Anzeichen für einen Rechtsmissbrauch muss der Gläubiger mit einer Verlagerung des COMI rechnen, sodass er vernünftigerweise diese Risiken auch schon von vornherein einpreist, ohne dass es auf die Gefahr eines gezielten Missbrauchs ankommt. Den Gläubigern wird die Durchsetzung ihrer Rechte erheblich erschwert, wenn sie in einem grenzüberschreitenden Verfahren ihre Rechte wahrnehmen müssen⁷⁸⁵. Kein Gläubiger hat die Garantie, dass sein Schuldner nicht ins Ausland umzieht. Aber auch außerhalb des insolvenzrechtlichen Bereichs besteht die Gefahr, dass die Rechtsdurchsetzung kompliziert und teuer wird, wenn der Schuldner ins Ausland verzieht und sich gegen die Geltendmachung zur Wehr setzt. Dass die Rechtsverfolgung im Ausland aufwendiger ist, ist aber hinzunehmen⁷⁸⁶. Der Gläubiger muss sich eben selbst darum kümmern, den Aufenthalt seines Schuldners zu ken-

780 Klöhn, KTS 2006, 259 (263 f.); Eidenmüller, ZGR 2006, 467 (478); Schwemmer, NZI 2009, 355 (357); Mankowski, ZIP 2010, 1376 (1376); Walters/Smith, IIR 2010, 181 (205); Reuß, in: Clavara/Garber (Hrsg.), 2011, S. 81 (84).

781 Klöhn, KTS 2006, 259 (264) m. w. N.

782 Schwemmer, NZI 2009, 355 (357), m. w. N.

783 Klöhn, KTS 2006, 259 (264); Berner/Klöhn, ZIP 2007, 106 (111); Reuß, in: Clavara/Garber (Hrsg.), 2011, S. 81 (86); Reuß, S. 68, m. w. N.; Mankowski, ZIP 2010, 1376 (1384), der auf S. 1385 zu Recht darauf hinweist, dass zwar auch eine Restschuldersicherung denkbar sei, die aber die Kosten des Kredits insgesamt erhöhe.

784 Dies gilt freilich nur für Gläubiger, die mit dem Schuldner freiwillig kontrahieren. Gläubiger, die einem Kontrahierungszwang unterliegen, können dies nicht in gleichem Maße, Deliktsgläubiger haben überhaupt keine Wahl hinsichtlich ihres Schuldners, vgl. Eidenmüller, EBOR 2005, 423 (431).

785 Reinhart, in: Kirchhof (Hrsg.), MünchKomm-InsO, Bd. 4, 3. Aufl. 2016, Art. 3 EuInsVO Rn. 53; siehe auch Weller, ZHR 2005, 570 (573 f.); Schwemmer, NZI 2009, 355 (357).

786 Beck, ZVI 2012, 433 (435).

nen⁷⁸⁷ und entsprechend darauf zu reagieren. Wäre das Verlagern des COMI ins Ausland aber schon ein Entziehen, müsste jeder Umzug ins Ausland bereits „rechtsmissbräuchlich“ sein⁷⁸⁸, ganz unabhängig von einem Insolvenzverfahren.

(2) Unterschiede in den verschiedenen Rechtsordnungen und Gefahr der Beeinträchtigung der Gläubigerinteressen wegen fehlender Massemaximierung

(a) Gläubigergleichbehandlung und Massemaximierung als wesentliche Unterschiede zwischen den Rechtsordnungen

Als rechtsmissbräuchlich wird eine Verlagerung des COMI auch dann angesehen, wenn die Gleichbehandlung der Gläubiger nicht gewährleistet ist und darüber hinaus die Insolvenzmasse nicht zu deren Gunsten maximiert wird⁷⁸⁹. Der Gedanke, dass ein Rechtsmissbrauch vorliegen könnte, wird sich regelmäßig dann stellen, wenn das nationale Insolvenzrecht des Zuzugsstaates für den Schuldner einen erheblichen Vorteil gegenüber dem Insolvenzrecht des vormaligen Staates aufweist.

Die Massemaximierung ist angesichts der Forderung nach Verfahrenseffizienz in den Erwägungsgründen Nr. 2 und 8 sowie 16, 19 und 20 für die EuInsVO von großer Bedeutung⁷⁹⁰. Erfolgt das *forum shopping* hingegen zugunsten der Gläubiger, so soll es nicht rechtsmissbräuchlich sein⁷⁹¹. So handeln Gesellschaften, die ihr COMI zu Sanierungszwecken verlagern, deshalb nicht rechtsmissbräuchlich⁷⁹². Eine Restschuldbefreiung hingegen dient den Gläubigern kaum und stellt sie in aller Regel schlechter⁷⁹³. Denn sie haben nur für kurze Zeit einen gewissen Teil des Schuldnervermögens zur Befriedigung zur Verfügung. Danach verlieren sie ihre Forderung nach den Vorgaben der *lex fori concursus* möglicherweise endgültig. Eine Restschuldbefreiung kann daher von vornherein den Altgläubigern nicht dienen und schädigt diese.

Hinzu kommt, dass die grenzüberschreitenden Effekte des Restschuldbefreiungstourismus teuer sind und für die Verwalter die Massemehrung zugunsten der Gläubigersamtheit relativ kostspielig ist⁷⁹⁴. Zugleich entstehen vor allem den kleineren

787 So schon zur vielzitierten Entscheidung des BGH, Beschl. v. 18.09.2001 – IX ZB 51/00, NJW 2002, 960, *Mohrbutter*, WuB VI C. § 3 InsO 1.02.

788 Beck, ZVI 2012, 433 (435).

789 Eidenmüller, KTS 2009, 137 (150). Siehe auch AG Köln, Beschl. v. 19.02.2008 – 73 IE 1/08, NZI 2008, 257 (260); Eidenmüller, ECFR 2009, 1 (16). Kritisch indes Reuß, S. 332.

790 Eidenmüller, ECFR 2009, 1 (14); Renger, S. 196. In diesem Sinne auch Duursma-Kepplinger, ZIP 2007, 896 (900).

791 Vgl. zu Gesellschaften etwa Eidenmüller, ECFR 2009, 1 (16 f.); Bode, S. 17; Coburn, *Insolv. Int.* 2012, 8 (10); AG Köln, Beschl. v. 19.02.2008 – 73 IE 1/08, NZI 2008, 257.

792 Knof, ZInsO 2007, 629 (636); Eidenmüller, ECFR 2009, 1 (16 f.); AG Köln, Beschl. v. 19.02.2008 – 73 IE 1/08, NZI 2008, 257 (260).

793 Bei Schuldnern mit guten Erwerbsaussichten sehr wahrscheinlich, bei Schuldnern ohne gute Erwerbschancen ist dies weniger wahrscheinlich, weil die Gläubiger auch nach deutschem Insolvenzrecht wenig bis keine Befriedigung zu erwarten haben. Typischerweise betreiben jedoch Schuldner mit erheblichen Erwerbsaussichten ein Insolvenzverfahren im Ausland.

794 Walters/Smith, IIR 2010, 181 (183).

Gläubigern erhöhte Rechtsverfolgungskosten⁷⁹⁵. Denn der Gläubiger kann darauf nicht angemessen reagieren und sich entsprechend durch eine Änderung der Verträge darauf einstellen⁷⁹⁶. Betroffen sind hiervon vor allem Kleingläubiger, die oft nicht einmal die Möglichkeit haben, auf Veränderungen zu reagieren, weil ihnen schlicht der Zugang zum ausländischen Recht fehlt.

Die Benachteiligung von Gläubigern als hinreichenden Grund dafür anzusehen, dass die Verlagerung des COMI wegen eines Rechtsmissbrauchs unwirksam ist, geht allerdings zu weit. Denn die gesteigerte Verfahrenseffizienz ist nicht das primäre Ziel der EuInsVO, sondern die Schaffung eines vorhersehbaren Zuständigkeitssystems⁷⁹⁷. Den hierdurch gesetzten Rahmen kann der Schuldner frei nutzen⁷⁹⁸. Daher ist nicht jede Gestaltung, die zulasten der Gläubiger geht, zugleich rechtsmissbräuchlich⁷⁹⁹.

Zu bedenken ist zudem, dass jeder Umzug, der günstig für den Schuldner ist, automatisch zugleich auch zulasten der Gläubiger geht. Denn ein leichteres, schnelleres und für den Schuldner vermögensschonenderes Insolvenzverfahren mit Restschuldbefreiung wird im selben Maße für die Gläubiger von Nachteil sein. Wer eine COMI-Verlagerung, die zu einer schnelleren Restschuldbefreiung führt und folglich mit einer Benachteiligung der Gläubigerinteressen einhergeht, als Rechtsmissbrauch ansieht, bewirkt damit, dass *jede Verlagerung* des COMI durch den Schuldner in einen Mitgliedstaat mit schuldnerfreundlicheren Regelungen zugleich rechtsmissbräuchlich und daher nicht zu beachten wäre. Wenn der Schuldner insolvenzrechtliche Überlegungen anstellt, wird er sein COMI nicht in einen Mitgliedstaat verlegen, der ihm schlechtere Möglichkeiten zur Schuldbefreiung bietet. Tut er es dennoch, wird er noch vor Verlagerung einen Insolvenzantrag im Sinne der EuGH-Rechtsprechung in der Sache Staubitz-Schreiber stellen und das Insolvenzverfahren nach der ihm (relativ) günstigeren Regelung durchführen wollen⁸⁰⁰.

Auch eine weitere Überlegung zeigt, dass die Beeinträchtigung der Gläubigerinteressen kein taugliches Kriterium darstellen kann: Wer auf eine fehlende Massemaximierung durch die neue *lex fori concursus* abstellt, müsste dem Insolvenzrichter die Prüfung auferlegen, nach welcher Rechtsordnung die Masse größer wäre⁸⁰¹, um feststellen zu können, ob eine missbräuchliche Wahl der *lex fori concursus* zulasten der Gläubiger vorliegt. Dabei sind Pauschalurteile, die z. B. nur die Dauer der Restschuldbefreiung im Auge haben, nicht praktikabel, denn die bloße Dauer der Restschuldbefreiung sagt nichts darüber aus, ob die Gläubiger tatsächlich mit einer Quote rechnen können. Denkbar wäre dies nur bei Schuldnern, die hohe Einnahmen erzielen könnten. Für diese Gruppe darf aber keine „Sonderbewertung“ stattfinden. Eine Prognose

795 Vgl. Weller, ZHR 2005, 570 (584).

796 Eidenmüller, JZ 2009, 641 (650); Reuß, in: Clavara/Garber (Hrsg.), 2011, S. 81 (84 f.); vgl. auch Renger, S. 197.

797 Reuß, in: Clavara/Garber (Hrsg.), 2011, S. 81 (90); Reuß, S. 332.

798 Bode, S. 53; Coburn, *Insolv. Int.* 2012, 8 (8); vgl. auch d'Avoine, NZI 2011, 310 (312).

799 Reuß, S. 333; Wyen, S. 131 f.

800 So etwa im Fall Staubitz-Schreiber, vgl. *EuGH*, Urt. v. 17.01.2006 – Rs. C-1/04, Slg. 2006, 701; *BGH*, Beschl. v. 27.11.2003 – IX ZB 418/02, ZIP 2004, 94; *BGH*, Beschl. v. 09.02.2006 – IX ZB 418/02, ZIP 2006, 529.

801 Näher Reuß, S. 333; Wyen, S. 132.

der konkreten Befriedigungsaussichten nach verschiedenen Rechtsordnungen ist in der Praxis kaum möglich und würde Zeit und Geld kosten⁸⁰². Neben diesen Problemen ist darüber hinaus zu beachten, zu welchem Zeitpunkt diese auf Hypothesen beruhende Prüfung erfolgen müsste. Der Richter müsste zu Verfahrensbeginn entscheiden, nach welcher Rechtsordnung die Gläubigerbefriedigung besser gelingen würde. Zu diesem Zeitpunkt liegt ihm aber in der Regel nur der Insolvenzantrag des Schuldners vor. Ob und in welchem Umfang der Schuldner Vermögen hat oder ob Anfechtungsgründe usw. vorliegen, lässt sich anhand dieser rudimentären Daten in der Praxis schlicht nicht entscheiden.

Im Hinblick auf Chancen und Risiken für die Gläubiger soll daher bisweilen zwischen „gutem“ und „schlechtem“ *forum shopping* unterschieden werden⁸⁰³. Das schlechte *forum shopping* sei dadurch gekennzeichnet, dass die Gläubiger zur Begünstigung des Schuldners benachteiligt würden, während das gute *forum shopping* auch die Interessen der Gläubiger im Auge habe⁸⁰⁴. Diese Unterscheidung mag der Sache nach auf den ersten Blick zutreffen. Auf den zweiten Blick ist die Unterscheidung zwischen „gutem“ und „schlechtem“ *forum shopping* aber letztlich nicht realistisch – jedenfalls in Bezug auf natürliche Personen. Verlagert ein Schuldner sein COMI in einen Staat mit relativ schneller Restschuldbefreiung, hat dies stets die Benachteiligung der Gläubiger zur Folge, da diese ihre Forderung verlieren. Damit würde *jeder* Fall, in dem ein Schuldner eine einfachere Restschuldbefreiung in Wahrnehmung seiner Interessen anstrebt, dem „schlechten“ – und damit rechtsmissbräuchlichen – *forum shopping* unterfallen. Die Schuldner dürften ihre Rechte damit letztlich nicht wahrnehmen, obwohl sie gerade dazu berechtigt sind. Die Gläubigerbenachteiligung ist daher kein sicheres Kriterium, um einen Rechtsmissbrauch bei natürlichen Personen annehmen zu können.

Die Gesamtbetrachtung ausländischer Systeme der Restschuldbefreiung inklusive der hierin enthaltenen Kompensationsmechanismen würde den Rahmen dieser Untersuchung sprengen. Daher sollen einige Beispiele genügen.

(b) Möglichkeiten zur Massemehrung und zur Kompensation von Nachteilen der *lex fori concursus*

(aa) Einleitung

Die Verlagerung des COMI in den Anwendungsbereich einer schuldnerfreundlichen *lex fori concursus* muss auch aus weiteren Gründen nicht zwingend als rechtsmissbräuchlich angesehen werden. Denn die *lex fori concursus* bietet dem Schuldner nicht nur den Vorteil einer relativ raschen Restschuldbefreiung. Sie enthält auch viele

802 Reuß, S. 333; Reuß, in: *Clavara/Garber* (Hrsg.), 2011, S. 81 (90).

803 Moore, *Insolv. Int.* 2009, 22 (26); McCormack, *IILR* 2011, 122 (129). Siehe auch Walters/Smith, *IIR* 2010, 181 (183).

804 Moore, *Insolv. Int.* 2009, 22 (26).

Nachteile, die die schnelle Entschuldung zugunsten der Gläubiger – wenigstens teilweise – kompensieren können, z. B. werden bestimmte Schulden nicht erlassen, der Schuldner muss bspw. bestimmte Anforderungen an seine Gutgläubigkeit und Redlichkeit erfüllen. Insbesondere können einige Regelungen auch nach Erteilung der Restschuldbefreiung wirken und den Schuldner zur Erbringung von Tilgungsleistungen verpflichten, etwa bei Vorliegen bestimmter Delikte.

Um festzustellen, ob die Gläubiger tatsächlich beeinträchtigt werden, muss daher das insolvenzrechtliche System der *lex fori concursus* stets als ganze Einheit betrachtet werden. Nicht jede Regelung, die nach deutschem Verständnis systematisch zum Insolvenzrecht gehört, ist auch im Ausland in den insolvenzrechtlichen Kernregelungen enthalten. Vielmehr finden sich – wie auch in Deutschland – bedeutsame Regelungen im gesamten Recht verstreut, und viele „Nachteile“, die die „Vorteile“ einer Rechtsordnung mehr als nur ausgleichen, werden nicht auf den ersten Blick sichtbar und können sich als gravierende Nachteile des vom Schuldner gewählten Rechtssystems erweisen. Es ist deshalb notwendig, die Regelungsmechanismen der verschiedenen Rechtsordnungen als Ganzes zu betrachten, da sie auch einen Ausgleich für Beeinträchtigungen der Gläubigerrechte vorsehen können⁸⁰⁵.

(bb) Beispiel: Insolvenzanfechtung

Die Massemehrung durch Insolvenzanfechtung ist den verschiedenen nationalen Rechtsordnungen nicht fremd⁸⁰⁶. Dabei sind die Anfechtungsvorschriften im Einzelfall sogar stärker als die entsprechenden Vorschriften der §§ 129 ff. InsO.

Die gezielte Veränderung der Vermögenslage vor dem Insolvenzverfahren (z. B. durch Schenkung oder unwirtschaftliche Geschäfte) kann im Einzelfall unbeachtlich (so etwa die Nichtigkeitsfolge der *période suspecte* nach Art. L632-1 Code de commerce) oder jedenfalls anfechtbar sein⁸⁰⁷. Die Übertragung von Vermögenswerten kann anfechtbar sein, wobei die Einschränkungen des Art. 13 EuInsVO zum Nachteil werden können. Nach dieser Vorschrift kann sich der Anfechtungsgegner auf sämtliche Einwendungen berufen, die eine Anfechtung nach der *lex fori concursus* verhindern, und zugleich alle Einreden und Einwendungen geltend machen, die sich aus dem Recht ergeben, das dem angefochtenen Rechtsgeschäft zugrunde liegt⁸⁰⁸. Damit setzt sich das „anfechtungsfeindlichste“⁸⁰⁹ Recht durch⁸¹⁰. Selbst wenn das Insolvenzanfechtungsrecht nicht greift, kann es sich um Rechtsgeschäfte handeln, die aus anderen

805 So etwa schon Ehrlicke, IPRax 2002, 505 (507), zum französischen Recht, wobei die EuInsVO auf die dort besprochene Entscheidung die EuInsVO noch nicht anwendbar war. Umso mehr gilt dies, nachdem sie Geltung erlangt hat.

806 Sie etwa B.III.4.c.bb(2) und B.III.4.d.cc.

807 Prager/Keller, NZI 2011, 697 (701).

808 EuGH, Urt. v. 16.04.2015 – Rs. C-557/13, ZInsO 2015, 1052.

809 Leible/Staudinger, KTS 2000, 533 (557); Kodek, in: Kodek/Konecny (Hrsg.), Insolvenz-Forum 2007, 2008, S. 207 (220), m. w. N.; Prager/Keller, NZI 2011, 697 (698).

810 Kodek, in: Kodek/Konecny (Hrsg.), Insolvenz-Forum 2007, 2008, S. 207 (220), m. w. N.; Prager/Keller, NZI 2011, 697 (698).

Gründen nichtig sind, sodass auch die weitreichende Verteidigung des Art. 13 EuInsVO nicht immer eingreift⁸¹¹.

(cc) Beispiel: Massemehrung durch Geltendmachung von Ansprüchen des Schuldners

Auch ohne das typisch insolvenzrechtliche Instrumentarium der Insolvenzverfahren kann der Verwalter Schritte zur Massemehrung unternehmen. Insbesondere kann er Ansprüche des Schuldners gegen Dritte geltend machen. So kann ein „auffälliges“ Arbeitsverhältnis zu einer unverhofften Massemehrung führen.

In vielen Fällen gestaltet der Schuldner seine Einkommensverhältnisse, indem er vergleichsweise wenig verdient, sodass unter Berücksichtigung von Grundfreibeträgen nach der *lex fori concursus* praktisch kein Mehrerlös zugunsten der Gläubiger zu erwarten ist⁸¹². Zum Beispiel: Der Schuldner wird bei einer Gesellschaft angestellt, und erhält für seine Tätigkeit ein – geringes – Gehalt. Die durch die schuldnerische Tätigkeit erwirtschafteten Gewinne fließen damit praktisch der Gesellschaft zu. Bezeichnenderweise ist Gesellschafter dieser Gesellschaft nicht der Schuldner, sondern eine dem Schuldner nahestehende Person⁸¹³, sodass das wirtschaftliche Ergebnis der Erwerbstätigkeit – indirekt – dem Schuldner zufließen kann. Auffällig ist diese Vorgehensweise bei Schuldnern, die aufgrund ihrer Ausbildung und bisherigen beruflichen Tätigkeit grundsätzlich in der Lage wären, ein höheres laufendes Einkommen zu erzielen und damit auch Tilgungen vorzunehmen.

Die Konsequenzen aus derartigen Vertragsgestaltungen kann der Insolvenzverwalter ziehen und etwaige Ansprüche des Schuldners geltend machen. Dass die Gerichte diese Form der Massemehrung auch betreiben wollen, zeigte bereits der schon zuvor zitierte Fall „Eichler“, in dem sich der High Court ausdrücklich darauf berief, dass bedenklich erscheinende Schenkungen und Gestaltungen auch mit dem englischen Recht effektiv bekämpft werden können⁸¹⁴.

Darüber hinaus kann eine von dem Schuldner aufgenommene Tätigkeit zu Bedingungen, die hinter den Erwerbsmöglichkeiten des Schuldners zurückbleiben, die Verletzung von Pflichten und Obliegenheiten des Schuldners nach der *lex fori concursus* darstellen. Dies kann nach den Regeln der *lex fori concursus* zu einer Versagung der Restschuldbefreiung führen. So kennt das deutsche Recht in § 295 Abs. 1 Nr. 1 InsO die Obliegenheit des Schuldners, im Rahmen seiner Möglichkeiten einer angemessenen Erwerbstätigkeit nachzugehen. Tut er dies schuldhaft nicht, dann kann

811 Ausführlich dazu z. B. *Prager/Keller*, NZI 2011, 697 (698 f.).

812 *High Court of Justice Chancery Division*, Urte. v. 22.06.2007, BPIR 2007, 1636: Tätigkeit als Radiologe für die *limited*, deren Gesellschafterin die Ehefrau des Schuldners ist, für GBP 500 Monatseinkommen. *LG Berlin*, Urte. v. 09.07.2013 – 16 O 455/12, NZI 2014, 581: Jahreseinkommen für die Tätigkeit als Architekt, das genau dem steuerfreien Grundbetrag im Staat der Verfahrenseröffnung entspricht. *OGH*, Urte. v. 30.11.2006 – 8 Ob 12/06g, *ÖJZ* 2007, 325.

813 Vgl. *High Court of Justice Chancery Division*, Urte. v. 22.06.2007, BPIR 2007, 1636: Ehefrau des Schuldners.

814 *High Court of Justice Chancery Division*, Urte. v. 22.06.2007, BPIR 2007, 1636 (1641).

ihm auf Antrag eines Gläubigers gem. § 296 InsO die Restschuldbefreiung versagt werden.

(dd) Beispiel: Zahlungsverpflichtungen des Schuldners aufgrund einer Anordnung des Insolvenzgerichts

Des Weiteren bietet etwa eine englische *Income Payments Order* nach s. 310 IA 1986 die Möglichkeit, dem Schuldner für die Dauer von bis zu drei Jahren die Abführung von Lohnzahlungen aufzuerlegen, sodass auch hier relativ lange dessen Vermögen verwertet werden kann⁸¹⁵. Auch übermäßige Einzahlungen in Pensionskassen kann der Verwalter im Einzelfall über eine *Income Payments Order* oder durch Ausübung des Kapitalwahlrechts zur Masse ziehen⁸¹⁶. Damit bewegt sich die Dauer, die der Schuldner den Gläubigern Zahlungen leisten muss, im Bereich dessen, was nach § 300 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 InsO für die verkürzte Restschuldbefreiungsfrist nach deutschem Recht vorgesehen ist. Auch das österreichische Recht kennt nach § 213 Abs. 1 Nr. 1 IO die Möglichkeit einer Verkürzung auf drei Jahre. Diese *Income Payments Order* bleibt in Kraft, auch wenn die *discharge* schon längst erteilt wurde, und der Schuldner ist weiterhin verpflichtet, mit dem Trustee zusammenzuarbeiten⁸¹⁷.

Das französische Recht sieht in Art. L-670-4 Code de commerce vor, dass das Gericht dem Schuldner auferlegen kann, für die Dauer von zwei Jahren eine vom Gericht unter Berücksichtigung des Lebensbedarfs des Schuldners zu bestimmende Summe zu zahlen. Auch mit diesem Mittel ist der Schuldner über die Beendigung des eigentlichen Insolvenzverfahrens hinaus weiterhin verpflichtet, Tilgungsleistungen zugunsten der Gläubiger zu erbringen. Verstößt der Schuldner dagegen, kann das Gericht gem. Art. L670-5 Code de commerce die Einzelrechtsverfolgung durch die Gläubiger nach Art. L643-11 Code de commerce wieder zulassen und somit die Wirkung der Restschuldbefreiung beseitigen.

(c) Weitere Möglichkeiten zur Kompensation von Nachteilen durch die *lex fori concursus*

Die *lex fori concursus* kann neben den Möglichkeiten zur Massemehrung auch weitere Nachteile für den Schuldner bieten.

Grundsätzlich kann der Schuldner im englischen Insolvenzverfahren gem. s. 279 Abs. 1 IA 1986 die *automatic discharge* nach Ablauf eines Jahres erhalten. Diese kurze Frist ist jedoch nicht ohne Ausnahme. So kann der *official receiver* bzw. *trustee of a bankrupt's estate* gem. s. 279 Abs. 3 IA 1986 bei dem Insolvenzgericht beantragen, dass die Frist gem. s. 279 Abs. 1 IA 1986 für die *automatic discharge* unterbrochen wird („*shall cease to run*“), bis eine bestimmte Zeitspanne abgelaufen ist oder bestimmte

815 Beck, ZVI 2011, 355 (364).

816 Dazu oben B.III.4.d.cc.

817 Coburn, *Insolv. Int.* 2012, 8 (10).

Bedingungen erfüllt sind. Hiermit kann der Schuldner z. B. zur Mitwirkung im laufenden Insolvenzverfahren angehalten werden⁸¹⁸.

Neben der Möglichkeit der vorläufigen Unterbrechung des *discharge period* kann die der *discharge* zugrunde liegende *bankruptcy order* auch vollständig nach s. 282 IA 1986 annulliert werden. Hierdurch büßt der Schuldner auch eine bereits erteilte Restschuldbefreiung ein. Schon diese Möglichkeit stellt einen hinreichenden Ausgleich für die relativ rasch zu erlangende Restschuldbefreiung nach englischem Recht dar⁸¹⁹.

Darüber hinaus kann sich der Umfang der von der *discharge* nicht erfassten Verbindlichkeiten zugunsten bestimmter Gläubiger auswirken. Der Umfang der von der Restschuldbefreiung nicht erfassten Verbindlichkeiten hängt nach Art. 4 Abs. 2 S. 2 lit. j und k EuInsVO von der *lex fori concursus* ab. So kennen bspw. s. 281 Abs. 3 ff. IA 1986 und Art. L643-11 Code de commerce verschiedene Ausnahmen von der Wirkung der Restschuldbefreiung⁸²⁰.

Hinzu kommen die nach der *lex fori concursus* bestehenden Pflichten und Obliegenheiten des Schuldners, bei deren Verletzung ihm Nachteile drohen können.

(d) Zwischenfazit: Möglichkeiten der *lex fori concursus* als hinreichende Kompensation etwaiger tatsächlicher Gläubigerbenachteiligung durch rasche Restschuldbefreiung

Schon dieser kursorische Blick auf beliebte Restschuldbefreiungssysteme zeigt, dass diese zwar gegenüber anderen Rechtsordnungen erhebliche Vorteile bieten. Aber bei genauer Betrachtung enthalten auch diese Restschuldbefreiungssysteme erhebliche Einschränkungen, die vielen Schuldnern und Gläubigern nicht bewusst sein dürften, obwohl sie eine rasche Restschuldbefreiung beträchtlich entwerten können. Eine derart starke Beeinträchtigung der Gläubigerinteressen, dass also die Verlagerung des COMI zum Zwecke der Erlangung der Restschuldbefreiung als rechtsmissbräuchlich anzusehen ist, findet demzufolge nicht statt. Es zeigt sich also, dass eine vermeintlich günstigere Rechtsordnung nicht unbedingt die wirklich günstigere ist. Ist sie aber nicht unbedingt günstiger, weil sie bestimmte Nachteile aufweist, dann besteht auch aus diesem Grund keine besondere Not, die Figur des Rechtsmissbrauchs mit all ihren Nachteilen ins Feld zu führen. Es genügt bereits, die Möglichkeiten *lex fori concursus* unter Berücksichtigung der Einschränkungen der EuInsVO umfassend anzuwenden, um vielen Schuldnern eine aus Gläubigersicht die Möglichkeit einer allzu raschen und einfachen Restschuldbefreiung zu nehmen. Werden diese Möglichkeiten aber genutzt und erfüllt der Schuldner sämtliche Anforderungen tatsächlich, dann besteht andererseits wiederum kein Grund, ihm den Rechtsmissbrauch vorzuwerfen und ihm deshalb die Verlagerung des COMI abzuerkennen. Es ist effektiver, ihn mit dem gesamten Instrumentarium der *lex fori concursus* zu kontrollieren und zu über-

818 Siehe dazu bspw. Renger, S. 107.

819 Wiedemann/Guglia, ZVI 2014, 397 (403).

820 Dazu mehr unter B.III.4.d.dd und B.III.4.c.bb(4).

wachen. Etwaige Verstöße können auch von der *lex fori concursus* sanktioniert werden und zur Folge haben, dass sämtlicher Aufwand zur Erlangung einer Restschuldbefreiung sinnlos war.

(3) Zeitpunkt der Verlagerung und Dauer der Beibehaltung des COMI

Auch die Frage des Zeitpunkts der Verlagerung des COMI im Verhältnis zum Eintritt der wirtschaftlichen Krise des Schuldners und der Stellung des Insolvenzantrags wird als gewichtiges Indiz für eine rechtsmissbräuchliche Verlagerung des COMI angesehen. Dabei wird eine Verlagerung des COMI vor Eintritt der Insolvenzreife nicht als rechtsmissbräuchlich angesehen⁸²¹. Eine kurz vor Stellung des Insolvenzantrags erfolgte Verlagerung soll jedoch rechtsmissbräuchlich sein⁸²². Dabei soll der Zeit zwischen Verlagerung und Insolvenzantrag besondere Bedeutung zukommen: Je kürzer diese Zeitspanne sei, desto wahrscheinlicher liege ein Rechtsmissbrauch vor, je länger, desto unwahrscheinlicher sei dies⁸²³. Ein weiteres Indiz könne darin liegen, dass der Schuldner lange Zeit schon finanzielle Probleme hat, aber erst das COMI verlegt und zeitlich kurz darauf den Insolvenzantrag stellt, wenn ein Fremdantrag greifbar nahe lag⁸²⁴. Auch mehrere Wechsel des COMI innerhalb kurzer Zeit sollen für einen Missbrauch sprechen⁸²⁵.

In diesen Fällen muss aber vor allem geprüft werden, ob die Verlagerung des COMI auch *tatsächlich* erfolgte oder ob es sich um einen bloßen Simulationsversuch handelte⁸²⁶.

Einer missbräuchlichen Verlagerung kurzfristiger Art beugen einige nationale Insolvenzrechte schon dadurch vor, dass sie bereits für die Anwendbarkeit des nationalen Insolvenzverfahrens voraussetzen, dass der Schuldner eine gewisse Zeit in dem jeweiligen Staat seinen Wohnsitz hat und dies auch entsprechend durch die Vorlage von Beweismitteln (z. B. Wasser- und Stromabrechnungen, Mietverträge, Meldeunterlagen) nachgewiesen wird. Dies sind aber Maßnahmen, die darauf abzielen, eine Simulation zu verhindern bzw. aufzudecken. Rein praktisch wird der Schuldner, der erst

821 Reinhart, in: Kirchhof (Hrsg.), MünchKomm-InsO, Bd. 4, 3. Aufl. 2016, Art. 3 EuInsVO Rn. 65 f.

822 Kindler, in: Heinrichs/Rebmann/Säcker (Hrsg.), MünchKomm-BGB, Bd. 11, 6. Aufl. 2015, Art. 3 EuInsVO Rn. 34; Kindler, in: Kindler/Nachmann (Hrsg.), Handbuch Insolvenzrecht in Europa, 4. Aufl. 2014, § 2 Rn. 47.

823 Siehe z. B. Eidenmüller, ECFR 2009, 1 (20); Reuß, S. 331; Kindler, in: Heinrichs/Rebmann/Säcker (Hrsg.), MünchKomm-BGB, Bd. 11, 6. Aufl. 2015, Art. 3 EuInsVO Rn. 34; Kindler, in: Kindler/Nachmann (Hrsg.), Handbuch Insolvenzrecht in Europa, 4. Aufl. 2014, § 2 Rn. 47. Siehe auch LG Göttingen, Beschl. v. 31.01.2008 – 10 T 11/08, NZI 2008, 191: rund vier Jahre Wohnungsanmietung vor Stellung des Fremdantrags. In diesem Sinne auch Renger, S. 199. Ähnlich auch d'Avoine, NZI 2011, 310 (313): Verlagerung ein Jahr vor Antragstellung.

824 LG Leipzig, Beschl. v. 27.02.2006 – 12 T 1207/05, ZInsO 2006, 378 (380), m. zust. Anm. Cranshaw, jurisPR-InsR 26/2006, Anm. 6; siehe auch Rostegge, ZIP 2008, 955 (961); d'Avoine, NZI 2011, 310 (312); Reinhart, in: Kirchhof (Hrsg.), MünchKomm-InsO, Bd. 4, 3. Aufl. 2016, Art. 3 EuInsVO Rn. 65.

825 Beck, ZVI 2012, 433 (435).

826 Dazu schon C.IV.2.

kurz zuvor umgezogen ist, wenige Unterlagen vorlegen können, die zu einer Überzeugung des Gerichts führen können.

Dass in einer kurz vor Stellung des Insolvenzantrags erfolgten Verlagerung des COMI ein Rechtsmissbrauch liegen soll, ist grundsätzlich abzulehnen. Der Zeitraum, den das COMI bestanden haben muss, um eine „unbedenkliche“ und damit nicht rechtsmissbräuchliche Verlagerung zu begründen, wird von den Befürwortern eines Rechtsmissbrauchs nicht klar definiert. Dies führt wieder zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit für den Schuldner, der sich den strengen Regelungen des Insolvenzverfahrens unterwerfen will. Die Verlagerung des COMI vor Antragstellung ist vielmehr grundsätzlich unbedenklich⁸²⁷. Vom Schuldner kann nicht verlangt werden, dass er sein COMI schon geraume Zeit vor Antragstellung verlagert haben muss, um nicht rechtsmissbräuchlich zu handeln⁸²⁸. Denn die EuInsVO hindert den Schuldner nicht daran, sein COMI vor Antragstellung zu verlagern⁸²⁹. Auch eine *période suspecte* sieht die EuInsVO in ihrer derzeitigen Fassung nicht vor, sodass der Schuldner nicht gehindert ist, sein COMI auch kurzfristig zu verlegen⁸³⁰. Selbst die Neufassung der EuInsVO sieht keine starre Frist vor, sondern enthält nur eine widerlegliche Vermutung⁸³¹.

Auch Verlagerungen des COMI, denen kurz darauf der Eigenantrag des Schuldners folgt, sind daher nicht rechtsmissbräuchlich. Eine genaue Prüfung dieser Fälle auf eine Simulation ist erforderlich, aber auch genügend.

(4) Beeinflussung des Verfahrens durch Inanspruchnahme von Beratungsleistungen

Bestimmte Begleitumstände mögen auffällig sein, besonders wenn sie mit der Erbringung von Beratungsleistungen im Bereich des Insolvenzrechts verbunden sind. Zum Gang ins Ausland wird z. B. einem Schuldner geraten, der ein erhebliches Erbe oder eine Pension zu erwarten hat, das er ansonsten zur Begleichung seiner Verbindlichkeiten einsetzen müsste⁸³². Doch nicht jede Beratungsleistung, die der Schuldner in Anspruch nimmt, kann den Vorwurf des Rechtsmissbrauchs begründen. Das Anbieten von Dienstleistungen ist grundsätzlich legal und seinerseits von den nationalen Grundrechten und europäischen Grundfreiheiten gedeckt, solange es sich um eine zutreffende Beratung und Vermittlung von Angeboten handelt und daraufhin eine tatsächliche Verlagerung des COMI erfolgt. Denn auch eine rechtliche Beratung ist,

827 Vogler, S. 188.

828 Weller, ZGR 2008, 835 (858). Vgl. auch Hölzle, ZVI 2007, 1 (4).

829 Laukemann, RIW 2005, 104 (107); siehe auch Mankowski, NZI 2006, 154 (155); Weller, IPRax 2011, 150 (155).

830 Vgl. Weller, ZIP 2009, 2029 (2033); ähnl. auch OLG Brandenburg, Zwischenurt. v. 25.05.2011 – 13 U 100/07, BeckRS 2011, 16015.

831 F.I.3.a.aa.

832 Vgl. den Rat eines Insolvenzberaters, zitiert bei O'Carroll, The Guardian vom 18.02.2011; vgl. auch Weston, Independent.ie vom 24.04.2012.

solange sie nicht auf verbotenes Verhalten zielt, von der Dienstleistungsfreiheit geschützt.

Im Gegenteil lässt sich dadurch gewährleisten, dass der Schuldner seine Rechte und Pflichten kennt, sich demgemäß richtig und gesetzestreu verhält und sein Ziel, die Restschuldbefreiung, auch erreichen kann. Gestalterische Maßnahmen sind ebenfalls nicht per se verwerflich. Die Lage entspricht dem, was auch sonst der Rechtsrat suchende Bürger tut: Es werden Rechtsverhältnisse geschaffen oder gestaltet, um möglichst wenig Steuern zu zahlen oder um Haftungsrisiken mit der Gründung einer Gesellschaft zu vermeiden.

Bei Anwälten besteht sogar die Pflicht zur Wahrnehmung der Rechte zugunsten ihrer Mandanten, also auch zum Hinweis auf die Möglichkeit und Rentabilität eines Ganges ins Ausland⁸³³. So extrem ein Rat zum *forum shopping* durch den Berater daher auch erscheinen mag, so ist dies doch nicht bedenklich, solange das Vorgehen sich an die geltenden Regelungen hält. So ist z. B. der Rat, entsprechend lange sein COMI in England zu haben und auch während des Verfahrens dort zu belassen, ein Rat, der auf die Einhaltung von rechtlichen Regeln verweist⁸³⁴. Anders wäre es zu beurteilen, wenn der „Berater“ z. B. falsche Quittungen vorrätig hielte, um einen Aufenthalt „plausibel“ zu machen. Dies ist jedoch ein Verhalten, dass auf eine Simulation abzielt und als solches bereits rechtlich missbilligt ist, ohne dass es auf die Diskussion um einen etwaigen Rechtsmissbrauch auch nur ankommt⁸³⁵.

Die Entscheidung zur Durchführung eines Insolvenzverfahrens im Ausland hat für den Schuldner gravierende Folgen für seine kommenden Lebensjahre und kann ihm einen Neustart ermöglichen oder auf lange Zeit den wirtschaftlichen Ruin zur Folge haben. Dass der Schuldner rechtliche und tatsächliche Hilfe in Anspruch nimmt, ist angesichts der komplexen tatsächlichen und rechtlichen Fragen des nationalen wie des internationalen Insolvenzrechts ebenfalls nicht bedenklich, sondern im Gegenteil aus Sicht des Schuldners sogar zwingend geboten. Denn nur durch eine entsprechende Beratung kann der Schuldner sich rechtstreu verhalten. Solange die Grenzen der Rechtsordnung nicht überschritten werden, ist dieses Verhalten legal und nicht zu beanstanden. Denn das nationale und das internationale Insolvenzrecht halten zahlreiche Fallstricke für den unwissenden Schuldner bereit, auch wenn dieser nur aus den lautersten Motiven heraus handelt. Die Inanspruchnahme von Hilfeleistungen ist daher ebenfalls nicht als verwerflich oder gar als taugliches Argument für einen Rechtsmissbrauch anzusehen.

bb. Motive und subjektive Zielsetzungen durch den Schuldner

Neben den objektiven Kriterien, die zur Begründung eines Rechtsmissbrauchs herangezogen werden, sollen auch subjektive Zielsetzungen des Schuldners dazu führen,

833 Benecke, S. 321; Huber, in: Gottwald/Huber (Hrsg.), Europ. InsR., 2008, S. 1 (3); Heneweir, S. 19; Kropholler, in: Henrich (Hrsg.), FS Firsching, 1985, S. 165 (165).

834 Vgl. die die Hinweise des Insolvenzberaters Steven Thatcher, zitiert bei McDonald, The Guardian vom 27.05.2012.

835 Siehe dazu schon C.III.2.

dass die Verlagerung des COMI als rechtsmissbräuchlich und damit unbeachtlich angesehen wird.

(1) Beachtlichkeit eines „Rückkehrwillens“?

Von einem Rechtsmissbrauch könnte dann auszugehen sein, wenn der Schuldner nach Erlangung der Restschuldbefreiung sein COMI alsbald wieder zurück in seinen Heimatstaat verlegt⁸³⁶. Behält der Schuldner seinen Wohnsitz hingegen für eine Zeitdauer bei, die der Restschuldbefreiungsdauer seines Heimatstaates entspricht, soll ein Rechtsmissbrauch ausscheiden⁸³⁷. Ein Indiz für einen zu missbilligenden „Rückkehrwillen“ kann darin liegen, dass die Sprachfähigkeiten des Schuldners nicht gut ausgeprägt sind⁸³⁸. Auch das Zurücklassen von nahen Familienangehörigen wie dem Ehepartner und Kindern könnte ein Anzeichen sein⁸³⁹. Ebenso soll die Wahl eines Ortes, der als „Insolvenznest“⁸⁴⁰ verrufen ist, genügen können⁸⁴¹.

Der „Rückkehrwille“ wird zwar bei Schuldnern, die ihr COMI zur Erlangung der Restschuldbefreiung ins Ausland verlegen, vorhanden sein. Dies gilt besonders, wenn die Erlangung der Restschuldbefreiung die einzige Zielsetzung des Schuldners war und er nach seiner Entschuldung wieder ein Leben in seinem Heimatstaat führen will.

Die damit angesprochene „Rückkehroption“⁸⁴², die sich der Schuldner von vornherein offenhält, vermag jedoch einen Rechtsmissbrauch nicht zu begründen. Das Abstellen auf die „Rückkehroption“ des Schuldners übergeht auf prozessualer Ebene die Bedeutung der perpetuatio fori, wenn die Verlagerung nach Antragstellung grundsätzlich zulässig und für die Begründung des COMI zum Zeitpunkt der Antragstellung unbeachtlich ist. Des Weiteren würde nach dieser Auffassung für die Beurteilung des bei der Antragstellung aktuellen COMI auf ein zukünftiges Verhalten des Schuldners abgestellt, das nicht sicher prognostiziert werden kann. Das über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens angerufene Gericht müsste zu Beginn des Verfahrens darüber entscheiden, ob ein Rückkehrwille des Schuldners vorliegt und sein Verhalten daher rechtsmissbräuchlich wäre. In der Folge stellen sich Beweisprobleme, weil zu klären ist, ob der Schuldner diesen Bleibewillen von Anfang an nicht hatte. Diese innere Tatsache wird das Gericht in der Praxis kaum feststellen können⁸⁴³. Daher wird ergänzend die Erklärung des Schuldners bei Verfahrenseröffnung gefordert,

836 Eidenmüller, KTS 2009, 137 (154); d'Avoine, NZI 2011, 310 (314), der dies als Ordre-public-Verstoß ansieht und daher keine wirksame COMI-Begründung annimmt.

837 d'Avoine, NZI 2011, 310 (314).

838 Reuß, S. 331.

839 Vgl. z. B. die Schilderung in BGH, Beschl. v. 05.07.2007 – IX ZB 233/05, BeckRS 2007, 11740.

840 LG Köln, Urt. v. 14.10.2011 – 82 O 15/08, NZI 2011, 957 (958).

841 LG Aachen, Beschl. v. 22.11.2010 – 6 T 113/10, BeckRS 2011, 14813; LG Köln, Urt. v. 14.10.2011 – 82 O 15/08, NZI 2011, 957 (958).

842 d'Avoine, NZI 2011, 310 (314).

843 Beck, ZVI 2011, 355 (365); Goslar, NZI 2012, 912 (915). Dies erkennt auch d'Avoine, NZI 2011, 310 (314), an und verlangt daher, dass der Schuldner eine ausdrückliche Erklärung über seinen Bleibewillen abgibt.

dass er über längere Zeit am neuen COMI bleiben will⁸⁴⁴. Unter dem Gesichtspunkt der Grundfreiheiten ist dies jedoch abzulehnen, weil der Schuldner sich seiner zentralen Rechte begeben müsste. Darüber hinaus wäre zu klären, welche Rechtsfolgen ein Verstoß des Schuldners gegen die „Bleibeverpflichtung“ haben sollte. Für einen Widerruf der Restschuldbefreiung wird eine gesetzliche Grundlage fehlen, sodass die Forderung nach einer Absichtserklärung letztlich keinen Nutzen bringen würde. Eine Auskunft des Schuldners über seinen „Bleibewillen“ kann sich obendrein selbst bei bester Absicht im Nachhinein als illusorisch herausstellen, weil sich grundlegende Umstände gegenüber dem Zeitpunkt der Erklärung ändern⁸⁴⁵. Eine Rückverlegung des COMI kann gute Gründe haben, die sich vorbringen lassen (z. B. persönliche Verbindung, neues Jobangebot, Pflege von Angehörigen). Und gerade der Schuldner, der sich gut vorbereitet, wird entsprechend eine gute Begründung für eine rasche Rückkehr liefern können. Bereits aus diesen Gründen ist die Feststellung eines Rückkehrwillens praktisch nicht möglich und verkommt zum bloßen formalen Akt.

Erweist sich die Prognose als „falsch“, weil der Schuldner wieder in seinen Heimatstaat zurückkehrt, könnte dies auf die – bis dahin häufig rechtskräftige – Entscheidung über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens auch keine Auswirkung mehr haben, soweit nicht die *lex fori concursus* ausnahmsweise die nachträgliche Kontrolle der Eröffnungsentscheidung ermöglicht. Aber auch hier stellen sich die beschriebenen praktischen Feststellungsprobleme. Denn *ex post* weiß das Gericht, dass der Schuldner sein COMI wieder zurückverlegt hat. Dies darf aber nicht mit der Prognose *ex ante* über die Beibehaltung des COMI für eine gewisse Mindestdauer verwechselt werden. Letztlich wird auch durch das Rechtsmittel keine befriedigende und rechtssichere Entscheidung möglich sein.

Hinzu kommt, dass das Vertrauen von Neugläubigern, die erst am neuen COMI mit dem Schuldner in Kontakt getreten sind, völlig missachtet wird⁸⁴⁶. Bei Fällen, in denen eine „Rückkehroption“ offengehalten wird, ist deshalb kein Rechtsmissbrauch zu prüfen⁸⁴⁷, sondern vielmehr, ob zuvor das COMI überhaupt verlagert wurde⁸⁴⁸.

Ob der Schuldner also von vornherein einen „Rückkehrwillen“ hatte oder nicht, ist für die Frage nach dem *Rechtsmissbrauch* daher nicht relevant.

(2) Rechtsmissbrauch, wenn die Erlangung der Restschuldbefreiung einziger oder jedenfalls dominierender Zweck war?

Ein Rechtsmissbrauch soll nach mancher Auffassung davon abhängig sein, dass der Schuldner bewusst oder arglistig zum Nachteil der übrigen Beteiligten handelt⁸⁴⁹ bzw.

844 *d'Avoine*, NZI 2011, 310 (314).

845 Das sieht auch *d'Avoine*, NZI 2011, 310 (314).

846 Kritisch *Klöhn*, KTS 2006, 259 (281 f.).

847 So aber *d'Avoine*, NZI 2011, 310 (313).

848 *Beck*, ZVI 2011, 355 (365); *Goslar*, NZI 2012, 912 (917).

849 *Bode*, S. 52; vgl. auch *Klöhn*, KTS 2006, 259 (279, 284). Ausführlich zur Frage der subjektiven Komponenten als Teil einer Rechtsmissbrauchsprüfung *Reuß*, S. 224 ff., 308 ff.

sich bereichert⁸⁵⁰. Indizien für einen Rechtsmissbrauch sind dabei der Zeitpunkt des Eintritts der materiellen Insolvenzreife⁸⁵¹ und die Möglichkeit einer einfacheren Restschuldbefreiung oder das Belassen eines größeren beschlagfreien Vermögens⁸⁵². Von einer unbeachtlichen Sitzverlegung sei auch dann auszugehen, wenn konkrete und deutliche Umstände vorlägen, aufgrund deren die Sitzverlegung besondere Vorteile für den Schuldner vermuten lasse⁸⁵³.

Der Schuldner solle Interessen im Ausland aufzeigen und vernünftige Gründe für einen Umzug vorbringen, die nicht nur im kürzeren Restschuldbefreiungsverfahren bestünden, wenn er den Vorwurf des Rechtsmissbrauchs vermeiden wolle⁸⁵⁴. Nur wenn weitere Faktoren außer der Restschuldbefreiung mitbestimmend gewesen seien, liege kein Rechtsmissbrauch vor⁸⁵⁵. Die Unterscheidung zwischen zulässigen und unzulässigen Zielsetzungen soll im Einzelfall getroffen werden⁸⁵⁶. Der BGH habe selbst einige Beispiele (Steuer- und Sozialversicherung, Lebenshaltungskosten) aufgeführt und damit eine gewisse Leitlinie vorgegeben⁸⁵⁷.

Da der Schuldner „redliche“ Motive vorbringen soll, wird ihm die Beweislast für redliches Verhalten aufgebürdet, obwohl er nur von seinen Grundfreiheiten Gebrauch macht. Der Nachweis, dass keine billigenswerten Motive zur Verlagerung des COMI geführt haben, wird aber in der Praxis schwierig zu führen sein⁸⁵⁸.

Schon praktische Gründe sprechen gegen das Erfordernis außerinsolvenzlicher und billigenswerter Motive des Schuldners, um den Vorwurf eines Rechtsmissbrauchs zu vermeiden.

Der vorbereitete – insbesondere der beratene – Schuldner kann stets Gründe finden, die nicht insolvenzbezogen sind. Wenn der (beratene) Schuldner bspw. einen neuen Arbeitsplatz im Ausland vorzuweisen hat, wird dies ein dominierendes Kriterium sein, das nicht unmittelbar insolvenzbezogen ist – ganz im Gegenteil: Der Schuldner will Einkommen erwirtschaften, das den Gläubigern zur Befriedigung dienen

850 Eidenmüller, KTS 2009, 137 (150).

851 Reinhart, in: Kirchhof (Hrsg.), MünchKomm-InsO, Bd. 4, 3. Aufl. 2016, Art. 3 EuInsVO Rn. 66; siehe auch Klöhn, KTS 2006, 259 (284).

852 Eidenmüller, KTS 2009, 137 (153 f.).

853 LG Leipzig, Beschl. v. 27.02.2006 – 12 T 1207/05, ZInsO 2006, 378 (380), m. zust. Anm. Cranshaw, jurisPR-InsR 26/2006, Anm. 6.

854 OLG Düsseldorf, Urt. v. 23.08.2013 – I-22 U 37/13, BeckRS 2013, 15627; Hölzle, ZVI 2007, 1 (4). Vgl. auch Eidenmüller, ECFR 2009, 1 (20); Handrup, BB 2012, 927.

855 Eidenmüller, KTS 2009, 137 (154); Renger, S. 198; Beck, ZVI 2012, 433 (435); ähnl. Hölzle, ZVI 2007, 1 (5).

856 Eidenmüller, ECFR 2009, 1 (20).

857 BGH, Beschl. v. 18.09.2001 – IX ZB 51/00, NJW 2002, 960 (961); zustimmend dann auch Eidenmüller, ECFR 2009, 1 (20).

858 Hergenröder, DZWIR 2009, 309 (320). Vgl. auch Wyen, S. 131.

kann⁸⁵⁹. Nur in den Fällen, in denen eine lukrative Tätigkeit zugunsten einer wenig lukrativen ausgetauscht wird, können Zweifel aufkommen, die sich aber auch mit mehr oder minder plausiblen Argumenten erklären lassen, z. B. der Wunsch nach weniger Stress und Verantwortung infolge eines „Burn-outs“. Allenfalls der völlig unkundige Schuldner wird also keine plausiblen Gründe außerhalb des Insolvenzrechts vorbringen.

Dies ist aus mehreren Gründen nicht zu akzeptieren. Zum Ersten müssen diese Fälle gleich behandelt werden, weil sie das gleiche wirtschaftliche Ergebnis des Insolvenzverfahrens betreffen. Denn die Schuldner werden von ihren Verbindlichkeiten befreit. Zum Zweiten ist die Wahl eines bestimmten Mitgliedstaates als Lebensmittelpunkt auch dann hinzunehmen, wenn dies nur aus finanziellen Gründen geschieht. Auch Bürger, die das Land verlassen, um einem anderen Steuersystem zu unterfallen, werden zwar als „Steuerflüchtlinge“ beargwöhnt, aber ihr Verhalten ist bei Erfüllung der jeweiligen Voraussetzungen (etwa Wohnsitz und gewöhnlicher Aufenthalt im Ausland, vgl. § 1 Abs. 4 EStG⁸⁶⁰) wirksam und rechtlich zulässig. Zum Dritten ist eine entstehende Rechtsunsicherheit für die Schuldner, die von den europäischen Grundfreiheiten im gemeinsamen Binnenmarkt keinen effektiven Gebrauch mehr machen können, unzumutbar. Zum Steuersparen könnten sie das COMI wechseln, zur Erlangung der Restschuldbefreiung hingegen nicht, obwohl beides Facetten wirtschaftlicher Überlegungen sind, von denen je nach Vermögenssituation die eine oder die andere im Mittelpunkt stehen kann.

Auch aus rechtlichen Gründen kann das Abzielen auf eine Restschuldbefreiung nicht den Vorwurf des Rechtsmissbrauchs tragen. Denn eine Rechtsordnung, die den Schuldner bevorzugt, benachteiligt spiegelbildlich die Gläubiger.

Wie bereits im objektiven Zusammenhang gezeigt, würde es auch im subjektiven Kontext bedeuten, dass der Schuldner, der in ein schuldnerfreundlicheres Rechtssystem zieht, stets den Missbrauchsvorwurf zu gewärtigen hätte, obwohl er nur von den bestehenden Grundfreiheiten und Rechtsunterschieden Gebrauch macht⁸⁶¹. Der Schuldner darf auch aus eigennützigen Gründen das COMI im Hinblick auf eine

859 Dieses Argument wird in Zukunft immer mehr an Gewicht gewinnen, je mehr der Binnenmarkt vernetzt wird. Die EU hat mit der Verordnung (EU) Nr. 492/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 05.04.2011 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union (ABl. L 141/1 vom 27.05.2011) und der hierzu ergangenen Richtlinie 2014/54/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.04.2014 über Maßnahmen zur Erleichterung der Ausübung der Rechte, die Arbeitnehmern im Rahmen der Freizügigkeit zustehen (ABl. L 128/8 vom 30.04.2014), zwei zentrale Regelwerke zur Regelung der Freizügigkeit der Arbeitnehmer im gemeinsamen Binnenmarkt geschaffen. Ziel dieser Regelungen ist die Schaffung gleicher Rechte für alle Arbeitnehmer, um die Wahrnehmung des Rechts auf Freizügigkeit zu ermöglichen. Die EU fördert also die Teilnahme am gemeinsamen Binnenmarkt auch für Arbeitnehmer, sodass auch für natürliche Personen die Verlagerung des COMI zu Arbeitszwecken zum „Normalfall“ werden kann.

860 Einkommensteuergesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 8. Oktober 2009 (BGBl. I S. 3366, 3862), zuletzt geändert durch Artikel 2 Absatz 7 des Gesetzes vom 1. April 2015 (BGBl. I S. 434).

861 Weller, IPRax 2011, 150 (154); Wyen, S. 131 f.

künftige Insolvenz verlagern⁸⁶². Im gemeinsamen Binnenmarkt ist es möglich, die bestehenden Rechtsunterschiede bewusst in Anspruch zu nehmen und aus rein wirtschaftlichen Gründen zu handeln⁸⁶³. Die Nutzung der Insolvenzrechte ist wegen der Sanierungswirkung genauso mit der wirtschaftlichen Teilnahme am europäischen Binnenmarkt verknüpft wie z. B. die Tätigkeit als Arbeitnehmer, der nur wegen besserer Anstellungsmöglichkeiten in einen anderen Mitgliedstaat zieht. Wenn aber die Teilnahme am gemeinsamen Binnenmarkt als rein wirtschaftliche Motivation anerkannt werden muss, ist zu fragen, wieso diese Teilnahme einmal zulässig (Arbeitssuche) und ein andermal unzulässig (wirtschaftlicher Neustart) sein soll, obwohl die Rechtsordnung auch Letzteres gerade als zulässig ansieht und durch Harmonisierungsbestrebungen sogar noch fördert⁸⁶⁴? Richtigerweise darf der Schuldner die Wahl des COMI von der anwendbaren Insolvenzrechtsordnung abhängig machen, selbst wenn dies sein einziges Ziel ist⁸⁶⁵. Seine Motivation, seine wirtschaftliche Leistungsfähigkeit durch eine Sanierung wiederherzustellen, ist nicht zu missbilligen, sondern gerade mit dem Wunsch nach dem Aufbau einer neuen Existenz untrennbar verbunden⁸⁶⁶.

Das Anknüpfen an außerinsolvenzliche Zielsetzungen ist daher weder aus rechtlichen noch aus tatsächlichen Gründen ein geeignetes Kriterium, um einen Rechtsmissbrauch durch den Schuldner zu begründen.

cc. Beeinträchtigung der Rechtssicherheit durch unklare Kriterien

Wie soeben dargelegt, sind die Kriterien, auf deren Grundlage ein Rechtsmissbrauch begründet werden soll, nicht genau genug, um eine sichere Entscheidung über einen etwaigen Rechtsmissbrauch zu ermöglichen⁸⁶⁷. Vielmehr kann gerade der gut vorbereitete Schuldner die Voraussetzungen schaffen, um den Vorwurf des Rechtsmissbrauchs zu vermeiden.

Das Gericht, das über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu entscheiden hat, müsste eine weitreichende Prüfung vornehmen und verschiedenste Faktoren berücksichtigen, um einen Rechtsmissbrauch ausschließen zu können. Diese Prüfung wird im Verfahren über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens praktisch nicht zu leisten sein. Wird dem Gericht eine solche Prüfung aber in unsicherer Tatsachen- und Rechtslage aufgebürdet, steigt die Gefahr, dass es zu Fehlentscheidungen kommt, die erst im Rechtsmittel wieder korrigiert werden könnten. Dies kostet Zeit und Geld.

862 *Court of Appeal*, Urt. v. 26.11.2004 und 27.07.2005 – [2005] EWCA Civ 974, BPIR 2005, 1170 Rn. 55; *Chancery Division*, Urt. v. 10.06.2009, BPIR 2009, 1075 (1077).

863 *Weller*, IPRax 2011, 150 (154).

864 Dazu F.II.

865 *Beck*, ZVI 2011, 355 (365); vgl. auch *Hergenröder*, DZWIR 2009, 309 (320); *Bariatti*, RabelsZ 73 (2009), 629 (636); *Kolmann/Keller*, in: *Gottwald/Bertram* (Hrsg.), Handbuch InsR, 5. Aufl. 2015, § 131 Rn. 42; *AG Hildesheim*, Beschl. v. 18.06.2009 – 51 IE 2/09, ZInsO 2009, 1544 (1545). Für Gesellschaften siehe auch *Weller*, in: *Kronke/Thorn* (Hrsg.), FS von Hoffmann, 2012, S. 513 (520).

866 *Wiedemann/Guglia*, ZVI 2014, 397 (400 f.). Vgl. für Gesellschaften *AG Köln*, Beschl. v. 19.02.2008 – 73 IE 1/08, NZI 2008, 257 (260).

867 Siehe auch *Wyen*, S. 38, S. 132.

Aus Sicht der am Insolvenzverfahren potenziell Beteiligten bedeutet dies wegen des Zusammenspiels von Art. 3 Abs. 1 EuInsVO mit Art. 4 Abs. 1 EuInsVO, dass sie die im Insolvenzverfahren anzuwendende Rechtsordnung möglichst sicher in ihre Risiko- und Kostenkalkulation einbeziehen sollen.

Diese Risikokalkulation würde aus Sicht der Gläubiger jedoch ad absurdum geführt, wenn der Schuldner sein COMI verlegen und die neue lex fori concursus die Rechte der Gläubiger unerwartet stark beschneiden würde. Denn der Schuldner hat es als Einziger in der Hand, die anwendbare Rechtsordnung zu beeinflussen, da nur er das COMI wirksam verlegen kann. Das Vertrauen der Gläubiger in die anwendbare Rechtsordnung ist allerdings nicht umfassend schützenswert. Das COMI ist grundsätzlich verlegbar. Somit hat es nach der Struktur der EuInsVO der Schuldner in der Hand, die Zuständigkeitsordnung zu beeinflussen. Das ist für die Gläubiger erkennbar und sie können sich in der Regel⁸⁶⁸ darauf einstellen⁸⁶⁹.

Die Betonung des Rechtsmissbrauchs lässt die Position des Schuldners außer Acht, der grundsätzlich von seinen Freiheiten Gebrauch machen darf. Damit er dies aber kann, braucht er die nötige Rechtssicherheit, dass der von ihm betriebene Aufwand nicht vergebens und die Entschuldung nach entsprechendem Durchlaufen des Insolvenzverfahrens möglich ist.

Im Insolvenzrecht ist wegen seiner weitreichenden Wirkung auf die persönlichen Verhältnisse des Schuldners Rechtssicherheit besonders wichtig⁸⁷⁰. Es geht im Zusammenhang mit der internationalen Zuständigkeit um „Schutz berechtigten Vertrauens durch Rechtssicherheit infolge von Vorhersehbarkeit“⁸⁷¹.

868 Soweit es sich nicht z. B. um Deliktsgläubiger oder Gläubiger handelt, deren Forderungen kraft Gesetzes entstehen (wie Steuerforderungen des Fiskus).

869 Zu etwaigen Absicherungsmechanismen siehe E. III. Auch in Fällen außerhalb des insolvenzrechtlichen Kontextes ist ihr Vertrauen in den Erhalt ihrer Rechtsposition nicht umfassend geschützt. Denn der Schuldner kann unabhängig von einer wirtschaftlichen Krise durch einen Umzug ins Ausland die Durchsetzung von Ansprüchen faktisch erheblich erschweren oder gar wegen der damit verbundenen Kosten (jedenfalls wirtschaftlich) aussichtslos machen – und das völlig ohne Bezug zu einem Insolvenzverfahren. Der Gläubiger muss u.U. einen Rechtsstreit im Ausland nach einer ihm unbekannten Verfahrensordnung und möglicherweise in einer fremden Sprache führen. Hat er endlich einen Titel erlangt, muss er ihn auch vollstrecken, was wiederum dauert, Kosten verursacht und von dem Vollstreckungsschutz in diesem Staat abhängt. Dass die Rechtsverfolgung im Ausland aufwendiger ist, ist aber hinzunehmen (*Beck*, ZVI 2012, 433 [435]).

870 Vgl. *Turck*, S. 28 f.

871 *Herchen*, ZInsO 2004, 825 (826); *Schilling/Schmidt*, ZInsO 2006, 113 (117); zust. *Geroldinger*, *euro.lex* 2007/3 unter 4.1.1.; *Smid*, in: *Leonhardt/Smid/Zeuner* (Hrsg.), *Int InsR*, 2. Aufl. 2012, Art. 3 Rn. 19; siehe auch *AG Hamburg*, Beschl. v. 01.12.2005 – 67a IN 450/05, NZI 2006, 120 (121), m. Anm. *Herweg/Tschauner*, *EWiR* 2006, 169, und *Tashiro*, *FD-InsR* 2006, 182287. Ähnlich *Duursma-Kepplinger*, ZIP 2007, 896 (900).

4. Fazit: Kein Rechtsmissbrauch bei tatsächlicher Verlegung des COMI zur Erlangung der Restschuldbefreiung

Verlagert der Schuldner im Vorfeld des Insolvenzverfahrens sein COMI, dann ist dies grundsätzlich nicht rechtsmissbräuchlich⁸⁷². Er macht vielmehr von den ihm gewährten Freiheiten Gebrauch. Dass er dabei das Rechtsgefälle der verschiedenen Rechtsordnungen und die Tatsachensensibilität der Zuständigkeitsregelungen zu seinem eigenen Vorteil ausnutzt, kann ihm nicht vorgeworfen werden⁸⁷³.

Dass jeder die für ihn günstigste wirtschaftliche Situation zu schaffen versucht, ist im gemeinsamen europäischen Binnenmarkt im Grundsatz nichts Verwerfliches, sondern spiegelt nur das Ergebnis eines „Wettbewerbs“ der Rechtsordnungen wider.

Auch ist von Bedeutung, dass der Ordnungsgeber sich letztlich widersprüchlich verhalten hat. Einerseits bezeichnet er im 4. Erwägungsgrund das *forum shopping* als unerwünscht, andererseits wählt er für als Anknüpfungspunkt für die internationale Zuständigkeit ein Faktum, das seinerseits vergleichsweise leicht veränderlich ist. Würde der Ordnungsgeber das *forum shopping* zurückdrängen wollen, so wäre die Wahl einer stärkeren Bindung sinnvoll gewesen. Selbst der EuGH hat die Verlagerung des COMI dem Grunde nach immer wieder als zulässig und wirksam angesehen.

Bei natürlichen Personen ist die Gefahr eines „rechtsmissbräuchlichen“ *forum shopping* auch schon deshalb nicht so groß, weil für das tatsächliche Verlegen des COMI Zeit notwendig ist und die Kosten für Verlagerungen und Manipulationen hoch sind⁸⁷⁴. Dies genügt, um einem „Missbrauch“ vorzubeugen⁸⁷⁵.

Ein englischer Insolvenzfachmann formulierte es so: „*People can come to the UK to take advantage of our bankruptcy rules just as we might go to Poland to get our teeth done.*“⁸⁷⁶ Diese Formulierung verweist auf den Kern des Problems. Jedem Bürger steht es grundsätzlich frei, von den ihm gewährten Grundfreiheiten Gebrauch zu machen. Daher gibt es allenfalls in Ausnahmefällen, die durch eine „besondere Verwerflichkeit“ gekennzeichnet sind, eine Anwendung des Rechtsmissbrauchseinwands⁸⁷⁷. Was aber angesichts der oben dargestellten Argumente „besonders verwerflich“ sein soll, wird auch von diesen Autoren nicht definiert. Etwaigen Nachteilen für die Gläubiger kann obendrein über die jeweilige lex fori concursus hinreichend begegnet werden⁸⁷⁸. Darüber hinaus haben es die nationalen Gesetzgeber in der Hand, die nationalen Regelungen des Insolvenzrechts anzupassen, um Anreize für ein unerwünschtes *forum shopping* durch Reformen zu nehmen. Dies ist bspw. in Deutschland

872 Ähnlich Weller, IPRax 2011, 150 (153); Wyen, S. 134. Für eine derartige Interpretation aus Sicht des englischen Rechts Goslar, NZI 2012, 912 (914).

873 So im Grundsatz auch Reuß, S. 10 f.; d'Avoine, NZI 2011, 310 (312); Wimmer, jurisPR-InsR 13/2012, Anm. 1.

874 Mankowski, NZI 2005, 368 (372); Mankowski, NZI 2006, 154 (155). Siehe auch Laukemann, RIW 2005, 104 (107).

875 Hergenröder, DZWIR 2009, 309 (315).

876 Zitiert nach O'Carroll, The Guardian vom 18.02.2011.

877 Schwemmer, NZI 2009, 355 (358); Bode, S. 52.

878 Vgl. Ringe, IPRax 2013, 330 (332).

und Irland geschehen⁸⁷⁹ und ist Gegenstand der weiteren Entwicklung des europäischen und nationalen Insolvenzrechts⁸⁸⁰.

Die Aufgabe der Gerichte reduziert sich daher letztlich auf die Überwachung der Grenze zwischen Täuschung und echter Verlagerung⁸⁸¹. Und diese Überwachung ist in den letzten Jahren immer gründlicher ausgefallen⁸⁸².

879 Dazu F. II. 2.

880 Dazu F.I und F.II.

881 *Walters/Smith*, IIR 2010, 181 (202).

882 Dazu C.IV.2.

D. Die Umsetzung der insolvenzrechtlichen Entscheidungen in anderen Mitgliedstaaten

I. Anerkennung der Eröffnungsentscheidung

1. Zentrale Bedeutung der grenzüberschreitenden Anerkennung

Der Schuldner kann nur von einem Insolvenzverfahren an seinem neuen COMI profitieren, wenn dieses Insolvenzverfahren auch europaweit anerkannt wird. Hintergrund der mit Art. 16 EuInsVO verbundenen weitreichenden Anerkennung ist das Prinzip des gegenseitigen Vertrauens⁸⁸³. Die Anerkennung hat zur Folge, dass die inländischen Gerichte und Behörden die ausländische Entscheidung als solche anzuerkennen und ihre Wirkung zu beachten haben, auch wenn diese Entscheidung als Vorfrage in einem Verfahren zu prüfen ist.

Auch wenn der Schuldner primär an der Anerkennung der Restschuldbefreiung interessiert ist, ist auch die Anerkennung der Eröffnungsentscheidung von Bedeutung. Zum einen ist dies eine notwendige Vorstufe zur erhofften Restschuldbefreiung. Zum anderen geht mit dem eröffneten Insolvenzverfahren nach der *lex fori concursus* häufig ein Vollstreckungsverbot für die Einzelzwangsvollstreckung einher: Wie das deutsche Recht im Insolvenzverfahren nach § 89 InsO während des Insolvenzverfahrens und nach § 294 Abs. 1 InsO während der Wohlverhaltensperiode ein Vollstreckungsverbot vorsieht, enthält bspw. das englische Recht eine vergleichbare Regelung in s. 285 Abs. 3 IA 1986. Solche Vollstreckungsverbote sind als Wirkung der *lex fori concursus* beachtlich⁸⁸⁴. Ebenso sind Vollstreckungsmaßnahmen unzulässig⁸⁸⁵ – und sogar unwirksam⁸⁸⁶ –, soweit nicht die *lex fori concursus* sie zulässt. In der Praxis gibt es dabei besondere Probleme, wenn die Vollstreckungsorgane im Ausland Erkundigungen nach der Rechtslage (z. B. nach der Reichweite der Vollstreckungsverbote) einholen müssen⁸⁸⁷, weil bspw. Sprachbarrieren überwunden werden müssen und das Vollstreckungsorgan häufig gar nicht weiß, an wen es sich mit seinen Rechtsfragen überhaupt wenden kann. Dies kann Vollstreckungszugriffe erheblich erschweren. Spiegelbildlich dürfen die Gläubiger auch nicht mehr auf das nicht im Staat der Ver-

883 Siehe dazu bspw. *EuGH*, Urt. v. 02.05.2006 – Rs. C-341/04, Slg. 2006, 3813; *OLG Wien*, Beschl. v. 09.11.2004 – 28 R 225/04w, NZI 2005, 56; *Fuchs*, S. 496 m. w. N.

884 *EuGH*, Urt. v. 21.01.2010 – Rs. C-444/07, Slg. 2010, 417 (I-435 Rn. 45); *Mankowski*, ZInsO 2007, 1324 (1325); *Vallender/Zipperer*, VIA 2011, 81 (81); *Renger*, VIA 2011, 62 (63).

885 *EuGH*, Urt. v. 21.01.2010 – Rs. C-444/07, Slg. 2010, 417, m. Anm. *Schmidt*, EWiR 2010, 77; *Zenker*, NJ 2010, 159; *Werner*, GWR 2010, 42; *Laukemann*, LMK 2010, 299062; *Mankowski*, NZI 2010, 178

886 *Schmidt*, EWiR 2010, 77 (78).

887 Vgl. dazu *Vallender/Zipperer*, VIA 2011, 81 (81).

fahrenseröffnung belegene Vermögen des Schuldners zugreifen. Ebenso werden laufende Verfahren gem. Art. 4 Abs. 2 lit. f Hs. 2 i. V. m. Art. 15 EuInsVO nach § 240 ZPO unterbrochen, wenn das Recht des Verfahrensstaates eine solche Wirkung vorsieht⁸⁸⁸.

Nach Art. 16 Abs. 1 S. 2 EuInsVO gilt die Pflicht zur Anerkennung auch dann, wenn das Insolvenzrecht des Anerkennungsstaates ein Insolvenzverfahren über das Vermögen des Schuldners nicht zulässt. Relevant wird dies, wenn das nationale Recht lediglich über das Vermögen von Schuldnern mit bestimmten Tätigkeiten das Insolvenzverfahren zulässt. Zu denken ist etwa an die Beschränkung der Insolvenzfähigkeit auf bestimmte Personengruppen wie Kaufleute.

2. Wirksamkeit der Eröffnungsentscheidung

Die Anerkennung der Eröffnungsentscheidung richtet sich nach Art. 16 und Art. 17 EuInsVO. Nach diesen Vorschriften ist die Entscheidung des nach Art. 3 EuInsVO zuständigen Gerichts über die Eröffnung eines Hauptverfahrens ohne irgendwelche Formalitäten anzuerkennen, sobald diese wirksam ist⁸⁸⁹. Anerkennungsfähig sind sämtliche Eröffnungsentscheidungen, die ein Verfahren nach den Anhängen A und B eröffnen, ohne dass es auf die Rechtskraft der Entscheidung ankommt⁸⁹⁰, sodass selbst Verfahren anzuerkennen sind, die mit Rechtsmitteln angegriffen werden können⁸⁹¹.

Die Eröffnungsentscheidung ist folglich anzuerkennen, es sei denn, sie ist nichtig oder sie ist mit Rechtsbehelfen beseitigt⁸⁹². Zur Anerkennung sind weder ein Exequaturverfahren noch eine Veröffentlichung der ausländischen Entscheidung erforder-

888 Exemplarisch aus der Rechtsprechung: *OLG Brandenburg*, Zwischenurt. v. 25.05.2011 – 13 U 100/07, BeckRS 2011, 16015, m. Anm. *Cranshaw*, jurisPR-InsR 26/2008, Anm. 5; *OLG Nürnberg*, Beschl. v. 15.12.2011 – 1 U 2/11, ZIP 2012, 241; *OLG Celle*, Beschl. v. 27.11.2012 – 2 U 147/12, ZInsO 2013, 1002, m. Anm. *Cranshaw*, jurisPR-InsR 6/2013, Anm. 5; *OLG Frankfurt*, Urt. v. 28.08.2012 – 5 U 150/11, ZInsO 2012, 1990. Siehe zum Gesamtkomplex *Eyber*, ZInsO 2009, 1225, sowie die Darstellung bei *Cranshaw*, jurisPR-InsR 6/2013, Anm. 5.

889 *Virgos/Schmit*, in: *Stoll* (Hrsg.), Vorschläge und Gutachten zum EuInsÜ, 1997, Nr. 147; *Balz*, ZIP 1996, 948 (951); *Bähr/Riedemann*, ZIP 2004, 1066 (1067); *Rosbach*, S. 164; *BGH*, Urt. v. 10.09.2015 – IX ZR 304/13, ZIP 2015, 2331.

890 *Duursma-Kepplinger/Chalupsky*, in: *Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky* (Hrsg.), EuInsVO, 2002, Art. 16 Rn. 10; *Smid*, DZWIR 2003, 397 (400); *Bähr/Riedemann*, ZIP 2004, 1066 (1067); *Pinterrich*, ZfRV 2008, 221 (237); *Kindler*, in: *Heinrichs/Rebmann/Säcker* (Hrsg.), MünchKomm-BGB, Bd. 11, 6. Aufl. 2015, Art. 16 EuInsVO Rn. 8; *Kindler*, in: *Kindler/Nachmann* (Hrsg.), Handbuch Insolvenzrecht in Europa, 4. Aufl. 2014, § 3 Rn. 13; *Paulus*, Europäische Insolvenzverordnung, 4. Aufl. (2013), Art. 16 Rn. 6; *Smid*, in: *Leonhardt/Smid/Zeuner* (Hrsg.), Int InsR, 2. Aufl. 2012, Art. 16 Rn. 8; *OLG Brandenburg*, Zwischenurt. v. 25.05.2011 – 13 U 100/07, BeckRS 2011, 16015.

891 *Virgos/Schmit*, in: *Stoll* (Hrsg.), Vorschläge und Gutachten zum EuInsÜ, 1997, Nr. 147; *Huber*, ZZP 114 (2001), 133 (145); *Duursma/Duursma-Kepplinger*, DZWIR 2003, 447 (448); *Rosbach*, S. 164; *Keggenhoff*, S. 93; *Duursma-Kepplinger/Chalupsky*, in: *Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky* (Hrsg.), EuInsVO, 2002, Art. 16 Rn. 10; *Paulus*, Europäische Insolvenzverordnung, 4. Aufl. (2013), Art. 16 Rn. 6.

892 *Carstens*, S. 97 f.; vgl. auch *Beck*, ZVI 2012, 433 (435); *Fuchs*, S. 501.

lich⁸⁹³. Zu prüfen ist nur, ob ein Gericht eines Mitgliedstaates entschieden und ob es sich förmlich auf Art. 3 Abs. 1 EuInsVO gestützt hat⁸⁹⁴. Das zur Anerkennung berufene Gericht darf allenfalls auf seine Bedenken an der angenommenen internationalen Zuständigkeit hinweisen, anerkennen muss es dennoch⁸⁹⁵. Damit hat das eröffnende Gericht die Möglichkeit, eine Begründung für seine Entscheidung zu ergänzen.

Nach vereinzelter Auffassung soll die Sperrwirkung und Anerkennungspflicht nicht eintreten, wenn das Gericht sich in seiner Entscheidung nicht auf seine internationale Zuständigkeit nach Art. 3 Abs. 1 EuInsVO berufen hat⁸⁹⁶. Zur Steigerung der Effizienz grenzüberschreitender Insolvenzverfahren muss jedoch eine weitreichende Rechtssicherheit gewährleistet sein. Formale Mängel bei Erlass der Entscheidung, die auf das objektive Ergebnis keinen Einfluss haben, dürfen nicht dazu führen, dass die Entscheidung nicht anerkannt wird. Die mit der Nichtanerkennung bewirkte Folge wäre entweder, dass das Insolvenzverfahren in diesem Mitgliedstaat nicht durchgeführt werden kann oder aber dass das Gericht des Anerkennungsstaates seinerseits ein Insolvenzverfahren eröffnet, sodass es wiederum zu einem positiven Kompetenzkonflikt kommen kann. Aus denselben Gründen wird die Anerkennung nicht davon abhängig gemacht, dass das Gericht die internationale Zuständigkeit geprüft hat⁸⁹⁷. Denn auch in diesem Fall ist die Entscheidung sogar wahrscheinlich objektiv richtig. Sollte nämlich das Gericht überhaupt keinen Anhaltspunkt gehabt haben, der auf eine Auslandsbeziehung hindeutet, wird es überaus wahrscheinlich sein, dass das COMI sich tatsächlich – von Täuschungsfällen abgesehen – in dem Mitgliedstaat der Antragstellung befindet.

3. Entscheidung durch „ein nach Artikel 3 zuständiges Gericht“?

Während die Wirksamkeit der Eröffnungsentscheidung wegen eines „Rechtsmissbrauchs“ bereits Fragen aufwirft, bietet auch die vom Verordnungsgeber als schnelle und simple Lösung vorgesehene Anerkennung nach Art. 16 EuInsVO Konfliktpotenzial.

Die Anerkennung der Eröffnungsentscheidung soll ausweislich des Wortlauts von Art. 16 Abs. 1 EuInsVO ohne irgendwelche Förmlichkeiten erfolgen. Dies gilt nach dem Wortlaut des Art. 16 Abs. 1 EuInsVO aber nur für die Entscheidung durch „ein nach Art. 3 EuInsVO zuständiges Gericht“. Hieraus lässt sich der Schluss ziehen, dass nur die Eröffnungsentscheidung des international *tatsächlich* zuständigen Gerichts

893 OLG Wien, Beschl. v. 09.11.2004 – 28 R 225/04w, NZI 2005, 56 (58); *Duursma-Kepplinger/Chalupsky*, in: *Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky* (Hrsg.), EuInsVO, 2002, Art. 16 Rn. 15; zum gescheiterten EuInsÜ *Virgos/Schmit*, in: *Stoll* (Hrsg.), Vorschläge und Gutachten zum EuInsÜ, 1997, Nr. 143; *Balz*, ZIP 1996, 948 (951).

894 *Lüer*, in: *Piepenburg* (Hrsg.), FS Greiner, 2005, S. 201 (210).

895 Siehe z. B. OLG Nürnberg, Beschl. v. 15.12.2011 – 1 U 2/11, ZIP 2012, 241 (242); *Smid*, DZWIR 2003, 397 (401).

896 *Duursma/Duursma-Kepplinger*, DZWIR 2003, 447 (448).

897 *Kammel*, NZI 2006, 334 (337).

anzuerkennen ist⁸⁹⁸. Dies hätte zur Folge, dass die Eröffnungsentscheidung auf die Einhaltung der Voraussetzungen der internationalen Zuständigkeit hin überprüft werden könnte. Folglich hätte die zur Anerkennung berufene Stelle eine Prüfung der zuständigkeitsbegründenden Umstände vorzunehmen. Es kommt also letztlich zu einer revision au fond⁸⁹⁹. Das zur Anerkennung berufene Gericht könnte und müsste prüfen, ob die Eröffnung – zumindest hinsichtlich der internationalen Zuständigkeit nach Art. 3 EuInsVO – zu Recht ergangen ist⁹⁰⁰. Damit könnte einem „Wettlauf“ zu den Gerichten begegnet und das *forum shopping* könnte effektiv bekämpft werden⁹⁰¹: „Vertrauen ist gut, Kontrolle ist besser.“⁹⁰² Ansonsten fördere die schnelle und formlose Anerkennung das *forum shopping*, da die Verfahrenseröffnung nicht überprüft werden dürfe⁹⁰³.

898 Mankowski, EWiR 2003, 1239 (1240); Mankowski, RIW 2004, 587 (598); Mankowski, BB 2006, 1753 (1755); Mankowski, EWiR 2007, 177 (178); Mankowski, EWiR 2007, 463 (464). Ähnl. auch OLG Düsseldorf, Urt. v. 23.08.2013 – I-22 U 37/13, BeckRS 2013, 15627, das ein im Folgeprozess erfolgtes Vorbringen als unsubstanziert ansieht und daraus den Schluss herleitet, die Entscheidung des ausländischen Insolvenzgerichts sei nicht nach Art. 16 EuInsVO anzuerkennen, weil dessen Zuständigkeit nicht bestanden habe. Dabei verkennt das OLG Düsseldorf jedoch, dass ein Vorbringen des Schuldners im Insolvenzverfahren nach ausländischem Recht hinreichend substantiiert sein kann, auch wenn es im Sinne des deutschen Prozessrechts den Anforderungen an ein substantiiertes Vorbringen nicht genügt.

899 Diese Art von Kontrolle nimmt auch das OLG Düsseldorf, Urt. v. 23.08.2013 – I-22 U 37/13, BeckRS 2013, 15627 vor. Befürwortend Mankowski, RIW 2004, 587 (598); Mankowski, BB 2006, 1753 (1755); Mankowski, EWiR 2007, 177 (178); Mankowski, EWiR 2007, 463 (464). In diesem Sinne lässt sich auch das OLG Brandenburg, Zwischenurt. v. 25.05.2011 – 13 U 100/07, BeckRS 2011, 16015, verstehen: „[...] wenn die Eröffnung des ausländischen Insolvenzverfahrens im Inland ausnahmsweise gemäß Art. 16 EuInsVO wegen fehlender Zuständigkeit der Gerichte des Staates der Verfahrenseröffnung [...] nicht anerkennungsfähig ist“.

900 Vgl. Beutler/Debus, EWiR 2005, 217 (218).

901 Mankowski, BB 2006, 1753 (1756); Mankowski, RIW 2004, 587 (598 f.).

902 Mankowski, EWiR 2007, 463 (464).

903 Kübler, in: Schilken (Hrsg.), FS Gerhardt, 2004, S. 527 (558); Duursma-Kepplinger, EWiR 2007, 81 (82); Mankowski, BB 2006, 1753 (1756); Christofaro, in: Gottwald/Huber (Hrsg.), Europ. InsR., 2008, S. 39 (45); Ambach, S. 50.

Zu Recht wird allerdings die Überprüfung der internationalen Zuständigkeit im Rahmen der Anerkennung nach Art. 16 EuInsVO abgelehnt⁹⁰⁴. Dass die revision auf fond eine mögliche, aber nicht überzeugende Auslegung ist, wurde schon zum EuInsÜ festgestellt⁹⁰⁵. Eine für falsch gehaltene Entscheidung zu korrigieren, obliegt vielmehr allein den Verfahrensbeteiligten, die mit den Rechtsmitteln des Rechts des Eröffnungsstaates die Eröffnungsentscheidung beseitigen können⁹⁰⁶. Eine Überprüfung der Eröffnungsentscheidung im Anerkennungsstaat würde zu Rechtsunsicherheit führen, wenn danach eine weitere Eröffnungsentscheidung erginge⁹⁰⁷ – zumal sich auch das Zweitgericht irren könnte⁹⁰⁸. Die Folge wären konkurrierende Hauptinsolvenzverfahren, die jeweils von anderen Mitgliedstaaten anerkannt werden sollen – etwas, was diametral dem Ziel der Verordnung zuwiderliefe, dass es nur ein einziges Hauptverfahren geben soll. Das vom Verordnungsgeber als wichtig angesehene gegenseitige Vertrauen würde unterlaufen⁹⁰⁹. Vielmehr hat das Zweitgericht – als Ausprägung des Grundsatzes der vertikalen Gemeinschaftstreue – die fehlerhafte Ent-

904 Ganz herrschend, *EuGH*, Urt. v. 02.05.2006 – Rs. C-341/04, Slg. 2006, 3813 (I-3871 Rn. 44); *OLG Wien*, Beschl. v. 09.11.2004 – 28 R 225/04w, NZI 2005, 56 (58); *LAG Frankfurt/M.*, Urt. v. 14.12.2010 – 13 Sa 969/10, ZIP 2011, 289 (290); *OLG Celle*, Urt. v. 07.01.2010 – 6 U 60/09, IPRax 2011, 186 (186); *OLG Nürnberg*, Beschl. v. 15.12.2011 – 1 U 2/11, ZIP 2012, 241 (242); *OLG Celle*, Beschl. v. 27.11.2012 – 2 U 147/12, ZInsO 2013, 1002; *EuGH GA Colomer*, Schlussanträge v. 27.11.2014 – C-557/13, ZInsO 2015, 248; *Huber*, ZJP 114 (2001), 133 (145 f.); *Huber*, EuZW 2002, 490 (495); *Duursma-Kepplinger*, in: *Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky* (Hrsg.), EuInsVO, 2002, Art. 3 Rn. 41; *Duursma/Duursma-Kepplinger*, DZWIR 2003, 447 (449); *Smid*, DZWIR 2003, 397 (401); *Weller*, IPRax 2004, 412 (417); *Lüer*, in: *Piepenburg* (Hrsg.), FS Greiner, 2005, S. 201 (210); *Beutler/Debus*, EWIR 2005, 217 (218); *Weller*, ZHR 2005, 570 (576); *Wimmer*, ZInsO 2005, 119 (123); *Huber*, in: *Lorenz* (Hrsg.), FS Heldrich, 2005, S. 679 (681); *Bachner*, ECFR 2006, 310 (317); *Kammel*, NZI 2006, 334 (336); *Freitag/Leible*, RIW 2006, 641 (645); *Poertzgen/Adam*, ZInsO 2006, 505 (508); *Duursma-Kepplinger*, ZIP 2007, 896 (897); *Seraglini*, in: *Affaki* (Hrsg.), Faillite internationale et conflit de jurisdictions, 2007, S. 171 (184); *Jacoby*, GPR 2007, 200 (203); *Leipold*, in: *Hau/Schmidt* (Hrsg.), FS Lindacher, 2007, S. 65 (72); *Cranshaw*, jurisPR-InsR 26/2008, Anm. 5; *Pinterich*, ZfRV 2008, 221 (237); *Gruber*, DZWIR 2008, 467 (467); *Geimer*, in: *Bammer/Holzinger/Vogl u. a.* (Hrsg.), FS Machacek und Matscher, 2008, S. 743 (759); *Ambach*, S. 49; *Weller*, ZIP 2009, 2029 (2031); *Tkatchenko*, S. 77; *Dahl*, NJW-Spezial 2009, 245 (246); *Kindler*, in: *Heinrichs/Rebmann/Säcker* (Hrsg.), MünchKomm-BGB, Bd. 11, 6. Aufl. 2015, Art. 16 EuInsVO Rn. 10; *Ehret*, FD-InsR 2010, 298651; *Konecny*, in: *Clavara/Garber* (Hrsg.), 2011, S. 17 (25); *Ernst*, ZVI 2010, 253 (255 f.); *Paulus*, Europäische Insolvenzverordnung, 4. Aufl. (2013), Art. 16 Rn. 4; *Heneweer*, S. 137 f.; *Renger*, VIA 2011, 62 (63); *Mansel*, in: *Kronke/Thorn* (Hrsg.), FS von Hoffmann, 2012, S. 683 (686); *Turck*, S. 81; *Cranshaw*, jurisPR-InsR 6/2013, Anm. 5; *BGH*, Urt. v. 10.09.2015 – IX ZR 304/13, ZIP 2015, 2331; *Fuchs*, S. 499.

905 Zur Vorgängerformulierung im EuInsÜ *Leipold*, in: *Stoll* (Hrsg.), Vorschläge und Gutachten zum EuInsÜ, 1997, S. 185 (192).

906 *EuGH*, Urt. v. 02.05.2006 – Rs. C-341/04, Slg. 2006, 3813 (I-3871 Rn. 43); *Freitag/Leible*, RIW 2006, 641 (644); *Bachner*, ECFR 2006, 310 (317); *Gruber*, DZWIR 2008, 467 (467); *Konecny*, in: *Clavara/Garber* (Hrsg.), 2011, S. 17 (25).

907 *Heneweer*, S. 137.

908 Darauf weisen *Poertzgen/Adam*, ZInsO 2006, 505 (508, Fn. 39), und *Adam*, S. 86, zu Recht hin. Siehe auch *Beck*, ZVI 2012, 433 (439), der zu Recht darauf hinweist, dass ein größerer Schutz im Anerkennungsstaat mit einer größeren Belastung des Schuldners im Staat der Verfahrenseröffnung einhergeht.

909 *Duursma-Kepplinger/Chalupsky*, in: *Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky* (Hrsg.), EuInsVO, 2002, Art. 16 Rn. 14; *Bachner*, ECFR 2006, 310 (317); *Heneweer*, S. 137.

scheidung des Erstgerichts hinzunehmen und die Vorgabe der EuInsVO zu akzeptieren, dass nur ein einziges Hauptinsolvenzverfahren durchgeführt werden soll⁹¹⁰. Auf Basis der horizontalen Gemeinschaftstreue ist das Zweitgericht verpflichtet, die Entscheidung des Erstgerichts nicht infrage zu stellen, und muss mit diesem vertrauensvoll zusammenarbeiten⁹¹¹.

Eine genaue Überprüfung der internationalen Zuständigkeit würde zudem zu erheblichen praktischen Problemen führen, wenn der zugrunde liegende Sachverhalt streitig wäre. Das anerkennende Gericht hat in der Regel nur einen Beschluss, der (knapp) begründet ist, und nicht die vollständige Verfahrensakte. Des Weiteren hat es die Sachverhaltsaufklärung nicht vorgenommen und kann im Rahmen der Beweiswürdigung rasch zu anderen Ergebnissen gelangen, wenn es unter anderem auch auf Zeugenaussagen oder zu übersetzende Unterlagen ankommt. Die Überprüfung der Eröffnungsentscheidung führt daher zu erheblichem Mehraufwand, zu einer beträchtlichen Verfahrensverzögerung und zu Rechtsunsicherheit. In Insolvenzverfahren – nicht zuletzt bei Gesellschaften – kann dies zu erheblichen wirtschaftlichen Masseverlusten führen. Eine Anerkennung muss also so umfassend und rasch wie möglich stattfinden, um die Effizienz grenzüberschreitender Verfahren zu gewährleisten. Das bedeutet jedoch nicht, dass jedes Verfahren stets zwingend anerkannt werden muss. In Ausnahmefällen kann über Art. 26 EuInsVO ausnahmsweise die Anerkennung verweigert werden, wenn gegen den *ordre public* verstoßen wurde⁹¹².

4. Anerkennung einer Entscheidung auch schon bei vorläufigen Verfahren?

a. Der Grundsatz: Vorläufige Entscheidungen sind bereits Eröffnungsentscheidungen i. S. d. Art. 16 EuInsVO

Die Eröffnung eines Hauptverfahrens ist der späteste Zeitpunkt, zu dem die anerkennungsfähige Eröffnungsentscheidung ergeht. Doch zeigt ein Vergleich der nationalen Rechtsordnungen, dass die Zeit vom Insolvenzantrag bis zur Verfahrenseröffnung unterschiedlich lang sein kann. Schuldner wie Gläubiger haben es in der Hand, bei einem Insolvenzantrag die Zeit bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu nutzen und in einem anderen Staat vor einem anderen Gericht ein anderes Insolvenzverfahren zu beantragen. Wenngleich aufgrund der *perpetuatio fori* das COMI nicht mehr verlagert werden kann, so kann das COMI aufgrund unterschiedlicher Wertungen der Umstände – insbesondere bei einem abweichenden Tatsachenvortrag – von einem anderen Gericht an einem anderen Ort gesehen werden. Es ist also nach wie vor möglich, durch ein rascheres Verfahren ein Insolvenzverfahren mittels eines zweiten An-

910 Carstens, S. 92.

911 Carstens, S. 92.

912 Dazu mehr unter D. IV.

trags – jedenfalls vorübergehend – zu „torpedieren“⁹¹³. Um einem solchen manipulativen Vorgehen von Schuldnern und Gläubigern effektiv begegnen zu können, bietet es sich an, die „Eröffnung des Verfahrens“ auf den Zeitpunkt der Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters zu beziehen und die entsprechende Entscheidung als anzuerkennende „Eröffnungsentscheidung“ anzusehen.

Dass die Entscheidung über die Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters grundsätzlich eine Grundlage für eine anerkennungsfähige und anerkennungspflichtige Entscheidung sein kann, hat der EuGH selbst festgestellt⁹¹⁴.

Relevant ist die Entscheidung eines Gerichts aufgrund eines Antrags auf Eröffnung eines Verfahrens im Sinne des Anhangs A, die den Beschlag des Schuldnervermögens zur Folge hat und einen Verwalter nach Anhang C zum Verwalter über das Vermögen des Schuldners bestimmt⁹¹⁵. Zentral ist der Verlust der Verwaltungsbefugnis des Schuldners über sein Vermögen, also der Eintritt eines Vermögensbeschlags⁹¹⁶. Dieser Begriff des Vermögensbeschlags ist autonom auszulegen⁹¹⁷. Diese Auslegung des EuGH weist allerdings einige Probleme auf. Wie soll die Insolvenz des Schuldners festgestellt werden? Bedarf es der förmlichen Feststellung eines Insolvenzgrundes, so fallen zahlreiche Vorverfahren aus dem Bereich heraus⁹¹⁸. Es bedarf jedoch keiner gerichtlichen Feststellung des Insolvenzgrundes, vielmehr genügt es, dem Schuldner im Rahmen des Gesamtverfahrens die Verfügungsbefugnis über sein Vermögen zu entziehen und einen Verwalter einzusetzen, sodass auch die vorläufige Entscheidung eines Insolvenzgerichtes genügt⁹¹⁹. Auch ein teilweiser Vermögensbeschluss genügt für die Verfahren im Sinne der Art. 1 Abs. 1 EuInsVO⁹²⁰.

Nach der Gegenauffassung stellt die bloß vorläufige Eröffnung des Verfahrens keine anerkennungsfähige Eröffnung im Sinne des Art. 16 EuInsVO dar, die ein weiteres Verfahren blockieren könnte⁹²¹, entscheidend sei vielmehr das Wirksamwerden der Eröffnungsentscheidung in der Hauptsache⁹²². Ansonsten könnte es zu einem gespaltenen Begriff der Eröffnung kommen, weil zum einen die Sperrwirkung von der frühen Entscheidung abhängt, zum anderen die Folgewirkungen einer Verfahrenser-

913 Zur ähnlichen Vorgehensweise bei Torpedoklagen im europäischen Zivilverfahrensrecht *Geimer*, IPRax 2004, 505, und *McGuire*, ZfRV 2005, 83.

914 *EuGH*, Urt. v. 02.05.2006 – Rs. C-341/04, Slg. 2006, 3813 (I-3872 Rn. 45 ff.); zustimmend *OLG Innsbruck*, Beschl. v. 08.07.2008 – 1 R 176/08d, ZIP 2008, 1647 (1648).

915 *EuGH*, Urt. v. 02.05.2006 – Rs. C-341/04, Slg. 2006, 3813 (I-3872 Rn. 45 ff.).

916 *EuGH*, Urt. v. 02.05.2006 – Rs. C-341/04, Slg. 2006, 3813 (I-3874 Rn. 54).

917 *EuGH*, Urt. v. 02.05.2006 – Rs. C-341/04, Slg. 2006, 3813 (I-3873 Rn. 53); *Herchen*, NZI 2006, 435 (436).

918 *Hess/Laukemann/Seagon*, IPRax 2007, 89 (93).

919 *EuGH*, Urt. v. 02.05.2006 – Rs. C-341/04, Slg. 2006, 3813 (I-3872 Rn. 45 ff.).

920 *Mankowski*, in: *Arbeitskreis für Insolvenzwesen Köln e.V.* (Hrsg.), *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, 3. Aufl. 2009, Kapitel 47 Rn. 7.

921 *Müller*, FD-InsR 2006, 182297; *Smid*, DZWIR 2006, 325 (326); *Smid*, DZWIR 2006, 45 (46); *Paulus*, *Insolv. Int.* 2007, 85 (87); *Duursma-Kepplinger*, DZWIR 2006, 177 (182); *Moss*, *Insolv. Int.* 2006, 97 (100); *Smid*, NZI 2009, 150; *Paulus*, EWiR 2007, 563 (564); *Paulus*, EWiR 2008, 653 (654); *Smid*, in: *Leonhardt/Smid/Zeuner* (Hrsg.), *Int. InsR*, 2. Aufl. 2012, Art. 1 Rn. 20; kritisch *Liersch*, NZI 2006, Heft 6.

922 *LG Hamburg*, Beschl. v. 18.08.2005 – 326 T 34/05, ZVI 2005, 548 (549); *Smid*, NZI 2009, 150 (153).

öffnung an die „Eröffnung des Verfahrens“ anknüpfen⁹²³. Die Bestellung eines Verwalters nach Anhang C sei strikt von der Eröffnung eines in Anhang A aufgeführten Insolvenzverfahrens zu trennen⁹²⁴. Obendrein fehle es an einem Vermögensbeschlagnahme, wenn es sich nur um einen deutschen vorläufigen Insolvenzverwalter handle, die relevante Beschlagnahmewirkung trete erst mit dem Eröffnungsbeschluss ein⁹²⁵. Dem Verordnungsgeber seien die unterschiedlichen Eröffnungsmechanismen in den Mitgliedstaaten bekannt gewesen⁹²⁶. Der Wettbewerb um die frühestmögliche Verfahrenseröffnung werde sich durch die Anerkennung vorläufiger Entscheidungen auch verschärfen⁹²⁷, was sich zulasten der Qualität der tatsächlichen und rechtlichen Prüfung der internationalen Zuständigkeit auswirken könne⁹²⁸. Hinzu kämen Verzögerungen, wenn das vorläufige Verfahren nicht eröffnet werde⁹²⁹. Es könne obendrein dazu kommen, dass ein zweites Verfahren gesperrt werde, obwohl bei nur vorläufiger Eröffnung noch gar nicht feststehe, dass das erste Verfahren eröffnet werde⁹³⁰. Der Verordnungsgeber habe daher bewusst Art. 25 und 38 EuInsVO geschaffen, deren Anwendung mit der Interpretation des EuGH unterlaufen würde⁹³¹.

Diese Einwände überzeugen jedoch nicht. Der EuGH differenziert zwischen dem weiten Eröffnungsverständnis und der eigentlichen Eröffnungsentscheidung⁹³². Zur Verbesserung der Verfahrenseffizienz sollte die Sperrwirkung durch eine Eröffnungsentscheidung so schnell wie möglich ausgelöst werden⁹³³. Es ist dabei nicht nötig, dass vorläufige und endgültige Verwalter dieselben Kompetenzen haben, sonst würde das Verständnis des EuGH ohne Not aus formalen Gründen und Einzelheiten mit dem Ziel einer schnellen Sperrwirkung unterlaufen⁹³⁴. Diese klare Regel vermeidet im Sinne des *effet utile* Kompetenzkonflikte und verschafft der Universalität des einzigen Hauptverfahrens Geltung⁹³⁵.

Des Weiteren überwiegen die Vorteile, wenn eine vorläufige Verfahrenseröffnung als anerkennungsfähige Eröffnungsentscheidung angesehen wird. Die rasche Bestellung des vorläufigen Verwalters hat den Vorteil, dass der Wettlauf um die Verfahrenseröffnung entschärft wird⁹³⁶ und Länder mit einer Phase der vorläufigen Eröffnung

923 Huber, in: *Gottwald/Huber* (Hrsg.), *Europ. InsR.*, 2008, S. 1 (22).

924 Herchen, ZIP 2005, 1401 (1405).

925 Smid, DZWIR 2006, 325 (326).

926 Bachner, ECFR 2006, 310 (318).

927 Müller, FD-InsR 2006, 182297; Poertzgen/Adam, ZInsO 2006, 505 (508); vgl. auch Bachner, ECFR 2006, 310 (318, 328).

928 Moss, *Insolv. Int.* 2008, 33 (36).

929 Moss, *Insolv. Int.* 2008, 33 (36).

930 Liersch, NZI 2006, Heft 6; Bachner, ECFR 2006, 310 (318). Offengelassen bei Müller, FD-InsR 2006, 182297.

931 Paulus, EWiR 2007, 563 (564); Bachner, ECFR 2006, 310 (317).

932 EuGH, Urt. v. 02.05.2006 – Rs. C-341/04, Slg. 2006, 3813 (I-3874 Rn. 54).

933 EuGH, Urt. v. 02.05.2006 – Rs. C-341/04, Slg. 2006, 3813 (I-3873 Rn. 52 f.).

934 Konecny, in: *Kodek/Konecny* (Hrsg.), *Insolvenz-Forum* 2007, 2008, S. 103 (130 f.).

935 EuGH, Urt. v. 02.05.2006 – Rs. C-341/04, Slg. 2006, 3813 (I-3874 Rn. 52 f.); zustimmend Duursma-Kepplinger, ZIP 2007, 896 (897).

936 Schilling/Schmidt, ZInsO 2006, 113 (115).

im Rennen um die erste Verfahrenseröffnung bessere Chancen haben⁹³⁷, auch wenn es – objektiv betrachtet – nur eine zutreffende Eröffnungsentscheidung geben dürfte. Es kann zwar vorkommen, dass die auf einer unvollständigen Tatsachenbasis ergangene vorläufige Verfahrenseröffnung später nicht zu einem Hauptverfahren führt. Doch kann es ebenso gut vorkommen, dass auf ein Rechtsmittel hin die eigentliche Eröffnungsentscheidung beseitigt wird. Auch in diesem Fall entfällt die Anerkennungswirkung des eröffneten Hauptverfahrens. Der damit verbundene Zeitverlust ist für die Verfahrensdurchführung in jedem Fall von Nachteil. Dennoch ist die Gefahr einer Fehlentscheidung kein für die EuInsVO völlig neues Phänomen, das auszuufern drohen würde.

Diejenigen Mitgliedstaaten, deren Insolvenzverfahren keinen im Anhang C aufgeführten vorläufigen Insolvenzverwalter kennt, haben bis zu einer etwaigen Änderung des Anhangs einen „Wettbewerbsnachteil“, weil der vorläufige Verwalter nach ihrem nationalen Recht kein Verwalter im Sinne des Anhangs ist⁹³⁸. Diese Nachteile sind jedoch nur vorübergehend, die Beseitigung hängt von der Initiative der jeweiligen Mitgliedstaaten ab und kann nicht die Vorteile aufwiegen, die eine im Vergleich dazu einheitliche Bestimmung des Zeitpunkts der Verfahrenseröffnung nach Art. 16 EuInsVO mit sich bringt.

Zu Recht setzt sich in der Praxis die Auffassung des EuGH auch in den Mitgliedstaaten sukzessive durch. So werden vorläufige Maßnahmen nach anderen Rechtsordnungen ebenfalls als Eröffnungsentscheidung anerkannt. Die Bestellung eines österreichischen vorläufigen Verwalters mit seinen Kompetenzen nach § 73 Abs. 2 IO wird dabei ebenso als anererkennungsfähige Eröffnungsentscheidung angesehen⁹³⁹ wie die Anordnung des vorläufigen Zahlungsaufschubs nach niederländischem Recht, die *surséance van betaling* gem. Art. 214 ff. FW⁹⁴⁰, da dieses Verfahren bereits zum Vermögensbeschlagnahme beim Schuldner führt⁹⁴¹.

Die vorläufige Eröffnung eines Verfahrens, die den Anforderungen der EuGH-Rechtsprechung genügt, ist folglich als anererkennungsfähige Eröffnungsentscheidung anzusehen.

937 *Mankowski*, BB 2006, 1753 (1757); *Schmidt*, ZIP 2007, 405 (406).

938 *Thole*, ZEuP 2007, 1140 (1147), der die These aufstellt, dass sich einige Staaten, deren vorläufige Verwalter bereits im Anhang C genannt sind, möglicherweise gegen eine Erweiterung der dort genannten Verwalter aussprechen werden, um einen zeitlichen Vorteil gegenüber diesen Ländern zu genießen.

939 *Reisinger*, in: *Clavara/Garber* (Hrsg.), 2011, S. 143 (146).

940 Für das Verfahren *BenQ Arrondissementsgericht Amsterdam*, Beschl. v. 31.01.2007 – FT RK 07-93 und FT RK 07-122, ZIP 2007, 492 (494).

941 *AG München*, Beschl. v. 05.02.2007 – 1503 IE 4371/06, ZIP 2007, 495 (496), m. Anm. *Müller*, EWiR 2007, 277; kritisch *Paulus*, EWiR 2007, 143 (144), weil der Sachwalter nur überwacht, aber kein Vermögensbeschlagnahme eintritt.

b. Exemplarisch: Anforderungen an die Kompetenzen eines vorläufigen Insolvenzverwalters nach der InsO

Wenn auch die vorläufige Eröffnung eines Insolvenzverfahrens auf Grundlage der Rechtsprechung des EuGH eine Verfahrenseröffnung im Sinne des Art. 16 EuInsVO darstellen kann, so müssen jedoch die Voraussetzungen, die der EuGH aufgestellt hat, im jeweiligen Einzelfall auch eingehalten werden. Dies gilt insbesondere für den Verlust der Verfügungsbefugnis des Schuldners über sein Vermögen. Dies ist etwa dann von Bedeutung, wenn ein Gläubiger möglichst rasch ein Insolvenzverfahren initiieren will, bevor der Schuldner sein COMI verlagert.

Das angerufene deutsche Insolvenzgericht kann auf verschiedene Arten reagieren und verschiedene Maßnahmen nach den §§ 21 f. InsO anordnen, um bis zur Entscheidung über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens eine nachteilige Veränderung der Vermögenslage des Schuldners zu verhindern. Insbesondere kann es einen vorläufigen Insolvenzverwalter einsetzen und diesen mit verschiedenen Kompetenzen ausstatten.

Es stellt sich daher die Frage, welche Kompetenzen ein vorläufiger Insolvenzverwalter nach deutschem Recht haben muss, damit ein Vermögensbeschluss im Sinne der Rechtsprechung des EuGH folglich eine Eröffnungsentscheidung im Sinne des Art. 16 EuInsVO darstellt.

So mannigfaltig die Möglichkeiten des deutschen Rechts sind, so unterschiedlich sind auch die hierzu vertretenen Auffassungen ausgeprägt.

Unstreitig erfüllt der sogenannte „starke“ vorläufige Insolvenzverwalter nach § 22 Abs. 1 S. 1 InsO die Voraussetzungen des EuGH, da auf ihn die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das Vermögen des Schuldners übergeht⁹⁴².

Umstritten ist allerdings, ob auch der „schwache“ vorläufige Insolvenzverwalter, auf den nach § 22 Abs. 2 InsO die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das Vermögen des Schuldners nicht übergeht, die Voraussetzungen des EuGH an einen Vermögensbeschluss erfüllt.

Ordnet das Gericht an, dass der Schuldner zu Verfügungen über das Vermögen der Zustimmung des vorläufigen Insolvenzverwalters bedarf, so reicht auch dies rich-

942 OLG Innsbruck, Beschl. v. 08.07.2008 – 1 R 176/08d, ZIP 2008, 1647 (1649); Freitag/Leible, RIW 2006, 641 (646); Saenger/Klockenbrink, EuZW 2006, 363 (366); Knof/Mock, ZIP 2006, 911 (912); Hess/Laukemann/Seagon, IPRax 2007, 89 (94); Brinkmann, IPRax 2007, 235 (236); Huber, in: Gottwald/Huber (Hrsg.), Europ. InsR., 2008, S. 1 (15); Konecny, in: Kodek/Konecny (Hrsg.), Insolvenz-Forum 2007, 2008, S. 103 (128); LG Aachen, Beschl. v. 22.11.2010 – 6 T 113/10, BeckRS 2011, 14813.

tigerweise aus, um die Voraussetzungen eines Vermögensbeschlags zu erfüllen⁹⁴³. Es genügt, dass der Schuldner in seinen Befugnissen zur Verwaltung und Verfügung über sein Vermögen beschränkt ist, ohne dass diese Befugnisse vollständig auf den vorläufigen Verwalter übergeht⁹⁴⁴. Auch das „Überwachen“ eines Schuldners durch den Verwalter nach Art. 2 lit. b S. 1 EuInsVO kann genügen⁹⁴⁵. Die Beschränkungen des Schuldners zeigen sich, wenn dieser eine Verfügung über sein Vermögen ohne Zustimmung des vorläufigen Insolvenzverwalters trifft: Nach den §§ 24, 81 InsO führt dies zur Unwirksamkeit der Verfügung des Schuldners. Denn der Schuldner kann nur wirksam mit Zustimmung des Verwalters verfügen und hat somit wirtschaftlich die Dispositionsbefugnis über sein Vermögen eingeübt⁹⁴⁶.

Darüber hinaus hat die Anerkennung der Bestellung eines „schwachen“ vorläufigen Insolvenzverwalters den Vorteil, dass die Entscheidung des Gerichts nicht davon abhängt, ob es bereits zu Verfahrensbeginn hinreichende Erkenntnisse über einen etwaigen Auslandsbezug des Verfahrens erhalten hat und aus diesem Grund die Bestellung eines „starken“ vorläufigen Insolvenzverwalters unterlässt. Des Weiteren werden Unsicherheiten vermieden, wenn das Insolvenzgericht einen „schwachen“ vorläufigen Insolvenzverwalter mit vereinzelt Sonderbefugnissen eines „starken“ vorläufigen Insolvenzverwalters versieht⁹⁴⁷.

Ordnet das Insolvenzgericht hingegen nicht einmal einen Zustimmungsvorbehalt an, liegt zu diesem Zeitpunkt kein Vermögensbeschluss im Sinne des Art. 1 Abs. 1 EuInsVO und folglich auch keine Eröffnung des Insolvenzverfahrens im Sinne des Art. 16 EuInsVO vor⁹⁴⁸. Dies zeigt sich bereits daran, dass der Schuldner völlig frei und ohne inhaltliche Beschränkung weiterhin über sein Vermögen verfügen kann. Der vorläufige Insolvenzverwalter kann nur die Anordnung von verfügungsbeschränkenden Maßnahmen beim Insolvenzgericht beantragen. Beschließt das Insolvenzgericht anschließend solche Maßnahmen, liegt ab diesem Zeitpunkt die vorläufige Eröffnung des Insolvenzverfahrens vor, weil von nun an der Schuldner in seiner Verfügungsbefugnis beschränkt ist.

Dieses Ergebnis wird darüber hinaus auch durch die Auslegung der EuInsVO und deren Anhang C gedeckt. Denn Anhang C ist konstitutiv für die Frage, welche Personen bzw. Ämter als Insolvenzverwalter im Sinne der EuInsVO gelten. Anhang C un-

943 Mankowski, BB 2006, 1753 (1758); Herchen, NZI 2006, 435 (437); Müller, EWiR 2007, 277 (278); Schmidt, ZIP 2007, 405 (406); Bierbach, ZIP 2008, 2203 (2205); Thole, ZEuP 2007, 1140 (1146); LG Patra, Beschl. v. 02.05.2007 – 316/07, ZIP 2007, 1875 (1875); Ambach, S. 63; Oberhammer, KTS 2009, 27 (54 f.); Freitag/Leible, RIW 2006, 641 (646); Saenger/Klockenbrink, EuZW 2006, 363 (366); Knof/Mock, ZIP 2006, 911 (912); Hess/Laukemann/Seagon, IPRax 2007, 89 (94); Brinkmann, IPRax 2007, 235 (236); Huber, in: Gottwald/Huber (Hrsg.), Europ. InsR., 2008, S. 1 (15); Konecny, in: Kondek/Konecny (Hrsg.), Insolvenz-Forum 2007, 2008, S. 103 (128); LG Aachen, Beschl. v. 22.11.2010 – 6 T 113/10, BeckRS 2011, 14813; Thomas, S. 102. A. A. z. B. Hess/Laukemann/Seagon, IPRax 2007, 89 (95).

944 Huber, in: Gottwald/Huber (Hrsg.), Europ. InsR., 2008, S. 1 (15); Thomas, S. 102.

945 Huber, in: Gottwald/Huber (Hrsg.), Europ. InsR., 2008, S. 1 (15).

946 Hess/Laukemann/Seagon, IPRax 2007, 89 (94); Herchen, NZI 2006, 435 (437); Thomas, S. 102.

947 Herchen, NZI 2006, 435 (437); Turck, S. 100; vgl. Thomas, S. 103.

948 Herchen, NZI 2006, 435 (436 f.); Knof/Mock, ZIP 2006, 911 (912); Huber, in: Gottwald/Huber (Hrsg.), Europ. InsR., 2008, S. 1 (16); Turck, S. 100.

terscheidet auch nicht zwischen den verschiedenen „Arten“ des vorläufigen Insolvenzverwalters⁹⁴⁹.

Würde dem Anhang C diese konstitutive Wirkung abgesprochen⁹⁵⁰, hätte der zur Anerkennung berufene ausländische Richter in jedem Fall zu prüfen, ob die jeweiligen Voraussetzungen für den Insolvenzbeschluss nach der *lex fori concursus* vorliegen. Dies kann angesichts der Komplexität und der in der Regel nur knappen Zeit in der Eröffnungsphase eines Insolvenzverfahrens zu Problemen führen⁹⁵¹. Denn auch wenn die Unterscheidung der Arten des vorläufigen Verwalters nach deutschem Recht wichtige Auswirkungen hat, werden ausländische Gerichte mit der Differenzierung Schwierigkeiten haben, was die Anerkennung in der Praxis erschweren kann⁹⁵². Fein differenzierte Details des deutschen Rechts werden angesichts der Sprachbarrieren, der unterschiedlichen dogmatischen Herangehensweisen und schlicht aufgrund der fehlenden Kenntnisse der deutschen Rechtsordnung in den verschiedenen Mitgliedstaaten in aller Regel nicht klar unterschieden werden (können). Es besteht daher die Gefahr, dass ein ausländisches Gericht die Entscheidung eines deutschen Gerichts nicht anerkennt⁹⁵³. Mit einer weiten Auslegung geht der Vorteil einher, dass die Verfahrenseröffnung möglichst früh im Sinne des Prioritätsprinzips feststeht und es nicht auf die vom Einzelfall abhängige Ausstattung des Verwalters mit den entsprechenden Befugnissen ankommt. Damit wird zugleich den ausländischen Gerichten die Überprüfung der Voraussetzungen einer Eröffnungsentscheidung mit Prioritätsprinzip erleichtert, da diese sich nicht über die genauen Differenzierungen des deutschen Insolvenzrechts unterrichten müssen⁹⁵⁴.

Daher sollten Gerichte ausdrücklich feststellen, dass es sich bei der Anordnung der vorläufigen Insolvenzverwaltung zugleich um eine Eröffnung eines Hauptinsolvenzverfahrens mit Sperrwirkung handelt⁹⁵⁵. In Fällen mit erkennbarem Auslandsbezug sollte das angerufene Insolvenzgericht darüber hinaus aus praktischen Erwägungen jedenfalls in Fällen mit zweifelhaften Auslandsbezug, bei besonderer Dringlichkeit oder bei erkennbarem Konfliktpotenzial mit anderen Insolvenzgerichten einen starken vorläufigen Insolvenzverwalter bestellen. Denn die Bestellung eines starken Verwalters hat in der Praxis die besten Chancen auf Anerkennung, weil in diesen Fällen definitiv feststeht, dass die Voraussetzungen des Vermögensbeschlags vorliegen⁹⁵⁶.

949 Mankowski, BB 2006, 1753 (1758).

950 Huber, in: Gottwald/Huber (Hrsg.), Europ. InsR., 2008, S. 1 (14); Turck, S. 101.

951 Paulus, NZG 2006, 609 (613). Vgl. auch Duursma-Keppinger, ZIP 2007, 896 (902).

952 Mankowski, in: Arbeitskreis für Insolvenzwesen Köln e.V. (Hrsg.), Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 3. Aufl. 2009, Kapitel 47 Rn. 7.

953 Huber, in: Gottwald/Huber (Hrsg.), Europ. InsR., 2008, S. 1 (16).

954 Herchen, NZI 2006, 435 (437); Duursma-Keppinger, ZIP 2007, 896 (902).

955 Huber, in: Gottwald/Huber (Hrsg.), Europ. InsR., 2008, S. 1 (17).

956 Mankowski, IILR 2011, 109 (111); Mankowski, KTS 2009, 453 (460).

II. Anerkennung der Entscheidung über die Restschuldbefreiung

Das primäre Ziel des Schuldners ist die Anerkennung der Restschuldbefreiung. Denn mit dieser erlangt er die Befreiung von seinen Verbindlichkeiten und kann einen Neuanfang wagen. Tatsächlich profitieren kann er von dieser Restschuldbefreiung aber nur, wenn sie ihrerseits anerkannt wird.

Während die Eröffnungsentscheidung nach Art. 16 EuInsVO anzuerkennen ist, ist die weitere Entscheidung des Insolvenzgerichts über die Restschuldbefreiung üblicherweise nach Art. 25 EuInsVO anzuerkennen⁹⁵⁷. Nur ausnahmsweise kann die Anerkennung mit dem Einwand des Verstoßes gegen den *ordre public* gem. Art. 26 EuInsVO verweigert werden⁹⁵⁸.

Ergeht die Restschuldbefreiung wie die englische *discharge* gem. s. 281 Abs. 1 IA 1986 kraft Gesetzes und ohne weitere Entscheidung des Gerichts, ist die Anerkennung der Restschuldbefreiung bereits eine unmittelbare Folgewirkung der Anerkennung des ausländischen Insolvenzverfahrens nach Art. 16 EuInsVO⁹⁵⁹. Nach anderer Auffassung soll die *automatic discharge* nach Art. 25 Abs. 1 S. 2 EuInsVO anerkannt werden⁹⁶⁰. Dabei wird aber verkannt, dass zur Erteilung der *discharge* nach ss. 279, 281 IA 1986 keine weitere und ihrerseits anerkennungsbedürftige Entscheidung notwendig ist, die der erneuten Anerkennung bedürfte. Vielmehr basiert diese Entscheidung unmittelbar auf der nach Art. 16 EuInsVO anzuerkennenden Eröffnungsentscheidung und erfolgt durch simplen Zeitablauf, dessen Berechnung sich aus der *lex fori concursus* und der Eröffnungsentscheidung ergibt.

Die Folge der Anerkennung ist, dass auch im anerkennenden Staat die Restschuldbefreiung zugunsten des Schuldners diejenige Wirkung entfaltet, die sie nach der *lex fori concursus* hat⁹⁶¹. Die Restschuldbefreiung kann ihren Zweck, den Aufbau einer neuen Existenz, nur erfüllen, wenn der Schuldner überall von allen Gläubigern befreit ist⁹⁶². Die Gläubiger verlieren also ihre Forderung völlig oder ihre Forderungen werden in Naturalobligationen umgewandelt – abhängig von dem Konzept der jeweiligen *lex fori concursus*⁹⁶³ –, dies ist gerade der Grund, warum die Schuldner ihr COMI in einen anderen Mitgliedstaat verlegen.

957 Hergenröder, ZVI 2005, 233 (235); Ambach, S. 103; Mankowski, NZI 2011, 958 (959); Mankowski, KTS 2011, 185 (201); Mehring, ZInsO 2012, 1247 (1249); Mansel, in: Kronke/Thorn (Hrsg.), FS von Hoffmann, 2012, S. 683 (685).

958 Dazu D. IV.

959 Vallender, ZInsO 2009, 616 (618); Mankowski, NZI 2011, 958 (959); Mankowski, KTS 2011, 185 (201); Mehring, ZInsO 2012, 1247 (1249); Mansel, in: Kronke/Thorn (Hrsg.), FS von Hoffmann, 2012, S. 683 (685); Cranshaw, jurisPR-InsR 6/2013, Anm. 5.

960 Ahrens, LMK 2010, 297035. In diesem Sinne lässt sich auch VG Regensburg, Beschl. v. 17.06.2014 – RO 4 E 14.898, NZI 2014, 782 verstehen.

961 Kindler, in: Heinrichs/Rebmann/Säcker (Hrsg.), MünchKomm-BGB, Bd. 11, 6. Aufl. 2015, Art. 4 EuInsVO Rn. 46; Paulus, Europäische Insolvenzverordnung, 4. Aufl. (2013), Art. 4 Rn. 34; Smid, in: Leonhardt/Smid/Zeuner (Hrsg.), Int InsR, 2. Aufl. 2012, Art. 4 Rn. 28.

962 BGH, Urt. v. 27.05.1993 – IX ZR 254/92, BGHZ 122, 373 (377).

963 Tkatchenko, S. 64.

Dies ist u. a. von Bedeutung, wenn zwischen angemeldeten und nicht angemeldeten, vom Schuldner benannten und unbenannten Forderungen oder verschiedenen Arten der Forderung (z. B. deliktisch oder unterhaltsrechtlich) unterschieden wird⁹⁶⁴. Mit den Mitteln des Zivilverfahrens und nicht des Insolvenzrechts wird – inzident – geprüft, ob der Gläubiger Inhaber einer von der Restschuldbefreiung nicht erfassten Forderung ist⁹⁶⁵, solange nicht die *lex fori concursus* ein besonderes Verfahren für die Feststellung der Forderung vorsieht. Umgekehrt entfällt natürlich die Pflicht zur Anerkennung, wenn die anzuerkennende Entscheidung mit Rechtsbehelfen im Staat der Verfahrenseröffnung aus dem Weg geschafft wurde. Dies kann z. B. mit dem *annulment* nach s. 282 IA 1986 oder mit der Klage nach Art. L643-11 Abs. 4 Code de commerce geschehen⁹⁶⁶.

III. Kollisionen und Kompetenzkonflikte bei der Eröffnung des Insolvenzverfahrens

1. Das Konfliktpotenzial

Die Regelung des Art. 3 Abs. 1 EuInsVO führt wie bereits dargestellt im Grunde zu einer klaren internationalen Zuständigkeit, wenn sie richtig angewendet wird. Es kann im Grundsatz nur ein Hauptverfahren geben. Gleichwohl kommt es in der Praxis immer wieder zu Problemen. Das zur Entscheidung über den Insolvenzeröffnungsantrag angerufene Gericht kann bei der Prüfung seiner internationalen Zuständigkeit Fehler machen. So kann es die Rechtslage falsch beurteilen. Es kann aber auch auf Basis falscher Tatsachenerkenntnisse zu einer schlüssig begründeten, objektiv aber dennoch falschen Entscheidung kommen. Diese Probleme können insbesondere durch die Täuschung eines Verfahrensbeteiligten geschaffen werden (dies kann der an der Restschuldbefreiung interessierte Schuldner genauso sein wie der an einer umfassenden Befriedigung interessierte Gläubiger), wenn dieser Tatsachen angibt, die zu einer falschen Zuordnung des COMI führen. Neben diesen Problemen, denen sich jedes zur Entscheidung berufene Gericht stellen muss, gibt es beim Aufeinandertreffen unterschiedlicher Auffassungen von der Sach- und Rechtslage zwei weitere konfliktträchtige Grundkonstellationen:

- Zwei Gerichte verschiedener Mitgliedstaaten sehen sich als international zuständig an.
- Gerichte verschiedener Mitgliedstaaten halten das jeweils andere für international zuständig.

Beiden Fällen ist gemein, dass sich (mindestens) eines der beiden Gerichte irren muss, weil nach der Grundkonzeption der EuInsVO nur eines von ihnen gem.

964 Vgl. bspw. § 302 InsO, § 215 Nr. 1 IO.

965 *Mehring*, ZInsO 2012, 1247 (1251), für die englische *discharge* und die französische Regelung des Art. L643-11 Abs. 1 Code de commerce.

966 Dazu *Mehring*, ZInsO 2012, 1247 (1252).

Art. 3 Abs. 1 EuInsVO für die Eröffnung des Hauptverfahrens international zuständig sein kann.

Die erstgenannte Konstellation stellt einen sog. positiven Kompetenzkonflikt dar: Mehrere Gerichte erklären sich für international zuständig, und das Verfahren würde somit vor zwei Gerichten zugleich ausgetragen. Die zweitgenannte Konstellation wird als negativer Kompetenzkonflikt beschrieben: Mehrere Gerichte erachten sich als international unzuständig, und eines davon muss aber das international zuständige Gericht darstellen.

Solche Konflikte können das Verfahren in die Länge ziehen und die Masse mit den Verfahrenskosten, insbesondere für etwaige Rechtsbehelfe, auszehren, von den Nachteilen einer streitbedingt verzögerten Vermögensverwertung (vor allem bei sanierungsfähigen Unternehmen) ganz zu schweigen. Es ist also notwendig, für solche Konflikte klare Entscheidungsregeln aufzustellen, die eine rasche Lösung des Konflikts ermöglichen. Wegen der unterschiedlichen Ausgangslage dieser beiden Konflikte müssen sich diese Lösungen aber notwendigerweise unterscheiden.

2. Der positive Kompetenzkonflikt

a. Ursache für den positiven Kompetenzkonflikt

Eine ausdrückliche Regelung des positiven Kompetenzkonfliktes findet sich in der EuInsVO nicht. Doch in der Praxis tritt er immer wieder auf. Im Grunde dürfte ein positiver Kompetenzkonflikt nicht vorkommen, da jeder Schuldner nur ein COMI hat. Wenn zwei Gerichte angerufen sind und von ihrer internationalen Zuständigkeit ausgehen, dann muss sich von den beiden Gerichten zumindest eines irren. Positive Kompetenzkonflikte auf rechtlicher Basis sind damit ausgeschlossen⁹⁶⁷.

Der Verordnungsgeber hat dabei aber leider zweierlei übersehen: Zum einen kann (und wird) das Kriterium des COMI in der Praxis unterschiedlich interpretiert⁹⁶⁸. Zum anderen lässt sich die unterschiedliche Beurteilung von Tatsachen nicht immer vermeiden, insbesondere wenn die Verfahrensbeteiligten unterschiedlichen Tatsachenvortrag bei unterschiedlichen Anträgen (z. B. Schuldnerantrag in Staat A, Gläubigerantrag in Staat B) bieten. Es kann also durchaus dazu kommen, dass zwei Gerichte – aus ihrer Sicht jeweils rechtmäßig – die internationale Zuständigkeit für sich in Anspruch nehmen können, wobei aber zumindest eines dieser Gerichte sich bei objektiver Betrachtung und in Kenntnis aller Umstände irren muss. Im Extremfall kann es dazu kommen, dass eine Entscheidung wegen eines Verstoßes gegen den *ordre public* nicht anerkannt wird⁹⁶⁹. Aus solchen Konflikten können große Unsicherheiten folgen und bis zu ihrer Beseitigung können erhebliche Zeitverluste und Verfah-

⁹⁶⁷ Carstens, S. 87.

⁹⁶⁸ Schmittmann/Hesselmann, ZInsO 2008, 957 (963).

⁹⁶⁹ Dazu ausführlich D.IV.

renskosten entstehen, die einer raschen Abwicklung des Insolvenzverfahrens abträglich sind.

b. Lösung des positiven Kompetenzkonflikts über das Prioritätsprinzip

Die Lösung für die positiven Kompetenzkonflikte bietet das Prioritätsprinzip. Grund für dessen Anwendung ist der Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens bei der Anerkennung von Entscheidungen⁹⁷⁰. Das Prioritätsprinzip findet sich bereits in der EuInsVO angelegt, denn Art. 3 Abs. 3 EuInsVO ordnet an, dass jedes nach Eröffnung eines Hauptverfahrens eröffnete Verfahren nur noch ein Sekundärverfahren sein kann⁹⁷¹. Darüber hinaus findet sich das Prioritätsprinzip auch in Erwägungsgrund 22 S. 5 und 6⁹⁷². Auch im europäischen Zivilverfahrensrecht gilt grundsätzlich das Prioritätsprinzip⁹⁷³.

Bezugspunkt für das Prioritätsprinzip ist die wirksame Eröffnungsentscheidung. Das zuerst wirksam eröffnete Insolvenzverfahren ist europaweit – unter Vorbehalt des Art. 26 EuInsVO – anzuerkennen⁹⁷⁴. Die Eröffnungsentscheidung muss nicht bekannt gemacht sein⁹⁷⁵. Auch der Eintritt der Rechtskraft ist nicht erforderlich⁹⁷⁶. Dies ergibt sich bereits daraus, dass die Verfahrensbeteiligten durch Rechtsmittel die Rechtskraft über Jahre hinweg hinausschieben könnten⁹⁷⁷. Da die Entscheidung über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens bereits mit der Anordnung der vorläufigen In-

970 *EuGH*, Urt. v. 02.05.2006 – Rs. C-341/04, Slg. 2006, 3813 (I-3870 Rn. 39); vgl. auch *High Court of Justice London*, Beschl. v. 20.12.2006 – No. 9849/02, NZI 2007, 361 (362).

971 Vgl. *Huber*, in: *Lorenz* (Hrsg.), FS Heldrich, 2005, S. 679 (681).

972 *Knof/Mock*, ZIP 2006, 189 (190).

973 *Carstens*, S. 87.

974 *EuGH*, Urt. v. 02.05.2006 – Rs. C-341/04, Slg. 2006, 3813 (I-3870 Rn. 39); *EuGH*, Urt. v. 21.01.2010 – Rs. C-444/07, Slg. 2010, 417 (I-435 Rn. 45); *BGH*, Beschl. v. 29.05.2008 – IX ZB 103/07, ZIP 2008, 2029 (2032); *LG Mosbach*, Beschl. v. 17.01.2014 – 5 T 62/13, ZVI 2014, 408; *Smid*, DZWIR 2003, 397 (401); *Smid*, DZWIR 2005, 64 (65); *Herchen*, ZIP 2005, 1401 (1402); *Herchen*, ZInsO 2004, 61 (63); *Weller*, IPRax 2004, 412 (417); *Herchen*, ZInsO 2004, 825 (829); *Vallender*, KTS 2005, 283 (295 f.); *Lüer*, in: *Piepenburg* (Hrsg.), FS Greiner, 2005, S. 201 (210); *Huber*, in: *Lorenz* (Hrsg.), FS Heldrich, 2005, S. 679 (681); *Vogler*, S. 201; *Knof/Mock*, ZIP 2006, 189 (190); *Weller*, ZGR 2008, 835 (850 f.); *OLG Innsbruck*, Beschl. v. 08.07.2008 – 1 R 176/08d, ZIP 2008, 1647 (1649); *Mankowski*, in: *Arbeitskreis für Insolvenzwesen Köln e.V.* (Hrsg.), *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, 3. Aufl. 2009, Kapitel 47 Rn. 19; *Weller*, ZIP 2009, 2029 (2031 Fn. 21); *Huber*, in: *Gottwald/Huber* (Hrsg.), *Europ. InsR.*, 2008, S. 1 (7); *Kindler*, in: *Heinrichs/Rebmann/Säcker* (Hrsg.), *MünchKomm-BGB*, Bd. 11, 6. Aufl. 2015, Vor Art. 1 EuInsVO Rn. 16; *Bode*, S. 28; *Kindler*, in: *Heinrichs/Rebmann/Säcker* (Hrsg.), *MünchKomm-BGB*, Bd. 11, 6. Aufl. 2015, Art. 3 EuInsVO Rn. 44; *Smid*, in: *Leonhardt/Smid/Zeuner* (Hrsg.), *Int InsR*, 2. Aufl. 2012, Art. 3 Rn. 32 f.; *Fuchs*, S. 510 f.

975 *Deipenbrock*, EWS 2001, 113 (117).

976 *Deipenbrock*, EWS 2001, 113 (117); *Wenner/Schuster*, in: *Wimmer/Ahrens* (Hrsg.), *FK-InsO*, 8. Aufl. 2015 Art. 2 Rn. 10. Zum gescheiterten EuInsÜ *Balz*, ZIP 1996, 948 (951).

977 Siehe z. B. die Verfahrensdauer in Verfahren, die bis zum *EuGH* gehen, wie etwa die Fälle *Staubitz-Schreiber EuGH*, Urt. v. 17.01.2006 – Rs. C-1/04, Slg. 2006, 701, *Eurofood EuGH*, Urt. v. 02.05.2006 – Rs. C-341/04, Slg. 2006, 3813, oder *MG Probud EuGH*, Urt. v. 21.01.2010 – Rs. C-444/07, Slg. 2010, 417, mit jeweils mehr als zwei Jahren Verfahrensdauer – für Insolvenzverfahren ein extrem langer Zeitraum.

solvenzverwaltung erfolgen kann, kommt es rasch zu einer anzuerkennenden Eröffnungsentscheidung, die weitere Verfahren sperrt⁹⁷⁸.

Statt der Eröffnungsentscheidung das Prioritätsprinzip an die Antragstellung anzuknüpfen⁹⁷⁹, erfüllt nicht die Voraussetzungen einer anererkennungsfähigen Eröffnungsentscheidung nach den Art. 3, 16 EuInsVO⁹⁸⁰. Die Herbeiführung der Anerkennungswirkung würde als notwendigen Zwischenschritt noch die Eröffnungsentscheidung erfordern, da erst die Entscheidung eines Gerichts nach Art. 16 EuInsVO anererkennungsfähig ist⁹⁸¹.

Ist aber richtigerweise auf die wirksame Eröffnungsentscheidung abzustellen, kommt es deshalb praktisch zu einem „race to the judgment“ und nicht zu einem „race to the court“⁹⁸². Denn aufgrund der Verpflichtung zur Anerkennung der ersten wirksamen Eröffnungsentscheidung gibt es nämlich einen Anreiz, zunächst das Verfahren zu eröffnen und erst dann Fragen zu stellen⁹⁸³. Dies erlaubt es einem Beteiligten, durch die Anrufung eines rasch entscheidenden Gerichts die Verfahrenseröffnung mit Sperrwirkung für andere Verfahren herbeizuführen.

Zur Vermeidung eines derartigen Wettrennens soll nach einer verbreiteten Auffassung das Prioritätsprinzip daher durch eine Rechtshängigkeitssperre analog zu Art. 29 EuGVVO n. F. (Art. 27 EuGVVO a. F.) ergänzt werden⁹⁸⁴. Das später angerufene Gericht müsste bis zur Entscheidung des zuerst angerufenen Gerichts sein Verfahren aussetzen. Damit würde verhindert, dass ein schneller entscheidendes Gericht ein langsamer entscheidendes Gericht „überholt“, indem der Schuldner bei einem Fremdantrag die Entscheidung des durch den Gläubiger angerufenen Gerichts verzögert, um in der Zwischenzeit einen Eigenantrag bei einem schneller entscheidenden Gericht an einem anderen Ort zu stellen⁹⁸⁵.

Immerhin hätte das zuerst angerufene Gericht den Vorteil, dass es in Ruhe entscheiden kann und mit anderen Gerichten kommunizieren kann⁹⁸⁶. Damit wird vermieden, dass es zu „Torpedos“ durch zu schnell eröffnete Verfahren kommt und für Kompetenzkonflikte Zeit und Geld verschwendet wird⁹⁸⁷.

Die EuInsVO kennt indessen keine Litispendsenzsperre, sodass ein Antrag in einem Mitgliedstaat nicht eine zeitlich nachfolgende Eröffnungsentscheidung in

978 Vgl. *Christofaro*, in: *Gottwald/Huber* (Hrsg.), *Europ. InsR.*, 2008, S. 39 (47).

979 Befürwortet etwa von *Knof*, *ZInsO* 2005, 1017 (1024); *Knof/Mock*, *ZIP* 2006, 189 (191); *Knof/Mock*, *ZIP* 2006, 911 (913); *Wiedemann*, *ZInsO* 2007, 1009 (1016).

980 *LG Hamburg*, Beschl. v. 18.08.2005 – 326 T 34/05, *ZVI* 2005, 548 (549).

981 *Wyen*, S. 149.

982 *Moss/Paulus*, *Insolv. Int.* 2006, 1 (3); vgl. auch *Bachner*, *ECFR* 2006, 310 (328); *Mankowski*, *RIW* 2004, 587 (597); *McCormack*, *C.L.J.* 68 (2009), 169 (186).

983 *McCormack*, *C.L.J.* 68 (2009), 169 (186).

984 *Laukemann*, *RIW* 2005, 104 (110 f.); *Knof*, *ZInsO* 2005, 1017 (1024); *Hess*, *IPRax* 2006, 348 (355); *Moss/Paulus*, *Insolv. Int.* 2006, 1 (3); *Knof/Mock*, *ZIP* 2006, 189 (191); *Knof/Mock*, *ZIP* 2006, 911 (913); *Reuß*, S. 352; *Turck*, S. 109 f., m. w. N.; vgl. auch *Moss*, *Insolv. Int.* 2008, 33 (35).

985 *Knof/Mock*, *ZIP* 2006, 189 (191); *Turck*, S. 109 f.

986 *Moss/Paulus*, *Insolv. Int.* 2006, 1 (3 f.).

987 *Reuß*, S. 355.

einem anderen Mitgliedstaat blockiert⁹⁸⁸, denn eine parallele Vorschrift zu Art. 29 EuGVVO n. F. (Art. 27 EuGVVO a. F.) findet sich in der EuInsVO nicht⁹⁸⁹. Dies ist aber aufgrund der Systematik der EuInsVO auch nur logisch: Es soll ohnehin nur ein Hauptverfahren geben und keine Verfahrenskonkurrenz⁹⁹⁰. Des Weiteren dürfen und sollen die Gerichte darauf vertrauen, dass ein unzuständiges Gericht kein Verfahren eröffnet – jedenfalls in der Theorie⁹⁹¹. Erst die Eröffnung des Insolvenzverfahrens soll die internationale Zuständigkeit klären und die Grundlage für die Lösung von Kompetenzkonflikten bieten⁹⁹², denn die Eröffnungsentscheidung wird bekannt gemacht, die Antragstellung hingegen in aller Regel nicht⁹⁹³.

Das lässt aber immer noch das Risiko zu, dass es zu einem Rennen um die Antragstellung kommt⁹⁹⁴. Mit einer Litispendenzsperre wären des Weiteren „Torpedo“-Anträge möglich⁹⁹⁵, die ihrerseits das Verfahren massiv behindern könnten und ein „race to the courts“ zur Folge hätten⁹⁹⁶. Denn ein solcher Antrag entfaltet bis zu seiner rechtskräftigen Abweisung zunächst einmal Wirkung. Dem kann auch nicht ausreichend dadurch begegnet werden, dass über rechtsmissbräuchliche Anträge rasch in Form der Abweisung entschieden wird⁹⁹⁷. Es ist nämlich nicht gewährleistet, dass das angerufene Gericht rasch über seine fehlende internationale Zuständigkeit befindet. Obendrein kann der Antragsteller etwaige Rechtsmittel nutzen und damit die Entscheidung anderer – ggf. tatsächlich zuständiger – Gerichte hinauszögern. Die Probleme einer etwaigen Verfahrensmannipulation durch einen Beteiligten würden daher lediglich verlagert, aber nicht gelöst.

Ein Nachteil der Sperrwirkung der Antragstellung aus Sicht der Gläubiger liegt auch darin, dass der Schuldner – abhängig von der vom angerufenen Gerichts anzuwendenden *lex fori concursus* – nicht über Sicherungsmaßnahmen an der Verfügung über sein Vermögen gehindert wird und deshalb die Masse schmälern kann. Eine auch nur vorläufige Verfahrenseröffnung bewirkt jedoch einen mehr oder minder intensiven Beschlagnahme des Schuldnervermögens und damit eine Verbesserung der Befriedigungsaussichten für die Gläubiger. Auch wenn die Eröffnungsentscheidung sich später als fehlerhaft erweist, hat sie jedenfalls zu einer Verhinderung der Masseverringerung beigetragen. Auch aus diesem Grund ist daher der Verzicht auf eine Rechts-

988 Z. B. AG Köln, Beschl. v. 06.11.2008 – 71 IN 487/07, NZI 2009, 133 (135); AG Mönchengladbach, Beschl. v. 27.04.2004 – 19 IN 54/04, NZI 2004, 383; *Leible/Staudinger*, KTS 2000, 533 (545 f.); *Herchen*, ZIP 2005, 1401 (1403); *Mankowski*, KTS 2009, 453.

989 *Mankowski*, KTS 2009, 453 (455).

990 *Duursma-Kepplinger*, ZIP 2007, 896 (902); *Mankowski*, KTS 2009, 453 (456). Siehe dazu schon C. I. 2.

991 *Mankowski*, KTS 2009, 453 (457).

992 *Mankowski*, KTS 2009, 453 (458).

993 Vgl. *Paulus*, Europäische Insolvenzverordnung, 4. Aufl. (2013), Art. 16 Rn. 7; *Mankowski*, KTS 2009, 453 (458).

994 *Moss/Paulus*, *Insolv. Int.* 2006, 1 (3); *Reuß*, S. 352.

995 *Mankowski*, KTS 2009, 453 (461). Zur „Torpedoproblematik“ im internationalen Zivilprozess *McGuire*, ZfRV 2005, 83.

996 *Mankowski*, KTS 2009, 453 (461). Akzeptiert auch von *Knof/Mock*, ZIP 2006, 189 (191).

997 So aber *Turck*, S. 107, der davon ausgeht, dass bei „offensichtlich“ fehlender Zuständigkeit rasch entschieden werden kann.

hängigkeitssperre gegenüber einer möglicherweise fehlerhaften Eröffnungsentscheidung vorzuziehen. Maßgebend ist und bleibt daher die erste wirksame Eröffnung des Insolvenzverfahrens.

c. (Schein-)Problem: Rückwirkung nach nationalem Recht?

Das nationale Insolvenzrecht mancher Mitgliedstaaten sieht vor, dass die Eröffnung des Insolvenzverfahrens auf den Augenblick der Antragstellung zurückwirkt. Beispielhafte Regelungen finden sich im englischen Recht in s. 129 Abs. 2 IA 1986 bei Gesellschaften im *Winding-up*-Verfahren oder im irischen Recht in s. 220 Abs. 2 Companies Act 1963. Dies hat zur Folge, dass nach nationalem Recht kraft dieser Fiktion eine Eröffnungsentscheidung bereits zu diesem früheren Zeitpunkt vorliegt. Übertragen auf die Priorität der Eröffnungsentscheidung nach der EuInsVO, bedeutet dies, dass nachträglich eine faktisch früher erfolgte Verfahrenseröffnung im Mitgliedstaat A aufgrund der Rückwirkungsfiktion des nationalen Rechts im Mitgliedstaat B rechtswidrig würde, weil der Eröffnungsantrag in diesem Staat früher gestellt wurde und die Eröffnung auf diesen Zeitpunkt zurückwirkt.

Deswegen stellt sich die Frage, ob auf europäischer Ebene diese Rückwirkungsfiktion ebenfalls gelten kann. Denn die Mitgliedstaaten könnten sich dadurch einen erheblichen Vorteil sichern, soweit sie nur die Rückwirkungsfiktion in ihr nationales Recht inkorporieren. Trotz dieser Manipulationsmöglichkeit wird eine Rückwirkung zum Teil als beachtlich angesehen⁹⁹⁸.

Für den Schuldner böte dies einen Vorteil, wenn er nach einem Fremdantrag im Staat A ein schneller eröffnendes Gericht im Staat B anrufen könnte⁹⁹⁹. Einen entsprechenden Irrtum eines der beiden mit der Sache befassten Gerichte bei der Prüfung des COMI vorausgesetzt, kann der Schuldner damit ein Insolvenzverfahren zwar nicht gänzlich zu Fall bringen, jedoch das anwendbare Recht noch zu seinen Gunsten manipulieren.

Nach zutreffender Auffassung greift die Rückwirkungsfiktion jedoch nicht¹⁰⁰⁰. Eine im nationalen Recht vorgesehene Rückwirkung hat keinen Einfluss auf den Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung und macht eine zeitlich früher erfolgte Eröffnung

998 *EuGH GA Jacobs*, Schlussanträge vom 27.09.2005 – Rs. C-341/04, Slg. 2006, 3813 (I-3837); *Saenger/Klockenbrink*, EuZW 2006, 363 (366).

999 *Paulus*, in: *Haarmeyer/Hirte/Kirchhof u. a.* (Hrsg.), FS Kreft, 2004, S. 469 (480).

1000 *AG Mönchengladbach*, Beschl. v. 27.04.2004 – 19 IN 54/04, NZI 2004, 383 (383); *Eidenmüller*, NJW 2004, 3455 (3457); *Herchen*, ZInsO 2004, 825 (829); *Smid*, DZWIR 2004, 397 (411); *Huber*, in: *Lorenz* (Hrsg.), FS Heldrich, 2005, S. 679 (687); *Herchen*, ZIP 2005, 1401 (1403); *Smid*, DZWIR 2005, 64 (65); *Knoff/Mock*, ZIP 2006, 189 (191); *Schilling/Schmidt*, ZInsO 2006, 113 (115); *Mankowski*, BB 2006, 1753 (1757); *Bachner*, ECFR 2006, 310 (321); *Poertzen/Adam*, ZInsO 2006, 505 (509); *Freitag/Leible*, RIW 2006, 641 (650); *Mankowski*, KTS 2009, 453 (459); in diesem Sinne auch *Weller*, ZGR 2008, 835 (858 Fn. 158); *Thomas*, S. 96; *Turck*, S. 89 f.; *Wyen*, S. 147 ff.; *Fuchs*, S. 520 ff.

nicht rechtswidrig¹⁰⁰¹. Würde eine Rückwirkung des Eröffnungsbeschlusses angenommen, käme es zu erheblichen Rechtsunsicherheiten, da bspw. das deutsche Gericht nicht wüsste, ob ein durch die Rückwirkungsfiktion vorrangiges Insolvenzverfahren nach englischem Recht überhaupt eröffnet würde¹⁰⁰². Das später angerufene Gericht könnte Verfahrenskonflikte nur vermeiden, indem es die eigene Entscheidung verzögert oder das Verfahren aussetzt¹⁰⁰³. Dies steht aber im Widerspruch zu dem in den Erwägungsgründen 2 und 8 EuInsVO genannten Zielen einer effektiven und effizienten Verfahrensabwicklung¹⁰⁰⁴. Die Anwendung des nationalen Rechts muss für die Eröffnung des Verfahrens im Sinne der EuInsVO ohne Bedeutung sein.

Die Rückwirkung bezieht sich nicht auf die Eröffnung an sich und ist auch keine Voraussetzung dafür, sondern ist vielmehr eine Rechtsfolge der Verfahrenseröffnung¹⁰⁰⁵. Bei der Anordnung der Rückwirkung geht es darum, die Effekte der Eröffnung auf den Zeitpunkt der Antragstellung zurückzubeziehen, also z. B. die Zeitpunkte für die Bestimmung der Insolvenzanfechtungsfristen¹⁰⁰⁶. Die Anordnung einer Rückwirkung wird daher auch als „Taschenspielertrick“ bezeichnet¹⁰⁰⁷. In Deutschland wird dieses Problem durch eine andere Bestimmung des Berechnungszeitpunkts gelöst: die §§ 129 ff. InsO stellen für die Rückberechnung der Anfechtungsfristen darauf ab, wann der Insolvenzantrag gestellt wurde. Auf den Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung, der Monate später liegen kann, kommt es daher nicht an. Da das englische und das irische System eine andere Struktur als viele andere Rechtsordnungen aufweisen, hat die Rückwirkung nach diesen Rechtsordnungen eine wichtige Bedeutung. Selbst der Supreme Court of Ireland zeigt, dass es bei der Rückwirkung (in diesem Fall nach s. 220 Abs. 2 des irischen Companies Act) darum geht, den Handlungen des Verwalters von Anfang an Wirksamkeit zu verleihen¹⁰⁰⁸, und spricht selbst davon, dass das Verfahren, soweit „es das irische Recht betrifft“, zum Zeitpunkt der Antragstellung als eröffnet gilt¹⁰⁰⁹. Auch die Formulierung „shall be deemed“ zeigt, dass es sich um eine verfahrensrechtliche Fiktion handelt, die der Abwicklung des Verfahrens und der Bildung eines Bezugspunktes dient. Das bedeutet, dass ein erhebliches Konfliktpotenzial, das für einige Missstimmung gesorgt hat, de jure gar nicht besteht und nur aus dem fehlenden Überblick über die Gesamtstruktur und Funktionsweise einer fremden Rechtsordnung herrührt. Selbst in der englischen

1001 Eidenmüller, NJW 2004, 3455 (3457); Huber, in: Lorenz (Hrsg.), FS Heldrich, 2005, S. 679 (687); Schilling/Schmidt, ZInsO 2006, 113 (115); Mankowski, BB 2006, 1753 (1757); Poertzen/Adam, ZInsO 2006, 505 (509); Freitag/Leible, RIW 2006, 641 (650); Huber, in: Gottwald/Huber (Hrsg.), Europ. InsR., 2008, S. 1 (12); Geroldinger, euro.lexunited 2007/3 unter 4.5.

1002 Huber, in: Lorenz (Hrsg.), FS Heldrich, 2005, S. 679 (687); Huber, in: Gottwald/Huber (Hrsg.), Europ. InsR., 2008, S. 1 (13); Freitag/Leible, RIW 2006, 641 (650); Schilling/Schmidt, ZInsO 2006, 113 (115); vgl. auch Eidenmüller, NJW 2004, 3455 (3457).

1003 Herchen, ZIP 2005, 1401 (1403).

1004 Herchen, ZIP 2005, 1401 (1403).

1005 Schilling/Schmidt, EWIR 2006, 15 (16); ähnlich auch Bachner, ECFR 2006, 310 (321). Vgl. auch Paulus, Europäische Insolvenzverordnung, 4. Aufl. (2013), Art. 16 Rn. 7; Turck, S. 90.

1006 Smid, DZWIR 2005, 64 (65); Moss, Insolv. Int. 2008, 33 (38); Turck, S. 90.

1007 Huber, in: Gottwald/Huber (Hrsg.), Europ. InsR., 2008, S. 1 (35).

1008 Supreme Court of Ireland, Beschl. v. 27.07.2004 – C 341/04, ZInsO 2005, 159 (164).

1009 Supreme Court of Ireland, Beschl. v. 27.07.2004 – C 341/04, ZInsO 2005, 159 (165).

Fachliteratur wird der Rückwirkungsfiktion keine Bedeutung für die Frage einer anerkennungsfähigen Entscheidung zuerkannt¹⁰¹⁰.

Für die notwendige Rechtssicherheit im Bereich der grenzüberschreitenden Kompetenzkonflikte kann die Rückwirkungsfiktion keine Bedeutung haben. Die Lösung der Frage muss vielmehr unabhängig vom nationalen Recht durch eine Auslegung der Verordnung gefunden werden¹⁰¹¹. Dies bedeutet aber, dass jeder Unsicherheitsfaktor so gut wie möglich vermieden werden muss, um rasch zu einer eindeutigen Zuordnung der internationalen Zuständigkeit für das Insolvenzverfahren zu kommen. Einer nationalen Rückwirkungsvorschrift kann daher keine eigenständige Bedeutung zukommen.

d. Beendigung des positiven Kompetenzkonflikts

Der positive Kompetenzkonflikt bietet in der Praxis den am häufigsten bekannt gewordenen Konfliktfall. Um diese Fälle zu lösen, würde ein Vorabentscheidungsverfahren zur Klärung der Zuständigkeit zu lange dauern¹⁰¹². Und Art. 26 EuInsVO bietet keine Handhabe für die Versagung der Anerkennung, wenn es zum positiven Kompetenzkonflikt kommt¹⁰¹³. Der deutsche Gesetzgeber hat aber für den Fall des positiven Kompetenzkonflikts Vorsorge getroffen.

Nach Art. 102 § 3 Abs. 1 S. 1 EGIInsO ist ein Eröffnungsantrag unzulässig, solange ein eröffnetes Hauptverfahren in einem anderen Mitgliedstaat anhängig ist, nötigenfalls soll der deutsche Richter in Anwendung des Art. 102 § 3 EGIInsO das bei ihm beantragte Verfahren aussetzen, bis das zuerst angerufene Gericht seine Entscheidung gefällt hat¹⁰¹⁴. Damit ist jedoch nur für den Fall der Kenntnis vom ausländischen Verfahren Vorsorge getroffen. Wird das deutsche Verfahren doch eröffnet, darf es nach S. 2 nicht weitergeführt werden. Für ein erforderlich werdendes Rechtsmittel ist nach S. 3 dann sogar der ausländische Insolvenzverwalter – ausnahmsweise – beschwerdebefugt.

Nach der Rechtsprechung des BGH sind prioritätswidrige Verfahrenseröffnungen schwebend unwirksam¹⁰¹⁵. In der Folge ist gem. Art. 102 § 4 Abs. 1 EGIInsO ausdrücklich die Einstellung des Insolvenzverfahrens vorgesehen, was in der Praxis auch

1010 Moss/Smith, in: Moss/Fletcher/Isaacs (Hrsg.), The EC regulation on insolvency proceedings, 2. Aufl. 2009, Kap. 8 Rn. 8.71.

1011 AG Mönchengladbach, Beschl. v. 27.04.2004 – 19 IN 54/04, NZI 2004, 383 (383); zustimmend Huber, in: Lorenz (Hrsg.), FS Heldrich, 2005, S. 679 (687); Huber, Gottwald/Huber (Hrsg.), Europ. InsR., 2008, S. 1 (13); Moss, Insolv. Int. 2008, 33 (38).

1012 So auch Kindler, in: Heinrichs/Rebmann/Säcker (Hrsg.), MünchKomm-BGB, Bd. 11, 6. Aufl. 2015, Art. 3 EuInsVO Rn. 44.

1013 Laukemann, RIW 2005, 104 (106); anders Duursma-Kepplinger, in: Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky (Hrsg.), EuInsVO, 2002, Art. 3 Rn. 17.

1014 AG München, Beschl. v. 05.02.2007 – 1503 IE 4371/06, ZIP 2007, 495 (496); Paulus, Europäische Insolvenzverordnung, 4. Aufl. (2013), Art. 3 Rn. 2; siehe auch Moss, Insolv. Int. 2008, 33 (39).

1015 BGH, Beschl. v. 29.05.2008 – IX ZB 102/07, BGHZ 177, 12 (20), m. krit. Anm. Eckardt, ZZP 122 (2009), 345. Siehe auch BGH, Beschl. v. 29.05.2008 – IX ZB 103/07, ZIP 2008, 2029 (2031 f.).

umgesetzt wird¹⁰¹⁶. Bei einer Einstellung nach Art. 102 § 4 Abs. 1 EGIInsO bleiben Handlungen des Insolvenzverwalters nach Art. 102 § 4 Abs. 2 S. 2 EGIInsO wirksam¹⁰¹⁷.

3. Der negative Kompetenzkonflikt

a. Das Problem

Der negative Kompetenzkonflikt ist dadurch gekennzeichnet, dass sich mindestens zwei Gerichte für international unzuständig erklären, obwohl eines von ihnen für den Fall tatsächlich international zuständig ist. Sieht ein angerufenes Gericht sich nach eigener Überprüfung der Tatsachen aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen als nach Art. 3 Abs. 1 EuInsVO international unzuständig an, wird es die Eröffnung des Hauptverfahrens ablehnen. Es kann in der Folge vorkommen, dass auch das Gericht des zweiten Mitgliedstaates sich für international unzuständig erklärt, weil der Schuldner nach Auffassung dieses Gerichts sein COMI in einem anderen Mitgliedstaat hat. Das Resultat ist, dass sich kein Gericht berufen fühlt, das Hauptinsolvenzverfahren durchzuführen. Besonders problematisch wird es, wenn der Antragsteller einen der abweisenden Beschlüsse in Rechtskraft erwachsen lässt. Denn soweit sich die Tatsachen nicht ändern, steht einem erneuten Antrag die Rechtskraft des abweisenden Beschlusses entgegen, weshalb es letztlich zu einer endgültigen Rechtsverweigerung kommen kann¹⁰¹⁸.

Hat das Erstgericht sich für international unzuständig erklärt, so ist diese Entscheidung wegen des Grundsatzes des gegenseitigen Vertrauens anzuerkennen, und das Zweitgericht kann nicht mit der Begründung, das Erstgericht sei zuständig, seine eigene Zuständigkeit ablehnen¹⁰¹⁹. Dem Zweitgericht steht es aber frei, seine eigene internationale Zuständigkeit abzulehnen und ein drittes Gericht für zuständig zu erachten¹⁰²⁰, was ausdrücklich in Art. 102 § 3 Abs. 2 EGIInsO seinen Niederschlag gefunden hat. Notwendig ist aber die Rechtskraft des ablehnenden Beschlusses, weil an-

1016 Z. B. schon früh *AG Düsseldorf*, Beschl. v. 12.03.2004 – 502 IN 126/03, IPRax 2004, 431. Vgl. auch *AG München*, Beschl. v. 05.02.2007 – 1503 IE 4371/06, ZIP 2007, 495.

1017 Das bringt in der Praxis freilich im Rahmen der bezweckten Rechtssicherheit Folgeprobleme, insbesondere wenn aus Handlungen des Verwalters Ansprüche gegen die Masse entstanden sind, vgl. *Fehrenbach*, IPRax 2009, 51. Nach *BGH*, Beschl. v. 29.05.2008 – IX ZB 102/07, BGHZ 177, 12 (20), ist Art. 102 § 4 Abs. 2 EGIInsO unanwendbar, wenn die zweite Entscheidung in Kenntnis des zuvor eröffneten Verfahrens ergangen ist. Zust. *Fehrenbach*, IPRax 2009, 51 (53 f.), der aber über die Anwendung der Vorschriften über das Sekundärinsolvenzverfahren zu einem Vertrauensschutz kommt.

1018 *Carstens*, S. 101; *Vallender*, KTS 2005, 283 (298 f.).

1019 *Kindler*, in: *Heinrichs/Rebmann/Säcker* (Hrsg.), MünchKomm-BGB, Bd. 11, 6. Aufl. 2015, Art. 3 Rn. 52; *Reinhart*, in: *Kirchhof* (Hrsg.), MünchKomm-InsO, Bd. 4, 3. Aufl. 2016, Art. 3 EuInsVO Rn. 76 f.

1020 *Carstens*, S. 101; *Kindler*, in: *Heinrichs/Rebmann/Säcker* (Hrsg.), MünchKomm-BGB, Bd. 11, 6. Aufl. 2015, Art. 3 Rn. 52; *Reinhart*, in: *Kirchhof* (Hrsg.), MünchKomm-InsO, Bd. 4, 3. Aufl. 2016, Art. 3 EuInsVO Rn. 76.

sonsten das Zweitgericht aufgrund einer nicht rechtskräftigen Entscheidung des Erstgerichts seine Zuständigkeit annehmen müsste¹⁰²¹. Der – ggf. durch das Rechtsmittelgericht zu behebende – Fehler würde sich sonst fortsetzen, ohne dass eine Möglichkeit bestünde, diesen Fehler zu beheben und eine Entscheidung durch das international zuständige Gericht zu treffen.

Von solchen (Fehl-)Entscheidungen der Gerichte kann insbesondere der Schuldner im Einzelfall – zunächst – profitieren. Denn es kommt zu keiner Verfahrenseröffnung und die verstrichene Zeit bis zur tatsächlichen Verfahrenseröffnung kann – abhängig von der konkreten Ausgestaltung der Anknüpfungspunkte nach der *lex fori concursus* – bewirken, dass Anfechtungsfristen für die Insolvenzanfechtung oder die entsprechenden Verjährungsfristen verstreichen¹⁰²². Andererseits kann ein Schuldner, der ein Insolvenzverfahren durchführen möchte, vor die Aufgabe gestellt sein, überhaupt ein zuständiges Gericht zu finden, das sich für international zuständig erklärt. Während es bei natürlichen Personen in den meisten Fällen des negativen Kompetenzkonflikts „nur“ zu einer zeitlichen Verzögerung kommen wird, stellt dieser Konflikt die zur Stellung eines Insolvenzantrags Verpflichteten unter Umständen vor erhebliche Probleme. Nach der jeweiligen *lex fori concursus*, die zur Anwendung kommen könnte und sollte, kann es zu mehr oder weniger strengen Haftungs- und Strafbarkeitsrisiken kommen. Nach deutschem Recht hängt z. B. die Strafbarkeit von Organen juristischer Personen nach § 15a Abs. 4 InsO von einer rechtzeitigen Antragstellung ab. In anderen Staaten könnten sich solche Pflichten auch auf Insolvenzverfahren natürlicher Personen erstrecken. Dem auftretenden Haftungs- und Strafbarkeitsrisiko wird jedenfalls auf der Ebene des Verschuldens zugunsten des Schuldners Rechnung zu tragen sein¹⁰²³.

b. Lösungsmöglichkeiten

Eine eigenständige Regelung zur Lösung des negativen Kompetenzkonfliktes sieht die EuInsVO nicht vor¹⁰²⁴, denn theoretisch soll das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Schuldners am Ort seines COMI eröffnet und durchgeführt werden. Die Zuordnung des COMI ist – theoretisch – eindeutig, sodass das zuständige Gericht das Verfahren eröffnen und durchführen kann. Es bieten sich jedoch mehrere Möglichkeiten an, um einen negativen Zuständigkeitskonflikt aufzulösen.

1021 A. A. Reinhard, in: Kirchhof (Hrsg.), MünchKomm-InsO, Bd. 4, 3. Aufl. 2016, Art. 3 EuInsVO Rn. 77.

1022 Z. B. für den Fall, dass das nationale Recht die Anfechtungsfrist nicht wie das deutsche Recht an den Eröffnungsantrag knüpft, sondern an die Verfahrenseröffnung, vgl. Art. L631-8 Code de commerce.

1023 So zu Recht für die Haftungssituation von Gesellschaftern Reinhard, in: Kirchhof (Hrsg.), MünchKomm-InsO, Bd. 4, 3. Aufl. 2016, Art. 3 EuInsVO Rn. 76. Nötigenfalls solle das Gericht einen Hinweis erteilen, dass es sich für unzuständig hält und ein paralleler Antrag bei dem Gericht eines anderen Mitgliedstaates zweckdienlich wäre.

1024 Vgl. Mair, ZIK 2008, 83 (87); Mankowski, in: Arbeitskreis für Insolvenzwesen Köln e.V. (Hrsg.), Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 3. Aufl. 2009, Kapitel 47 Rn. 20.

aa. Internationale Verweisung

Zur Lösung eines negativen Kompetenzkonflikts wird eine internationale Verweisung in Betracht gezogen¹⁰²⁵. Im deutschen Recht ist die Verweisung ans sachlich und örtlich zuständige Gericht z. B. in § 281 ZPO geregelt, der über § 4 InsO auch für Insolvenzverfahren gilt.

Die EuInsVO enthält zwar keine ausdrückliche Regelung der internationalen Verweisung. Dennoch wird sie vereinzelt für möglich erachtet – wenn auch unter der Klarstellung, dass ihr keine Bindungswirkung zukommen kann¹⁰²⁶. Eine Bindungswirkung widerspreche dem Geist der EuInsVO, denn Erwägungsgrund Nr. 3 sehe Koordinierungsmaßnahmen in Bezug auf das Vermögen des Schuldners vor¹⁰²⁷. Auch die Erwägungsgründe Nr. 8 und 22 sprechen für die Möglichkeit einer internationalen Verweisung, denn der Vertrauensgrundsatz gebietet, davon auszugehen, dass ein Insolvenzgericht weder willkürlich Verfahren an sich zieht noch diese abgibt¹⁰²⁸. Obendrein ermöglicht die Koordination der Verfahren einen besseren Ablauf auch im Sinne der Schuldner¹⁰²⁹.

Eine solche Verweisung wird jedoch zu Recht als unzulässig angesehen¹⁰³⁰. Ihr stünden, etwa im Bereich des Kostenrechts und der formalen Verfahrensvoraussetzungen, etliche Hürden im Weg¹⁰³¹.

bb. Rechtsmittelverfahren

Zur Auflösung des negativen Kompetenzkonflikts kann der Antragsteller nach dem jeweiligen nationalen Verfahrensrecht Rechtsmittel gegen die ablehnende Entscheidung einlegen. Fehlerhafte Abweisungen mangels COMI sind in der Vergangenheit durchaus aufgehoben worden¹⁰³². Damit kann er die Rechtskraft dieser Ablehnungsentscheidung vermeiden und die Eröffnung in diesem Mitgliedstaat erzwingen – vorausgesetzt, das COMI liegt tatsächlich dort. Diesen Weg wird der Antragsteller v.a. dann beschreiten, wenn das gem. Art. 4 Abs. 1 EuInsVO anzuwendende nationale Recht für ihn aus seiner Sicht besonders günstig ist.

1025 *McGuire*, ZfRv 2005, 83 (83).

1026 *AG Hamburg*, Beschl. v. 09.05.2006 – 67c IN 122/06, ZIP 2006, 1105 (1107); *Schmidt*, ZIP 2007, 405 (406); *Geimer*, in: *Bammer/Holzinger/Vogl u. a.* (Hrsg.), FS Machacek und Matscher, 2008, S. 743, erachtet dies als „kreative“ Rechtsprechung, die vor dem EuGH kaum Erfolgsaussichten haben wird. Kritisch auch *Wagner*, EWIR 2006, 433 (434), der auf die fehlende Kompetenz hinweist. Das *OLG Linz*, Beschl. v. 07.09.2004 – 2 R 160/04v, ZIK 2004, 178, hält eine internationale Verweisung ebenfalls für sinnvoll.

1027 *AG Hamburg*, Beschl. v. 09.05.2006 – 67c IN 122/06, ZIP 2006, 1105 (1107).

1028 *AG Hamburg*, Beschl. v. 09.05.2006 – 67c IN 122/06, ZIP 2006, 1105 (1107).

1029 *AG Hamburg*, Beschl. v. 09.05.2006 – 67c IN 122/06, ZIP 2006, 1105 (1107).

1030 *Vallender*, KTS 2005, 283 (298); *Carstens*, S. 101; *Smid*, DZWIR 2005, 64 (67); *Wagner*, EWIR 2006, 433 (434); *Mankowski*, in: *Arbeitskreis für Insolvenzwesen Köln e.V.* (Hrsg.), *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, 3. Aufl. 2009, Kapitel 47 Rn. 20.

1031 Vgl. die Beispiele bei *McGuire*, ZfRv 2005, 83 (85), zu allgemeinen Zivilrechtsstreitigkeiten.

1032 Z. B. *BGH*, Beschl. v. 21.06.2012 – IX ZB 287/11, ZInsO 2012, 1491 (1492).

Des Weiteren lässt sich nicht gänzlich vermeiden, dass auch das Rechtsmittelgericht zu dem Ergebnis kommt, die internationale Zuständigkeit bestehe nicht. Erwächst eine abweisende Entscheidung in Rechtskraft, kann es im Einzelfall sinnvoll sein, einen erneuten Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu stellen, wenn sich eine Änderung des Sachverhalts ergeben hat und sich damit die Tatsachengrundlage für die Beurteilung der internationalen Zuständigkeit geändert hat. Dies kann bspw. dann der Fall sein, wenn der Schuldner nunmehr geraume Zeit an seinem neuen gewöhnlichen Aufenthalt verbracht hat und sein COMI definitiv dort liegt.

Wird in der Rechtsmittelinstanz das Verfahren doch eröffnet, zeigt sich ein weiterer Nachteil des negativen Kompetenzkonflikts, den sich einzelne Gläubiger und/oder der Schuldner zunutze machen können. Die verlorene Zeit bis zur tatsächlichen Eröffnung des Verfahrens kann für die Frage einer etwaigen Insolvenzanfechtung entscheidend sein. Möglicherweise sind nämlich durch den Zeitablauf Rechtshandlungen, die anfechtbar gewesen wären, nicht mehr anfechtbar, weil zwischenzeitlich die Frist verstrichen ist. Da das deutsche Recht die Anfechtungsfrist an die Stellung des Insolvenzantrags koppelt, ist dies für ein deutsches Verfahren nicht weiter schädlich. Wird hingegen die Insolvenzanfechtung an die Verfahrenseröffnung geknüpft, kann die Anfechtungsfrist verstrichen sein¹⁰³³, soweit nicht die *lex fori concursus* z. B. mittels einer Rückwirkungsfiktion eine zeitliche Vorverlagerung des nach der *lex fori concursus* maßgeblichen Zeitpunkts ermöglicht. Im Hinblick auf die typischerweise fehlende Masse ist der Verlust von Anfechtungsansprüchen überaus bedauerlich, besonders wenn der Schuldner Vermögen an nahestehende Personen verschoben hat.

Angesichts der mit einem Rechtsmittelverfahren verbundenen zeitlichen Verzögerung ist die Auflösung eines negativen Kompetenzkonflikts erst im Rechtsmittelverfahren wenig erstrebenswert.

c. Beendigung des negativen Kompetenzkonflikts

Der negative Zuständigkeitskonflikt ist vergleichsweise schnell beendet. Es muss ein Insolvenzgericht die internationale Zuständigkeit bejahen. Welches Gericht das eröffnende sein soll, ist damit noch nicht geklärt. Der deutsche Gesetzgeber hat für diese Fälle darüber hinaus mit Art. 102 § 3 Abs. 2 EGI_{InsO} ausdrücklich eine Vorkehrung getroffen. Wenn ein ausländisches Gericht die Eröffnung des Verfahrens abgelehnt hat, weil das COMI des Schuldners in Deutschland belegen sei, darf nach dieser Vorschrift ein deutsches Gericht die Eröffnung eines Hauptinsolvenzverfahrens nicht mit der Begründung ablehnen, die Gerichte des anderen Mitgliedstaates seien international zuständig. Damit wird verhindert, dass der Antragsteller (gleich, ob Schuldner oder Gläubiger) auf lange Sicht rechtsschutzlos gestellt wird, weil ein Insolvenzverfahren aus Zuständigkeitsüberlegungen nicht eröffnet werden kann. Dem Schuldner wie auch den Gläubigern steht unter den konkreten Voraussetzungen der *lex fori concur-*

¹⁰³³ Vgl. Art. L631-8 Code de commerce.

sus die Möglichkeit eines Rechtsmittels gegen die abweisende Entscheidung zur Verfügung.

4. Verhinderung von Kompetenzkonflikten durch Kommunikation und Kooperation

Neben den bereits skizzierten Lösungsmöglichkeiten für bereits aufgetretene Kompetenzkonflikte ist es aus verfahrensökonomischen Gründen sinnvoll, diese Konflikte bereits von vornherein zu vermeiden. Denn sie verursachen enormen Aufwand, insbesondere wenn in mehreren Mitgliedstaaten Rechtsmittelverfahren betrieben werden müssen. Dass bis zu diesem Zeitpunkt viel Zeit verstrichen sein wird und vor allem mit hoher Wahrscheinlichkeit viel Vermögen des Schuldners verbraucht sein wird, liegt auf der Hand. Darüber hinaus kann erst verhältnismäßig spät das Schuldnervermögen verwertet werden.

Zur Vermeidung von Kompetenzkonflikten ist vor allem eine Kommunikation zwischen den Beteiligten (insbesondere Gerichten und – vorläufigen – Insolvenzverwaltern) wichtig¹⁰³⁴. Während die Kooperation zwischen den Insolvenzverwaltern von Haupt- und Sekundärinsolvenzverfahren bereits in Art. 31 EuInsVO geregelt ist, ist eine ausdrückliche Kooperationspflicht der Gerichte nicht vorgesehen, aber überaus zweckdienlich¹⁰³⁵. Gerade bei Eröffnungsentscheidungen können die Gerichte sich über ihre Verfahrensergebnisse austauschen und so mögliche Widersprüche im Tatsachenvortrag der beteiligten Antragsteller finden. Probleme können sich nur aus dem nationalen Recht ergeben, das den Insolvenzrichtern diese Kommunikation wegen Verschwiegenheitspflichten untersagt. Wird aber auf europäischer Ebene eine solche Kooperationspflicht geschaffen, kann auch dieses Problem behoben werden. Denn die Pflicht zur Kooperation hat zur Folge, dass der Richter auch kooperieren darf¹⁰³⁶.

Ein besonders gutes Mittel zur Vermeidung von Kompetenzkonflikten, das noch dazu *de lege lata* unproblematisch erlaubt ist, ist die Begründung von Entscheidungen gerade im Hinblick auf die internationale Zuständigkeit. Sei es die Eröffnung, sei es deren Ablehnung – mit einer ausgiebigen Begründung der Entscheidung darf das Insolvenzgericht eine hohe Akzeptanz durch die ausländischen Gerichte erwarten. Denn diese können erkennen, dass das Gericht sich eingehend mit dem Sachverhalt und den betroffenen Rechtsfragen beschäftigt hat und welche Gründe für die Entscheidung relevant waren. Für Eröffnungsbeschlüsse ist dies in Art. 102 § 2 EGIinsO ausdrücklich vorgesehen, aber auch für die Ablehnung der Verfahrenseröffnung ist es sinnvoll. Fehlt die Begründung, ist darin jedoch kein gravierender Mangel der Entscheidung zu sehen¹⁰³⁷, der etwa zu ihrer Unwirksamkeit führen würde.

1034 *Konecny*, NZI 2008, 416 (417); *Zenker*, NJ 2010, 159 (160); siehe auch *Reuß*, S. 338.

1035 *High Court of Justice London*, Beschl. v. 11.02.2009 – [2009] EWHC 206 (Ch), ZIP 2009, 578, m. Anm. *Mankowski*, NZI 2009, 451; *Paulus*, EWIR 2009, 177. Siehe auch ausführlich *Vallender*, IILR 2011, 309.

1036 Dazu mehr unter F. I. 2.

1037 *Wehdeking*, DZWIR 2003, 133 (136).

Begründet das Gericht seine Entscheidung, hat dies auch den Vorteil, dass weitere Verfahrensbeteiligte z. B. die der Entscheidung zugrunde liegenden Tatsachen erkennen und bewerten können, Täuschungsversuche entdecken, Tatsachen ergänzen oder substantiiert bestreiten können und so ein ggf. erforderlich werdendes Rechtsmittel leichter und zielgerichteter begründen können.

IV. Der Vorbehalt des ordre public gem. Art. 26 EuInsVO

1. Voraussetzungen des Art. 26 EuInsVO

Wenn auch die Eröffnungsentscheidung nach Art. 16 EuInsVO und die Nebenentscheidungen nach Art. 25 EuInsVO grundsätzlich ohne weitere Förmlichkeiten anzuerkennen sind, gilt dies nicht uneingeschränkt. Mit Art. 26 EuInsVO existiert eine Ausnahme von der Pflicht zur Anerkennung der ausländischen Entscheidung, soweit sie offensichtlich im Widerspruch zu der öffentlichen Ordnung steht. Art. 26 EuInsVO lautet:

Art. 26 Ordre Public

Jeder Mitgliedstaat kann sich weigern, ein in einem anderen Mitgliedstaat eröffnetes Insolvenzverfahren anzuerkennen oder eine in einem solchen Verfahren ergangene Entscheidung zu vollstrecken, soweit diese Anerkennung oder diese Vollstreckung zu einem Ergebnis führt, das offensichtlich mit seiner öffentlichen Ordnung, insbesondere mit den Grundprinzipien oder den verfassungsmäßig garantierten Rechten und Freiheiten des einzelnen, unvereinbar ist.

Die Berufung auf den ordre-public-Vorbehalt des Art. 26 EuInsVO kann sich je nach Handhabung als massives Anerkennungshindernis darstellen. Hierin besteht eine Möglichkeit, fehlerhaft auf Art. 3 Abs. 1 EuInsVO gestützten Eröffnungsentscheidungen und Folgeentscheidungen des Insolvenzgerichts i. S. d. Art. 25 EuInsVO ihrer Wirkung wenigstens in den anderen Mitgliedstaaten zu berauben und auf diese Art und Weise einem aus Sicht der Gläubiger und des Ordnungsgebers unerwünschten *forum shopping* und Restschuldbefreiungstourismus des Schuldners einen Riegel vorzuschieben.

Art. 26 EuInsVO ist europarechtlich geprägt und dementsprechend autonom europarechtlich zu interpretieren und anzuwenden¹⁰³⁸. Bei der Anwendung geht es um die Überprüfung der ausländischen Entscheidung im Hinblick auf ihr konkret mit der Anerkennung erzieltetes Ergebnis, nicht um die Überprüfung der Entscheidung selbst¹⁰³⁹.

Voraussetzung für die Anwendung des Art. 26 EuInsVO ist, dass es sich um eine Eröffnungsentscheidung i. S. d. Art. 3 EuInsVO oder um eine sonstige Entscheidung

1038 *EuGH*, Urt. v. 02.05.2006 – Rs. C-341/04, Slg. 2006, 3813, Rn. 31; *Mankowski*, BB 2006, 1753 (1758); *Mankowski*, KTS 2011, 185 (192).

1039 *Kindler*, in: *Heinrichs/Rebmann/Säcker* (Hrsg.), MünchKomm-BGB, Bd. 11, 6. Aufl. 2015, Art. 26 Rn. 11; *Mankowski*, KTS 2011, 185 (189).

im Sinne des Art. 25 EuInsVO handelt. Diese Entscheidung soll einen hinreichenden Inlandsbezug aufweisen, also inländisch geschützte Interessen berühren¹⁰⁴⁰.

Die Anerkennung dieser Entscheidung muss zu einem Ergebnis führen, das mit der öffentlichen Ordnung des Anerkennungsstaates, insbesondere mit den Grundprinzipien oder den verfassungsmäßig garantierten Rechten und Freiheiten des einzelnen, nicht vereinbar ist¹⁰⁴¹.

Liegt ein Verstoß gegen die öffentliche Ordnung vor, muss dieser in einem nicht mehr hinnehmbaren Gegensatz zur Rechtsordnung des Vollstreckungsstaates stehen, also eine dort als wesentlich geltende Rechtsnorm oder ein als grundlegend anerkanntes Recht verletzen¹⁰⁴².

Dabei betrifft der Vorbehalt des *ordre public* lediglich den verfahrensrechtlichen, nicht den kollisionsrechtlichen *ordre public*¹⁰⁴³.

2. Die Anwendung des Art. 26 EuInsVO

a. Restriktive Anwendung und Prüfung von Amts wegen

aa. Die restriktive Anwendung des Art. 26 EuInsVO

Bei der Anwendung des *ordre public* besteht die Gefahr einer gespaltenen Anerkennung und Umsetzung der Entscheidung in Europa¹⁰⁴⁴. Würde der Vorbehalt sehr weit ausgelegt, wäre ein gemeinsamer Raum für grenzüberschreitende Insolvenzverfahren in Europa de facto nicht mehr existent¹⁰⁴⁵. Es hinge von sehr vielen Detailfragen ab, ob die Entscheidung anerkannt wird oder nicht. Der Anerkennungsmechanismus der Art. 16, 17 und 25 EuInsVO würde auf diesem Wege weitgehend ausgehöhlt. Die mit der EuInsVO angestrebte Rechtssicherheit wäre verloren. Es käme vielmehr zur Zersplitterung innerhalb Europas, weil bei einer streitigen internationalen Zuständigkeit die Eröffnung von mehreren Hauptverfahren mit all den daraus entstehenden Folgeproblemen nicht auszuschließen wäre. Denn nicht jedes Gericht und jede Behörde in

1040 Kemper, ZIP 2001, 1609 (1614); Duursma-Kepplinger, in: Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky (Hrsg.), EuInsVO, 2002, Art. 26 Rn. 3; Spellenberg, Stoll/Karatzenis (Hrsg.), Stellungnahmen und Gutachten, 1992, 1992, S. 183 (191); Kindler, in: Heinrichs/Rebmann/Säcker (Hrsg.), MünchKomm-BGB, Bd. 11, 6. Aufl. 2015, Art. 26 Rn. 5. Wenner/Schuster, in: Wimmer/Ahrens (Hrsg.), FK-InsO, 8. Aufl. 2015, Art. 26 Rn. 6, wonach der gewöhnliche Aufenthalt eines Verfahrensbeteiligten im Anerkennungsstaat genügt. A. A. Mankowski, KTS 2011, 185 (189), dem es genügt, dass die Entscheidung im Anerkennungsstaat überhaupt anerkannt werden soll.

1041 Zu den einzelnen Verstößen sogleich unter D.IV.2.b.

1042 EuGH, Urt. v. 02.05.2006 – Rs. C-341/04, Slg. 2006, 3813 (I-3854 Rn. 63); EuGH, Urt. v. 28.03.2000 – Rs. C-7/98, Slg. 2000, 1935, Rn. 23, 3; Kindler, in: Heinrichs/Rebmann/Säcker (Hrsg.), MünchKomm-BGB, Bd. 11, 6. Aufl. 2015, Art. 26 Rn. 20. Ähnl. OLG Wien, Beschl. v. 09.11.2004 – 28 R 225/04w, NZI 2005, 56 (59); Adam, S. 85.

1043 Mankowski, KTS 2011, 185 (187 f.).

1044 Mankowski, KTS 2011, 185 (189). Vgl. allgemein zum europäischen Zivilverfahrensrecht Basedow, in: Coester/Martiny/Sachsen Gessaphe (Hrsg.), FS Sonnenberger, 2004, S. 291 (299 f.).

1045 Konecny, in: Kodek/Konecny (Hrsg.), Insolvenz-Forum 2007, 2008, S. 103 (108).

jedem Mitgliedstaat muss sich auf den *ordre public* berufen. Wenn nunmehr jede zur Anerkennung berufene Institution ihr eigenes Rechtsverständnis zugrunde legt und nationale Maßstäbe ansetzt, wäre eine gleichmäßige Anwendung nicht gewährleistet.

Sollen die Eröffnungsentscheidungen und die darauf basierenden Handlungen der verschiedenen Insolvenzverwalter sowie die Folgeentscheidungen der Gerichte anerkannt werden und geschieht dies nicht einheitlich, würde eine solche „zersplitterte Anerkennung“ zu einer noch weiter gehenden Zersplitterung der Verfahren führen, wenn es sich um ein Verfahren mit europaweitem Bezug handelt. Gerade dies sollte aber durch die Vereinheitlichung des Kollisionsrechts mittels der EuInsVO vermieden werden. Würde Art. 26 EuInsVO weit gehandhabt, kämen viele Folgefragen auf. Zu denken ist etwa an die bereits angesprochene parallele Durchführung zweier Hauptverfahren, die ihrerseits um den Vorrang in dritten Mitgliedstaaten ringen müssen¹⁰⁴⁶. Diese Konstellation wird auch bei einer restriktiven Handhabung des *ordre public* nicht völlig zu vermeiden sein. Die zu erwartenden praktischen Problemfälle sind dann allerdings in absoluten Zahlen deutlich geringer.

Es kann folglich dazu kommen, dass die insolvenzrechtlichen Entscheidungen trotz Art. 16 und 25 EuInsVO nicht in ganz Europa die gleiche Wirkung entfalten können. Um eine möglichst einheitliche Handhabung der insolvenzrechtlichen Entscheidungen zu erreichen, muss die einheitliche Anerkennung nach Art. 16 und 25 EuInsVO Priorität haben.

Hierzu bedarf es gerade auch einer möglichst einheitlichen Anwendung des Art. 26 EuInsVO. Es bedarf dazu zweier Bedingungen: Zum einen sind die Gerichte, deren Entscheidungen anerkannt werden sollen, dazu angehalten, möglichst klare und begründete Entscheidungen zu erlassen, um anerkennungsrechtliches Konfliktpotenzial von vornherein zu vermeiden¹⁰⁴⁷. Zum anderen muss der Vorbehalt des *ordre public* möglichst klare Konturen haben, um seine einheitliche Anwendung zu erreichen. Mit diesen beiden Bedingungen lassen sich „Ausreißer“, die für die meisten Anerkennungskonflikte verantwortlich sein dürften, zwar nicht völlig vermeiden. Die Anzahl der Anerkennungskonflikte lässt sich jedoch auf ein überschaubares und handhabbares Maß beschränken. Denn die Aufgabe des Art. 26 EuInsVO ist der Einsatz gegen massive Verstöße, die wesentliche Wertvorstellungen betreffen¹⁰⁴⁸, nicht jedoch die Überprüfung jeder einzelnen Entscheidung durch eine Vielzahl von staatlichen Stellen. Um dieser Aufgabe gerecht zu werden, ist die enge Interpretation des

1046 Vgl. die Kritik an AG Nürnberg, Beschl. v. 15.08.2006 – 8004 IN 1326 bis 1331/06, NZI 2007, 185 in der Sache Brochier bei Knof, ZInsO 2007, 629 (633 ff.); vgl. auch Duursma-Kepplinger, ZIP 2007, 896 (901); Hess/Pfeiffer S. 129.

1047 Dazu schon D.III.

1048 Graf, S. 304; Vallender, ZInsO 2009, 616 (619).

ordre public notwendig¹⁰⁴⁹. Seine Handhabung kann nur entsprechend restriktiv erfolgen. Auch wenn er oft ins Feld geführt wird, greift er in der Praxis kaum durch¹⁰⁵⁰.

Weitere Gründe für die restriktive Handhabung des *ordre public* sind das Vertrauen in die Gleichwertigkeit der verschiedenen Rechtsordnungen und das Vertrauen auf eine entsprechende Handhabung des Verfahrensrechts durch die Mitgliedstaaten¹⁰⁵¹. Dieses Vertrauen soll gestärkt werden, selbst wenn dies die Gefahr eines Missbrauchs beinhalten sollte¹⁰⁵². Dabei darf eines nicht übersehen werden: So wie dem Gericht im Staat der Verfahrenseröffnung vorgeworfen werden kann, es habe nicht sorgfältig geprüft oder „eigene“ Interessen verfolgt¹⁰⁵³, kann dies auch auf den zur Anerkennung berufenen Staat zutreffen. Der *ordre public* darf nicht dazu dienen, einer dem zur Anerkennung aufgeforderten Gericht nicht genehme Eröffnungs- oder Verfahrensentscheidung die Anerkennung zu verweigern¹⁰⁵⁴. Denn der gleiche Vorwurf kann sich auch gegen das zur Anerkennung berufene Gericht erheben lassen, das nicht hinnehmen will, dass der Schuldner eine wirksame – für das Gericht und die Gläubiger aber unwillkommene – Gestaltungsmöglichkeit genutzt hat. Eine das Vertrauen in die Entscheidung berücksichtigende Anwendung des *ordre public* kann solche Interpretationen in vielen Fällen vermeiden.

Eine restriktive Interpretation entspricht auch dem Willen des Verordnungsgebers. Gemäß Satz 4 des 22. Erwägungsgrundes zur EuInsVO sollen die Gründe für die Nichtanerkennung auf das „unbedingt notwendige Maß“ beschränkt werden. Das bedeutet eine erhebliche Stärkung des Grundsatzes des gegenseitigen Vertrauens, der direkt zuvor in Satz 3 seine ausdrückliche Betonung auch für die EuInsVO gefunden hat¹⁰⁵⁵. Das gegenseitige Vertrauen hat Vorrang vor Souveränitätsdenken, selbst wenn es im Einzelfall missbraucht werden kann¹⁰⁵⁶. Es ist der Grund dafür, dass im europä-

1049 So bereits der erläuternde Bericht von *Virgos/Schmit*, in: *Stoll* (Hrsg.), Vorschläge und Gutachten zum EuInsÜ, 1997, Nr. 204; *EuGH*, Urt. v. 02.05.2006 – Rs. C-341/04, Slg. 2006, 3813 (I-3876 Rn. 61); *OGH*, Beschl. v. 17.03.2005 – 8 Ob 135/04t, NZI 2005, 465 (466); *OLG Wien*, Beschl. v. 09.11.2004 – 28 R 225/04w, NZI 2005, 56 (59); *Laukemann*, RIW 2005, 104 (106 f.); *Freitag/Leible*, RIW 2006, 641 (645); *Moss*, *Insolv. Int.* 2006, 97 (101); *Hess/Laukemann/Seagon*, *IPRax* 2007, 89 (95); *Renger*, *VIA* 2011, 62 (63); *Hess/Laukemann/Seagon*, *IPRax* 2007, 89 (93); *Bariatti*, *RabelsZ* 73 (2009), 629 (643); *Tkatchenko*, S. 78; *Mankowski*, *KTS* 2011, 185 (186 f.), m. w. N.; *Mankowski*, *BB* 2006, 1753 (1758); *Knof*, *ZInsO* 2007, 629 (633); *Moss/Bayfield/Peters*, in: *Moss/Fletcher/Isaacs* (Hrsg.), *The EC regulation on insolvency proceedings*, 2. Aufl. 2009, Kap. 5 Rn. 5.85; *Cranshaw*, *DZWIR* 2012, 53 (55); *Laukemann*, *IPRax* 2012, 207 (209); *Turck*, S. 157; *Bork*, *ZIP* 2016, 11 (12); *Fuchs*, S. 547. Schon in Bezug auf die frühe Entscheidung des BGH *Ehrliche*, *IPRax* 2002, 505 (507).

1050 *Oberhammer*, *KTS* 2009, 27 (55).

1051 *OLG Nürnberg*, Beschl. v. 15.12.2011 – 1 U 2/11, *ZIP* 2012, 241 (242). Vgl. auch *Paulus*, *Europäische Insolvenzverordnung*, 4. Aufl. (2013), Art. 26 Rn. 2; *Hess/Laukemann*, in: *Flitsch* (Hrsg.), 2011, S. 813 (817); *Laukemann*, *IPRax* 2012, 207 (208).

1052 *Knof*, *ZInsO* 2007, 629 (634).

1053 Auf diesen Gedanken wird der Vorwurf des „Insolvenz-Imperialismus“ zurückzuführen sein, siehe dazu *Mankowski*, *EWiR* 2003, 1239 (1239).

1054 *Heneweier*, S. 143.

1055 Vgl. *OGH*, Beschl. v. 17.03.2005 – 8 Ob 135/04t, NZI 2005, 465 (466); vgl. auch *Jacoby*, *GPR* 2007, 200 (203); *Nunner-Krautgasser*, in: *Clavara/Garber* (Hrsg.), 2011, S. 31 (34); *Renger*, *VIA* 2011, 62 (63). Siehe zum EuInsÜ bereits *Virgos/Schmit*, in: *Stoll* (Hrsg.), Vorschläge und Gutachten zum EuInsÜ, 1997, Nr. 204.

1056 *Knof*, *ZInsO* 2007, 629 (634); *Mankowski*, *KTS* 2011, 185 (187).

ischen Verfahrensrecht die zweitstaatliche Kontrolle durch ein Exequaturverfahren immer weiter reduziert wird, wie z. B. der 16. Erwägungsgrund der EuGVVO und der 18. Erwägungsgrund der EuVTVO zeigen¹⁰⁵⁷. Aber ein solches Vertrauen in die ordnungsgemäße und gleichmäßige Ausübung der Rechtspflege muss durch die Gerichte des Verfahrensstaates zunächst erarbeitet werden¹⁰⁵⁸. Die zur Anerkennung aufgeforderten Gerichte müssen darauf vertrauen können, dass das entscheidende Gericht sämtliche Umstände geprüft hat. Dass die Entscheidung nicht auf die inhaltlich korrekte Inanspruchnahme der internationalen Zuständigkeit hin im Rahmen der Anerkennung dieser Entscheidung nach Art. 16 EuInsVO überprüft werden kann, wurde bereits gezeigt¹⁰⁵⁹. Art 26 EuInsVO bietet daher die letzte oder einzige „Verteidigungslinie“¹⁰⁶⁰ gegen die Anerkennung einer auf eine fehlerhafte Feststellung des COMI gestützten Eröffnungsentscheidung. Entsprechend große Bedeutung hat die Reichweite, die eine *Ordre-public*-Kontrolle für das Anerkennungsverhalten der staatlichen Stellen in Europa aufweist.

Die von der EU in Auftrag gegebene Studie von Hess/Pfeiffer kam zu dem Ergebnis, dass der *Ordre-public*-Vorbehalt europaweit in der Rechtspraxis eng ausgelegt wird¹⁰⁶¹. In der Praxis sind bisher wenige Fälle bekannt geworden, in denen Art. 26 EuInsVO tatsächlich zu einer Versagung der Anerkennung geführt hat¹⁰⁶². Der *ordre public* nach Art. 26 EuInsVO ist daher in der Tat restriktiv auszulegen. Sein Einsatz ist stets nur *Ultima Ratio*¹⁰⁶³. Um eine möglichst einheitliche und gleichmäßige Anwendung des *ordre public* zu gewährleisten, kann die Europäische Menschenrechtskonvention als Grundlage herangezogen werden¹⁰⁶⁴.

bb. Die Prüfung des Art. 26 EuInsVO von Amts wegen

Neben der Frage der einheitlich restriktiven Prüfung des Art. 26 EuInsVO ist auch von Bedeutung, wann diese Norm überhaupt zum Einsatz kommen kann und ob die Prüfung beantragt oder die Verletzung des *ordre public* im Rahmen des Verfahrens von einem Beteiligten geltend gemacht werden muss.

Zur Prüfung des Art. 26 EuInsVO bedarf es keines Antrags durch eine Partei, er ist vielmehr von Amts wegen zu prüfen¹⁰⁶⁵. Auch ein Blick auf die EuGVVO zeigt, dass es für die Prüfung des funktionsgleichen Art. 34 EuGVVO keine Antragsfor-

1057 Dazu bspw. *Sujecki*, ZEuP 2008, 458 (467).

1058 *Sujecki*, ZEuP 2008, 458 (470).

1059 Siehe D. I. 3.

1060 *Mankowski*, KTS 2011, 185 (186).

1061 *Hess/Pfeiffer*, S. 127 ff., m. w. N.; siehe auch *Cranshaw*, jurisPR-HaGesR 3/2012, Anm. 4.

1062 Vgl. die Untersuchung von *Hess/Pfeiffer*, S. 127 ff., 162.

1063 *Mankowski*, KTS 2011, 185 (186); *Mankowski*, BB 2006, 1753 (1758); *Seraglini*, in: *Affaki* (Hrsg.), *Faillite internationale et conflit de juridictions*, 2007, S. 171 (182); *Knof*, ZInsO 2007, 629 (633); *Ernst*, ZVI 2010, 253 (256); *Beck*, ZVI 2011, 355 (362); *Reuß*, S. 196; *Wimmer*, jurisPR-InsR 13/2012, Anm. 1.

1064 *Paulus*, Europäische Insolvenzverordnung, 4. Aufl. (2013), Art. 26 Rn. 7.

1065 *Adam*, S. 84; *Mankowski*, in: *Konecny* (Hrsg.), *Insolvenz-Forum* 2009, 2010, S. 51 (72); *Mankowski*, KTS 2011, 185 (212); vgl. auch *Spellenberg*, in: *Stoll/Karatzenis* (Hrsg.), *Stellungnahmen und Gutachten*, 1992, S. 183 (188). A. A. *Turck*, S. 162.

dernisse gibt, um die Prüfung einer Verletzung des *ordre public* zu erreichen¹⁰⁶⁶. Denn der *ordre public* schützt den Kernbestand der Rechtsordnung, und dieser Schutz darf nicht von einem Antrag einer Partei abhängig sein¹⁰⁶⁷. Damit ist noch nicht festgestellt, dass das Gericht auch von Amts wegen zu ermitteln hätte. Die Amtsermittlungspflicht bestimmt sich nach dem Verfahrensrecht des Staates, dessen Gerichte zur Anerkennung berufen sind¹⁰⁶⁸. Derjenige, dem die Nichtanerkennung zugutekommt, wird die Verletzung des *ordre public* häufig von sich aus rügen, um das Gericht auf diese Fragestellung überhaupt aufmerksam zu machen, sodass eine Ermittlung von Amts wegen in aller Regel nicht erforderlich sein wird.

Der Verstoß gegen den *ordre public* muss im Einzelfall dargelegt werden, an den Nachweis eines Verstoßes sind wegen der Bedeutung des *ordre public* entsprechend strenge Anforderungen zu stellen¹⁰⁶⁹. So genügt z. B. ein bloßer Verdacht der Verletzung rechtlichen Gehörs nicht¹⁰⁷⁰. Auch wenn die Beteiligten nichts vortragen, darf das Gericht aber nicht von Amts wegen ermitteln, ob tatsächlich ein Verstoß vorliegt, wenn das einschlägige Verfahrensrecht dies nicht vorsieht¹⁰⁷¹. Nötigenfalls muss sich das Gericht auf die Aktenlage stützen, um seine Prüfung durchzuführen¹⁰⁷². Die Beweislast liegt in aller Regel bei dem Gläubiger, weil typischerweise dieser sich auf die Verletzung des *ordre public* beruft¹⁰⁷³. Diese Verteilung respektiert das Regel-Ausnahme-Verhältnis, das der EuInsVO zugrunde liegt: Grundsätzlich erfolgt eine Anerkennung, nur im – eng zu verstehenden – Ausnahmefall wird die Anerkennung verweigert. Wer sich auf die Ausnahme des *ordre public* beruft, muss deshalb die zu ihrer Begründung notwendigen Tatsachen vortragen und beweisen¹⁰⁷⁴.

b. Anwendungsfälle des Art. 26 EuInsVO

Nachdem nun der Rahmen einer Anwendung des Ordre-public-Vorbehalts geschaffen wurde, sollen einzelne Fälle denkbarer Ordre-public-Verstöße, die bei einem Insolvenzverfahren über das Vermögen natürlicher Personen auftreten können, darauf

1066 Mankowski, in: Konecny (Hrsg.), Insolvenz-Forum 2009, 2010, S. 51 (73); Mankowski, KTS 2011, 185 (213).

1067 Reinhart, in: Kirchhof (Hrsg.), MünchKomm-InsO, Bd. 4, 3. Aufl. 2016, Art. 26 Rn. 21; Mankowski, in: Konecny (Hrsg.), Insolvenz-Forum 2009, 2010, S. 51 (73); Mankowski, KTS 2011, 185 (212).

1068 Mankowski, in: Konecny (Hrsg.), Insolvenz-Forum 2009, 2010, S. 51 (74).

1069 Virgos/Schmit, in: Stoll (Hrsg.), Vorschläge und Gutachten zum EuInsÜ, 1997, Nr. 204; EuGH, Urt. v. 02.05.2006 – Rs. C-341/04, Slg. 2006, 3813 (I-3877 Rn. 66); Weller, ZGR 2008, 835 (852).

1070 Mankowski, BB 2006, 1753 (1758); Mankowski, KTS 2011, 185 (197).

1071 Mankowski, KTS 2011, 185 (213).

1072 Sujecki, ZEuP 2008, 458 (464), m. w. N.; Mankowski, KTS 2011, 185 (214).

1073 Mankowski, in: Konecny (Hrsg.), Insolvenz-Forum 2009, 2010, S. 51 (74), m. w. N.; Mankowski, KTS 2011, 185 (213 f.), m. w. N.

1074 Reinhart, in: Kirchhof (Hrsg.), MünchKomm-InsO, Bd. 4, 3. Aufl. 2016, Art. 26 Rn. 21; Mankowski, in: Konecny (Hrsg.), Insolvenz-Forum 2009, 2010, S. 51 (74), m. w. N. Wiedemann/Guglia, ZVI 2014, 397 (401), weisen zu Recht darauf hin, dass die Forderung nach einer sekundären Darlegungslast des Schuldners (OLG Düsseldorf, Urt. v. 23.08.2013 – I-22 U 37/13, BeckRS 2013, 15627) die „Waffengleichheit“ des Zivilprozesses beeinträchtigt.

untersucht werden, ob sie tatsächlich einen Verstoß gegen Art. 26 EuInsVO darstellen.

aa. Fehlerhafte Inanspruchnahme der internationalen Zuständigkeit

Als häufigster Anwendungsfall für Art. 26 EuInsVO könnte sich die Nichtanerkennung einer Eröffnungsentscheidung wegen einer fehlerhaften Inanspruchnahme der internationalen Zuständigkeit nach Art. 3 Abs. 1 EuInsVO erweisen. Dass Eröffnungsentscheidungen fehlerhaft sein können, ist in der Praxis nicht zu vermeiden¹⁰⁷⁵. Es könnte also sehr leicht zu einer Nichtanerkennung einer Eröffnungsentscheidung kommen, die von einem Gericht eines anderen Mitgliedstaates für falsch erachtet wird (und die auch tatsächlich falsch ist). In einem solchen Fehler wird daher bisweilen ein Verstoß gegen den *ordre public* gesehen¹⁰⁷⁶.

Wenn aber die fehlerhafte Inanspruchnahme der internationalen Zuständigkeit als häufigster Fehler im Anwendungsbereich der EuInsVO zu einer Anerkennungsverweigerung führen könnte, hätte dies in der Praxis erhebliche Auswirkungen. Zwar könnte es die Gerichte dazu anhalten, ihre internationale Zuständigkeit vor Erlass einer Eröffnungsentscheidung sorgfältig zu prüfen. Zum einen ist dies aber wegen der unter Umständen noch nicht vollständig bekannten Tatsachenbasis häufig nicht möglich¹⁰⁷⁷, zum anderen lassen sich auch sonst Fehler nicht vermeiden. Würde die Eröffnungsentscheidung nicht anerkannt, könnte in dem Staat, in dem die Eröffnungsentscheidung nicht anerkannt wird, ein neues Hauptinsolvenzverfahren eröffnet werden. Es käme zur Zersplitterung eines als universal geplanten Verfahrens, weil es zumindest zwei Hauptverfahren gäbe. Diese beiden Hauptverfahren konkurrieren wiederum in einem dritten Mitgliedstaat um die Anerkennung, wobei aufgrund der Struktur der EuInsVO nur eine Entscheidung als Hauptverfahren anerkannt werden kann.

Deshalb begründet die fälschliche Annahme eines COMI nach Art. 3 Abs. 1 EuInsVO keinen Verstoß gegen den *ordre public* nach

1075 Als wenige Beispiele hierfür sollen die *annulments* nach englischem Recht dienen: *Manchester County Court*, Urt. v. 19.05.2010 und 07.06.2010, BPIR 2010, 1093; *High Court of Justice London*, Decision v. 15.02.2011 – No. 9360/2008, IILR 2012, 460. *Hoffmann*, Journal of Consumer Policy 2012, 461 (462), nennt bei rund 350 Fällen von möglichem *forum shopping* eine Zahl von insgesamt 24 *annulments*.

1076 *Fecht*, in: *Betteray/Delhaes* (Hrsg.), FS Metzeler, 2003, S. 121 (126), unter Berufung auf § 328 Abs. 1 Nr. 1 ZPO; AG Nürnberg, Beschl. v. 15.08.2006 – 8004 IN 1326 bis 1331/06, NZI 2007, 185 (186), für Täuschungsfälle; in Bezug auf die Frage der Anerkennungsfähigkeit nach Art. 16 EuInsVO will *Mankowski*, KTS 2011, 185 (212), dem Gericht „die Leviten lesen“.

1077 Jedenfalls in dem Fall, dass auch die vorläufige – und damit auf unsicherer Tatsachengrundlage ergangene – Eröffnung des Verfahrens als Eröffnungsentscheidung angesehen wird, vgl. D. I. 3.

Art. 26 EuInsVO¹⁰⁷⁸. Dies gilt selbst bei groben Fehlern¹⁰⁷⁹. Andernfalls käme es nämlich doch zu einer unerwünschten revision au fond¹⁰⁸⁰, die noch dazu das Verfahren erheblich in die Länge ziehen würde¹⁰⁸¹, vor allem bei der Einlegung von Rechtsmitteln gegen die Entscheidung im Anerkennungsstaat. Es ist daher besser, ein unzuständiges Gericht das Verfahren durchführen zu lassen, statt Rechtsunsicherheit zu riskieren¹⁰⁸². Denn im Insolvenzverfahren ist Rechtssicherheit wichtiger als materiell richtige Eröffnungsentscheidungen¹⁰⁸³, zumal es auch vorkommen kann, dass das Gericht, das die Anerkennung verweigern will, sich selbst irrt¹⁰⁸⁴. Auch ein vergleichender Blick in das nationale Anerkennungsrecht nach § 343 InsO zeigt, dass die fehlerhafte Inanspruchnahme der internationalen Zuständigkeit nicht zugleich einen Verstoß gegen den *ordre public* begründen soll. Ansonsten wäre die Differenzierung nach § 343 Abs. 1 S. 2 InsO zwischen der Nichtanerkennung wegen fehlerhafter internationaler Zuständigkeit (Nr. 1) und wegen des Verstoßes gegen den *ordre public* (Nr. 2) überflüssig geworden. Selbst im deutschen Zuständigkeitsrecht sind fehlerhafte Verweisungen wegen einer irrigen Zuständigkeitsannahme nach § 281 ZPO bis zur Grenze der Willkür hinzunehmen¹⁰⁸⁵.

1078 OLG Wien, Beschl. v. 09.11.2004 – 28 R 225/04w, NZI 2005, 56 (58); bestätigt von OGH, Beschl. v. 17.03.2005 – 8 Ob 135/04t, NZI 2005, 465 (466); OLG Innsbruck, Beschl. v. 08.07.2008 – 1 R 176/08d, ZIP 2008, 1647 (1650); LAG Frankfurt/M., Urt. v. 14.12.2010 – 13 Sa 969/10, ZIP 2011, 289 (290); OLG Celle, Urt. v. 07.01.2010 – 6 U 60/09, IPRax 2011, 186 (186); OLG Nürnberg, Beschl. v. 15.12.2011 – 1 U 2/11, ZIP 2012, 241 (242); OLG Celle, Beschl. v. 27.11.2012 – 2 U 147/12, ZInsO 2013, 1002; OLG Köln, Urt. v. 28.02.2013 – 18 U 298/11, NZI 2013, 506 (511); EuGH GA Colomer, Schlussanträge v. 27.11.2014 – C-557/13, ZInsO 2015, 248; LG Mosbach, Beschl. v. 17.01.2014 – 5 T 62/13, ZVI 2014, 408; Leible/Staudinger, KTS 2000, 533 (568); Huber, ZZP 114 (2001), 133 (146); Huber, EuZW 2002, 490 (495); Duursma-Kepplinger, in: Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky (Hrsg.), EuInsVO, 2002., Art. 3 Rn. 42; Duursma/Duursma-Kepplinger, DZWIR 2003, 447 (450); Eidenmüller, NJW 2004, 3455 (3455); Herchen, ZIP 2005, 1401 (1404); Vallender, KTS 2005, 283 (317); Laukemann, RIW 2005, 104 (106 f.); Wimmer, ZInsO 2005, 119 (123); Adam, S. 86; Herchen, ZInsO 2004, 61 (65); Lüer, in: Piepenburg (Hrsg.), FS Greiner, 2005, S. 201 (211); Laukemann, RIW 2005, 104 (107); Klöhn, KTS 2006, 259 (272); Renger, S. 212; Paulus, NZI 2007, 367; Mair, ZIK 2008, 83 (86); Geimer, in: Bammer/Holzinger/Vogl u. a. (Hrsg.), FS Machacek und Matscher, 2008, S. 743 (760); Pinterich, ZfRv 2008, 221 (227); Art. 16 EuInsVO Rn. 13; Mankowski, NZI 2011, 958 (959); Hess/Laukemann, in: Flitsch (Hrsg.), 2011, S. 813 (817); Bode, S. 54; Beck, ZVI 2012, 433 (435); Laukemann, IPRax 2012, 207 (211); Mehring, ZInsO 2012, 1247 (1249); Mansel, in: Kronke/Thorn (Hrsg.), FS von Hoffmann, 2012, S. 683 (686); Turck, S. 158; Wyen, S. 159; BGH, Urt. v. 10.09.2015 – IX ZR 304/13, ZIP 2015, 2331; Bork, ZIP 2016, 11 (13). Schon zum EuInsÜ Virgos/Schmit, in: Stoll (Hrsg.), Vorschläge und Gutachten zum EuInsÜ, 1997, Nr. 202.

1079 Laukemann, RIW 2005, 104 (107); Adam, S. 86.

1080 Siehe dazu schon Virgos/Schmit, in: Stoll (Hrsg.), Vorschläge und Gutachten zum EuInsÜ, 1997, Nr. 202; Beck, ZVI 2012, 433 (435). Reuß, S. 196. Zum europäischen Zivilverfahrensrecht exemplarisch Sujecki, ZEuP 2008, 458 (461).

1081 Paulus, NZI 2007, 367.

1082 Duursma/Duursma-Kepplinger, DZWIR 2003, 447 (450); Adam, S. 86.

1083 Weller, IPRax 2004, 412 (417); Eidenmüller, NJW 2004, 3455 (3457); Adam, S. 86.

1084 Duursma/Duursma-Kepplinger, DZWIR 2003, 447 (450); Adam, S. 86.

1085 OLG Celle, Beschl. v. 27.11.2012 – 2 U 147/12, ZInsO 2013, 1002 (1003); Cranshaw, jurisPR-InsR 7/2013, Anm. 4 m. w. N. BGH, Urt. v. 10.09.2015 – IX ZR 304/13, ZIP 2015, 2331; Bork, ZIP 2016, 11 (13).

Die Anfechtung mit Rechtsbehelfen ist der sicherste Weg, die fehlerhafte Rechtsanwendung beseitigen zu können¹⁰⁸⁶, ohne dass es zu einer Zersplitterung der Verfahren führen würde. Eine europaweit einheitliche Anwendung des *ordre public* hingegen lässt sich angesichts der Vielzahl der zur Anerkennung berufenen Gerichte in der Praxis kaum durchsetzen. Das Gericht soll nach Maßgabe seines nationalen Rechts die Möglichkeit haben, seine eigene Eröffnungsentscheidung aufzuheben, ohne dass die EuInsVO dem entgegensteht¹⁰⁸⁷. Wird die Eröffnungsentscheidung im Rechtsmittelrecht aufgehoben, verliert sie ihre Wirksamkeit. Damit fehlt es zugleich an einer Entscheidung, die in den anderen Mitgliedstaaten grundsätzlich anerkannt werden müsste und deren Anerkennung im Einzelfall einen Verstoß gegen den *ordre public* beinhalten würde. Somit ist wieder jedes Gericht frei, selbst ein Hauptinsolvenzverfahren unter Berufung auf Art. 3 Abs. 1 EuInsVO zu eröffnen, wenn die Voraussetzungen gegeben sind. Die fehlende internationale Zuständigkeit kann daher grundsätzlich nur im Entscheidungsstaat im Wege des Rechtsmittels geltend gemacht werden¹⁰⁸⁸. Wird die objektiv falsche Eröffnungsentscheidung auch im Rechtsmittelverfahren bestätigt, kann ein Verstoß gegen den *ordre public* nicht auf diesen Rechtsfehler gestützt werden. Dass eine Entscheidung objektiv falsch und dennoch anzuerkennen ist, bedeutet aber nicht, dass dies ausnahmslos gilt. Treten weitere Umstände hinzu, die für die Fehlerhaftigkeit ursächlich sind (z. B. die Täuschung durch den Antragsteller), können die Voraussetzungen für eine Nichtanerkennung aufgrund dieser Umstände sehr wohl vorliegen. Aber grundsätzlich kann die fehlende internationale Zuständigkeit nur im Entscheidungsstaat im Wege des Rechtsmittels geltend gemacht werden¹⁰⁸⁹.

bb. Stellung eines Eigenantrags und vorherige Verlagerung des COMI

Die Stellung eines Eigenantrags nach einer erfolgreichen Verlagerung des COMI kann keinen Verstoß gegen den *ordre public* darstellen. Denn der Schuldner nimmt damit nur ein ihm nach dem jeweiligen nationalen Recht zustehendes Antragsrecht wahr¹⁰⁹⁰. Daran ändert sich auch nichts, wenn der Schuldner sich beraten lässt¹⁰⁹¹. Es handelt sich um ein Verhalten, mit dem der Gläubiger – jedenfalls in Deutschland – jederzeit rechnen muss. Dies gilt auch dann, wenn die ursprünglich anwendbare *lex fori concursus* kein Eigenantragsrecht (z. B. wegen fehlender Insolvenzfähigkeit) für den Schuldner vorsah, denn das ist die Folge eines wirksamen und beachtlichen Wechsels der *lex fori concursus*, mit dem der Gläubiger stets zu rechnen hat.

1086 Vgl. Paulus, ZIP 2003, 1725 (1729).

1087 Vogler, S. 196.

1088 OLG Wien, Beschl. v. 09.11.2004 – 28 R 225/04w, NZI 2005, 56 (59); Weller, ZGR 2008, 835 (853 f.); Bode, S. 59.

1089 OLG Wien, Beschl. v. 09.11.2004 – 28 R 225/04w, NZI 2005, 56 (59); Leible/Staudinger, KTS 2000, 533 (568); Vallender, KTS 2005, 283 (318); Mair, ZIK 2008, 83 (86); Beck, ZVI 2012, 433 (435).

1090 Herchen, ZIP 2005, 1401 (1405); LG Trier, Urt. v. 02.05.2013 – 5 O 247/13, ZVI 2014, 430 (431).

1091 LG Trier, Urt. v. 02.05.2013 – 5 O 247/13, ZVI 2014, 430 (431).

cc. Forum shopping und Rechtsmissbrauch

Hat der Schuldner sein COMI bewusst zur Durchführung des schuldnerfreundlichen Insolvenzverfahrens verlegt, liegt hierin ein *forum shopping*. Diesem ließe sich durch Nichtanerkennung wegen eines Verstoßes gegen den *ordre public* ein effektiver Anreiz nehmen¹⁰⁹², besonders wenn noch verwertbares Schuldnervermögen im Anerkennungsstaat liegt, auf das die Gläubiger zugreifen können. Daher wird vereinzelt in einem als Rechtsmissbrauch angesehenen Verhalten ein Verstoß gegen den *ordre public* gesehen und der ausländischen Entscheidung die Anerkennung auf Basis des Art. 26 EuInsVO versagt¹⁰⁹³.

Dies hat letztlich zur Folge, dass die rechtsmissbräuchliche Verlegung des Wohnsitzes ins Ausland nicht anzuerkennen wäre¹⁰⁹⁴. Begründet wird dies damit, dass auch der EuGH anerkenne, dass rechtsmissbräuchliches Verhalten die Nichtanerkennung gem. Art. 26 EuInsVO rechtfertigen könnte¹⁰⁹⁵.

Richtigerweise ist aber auch bei einer ausschließlich zur Erlangung der Restschuldbefreiung erfolgten Verlagerung des COMI kein Verstoß gegen den *ordre public* gegeben¹⁰⁹⁶, denn eine solche Verweigerung der Anerkennung ist mit dem Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens nicht vereinbar¹⁰⁹⁷. Nach der hier vertretenen Auffassung ist ein *forum shopping* des Schuldners grundsätzlich nicht rechtsmissbräuchlich. Die Eröffnungsentscheidung ist folglich rechtmäßig und kann daher von vornherein keinen Verstoß gegen den *ordre public* begründen.

Selbst wenn ein Rechtsmissbrauch vorläge, wäre die umgangene Rechtsordnung anwendbar, sodass es sich um einen Rechtsanwendungsfehler in Form der fehlerhaf-

1092 So etwa *Duursma-Kepplinger*, in: *Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky* (Hrsg.), EuInsVO, 2002, Art. 3 Rn. 17; *d'Avoine*, NZI 2011, 310 (313).

1093 Ausdrücklich *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 23.08.2013 – I-22 U 37/13, BeckRS 2013, 15627, das allerdings nicht klar zwischen Rechtsmissbrauch und der Simulation des COMI im Ausland trennt und darüber hinaus auch Fragen der Beweislast nach deutschem Recht mit dem notwendigen Vorbringen nach englischem Recht verbindet. *VG Leipzig*, Urt. v. 13.09.2011 – 6 K 86/08, - juris; *LG Köln*, Urt. v. 14.10.2011 – 82 O 15/08, NZI 2011, 957 (957); *AG Göttingen*, Beschl. v. 10.12.2012 – 74 IN 28/12, NZI 2013, 206, m. krit. Anm. *Cranshaw*, jurisPR-InsR 7/2013, Anm. 4; *Weller*, ZGR 2008, 835 (852).

1094 *LG Köln*, Urt. v. 14.10.2011 – 82 O 15/08, NZI 2011, 957 (957) unter Berufung auf *BGH*, Beschl. v. 18.09.2001 – IX ZB 51/00, NJW 2002, 960.

1095 *VG Leipzig*, Urt. v. 13.09.2011 – 6 K 86/08, - juris; *LG Köln*, Urt. v. 14.10.2011 – 82 O 15/08, NZI 2011, 957 (957), unter Berufung auf *EuGH*, Urt. v. 21.01.2010 – Rs. C-444/07, Slg. 2010, 417, wobei der EuGH jedoch die Frage des Rechtsmissbrauchs in diesem Zusammenhang nicht erörtert, sondern lediglich auf die allgemeinen Voraussetzungen des *ordre public* gem. Art. 26 EuInsVO eingeht.

1096 *Jacoby*, GPR 2007, 200 (205). Vgl. auch *Klöhn*, KTS 2006, 259 (272); *Hess/Laukemann/Seagon*, IPRax 2007, 89 (96); *Hergenröder*, DZWIR 2009, 309 (320); *Kindler*, in: *Heinrichs/Rebmann/Säcker* (Hrsg.), MünchKomm-BGB, Bd. 11, 6. Aufl. 2015, Art. 26 EuInsVO Rn. 17; *Cranshaw*, jurisPR-InsR 7/2013, Anm. 4; *Laukemann*, IPRax 2012, 207 (208); *OLG Nürnberg*, Beschl. v. 15.12.2011 – 1 U 2/11, ZIP 2012, 241; *OLG Celle*, Beschl. v. 27.11.2012 – 2 U 147/12, ZInsO 2013, 1002 (1003); *Reuß*, S. 195, m. w. N.; *LG Mosbach*, Beschl. v. 17.01.2014 – 5 T 62/13, ZVI 2014, 408 (409); *LG Trier*, Urt. v. 02.05.2013 – 5 O 247/13, ZVI 2014, 430 (431); *Turck*, S. 175; *Wyen*, S. 134 f.; *FG Greifswald*, Beschl. v. 28.08.2015 – 3 V 65/15, ZIP 2016, 2239 (2241); *BGH*, Urt. v. 10.09.2015 – IX ZR 304/13, ZIP 2015, 2331; *Priebe*, ZInsO 2016, 601 (610).

1097 *Vogler*, S. 190.

ten Inanspruchnahme der internationalen Zuständigkeit handelte, der seinerseits keinen Verstoß zu begründen vermöchte¹⁰⁹⁸. Auch wenn das *forum shopping* vom Verordnungsgeber nicht erwünscht ist, ist es grundsätzlich zulässig und zu akzeptieren. Dieses Ergebnis darf nicht über die Anerkennungsversagung nach Art. 26 EuInsVO unterlaufen werden. Wenn nach dem 4. Erwägungsgrund ein *forum shopping* vermieden werden soll, ist dies im System der EuInsVO jedoch nicht vollständig verankert. Es sind keine ausreichenden Gewährleistungen in der EuInsVO vorgesehen, um ein *forum shopping* zu verhindern. Insbesondere ist der Gläubiger gehalten, die im Staat der Verfahrenseröffnung vorgesehenen Rechtsbehelfe zu nutzen, um die seines Erachtens wegen eines Rechtsmissbrauchs rechtswidrig ergangene Eröffnungsentscheidung zu beseitigen¹⁰⁹⁹.

Auch aus praktischen Gründen wäre den Gläubigern mit einer Nichtanerkennung ohnehin nur gedient, wenn Schuldnervermögen am vormaligen COMI verblieben wäre, auf das der Gläubiger zugreifen könnte¹¹⁰⁰. Der Vorbehalt des *ordre public* ist damit kein taugliches Instrument, um Rechtsmissbrauch durch *forum shopping* vorzubeugen¹¹⁰¹. Dem *forum shopping* und dem Restschuldbefreiungstourismus kann auf diesem Wege nicht begegnet werden.

dd. Verletzung wesentlicher Verfahrensvorschriften

(1) Grundsätzliches

Verletzt das Gericht im Laufe des Verfahrens wesentliche Verfahrensvorschriften, die die Rechte der Verfahrensbeteiligten schützen sollen, kann dies im Einzelfall einen Verstoß gegen den *ordre public* begründen¹¹⁰². Dies galt schon bei dem *Ordre-public*-Vorbehalt des alten Art. 27 EuGVÜ¹¹⁰³, der durch Art. 34 EuGVVO ersetzt wurde. Ein Verstoß gegen den verfahrensrechtlichen *ordre public* liegt nur vor, wenn elementare Grundsätze des fairen Verfahrens verletzt wurden – wobei jedoch zu berücksichtigen ist, inwieweit das Verfahrensrecht des Mitgliedstaates durch Rechtsbehelfe die Möglichkeit zur Behebung dieser Fehler geboten hätte¹¹⁰⁴. Zur Beseitigung eines grundlegenden Rechtsverstoßes genügen daher auch nachträgliche Rechtsbehelfe¹¹⁰⁵. Denn grundsätzlich ist durch die im nationalen Recht vorhandenen Rechtsbehelfe

1098 Jacoby, GPR 2007, 200 (205); LG Trier, Urt. v. 02.05.2013 – 5 O 247/13, ZVI 2014, 430 (431). Vgl. auch Wenner, in: Mohrbutter/Ringstmeier (Hrsg.), Hdb. Insolvenzverwaltung, 2015, S. 921, § 20 Rn. 198.

1099 Vgl. EuGH, Urt. v. 02.05.2006 – Rs. C-341/04, Slg. 2006, 3813, Rn. 43; LG Mosbach, Beschl. v. 17.01.2014 – 5 T 62/13, ZVI 2014, 408 (409 f.); Goslar, NZI 2012, 912 (915).

1100 Duursma-Keppinger, DZWIR 2006, 177 (180).

1101 Weller, ZGR 2008, 835 (853 f.); Bode, S. 60; vgl. auch Heneweer, S. 143.

1102 EuGH, Urt. v. 02.05.2006 – Rs. C-341/04, Slg. 2006, 3813 (I-3877 Rn. 65); Cranshaw, jurisPR-Ha-GesR 3/2012, Anm. 4.

1103 Vgl. EuGH, Urt. v. 28.03.2000 – Rs. C-7/98, Slg. 2000, 1935 (I-1965), m. Anm. Matscher, IPRax 2001, 428.

1104 OLG Wien, Beschl. v. 09.11.2004 – 28 R 225/04w, NZI 2005, 56 (59).

1105 Geroldinger, euro.lexunited 2007/3 unter 4.3.; Hess/Laukemann, in: Flitsch (Hrsg.), 2011, S. 813 (817).

ausreichend gewährleistet, dass fundamentale Verstöße beseitigt werden können¹¹⁰⁶. Die Rechtsmittel müssen folglich ausgeschöpft sein, bevor ein Verstoß gegen Art. 26 EuInsVO möglich erscheint¹¹⁰⁷. Der Vorbehalt des Art. 26 EuInsVO ist nämlich grundsätzlich nicht dazu geschaffen, Rechtsmittel entbehrlich zu machen, die aus Zeit- oder Kostengründen nicht eingelegt werden konnten¹¹⁰⁸. Auch das *annulment* nach s. 282 Abs. 1 lit. a des IA 1986 ist ein solches Rechtsmittel¹¹⁰⁹. Damit ist Art. 26 EuInsVO nicht anwendbar und angesichts der weiter reichenden Wirkung des *annulment* ist dessen Anwendung auch nicht erforderlich. Denn mit der Aufhebung der Restschuldbefreiung kommt es zugleich zu einer Situation, in der die Gläubiger wiederum gleich behandelt werden.

Würde die Einlegung von Rechtsbehelfen hingegen nicht als notwendig angesehen, käme es zu einer einseitigen Bevorzugung nur eines Gläubigers (nämlich in dem konkreten nationalen Verfahren, für das die Anerkennungsfrage relevant ist) statt zu einer Gläubigergleichbehandlung¹¹¹⁰. Fehlt es an einer Möglichkeit, eine *ordre-public*-widrige Entscheidung zu beseitigen, kann dies im Einzelfall einen Verstoß gegen den *ordre public* begründen¹¹¹¹.

(2) Keine ausreichende Gewährung rechtlichen Gehörs

(a) Grundsätzliche Bedeutung rechtlichen Gehörs

Das praktisch häufigste Beispiel eines erheblichen Verfahrensfehlers, der zur Begründung eines Verstoßes gegen den *ordre public* führen kann, wird in einer Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör vorliegen¹¹¹². Das rechtliche Gehör ist in ganz Europa ein wichtiger Bestandteil des ordnungsgemäßen rechtsstaatlichen Verfahrens¹¹¹³ – und daher auch für den *ordre public* von zentraler Bedeutung. Die große

1106 OLG Wien, Beschl. v. 09.11.2004 – 28 R 225/04w, NZI 2005, 56 (58 f.); Paulus, Europäische Insolvenzverordnung, 4. Aufl. (2013), Art. 26 Rn. 9.

1107 EuGH, Urt. v. 02.05.2006 – Rs. C-341/04, Slg. 2006, 3813 (I-3878 Rn. 66); Cranshaw, jurisPR-Ha-GesR 3/2012, Anm. 4; Paulus, Europäische Insolvenzverordnung, 4. Aufl. (2013), Art. 26 Rn. 9. Zum europäischen Zivilverfahrensrecht Sujecki, ZEuP 2008, 458 (463).

1108 Ballmann, BB 2007, 1121 (1123), der Art. 26 EuInsVO für anwendbar hält, bis der Gesetzgeber eine Regelung getroffen hat.

1109 Renger, VIA 2011, 62 (63). Vgl. auch Weller, ZGR 2008, 835 (853 f.); Bode, S. 59.

1110 Beck, ZVI 2012, 433 (440).

1111 Bode, S. 59; Renger, VIA 2011, 62 (63); vgl. auch Cour d'appel Douai, 24.09.2009 – N° 09/04134, - LexisNexis.

1112 EuGH, Urt. v. 02.05.2006 – Rs. C-341/04, Slg. 2006, 3813 (I-3877 Rn. 66); OLG Innsbruck, Beschl. v. 08.07.2008 – 1 R 176/08d, ZIP 2008, 1647 (1650); vgl. auch BFH, Beschl. v. 27.01.2016 – VII B 119/15, BeckRS 2016, 95276.

1113 EuGH, Urt. v. 02.05.2006 – Rs. C-341/04, Slg. 2006, 3813 (I-3877 Rn. 65 f.); OLG Innsbruck, Beschl. v. 08.07.2008 – 1 R 176/08d, ZIP 2008, 1647 (1649); Mankowski, KTS 2011, 185 (194). Zum europäischen Zivilverfahrensrecht Sujecki, ZEuP 2008, 458 (463). Vgl. auch EuGH, Urt. v. 28.03.2000 – Rs. C-7/98, Slg. 2000, 1935 (I-1968 f.).

Bedeutung des rechtlichen Gehörs gilt insbesondere auch im Insolvenzverfahren¹¹¹⁴, sodass Art. 26 EuInsVO anwendbar sein kann, wenn rechtliches Gehör nicht gewährt wurde¹¹¹⁵.

Ist also festzuhalten, dass die fehlende Gewährung rechtlichen Gehörs eine zur Nichtanerkennung führende Verletzung des *ordre public* darstellen kann, so muss geklärt werden, in welchem Umfang den unterschiedlichen Verfahrensbeteiligten rechtliches Gehör gewährt werden muss. Grundsätzlich ist allen vom Verfahren Betroffenen rechtliches Gehör zu gewährleisten. Soll dieses Recht beschränkt werden, bedarf es daher einer Rechtfertigung¹¹¹⁶.

Die Mitgliedstaaten sehen für bestimmte Verfahrensarten nach ihrem jeweiligen Verfahrensrecht vor, dass Maßnahmen ohne vorherige Anhörung des Schuldners getroffen werden können und er erst im Nachhinein angehört wird¹¹¹⁷. Die Möglichkeit einer nachträglichen Anhörung genügt zur Gewährleistung rechtlichen Gehörs¹¹¹⁸, solange damit zugleich die Möglichkeit effektiven Rechtsschutzes gegen die vorläufige Maßnahme verbunden ist¹¹¹⁹. So wird auch in normalen Zivilverfahren des einstweiligen Rechtsschutzes das rechtliche Gehör häufig erst nach Erlass einer zunächst vorläufigen Entscheidung gewährt und diese später aufgrund besserer Erkenntnisse nachträglich korrigiert, ohne dass dies etwas an der Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens ändern würde¹¹²⁰. Ein Staat, der selbst vorläufige Maßnahmen ohne Anhörung zulässt, darf daher einer Entscheidung wegen der Nichtanhörung des Schuldners jedenfalls nicht die Anerkennung verweigern¹¹²¹. Hingegen stellt es schon von vornherein keine Verletzung des rechtlichen Gehörs dar, wenn das Gericht die Ausführungen einer Partei nicht erörtert, weil es sie aufgrund der materiellen oder prozessualen Rechtslage für unerheblich hält¹¹²².

1114 EuGH, Urt. v. 02.05.2006 – Rs. C-341/04, Slg. 2006, 3813 (I-3877 Rn. 66); *Mankowski*, KTS 2011, 185 (194).

1115 EuGH, Urt. v. 02.05.2006 – Rs. C-341/04, Slg. 2006, 3813 (I-3877 Rn. 66); AG Düsseldorf, Beschl. v. 12.03.2004 – 502 IN 126/03, IPRax 2004, 431 (432); AG Marburg, Beschl. v. 27.04.2005 – 25 IN 17/05, ZInsO 2005, 726 (432); OLG Innsbruck, Beschl. v. 08.07.2008 – 1 R 176/08d, ZIP 2008, 1647 (1649); Herchen, ZIP 2005, 1401 (1404); Herchen, ZInsO 2004, 61 (65); Moss, *Insolv. Int.* 2008, 33 (37); Weller, ZGR 2008, 835 (853); Vallender, in: *Arbeitskreis für Insolvenzwesen Köln e.V.* (Hrsg.), *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, 3. Aufl. 2009, Kapitel 5 Rn. 131; Geimer, in: *Bammer/Holzinger/Vogl u. a.* (Hrsg.), *FS Machacek und Matscher*, 2008, S. 743 (760); BGH, Urt. v. 10.09.2015 – IX ZR 304/13, ZIP 2015, 2331.

1116 OLG Innsbruck, Beschl. v. 08.07.2008 – 1 R 176/08d, ZIP 2008, 1647 (1649).

1117 Duursma-Kepplinger, in: *Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky* (Hrsg.), *EuInsVO*, 2002, Art. 26 Rn. 9. OLG Innsbruck, Beschl. v. 08.07.2008 – 1 R 176/08d, ZIP 2008, 1647 (1650), akzeptiert daher die (zunächst) unterlassene Anhörung bei Sicherungsmaßnahmen, die unter Zeitdruck ergehen.

1118 EuGH, Urt. v. 02.05.2006 – Rs. C-341/04, Slg. 2006, 3813 (I-3877 Rn. 66); Kolmann/Keller, in: *Gottwald/Bertram* (Hrsg.), *Handbuch InsR*, 5. Aufl. 2015, § 134 Rn. 35; Laukemann, IPRax 2012, 207 (213). Schon zum EuInsÜ *Virgos/Schmit*, in: *Stoll* (Hrsg.), *Vorschläge und Gutachten zum EuInsÜ*, 1997, Nr. 207.

1119 OLG Innsbruck, Beschl. v. 08.07.2008 – 1 R 176/08d, ZIP 2008, 1647 (1650).

1120 *Mankowski*, KTS 2011, 185 (194). Zum österreichischen Recht vgl. z. B. OLG Innsbruck, Beschl. v. 08.07.2008 – 1 R 176/08d, ZIP 2008, 1647 (1650).

1121 *Mankowski*, NZI 2008, 703 (704).

1122 BGH, Beschl. v. 21.12.2010 – IX ZB 227/09, ZIP 2011, 389 (390).

(b) Gewährung rechtlichen Gehörs für den Schuldner

Der wichtigste Fall der Gewährung rechtlichen Gehörs betrifft den Schuldner¹¹²³. Das ergibt sich bereits daraus, dass das Insolvenzverfahren die wirtschaftliche Existenz des Schuldners (und bei Gesellschaften deren Fortbestand) betreffen¹¹²⁴. Gerade Maßnahmen der Massesicherung wie Vermögensbeschlagnahme, Postsperrung und möglicherweise auch Haft (vgl. § 98 Abs. 2 InsO) beinhalten erhebliche Grundrechtseingriffe, zu deren Rechtfertigung oft schon vom nationalen Recht ausdrücklich die Anhörung des Schuldners erforderlich ist (z. B. §§ 98 Abs. 2, 99 Abs. 1 S. 2 InsO). Stellt der Schuldner – wie für den „Restschuldbefreiungstouristen“ typisch – selbst den Insolvenzantrag, wird ihm bereits in diesem Zusammenhang rechtliches Gehör gewährt. Bedient er sich eines Bevollmächtigten, z. B. wegen Unkenntnis der Verfahrenssprache, genügt auch dies¹¹²⁵.

Wird hingegen auf Antrag eines Gläubigers das Insolvenzverfahren eingeleitet, wird die Frage nach der Gewährung rechtlichen Gehörs schwieriger. Gerade für den Fall des nicht erreichbaren Schuldners kann ihm nämlich aus praktischen Gründen zunächst kein Gehör gewährt werden. Die im hier zu besprechenden Zusammenhang prototypische Konstellation wäre der Gläubigerantrag im Staat des vormaligen COMI. Ist der Schuldner bereits tatsächlich umgezogen oder hält er sich zumindest „bedeckt“, um einen Umzug vortäuschen zu können, ist er für eine Anhörung nicht erreichbar. Da dem Gericht aber zunächst nicht bekannt ist, aus welchem Grund der Schuldner nicht erreichbar ist (tatsächlicher Umzug, Flucht o.Ä.), kann es vorläufige Maßnahmen erlassen, auch ohne den Schuldner zu hören. Damit wird vermieden, dass der Schuldner ab diesem Zeitpunkt noch Vermögen wirksam beiseiteschaffen kann. Allerdings wird ihm bei dieser Vorgehensweise kein rechtliches Gehör gewährt.

Nach einer verbreiteten Ansicht stellt allerdings nicht jede vor Verfahrenseröffnung unterbliebene Anhörung des Schuldners zugleich eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör dar¹¹²⁶. Ausdruck hat dies auch in § 10 Abs. 1 S. 1 a. E. InsO gefunden. Hiernach kann die Anhörung des Schuldners unterbleiben, wenn dieser sich im Ausland aufhält und dies zu einer übermäßigen Verzögerung des Verfahrens führen würde oder wenn der Aufenthalt des Schuldners unbekannt ist. Diese gesetzlich geregelte Ausnahme von der Anhörung des Schuldners stellt eine Möglichkeit dar, ein Insolvenzverfahren gegen den Schuldner anstreben zu können, ohne dass sich dieser durch Flucht oder Untertauchen dem Verfahren entziehen könnte. Damit besteht für die Gläubiger die Chance, die Verfahrenseröffnung noch im Staat des ursprünglichen COMI zu erreichen und das Prioritätsprinzip zur Anwendung bringen zu können, bevor der Schuldner durch heimliche Verlagerung seines COMI dies kon-

1123 Kindler, in: *Heinrichs/Rebmann/Säcker* (Hrsg.), MünchKomm-BGB, Bd. 11, 6. Aufl. 2015, Art. 26 Rn. 13; Reinhart, in: *Kirchhof* (Hrsg.), MünchKomm-InsO, Bd. 4, 3. Aufl. 2016, Art. 26 Rn. 9; Valender, KTS 2005, 283 (298); Adam, S. 89; Eidenmüller, NJW 2004, 3455 (3457).

1124 Vgl. Mankowski, KTS 2011, 185 (195).

1125 AG Düsseldorf, Beschl. v. 07.04.2004 – 502 IN 124/03, ZIP 2004, 866 (867).

1126 Siehe auch Hess/Laukemann, in: *Flitsch* (Hrsg.), 2011, S. 813 (819); Laukemann, IPRax 2012, 207 (213).

terkarieren könnte. Da der Schuldner von der Eröffnungsentscheidung nichts ahnt, möglicherweise nicht einmal etwas ahnen kann, ist diese Nichtgewährung rechtlichen Gehörs in solchen Fällen nur hinnehmbar, wenn der Schuldner tatsächlich im jeweiligen Rechtsmittelrecht die Möglichkeit hat, dass der Verfahrensfehler der unterlassenen Anhörung geheilt wird¹¹²⁷. Auch das nationale Recht kennt die nachträgliche Anhörung, wenn diese nicht bereits vorher möglich war (so z. B. § 99 Abs. 1 S. 3 InsO für die Postsperrung). Der Schuldner muss nach der *lex fori concursus* die Möglichkeit haben, sich effektiv gegen einen Fremdantrag zur Wehr setzen können¹¹²⁸. Hierbei genügt aber eine nachträgliche Gewährung rechtlichen Gehörs, um z. B. Eilmaßnahmen nicht zu entwerten, weil der Schuldner zuvor eine Warnung erhält¹¹²⁹. Ein Verstoß gegen den *ordre public* kommt daher nur dann in Betracht, wenn nach der *lex fori concursus* keine Möglichkeit besteht, die getroffenen Eilmaßnahmen anzufechten¹¹³⁰. Soweit hingegen die Möglichkeit der Rechtsbehelfe besteht, kann nicht von einem *ordre public*-Verstoß ausgegangen werden¹¹³¹.

(c) Gewährung des rechtlichen Gehörs für Gläubiger

Bei einem Eigenantrag des Schuldners kann von der *lex fori concursus* die Position des Gläubigers insbesondere im Hinblick auf die Folgen einer späteren Verfahrensbeendigung massiv betroffen sein. Nicht nur der Schuldner ist vom Insolvenzverfahren betroffen. Auch in die Rechte der Gläubiger wird eingegriffen, weil diese ihre Titel nicht mehr vollstrecken können und im Laufe des Verfahrens sogar ihre Forderungen verlieren können. Das rechtliche Gehör der Gläubiger ist daher auch im Insolvenzverfahren von besonderer Bedeutung¹¹³², da es für Waffengleichheit sorgt¹¹³³. Der Umfang des Gehörs kann jedoch wie beim Schuldner durch die Eilbedürftigkeit variieren¹¹³⁴ und geht gerade nicht so weit wie das Recht des Schuldners, dessen Grund-

1127 Vgl. Carstens, S. 96; Adam, S. 90.

1128 Mankowski, KTS 2011, 185 (195).

1129 Hess/Laukemann, in: Flitsch (Hrsg.), 2011, S. 813 (819); Laukemann, IPRax 2012, 207 (213).

1130 EuGH, Urt. v. 02.05.2006 – Rs. C-341/04, Slg. 2006, 3813 (I-3877 Rn. 66); Weller, ZGR 2008, 835 (853); Mankowski, KTS 2011, 185 (195).

1131 Vgl. im Hinblick auf die COMI-Verlagerung von Gesellschaften Weller, ZGR 2008, 835 (853). Allg. Turck, S. 160.

1132 EuGH, Urt. v. 02.05.2006 – Rs. C-341/04, Slg. 2006, 3813 (I-3877 Rn. 66); Vallender, ZInsO 2009, 616 (620); Mankowski, KTS 2011, 185 (195). Siehe auch *High Court of Justice Dublin*, Judgement v. 23.03.2004 – 33/04, ZIP 2004, 1223 (1227).

1133 EuGH, Urt. v. 02.05.2006 – Rs. C-341/04, Slg. 2006, 3813 (I-3877 Rn. 66); Vallender, in: *Arbeitskreis für Insolvenzwesen Köln e.V.* (Hrsg.), *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, 3. Aufl. 2009, Kapitel 5 Rn. 131.

1134 EuGH, Urt. v. 02.05.2006 – Rs. C-341/04, Slg. 2006, 3813 (I-3877 Rn. 66); Mankowski, KTS 2011, 185 (195). Vgl. Turck, S. 165.

rechte viel stärker betroffen sind¹¹³⁵. Bisweilen wird daher eine Anhörung der Gläubiger für entbehrlich gehalten¹¹³⁶ oder aus Praktikabilitätsgründen auf bekannte Großgläubiger beschränkt¹¹³⁷. Eine solche Auffassung ignoriert jedoch den grundsätzlichen Anspruch auf rechtliches Gehör ebenso, wie sie eine gleichheitswidrige Differenzierung der Gläubiger nach ihrer Forderungshöhe beinhaltet.

Eine Nichtgewährung rechtlichen Gehörs ist nur dann zu rechtfertigen, wenn es sachliche Gründe gibt. Bei Verfahrensbeginn ist z. B. häufig noch nicht klar, wer überhaupt Gläubiger ist¹¹³⁸. Vergleichbares gilt auch bei einem Fremdantrag. Denn hier ist die Gläubigergesamtheit noch seltener bekannt. Eine Unterrichtung der Gläubiger ist nicht unbedingt nötig, weil keine grundsätzliche Pflicht besteht, nach den Gläubigern zu forschen¹¹³⁹. Eine umfassende Anhörung der Gläubiger im Eröffnungsverfahren ist auch in anderen Mitgliedstaaten nicht zwingend vorgesehen¹¹⁴⁰, wäre praktisch kaum durchführbar und würde die Verfahrenseröffnung verzögern¹¹⁴¹.

Doch im Laufe des Verfahrens muss dem Gläubiger Gelegenheit gegeben werden, seine Einwendungen vorzubringen, etwa durch eine Anfechtung der getroffenen Entscheidung¹¹⁴². Dies kann im Zusammenhang mit der Forderungsanmeldung erfolgen¹¹⁴³.

Dabei stellt es keinen Verstoß gegen den *ordre public* dar, wenn der Gläubiger nur aufgrund des Formblatts gem. Art. 42 EuInsVO unterrichtet wird¹¹⁴⁴. Mit diesem Formblatt wird der Gläubiger aufgefordert, in dem darin genannten Insolvenzverfahren seine Forderungen anzumelden. Denn das Formblatt ist in jeder Amtssprache überschrieben mit dem Text „Aufforderung zur Anmeldung einer Forderung. Etwaige Fristen beachten!“ Mit diesem Wortlaut ist der Gläubiger bereits hinreichend darauf hingewiesen, dass er aufmerksam sein muss. Darüber hinaus wird er in aller Regel den mitgeteilten Namen des Schuldners als den Namen seines Schuldners identifizieren können. Im Zweifel obliegt es ihm selbst, sich – ggf. bei dem im Formblatt genannten – Insolvenzverwalter bzw. Insolvenzgericht zu erkundigen.

1135 Vgl. zum Gehör eines Gläubigers beim Antrag eines anderen Gläubigers *Mankowski*, KTS 2011, 185 (196), der zu Recht darauf abstellt, dass die Gläubiger weitere Möglichkeiten haben, um im Nachgang ihre Rechte wahrzunehmen (Teilnahme am Verfahren bzw. bei Ablehnung der Eröffnung ein eigener Eröffnungsantrag); vgl. auch *EuGH GA Jacobs*, Schlussanträge vom 27.09.2005 – Rs. C-341/04, Slg. 2006, 3813 (I-3851).

1136 *Eidenmüller*, NJW 2004, 3455 (3457); *Adam*, S. 90.

1137 *Eidenmüller*, NJW 2004, 3455 (3457).

1138 Vgl. *Mankowski*, KTS 2011, 185 (196) „und zuvor bereits *Hess/Laukemann/Seagon*, IPRax 2007, 89 (96), die zu Recht darauf hinweisen, dass erst im Laufe des Verfahrens die Gläubiger festgestellt werden sollen.

1139 *Mansel*, in: *Kronke/Thorn* (Hrsg.), FS von Hoffmann, 2012, S. 683 (690). Vgl. auch *Renger*, S. 210.

1140 Vgl. etwa im Fall *BenQ Arrondissementsgericht Amsterdam*, Beschl. v. 31.01.2007 – FT RK 07-93 und FT RK 07-122, ZIP 2007, 492 (493); siehe auch *Weller*, ZGR 2008, 835 (853).

1141 *AG Mönchengladbach*, Beschl. v. 27.04.2004 – 19 IN 54/04, NZI 2004, 383 (384).

1142 *Vallender*, ZInsO 2009, 616 (620).

1143 *Mankowski*, KTS 2011, 185 (196); vgl. auch *Renger*, S. 210.

1144 *Mansel*, in: *Kronke/Thorn* (Hrsg.), FS von Hoffmann, 2012, S. 683 (692). Siehe auch *Beck*, ZVI 2012, 433 (434).

Hatte der Gläubiger hingegen überhaupt keine Kenntnis vom Verfahren (z. B. weil ihm auch keine Mitteilung zur Forderungsanmeldung zugeht), stellt dies keinen für Deutschland relevanten Gehörsverstoß dar¹¹⁴⁵, weil selbst das deutsche Insolvenzrecht es dem Gläubiger zumutet, sich selbst über seine Schuldner und etwaige Insolvenzverfahren zu informieren.

Darüber hinaus kann auch dem Gläubiger durch Rechtsmittel nachträglich Gehör gewährt werden¹¹⁴⁶. Dies gilt auch für die Möglichkeit des Gläubigers, ein *annulment* nach englischem Recht zu beantragen¹¹⁴⁷, da das Gericht damit weitere Informationen erhält und eine neue Sachentscheidung treffen kann.

(d) Gewährung rechtlichen Gehörs für weitere Verfahrensbeteiligte

Neben dem Schuldner und den Gläubigern kommen weitere Personen als potenzielle Verfahrensbeteiligte in Betracht, sodass fraglich ist, ob auch ihnen Gehör gewährt werden muss. Hier müssen Unterschiede bei den verschiedenen weiteren Verfahrensbeteiligten gemacht werden.

Die Position einzelner Beteiligter wie möglicher Arbeitnehmer des Schuldners muss nicht so weit gehen, dass ihnen bereits aus ihrer rechtlichen Stellung heraus ein Anhörungsrecht zugestanden werden muss, wenn die *lex fori concursus* dieses Recht nicht ebenfalls vorsieht, selbst wenn diese Rechte – unabhängig vom gleichzeitigen Status als Gläubiger des Verfahrensschuldners – im Anerkennungsstaat bestehen¹¹⁴⁸.

Es ist auch fraglich, ob der vorläufige Verwalter eines Eröffnungsverfahrens über das Vermögen desselben Schuldners in einem anderen Mitgliedstaat gehört werden muss. Der vorläufige Insolvenzverwalter aus dem Ausland ist kein Verfahrensbeteiligter in diesem Verfahren und seine Nichtanhörung berührt die Interessen der Gläubiger und des Schuldners grundsätzlich nicht¹¹⁴⁹. Doch ist zu bedenken, dass der ausländische vorläufige Insolvenzverwalter erhebliche Tatsachenkenntnisse beitragen kann, die zu einer Änderung der Entscheidung zu führen vermögen, sodass auch ihm rechtliches Gehör gewährt werden sollte¹¹⁵⁰. Wird der im Ausland bestellte vorläufige Insolvenzverwalter nicht gehört, liegt ein Verstoß gegen den *ordre public* nicht vor. Denn das Unterlassen einer sinnvollen, aber nicht zwingenden Aufklärungsmaßnahme betrifft noch nicht den *ordre public*¹¹⁵¹.

1145 Vallender, ZInsO 2009, 616 (620).

1146 EuGH, Urt. v. 02.05.2006 – Rs. C-341/04, Slg. 2006, 3813 (I-3877 Rn. 66); Mankowski, KTS 2011, 185 (196).

1147 Renger, S. 210.

1148 Mankowski, KTS 2011, 185 (198); vgl. auch Seraglini, in: Affaki (Hrsg.), *Faillite internationale et conflit de juridictions*, 2007, S. 171 (181), zum Schutz der Arbeitnehmer.

1149 Herchen, ZIP 2005, 1401 (1404).

1150 Vgl. Adam, S. 89.

1151 Herchen, ZIP 2005, 1401 (1405).

(3) Keine eigene Prüfung des COMI

Wenn nach der *lex fori concursus* zur Feststellung des COMI eine Erklärung des Schuldners genügt, dann soll das auch für die Überprüfung der internationalen Zuständigkeit genügen¹¹⁵². Ein Verstoß gegen den *ordre public* mangels Prüfung der Zuständigkeit kann darin nicht gesehen werden, weil die Erklärung des Schuldners das Prüfungsmittel ist¹¹⁵³. Ein solches Vorgehen des eröffnenden Gerichts begründet auch deshalb keinen Verstoß, weil Art. 2 lit. d EuInsVO noch nicht einmal zwingend staatliche Gerichte als Gerichte im Sinne der EuInsVO begreift und somit auch nicht zwingend ein kontradiktorisches Verfahren vorgesehen ist¹¹⁵⁴. Obendrein wird diese Art der für deutsche Begriffe durchaus „oberflächlichen“ Prüfung der Zuständigkeit in vielen Fällen an anderer Stelle, z. B. durch das nationale Verfahrensrecht, ausgeglichen. Eine auf der Versicherung des Schuldners beruhende rasche Eröffnung wird durch eine umfassende Überprüfung im Rechtsmittel ersetzt. Bei der Prüfung im Rechtsmittel kann das Gericht eine umfassende Prüfung nach Maßgabe des jeweiligen Verfahrensrechts vornehmen. Entsprechendes gilt für ein *annulment* nach s. 282 IA 1986. Des Weiteren sind durch die Regeln des technical manual des englischen *Insolvency Service* mittlerweile auch genauere Nachforschungen anzustellen, wenn der Schuldner weniger als zwölf Monate in England lebt und seine Verbindlichkeiten nicht bei Gläubigern in England hat, Kapitel 41.61 und 43.0.1 ff. Auch ist dem deutschen Verfahrensrecht eine vergleichsweise einseitige Prüfung bei der Antragstellung durch den Schuldner nicht fremd. Selbst wenn nicht sogleich das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Schuldners eröffnet wird, so werden im Einzelfall doch Sicherungsmaßnahmen getroffen, die unter den oben dargestellten Voraussetzungen wiederum als anerkennungsfähige Eröffnungsentscheidung angesehen werden können¹¹⁵⁵. Das Gericht ist nur dazu berufen, die internationale Zuständigkeit zu prüfen, ob es aber verpflichtet ist, von Amts wegen zu ermitteln und nicht nur von Amts wegen zu prüfen, ist eine Sache der *lex fori concursus*¹¹⁵⁶.

(4) Fehlende Begründung der Entscheidung

Bisweilen wird auch eine fehlende Begründung der Eröffnungszuständigkeit als Verstoß gegen den *Ordre-public*-Verstoß angesehen¹¹⁵⁷. Überzeugen kann dies aber nicht. Die Begründung des Eröffnungsbeschlusses ist zwar zweckdienlich, weil sie eine leichtere Überprüfung der Entscheidung ermöglicht und Kompetenzkonflikte vermeidet¹¹⁵⁸. Damit wächst zugleich das Vertrauen in die Entscheidung. Die Pflicht

1152 Mair, ZIK 2008, 83 (84).

1153 Mair, ZIK 2008, 83 (84).

1154 Knof, ZInsO 2007, 629 (635).

1155 Siehe D. I. 3.

1156 Siehe C. II. 3.

1157 AG Nürnberg, Beschl. v. 15.08.2006 – 8004 IN 1326 bis 1331/06, NZI 2007, 185 (186).

1158 Vogler, S. 190.

zur Begründung des Eröffnungsbeschlusses ergibt sich jedoch nicht aus der EuInsVO, sondern aus nationalen Vorschriften, wie etwa Art. 102 § 2 EGIinsO. Ein Verstoß gegen die Begründungspflicht ist jedoch an keine Sanktion nach dem nationalen Recht geknüpft¹¹⁵⁹. Aus Art. 102 § 2 EGIinsO ergibt sich im Umkehrschluss, dass eine Begründungspflicht gerade kein typischer Bestandteil des *ordre public* ist¹¹⁶⁰. Die Begründung ist keine Verfahrensvorschrift, die so wesentlich wäre, dass sie eine Anerkennungsverweigerung mit all ihren negativen Folgen zu rechtfertigen vermöchte. Vielmehr ist zu beachten, dass die Entscheidung des Gerichts objektiv zutreffend sein kann und das Gericht sachlich korrekt entschieden haben kann. Doch selbst die objektiv falsche Entscheidung über die internationale Zuständigkeit des Gerichts kann einen Verstoß gegen den *ordre public* nicht begründen. Dies muss auch gelten, wenn die Begründung der Entscheidung fehlt¹¹⁶¹. Die fehlende Prüfung oder Begründung der internationalen Zuständigkeit dürfte angesichts der sehr unterschiedlichen nationalen Maßstäbe bei der Prüfung und Begründung von Entscheidungen mit einstweiligem Charakter typischerweise keinen Verstoß darstellen¹¹⁶².

(5) Verstoß gegen das Prioritätsprinzip

Eröffnet ein Gericht mit einer anerkennungsfähigen und anerkennungspflichtigen Entscheidung das Insolvenzverfahren und eröffnet ein anderes Gericht unter Nichtbeachtung des zuerst eröffneten Insolvenzverfahrens ebenfalls ein Hauptverfahren, so ist fraglich, ob diese zweite Entscheidung gegen den *ordre public* verstößt.

Ein gravierendes Problem wird sich schon aus praktischen Gründen nicht stellen. Denn zur Frage einer Anerkennung dieser zweiten Entscheidung kommt es im Staat der ersten Verfahrenseröffnung. Dieser Staat wird die zweite Entscheidung nicht anerkennen, weil sie gegen seine zeitlich vorhergehende Entscheidung verstößt. Auch in anderen Mitgliedstaaten wird eine Anerkennung nicht erfolgen können, weil die erste Entscheidung bereits universale Geltung beansprucht und eine zweite Entscheidung schon unter dem Gesichtspunkt des Art. 16 EuInsVO nicht anerkennungsfähig ist. Obendrein wird sich die zweite Eröffnungsentscheidung aufgrund des nationalen Verfahrensrechts dieses Staates als rechtswidrig und folglich aufhebbar erweisen. Auf Rechtsmittel hin ist diese Entscheidung aufzuheben. Die Reaktion des deutschen Rechts ist entsprechend klar: Nach Art. 102 § 4 Abs. 1 EGIinsO ist das zeitlich spätere Insolvenzverfahren einzustellen.

1159 Vogler, S. 193.

1160 Mankowski, KTS 2011, 185 (204).

1161 Vgl. OLG Wien, Beschl. v. 09.11.2004 – 28 R 225/04w, NZI 2005, 56 (59); bestätigt durch OGH, Beschl. v. 17.03.2005 – 8 Ob 135/04t, NZI 2005, 465; OLG Innsbruck, Beschl. v. 08.07.2008 – 1 R 176/08d, ZIP 2008, 1647 (1650); Paulus, EWIR 2008, 653 (654); Jacoby, GPR 2007, 200 (204); Knof, ZInsO 2007, 629 (635); Mankowski, KTS 2011, 185 (204).

1162 Mankowski, KTS 2011, 185 (204); OLG Innsbruck, Beschl. v. 08.07.2008 – 1 R 176/08d, ZIP 2008, 1647 (1650); Turck, S. 168.

Wird wegen eines Verstoßes gegen den *ordre public* ein deutsches Verfahren als Hauptverfahren eröffnet, so muss das Gericht eines dritten Staates aber wegen der Priorität das erste Verfahren anerkennen¹¹⁶³, es sei denn, dieses Gericht sieht in Bezug auf die erste Entscheidung einen entsprechenden Verstoß gegen den *ordre public*.

(6) Fehlende Rechtsbehelfsmöglichkeiten

Denkbar wäre die Anwendung des Art. 26 EuInsVO noch, wenn der Beschwerdeführer gegen den Eröffnungsbeschluss einzig deshalb Rechtsmittel einlegt, weil er der Auffassung ist, dass ein anderes Gericht international zuständig ist. Da sich die Rechtsmittel nach der *lex fori* richten, kann ihm bei Berufung einzig auf die fehlende internationale Zuständigkeit seine Beschwerdebefugnis fehlen. Die Beschwerdebefugnis richtet sich gem. Art. 4 Abs. 1 EuInsVO nach dem jeweiligen nationalen Recht¹¹⁶⁴. Problematisch wird dies dann, wenn ein Gläubiger ausschließlich die internationale Zuständigkeit rügen will¹¹⁶⁵, aber der materiellen Insolvenz des Schuldners beipflichtet. In manchen Ländern ist er gar nicht beschwerdebefugt. So z. B. in Deutschland: Nach § 34 InsO in hat der Gläubiger kein Beschwerderecht gegen die Eröffnung des Insolvenzverfahrens¹¹⁶⁶. Ab dem 26.06.2017 gilt jedoch Art. 102c § 4 EGInsO, der für die Anwendungsfälle der Neufassung der EuInsVO ausdrücklich die Möglichkeit der sofortigen Beschwerde vorsieht.

Fehlt dem Gläubiger die Möglichkeit eines Rechtsbehelfs, würde für ihn die Rechtsdurchsetzung u.U. massiv erschwert, weil dieser sich nach einem fremden Recht und einer fremden Amtssprache richten müssten und seine Forderungen vielleicht leichter verliert als in dem Land, in dem das COMI *tatsächlich* liegt¹¹⁶⁷. In diesen Fällen kommt es zu einer Rechtsbeschneidung des Rechtsmittelführers, der möglicherweise einen Verstoß gegen den *ordre public* begründen kann.

Für Deutschland wird vertreten, dass die fehlende Beschwerdemöglichkeit des Gläubigers nach § 34 Abs. 2 InsO nicht die Verletzung des *ordre public* bedeute, da die InsO auch nicht jede Entscheidung überprüfbar mache¹¹⁶⁸. Diese Vorgehensweise greift allerdings zu kurz. Es kann in grenzüberschreitenden Fällen nicht nur auf die nationale Verfahrensordnung ankommen. Bei reinen Binnensachverhalten kommt

1163 Duursma-Kepplinger, EWiR 2007, 81 (82).

1164 Kübler, in: Schilken (Hrsg.), FS Gerhardt, 2004, S. 527 (559).

1165 Kübler, in: Schilken (Hrsg.), FS Gerhardt, 2004, S. 527 (559).

1166 Vgl. Schilling/Schmidt, EWiR 2006, 15 (15); Schmahl/Busch, in: Kirchhof (Hrsg.), MünchKommInsO, Bd. 2, 3. Aufl. 2013, § 34 Rn. 59, was nach BGH, Beschl. v. 21.02.2008 – IX ZB 96/07, BeckRS 2008, 04207, auch für die Rüge der internationalen Zuständigkeit gilt.

1167 Umgekehrt gilt dies auch für den Schuldner, wenn der Gläubiger ihm das zutreffende Insolvenzforum nimmt und ihn damit der Möglichkeit einer Restschuldbefreiung beraubt oder diese nur unter größeren Schwierigkeiten zu erlangen ist. Doch wird der Schuldner als vom Verfahren primär Betroffener in aller Regel zur Einlegung eines Rechtsmittels bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens befugt sein.

1168 LAG Frankfurt/M., Urt. v. 14.12.2010 – 13 Sa 969/10, ZIP 2011, 289 (290); vgl. auch Jacoby, GPR 2007, 200 (204); Lauckmann, IPRax 2012, 207 (213).

dieselbe Rechtsordnung zur Anwendung, die Befriedigungsaussichten sind dieselben. Bei grenzüberschreitenden Sachverhalten mit unterschiedlichen Rechtsordnungen und den daraus resultierenden Divergenzen ist dies gerade nicht der Fall. So können sich die Anfechtungsfristen und der Umfang der Masse ebenso wie die Folge eines Insolvenzverfahrens erheblich unterscheiden, wenn der Schuldner sich sein Forum dementsprechend ausgesucht hat. Der Gläubiger hat gerade bei grenzüberschreitenden Fällen ein erhebliches Interesse an der richtigen Lokalisierung des COMI, weil davon die *lex fori concursus* nach Art. 4 Abs. 1 EuInsVO abhängt. Die Reform der EuInsVO sieht jedoch einen in der EuInsVO enthaltenen Rechtsbehelf vor, mit dem die fehlerhafte Inanspruchnahme der internationalen Zuständigkeit gerügt werden kann¹¹⁶⁹.

ee. Verfahrensfristen und Mitwirkungsrechte

Details des eigentlichen Insolvenzverfahrens wie Verfahrensfristen und Mitwirkungsrechte der Verfahrensbeteiligten können nur selten einen *Ordre-public*-Verstoß begründen¹¹⁷⁰. Das ausländische Insolvenzverfahren, das bisweilen abweichende Zwecke in den Vordergrund stellt, ist mit seiner konkreten Verfahrensgestaltung hinzunehmen. Denkbare „Mängel“, die zu einem Verstoß gegen den *ordre public* führen könnten, stellen in aller Regel bereits eigenständige Verstöße wegen der Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör oder wegen fehlender Rechtsbehelfsmöglichkeiten dar.

ff. Fehlende Insolvenzfähigkeit des Schuldners

Ist der Schuldner nach dem Recht des Anerkennungsstaates nicht insolvenzfähig, kann auch dies zu anerkennungsrechtlichen Fragen führen. Zu denken ist bspw. an die Anerkennung von Insolvenzverfahren über das Vermögen von natürlichen Personen, obwohl der Anerkennungsstaat solche Verfahren nicht kennt, oder über Verbraucher, obwohl der Anerkennungsstaat nur Insolvenzverfahren für Kaufleute kennt. Wie oben bereits dargestellt, kann sich der Kreis der insolvenzfähigen Schuldner massiv von den Vorstellungen des Anerkennungsstaates unterscheiden. Solche Unterschiede bieten für den Schuldner gerade einen wesentlichen Grund, in einem anderen Staat das Insolvenzverfahren (mit anschließender Restschuldbefreiung) durchzuführen.

Die Unterschiede zwischen den verschiedenen Rechtsordnungen hat auch der Verordnungsgeber berücksichtigt und ausdrücklich geregelt, dass nach Art. 16 Abs. 1 S. 2 EuInsVO die Anerkennung nicht verweigert werden darf, weil der Schuldner

¹¹⁶⁹ Siehe dazu unten F. I

¹¹⁷⁰ *Mankowski*, KTS 2011, 185 (197).

nach dem Recht des Anerkennungsstaates nicht insolvenzfähig wäre¹¹⁷¹. Dies gilt jedoch nicht nur für die eigentliche Anerkennung der Entscheidung, sondern auch für die Anwendung des *ordre public*, da ansonsten die Vorschrift des Art. 16 Abs. 1 S. 2 EuInsVO von vornherein überflüssig wäre¹¹⁷².

gg. Fehlende Unabhängigkeit des Verwalters

Die fehlende Unabhängigkeit des Verwalters kann ein Grund für den Verstoß gegen den *ordre public* darstellen, wenn der Schuldner den Insolvenzverwalter vorgeschlagen hat¹¹⁷³. Dies gilt insbesondere, weil die vom Schuldner ausgewählten Insolvenzverwalter möglicherweise parteiisch zugunsten des Schuldners agieren und die ggf. von ihnen zu prüfende internationale Zuständigkeit des Gerichts vorschnell bejahen. Bisweilen wird vertreten, dass bereits jedem englischen Insolvenzverfahren, das mit einem *out of court appointment* verbunden ist, die Anerkennung versagt werden muss¹¹⁷⁴. Dies trägt nicht zuletzt zur Verhinderung des „Insolvenzimperialismus“ bei. Allerdings wird dabei außer Acht gelassen, dass Art. 26 EuInsVO wegen seiner auf die Überprüfung des Einzelfalls gerichteten Funktion die pauschale Versagung der Anerkennung nicht zulässt¹¹⁷⁵.

Die Auswahl des Verwalters durch den Schuldner wird in aller Regel keinen Verstoß gegen den *ordre public* begründen können¹¹⁷⁶. Zwar gehört die Unabhängigkeit der Gerichte zu den Grundprinzipien des Verfahrensrechts¹¹⁷⁷. Der Verwalter ist aber nicht selbst das Gericht. Vielmehr wird er von diesem kontrolliert. Obendrein kennt sogar das deutsche Recht die Eigenverwaltung durch den Schuldner¹¹⁷⁸ – eine größere Sorge der „Befangenheit“ wird es kaum geben. Des Weiteren ist nach § 56 Abs. 1 S. 3 InsO die Bestimmung des Verwalters auf Vorschlag des Schuldners oder des Gläubigers möglich. Auch hier kann der grundsätzliche „Verdacht“ der Voreingenommenheit bestehen. Doch bestehen Haftungs- und Strafbarkeitsrisiken der zur Verwaltung Berufenen, was diese zu einer ordnungsgemäßen Verwaltung veranlassen wird¹¹⁷⁹. Die Bestellung eines vom Schuldner vorgeschlagenen Verwalters verstößt daher nicht gegen den *ordre public*.

1171 Zum EuInsÜ bereits *Virgos/Schmit*, in: *Stoll* (Hrsg.), *Vorschläge und Gutachten zum EuInsÜ*, 1997, Nr. 148; siehe auch *Leible/Staudinger*, KTS 2000, 533 (568); *Duursma-Kepplinger/Chalupsky*, in: *Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky* (Hrsg.), *EuInsVO*, 2002, Art. 16 Rn. 25; *Huber*, ZJP 114 (2001), 133 (146); *Mankowski*, KTS 2011, 185 (208); *Kindler*, in: *Heinrichs/Rebmann/Säcker* (Hrsg.), *MünchKomm-BGB*, Bd. 11, 6. Aufl. 2015, Art. 26 Rn. 12; *Turck*, S. 171.

1172 *Mankowski*, KTS 2011, 185 (208), m. w. N.

1173 *AG Nürnberg*, Beschl. v. 15.08.2006 – 8004 IN 1326 bis 1331/06, NZI 2007, 185 (186); *Kebekus*, ZIP 2007, 84 (87).

1174 *Kebekus*, ZIP 2007, 84 (87).

1175 *Weller*, ZGR 2008, 835 (852); *Laukemann*, IPRax 2012, 207 (208).

1176 *Knof*, ZInsO 2007, 629 (634 f.); *Duursma-Kepplinger*, EWiR 2007, 81 (82); *Laukemann*, IPRax 2012, 207 (208). Vgl. auch *Jacoby*, GPR 2007, 200 (205).

1177 *Sujecki*, ZeuP 2008, 458 (463). Vgl. auch *Laukemann*, IPRax 2012, 207 (208).

1178 So auch *Mankowski*, KTS 2011, 185 (207).

1179 *Knof*, ZInsO 2007, 629 (635); *Mankowski*, KTS 2011, 185 (207).

hh. Erteilung der Restschuldbefreiung und sonstige materielle Beschränkungen der Gläubiger

Eine aus Sicht der Gläubiger äußerst verlockende Möglichkeit der Anwendung des Art. 26 EuInsVO wäre es, wenn die Erteilung einer leichteren Restschuldbefreiung einen Grund für die Verweigerung der Anerkennung darstellen würde. Weil die Entscheidung über die Restschuldbefreiung in die Eigentumsrechte des Gläubigers eingreift, muss sie sich einer *Ordre-public*-Kontrolle stellen¹¹⁸⁰. Zwar wären die Verfahrenseinleitung und -durchführung nicht angreifbar, wohl aber im Anerkennungsstaat die deutlich wichtigere Frage der Restschuldbefreiung. Bedeutung erlangt dies, wenn noch Vermögen des Schuldners, das nicht vom Insolvenzbeschluss erfasst ist und vom Verwalter verwertet werden konnte, vorhanden ist oder wieder vom Schuldner aufgebaut werden kann.

Doch so vorteilhaft ein Verstoß gegen den *ordre public* aus Sicht der Gläubiger erscheinen mag, so wenig liegt er vor. Die im Ausland erteilte Restschuldbefreiung ist grundsätzlich europaweit anzuerkennen¹¹⁸¹. Einer Restschuldbefreiungsentscheidung kann erst Recht nicht unter Berufung auf den *ordre public* die Anerkennung versagt werden, was besonders deutlich wird, wenn sowohl der Staat der Verfahrenseröffnung wie auch der Anerkennungsstaat eine Restschuldbefreiung kennen¹¹⁸². So werden bspw. die englische *discharge*¹¹⁸³ und auch die Restschuldbefreiung in Frankreich für Nichtkaufleute anerkannt¹¹⁸⁴. Denn die verschiedenen Rechtsordnungen sind grundsätzlich gleichwertig¹¹⁸⁵ und ihre Wertungen sind folglich zu akzeptieren. Dies gilt

1180 Mankowski, KTS 2011, 185 (199).

1181 BGH, Urt. v. 14.01.2014 – II ZR 192/13, ZIP 2014, 394, m. Anm. Vallender, NZI 2014, 285; Hergenröder, DZWIR 2009, 309 (320); Tkatchenko, S. 80 ff.; Mankowski, KTS 2011, 185 (201 f.); Beck, ZVI 2011, 355 (362); Renger, S. 211; Beck, ZVI 2012, 433 (437). Zur Rechtslage vor Inkrafttreten der EuInsVO bereits BGH, Beschl. v. 18.09.2001 – IX ZB 51/00, NJW 2002, 960, m. Anm. Mohrbutter, WuB VI C. § 3 InsO 1.02; Ehrlicke, IPRax 2002, 505 (507); Cranshaw, jurisPR-InsR 6/2013, Anm. 5; LG Trier, Urt. v. 02.05.2013 – 5 O 247/13, ZVI 2014, 430 (431); Turck, S. 174; BFH, Beschl. v. 27.01.2016 – VII B 119/15, BeckRS 2016, 95276.

1182 Koch, in: Mansel (Hrsg.), FS Jayme, 2004, S. 437 (443); Hergenröder, DZWIR 2009, 309 (320); Mankowski, KTS 2011, 185 (201). Bereits zur früheren Rechtslage BGH, Beschl. v. 18.09.2001 – IX ZB 51/00, NJW 2002, 960, m. Anm. Mohrbutter, WuB VI C. § 3 InsO 1.02; Ehrlicke, IPRax 2002, 505 (507); Ackmann/Wenner, IPRax 1990, 209 (213); LG Trier, Urt. v. 02.05.2013 – 5 O 247/13, ZVI 2014, 430 (431).

1183 BGH, Urt. v. 14.01.2014 – II ZR 192/13, ZIP 2014, 394, m. Anm. Vallender, NZI 2014, 285; VG Leipzig, Urt. v. 13.09.2011 – 6 K 86/08, - juris m. Anm. Cranshaw, jurisPR-InsR 22/2011, Anm. 4; LG Trier, Urt. v. 02.05.2013 – 5 O 247/13, ZVI 2014, 430 (431); siehe auch OLG Celle, Beschl. v. 27.11.2012 – 2 U 147/12, ZInsO 2013, 1002 (1003); Renger, S. 211.

1184 Vgl. die Zusammenfassung bei Hess/Pfeiffer, S. 120.

1185 Laukemann, IPRax 2012, 207 (208). Vgl. auch Kindler, in: Kindler/Nachmann (Hrsg.), Handbuch Insolvenzrecht in Europa, 4. Aufl. 2014, § 3 Rn. 31.

umso mehr, wenn in der eigenen Rechtsordnung auch Nullpläne zulässig sind¹¹⁸⁶, also letztlich ein vollständiger Forderungsverlust droht.

Der Gedanke einer Anerkennung ausländischer Restschuldbefreiungen ist nicht neu. Die Anerkennung einer Restschuldbefreiung bzw. einer Entscheidung mit vollstreckungshemmender Wirkung nach Art. 265, 267 SchKG wurde schon vor Inkrafttreten der deutschen Regelungen über die Restschuldbefreiung vom BGH anerkannt und eine Verletzung des *ordre public* verneint¹¹⁸⁷. Problematisch könnte es sein, wenn der Schuldner nach Verfahrensbeendigung ohne Weiteres die Restschuldbefreiung erhält, denn nach deutschem Recht ist eine Wohlverhaltensperiode von sechs Jahren vorgesehen, vgl. § 287 Abs. 2 InsO, die aufgrund zahlreicher Pflichten und Obliegenheiten mit beträchtlichen Entbehrungen für den Schuldner verbunden ist¹¹⁸⁸. Der Gesetzgeber ging bei der Schaffung der InsO davon aus, dass der Schuldner erhebliche Vorleistungen zu erbringen habe, wenn er in den Genuss der Restschuldbefreiung kommen wolle¹¹⁸⁹.

Trotz dieser Überlegung sind sämtliche ausländischen Restschuldbefreiungen hinzunehmen und ihre Erteilung kann keine Verletzung des *ordre public* begründen. Ein Verstoß kann sich allenfalls dann ergeben, wenn die Gläubiger aufgrund der Restschuldbefreiung in unvertretbarer Weise beeinträchtigt werden¹¹⁹⁰. Die Konkursysteme der verschiedenen Mitgliedstaaten sind zwar unterschiedlich. Diese Unterschiede zwischen den Insolvenzrechten dürfen aber keinen Verstoß begründen, da dem Verordnungsgeber die unterschiedlichen Rechtsordnungen in Europa bekannt waren¹¹⁹¹. Gleichwohl hat sich der Verordnungsgeber für das gegenseitige Vertrauen und die Anerkennung der ausländischen Verfahren entschieden¹¹⁹². Dazu einige Einzelpunkte:

Auch wenn der Anerkennungsstaat seinerseits kein Insolvenzverfahren über den Schuldner zulässt und damit auch keine Restschuldbefreiung kennt oder aber ein Insolvenzverfahren ohne Möglichkeit der Restschuldbefreiung vorsieht (z. B. Spanien), ist die im Ausland erteilte Restschuldbefreiung anzuerkennen. Andernfalls käme es zu Widersprüchen. Zum einen wäre das Insolvenzverfahren wegen Art. 16 Abs. 1 S. 2

1186 Siehe z. B. BGH, Beschl. v. 18.09.2001 – IX ZB 51/00, NJW 2002, 960; BGH, Beschl. v. 17.03.2005 – IX ZB 214/04, ZVI 2005, 322, m. Anm. Pape, ZInsO 2005, 599; OLG Celle, Urte. v. 07.01.2010 – 6 U 60/09, IPRax 2011, 186; Mohrbutter, WuB VI C. § 3 InsO 1.02; Niggemann/Blenske, NZI 2003, 471 (479); Vallender, ZInsO 2009, 616 (620); Ambach, S. 253; Mankowski, KTS 2011, 185 (202); Renner, S. 211; Beck, ZVI 2012, 433 (437). Siehe auch ausführlich Pape, NZI 2004, 1.

1187 BGH, Urte. v. 27.05.1993 – IX ZR 254/92, BGHZ 122, 373.

1188 Hoes, in: Schäfer (Hrsg.), FS Ott, 2002, S. 81 (92).

1189 Vgl. BT-Drs. 12/2443, S. 107.

1190 BGH, Urte. v. 14.11.1996 – IX ZR 339/95, BGHZ 134, 79 (92), zu einem norwegischen Zwangsvergleich; vgl. auch BGH, Urte. v. 27.05.1993 – IX ZR 254/92, BGHZ 122, 373 (379), zu einem vollstreckungsbeschränkenden Verlustschein nach schweizerischem Recht; BGH, Beschl. v. 18.09.2001 – IX ZB 51/00, NJW 2002, 960; BayAGH, Beschl. v. 24.03.2011 – BayAGH I-35/08, BeckRS 2011, 22607; Hoes, in: Schäfer (Hrsg.), FS Ott, 2002, S. 81 (90).

1191 Vgl. Kindler, in: Heinrichs/Rebmann/Säcker (Hrsg.), MünchKomm-BGB, Bd. 11, 6. Aufl. 2015, Art. 26 Rn. 18; Niggemann/Blenske, NZI 2003, 471 (479); Adam, S. 82.

1192 Kindler, in: Heinrichs/Rebmann/Säcker (Hrsg.), MünchKomm-BGB, Bd. 11, 6. Aufl. 2015, Art. 26 Rn. 18; Niggemann/Blenske, NZI 2003, 471 (479); vgl. Wyen, S. 168.

EuInsVO anzuerkennen, obwohl der Schuldner im Anerkennungsstaat nicht insolvenzfähig wäre. Zum anderen wäre aber ein mit der Restschuldbefreiung verbundener Verfahrensabschluss nicht möglich.

Ist die Restschuldbefreiungsphase erheblich kürzer als im Anerkennungsstaat gewesen, so stellt auch dies keinen Verstoß gegen den *ordre public* dar¹¹⁹³. Wie die Diskussion um die deutschen Regelungen der InsO zeigt, gehört die reine Fristenfrage nicht zum *ordre public*¹¹⁹⁴. Denn andere Rechtsordnungen haben durchaus unterschiedliche Fristen, z. B. erfolgt die englische *discharge* nach zwölf Monaten, nach bisherigem irischem Recht hingegen erst nach zwölf Jahren, seit der Reform nach drei Jahren. Zwischen dem Fehlen einer Wohlverhaltensperiode und einer sehr kurzen ist praktisch kaum ein Unterschied zu machen. Diesem Problem ist der BGH entgangen, indem er – bereits vor Inkrafttreten der EuInsVO – die deutlich schneller erfolgende Restschuldbefreiung nach französischem Recht als anerkennungsfähig angesehen und die deutlich kürzere Wohlverhaltensperiode nicht als Verstoß gegen den *ordre public* eingestuft hat¹¹⁹⁵. Denn es ließ sich nicht feststellen, dass die Gläubiger durch die kürzere Verfahrensdauer schlechter gestellt würden¹¹⁹⁶. Diese Ausführungen lassen zwar den Schluss zu, dass der BGH eine Anerkennung versagen würde, wenn eine erhebliche Schlechterstellung der Gläubiger im Vergleich zur InsO erfolgen würde¹¹⁹⁷. Allerdings ist zu beachten, dass die Entscheidung ein von der EuInsVO noch nicht unmittelbar beeinflusstes Verfahren betraf. Denn der Ordnungsgeber, der die verschiedenen mitgliedstaatlichen Verfahrensordnungen zwar nicht vereinheitlichen, wohl aber koordinieren wollte, hat in Kenntnis der verschiedenen Rechtsordnungen auch die Anerkennung der Möglichkeit einer Restschuldbefreiung nach Art. 4 Abs. 2 lit. j und k, 25 Abs. 1 EuInsVO geregelt. Andernfalls hätte er Ausnahmen von dem nach Art. 4 EuInsVO anwendbaren Recht schaffen können.

Unterschiedliche Befriedigungsaussichten der Gläubiger wegen der Bevorzugung oder Benachteiligung von Gläubigern können eine erhebliche Beeinträchtigung der (übrigen) Gläubiger darstellen. Doch gehören solche Privilegien oder Nachteile nicht allesamt zum Kernbestand des *ordre public*¹¹⁹⁸. Das wird umso deutlicher, als auch das deutsche Insolvenzrecht die Gläubiger in verschiedene Gruppen einteilt (vgl. §§ 38, 39, 47, 49, 55 InsO). Dass andere Staaten dies – wenn auch nach anderen Maßstäben – ebenfalls tun, ist der Sache nach nicht zu beanstanden.

1193 Hergenröder, DZWIR 2009, 309 (320); Kindler, in: Kindler/Nachmann (Hrsg.), Handbuch Insolvenzrecht in Europa, 4. Aufl. 2014, § 3 Rn. 30; Mankowski, KTS 2011, 185 (202). Vgl. auch OLG Celle, Urt. v. 07.01.2010 – 6 U 60/09, IPRax 2011, 186 (186); Renger, S. 211; Wenner, in: Mohrbutter/Ringstmeier (Hrsg.), Hdb. Insolvenzverwaltung, 2015, S. 921, § 20 Rn. 198.

1194 Vgl. Koch, in: Mansel (Hrsg.), FS Jayme, 2004, S. 437 (443); BGH, Urt. v. 27.05.1993 – IX ZR 254/92, BGHZ 122, 373, mit zust. Anm. Ackmann, EWiR 1993, 803.

1195 BGH, Beschl. v. 18.09.2001 – IX ZB 51/00, NJW 2002, 960 (961). Siehe in diesem Sinne auch OLG Celle, Urt. v. 07.01.2010 – 6 U 60/09, IPRax 2011, 186 (186).

1196 BGH, Beschl. v. 18.09.2001 – IX ZB 51/00, NJW 2002, 960 (961); vgl. auch Renger, S. 211.

1197 Hoes, in: Schäfer (Hrsg.), FS Ott, 2002, S. 81 (92).

1198 Mankowski, KTS 2011, 185 (209 f.), mit Beispielen zu staatlichen Eingriffen, die einen Verstoß darstellen könnten; Renger, S. 214.

Neben der Schlechterstellung der Gläubiger ist das gesamte Rechtssystem zu beachten, das zur Restschuldbefreiung führt. Denn die Gläubiger werden u.U. durch eine erweiterte Vermögensverwertung im laufenden Verfahren geschützt oder das Verfahren enthält sonstige Vorteile für die Gläubiger. Nicht jeder Nachteil, der gegenüber einem deutschen Insolvenzverfahren entsteht, kann daher zu einem Verstoß gegen den *ordre public* führen¹¹⁹⁹. Das gilt auch, wenn die unterschiedlichen Fristen für die Restschuldbefreiung gerade Grund für die Gestaltungen der Schuldner waren¹²⁰⁰, denn die Details des Verfahrens gehören nicht zum Kernbereich der Rechtsordnung¹²⁰¹. So begründen auch leichtere Bedingungen für eine Restschuldbefreiung keinen Verstoß gegen den *ordre public*¹²⁰². Es wird insbesondere keine Mindestquote im ausländischen Verfahren erwartet¹²⁰³. Wenn selbst in Deutschland „Nullpläne“, d. h. Verfahren ohne jede Befriedigungschance, zulässig sein sollen, muss erst recht akzeptiert werden, wenn eine Rechtsordnung unter leichteren Bedingungen und mit geringerer oder ohne Mindestquote die Restschuldbefreiung gewährt¹²⁰⁴. Dies gilt auch, wenn der Gläubiger bei einem Verfahren im Inland eine höhere Insolvenzquote erhalten oder Gläubiger sonst besser geschützt worden wären¹²⁰⁵.

Eine andere Frage stellt sich, wenn der Gläubiger überhaupt nicht am Verfahren beteiligt war und die Entscheidung über die Restschuldbefreiung auch die nicht angemeldeten Forderungen erfasst. Besteht die Möglichkeit einer Nachmeldung für den Gläubiger, schließt bereits dies einen Verstoß gegen den *ordre public* aus¹²⁰⁶. Auch ein

-
- 1199 BGH, Beschl. v. 18.09.2001 – IX ZB 51/00, NJW 2002, 960 (960); Weller, ZGR 2008, 835 (852); Renger, S. 214.
- 1200 Mankowski, KTS 2011, 185 (199).
- 1201 Koch, in: Mansel (Hrsg.), FS Jayme, 2004, S. 437 (443). Siehe z. B. zur Anerkennung einer Einschränkung nach dem SchKG BGH, Urt. v. 27.05.1993 – IX ZR 254/92, BGHZ 122, 373, mit zust. Anm. Ackmann, EWiR 1993, 803.
- 1202 BGH, Beschl. v. 18.09.2001 – IX ZB 51/00, NJW 2002, 960 (961); VG Leipzig, Urt. v. 13.09.2011 – 6 K 86/08, - juris; Kindler, in: Heinrichs/Rebmann/Säcker (Hrsg.), MünchKomm-BGB, Bd. 11, 6. Aufl. 2015, Art. 26 Rn. 17; Reinhart, in: Kirchhof (Hrsg.), MünchKomm-InsO, Bd. 4, 3. Aufl. 2016, Art. 26 Rn. 14; Mansel, in: Kronke/Thorn (Hrsg.), FS von Hoffmann, 2012, S. 683 (695); vgl. auch Jacoby, GPR 2007, 200 (205).
- 1203 Wenner, in: Mohrbutter/Ringstmeier (Hrsg.), Hdb. Insolvenzverwaltung, 2015, S. 921, § 20 Rn. 198. Zuvor schon BGH, Beschl. v. 18.09.2001 – IX ZB 51/00, NJW 2002, 960 (961). Noch vor Inkrafttreten der InsO für die Anerkennung eines norwegischen Zwangsvergleiches, der eine Quote von 25 % vorsah, BGH, Urt. v. 14.11.1996 – IX ZR 339/95, BGHZ 134, 79 (92), unter Berufung auf die damals verkündete, aber noch nicht in Kraft getretene InsO, während § 7 Abs. 1 und 4 VerglO eine Mindestquote von 35 % vorsah.
- 1204 BGH, Beschl. v. 18.09.2001 – IX ZB 51/00, NJW 2002, 960 (961); BGH, Beschl. v. 17.03.2005 – IX ZB 214/04, ZVI 2005, 322, m. Anm. Pape, ZInsO 2005, 599; OLG Celle, Urt. v. 07.01.2010 – 6 U 60/09, IPRax 2011, 186; Mohrbutter, WuB VI C. § 3 InsO 1.02; Vallender, ZInsO 2001, 1011 (1011); Niggemann/Blenske, NZI 2003, 471 (479); Vallender, ZInsO 2009, 616 (620); Ambach, S. 253; Mankowski, KTS 2011, 185 (202); Renger, S. 211; Beck, ZVI 2012, 433 (437). Siehe auch ausführlich Pape, NZI 2004, 1.
- 1205 BGH, Beschl. v. 18.09.2001 – IX ZB 51/00, NJW 2002, 960 (961), noch zur Rechtslage vor Inkrafttreten, aber nach Verkündung der EuInsVO; Weller, ZGR 2008, 835 (853).
- 1206 Mansel, in: Kronke/Thorn (Hrsg.), FS von Hoffmann, 2012, S. 683 (696). Vgl. auch Turck, S. 17, der auf die Information des Gläubigers abstellt.

Erlöschen von nicht angemeldeten Forderungen in ausländischen Verfahren kann keinen *Ordre-public*-Verstoß begründen¹²⁰⁷.

Auch der Erlass von Forderungen, die von der Restschuldbefreiung nach deutschem Recht gem. § 302 InsO ausgenommen sind, ist unschädlich¹²⁰⁸, selbst wenn es die Befreiung von Verbindlichkeiten aus vorsätzlicher unerlaubter Handlung (Nr. 1) betrifft¹²⁰⁹. Nach anderer Ansicht soll ein (auf diese Forderung beschränkter) Verstoß gegen den *ordre public* möglich sein, wenn die Forderung Ausgleich für vorsätzliche Eingriffe in die Grundrechte der körperlichen Unversehrtheit oder des Eigentums bieten soll¹²¹⁰. Überzeugend ist dies nicht, da der besondere Schutz bestimmter Forderungen nicht zum Kernbestand des deutschen Rechts gehört¹²¹¹. Dass Gläubiger einer Forderung aus vorsätzlicher unerlaubter Handlung langfristig besser geschützt sind, bildet im deutschen Recht zwar eine wichtige Ausnahme von der Regel des § 301 InsO. Diese Regel ist aber nicht so stark ausgeprägt, dass sie im Sinne des *ordre public* zum Kernbestand der Rechtsordnung gehören würde. Denn § 302 Nr. 1 InsO zeigt, dass auch diese Forderungen nicht zwingend dieses Privileg genießen, von der Restschuldbefreiung ausgenommen zu sein. Vielmehr bedarf es zum einen der Anmeldung zum Verfahren, zum anderen der Angabe des Rechtsgrunds der vorsätzlichen unerlaubten Handlung, um den Bestand der Forderung über die Restschuldbefreiung hinaus zu sichern. Lediglich die mit diesem Hinweis angemeldeten Forderungen sind von der Restschuldbefreiung ausgenommen. Insbesondere ist zu beachten, dass die verschiedenen Rechtsordnungen ihrerseits bestimmte Forderungen besonders schützen, die dem deutschen Recht wiederum fremd sind. So werden bspw. nach s. 281 Abs. 3 ff. IA 1986 bestimmte Forderungen aus Betrug oder Untreue, wegen Körperverletzung oder Unterhaltsansprüchen nicht von einer *discharge* erfasst¹²¹². Sie sind mithin besonders geschützt – und das sogar stärker als nach deutschem Recht, weil sie nicht unter Nennung des Forderungsgrundes angemeldet werden müssen. Das englische Recht geht mit seinem Schutz sogar noch ein Stück weiter, wenn es Schadenersatzansprüche u. a. sogar wegen *fahrlässiger* Körperverletzung nach s. 281 Abs. 5 lit. a IA 1986 von der *discharge* ausnimmt. Das französische Recht enthält mit Art. L643-11 Abs. 4 Code de commerce die Möglichkeit, den gesamten Vollstre-

1207 Kolmann/Keller, in: Gottwald/Bertram (Hrsg.), Handbuch InsR, 5. Aufl. 2015, § 134 Rn. 37; Beck, ZVI 2012, 433 (438).

1208 Vallender, ZInsO 2009, 616 (620); Mehring, ZInsO 2012, 1247 (1251); Priebe, ZInsO 2012, 2074 (2082).

1209 Mankowski, KTS 2011, 185 (202); Mehring, ZInsO 2012, 1247 (1251); a. A. Vallender, ZInsO 2009, 616 (620) der angesichts grundrechtlicher Wertungen für bestimmte Anspruch auf den nationalen *ordre public* für den Einzelfall abstellen will; ähnl. Hergenröder, DZWIR 2009, 309 (320). BGH, Urt. v. 27.05.1993 – IX ZR 254/92, BGHZ 122, 373, für die Anerkennung eines schweizerischen Konkursverlustscheins zu einem Zeitpunkt, zu dem der eng zu verstehende Begriff des Art. 26 EuInsVO noch nicht galt; kritisch dazu Ackmann, EWiR 1993, 803 (804), der in diesem Fall die „Notbremse des *ordre public* ziehen“ will.

1210 Vallender, ZInsO 2009, 616 (620).

1211 Vgl. Mankowski, KTS 2011, 185 (202).

1212 Dazu schon B.III.4.d.dd.

ckungsschutz aufzuheben, wenn der Schuldner einen Betrug begangen hat – unabhängig vom Zeitpunkt der Begehung (vor oder während des Insolvenzverfahrens)¹²¹³.

Dass also im Verlust einer anderen Forderung ein zu missbilligender und unter dem Gesichtspunkt des *ordre public* nicht mehr hinzunehmender Eingriff in Gläubigerrechte stattfinden würde, wird sich bei diesem Befund kaum halten lassen¹²¹⁴.

Aus Sicht der Gläubiger ist eine Restschuldbefreiung natürlich stets misslich, wenn der Schuldner nach Verfahrensbeendigung wieder über hohes Einkommen verfügt und die Gläubiger darauf keinen Zugriff mehr haben. Jedoch besteht die für die Gläubiger erhebliche – und ärgerliche – Beeinträchtigung auch nach deutschem Recht immer dann, wenn die Restschuldbefreiung erteilt ist und der Schuldner unmittelbar danach in kurzer Zeit zu erheblichem Vermögen kommt. Erbt der Schuldner etwa erhebliches Vermögen, wird dies ganz deutlich. Solche zeitlichen Zufälligkeiten können und dürfen jedoch nicht über die Anerkennungsfähigkeit eines grenzüberschreitenden Insolvenzverfahrens und seiner Folgenentscheidungen entscheiden.

ii. Bewusste Täuschung über zuständigkeitsbegründende Tatsachen oder im laufenden Verfahren

Wenngleich die fehlerhafte Inanspruchnahme der internationalen Zuständigkeit keine Verletzung des *ordre public* bedingt, gilt möglicherweise etwas anderes, wenn der Schuldner bewusst auf die Entscheidung des Gerichts durch die Angabe falscher zuständigkeitsbegründender Umstände einwirkt.

Kommt das Gericht zur Überzeugung, dass der Wohnsitz nur „formal verlegt“¹²¹⁵, dass also über den tatsächlichen Aufenthaltsort getäuscht wurde, der Schuldner also nicht im Staat der Verfahrenseröffnung seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, fehlen „objektive und für Dritte feststellbare Elemente“, die der EuGH jedoch gerade für die Begründung der internationalen Zuständigkeit fordert¹²¹⁶. Eine andere Frage ist es, wie im konkreten Fall auf einen solchen Verstoß reagiert werden muss. Entweder wird im Falle einer simulierten Verlagerung des COMI der Entscheidung von vornherein die Anerkennung nach Art. 26 EuInsVO versagt¹²¹⁷. Oder aber der

1213 Ehret, DAS 2010, 66 (68); Mehring, ZInsO 2012, 1247 (1252), m. w. N.

1214 Siehe auch Mehring, ZInsO 2012, 1247 (1251 f.).

1215 LG Köln, Urt. v. 14.10.2011 – 82 O 15/08, NZI 2011, 957 (957).

1216 EuGH, Urt. v. 02.05.2006 – Rs. C-341/04, Slg. 2006, 3813 (I-3868 Rn. 33); Weller, ZGR 2008, 835 (853); LG Köln, Urt. v. 14.10.2011 – 82 O 15/08, NZI 2011, 957 (957).

1217 LG Köln, Urt. v. 14.10.2011 – 82 O 15/08, NZI 2011, 957 (957); Kebekus, ZIP 2007, 84 (86); Weller, ZGR 2008, 835 (853); Kindler, in: Heinrichs/Rebmann/Säcker (Hrsg.), MünchKomm-BGB, Bd. 11, 6. Aufl. 2015, Art. 26 Rn. 12; Mankowski, KTS 2011, 185 (205); Mansel, in: Kronke/Thorn (Hrsg.), FS von Hoffmann, 2012, S. 683 (687). Schwemmer, NZI 2009, 355 (358): „bei evidenten Missbrauchsfällen“. Siehe auch zu Gesellschaften AG Nürnberg, Beschl. v. 15.08.2006 – 8004 IN 1326 bis 1331/06, NZI 2007, 185 (186); zust. Weller, ZGR 2008, 835 (853). Vgl. auch Ambach, S. 261. Zum *ordre public* allgemein Stürner, in: Schmidt/Canaris (Hrsg.), 50 Jahre BGH, 2000, S. 677 (689 f.).

Gläubiger wird auf die Rechtsmittel im Eröffnungsstaat verwiesen¹²¹⁸. Andere verneinen den Verstoß gegen den *ordre public*¹²¹⁹.

Beim Prozessbetrug ist nach verbreiteter Auffassung nicht auf die Rechtsbehelfe des Verfahrensstaates zu verweisen, sondern die Anerkennung zu versagen¹²²⁰. Denn der Schutz vor Prozessbetrug gehört zum deutschen *ordre public*¹²²¹. Es fehlt an dem Vertrauen in die Richtigkeit dieser Entscheidung, und jeder Anreiz hierzu muss vermieden werden¹²²². Die Täuschenden sollen keinen Vorteil aus ihrem Verhalten ziehen können, und zwar auch nicht in der Zeitphase, die es braucht, um die Eröffnungsentscheidung im Staat der Verfahrenseröffnung durch Rechtsmittel wieder aus der Welt zu schaffen¹²²³. Obendrein kann es vorkommen, dass der Prozessbetrug erst nach Ablauf der Rechtsbehelfsfristen auffällt¹²²⁴.

Dennoch ist auch in Täuschungsfällen auf die Rechtsbehelfe der *lex fori concursus* zu verweisen¹²²⁵, andernfalls käme es zu einer unerwünschten *revision au fond*¹²²⁶. Des Weiteren bestehen möglicherweise Schwierigkeiten bei der Abgrenzung zum reinen Rechtsanwendungsfehler, für den die *revision au fond* ganz sicher auszuschließen ist¹²²⁷.

Den Problemen einer (bis zur Aufhebung der Entscheidung) vorübergehenden Anerkennungspflicht mit ihren für die Gläubiger negativen Wirkungen kann bereits dadurch begegnet werden, dass etwaige Verfahren vor deutschen Gerichten nach den jeweils geltenden Vorschriften, also z. B. § 148 ZPO im Zivilverfahren, ausgesetzt werden¹²²⁸. Klagt der Gläubiger seinen Anspruch ein, geht ihm dieser wegen der Verjährungshemmung des § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB nicht verloren. Dem Gläubiger droht daher kein unmittelbarer Rechtsverlust, und die Klärung kann den – sachnäheren – Gerichten im Staat der Verfahrenseröffnung überlassen werden. Im Falle der Vollstreckungsabwehrklage des Schuldners gegen den Titel des Gläubigers kann eine Aussetzung nach § 148 ZPO genügen. Weil mit der Täuschung über die Zuständigkeit zugleich ein Vermögensvorteil erzielt werden soll, kann es sich auch um einen strafba-

1218 Beck, ZVI 2012, 433 (436); Laukemann, IPRax 2012, 207 (211); siehe auch Andres/Grund, NZI 2007, 137 (141); Jacoby, GPR 2007, 200 (205); Konecny, in: Kodek/Konecny (Hrsg.), Insolvenz-Forum 2007, 2008, S. 103 (122); Renger, VIA 2011, 62 (63); BGH, Urt. v. 10.09.2015 – IX ZR 304/13, ZIP 2015, 2331; BFH, Beschl. v. 27.01.2016 – VII B 119/15, BeckRS 2016, 95276; Priebe, ZInsO 2016, 601 (610).

1219 Knof, ZInsO 2007, 629 (634).

1220 Kindler, in: Heinrichs/Rebmann/Säcker (Hrsg.), MünchKomm-BGB, Bd. 11, 6. Aufl. 2015, Art. 26 Rn. 12; Mankowski, KTS 2011, 185 (205).

1221 Vgl. die umfassende Darstellung bei Regen; siehe auch Mankowski, KTS 2011, 185 (205), m. w. N.

1222 Mankowski, KTS 2011, 185 (205).

1223 LG Köln, Urt. v. 14.10.2011 – 82 O 15/08, NZI 2011, 957 (957); Kindler, in: Heinrichs/Rebmann/Säcker (Hrsg.), MünchKomm-BGB, Bd. 11, 6. Aufl. 2015, Art. 26 Rn. 12.

1224 Mankowski, KTS 2011, 185 (206).

1225 Duursma/Duursma-Kepplinger, DZWIR 2003, 447 (450); Jacoby, GPR 2007, 200 (205); Andres/Grund, NZI 2007, 137 (141); Knof, ZInsO 2007, 629 (634); Hergenröder, DZWIR 2009, 309 (321); Heneweier, S. 141; Vallender, EWIR 2011, 775 (776); Mehring, ZInsO 2012, 1247 (1250); Cranshaw, jurisPR-InsR 7/2013, Anm. 4; Renger, S. 213; Turck, S. 175.

1226 Heneweier, S. 142; Mehring, ZInsO 2012, 1247 (1249).

1227 Mehring, ZInsO 2012, 1247 (1250). Siehe D. IV. 2. b. aa.

1228 Cranshaw, jurisPR-HaGesR 3/2012, Anm. 4.

ren Betrug handeln, sodass auch eine Aussetzung nach § 149 ZPO wegen des Verdachts einer Straftat in Betracht kommt. Will der Schuldner gleichwohl die (einstweilige) Einstellung der Zwangsvollstreckung nach § 769 ZPO erreichen, wird er häufig Sicherheit leisten müssen, sodass der Gläubiger auch längerfristig seine Befriedigungsaussichten nicht verlieren wird.

Probleme können jedoch dann entstehen, wenn die bekannten Tatsachen nicht genügen, um die Gerichte im Staat der Verfahrenseröffnung von einer Täuschung zu überzeugen, obwohl dies bei deutschen Gerichten der Fall wäre. Doch ist zu beachten, dass die Korrektur der Entscheidung richtigerweise dort vorgenommen werden muss, wo der Fehler aufgetreten ist. Dass ein anderes Verfahrensrecht im Einzelfall zu einer anderen Bewertung der Tatsachen geführt hat, ist im Hinblick auf das im europäischen Insolvenzrecht bedeutsame gegenseitige Vertrauen hinzunehmen – zumal auch hier nicht auszuschließen ist, dass das zur Anerkennung berufene Gericht aufgrund eigener fehlerhafter Rechts- und Tatsachenprüfung von einer Täuschung ausgeht und eine objektiv zutreffende Entscheidung nicht anerkennen will.

jj. Sonstige rechtswidrige Herbeiführung der Entscheidungen

Neben der Verfahrensmanipulation, die aufgrund einer Täuschung erfolgt, kann der Schuldner auch auf andere Art für ihn relevante Entscheidungen herbeiführen. Zu denken ist an kollusives Zusammenwirken mit dem Richter – etwa aufgrund einer Bestechung¹²²⁹ – und an die Erzwingung durch Nötigungsmittel.

Beruhet die Entscheidung auf einer Bestechung des Gerichts, soll dieser Entscheidung die Anerkennung zu versagen sein, ohne dass der Gegner auf die Inanspruchnahme der Rechtsbehelfe des Staates der Verfahrenseröffnung verwiesen werden dürfe, da einem solchen Verfahren die Vertrauenswürdigkeit fehle¹²³⁰. Dies sei nur anders, wenn nur ein Gericht korruptiert worden sei, nicht jedoch die höheren Instanzen¹²³¹. Jedenfalls wird aber wie bei der Täuschung zunächst eine Korrektur über die Gerichte des Staates der Verfahrenseröffnung versucht werden müssen, bevor der Entscheidung die Anerkennung versagt werden kann. Denn dem Mitgliedstaat muss Gelegenheit gegeben werden, die fehlerhafte Entscheidung selbst aufzuheben. Obendrein besteht in solchen Fällen – ggf. auch gegen den entscheidenden Richter – der Verdacht einer Straftat, sodass im Zusammenhang mit Verfahren vor deutschen Gerichten wiederum die Aussetzung nach den §§ 148, 149 ZPO eine Rolle spielt und dem Gläubiger einen ausreichenden Schutz gewährt.

1229 Mankowski, KTS 2011, 185 (206).

1230 Mankowski, KTS 2011, 185 (206).

1231 Mankowski, KTS 2011, 185 (206).

c. Ergebnisse zu den Fallgruppen

Denkbare Verstöße gegen den *ordre public* gibt es im Verfahrensrecht viele. Wie soeben dargestellt, sind die meisten denkbaren Verstöße jedoch mit den Mitteln der *lex fori concursus* zu beheben. Erst wenn der Fehler durch diese nicht geheilt (so z. B. bei Gehörsfällen) oder nicht auf sonstige Weise behoben werden kann, kann darin ein Verstoß gegen den *ordre public* liegen, der tatsächlich eine Anerkennungsverweigerung nach Art. 26 EuInsVO zu begründen vermag. Diese Fälle sind jedoch sehr selten.

3. Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen den *ordre public*

a. Anerkennungsverweigerung, soweit ein Verstoß vorliegt

Gelangt das Gericht zu der Auffassung, dass ausnahmsweise doch ein Verstoß gegen Art. 26 EuInsVO vorliegt, *kann* das zur Anerkennung berufene Gericht die Anerkennung einer Entscheidung ablehnen, *soweit* diese gegen den *ordre public* verstößt. Es ist also möglich, abtrennbare Teile einer Entscheidung nicht anzuerkennen, andere Teile hingegen sehr wohl¹²³². Der Wortlaut „kann“ (in der englischen Sprachfassung „may“) spricht dafür, dass das Gericht ein Ermessen hat, ob die Entscheidung anerkannt wird oder nicht.

Es sind hier jedoch zwei Ebenen zu trennen. Zum einen die europäische Ebene, nach der das Gericht die Anerkennung gem. Art. 26 EuInsVO verweigern „kann“. Zum anderen die nationale Ebene, auf der das Gericht durch sein nationales Recht, insbesondere durch verfassungsrechtliche Pflichten wie das Rechtsstaatsgebot und den Schutz von Grundrechten, gebunden sein kann. Die europäische Ebene schafft lediglich die Möglichkeit, der Anerkennung zu begegnen, ohne eine Pflicht dazu aufzustellen¹²³³. Deutsche Gerichte sind über Art. 19 Abs. 3 GG und Art 1 Abs. 3 GG gebunden und dürfen eine erkannte – und bewiesene – Verletzung des *ordre public* nicht hinnehmen¹²³⁴. Eröffnet das nationale Recht dem Gericht hingegen ein Ermessen, ist auch dies zu tolerieren, ohne dass dies wiederum dem Gemeinschaftsrecht entgegenstünde¹²³⁵.

Die Nichtanerkennung kann sich auf einen Teil beschränken, wenn nur dieser gegen den *ordre public* verstößt und vom Rest der Entscheidung getrennt werden

1232 Paulus, Europäische Insolvenzverordnung, 4. Aufl. (2013), Art. 26 Rn. 4; Wyen, S. 135.

1233 Mankowski, in: Konecny (Hrsg.), Insolvenz-Forum 2009, 2010, S. 51 (75); Mankowski, KTS 2011, 185 (215).

1234 Mankowski, in: Konecny (Hrsg.), Insolvenz-Forum 2009, 2010, S. 51 (75); Mankowski, KTS 2011, 185 (215).

1235 Mankowski, in: Konecny (Hrsg.), Insolvenz-Forum 2009, 2010, S. 51 (75); Mankowski, KTS 2011, 185 (215).

kann¹²³⁶. Auch können einzelne Entscheidungen im Insolvenzverfahren dem *ordre public* entsprechen, andere nicht¹²³⁷. So kann bspw. die Verfahrenseröffnung anerkannt werden, die auf einer erst im Laufe des Verfahrens vorgenommenen Täuschung beruhende Restschuldbefreiungsentscheidung hingegen nicht. Dies ist besonders wichtig, wenn der Schuldner nicht bei der Verfahrenseinleitung, sondern erst in späteren Verfahrensstadien manipulativ tätig wird, indem er etwa Gläubiger oder Vermögenswerte verschweigt.

b. Bedeutung für ein anzuerkennendes Hauptverfahren

Die Rechtsfolge des Verstoßes gegen den *ordre public* ist die Nichtanerkennung der ausländischen Entscheidung, soweit sie gegen den *ordre public* des Anerkennungsstaates verstößt. Dies bedeutet für eine gegen den *ordre public* verstoßende Eröffnungsentscheidung, dass diese nicht die Konsequenzen eines ausländischen Hauptverfahrens in diesem Staat entfalten kann. So hat die Nichtanerkennung zur Folge, dass – soweit sie reicht – keine Wirkungen von der ausländischen Entscheidung ausgehen, also unter anderem auch keine Verfahrensunterbrechung nach § 240 ZPO¹²³⁸. Vielmehr könnte, wenn ein Gericht dieses Staates sich für international zuständig erachtet, noch ein weiteres Hauptverfahren eröffnet werden¹²³⁹, da eine Sperrwirkung durch das ausländische Hauptverfahren mangels Anerkennung in diesem Staat gerade nicht besteht. Letztlich bedeutet ein Verstoß gegen Art. 26 EuInsVO für die Gläubiger oft, „Steine statt Brot“ zu erhalten, wenn praktisch das gesamte Vermögen in dem anderen Staat liegt und der Verwalter des zweiten Hauptverfahrens de facto auf kein Vermögen zugreifen kann. Hinzu kommt, dass durch diese Vorgehensweise die Masse, die beiden Insolvenzverwaltern zur Verfügung steht, erheblich verringert wird¹²⁴⁰, während in der Folge auch noch die Kosten zweier Insolvenzverfahren aufzubringen sind. Des Weiteren stellen sich Fragen der Verfahrenskoordination¹²⁴¹ und der Forderungsanmeldung der Gläubiger, die an beiden Verfahren teilnehmen wollen. Zuletzt kommt es zu weiteren Anerkennungsproblemen. Das zweite Hauptinsolvenzverfahren würde vom Staat der ersten Verfahrenseröffnung seinerseits wegen eines Verstoßes gegen das Prioritätsprinzip nicht anerkannt. Die beiden Verfahren würden um Anerkennung in dritten Staaten konkurrieren. Der *ordre public* wird im dritten Staat möglicherweise nicht so eng ausgelegt wie im zweiten Mitgliedstaat. Für diesen Staat besteht also grundsätzlich das Dilemma, dass nur eine der Entscheidungen in

1236 Paulus, Europäische Insolvenzverordnung, 4. Aufl. (2013), Art. 26 Rn. 4; Wyen, S. 135; zum EuInsÜ bereits Virgos/Schmit, in: Stoll (Hrsg.), Vorschläge und Gutachten zum EuInsÜ, 1997, Nr. 209.

1237 Näher Mankowski, KTS 2011, 185 (215 f.).

1238 OLG Brandenburg, Zwischenurt. v. 25.05.2011 – 13 U 100/07, BeckRS 2011, 16015; vgl. auch OLG Celle, Beschl. v. 27.11.2012 – 2 U 147/12, ZInsO 2013, 1002; OLG Frankfurt, Urt. v. 28.08.2012 – 5 U 150/11, ZInsO 2012, 1990; Renger, VIA 2011, 62 (63).

1239 Adam, S. 91.

1240 Ehricke, in: Gottwald/Huber (Hrsg.), Europ. InsR., 2008, S. 127 (133).

1241 Dazu etwa Ehricke, in: Gottwald/Huber (Hrsg.), Europ. InsR., 2008, S. 127 (133 ff.); vgl. auch Knof, ZInsO 2007, 629 (635).

seinem Gebiet anerkannt werden kann. Wonach soll er sich richten? Nach der (vielleicht fehlerhaft) zuerst eröffneten Entscheidung oder nach der unter Berufung auf Art. 26 EuInsVO ergangenen zweiten Eröffnungsentscheidung (die ihrerseits freilich auch fehlerhaft sein kann)? Nach deutschem Zivilprozessrecht wäre nach § 328 Abs. 1 Nr. 3 ZPO die zeitlich erste Entscheidung anzuerkennen¹²⁴². Es käme also gerade zu der befürchteten Rechtsunsicherheit und Verfahrenszersplitterung. Denn die Nichtanerkennung einer Entscheidung im einen Mitgliedstaat bindet andere Mitgliedstaaten nicht¹²⁴³. Bei der hier vertretenen sehr restriktiven Linie, die eine möglichst umfassende Behebung von Verstößen gegen den *ordre public* im Staat der Verfahrenseröffnung anstrebt, kommt es aber nur sehr selten zu diesen Problemen, weil der Zweitstaat sich in den meisten Fällen bis zur Entscheidung über das Rechtsmittel im Staat der Verfahrenseröffnung zurückhalten muss. Kommt es dennoch dazu, hat sich das zur Anerkennung berufene Gericht jedenfalls an der zuerst ergangenen Eröffnungsentscheidung zu orientieren und diese anzuerkennen.

Diese Fragen und Probleme verdeutlichen nochmals, warum die restriktive und einheitliche Handhabung des *ordre public* zur Schaffung von Rechtssicherheit und der straffen Durchführung eines effizienten Insolvenzverfahrens notwendig ist.

c. Bedeutung für die Entscheidung über die Restschuldbefreiung

Wird eine Entscheidung über die Restschuldbefreiung nicht anerkannt, ist die Wirkung der Restschuldbefreiung, wie sie von der anzuerkennenden Entscheidung angeordnet wird, in diesem Staat nicht eingetreten. Der Schuldner ist in diesem Staat nicht von seinen Verbindlichkeiten befreit. Der Gläubiger kann also in diesem Staat einen Titel gegen den Schuldner erwirken, da dieser sich wegen des *Ordre-public*-Verstoßes nicht auf die Restschuldbefreiung berufen könnte. Die Folge ist, dass der Gläubiger in diesem Staat ohne Weiteres auf das Vermögen des Schuldners unter den Voraussetzungen des nationalen Zwangsvollstreckungsrechts zugreifen kann, sich aber mit den Fragen der grenzüberschreitenden Forderungsdurchsetzung auseinandersetzen muss, wenn er seinen Titel im Ausland vollstrecken will¹²⁴⁴. Jedenfalls wird der Schuldner sich mit den dortigen Rechtsbehelfen gegen die Vollstreckung des Titels wehren und sich auf die Restschuldbefreiung berufen können. Will der Gläubiger im Staat des Insolvenzverfahrens vollstrecken, wird er dort höchstwahrscheinlich keinen Erfolg haben. Er hat damit nur einen – möglicherweise sehr teuren – Pyrrhussieg errungen.

1242 Vgl. näher *Graf*, S. 314 ff.

1243 *Adam*, S. 91.

1244 *Beck*, ZVI 2012, 433 (440). Zur Frage, wie der Gläubiger einen Titel erlangen und ggf. auch verteidigen kann, siehe sogleich D. V.

V. Die praktische Umsetzung einer in einem anderen Mitgliedstaat erteilten Restschuldbefreiung in Deutschland

Neben den soeben dargestellten Fragen in Bezug auf die Anerkennung von Entscheidungen über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens und die Erteilung der Restschuldbefreiung ist für den Schuldner von Bedeutung, wie er die durch die Restschuldbefreiung erlangte Rechtsposition gegenüber seinen ehemaligen Gläubigern schützen und effektiv umsetzen kann, wenn diese die Erteilung der Restschuldbefreiung nicht anerkennen wollen. Am Beispiel eines darauf bezogenen Rechtsstreits in Deutschland soll dies im Folgenden erörtert werden.

1. Nicht titulierte Forderung eines Gläubigers

Ist die Restschuldbefreiung wirksam erteilt, ist davon – nach Maßgabe der *lex fori concursus* – auch eine nicht titulierte Forderung betroffen. Klagt der Gläubiger diese Forderung dennoch ein, wird das Gericht zunächst die zuvor dargestellten Fragen der Anerkennung der Erteilung der Restschuldbefreiung und etwaige Anerkennungshindernisse wie den Verstoß gegen den *ordre public* zu prüfen haben¹²⁴⁵.

Wäre die Erteilung der Restschuldbefreiung nicht anzuerkennen, könnte der Schuldner auch nicht einwenden, die Klage des Gläubigers sei wegen der zwischenzeitlich erteilten und anzuerkennenden Restschuldbefreiung als unbegründet abzuweisen.

Um die Abweisung der Klage wegen der anzuerkennenden Erteilung der Restschuldbefreiung zu verhindern, kann der Gläubiger versuchen, das Gericht zu einer Aussetzung des Verfahrens gem. § 148 ZPO zu veranlassen, um die Entscheidung über die Restschuldbefreiung (bzw. in England die Verfahrenseröffnung) aufheben zu lassen¹²⁴⁶. Denkbar sind in diesem Zusammenhang insbesondere die Regelungen nach s. 282 IA 1986 und Art. L643-11 C.com¹²⁴⁷, die eine Aufhebung der Restschuldbefreiung ermöglichen. Wegen der mit der Aufhebung der Restschuldbefreiung zusammenhängenden Vorfragen kann das Gericht das Verfahren aussetzen, um so die Durchführung des Rechtsbehelfsverfahrens im Ausland abzuwarten. Ist dieses aus Gläubigerperspektive umfassend erfolgreich und wird die Erteilung der Restschuldbefreiung aufgehoben, fehlt es an einer anerkennungspflichtigen Entscheidung. Das Gericht muss dann die komplexen Fragen der Anerkennung nicht mehr prüfen und kann den Schuldner zur Leistung an den Gläubiger verurteilen.

Würde das Gericht die Erteilung der Restschuldbefreiung gem. Art. 16 bzw. 25 EuInsVO hingegen anerkennen, würde es die Klage des Gläubigers als unbegründet abweisen. Denn abhängig von der Wirkung der Restschuldbefreiung nach der *lex fori concursus* erlischt die Forderung oder sie verliert zumindest ihre Durchsetzbar-

¹²⁴⁵ Fuchs, S. 705.

¹²⁴⁶ Vgl. Cranshaw, jurisPR-HaGesR 3/2012, Anm. 4; Fuchs, S. 706.

¹²⁴⁷ Dazu Mehring, ZInsO 2012, 1247 (1253).

keit. Selbst öffentlich-rechtliche Forderungen sind von der Restschuldbefreiung betroffen, wenn diese Forderungen von der Restschuldbefreiung nach der *lex fori concursus* erfasst sind¹²⁴⁸.

Der Schuldner kann gleichwohl zu verurteilen sein, wenn die eingeklagte Forderung des Gläubigers den Ausnahmevorschriften nach der *lex fori concursus* unterfällt (z. B. nach s. 281 Abs. 3 ff. IA 1986), denn von diesen Verbindlichkeiten wird der Schuldner gerade nicht befreit¹²⁴⁹. Dem Gläubiger einer solchen Forderung kommt sogar letztlich die dem Schuldner erteilte Restschuldbefreiung zugute. Denn dem Gläubiger steht – abgesehen von konkurrierenden Neugläubigern und anderen Gläubigern, deren Forderungen ebenfalls von Ausnahmetatbeständen erfasst sind – die gesamte neu erworbene und nicht mehr dem Insolvenzbeschluss unterfallende Vermögensmasse des Schuldners zur Verfügung. Der Gläubiger kann deshalb unter Beachtung der anwendbaren Zwangsvollstreckungsvorschriften seine Forderung realisieren. Doch er kann unter Umständen auch eine derart privilegierte Forderung verlieren. Ein Beispiel bietet § 302 Nr. 1 InsO. Wenn die Forderung des Gläubigers von der Erteilung der Restschuldbefreiung nämlich nicht berührt werden soll, muss sie unter Angabe des besonders geschützten Rechtsgrundes zur Tabelle angemeldet sein. Enthält die *lex fori concursus* vergleichbare Voraussetzungen und erfüllt der Gläubiger diese nicht, kann er nach Maßgabe der *lex fori concursus* jedoch auch eine privilegierte Forderung verlieren¹²⁵⁰.

2. Bereits titulierte Forderung eines Gläubigers

Hat der Gläubiger bereits einen vollstreckbaren Titel erlangt, z. B. durch ein Urteil oder durch eine sofortige Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung gem. § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO, ist die Lage des Gläubigers – zunächst – verhältnismäßig komfortabel. Er kann zunächst die Vollstreckung aufgrund seines Titels formal wirksam einleiten. Es ist die Sache des von seiner Verbindlichkeit befreiten Schuldners, sich gegen diese Vollstreckung zur Wehr zu setzen. Hierfür stehen ihm mehrere Wege offen, die jedoch nicht alle gleichermaßen zweckdienlich sind.

1248 VG Leipzig, Urt. v. 13.09.2011 – 6 K 86/08, - juris, m. Anm. Cranshaw, jurisPR-InsR 22/2011, Anm. 4 für die englische *discharge* in Bezug auf einen öffentlich-rechtlichen Erschließungsbeitrag.

1249 Vgl. Mehring, ZInsO 2012, 1247 (1253). Siehe auch den Fall des OLG Köln, Urt. v. 28.02.2013 – 18 U 298/11, NZI 2013, 506 (511), das einen Schadenersatzanspruch nach § 93 Abs. 2 AktG als von der Bereichsausnahme des s. 281 Abs. 3 IA 1986 erfasst ansieht, zustimmend Schroeders, NZI 2013, 512.

1250 Im Einzelfall kann der Gläubiger jedoch einen Schadenersatzanspruch gegen den Schuldner wegen des Verlusts dieser Forderung geltend machen, etwa wenn der Schuldner die Teilnahme des Gläubigers am Insolvenzverfahren vereitelt hat. Vgl. BGH, Beschl. v. 06.11.2008 – IX ZB 34/08, NZI 2009, 66; OLG Köln, Beschl. v. 02.11.2010 – 11 U 176/10, I-11 U 176/10, - juris; LG Schwerin, Beschl. v. 15.06.2006 – 2 S 66/06, VersR 2007, 400, m. Anm. Sitz, VersR 2007, 401; Ahrens, NZI 2013, 721 (725 f.), m.w.N. Dazu unten E. III. 2.

a. Vollstreckungserinnerung gem. § 766 ZPO

Die Erinnerung nach § 766 ZPO wird als richtige Verfahrensart für den Rechtsschutz des Schuldners gesehen¹²⁵¹. Eine Erinnerung sei gegenüber der Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 ZPO für den Schuldner einfacher und kostengünstiger¹²⁵². Der Vergleich mit der Geltendmachung der Einwendungen aus den §§ 89 und 294 InsO zeige, dass die Erinnerung nach § 766 ZPO vorrangig sein sollte. Das Vollstreckungsgericht habe letztlich in solchen Situationen denselben Aufwand zur Überprüfung der Sach- und Rechtslage¹²⁵³, denn der Schuldner wolle auch in diesem Fall verhindern, dass durch die Vollstreckung auf sein Vermögen zugegriffen werde¹²⁵⁴.

Die unmittelbare Anwendung des § 766 ZPO zur Durchsetzung einer im Ausland erteilten Restschuldbefreiung ist wegen des abschließenden Charakters der Norm in Bezug auf Einwendungen gegen die Art und Weise der Vollstreckung jedoch abzulehnen. Dies gilt auch für die analoge Anwendung des § 766 ZPO, weil diese Norm abschließenden Charakter hat¹²⁵⁵ und die folgenden Argumente auch im Falle einer Analogie greifen. Die Erinnerung ist nämlich gerade keine gerichtliche Entscheidung, aus der sich die Aufhebung des Titels ergibt oder die Zwangsvollstreckung *insgesamt* für unzulässig erklärt wird¹²⁵⁶. Damit fehlt es an einem Urteil im Sinne des § 775 Nr. 1 ZPO, wonach die Zwangsvollstreckung aufzuheben oder einzustellen ist, wenn das zu vollstreckende Urteil aufgehoben wurde, oder dass die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklärt wurde. Die Zwangsvollstreckung kann mit einer Vollstreckungserinnerung nicht endgültig verhindert werden. Wird die Durchsetzung der Restschuldbefreiung dem Prozessgericht überlassen, muss das Vollstreckungsorgan nicht entscheiden, ob eine relevante und die konkrete Forderung betreffende Entscheidung vorliegt¹²⁵⁷. Insbesondere die Frage, ob die Forderung zur unvollkommenen Verbindlichkeit wird oder ganz erloschen ist, ist dem Prozessgericht zu überlassen¹²⁵⁸. Noch viel klarer wird dies, wenn es um bestimmte – bestrittene – Eigenschaften der Forderungen geht (z. B. das Entstehen aus einer vorsätzlichen unerlaubten Handlung), wonach die Forderung von der Restschuldbefreiung ausgenommen worden ist¹²⁵⁹. Diese Frage hängt maßgeblich von der *lex fori concursus* ab und bedarf unter Umständen einer eingehenden Prüfung, wenn die Forderung nicht wie in Deutschland bereits unter Nennung des Schuldgrunds nach § 302 Nr. 1 InsO angemeldet wurde und der Schuldner dies nicht bestritten hat.

1251 Ahrens, LMK 2010, 297035; Vallender, ZIP 2000, 1288 (1290).

1252 Vallender, WuB VI A. § 301 InsO 1.09.

1253 Ahrens, LMK 2010, 297035.

1254 Paulus, DGVZ 2010, 98 (100).

1255 BGH, Beschl. v. 25.09.2008 – IX ZB 205/06, NJW 2008, 3640 (3641); Vallender, WuB VI A. § 301 InsO 1.09.

1256 BGH, Beschl. v. 25.09.2008 – IX ZB 205/06, NJW 2008, 3640 (3641); Vallender, WuB VI A. § 301 InsO 1.09.

1257 Vallender, WuB VI A. § 301 InsO 1.09.

1258 BGH, Beschl. v. 25.09.2008 – IX ZB 205/06, NJW 2008, 3640 (3641); Vallender, WuB VI A. § 301 InsO 1.09.

1259 Paulus, DGVZ 2010, 98 (100).

Eine Vollstreckungserinnerung ist daher sowohl in direkter als auch in analoger Anwendung des § 766 ZPO bereits nicht statthaft, um die Wirkung einer im Ausland erteilten Restschuldbefreiung durchsetzen zu können.

b. Vollstreckungsabwehrklage gem. § 767 ZPO

Die Restschuldbefreiung kann der Schuldner vielmehr im Wege der Vollstreckungsabwehrklage geltend machen¹²⁶⁰. Denn es handelt sich insoweit um eine materielle Einwendung, die sich gegen den titulierten Anspruch selbst richtet¹²⁶¹. Damit ist die Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 ZPO statthaft¹²⁶². Das Prozessverfahren gewährleistet eine weitreichende Prüfung der betroffenen Rechtsfragen, denn das ausländische Insolvenzrecht kann viele Unterschiede enthalten, die ermittelt werden müssten¹²⁶³.

Im Rahmen der Begründetheit hat das Gericht zu prüfen, ob die Erteilung der Restschuldbefreiung anzuerkennen ist und ob die titulierte Forderung von einem Ausnahmetatbestand der *lex fori concursus* (wie § 302 Nr. 1 InsO, Art. 281 Abs. 3 ff. IA 1986) erfasst ist¹²⁶⁴. Darüber hinaus ist über § 242 BGB zu berücksichtigen, ob der Schuldner nicht möglicherweise wegen Pflichtverletzungen aufgrund eines neuen Anspruchs gem. § 826 BGB (bzw. entsprechender ausländischer Rechtsvorschriften, die gem. Art. 4 Rom II-VO anwendbar sind) haftet¹²⁶⁵.

Ist die Erteilung der Restschuldbefreiung anzuerkennen und greift kein Ausnahmetatbestand ein, wird die Zwangsvollstreckung aus diesem Titel gem. § 767 Abs. 1 ZPO für unzulässig erklärt. Der Gläubiger verliert damit seinen Titel.

1260 BGH, Beschl. v. 25.09.2008 – IX ZB 205/06, NJW 2008, 3640 (3641); LG Berlin, Urt. v. 09.07.2013 – 16 O 455/12, NZI 2014, 581; LG Trier, Urt. v. 02.05.2013 – 5 O 247/13, ZVI 2014, 430; Delzant/Schütze, ZInsO 2008, 540 (546); Vallender, WuB VI A. § 301 InsO 1.09; Paulus, DGVZ 2010, 98 (99); Fuchs, S. 712. Neben der Vollstreckungsabwehrklage kann analog § 371 BGB die Herausgabe des Titels verlangt werden, BGH, Urt. v. 22.09.1994 – IX ZR 165/93, BGHZ 127, 146 (148); BGH, Urt. v. 14.07.2008 – II ZR 132/07, NJW-RR 2008, 1512 (1513); Ahrens, LMK 2010, 297035.

1261 BGH, Beschl. v. 25.09.2008 – IX ZB 205/06, NJW 2008, 3640 (3641); Vallender, WuB VI A. § 301 InsO 1.09; Paulus, DGVZ 2010, 98 (99).

1262 BGH, Beschl. v. 25.09.2008 – IX ZB 205/06, NJW 2008, 3640 (3641); LG Berlin, Urt. v. 09.07.2013 – 16 O 455/12, NZI 2014, 581; LG Trier, Urt. v. 02.05.2013 – 5 O 247/13, ZVI 2014, 430; Delzant/Schütze, ZInsO 2008, 540 (546); Vallender, WuB VI A. § 301 InsO 1.09; Paulus, DGVZ 2010, 98 (99).

1263 Paulus, DGVZ 2010, 98 (101).

1264 Fuchs, S. 731 ff.

1265 BGH, Urt. v. 09.10.2008 – IX ZB 16/08, BeckRS 2008, 22930; Ahrens, NZI 2013, 721, zu Ansprüchen nach § 826 BGB für rein inländische Sachverhalte. Vgl. auch Fuchs, S. 717.

E. Möglichkeiten zur Zurückdrängung des „Restschuldbefreiungstourismus“ im Anwendungsbereich der EuInsVO de lege lata

I. Die Ausgangssituation: Die Restschuldbefreiung ist nach der *lex fori concursus* wirksam erteilt

Verlegt der Schuldner sein COMI in einen anderen Mitgliedstaat der EU, verändert er die Rahmenbedingungen, die der Gläubiger zur Grundlage seiner Risikokalkulation gemacht hat. Der Gläubiger hat sich möglicherweise bestimmte Sicherungsmittel nicht verschafft, da diese auf Grundlage des im bisherigen COMI des Schuldners anwendbaren Insolvenzrechts ohnehin nicht notwendig waren oder als Sicherungsmittel nicht wirksam bestellt werden können. Ist das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Schuldners beendet und ist ihm Restschuldbefreiung erteilt worden, so sind kraft Gesetzes die Verbindlichkeiten des Schuldners – je nach nationaler Ausgestaltung – erloschen oder jedenfalls nicht mehr durchsetzbar. Einen neuen Titel wird der Gläubiger aufgrund der Anerkennung der Restschuldbefreiung nicht erstreiten können¹²⁶⁶, einen vorhandenen Titel aufgrund der Rechtsmittel des Schuldners verlieren¹²⁶⁷, falls nicht die Ausnahme des Art. 26 EuInsVO greift¹²⁶⁸. Der Gläubiger sieht sich durch die Veränderung der *lex fori concursus* in seinen Dispositionen getäuscht. Daher stellt sich aus Sicht des Gläubigers die Frage, wie er eine Verlagerung des COMI vermeiden kann oder wenigstens adäquate Risikovorsorge betreiben kann, bevor der Schuldner sein COMI (angeblich) verlagert. Ist die Verlagerung des COMI (angeblich) erfolgt, stellt sich für den Gläubiger die Frage, wie er dieser Verlagerung effektiv entgegenzutreten kann, um seine Rechte nicht endgültig zu verlieren.

Bereits die geltende Rechtslage bietet zahlreiche Möglichkeiten, um ein unerwünschtes *forum shopping* des Schuldners zu verhindern oder zumindest im Nachhinein zu sanktionieren. Die bedeutendsten Möglichkeiten sollen nun vorgestellt werden.

1266 Siehe dazu D. V. 1.

1267 Siehe dazu D. V. 2.

1268 Siehe dazu D. IV.

II. Keine umfassend befriedigende Lösung durch Nichtanerkennung in den Mitgliedstaaten

Der scheinbar einfachste Weg ist die Nichtanerkennung der Entscheidung über die Restschuldbefreiung. Wird die Entscheidung in einem Mitgliedstaat nicht anerkannt, kann der Gläubiger gegen den Schuldner in diesem Mitgliedstaat vorgehen, ohne auf die Folgen der nicht anerkannten Restschuldbefreiung achten zu müssen. Die Nichtanerkennung wirkt jedoch nur in diesem einen Mitgliedstaat. Dass ein einzelner Mitgliedstaat eine Entscheidung nicht anerkennt, führt aber nicht zwingend dazu, dass auch andere Mitgliedstaaten die Entscheidung ebenfalls nicht anerkennen. Nicht ausgeschlossen ist natürlich, dass auch andere Mitgliedstaaten die Entscheidung nicht anerkennen. Der Gläubiger ist im Grundsatz darauf angewiesen, in dem nicht anerkennenden Mitgliedstaat seine Forderung durchzusetzen. Dies kann aus verschiedenen Gründen schwierig werden. Der häufigste Grund wird darin liegen, dass der Schuldner in diesem Staat über kein verwertbares Vermögen (mehr) verfügt.

Muss der Gläubiger in einem anderen Mitgliedstaat vollstrecken, wird dort wiederum nach der *lex fori executionis* zu prüfen sein, ob die Restschuldbefreiung in diesem Staat anerkannt wird. Dabei entsteht die Gefahr divergierender Entscheidungen. Muss der Gläubiger in dem Staat vollstrecken, in dem die Restschuldbefreiung erteilt wurde, wird die deutsche Entscheidung, die die Entscheidung über die Restschuldbefreiung nicht anerkennt und dem Gläubiger einen Titel verschafft oder (im Fall des § 767 ZPO durch Klageabweisung) erhält, vermutlich ihrerseits nicht anerkannt. Sollte der Gläubiger hingegen in der Lage sein, das Gericht im Staat des abgeschlossenen Insolvenzverfahrens davon zu überzeugen, dass ein Grund für eine Nichtanerkennung der Restschuldbefreiung vorliegt, der so stark ist, dass die Anerkennung der deutschen Entscheidung geboten ist, wird in aller Regel ein Grund vorliegen, die ausländische Restschuldbefreiung aufzuheben, sodass sich letztlich die Anerkennungsfrage nicht mehr stellt. Das bedeutet, dass der Gläubiger auch in diesem Fall nur mit erheblichen Risiken die Durchsetzung seiner Forderung betreiben kann. Die bloße Verweigerung der Anerkennung in einem anderen Mitgliedstaat bietet also nur einen Teilsieg des Gläubigers. Dies ist angesichts der Grundkonzeption der EuInsVO, in ihrem Anwendungsbereich eine einheitlich wirkende Entscheidung zu erhalten, die Rechtssicherheit für alle Beteiligten bringt, nicht verwunderlich. Im Gegenteil, der Schuldner soll sich im Grundsatz darauf verlassen können, in sämtlichen Mitgliedstaaten die gleiche Ausgangssituation nach erteilter Restschuldbefreiung vorfinden zu können.

III. Gestaltungsmöglichkeiten des Gläubigers vor einer Verlagerung des COMI

1. Präventive Gestaltungsmöglichkeiten

Die soeben dargestellten Möglichkeiten, die Restschuldbefreiung nicht anzuerkennen, um weiterhin gegen den Schuldner vorzugehen, sind mit erheblichen Risiken und Problemen für den Gläubiger behaftet. Hinzu kommt, dass sie letztlich nur gegen „unredliche“ Schuldner wirken können. Die Beweislast für diese „Unredlichkeit“ liegt regelmäßig beim Gläubiger.

Verlegt der Schuldner hingegen tatsächlich sein COMI ins Ausland und handelt er dabei nicht in strafbarer – oder nach Auffassung mancher auch in rechtsmissbräuchlicher – Weise, werden die oben dargestellten Möglichkeiten zur Verhinderung einer Anerkennung der Restschuldbefreiung über den *ordre public* keine Wirkung haben, weil die bloße Verlegung des COMI keinen Rechtsmissbrauch begründet, der die Verlagerung unbeachtlich machen könnte. Folglich führt die Verlagerung des COMI zur Änderung der internationalen Zuständigkeit und damit zur Durchführung eines rechtmäßigen Insolvenzverfahrens nach einer ausländischen *lex fori concursus*.

Erfüllt der Schuldner seine Pflichten und Obliegenheiten in diesem Verfahren, wird ein Rechtsmittel gegen die Entscheidung über die Verfahrenseröffnung (und die Erteilung der Restschuldbefreiung) keinen Erfolg haben. Auch wenn die Gläubiger in diesem Fall ihre Forderungen (endgültig) aufgrund der Restschuldbefreiung (wirtschaftlich) verlieren, bedeutet dies nicht, dass nicht frühzeitig getroffene gestalterische Maßnahmen die Wirkung einer Restschuldbefreiung verhindern können.

Auch Deliktsgläubiger können jedenfalls nach dem Abschluss des deliktischen Ereignisses solche Möglichkeiten nutzen¹²⁶⁹, wenngleich der Schuldner in diesen Fällen regelmäßig wenig Druck zur Kooperation hat. Anders kann sich freilich die Verhandlungssituation des Fiskus und der Sozialversicherungsträger darstellen, denen Zwangsmittel zur Vollstreckung ihrer Ansprüche zur Verfügung stehen.

a. Vertragliche Festlegung des COMI

Für den Gläubiger ist die Einschätzung des Insolvenzrisikos unter anderem maßgeblich durch das geltende Insolvenzrecht bestimmt. Denn hiervon hängt es ab, ob und inwieweit er mit einer Erfüllung seiner Forderung rechnen kann. Es liegt also nahe, dieses Insolvenzrisiko so gering wie möglich zu halten.

Dafür kann der Gläubiger möglicherweise mit seinem Schuldner eine vertragliche Regelung hinsichtlich des COMI treffen. Soweit der Gläubiger nur Informationen über das COMI abfragt, also insbesondere Wohnort, Kanzleiort usw., ist dies unproblematisch. Denn diese Informationen benötigt der Gläubiger ohnehin, um zu wissen, wer sein Vertragspartner ist, und um seine Ansprüche realisieren zu können. Aus diesen Informationen kann der Gläubiger das *aktuelle* Insolvenzrisiko bestimmen; nicht

¹²⁶⁹ Mankowski, ZIP 2010, 1376 (1377).

geschützt ist er bei einem solchen Vorgehen vor einer späteren Verlagerung des COMI¹²⁷⁰. Den besten Schutz könnte der Gläubiger erreichen, wenn er das COMI mit dem Schuldner fest vereinbart¹²⁷¹. Dieses Vorgehen bietet dem Gläubiger die beste Basis für die Risikokalkulation. Doch bestehen erhebliche Zweifel, ob eine solche Vereinbarung wirksam ist¹²⁷². Denn dies ginge zulasten Dritter, die an dem Kollektivverfahren ebenfalls beteiligt sind. Denn die anderen Gläubiger, die möglicherweise wegen einer anderen Kreditsicherung eine andere *lex fori concursus* vorzögen, könnten nämlich eine gegenteilige Regelung treffen wollen. Gleichwohl kann eine solche Vereinbarung – von Aspekten des AGB-Rechts abgesehen – wirksam sein, weil eine *freiwillige* vertragliche Bindung an einen Ort keine grundsätzlich unzulässige Beschränkung der Grundfreiheiten darstellt¹²⁷³. Jedenfalls kann eine solche Vereinbarung nicht das zur Verfahrenseröffnung angerufene Insolvenzgericht binden¹²⁷⁴. Denn selbst wenn diese Vereinbarung wirksam geschlossen werden könnte, kann damit gleichwohl nicht die Bestimmung des COMI verbindlich festgeschrieben werden. Das COMI ist objektiv zu bestimmen und nicht von vertraglichen Abreden mit einem oder wenigen Gläubigern abhängig, denn dies ginge in unzulässiger Weise zulasten Dritter¹²⁷⁵. Vielmehr kann aufgrund seiner Faktensensibilität das COMI – je nach Schuldner – durch eine Änderung des Lebensmittelpunkts oder des Tätigkeitsortes verlagert werden. Hält sich der Schuldner nicht mehr am Ort des vereinbarten COMI auf, ist dessen Festschreibung letztlich hinfällig. Es blieben dem Gläubiger allenfalls Schadenersatzansprüche wegen der damit begangenen Vertragsverletzung¹²⁷⁶.

Diese Vertragsverletzung ändert jedoch nichts an einer tatsächlichen Verlagerung des COMI. Des Weiteren führen diese Schadenersatzansprüche auch nicht dazu, dass der Schuldner notwendigerweise an seinen ursprünglichen COMI zurückkehrt. Die entstehenden Schadenersatzansprüche des Gläubigers können darüber hinaus im Insolvenzverfahren regelmäßig nur als Insolvenzforderung geltend gemacht werden¹²⁷⁷. Allerdings ist schon fraglich, worin der Schaden bestehen soll. Er kann nur darin bestehen, dass der Gläubiger wegen der schnelleren Restschuldbefreiung und der für den Schuldner günstigeren Vermögensverwertung eine im Vergleich zum ursprünglichen COMI geringere Befriedigung erhält. Ein solcher Ausfallschaden wird sich jedoch zum einen nur schwer berechnen lassen¹²⁷⁸. Zum anderen muss eine Vergleichsrechnung mit einem Insolvenzverfahren in dem Mitgliedstaat erfolgen, in dem das Schuldner-COMI ursprünglich lag, was wiederum nur mit rechtlichen Schwierigkeiten und wirtschaftlichen Schätzungen einhergehen kann¹²⁷⁹. Der Gläubiger wird auch

1270 Eidenmüller, ECFR 2009, 1 (14); Mankowski, ZIP 2010, 1376 (1379).

1271 Vgl. dazu Weller, ZGR 2008, 835 (864); Fuchs, S. 756.

1272 Knof/Mock, ZIP 2006, 189 (189); Mankowski, ZIP 2010, 1376 (1377), m. w. N.; Weller, in: Kronke/Thorn (Hrsg.), FS von Hoffmann, 2012, S. 513 (521).

1273 Mankowski, ZIP 2010, 1376 (1378 f.).

1274 Vgl. Bariatti, *RabelsZ* 73 (2009), 629 (638).

1275 Mankowski, ZIP 2010, 1376 (1377).

1276 Mankowski, ZIP 2010, 1376 (1379).

1277 Mankowski, ZIP 2010, 1376 (1381).

1278 Zu den Schwierigkeiten im Einzelnen Mankowski, ZIP 2010, 1376 (1381).

1279 Mankowski, ZIP 2010, 1376 (1381).

über einen solchen Schadenersatzanspruch nur einen Teil seiner ursprünglichen Forderungen realisieren können. Einfacher wäre die Berechnung nur, wenn der Schuldner bei Anwendung des ursprünglich anwendbaren Insolvenzrechts keine Restschuldbefreiung erlangt hätte. Dann bekäme der Gläubiger seine volle Forderung, die er wegen der Restschuldbefreiung verliert, ersetzt.

Der Gläubiger wird seine Schadenersatzforderung mit Erteilung der Restschuldbefreiung jedoch in aller Regel verlieren. Denn der Ursprung der Schadenersatzforderung liegt in der Vertragsverletzung. Diese erfolgte aber vor der Eröffnung des ausländischen Insolvenzverfahrens. Damit ist die Vertragsverletzung nur eine einfache Insolvenzforderung im Insolvenzverfahren – jedenfalls auf Basis des deutschen Rechts. Allenfalls ließe sich im Verhalten des Schuldners eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung nach § 826 BGB sehen, wenn er bewusst den Gläubiger schädigt. Zum einen wird dies aber schwierig zu beweisen sein, zum anderen wird der Schadenersatz auf die (hypothetisch zu ermittelnde) Differenz zwischen der ausländischen und der inländischen Insolvenzquote zu beschränken sein¹²⁸⁰. Der Gläubiger kann sich mit diesem Vorgehen somit nicht effektiv vor einem Wechsel der *lex fori concursus* schützen.

b. Vertragliche Vereinbarung, das COMI beizubehalten

Denkbar ist im Hinblick auf die Vereinbarung des Gläubigers mit dem Schuldner, dass dieser sein COMI für die Dauer des Vertrags beibehält. Damit hätte der Gläubiger den Vorteil, sich auf eine bestimmte Insolvenzrechtsordnung einzustellen und seine Sicherungsmittel und Risiken an die Regelungen dieser Rechtsordnung anzupassen. Damit würde zugleich die Einberechnung von Risiken aus einer plötzlichen Verlagerung des COMI entfallen. Der Gläubiger könnte seine Leistungen billiger anbieten.

Neben Fragen des auf die Vereinbarung anwendbaren Rechts¹²⁸¹ bestehen gegen eine solche Vertragsgestaltung zahlreiche Bedenken aus dem höherrangigen Recht. Eine Vertragsklausel, mit der der Schuldner an einen Ort gebunden wäre, könnte sich als allzu starke Einschränkung der Freizügigkeit erweisen¹²⁸². Diese genießt einen sehr starken Schutz. So wird sie in Art. 11 des Grundgesetzes ebenso geschützt, wie sie eine der europäischen Grundfreiheiten nach Art. 21, 45, 49 AEUV ist.

Sollte die vertragliche Regelung als wirksam erachtet werden, ist indes ihre Wirkung bei einem tatsächlichen Verstoß des Schuldners gegen die Absprache zweifelhaft. Denn der Schuldner verpflichtet sich nur seinem Vertragspartner gegenüber dazu, sein COMI beizubehalten, also ein künftiges Verhalten zu unterlassen. Verstößt der Schuldner aber gegen diese Absprache, wird den Gläubiger die Rechtsfolge eines solchen Verstoßes nicht unbedingt weiterbringen, denn die Verlagerung des COMI

1280 Hier kann eine Schätzung nach § 287 ZPO überaus nützlich sein. Siehe auch *Sitz*, VersR 2007, 401.

1281 Dazu ausführlich *Mankowski*, ZIP 2010, 1376 (1377 f.).

1282 Näher dazu *Mankowski*, ZIP 2010, 1376 (1380).

erfolgt durch die Schaffung von Tatsachen, nicht durch eine rechtliche Vereinbarung. Befindet sich der Schuldner nunmehr tatsächlich in einem anderen Mitgliedstaat, hat er gegen seine Bleibeverpflichtung verstoßen. Dem Gläubiger stehen wegen dieser Vertragsverletzung Schadenersatzansprüche zu¹²⁸³. Deren Realisierung ist aber ebenso wie bei einer vertraglichen Festlegung mehr als zweifelhaft, da sie in aller Regel als bloße Insolvenzforderung von der Restschuldbefreiung erfasst sein dürfte.

Denkbar ist eine Pflicht, den COMI nur mit Zustimmung des Gläubigers zu verlegen¹²⁸⁴ und dies auch mit Vertragsstrafen abzusichern¹²⁸⁵. Zwar ist dies im Regelfall sehr effektiv, weil die Kostenrisiken für den Schuldner erheblich sind. Aber sie hat – besonders bei natürlichen Personen – in der wirtschaftlichen Krise kaum genügend Drohpotenzial, denn die *tatsächliche* Verlagerung des COMI wird damit nicht verhindert und Vertragsstrafen wären ebenfalls regelmäßig von der Restschuldbefreiung erfasst, wenn nicht ein Ausnahmetatbestand vorliegt¹²⁸⁶.

c. Vertragliche Mitteilungspflicht

Allein oder als Ergänzung zu anderen Abreden und Kreditsicherungen bietet es sich an, den Schuldner zu verpflichten, eine COMI-Verlagerung unaufgefordert mitzuteilen. Eine solche Mitteilungspflicht ist in vielen Verträgen bereits jetzt kodifiziert und rechtlich grundsätzlich nicht zu beanstanden¹²⁸⁷. Besondere Bedeutung hat dies vor allem bei Dauerschuldverhältnissen, damit der Gläubiger weiß, wo und wie er seinen Vertragspartner erreichen kann, gerade bei einem Wechsel von Adresse und Telefonnummer¹²⁸⁸. Denn hierdurch wird dem Gläubiger ermöglicht, seinen Schuldner zu erreichen und das COMI zu beurteilen. Eine solche Mitteilungspflicht hindert den Schuldner nicht an einem Umzug. Vielmehr ist er nur gehalten, den Gläubiger zu informieren. Dieser hat sodann die Möglichkeit, die Echtheit des Umzugs zu überprüfen und ggf. einen Insolvenzantrag zu stellen, bevor das COMI tatsächlich wirksam verlagert wird. Wichtig ist, dass der Gläubiger diese „Vorwarnung“ nach der vertraglichen Regelung noch zu einem Zeitpunkt erhält, zu dem er effektiv handeln kann¹²⁸⁹. Er muss folglich so rechtzeitig von der geplanten COMI-Verlagerung erfahren, dass er – auf Grundlage der vertraglichen Regelungen – seine Forderung fällig stellen und er-

1283 Siehe etwa Mankowski, ZIP 2010, 1376 (1380).

1284 Weller, in: Kronke/Thorn (Hrsg.), FS von Hoffmann, 2012, S. 513 (521).

1285 Mankowski, ZIP 2010, 1376 (1383); Weller, in: Kronke/Thorn (Hrsg.), FS von Hoffmann, 2012, S. 513 (522).

1286 Anders bei Gesellschaften, wo die persönliche Haftung von Gesellschaftern und/oder Organen im Falle der Insolvenz der Gesellschaft ein erhebliches Drohpotenzial darstellt, vgl. Weller, in: Kronke/Thorn (Hrsg.), FS von Hoffmann, 2012, S. 513 (522).

1287 Mankowski, ZIP 2010, 1376 (1383).

1288 Zu denken ist etwa auch an Versicherungsverhältnisse, bei denen die Veränderung risikorelevanter Tatsachen mitgeteilt werden muss, damit der Versicherungsvertrag angepasst werden kann. Aber auch langfristige Kreditengagements hängen davon ab, dass der Kreditgeber weiß, wo er seinen Schuldner erreichen kann.

1289 Mankowski, ZIP 2010, 1376 (1383).

forderlichenfalls einen Insolvenzantrag stellen kann. Zugleich kann der Gläubiger bereits frühzeitig im Insolvenzverfahren mitwirken und seine Einwände vortragen.

Damit ist jedoch immer noch nicht gewährleistet, dass der Schuldner dieser Mitteilungspflicht auch tatsächlich nachkommt. Eine Verletzung dieser Aufklärungspflicht kann vertragliche Schadenersatzansprüche auslösen und sogar eine Täuschung durch Unterlassen im Rahmen eines strafbaren Betrugs darstellen. Doch ist fraglich, worin der konkrete Schaden bestehen soll, wenn der Schuldner tatsächlich umzieht. Vereitelt der Schuldner durch sein Schweigen die Beteiligung des Gläubigers am ausländischen Insolvenzverfahren, kann der Gläubiger Schadenersatz verlangen – aber eben nur das, was nach der *lex fori concursus* als Quote auf seine Forderung entfallen wäre. Ist dem Gläubiger die Beteiligung am ausländischen Verfahren hingegen möglich gewesen, so kann allenfalls dann ein Schaden entstanden sein, wenn der Gläubiger durch eine rechtzeitige Mitteilung eine Zwangsvollstreckung (z. B. aus einem sofort vollstreckbaren Titel nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO) oder ein Insolvenzverfahren am alten COMI hätte einleiten können, das ihm eine größere Aussicht auf Befriedigung gewährt hätte. Gegenüber einem Schuldner, der seine Mitteilungspflichten (bewusst) nicht erfüllt, kann jedoch eine vertragliche Mitteilungspflicht keinen präventiven Schutz gewähren. Einem solchen Schuldner kann nur mit Schadenersatz, insolvenzrechtlichen Sanktionen (z. B. Versagung der Restschuldbefreiung wegen Unredlichkeit) und dem Strafrecht effektiv begegnet werden. Aber es ist auch hiermit nicht möglich, eine tatsächliche Verlagerung des COMI zu unterbinden¹²⁹⁰, erst Recht nicht in dem Fall, dass der Schuldner erhebliche kriminelle Energie an den Tag legt¹²⁹¹. Und einfache Schadenersatzansprüche wegen Vertragsverletzungen werden in aller Regel von der Restschuldbefreiung erfasst sein. Eine effektive Absicherung gegen Schuldner mit entsprechender krimineller Energie wird daher auch über eine vertragliche Mitteilungspflicht kaum erreicht.

d. Forderungssicherung

Weil sich der Gläubiger nicht durch einfache Vertragsabreden hinreichend vor den Risiken einer unangekündigten Verlagerung des COMI und eines daran anschließenden ausländischen Insolvenzverfahrens sichern kann, muss er andere Möglichkeiten nutzen. Dafür bietet sich die konkrete Absicherung der Forderung durch Sicherungsmittel an.

Doch damit kann sich nicht jeder Gläubiger schützen. In vielen Fällen kann de facto über Kreditsicherheiten oder Sonderkündigungsrechte von vornherein nicht verhandelt werden. Dies gilt insbesondere für die Gläubiger, die sich ihren Schuldner schon nicht am Markt aussuchen können und noch viel weniger mit ihm über die „Umstände“ verhandeln können. Personen, die „unfreiwillig“ zum Gläubiger werden und sich deshalb nicht adäquat sichern können, sind indes unter dem Gesichtspunkt

1290 Vgl. *Bariatti*, *RabelsZ* 73 (2009), 629 (652).

1291 Zu Gesellschaften und zur Firmenbestattung *Mankowski*, *ZIP* 2010, 1376 (1385).

der Vorhersehbarkeit des anwendbaren Insolvenzrechts auch weniger schutzbedürftig. Finanzämter können Steuerforderungen relativ schnell selbst titulieren und vollstrecken, Sozialversicherungsträger ebenso.

Deliktsgläubiger, die aufgrund eines „Zufallskontaktes“ geschädigt werden, ohne zugleich vertragliche Schadenersatzansprüche zu erwerben, können sich auf eine *lex fori concursus* ihres Schädigers in der Regel ohnehin nicht einstellen. Statt eines Deutschen, der bald darauf nach England zieht, können sie ebenso auch von einem in England ansässigen Engländer geschädigt werden. So schutzbedürftig Geschädigte an sich sind, so wenig ist ihr Vertrauen in die anwendbare Insolvenzrechtsordnung geschützt. Ebenso könnte der Schädiger von vornherein derart verarmt sein, dass selbst nach der schuldnerfeindlichsten Insolvenzordnung ein Schadenersatzanspruch praktisch nicht realisierbar ist.

Vertragliche Regelungen, die eine Fälligkeit der Forderung bei einer COMI-Verlagerung oder zumindest ein einseitiges Gestaltungsrecht vorsehen, sorgen für eine frühzeitige Fälligkeit bzw. für eine Vertragsbeendigung, sodass der Gläubiger kein weiteres Vermögen mehr investieren muss. Eine solche Regelung hat – insbesondere wenn sie von einer Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO flankiert wird – den Vorteil, dass der Gläubiger unverzüglich auf das Vermögen des Schuldners und die Sicherungsmittel zugreifen kann und so wenigstens eine teilweise Befriedigung erlangen kann. Doch auch hier hängt der Schutz des Gläubigers davon ab, dass dieser rechtzeitig hiervon erfährt und von einem Titel Gebrauch machen kann. Hinzu kommen Risiken einer Unwirksamkeit oder Anfechtbarkeit der durch Zwangsvollstreckung erlangten Befriedigung, wenn es kurze Zeit später zu einem Insolvenzverfahren kommt¹²⁹².

Im Einzelfall kann der Gläubiger sich durch Lösungsklauseln von langfristigen Verträgen lösen und damit zumindest verhindern, dass er weitere Verluste erleidet, weil er Leistungen zu erbringen hätte, für die eine Gegenleistung ungewiss ist¹²⁹³.

Gegen den Ausfall gewährter Kredite in der Insolvenz kann sich der Gläubiger noch am besten durch angemessene Kreditsicherheiten schützen. Es ist grundsätzlich Sache des Gläubigers, von Anfang an auf die Leistungsfähigkeit seines Schuldners zu achten¹²⁹⁴ und sich erforderlichenfalls von Beginn an Sicherungen einräumen zu lassen. Solche Sicherungen sind sinnvoll, um die Risiken zu minimieren¹²⁹⁵. Besonderen Vertrauensschutz bieten insoweit auch die Art. 5 ff. EuInsVO, die bestimmte Kreditsicherheiten teilweise anderen Rechtsordnungen unterstellen, deren Anwendung für den Gläubiger von Vorteil sein kann. Die Forderungssicherung durch vertragliche Gestaltungen ist jedoch schwierig und kann ihrerseits wegen der Insolvenzanfechtung oder sonstiger Nichtigkeitsgründe letztlich doch keine Wirkung entfalten¹²⁹⁶.

Kreditsicherheiten sind durch Art. 13 EuInsVO besonders gut vor einer Anfechtung geschützt. Denn der Gläubiger kann sich nicht nur auf die Verteidigungsmög-

1292 Vgl. zur Wirksamkeit *Mankowski*, ZIP 2010, 1376 (1382); *Bode*, S. 60.

1293 Zum deutschen Recht etwa *Thole*, KTS 2010, 383 (390 f.), m. w. N.

1294 So richtig *Pape*, ZInsO 2007, 933.

1295 *Wright/Fenwick*, IILR 2012, 45 (53).

1296 Siehe z. B. ausführlich *Thole*, KTS 2010, 383 (388 ff.); *Prager/Keller*, NZI 2011, 697 (701).

lichkeiten gegen die Anfechtung nach der *lex fori concursus* berufen¹²⁹⁷. Er kann sich auch auf die Rechtsordnung berufen, der das Rechtsverhältnis mit dem Schuldner unterliegt. Im Ergebnis setzt sich also die anfechtungsfeindlichste Rechtsordnung durch¹²⁹⁸. Die Regelung des Art. 13 EuInsVO dient dazu, die jeweiligen staatlichen Regelungsmechanismen und Zielsetzungen umzusetzen und Rechtsvorgänge vor einem fremdem Anfechtungsrecht zu schützen¹²⁹⁹. Verwirklicht wird damit ein Vertrauensschutz der Vertragspartner¹³⁰⁰, die nicht wissen, wann und wo und nach welchem Recht ein Insolvenzverfahren eröffnet wird¹³⁰¹.

Die Gläubiger, die sich in ausreichender Weise eine insolvenz sichere Kreditsicherheit verschaffen können, haben zwar auch keine Möglichkeit, ein *forum shopping* des Schuldners zu unterbinden. Doch sie können sich vor den negativen Auswirkungen weitgehend schützen, wenn und soweit ihre Sicherungen insolvenzrechtlichen Angriffen standhalten. Sie sind also in einer vergleichsweise komfortablen Lage. Doch sorgen diese Absicherungen dafür, dass Verträge teurer werden, weil mit dem Sicherheitenmanagement für die Beteiligten ein Mehraufwand verbunden ist¹³⁰². Das bedeutet zugleich, dass eine umfassende Absicherung des Gläubigers gegenüber sämtlichen Schuldnern den Kredit verteuert, selbst gegenüber denjenigen, die eine Verlagerung des COMI gar nicht beabsichtigen, denen gegenüber eine Absicherung aus diesem Grund eigentlich nicht notwendig ist. Diese würden die Risiken durch „Restschuldbefreiungstouristen“ letztlich quersubventionieren¹³⁰³.

e. Nutzung bereits vorhandener und Erstreichung neuer Titel

Der Gläubiger kann seine Forderung dadurch realisieren, dass er sich einen Titel verschafft und diesen schnellstmöglich vollstreckt. Hatte der Gläubiger einen Titel bereits vor dem Insolvenzverfahren erstritten, so kann er ihn vollstrecken, solange der Schuldner sich nicht gegen die Vollstreckung dieses Titels mit dem Einwand der Restschuldbefreiung wehrt und damit dem Titel die Vollstreckbarkeit nimmt¹³⁰⁴. Muss der Gläubiger sich hingegen den Titel erst verschaffen, wird der Schuldner im Rahmen dieses Verfahrens ebenfalls das laufende Insolvenzverfahren oder die bereits erteilte Restschuldbefreiung einwenden. Beiden Konstellationen ist gemein, dass der Schuldner obsiegen wird, wenn die Restschuldbefreiung anzuerkennen ist. Läuft das

1297 Dafür trägt er auch die Beweislast: Huber, in: Lorenz (Hrsg.), FS Heldrich, 2005, S. 695 (698); Prager/Keller, NZI 2011, 697 (701).

1298 Leible/Staudinger, KTS 2000, 533 (557); Kodek, in: Kodek/Konecny (Hrsg.), Insolvenz-Forum 2007, 2008, S. 207 (220), m. w. N.; Prager/Keller, NZI 2011, 697 (698).

1299 Huber, in: Lorenz (Hrsg.), FS Heldrich, 2005, S. 695 (696).

1300 Huber, in: Lorenz (Hrsg.), FS Heldrich, 2005, S. 695 (697).

1301 Huber, in: Lorenz (Hrsg.), FS Heldrich, 2005, S. 695 (697).

1302 Mankowski, ZIP 2010, 1376 (1384).

1303 Berner/Klöhn, ZIP 2007, 106 (111); Mankowski, ZIP 2010, 1376 (1384), der auf S. 1385 zu Recht darauf hinweist, dass auch eine Restschuldersicherung zwar denkbar ist, diese aber die Kosten des Kredits insgesamt erhöht.

1304 Siehe D. V. 2.

Insolvenzverfahren noch, kann er sich nach Maßgabe der *lex fori concursus* auf etwaige Verfahrensunterbrechungen und Vollstreckungshindernisse berufen. Ist die Erteilung der Restschuldbefreiung hingegen *ordre-public-widrig*, wird der Gläubiger obsiegen. Für die Zwangsvollstreckung in dem Staat, in dem der Gläubiger den Titel mit dem Argument des *Ordre-public*-Verstoßes erstritten hat, wird die Restschuldbefreiung keine Rolle mehr spielen. Denn in diesem Staat ist geklärt, dass die Restschuldbefreiung wegen der fehlenden Anerkennung keine Wirkung entfaltet. Der Gläubiger hat also wenigstens einige Aussicht auf Erfolg. Dies gilt umso mehr, weil andere Gläubiger aufgrund der Restschuldbefreiung ihre Forderung verloren haben oder sich tatsächlich nicht mehr um die Durchsetzung ihrer Forderung bemühen. Der Gläubiger, der hartnäckig genug bleibt, hat verhältnismäßig gute Befriedigungsaussichten, wenn der Schuldner über hohe laufende Einnahmen (z. B. als Arzt oder Architekt) oder sonstiges Vermögen verfügt, das nicht im ausländischen Insolvenzverfahren verwertet wurde. Handelt es sich um einen Fall der Simulation, wird der Schuldner sein Vermögen auch noch typischerweise in dem Staat haben, in dem sein COMI war und ist, sodass der Gläubiger verhältnismäßig leicht auch auf dieses Vermögen zugreifen kann.

f. Frühzeitige Antragstellung

Die bisher aufgezeigten Möglichkeiten des Gläubigers, sich denkbare Sicherungen zu verschaffen, können letzten Endes nur bei einer vorhandenen bestandskräftigen Kreditsicherung einem *forum shopping* des Schuldners standhalten. Verlegt der Schuldner hingegen vom Gläubiger unbemerkt sein COMI, erleidet der Gläubiger Nachteile. Die einzigen Möglichkeiten, die der Gläubiger noch vor einer Verlagerung des COMI durch den Schuldner hat, sind die Beobachtung des Schuldners durch den Gläubiger¹³⁰⁵ und eine rechtzeitige Insolvenzantragsstellung, bevor der Schuldner sein COMI tatsächlich verlegt¹³⁰⁶. Mit dieser frühzeitigen Antragstellung kann sich der Gläubiger die Wirkung der *perpetuatio fori* zunutze machen¹³⁰⁷.

In der Praxis problematisch ist freilich die Bestimmung des taktisch günstigsten Zeitpunkts für einen solchen Antrag, wenn dessen Voraussetzungen bereits vorliegen. Mit der Einleitung des Insolvenzverfahrens sind im Einzelfall auch für den Gläubiger Nachteile verbunden. Auf Grundlage des deutschen Rechts bedeutet dies u. a.: Zu denken ist an die Anfechtbarkeit von kurz zuvor erlangten Sicherungen und Befriedigungen nach den §§ 130, 131 InsO, die Rückschlagsperre des § 88 InsO und den Verlust von Vorteilen, die er durch einen vollstreckbaren Titel haben kann. Darüber hinaus hat er nunmehr Konkurrenz durch weitere Gläubiger und läuft Gefahr, dass der Schuldner die Restschuldbefreiung nach deutschem Recht beantragt. Auch wenn der

1305 So schon zur viel zitierten Entscheidung des BGH, Beschl. v. 18.09.2001 – IX ZB 51/00, NJW 2002, 960; Mohrbutter, WuB VI C. § 3 InsO 1.02; Wright/Fenwick, IILR 2012, 45 (53).

1306 Mankowski, NZI 2006, 154 (155).

1307 Wright/Fenwick, IILR 2012, 45 (53). Siehe auch Tashiro, FD-InsR 2006, 182286; Fuchs, S. 758.

Weg länger und schwieriger ist als etwa die englische *discharge*, kann der Gläubiger seine unbefriedigte Forderung gem. § 301 InsO verlieren. Wartet der Gläubiger hingegen länger ab, hat er die Chance, dass der Schuldner weiterhin seine Verbindlichkeiten tilgt und Anfechtungszeiträume verstreichen. Obendrein kann der Schuldner weiter Gewinne erwirtschaften und bleibt von der Gefahr berufsrechtlicher Folgen wie des Zulassungswiderrufs nach § 14 Nr. 7 BRAO vorerst verschont. Eine schnelle Antragstellung will also wohl überlegt sein. Wartet der Gläubiger hingegen zu lange ab, hat der Schuldner möglicherweise sein COMI verlegt und der Gläubiger muss sich mit den Schwierigkeiten eines schuldnerfreundlichen ausländischen Insolvenzverfahrens auseinandersetzen.

Den Gläubigern ist zu raten, regelmäßig den Kontakt mit dem Schuldner zu suchen und ggf. unverzüglich den Insolvenzantrag am für das bisherige COMI zuständigen Gericht zu stellen, wenn sich eine Verlagerung des COMI andeutet oder ein Umzug gerade durchgeführt, der gewöhnliche Aufenthalt aber noch nicht verlagert wurde¹³⁰⁸. Denn Voraussetzung ist, dass nach der (noch) aktuellen *lex fori concursus* der Schuldner auch insolvenzreif ist. Ist er das nicht – weil z. B. die gravierendsten Verbindlichkeiten noch nicht fällig sind – wird der Gläubiger keinen zulässigen Insolvenzantrag stellen können. Gegen eine mit guter Vorbereitung langfristig geplante Auslandsinsolvenz, von der der Gläubiger nicht rechtzeitig Kenntnis erlangt, kann eine Antragstellung auch nicht sicher helfen.

2. Gestaltungs- und Reaktionsmöglichkeiten des Gläubigers nach einer Verlagerung des COMI

a. Teilnahme am Insolvenzverfahren

Ist das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Schuldners (zumindest vorläufig) eröffnet worden, steht dem Gläubiger das Recht zu, an diesem Verfahren teilzunehmen und von den hierdurch eröffneten Optionen Gebrauch zu machen. Neben den sogleich zu besprechenden gestalterischen Möglichkeiten gilt dies insbesondere für die Geltendmachung von eigenen Sicherungsrechten und die Teilnahme an etwaigen Ausschüttungen aufgrund der Verwertung des Schuldnervermögens im Insolvenzverfahren und etwaigen Neuerwerb im Rahmen eines Restschuldbefreiungsverfahrens.

Hohe Befriedigungsquoten wird die Teilnahme am ausländischen Insolvenzverfahren in der Regel nicht bieten, da ein Schuldner, der strategisch seine Insolvenz plant, sein COMI in einen Mitgliedstaat verlegen wird, der eine Vermögensverwertung erschwert. Hinzu kommt, dass die Wahl einer kurzen Restschuldbefreiungsphase zu einer geringen Befriedigungsquote der Gläubiger führen wird. Denn der Schuldner wird – im Rahmen des geltenden Rechts und ohne die Erteilung der Restschuldbefreiung zu gefährden – keine überobligatorischen Erwerbstätigkeiten entfalten, solange hiervon die Gläubiger profitieren und nicht der Schuldner selbst.

¹³⁰⁸ Mankowski, NZI 2006, 154 (155); Wiedemann, ZInsO 2007, 1009 (1017).

Mangels ausreichender Befriedigungsaussichten ist es folglich für den Gläubiger sinnvoll, die Verlagerung des COMI durch den Schuldner oder jedenfalls die Erteilung der Restschuldbefreiung durch Nutzung der verfügbaren Rechtsbehelfe anzugreifen.

b. Rechtsmittel gegen die Eröffnungsentscheidung

Erfährt der Gläubiger erst nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens von der Verlagerung des COMI und der Eröffnung des Insolvenzverfahrens, hat er keine Möglichkeit mehr, präventiv tätig zu werden. Ein eigener Eröffnungsantrag kommt zu spät, wenn der Schuldner bereits ein Verfahren eingeleitet hat. Es bleibt dem Gläubiger aber unbenommen, die Rechtsmittel der *lex fori concursus* einzusetzen, um die Eröffnungsentscheidung zu beseitigen, wenngleich dies erst mit langer Verzögerung Wirkung zeigen wird¹³⁰⁹.

Nach englischem Recht kann der Gläubiger im Zusammenhang mit dem *Bankruptcy*-Verfahren das *annulment* nach s. 282 IA 1986 nutzen. Wenn auch die Gläubiger nicht zur eigenen Rechtsmitteleinlegung berechtigt sind, können sie aber auf den *official receiver* einwirken, sodass dieser tätig wird¹³¹⁰. Ein erfolgreicher Antrag hat zur Folge, dass die Entscheidung mit Rückwirkung aufgehoben wird. Dabei ist das *annulment* nicht befristet¹³¹¹. So gehen bspw. die englischen Gerichte verstärkt dazu über, ihre internationale Zuständigkeit akribisch zu prüfen und entsprechende *annulments* gem. s. 282 IA 1986 auszusprechen¹³¹².

War das Rechtsmittel erfolgreich, entfällt die „Sperrwirkung“, die von der Eröffnungsentscheidung für ein Hauptinsolvenzverfahren in einem anderen Mitgliedstaat ausgeht. Die Gerichte eines anderen Mitgliedstaates können nunmehr ihrerseits ein Hauptinsolvenzverfahren eröffnen. Wird dieses Verfahren durchgeführt, kommt es dazu, dass die Konsequenzen der Verfahrensbeendigung, also auch die Umstände einer etwaigen Restschuldbefreiung nach Art. 4 Abs. 2 lit. k EuInsVO, sich nach der *lex fori concursus* des neuen Staates der Verfahrenseröffnung richten.

Die Einlegung der Rechtsmittel als Mittel der Wahl birgt jedoch auch Nachteile. Es darf nicht außer Acht gelassen werden, dass Rechtsbehelfsverfahren lange dauern können und die weitere Auszehrung der Masse durch Verfahrenskosten zur Folge haben – im schlimmsten Fall erhält der Gläubiger „Steine statt Brot“, wenn sein Rechtsbehelf erfolglos war oder das Vermögen des Schuldners wegen der Prozesskosten aus-

1309 Vgl. Mankowski, EWiR 2007, 463 (464); Vallender, VIA 2010, 6 (7); Cranshaw, jurisPR-InsR 7/2013, Anm. 4.

1310 Pel, ZVI 2008, 152 (155).

1311 Wright/Fenwick, IILR 2012, 45 (53); Goslar, NZI 2012, 912 (915 f.); Laukemann, IPRax 2012, 207 (211).

1312 Vgl. nur *Chancery Division*, Urt. v. 10.06.2009, BPIR 2009, 1075; *Manchester County Court*, Urt. v. 19.05.2010 und 07.06.2010, BPIR 2010, 1093; *High Court of Justice London*, Decision v. 15.02.2011 – No. 9360/2008, IILR 2012, 460. Hoffmann, Journal of Consumer Policy 2012, 461 (462), weist auf insgesamt 24 weitere *annulments* im Zusammenhang mit Fällen von möglichem Forum Shopping hin.

gezehrt wurde. Aber auch im Erfolgsfall bedeutet dies nicht, dass er unmittelbar größere Befriedigungsaussichten hat, weil der Schuldner dadurch nicht automatisch über eine größere Vollstreckungsmasse verfügt. Bis das Rechtsmittelverfahren durchgeführt worden ist, werden ein erheblicher Zeitverlust eingetreten¹³¹³ und das zu Unrecht eröffnete Verfahren u.U. weit fortgeschritten sein, sodass für das neu eingeleitete Verfahren wenig bis gar keine Masse mehr vorhanden ist. Hinzu kommen Fragen des Vertrauensschutzes für andere Verfahrensbeteiligte, wenn bereits Ausschüttungen an die Gläubiger erfolgt sind oder der Verwalter Verwertungshandlungen vorgenommen hat. Denn je nach Gestaltung der *lex fori concursus* können manche Gläubigergruppen bevorzugt befriedigt werden¹³¹⁴.

Darüber hinaus ist nicht nach jedem Insolvenzrecht eine Möglichkeit vorgesehen, die Eröffnungsentscheidung zu überprüfen. So sieht das deutsche Recht nur eine sehr eingeschränkte Beschwerdemöglichkeit für Gläubiger vor. Den Insolvenzgläubigern steht nach § 34 InsO nur ein Beschwerderecht zu, wenn ihr Antrag abgelehnt wurde oder gem. Art. 102 § 4 Abs. 1 S. 3 EGIInsO das Verfahren zugunsten eines anderen Gerichts eines Mitgliedstaates eingestellt wurde¹³¹⁵. Die Rechte der Gläubiger werden nach Auffassung des LG Hamburg hinreichend durch die InsO und die EuInsVO gewahrt¹³¹⁶. Für rein nationale Sachverhalte ist diese Beschränkung auch nicht weiter problematisch. Denn materiell kommt ohnehin die InsO zur Anwendung. In grenzüberschreitenden Fällen greift diese Lösung jedoch zu kurz. Denn die Voraussetzungen und Reichweite der Restschuldbefreiung nach einer anderen *lex fori concursus* können sich zum Nachteil des Gläubigers von der deutschen Rechtsordnung erheblich unterscheiden¹³¹⁷.

Da diese Rechtslage unbefriedigend ist, sieht die Reform der EuInsVO die Schaffung eines eigenständigen Rechtsbehelfes vor, der die Überprüfung der internationalen Zuständigkeit des eröffnenden Gerichts ermöglicht¹³¹⁸. Die nationale Umsetzung findet sich in Art. 102c § 4 EGIInsO. Mit diesem Rechtsmittel können Gläubiger (und Schuldner) die Entscheidung über die internationale Zuständigkeit trotz bestehender materieller Insolvenz des Schuldners angreifen.

c. Antrag auf Eröffnung eines Sekundärinsolvenzverfahrens

Wenn der Gläubiger gegen die Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht erfolgreich vorgehen kann, so kann der Gläubiger am Ort einer Niederlassung des Schuldners

1313 Mankowski, in: Konecny (Hrsg.), Insolvenz-Forum 2009, 2010, S. 51 (54).

1314 Vgl. etwa die Rangordnung der §§ 55, 38, 39 InsO, die sich in vergleichbarer Weise in anderen Rechtsordnungen findet. Zu den Gläubigern nach englischem Recht etwa Renger, S. 53 ff.

1315 LG Hamburg, Beschl. v. 18.08.2005 – 326 T 34/05, ZVI 2005, 548 (549); siehe auch BGH, Beschl. v. 21.02.2008 – IX ZB 96/07, BeckRS 2008, 04207; Reinhart, NZI 2009, 73 (78); Schilling/Schmidt, EWiR 2006, 15 (15); Müller, FD-InsR 2006, 182297.

1316 LG Hamburg, Beschl. v. 18.08.2005 – 326 T 34/05, ZVI 2005, 548 (549).

1317 Vgl. dazu die Ausnahmen nach § 302 InsO mit den Ausnahmen des französischen (B.III.4.c.bb) und englischen Rechts (B.III.4.d.dd).

1318 Vgl. F.I.

mit dem Antrag auf Eröffnung eines Sekundärinsolvenzverfahrens nach Art. 3 Abs. 2 EuInsVO wenigstens eine größere Befriedigung erzielen, auch wenn dies nicht die Restschuldbefreiung im Hauptverfahren verhindern kann¹³¹⁹. Denn im Rahmen der Sekundärinsolvenz ist der Kreis der Gläubiger oft kleiner als im Hauptinsolvenzverfahren, sodass diese Gläubiger bessere Befriedigungsaussichten haben. Sekundärinsolvenzverfahren können sich daher als effektives Mittel gegen *forum shopping* erweisen¹³²⁰. Dies gilt insbesondere, weil selbst eine im Ausland erteilte – und anzuerkennende – Restschuldbefreiung den Gläubiger nicht daran hindert, an einem im Inland vor Erteilung der Restschuldbefreiung im Staat der Verfahrenseröffnung eröffneten Sekundärinsolvenzverfahren teilzunehmen¹³²¹. Insoweit kann der Gläubiger von der umfassenderen Vermögensverwertung profitieren.

Das Sekundärverfahren wird nach der *lex fori concursus secundarii* abgewickelt. Damit gelten z. B. andere Regeln für die Gläubigergleichbehandlung oder die Insolvenzanfechtung. So kann für bestimmte Rechtsgeschäfte Art. 13 EuInsVO mit seiner anfechtungshindernden Wirkung nicht zur Anwendung kommen, wenn die Anfechtung sich auf einen rein nationalen Vorgang beziehen soll. Soweit ein Sekundärinsolvenzverfahren eingeleitet wird, lassen sich Reibungsverluste durch eine Kooperation der Insolvenzverwalter nach Art. 31 EuInsVO und eine Koordination der beteiligten Gerichte relativ gering halten, wodurch die Masse gestärkt wird¹³²².

Die Einleitung eines Sekundärinsolvenzverfahrens setzt allerdings auch eine Niederlassung des Schuldners in diesem Staat voraus. Der Begriff der Niederlassung ist in Art. 2 lit. h EuInsVO legaldefiniert. Danach ist eine Niederlassung jeder Tätigkeitsort, an dem der Schuldner einer wirtschaftlichen Aktivität von nicht vorübergehender Art nachgeht, die den Einsatz von Personal und Vermögenswerten voraussetzt¹³²³. Bloßes Vermögen des Schuldners in einem Staat genügt demnach nicht¹³²⁴. Für eine Niederlassung ist eine nach außen hin wahrnehmbare Aktivität des Schuldners erforderlich¹³²⁵, wobei die eigene Tätigkeit des Schuldners hierfür nicht ausreicht¹³²⁶. Hin- gegen liegt eine Niederlassung vor, wenn Personen für den Schuldner nach außen

1319 Vgl. BGH, Urt. v. 18.09.2014 – VII ZR 58/13, - juris; Schollmeyer, IPRax 2003, 227 (22).

1320 Ringe, EBOR 9 (2008), 579 (607); Mankowski, ZIP 2010, 1376 (1381); Ringe, IPRax 2013, 330 (332).

1321 BGH, Urt. v. 18.09.2014 – VII ZR 58/13, - juris. Der BGH hielt dies für so klar, dass er von einer Vorlage an den EuGH gem. Art. 267 AEUV abgesehen hat.

1322 Vgl. dazu Ehrlicke, in: Gottwald/Huber (Hrsg.), Europ. InsR., 2008, S. 127 (144 ff., 158 ff.).

1323 Zu Beispielen einer Niederlassung etwa Paulus, Europäische Insolvenzverordnung, 4. Aufl. (2013), Art. 2 Rn. 30 ff.; Geimer, in: Bammer/Holzinger/Vogl u. a. (Hrsg.), FS Machacek und Matscher, 2008, S. 743 (748), m. w. N.

1324 BGH, Beschl. v. 21.12.2010 – IX ZB 227/09, ZIP 2011, 389 (390); BGH, Beschl. v. 08.03.2012 – IX ZB 178/11, ZIP 2012, 782; BGH, Beschl. v. 21.06.2012 – IX ZB 287/11, ZInsO 2012, 1491 (1491 f.); Leible/Staudinger, KTS 2000, 533 (547); Carstens, S. 75; Paulus, EWIR 2012, 315 (316); Ringe, IPRax 2013, 330 (331); Smid, ZInsO 2013, 953 (957).

1325 OLG Wien, Beschl. v. 09.11.2004 – 28 R 225/04w, NZI 2005, 56 (60); Mankowski, NZI 2007, 360 (360); Smid, ZInsO 2013, 953 (958).

1326 BGH, Beschl. v. 21.06.2012 – IX ZB 287/11, ZInsO 2012, 1491 (1492); OLG Wien, Beschl. v. 09.11.2004 – 28 R 225/04w, NZI 2005, 56 (60); LG Hannover, Beschl. v. 10.04.2008 – 20 T 5/08, NZI 2008, 631 (632); Mankowski, NZI 2007, 360 (360); Paulus, EWIR 2012, 315 (316).

aufzutreten, auch wenn sie nicht bei ihm beschäftigt sind¹³²⁷. Auf eine registerrechtliche Eintragung kommt es aber nicht an¹³²⁸.

Dass ein Sekundärinsolvenzverfahren bei einer natürlichen Person eingeleitet werden kann, ist aber vermutlich ein seltener Fall. Denn der Schuldner, der sich auf Kosten seiner Gläubiger möglichst vermögensschonend seiner Verbindlichkeiten entledigen will, wird sich gerade solcher Anknüpfungspunkte für die internationale Zuständigkeit entledigen, wenn er gezielt das Insolvenzverfahren eines bestimmten Staates anstrebt.

Denn diese potenzielle Niederlassung kann bei der Prüfung des COMI für ihn zwei Nachteile bringen. Neben der Möglichkeit eines Sekundärinsolvenzverfahrens kann diese Niederlassung bei einer entsprechenden Größe auch dazu führen, dass das angerufene Gericht das COMI nach wie vor an diesem Ort sieht, an dem jetzt lediglich noch die Niederlassung liegt.

Im Fall des LG Hannover¹³²⁹ lebte ein Arzt in London, arbeitete aber oft in Hannover und setzte dort auch derart umfassend Hilfsmittel ein, dass das LG Hannover die Voraussetzungen einer Niederlassung nach Art. 2 lit. h EuInsVO bejahte. Folglich war die Eröffnung einer Sekundärinsolvenz möglich. Je nach Umfang der Tätigkeit in Hannover und der konkreten Ausgestaltung seiner Tätigkeit in London wäre es ggf. auch möglich gewesen, das COMI des Schuldners in Hannover zu sehen. Da aber bereits zuvor das Insolvenzverfahren in London eröffnet worden war, blieb dem LG Hannover nur die Möglichkeit, auf die Beschwerde des Gläubigers hin ein Sekundärinsolvenzverfahren zu eröffnen.

Soweit der Schuldner aber eine Niederlassung hat, bietet ein Sekundärinsolvenzverfahren für einige Gläubiger ein gutes Mittel, die Nachteile der auf das Hauptverfahren anwendbaren Rechtsordnung wenigstens teilweise zu vermeiden.

d. Rechtsmittel gegen die Entscheidung über die Restschuldbefreiung

Erfährt der Gläubiger von einer Antragstellung des Schuldners oder eines anderen Gläubigers in einem anderen Mitgliedstaat, ist es für Maßnahmen gegen den Erlass der Eröffnungsentscheidung oder gegen Sicherungsmaßnahmen häufig zu spät. Wenn die Verlagerung des COMI in den Staat der Verfahrenseröffnung tatsächlich erfolgte und anzuerkennen wäre, hätte ein Vorgehen gegen die Eröffnungsentscheidung ohnehin keinen Erfolg.

Der Schuldner kann aber möglicherweise im laufenden Insolvenzverfahren gegen Pflichten und Obliegenheiten nach der *lex fori concursus* verstoßen. Ein Gläubiger kann sich unter den konkreten Voraussetzungen der *lex fori concursus* dann auf Pflichtverletzungen des Schuldners berufen, die eine für den Schuldner positive Ent-

1327 AG München, Beschl. v. 05.02.2007 – 1503 IE 4371/06, ZIP 2007, 495 (496); Müller, EWiR 2007, 277 (278).

1328 BGH, Beschl. v. 21.06.2012 – IX ZB 287/11, ZInsO 2012, 1491 (1491).

1329 LG Hannover, Beschl. v. 10.04.2008 – 20 T 5/08, NZI 2008, 631.

scheidung über die Restschuldbefreiung verhindern oder jedenfalls beseitigen. Daneben kann sich der Gläubiger gegen die konkrete Erteilung der Restschuldbefreiung wenden. Dies hat für den Gläubiger einen ähnlichen Effekt wie die Nichteröffnung oder jedenfalls die Nichtanerkennung der Eröffnungsentscheidung: Seine Forderung ist nicht (mehr) „wertlos“ und „verloren“, vielmehr kann er – zunächst – wieder uneingeschränkt gegen den Schuldner vorgehen. Dass ein solches Vorgehen erfolgreich sein kann, haben Gerichte mittlerweile immer wieder bewiesen. So kann nach einer Entscheidung des Cour d'appel Colmar eine Restschuldbefreiung auch nach vier Jahren widerrufen werden, wenn der Schuldner Vermögen verschwiegen hat¹³³⁰. Neben den Vollstreckungsversuchen der Gläubiger kommen in einem solchen Fall auch noch strafrechtliche Folgen auf den Schuldner zu¹³³¹.

Ein solcher separater Angriff gegen die Entscheidung über die Verfahrensbeendigung ist aber nur möglich und erforderlich, wenn die Entscheidung über die Restschuldbefreiung aus anderen Gründen als der internationalen Zuständigkeit fehlerhaft ist. Hierbei ist an die Verletzung von Pflichten und Obliegenheiten nach der *lex fori concursus* zu denken, so, wie etwa das deutsche Recht Gründe für die Versagung der Restschuldbefreiung in den §§ 290, 296 InsO enthält. Exemplarisch wäre dies die pflichtwidrige Nichtbenennung eines Großgläubigers, um eine verfahrensrelevante Befriedigungsquote (wie die 35 %-Quote nach § 300 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 InsO oder die 50 %-Quote nach § 213 Abs. 1 Nr. 1 IO) rascher erreichen zu können.

e. Wiederaufnahme des Verfahrens

Unter Umständen wird der Gläubiger keine Kenntnis von dem Insolvenzverfahren haben, sodass es ihm nicht möglich sein wird, rechtzeitig die vorhandenen Rechtsbehelfe zu nutzen. Soweit eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach der *lex fori concursus* nicht möglich ist oder deren Voraussetzungen nicht vorliegen, ist der Gläubiger auf die Regelungen über die Wiederaufnahme des Verfahrens verwiesen.

Auf die Wiederaufnahme von Verfahren, die mit Beschluss endeten, finden nach deutschem Recht die §§ 578 ff. ZPO Anwendung¹³³². Folglich sind diese Vorschriften auch auf den Beschluss über die Restschuldbefreiung anwendbar¹³³³. Dem Gläubiger steht damit ein Instrument zur Verfügung, um eine bereits rechtskräftige Entscheidung ausnahmsweise doch noch angreifen zu können. Allerdings ist zu beachten,

1330 *Cour d'appel Colmar*, 13.12.2011 – N° 1 A 11/01869, ZInsO 2012, 441.

1331 Zu denken ist – auf Basis der deutschen Rechtslage – u. a. an Betrug gem. § 263 StGB, Bankrott nach § 283 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 8 StGB sowie ggf. an eine falsche eidesstattliche Versicherung nach § 156 StGB.

1332 BGH, Beschl. v. 02.02.2006 – IX ZB 279/04, ZInsO 2006, 259 (260); BGH, Beschl. v. 07.12.2006 – IX ZB 257/05, ZInsO 2007, 97; LG Göttingen, Beschl. v. 05.12.2006 – 10 T 27/06, ZInsO 2007, 47 (47); Ahrens, NZI 2013, 721 (723).

1333 Zur Wiederaufnahme für einen die Restschuldbefreiung versagenden Beschluss LG Göttingen, Beschl. v. 05.12.2006 – 10 T 27/06, ZInsO 2007, 47 (47); Vallender, in: Uhlenbruck (Hrsg.), InsO, 14. Aufl. 2015, § 290 Rn. 89b.

dass die Wiederaufnahme des Verfahrens nur unter engen Voraussetzungen überhaupt möglich ist und daher nur in seltenen Fällen zur Anwendung gelangt.

f. Geltendmachung von Ansprüchen gegen Dritte

Darüber hinaus bleibt es dem Gläubiger unbenommen, etwaige Kreditsicherungen durch Dritte, also etwa Bürgschaften, in Anspruch zu nehmen. Denn diese werden ihm typischerweise immer noch zur Verfügung stehen, weil sie nicht Gegenstand des ausländischen Insolvenzverfahrens waren und nicht von der Wirkung der Restschuldbefreiung erfasst wurden (vgl. § 301 Abs. 2 InsO und s. 281 Abs. 7 IA 1986).

g. Geltendmachung von Ansprüchen, die von der Restschuldbefreiung nicht erfasst sind

Neben den prozessualen Mitteln zur Beseitigung der Restschuldbefreiung kann ein Gläubiger auch im Einzelfall davon profitieren, dass die für den Schuldner so günstige Rechtsordnung Ausnahmen von der Restschuldbefreiung kennt. Im deutschen Recht sind dies etwa die Ausnahmen des § 302 InsO, also z. B. wegen vorsätzlicher unerlaubter Handlung. Verbindlichkeiten des Schuldners aus diesen Schuldgründen sind nicht von einer Restschuldbefreiung erfasst. Auch andere Rechtsordnungen kennen entsprechende Ausnahmetatbestände zugunsten einzelner als besonders schutzwürdig angesehener Gläubigergruppen.

So sind z. B. nach § 281 Abs. 3 ff. IA 1986 bestimmte Forderungen (bspw. Ansprüche aus bestimmten Arten des Betrugs und der Untreue) von der *discharge* nicht erfasst. Macht der Gläubiger Ansprüche geltend, die von dieser Ausnahme erfasst werden und hat er etwaige notwendige Voraussetzungen wie eine entsprechende Forderungsanmeldung (vgl. § 302 Nr. 1 InsO) eingehalten, kann er seine Ansprüche erfolgreich durchsetzen¹³³⁴. Zur Prüfung, welche Forderungen von einer im Ausland erteilten Restschuldbefreiung erfasst sind und welche ausnahmsweise fortbestehen, muss das Gericht unter Anwendung des § 293 ZPO neben der *lex fori concursus* auch die konkrete Ausgestaltung und insbesondere die Handhabung in der Praxis des Staates berücksichtigen, in dem die Restschuldbefreiung erteilt wurde¹³³⁵.

Ist die Klage des Gläubigers begründet, hat der Schuldner – jedenfalls insoweit – von der Restschuldbefreiung nicht profitiert.

1334 Exemplarisch *OLG Köln*, Urt. v. 28.02.2013 – 18 U 298/11, NZI 2013, 506 (511), das einen Schadenersatz gem. § 93 Abs. 2 AktG als von der Ausnahme des s. 281 Abs. 3 IA 1986 erfasst ansieht; zustimmend *Schroeders*, NZI 2013, 512.

1335 *BGH*, Urt. v. 14.01.2014 – II ZR 192/13, ZIP 2014, 394, m. Anm. *Vallender*, NZI 2014, 285; *Magnus*, LMK 2014, 358488. Zu den sich dabei stellenden Fragen, insbesondere unter Berücksichtigung des im common law zentralen case law ausführlich *Schall*, ZZZ 122 (2009), 293.

h. Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen

Neben der Durchsetzung der ursprünglich gegen den Schuldner bestehenden Forderung kann der Gläubiger auch deliktische Schadenersatzansprüche gegen den Schuldner geltend machen, wenn dieser sich durch eine deliktische Handlung seiner Zahlungsverpflichtung entzogen hat. Neben den vertraglichen Schadenersatzansprüchen und etwaigen deliktischen Ansprüchen, welche die ursprüngliche Gläubigerforderung darstellten, kommt es in diesem Zusammenhang auf die Ansprüche an, die erst wegen des Verhaltens des Schuldners im Zusammenhang mit dem Insolvenzverfahren entstehen.

Schadenersatzansprüche des Gläubigers aufgrund einer dem Schuldner rechtskräftig erteilten Restschuldbefreiung können nach deutschem Recht unter anderem aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 263 StGB wegen Betrugs bzw. aus § 823 Abs. 2 i. V. m. §§ 283 ff. StGB wegen einer Insolvenzstraftat herrühren. Darüber hinaus kann der Gläubiger auch einen Schadenersatzanspruch aus § 826 BGB geltend machen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass eine rechtskräftige gerichtliche Entscheidung grundsätzlich Bestand hat und nur unter engen Voraussetzungen die Rechtskraft gem. § 826 BGB durchbrochen werden kann¹³³⁶. Dies gilt nicht nur für Urteile, sondern auch für Beschlüsse, mit denen dem Schuldner die Restschuldbefreiung erteilt wurde¹³³⁷.

aa. Anspruch auf Schadenersatz aus § 826 BGB

(1) Voraussetzungen

Die dem Schuldner erteilte Restschuldbefreiung muss materiell unrichtig sein, der Schuldner muss die Unrichtigkeit des Titels kennen und die Erlangung der Restschuldbefreiung muss unter Umständen erlangt worden sein, die als sittenwidrig anzusehen sind¹³³⁸.

1336 U. a. RG, Urt. v. 14.10.1905 – Rep. I. 143/05 Bd. 61, RGZ, 359; RG, Urt. v. 19.09.1910 – Rep. VI 403/09 Bd. 74, RGZ, 224; RG, Urt. v. 29.02.1912 – Rep. VI. 205/11 Bd. 78, RGZ, 389; RG, Urt. v. 03.05.1937 – VI 333/36 Bd. 155, RGZ, 55; BGH, Urt. v. 27.03.1968 – VIII ZR 141/65 Bd. 50, BGHZ, 115; BGH, Beschl. v. 06.11.2008 – IX ZB 34/08, NZI 2009, 66; Klados, JuS 1997, 705; LG Schwerin, Beschl. v. 15.06.2006 – 2 S 66/06, VersR 2007, 400; Ahrens, NZI 2013, 721 (725 f.).

1337 Siehe z. B. BGH, Beschl. v. 06.11.2008 – IX ZB 34/08, NZI 2009, 66; LG Schwerin, Beschl. v. 15.06.2006 – 2 S 66/06, VersR 2007, 400; Wagner, in: Ulmer/Rebmann/Habersack (Hrsg.), MünchKomm-BGB, Bd. 5, 6. Aufl. 2013, § 826 Rn. 189; Ahrens, NZI 2013, 721 (726).

1338 Vgl. Ahrens, NZI 2013, 721 (726).

(a) Objektive Unrichtigkeit der Erteilung der Restschuldbefreiung

Die für die Erteilung der Restschuldbefreiung nach deutschem Recht zentrale Entscheidung ist der Beschluss nach § 300 InsO¹³³⁹, mit dem dem Schuldner die Restschuldbefreiung erteilt wird. Auf die Aufhebung des Insolvenzverfahrens nach § 200 InsO bei Abschluss der Verwertung der Insolvenzmasse kommt es hingegen nicht an. Denn der Gläubiger wird allein durch die Aufhebung des Insolvenzverfahrens nicht gehindert, seine Forderungen durchzusetzen. Vielmehr zeigt die Titulierung der angemeldeten Forderungen gem. § 201 InsO, dass die Gläubiger nach wie vor ihre Forderungen gegen den Schuldner durchsetzen können. Ein endgültiger Verlust der Forderung ist daher mit der Aufhebung des Insolvenzverfahrens noch nicht verbunden¹³⁴⁰, auch wenn der Gläubiger seine Forderungen nicht mehr anmelden und während der Wohlverhaltensperiode geltend machen kann.

Objektiv unrichtig ist die Erteilung der Restschuldbefreiung, wenn das Gericht diese nicht hätte beschließen dürfen. Dies kann auf verschiedenen Gründen beruhen.

Hat der Schuldner über Umstände getäuscht, welche die internationale Zuständigkeit am angeblichen COMI begründen, war das angerufene Gericht nicht international zuständig und hätte aufgrund dessen auch keine Restschuldbefreiung nach der angewendeten *lex fori concursus* erteilen dürfen.

Darüber hinaus kann der Schuldner zahlreiche Pflichten und Obliegenheiten der *lex fori concursus* verletzen, was dazu führen kann, dass ihm deshalb die Restschuldbefreiung versagt werden kann. Im deutschen Recht wären dies z. B. die Verletzung von Auskunft- und Mitwirkungspflichten (vgl. § 290 Abs. 1 Nr. 5 InsO) oder fehlerhafte Angaben zu seinem Vermögen und Gläubigern (vgl. § 290 Abs. 1 Nr. 6 InsO).

Für Gläubiger in einem deutschen Insolvenzverfahren kann die durch den Schuldner unterlassene Mitteilung der Gläubiger bedeuten, dass sie mangels Information nicht am Insolvenzverfahren teilnehmen, folglich keine Quote erhalten und darüber nach § 301 Abs. 1 S. 2 InsO auch nicht angemeldete Forderungen verlieren, selbst wenn diese nach § 302 Nr. 1 InsO privilegiert wären¹³⁴¹, vorausgesetzt, sie würden gem. § 302 Nr. 1, 174 Abs. 2 InsO unter Angabe des Schuldgrundes zur Tabelle angemeldet. Gerade diese Anmeldung fehlt jedoch.

(b) Umstände, die die Sittenwidrigkeit begründen

Umstände, die die Sittenwidrigkeit begründen, werden regelmäßig in der Täuschung des über entscheidungsrelevante Tatsachen befindenden Gerichts liegen¹³⁴². Darüber hinaus kommt in Betracht, dass der Schuldner den Gläubiger im laufenden Insol-

1339 BGH, Beschl. v. 06.11.2008 – IX ZB 34/08, NZI 2009, 66; LG Schwerin, Beschl. v. 15.06.2006 – 2 S 66/06, VersR 2007, 400, m. Anm. Sitz, VersR 2007, 401; Ahrens, NZI 2013, 721 (726 f.).

1340 Ahrens, NZI 2013, 721 (726).

1341 LG Schwerin, Beschl. v. 15.06.2006 – 2 S 66/06, VersR 2007, 400; Sitz, VersR 2007, 401; Mansel, in: Kronke/Thorn (Hrsg.), FS von Hoffmann, 2012, S. 683 (693); Ahrens, NZI 2013, 721 (724 f.).

1342 Ahrens, NZI 2013, 721 (727).

venzverfahren über das Insolvenzverfahren im Unklaren lässt¹³⁴³. Auch das Verschweigen einer Verbindlichkeit¹³⁴⁴ und das Verschweigen von verwertbaren Vermögensgegenständen¹³⁴⁵ können die Sittenwidrigkeit begründen.

(c) Kenntnis des Schuldners und Vorsatz

Der Schuldner muss in Kenntnis der zuvor genannten Umstände gehandelt haben. Die Feststellung dieser Kenntnis wird in der Praxis eine zentrale Rolle spielen. Häufig wird das Gericht anhand von Indizien urteilen müssen. Diese können etwa der Zeitpunkt der letzten Korrespondenz mit dem Gläubiger sein¹³⁴⁶. Auch die Höhe der Forderung und ihre Bedeutung für das Insolvenzverfahren kann eine Rolle spielen. So wird eine Forderung, deren Höhe für eine nach der *lex fori concursus* zu erbringende Insolvenzquote (vgl. § 300 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 InsO: 35 %) von entscheidender Bedeutung ist, eher für eine bewusste Nichterwähnung des Gläubigers sprechen als eine geringfügige Verbindlichkeit, die der Schuldner wegen Zeitablaufs und ihrer Geringfügigkeit möglicherweise vergessen hat.

(2) Rechtsfolge: Schadenersatz

Der Schadenersatz gemäß § 826 BGB soll den klagenden Gläubiger so stellen, wie er stünde, wenn der Schuldner seine Pflichten nicht verletzt hätte, nicht jedoch die Restschuldbefreiung beseitigen¹³⁴⁷. Die ursprüngliche Entscheidung bleibt trotz ihrer Rechtswidrigkeit erhalten, vielmehr entsteht eine neue Forderung, die von dem Beschluss über die Erteilung der Restschuldbefreiung nicht erfasst ist¹³⁴⁸.

(a) Höhe des vom Schuldners zu ersetzenden Schadens

Die Höhe des zu ersetzenden Schadens ist davon abhängig, worin die schädigende Handlung des Schuldners bestand und welche Befriedigung der Gläubiger ohne diese

¹³⁴³ Ahrens, NZI 2013, 721 (727).

¹³⁴⁴ BGH, Beschl. v. 06.11.2008 – IX ZB 34/08, NZI 2009, 66; OLG Köln, Beschl. v. 02.11.2010 – 11 U 176/10, I-11 U 176/10, – juris; LG Schwerin, Beschl. v. 15.06.2006 – 2 S 66/06, VersR 2007, 400, m. Anm. Sitz, VersR 2007, 401; Ahrens, NZI 2013, 721 (725 f.), m.w.N.; Oechsler, in: Oechsler/Horn/Staudinger (Hrsg.), Staudinger, Neubearbeitung 2014. Neubearb. 2014, § 826 Rn. 542.

¹³⁴⁵ AG Göttingen, Beschl. v. 08.01.2010 – 74 IN 247/02, ZInsO 2010, 396.

¹³⁴⁶ Ahrens, NZI 2013, 721 (727).

¹³⁴⁷ AG Göttingen, Beschl. v. 08.01.2010 – 74 IN 247/02, ZInsO 2010, 396; Oechsler, in: Oechsler/Horn/Staudinger (Hrsg.), Staudinger, Neubearbeitung 2014, § 826 Rn. 542.

¹³⁴⁸ BGH, Beschl. v. 06.11.2008 – IX ZB 34/08, NZI 2009, 66; Wagner, in: Ulmer/Rebmann/Habersack (Hrsg.), MünchKomm-BGB, Bd. 5, 6. Aufl. 2013, § 826 Rn. 185; Ahrens, NZI 2013, 721 (727); Oechsler, in: Oechsler/Horn/Staudinger (Hrsg.), Staudinger, Neubearbeitung 2014. Neubearb. 2014, § 826 Rn. 542.

hätte erlangen können. Die Bezifferung dieser Schadenshöhe kann sich in der Praxis als schwierig erweisen, wenn auf hypothetische Verläufe abgestellt werden muss. Hierbei sind verschiedene Fallkonstellationen denkbar.

Der Schadenersatz umfasst den gesamten ursprünglichen Anspruch, wenn der Schuldner ohne seine schädigende Handlung keine Restschuldbefreiung erlangt hätte. Denn dann hätte der Gläubiger auch seine Forderung nicht durch Erteilung der Restschuldbefreiung eingebüßt.

Ebenfalls in voller Höhe hat der Schuldner den Schaden zu ersetzen, wenn er die Mitwirkung des Gläubigers vereitelt hat, dessen Anspruch von einer Ausnahme zur Restschuldbefreiung erfasst worden wäre, wenn ihn der Gläubiger entsprechend angemeldet hätte (vgl. § 302 Nr. 1 i. V. m. § 174 Abs. 2 InsO) und ihn nach Erteilung der Restschuldbefreiung weiterverfolgen könnte¹³⁴⁹.

Hat der Schuldner über seinen COMI oder über die Voraussetzungen zur Erteilung der Restschuldbefreiung getäuscht, ist hypothetisch zu prüfen, ob und unter Leistung welcher Quote er die Restschuldbefreiung nach der tatsächlich anwendbaren lex fori concursus hätte erlangen können. Auf diese hypothetische Quote ist der Schadenersatz gerichtet¹³⁵⁰. Im Rahmen der Bezifferung des Schadenersatzes ist zu berücksichtigen, dass die Verteilungsmasse sich auf ein größeres Volumen an Verbindlichkeiten verteilt¹³⁵¹. Der Gläubiger muss in diesem Fall also sehr genau rechnen, ob sich der Aufwand für eine Titelerstreitung und Vollstreckung für eine (möglicherweise sehr geringe) Forderung noch lohnt.

(b) Mitverschulden gem. § 254 BGB

Mitverschulden des Gläubigers ist regelmäßig angesichts des Vorsatzes des Schuldners – selbst bei grober Fahrlässigkeit – von untergeordneter Bedeutung und führt nicht zur Haftungsminde rung¹³⁵². Dies gilt auch, wenn der Gläubiger grundsätzlich

1349 Vgl. *LG Schwerin*, Beschl. v. 15.06.2006 – 2 S 66/06, *VersR* 2007, 400; *Sitz*, *VersR* 2007, 401.

1350 Vgl. *Vallender*, ZIP 2000, 1288 (1291); *Sitz*, *VersR* 2007, 401; *Ahrens*, NZI 2013, 721 (728). Nach *Ahrens*, NZI 2013, 721 (728), unter Berufung auf *Fahl/Winkler*, NZI 2010, 288, soll der Gläubiger die gesamte Forderung und nicht nur die Quote verlangen können, weil die gesamte Restschuldbefreiung gegenüber dem Gläubiger nicht mehr wirke. Dies verletzt aber den Grundsatz des Schadensausgleichs nach § 249 BGB, da der Schuldner der tatsächlich anwendbaren Rechtsordnung die Restschuldbefreiung – wenn auch später und ggf. unter Leistung einer größeren Befriedigung – hätte erlangen können. Aufgrund dieser Restschuldbefreiung hätte der Gläubiger daher seine Forderung ebenfalls verloren, wenn sie nicht aus anderen Gründen privilegiert gewesen wäre.

1351 Ein (vereinfachtes) Zahlenbeispiel: Der Schuldner hat bei bekannten und angemeldeten Forderungen von insgesamt 1000 € eine Summe von 100 € und damit eine Quote von 10 % geleistet. Der Schuldner hat einen Gläubiger mit einer Forderung von insgesamt 1000 € verschwiegen. Dieser Gläubiger kann nicht eine Quote von 10 % (100 €) verlangen, sondern nur 50 €. Denn die Passivmasse hätte richtigerweise 2000 € betragen, die zur Tilgung verfügbare Masse aber immer noch nur 100 €. Der Schuldner bekäme also nur 50 € auf seine Gesamtforderung, da die Gesamtquote richtigerweise auch nur 5 % (100/2000) betragen hätte.

1352 *Wagner*, in: *Ulmer/Rebmann/Habersack* (Hrsg.), *MünchKomm-BGB*, Bd. 5, 6. Aufl. 2013, § 826 Rn. 45; *Ahrens*, NZI 2013, 721 (728).

mit der Möglichkeit der Restschuldbefreiung rechnen muss¹³⁵³. Denn der Gläubiger muss den Schuldner nicht überwachen und etwa auf www.insolvenzbekanntmachungen.de wiederholt nach Eröffnungsentscheidungen suchen¹³⁵⁴. Dies gilt umso mehr, als der Gläubiger in der Regel keinen Zugriff auf ausländische Eröffnungsentscheidungen hat oder jedenfalls keine Kenntnis davon hat, dass er auf ausländische Eröffnungsentscheidungen zu achten hat. An dieser Pflicht wird sich auch nichts durch die Schaffung eines einheitlichen europäischen Insolvenzregisters durch die Reform der EuInsVO ändern¹³⁵⁵. Denn die bloße Verfügbarkeit von Informationen kann nicht ohne Weiteres bedeuten, dass der Gläubiger sich diese immer wieder verschaffen muss.

(3) Durchsetzung des Anspruchs

(a) Verteidigungsmittel im Verfahren nach § 767 ZPO

Will der Schuldner die ihm erteilte Restschuldbefreiung nutzen und hat der Gläubiger zuvor bereits einen Titel erstritten, kann sich der Schuldner nach deutschem Recht mit der Vollstreckungsabwehrklage gem. § 767 ZPO gegen die Zwangsvollstreckung aus diesem Titel wehren¹³⁵⁶. Im Rahmen dieser Klage kann der Anspruch auf Schadenersatz gem. § 826 BGB wiederum als Einrede einer etwaigen Klage gem. § 767 ZPO entgegengehalten werden¹³⁵⁷. Letztlich führt das dazu, dass der Gläubiger – beschränkt auf die Höhe des Schadenersatzanspruchs – weiterhin seinen bereits erstrittenen Titel zur Zwangsvollstreckung nutzen kann.

(b) Leistungs- und Feststellungsklage

Hatte der Gläubiger noch keinen Titel, kann er den Schadenersatzanspruch gegen den Schuldner im Wege der Leistungsklage verfolgen¹³⁵⁸.

Soweit ein Schaden noch nicht endgültig eingetreten ist, weil die Restschuldbefreiung noch nicht rechtskräftig erteilt wurde, kann im Einzelfall eine Klage auf Feststellung der Schadenersatzpflicht des Schuldners statthaft sein¹³⁵⁹.

1353 Z. B. Vallender, ZIP 2000, 1288 (1291). A. A. zu Recht Ahrens, NZI 2013, 721 (728).

1354 BGH, Urt. v. 15.04.2010 – IX ZR 62/09, BeckRS 2010, 11031; Dahl, NJW-Spezial 2010, 501.

1355 Vgl. dazu F. I.

1356 D.V.2.b.

1357 BGH, Urt. v. 09.10.2008 – IX ZB 16/08, BeckRS 2008, 22930

1358 LG Schwerin, Beschl. v. 15.06.2006 – 2 S 66/06, VersR 2007, 400; Ahrens, NZI 2013, 721 (728).

1359 Dazu näher Ahrens, NZI 2013, 721 (728).

bb. Anspruch auf Schadenersatz gem. § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. Schutzgesetzen

Voraussetzung für diesen Anspruch auf Schadenersatz ist die Verletzung eines Schutzgesetzes. Insbesondere Strafgesetze des StGB kommen aufgrund ihres häufig individualschützenden Charakters als Schutzgesetze in Betracht. Ausländische Rechtsnormen sind hingegen nicht als Schutzgesetze geeignet, da insoweit keine Gesetzgebungskompetenz des Bundesgesetzgebers besteht¹³⁶⁰.

Im Zusammenhang mit der Manipulation der internationalen Zuständigkeit und im laufenden Insolvenzverfahren ist insbesondere der Betrug gem. § 263 StGB relevant¹³⁶¹.

Aufgrund der Entscheidung des Gerichts über die Erteilung der Restschuldbefreiung liegt insoweit ein sog. Dreiecksbetrug in Form des Prozessbetrugs vor¹³⁶². Dieser ist dadurch gekennzeichnet, dass nicht der Vermögensinhaber über sein Vermögen verfügt, sondern das Gericht aufgrund der prozessualen Regelungen die schädigende Vermögensverfügung trifft. Der Vermögensschaden des Gläubigers tritt dadurch ein, dass er seine Forderung aufgrund der Restschuldbefreiung verliert oder jedenfalls nicht mehr durchsetzen kann. Hinsichtlich des Täuschungs- und Verfügungscharakters des Prozessbetrugs werden die jeweiligen Entscheidungen des Insolvenzgerichts jeweils einzeln als Vermögensverfügung betrachtet werden müssen¹³⁶³.

Täuschen kann der Schuldner über verschiedene Tatsachen. Zu Verfahrensbeginn kann er über die Voraussetzungen der internationalen Zuständigkeit täuschen und somit das Gericht zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens und in der Folge letztlich zur Erteilung der Restschuldbefreiung nach der *lex fori concursus* veranlassen.

Der Schuldner kann auch erst im Rahmen des korrekt eröffneten Insolvenzverfahrens täuschen, z. B. durch Verschweigen von ihm bekannten Gläubigern¹³⁶⁴, um die für die Erteilung der Restschuldbefreiung notwendige Quote zu erfüllen. Er täuscht folglich über die Umstände, die einer korrekten Quotenberechnung zugrunde liegen. Der Richter geht aufgrund dieser Angaben davon aus, dass die verfahrensrechtlich notwendige Quote erfüllt wurde, und erteilt die Restschuldbefreiung. In der Folge verlieren die Gläubiger ihre Forderung durch Erteilung der Restschuldbefreiung.

Darüber hinaus muss der Schuldner vorsätzlich und in der Absicht gehandelt haben, sich rechtswidrig zu bereichern.

Als Rechtsfolge hat der Schuldner wiederum den entstandenen Schaden zu ersetzen.

1360 Förster, in: *Bamberger/Roth* (Hrsg.), Beck-OK-BGB, 42. Edition. Stand: 2017, § 823 Rn. 147 m. w. N.

1361 Des Weiteren ist an § 283 StGB zu denken, insbesondere wenn der Schuldner seine wahren Vermögensverhältnisse verschleiert, indem er Buchhaltungsunterlagen beseitigt oder Vermögen beiseiteschafft.

1362 Näher dazu statt vieler Perron, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 263 Rn. 65 ff., 69 ff., m. w. N.

1363 Vgl. Ahrens, NZI 2013, 721 (724 f.).

1364 Fahl/Winkler, NZI 2010, 288 (290); Ahrens, NZI 2013, 721 (724).

cc. Ansprüche auf Schadenersatz nach anderen Rechtsordnungen

Im Einzelfall kann die Verletzung von Pflichten durch den Schuldner nach der *lex fori concursus* Schadenersatzpflichten begründen, besonders wenn zugleich Straftaten verwirklicht werden.

dd. Besonderheiten bei grenzüberschreitenden Fällen

Da es sich in Fällen des hier zu behandelnden Restschuldbefreiungstourismus um grenzüberschreitende Fallkonstellationen handelt, sind sowohl Fragen des internationalen Zivilverfahrensrechts als auch des internationalen Deliktsrechts zu beachten. Um den Rahmen dieser Untersuchung nicht zu sprengen, sollen nur einige besonders wichtige Aspekte beleuchtet werden.

(1) Internationale Zuständigkeit zur Erhebung der Klage

Die internationale Zuständigkeit richtet sich für diese Schadenersatzansprüche nach den Regelungen der EuGVVO. Denn diese Rechtsstreitigkeiten gehen zwar auf ein Insolvenzverfahren zurück, sind aber keine Streitigkeiten, für die gem. Art. 1 Abs. 2 lit. b EuGVVO die Anwendbarkeit der EuGVVO ausgeschlossen wäre¹³⁶⁵.

Neben der Klageerhebung am Wohnsitz des beklagten Schuldners gem. Art. 4 Abs. 1, Art. 62 Abs. 1 EuGVVO kommen auch besondere Gerichtsstände in Betracht. Da zwischen Gläubiger und Schuldner in der Regel bereits ein vertragliches Schuldverhältnis bestand, kann die „Vertragsnähe“ einer Pflichtverletzung, die zugleich nach deutschem Recht zu einem (zusätzlichen) deliktischen Anspruch führt, auch einen vertraglichen Gerichtsstand nach Art. 7 Nr. 1 lit. a EuGVVO begründen¹³⁶⁶.

Darüber hinaus kann der Gläubiger am besonderen Gerichtsstand des Art. 7 Nr. 3 EuGVVO klagen, also an dem Ort, an dem das Delikt begangen wurde oder der Schaden eingetreten ist.

(2) Anwendbares Deliktsrecht

Auf deliktische Schadenersatzansprüche ist gem. Art. 4 Abs. 1 Rom II-VO¹³⁶⁷ das Recht anzuwenden, an dem der Erfolg eintritt. Maßgebend ist damit der Ort der Rechtsgutsverletzung, nicht jedoch der Handlungsort noch der Ort, an dem Folge-

¹³⁶⁵ Vgl. *EuGH*, Urt. v. 22.02.1979 – Rs. C-133/78, Slg. 1979, 733.

¹³⁶⁶ *EuGH*, Urt. v. 13.03.2014 – C-548/12, NZI 2014, 721 (722), zur Vorgängervorschrift des Art. 5 Nr. 1 lit. a EuGVVO a. F.

¹³⁶⁷ Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom II“) (ABl. Nr. L 199 S. 40, ber. 2012 Nr. L 310 S. 52).

schäden eintreten¹³⁶⁸. Ist der Eintritt eines Vermögensschadens Voraussetzung des materiellen Anspruchs, kommt es auf den Belegenheitsort des betroffenen Vermögenswertes an, hilfsweise ist auf die Belegenheit des Hauptvermögens abzustellen¹³⁶⁹.

Sollten Gläubiger und Schuldner zum Zeitpunkt des Schadenseintritts ihren gewöhnlichen Aufenthalt im selben Mitgliedstaat haben, kann nach Art. 4 Abs. 2 Rom II-VO das Recht dieses Staates zur Anwendung kommen.

Angesichts des typischerweise zwischen Gläubiger und Schuldner bereits vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens bestehenden Rechtsverhältnisses kann darüber hinaus eine „offensichtlich engere“ Beziehung zu dem Recht eines anderen Staates bestehen, sodass gem. Art. 4 Abs. 3 Rom II-VO dieses Recht auch auf diese unerlaubte Handlung anzuwenden ist.

i. Inanspruchnahme weiterer Verfahrensbeteiligter

Der Gläubiger kann neben den Versuchen, den Schuldner direkt in Anspruch zu nehmen, auch weitere Verfahrensbeteiligte mit Schadenersatzforderungen konfrontieren. Denkbar ist z. B. die Inanspruchnahme der Insolvenz-Berater auf Schadenersatz wegen einer Beihilfe zum Betrug¹³⁷⁰. Als Anspruchsgrundlagen kommen z. B. – die Anwendbarkeit des deutschen Deliktsrechts nach Art. 4 Rom II-VO unterstellt – Ansprüche gem. §§ 830 Abs. 1, 2, 823 Abs. 2 i. V. m. § 263 StGB bzw. § 826 BGB in Betracht, wenn der Schuldner eine Verlagerung seines COMI nur vorgetäuscht hat.

Denkbar ist auch die Inanspruchnahme des entscheidenden Richters wegen einer Amtspflichtverletzung¹³⁷¹, wenn er schuldhaft nicht sorgfältig geprüft hat, ob er international für die Verfahrenseröffnung zuständig war. Hinzu kommt die Haftung des Insolvenzverwalters, soweit er schuldhaft entgegen seinen Pflichten nach der *lex fori concursus* die Umstände des Insolvenzverfahrens nicht ordentlich geprüft und die Voraussetzungen für die internationale Zuständigkeit fehlerhaft bejaht hat. Die Haftung des Gerichts und des Verwalters können vor allem viel weiter reichen als die Haftung des Beraters. Auch ein ohne Zutun des Schuldners fehlerhaft eröffnetes Verfahren kann Schadenersatzansprüche begründen und wegen dieser Haftungsgefahr Verwalter und Gericht zu einer genaueren Prüfung veranlassen.

Allerdings stellen sich auch hier bei der Höhe des Schadenersatzes komplizierte Fragen, die eine hypothetische Berechnung einer Insolvenzquote bei Durchführung eines Insolvenzverfahrens nach der tatsächlich anwendbaren *lex fori concursus* betreffen.

1368 Junker, in: *Birk/Rixecker/Säcker u. a.* (Hrsg.), *Münch-Komm-BGB*, Bd. 10, 6. Aufl. 2015, Art. 4 Rom II-VO Rn. 18, 20.

1369 Junker, in: *Birk/Rixecker/Säcker u. a.* (Hrsg.), *Münch-Komm-BGB*, Bd. 10, 6. Aufl. 2015, Art. 4 Rom II-VO Rn. 21.

1370 Wiedemann/Guglia, ZVI 2014, 397 (397), weisen noch auf die Strafbarkeit wegen Anstiftung oder Beihilfe zu Insolvenzstraftaten und auf die Verletzung der Unterhaltspflicht hin.

1371 Duursma-Kepplinger, EWiR 2007, 81 (82); Mankowski, EWiR 2007, 177 (178).

Die Inanspruchnahme weiterer Verfahrensbeteiligter verspricht weitere solventere Schuldner, ist aber aufgrund von rechtlichen und praktischen Problemen sehr schwierig, kostspielig und regelmäßig nicht Erfolg versprechend.

3. Möglichkeiten der Insolvenzgerichte und Verwalter

Unabhängig von Handlungen einzelner Gläubiger können Insolvenzgerichte und Verwalter auch durch ihre eigenen Maßnahmen dem Insolvenztourismus in seiner unzulässigen Ausprägung wirksam begegnen.

a. Genaue Prüfung der internationalen Zuständigkeit

Wird ein Insolvenzgericht mit einem Insolvenzantrag befasst, muss das Gericht unter anderem seine internationale Zuständigkeit prüfen. Stellt das Gericht fest, dass der Schuldner sein COMI in relativ kurzer Zeit vor dem Insolvenzantrag verlegt hat, wird es diese Verlegung weiter untersuchen müssen. Eine derart genaue Prüfung zu Verfahrensbeginn ist wünschenswert und notwendig, damit nicht nach Jahren erst das Rechtsmittel mit sorgfältiger Prüfung das objektiv richtige Ergebnis untermauert¹³⁷², denn diese Verfahren kosten viel Geld¹³⁷³, was wiederum die zur Befriedigung zur Verfügung stehende Masse entsprechend auszehren wird. Des Weiteren ist die genaue – und möglichst durch eine Begründung der Eröffnungsentscheidung nachvollziehbare – Prüfung der internationalen Zuständigkeit wichtig zur Vermeidung etwaiger Kompetenzkonflikte, ganz nach dem Motto „Vertrauen ist gut – will aber verdient sein!“¹³⁷⁴. Denn die Eröffnungsprüfung ist von gegenseitigem Vertrauen und Gleichwertigkeit der Rechtsordnungen geprägt, sodass davon auszugehen ist, dass die angerufenen Gerichte sorgfältig prüfen¹³⁷⁵. Anders formuliert: Misstrauen zu Beginn des Verfahrens gegenüber dem Tatsachenvortrag von Schuldner und Gläubigern im Eröffnungsantrag schafft ein großes Vertrauen in die Entscheidungen über den Beginn, die Durchführung und das Ende des Verfahrens.

Die genaue Prüfung bei Verfahrensbeginn macht die Berufung auf einen „Rechtsmissbrauch“ mit all seinen Unsicherheiten in vielen Fällen überflüssig. Vorwürfe, die internationale Zuständigkeit werde nicht genau geprüft und es liege möglicherweise „Insolvenz-Imperialismus“¹³⁷⁶ vor, lassen sich damit von vornherein vermeiden.

Auch in der Praxis ist zu verzeichnen, dass bereits zahlreiche Gerichte ihre internationale Zuständigkeit – zumindest im Rechtsmittelverfahren – überaus genau ge-

1372 Vgl. Mankowski, EWiR 2007, 463 (464).

1373 Mankowski, EWiR 2007, 463 (464).

1374 So der Titel des Beitrags von Konecny, in: Clavara/Garber (Hrsg.), 2011, S. 17. Siehe auch Nunner-Krautgasser, in: Clavara/Garber (Hrsg.), 2011, S. 31 (39).

1375 Thole, ZIP 2012, 605 (610).

1376 Mankowski, EWiR 2003, 1239 (1239); Lüer, in: Piepenburg (Hrsg.), FS Greiner, 2005, S. 201.

prüft haben¹³⁷⁷, um Simulationen aufzudecken und die Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels internationaler Zuständigkeit abzulehnen bzw. Eröffnungsentscheidungen wieder zu annullieren.

b. Schnelle (vorläufige) Verfahrenseröffnung zur Nutzung des Prioritätsprinzips oder genaue Prüfung der Zuständigkeit?

Wird bei einem Insolvenzgericht ein Eröffnungsantrag gestellt, ist das Gericht dazu berufen, schnell zu entscheiden, insbesondere im Falle eines Gläubigerantrages, da in diesem Falle die Gefahr besteht, dass der Schuldner sein Vermögen beiseiteschaffen könnte. Mit einer raschen (vorläufigen) Eröffnung des Verfahrens kann das Gericht das Hauptverfahren an sich ziehen und Manipulationen des Schuldners einen effektiven Riegel vorschieben. Um nachträgliche Vermögensverlagerungen zu verhindern, ist es angebracht, bereits frühzeitig Sicherungsmaßnahmen zu treffen. Darüber hinaus kann mit Sicherungsmaßnahmen eine „Eröffnung“ des Hauptverfahrens im Sinne des Art. 16 EuInsVO einhergehen, sodass auch ein Insolvenzantrag bei einem anderen Gericht nicht zu einer rascheren Verfahrenseröffnung führen kann, die die Fortführung des ersten Verfahrens rechtswidrig machen würde. Um Anerkennungsfragen unter dem Gesichtspunkt des Art. 16 EuInsVO möglichst zu vermeiden, wird z. B. für deutsche Gerichte völlig zu Recht empfohlen, einen „starken“ Insolvenzverwalter zu bestellen, weil diese Entscheidung in aller Regel ohne Probleme anerkannt wird¹³⁷⁸.

Soweit diese vorläufige Entscheidung richtig ist und die internationale Zuständigkeit zu Recht bejaht wird, ergeben sich in der Regel keine Anerkennungsprobleme, solange das ausländische Gericht richtigerweise die vorläufige Eröffnung bereits nach Art. 16 EuInsVO anerkennt. Ist diese Entscheidung jedoch fehlerhaft, wird der Erlass einer Eröffnungsentscheidung des international tatsächlich zuständigen Gerichts blockiert. Gleichwohl ergeben sich hieraus keine so gravierenden Probleme, dass von einer raschen vorläufigen Verfahrenseröffnung Abstand genommen werden sollte. Kommt das Gericht nach einer eingehenden Prüfung dazu, dass es nicht international zuständig ist, wird es die Eröffnung des Verfahrens ablehnen und die vorläufigen Maßnahmen aufheben. Einem weiteren Verfahren vor einem anderen Gericht, das international tatsächlich zuständig ist, steht kein Hindernis entgegen. Eröffnet das Gericht jedoch fehlerhaft das Insolvenzverfahren, greifen wiederum die bereits vorge-

1377 So auch Briggs, *Insolv. Int.* 2010, 28 (30), der selbst Deputy Registrar beim High Court ist; Vallerder, VIA 2011, 17 (18). Siehe z. B. die Fälle Mitterfellner, *Chancery Division*, Urt. v. 10.06.2009, BPIR 2009, 1075, und Körffer *High Court of Justice London*, Decision v. 15.02.2011 – No. 9360/2008, IILR 2012, 460, in denen der *official receiver* genaue Erkundigungen über Wohnort und Auslandsaufenthalte einholte. *High Court of Justice Birmingham*, [2012] EWHC 2432 (Ch), prüft sehr detailliert die Angaben des Schuldners und ihre Stimmigkeit zu verschiedenen Zeitpunkten des Verfahrens nach. Auch die Rechtsprechung des CA Colmar zeigt, dass die Frage der internationalen Zuständigkeit genau geprüft wird, vgl. oben C.III.2.b.

1378 Liersch, FD-InsR 2008, 265300; Mankowski, NZI 2008, 703 (704); Mankowski, EWiR 2010, 453 (454). Siehe näher unter D. I. 3.

stellten Mechanismen. Die Entscheidung ist anzuerkennen und kann auch nicht unter Berufung auf Art. 26 EuInsVO unterlaufen werden. Sie wird aber auf Rechtsmittel hin aufzuheben sein. Die damit einhergehenden Zeit- und Geldverluste sind hinzunehmen, um die Rechtssicherheit nicht zu gefährden.

c. Kommunikation unter Verfahrensbeteiligten

Um Kompetenzkonflikten und Anerkennungsproblemen von vornherein zu begegnen, sind die Verfahrensbeteiligten gut beraten, wenn sie von den bestehenden Möglichkeiten zur Kommunikation umfassend Gebrauch machen¹³⁷⁹ – solange sie nicht durch ihr nationales Recht zur Verschwiegenheit verpflichtet sind. Dass sich mit einer grenzüberschreitenden Kommunikation Konflikte vermeiden lassen, war im vom EuGH entschiedenen Verfahren MG Probud¹³⁸⁰ deutlich zu erkennen¹³⁸¹: Es ging zwar nicht um einen Kompetenzkonflikt, sondern um eine Beschlagnahmeentscheidung eines deutschen Gerichts in einer Bußgeldsache, die in Widerspruch zu einem zuvor eröffneten polnischen Insolvenzverfahren stand. Das deutsche Gericht zweifelte unter anderem daran, dass es sich bei dem eröffneten Verfahren um ein Verfahren im Sinne des Anhangs A handelte. Angesichts der Klarstellungen, die der EuGH bereits in anderer Sache getroffen hatte¹³⁸², wäre eine solche Entscheidung des EuGH nicht mehr notwendig gewesen. Eine rasche Abklärung der Verfahrenseigentümlichkeiten, z. B. mit dem polnischen Insolvenzgericht, hätte das gesamte Verfahren vor dem EuGH inklusive der Zeit- und Kostenfragen vermieden.

Um die Grundlage einer Prüfung durch ausländische Gerichte zu schaffen, sollte in den Beschlüssen über die vorläufige und endgültige Verfahrenseröffnung sicherheitshalber nach Art. 102 § 2 EGIInsO eine Begründung gegeben werden, auch wenn noch kein Auslandsbezug erkennbar ist¹³⁸³. Konflikte mit ausländischen Gerichten um die Priorität des Verfahrens lassen sich damit vermeiden.

Aber auch sonst lassen sich mit (informellen) Absprachen zwischen den Verfahrensbeteiligten Missverständnisse und Konflikte verhindern, wenn „über den kurzen Dienstweg“ Rechtsfragen erörtert werden. Insbesondere Informationen über fremdes Recht, dessen Details und übliche Handhabung in anderen Staaten schwer feststellbar sind, lassen sich so relativ schnell erfassen.

Die Kommunikation der Verfahrensbeteiligten ist also das beste Mittel, Kompetenzkonflikten zu begegnen. Ihre Bedeutung kann nicht hoch genug eingeschätzt werden.

1379 Ausführlich Vallender, KTS 2005, 283 (296); Vallender, KTS 2008, 59 (61 f.).

1380 EuGH, Urt. v. 21.01.2010 – Rs. C-444/07, Slg. 2010, 417, m. Anm. Werner, GWR 2010, 42; Zenker, NJ 2010, 159.

1381 Dazu auch Zenker, NJ 2010, 159 (159).

1382 EuGH, Urt. v. 02.05.2006 – Rs. C-341/04, Slg. 2006, 3813; EuGH, Urt. v. 17.01.2006 – Rs. C-1/04, Slg. 2006, 701.

1383 Paulus, Europäische Insolvenzverordnung, 4. Aufl. (2013), Art. 3 Rn. 4a.

d. Ausschöpfung der Möglichkeiten der *lex fori concursus* zur Massemehrung, Verzögerung, Versagung oder nachträglichen Beseitigung der Restschuldbefreiung

Neben den unmittelbar auf die Eröffnung des Insolvenzverfahrens bezogenen Möglichkeiten der Gerichte kann für den Schuldner, der unerwünschtes *forum shopping* betreibt, auch die *lex fori concursus* trotz der rascheren Restschuldbefreiung zahlreiche Nachteile bereithalten, die der Rechtsordnung viel an Attraktivität nehmen kann.

Hier ist an die Möglichkeit der Massemehrung zu denken, indem Ansprüche des Schuldners gegen Dritte und Anfechtungsansprüche durchgesetzt werden¹³⁸⁴. Beispiele hierfür sind Ansprüche des Schuldners wegen seiner Vergütung, die Einziehung von Pensionsguthaben und die Rückabwicklung von Vermögensverschiebungen.

Darüber hinaus enthalten viele Insolvenzrechtsordnungen Pflichten und Obliegenheiten, deren Verletzung dazu führen kann, dass die Erteilung der Restschuldbefreiung erst zu einem späteren Zeitpunkt erfolgen kann oder gar völlig versagt wird. Wichtig werden diese Optionen, wenn der Schuldner im Zusammenhang mit der Insolvenz „gestalterische Maßnahmen“ vornimmt, die die Befriedigungsmöglichkeiten der Gläubiger beeinträchtigen und über die Verlagerung des COMI hinausgehen. Beispiel hierfür ist die Ausübung einer schlecht vergüteten Tätigkeit, die entweder dem Ausbildungsgrad des Schuldners nicht entspricht¹³⁸⁵ oder jedenfalls nicht angemessen vergütet wird¹³⁸⁶.

Neben der Versagung der Restschuldbefreiung im laufenden Insolvenzverfahren können auch die Möglichkeiten einer nachträglichen Beseitigung der Restschuldbefreiung genutzt werden. Dies kommt in Betracht, wenn der Schuldner im Zusammenhang mit der Restschuldbefreiung seine Pflichten und Obliegenheiten verletzt hat und dies erst nach Erteilung der Restschuldbefreiung dem Gericht und dem Insolvenzverwalter bekannt wird. Die *lex fori concursus* sieht für solche Fälle regelmäßig die Möglichkeit vor, dass die Entscheidung über die Erteilung der Restschuldbefreiung nachträglich beseitigt werden kann. So ermöglicht § 303 InsO den Widerruf der Restschuldbefreiung innerhalb eines Jahres ab Rechtskraft des Restschuldbefreiungsbeschlusses. Auch die Restitutionsklage gem. § 580 ZPO kann zur Beseitigung der Entscheidung über die Restschuldbefreiung führen¹³⁸⁷. Das englische Recht enthält in s. 282 IA 1986 die Möglichkeit des *annulment*¹³⁸⁸.

Wenn Insolvenzverwalter und Gerichte die ihnen zur Verfügung stehenden Mittel der *lex fori concursus* konsequent anwenden, können sie auftretende rechtswidrige

1384 Näher dazu bereits B.III.4.c.bb(2) und B.III.4.d.cc(3).

1385 Vgl. BGH, Beschl. v. 15.11.2010 – NotZ 6/10, ZIP 2011, 284: Notar, der als Sportfotograf mit geringem Einkommen tätig ist.

1386 Vgl. *High Court of Justice Chancery Division*, Urt. v. 22.06.2007, BPIR 2007, 1636 (Radiologe); LG Trier, Urt. v. 02.05.2013 – 5 O 247/13, ZVI 2014, 430 (Architekt, mit geringem Monatseinkommen).

1387 Ausdrücklich BGH, Beschl. v. 02.02.2006 – IX ZB 279/04, ZInsO 2006, 259; LG Göttingen, Beschl. v. 05.12.2006 – 10 T 27/06, ZInsO 2007, 47.

1388 Diese Möglichkeit wird in der Praxis auch genutzt: *Manchester County Court*, Urt. v. 19.05.2010 und 07.06.2010, BPIR 2010, 1093; *High Court of Justice London*, Decision v. 15.02.2011 – No. 9360/2008, IILR 2012, 460; Goslar, NZI 2012, 912.

gläubigerbenachteiligende Gestaltungen eines Schuldners effektiv bekämpfen und zugleich die Anreize für eine grenzüberschreitende Insolvenz, die mit solchen Gestaltungen einhergeht, verringern.

F. Möglichkeiten zur Zurückdrängung des „Restschuldbefreiungstourismus“ im Anwendungsbereich der EuInsVO

I. Reform der EuInsVO

1. Reformbestrebungen zur Änderung der EuInsVO

Neben den bereits de lege lata bestehenden Möglichkeiten der Gläubiger und der Gerichte, ein unerwünschtes *forum shopping* im Geltungsbereich der EuInsVO zu verhindern oder zumindest zu erschweren, soll die EuInsVO in bestimmten Bereichen reformiert und ergänzt werden. Seit ihrem Inkrafttreten sind mehr als zehn Jahre vergangen, sodass sich neben den in dem hier interessierenden Zusammenhang aufgetretenen Fragen auch zahlreiche weitere gestellt haben, die zeigen, dass es sinnvoll ist, die EuInsVO zu ergänzen. Nach Art. 46 EuInsVO sollte die Kommission am 01.06.2012 einen Bericht über die Anwendung der EuInsVO vorlegen. Darüber hinaus gab und gibt es zahlreiche Änderungsvorschläge und -wünsche aus der Wissenschaft und Praxis¹³⁸⁹. Die Änderungsvorschläge sind zahlreich und betreffen die gesamte EuInsVO mit mehr oder weniger großer Detailliertheit, insbesondere im Hinblick auf das COMI bei Gesellschaften, Konzerninsolvenzen, Kooperations- und Abwicklungsfragen¹³⁹⁰. Hier sollen nur diejenigen Änderungen angesprochen werden, von denen sich größere Auswirkungen auf den Restschuldbefreiungstourismus erwarten lassen.

2. Der Vorschlag der Kommission zur Änderung der EuInsVO – vom 12.12.2012 – COM(2012) 744 final – 2012/0360 (COD)

Infolge des Art. 46 EuInsVO erarbeitete die Kommission den Vorschlag zur Änderung der EuInsVO – vom 12.12.2012 – COM(2012) 744 final – 2012/0360 (COD). Im Zusammenhang mit diesem Vorschlag erarbeitete die Kommission weitere Vorschläge, die Änderungen des Insolvenzrechts betrafen: die „Mitteilung der Kommission an das europäische Parlament, den Rat und den Europäischen Wirtschafts- und Sozial-

1389 Siehe dazu exemplarisch die Tagungsberichte *Abeln/Abeln Tom G.*, IILR 2011, 351; *Tollenaar*, IILR 2011, 555, und die Entschlüsse der *Group for International & European Studies of the Autonomais University of Barcelona*, IILR 2011, 336; *Reuß*, S. 342 ff.

1390 Siehe ausführlich z. B. *McCormack*, IILR 2011, 122; *Corno*, IILR 2011, 148; *Wessels*, *Insolv. Int.* 2011, 17; *Bufford*, IILR 2012, 341, m. w. N.

ausschuss – Ein neuer europäischer Ansatz zur Verfahrensweise bei Firmenpleiten und Unternehmensinsolvenzen“, KOM(2012) 742 endg, den „Bericht der Kommission an das europäische Parlament, den Rat und den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss über die Anwendung der Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates vom 29. Mai 2000 über Insolvenzverfahren“, KOM(2012) 743 endg sowie das „Commission Staff Working Document: Impact Assessment – Accompanying the document Revision of Regulation (EC) No 1346/2000 on insolvency proceedings“.

Der Vorschlag der Kommission vom 12.12.2012 enthielt zahlreiche Änderungsvorschläge. Einige dieser Vorschläge sind auch für die Fragen rund um den Restschuldbefreiungstourismus von Relevanz. Die Änderungsvorschläge lassen sich in mehrere Gruppen zusammenfassen und sollen im Zusammenhang mit den tatsächlich verabschiedeten Änderungen der EuInsVO n. F. gewürdigt werden¹³⁹¹. Zentrale Änderungsvorschläge betrafen bereits im ersten Entwurf folgende Komplexe:

- Erweiterung des Anwendungsbereichs der EuInsVO auf weitere Entschuldungsverfahren
- Präzisierung und Definition des COMI und Rechtsmittel zur Kontrolle der internationalen Zuständigkeit
- Regelung der Annexkompetenz
- Schaffung von einheitlichen Insolvenzregistern
- Vereinheitlichte und gläubigerfreundliche Möglichkeit der Forderungsanmeldung
- Erleichterte Änderung von Anhängen

Der Vorschlag der Kommission führte in der Folgezeit zu regen Diskussionen und zahlreichen Stellungnahmen, die zum Teil auch weitere Ergänzungs- und Abänderungsvorschläge unterbreiteten¹³⁹². Einige dieser Änderungsvorschläge wurden dann Teil des Gesetzgebungsprozesses und – in abgewandelter Form – Teil der neu gefassten EuInsVO.

1391 Für Details siehe den Vorschlag der Kommission zur Änderung der EuInsVO – vom 12.12.2012 – COM(2012) 744 final – 2012/0360 (COD). Siehe auch die Darstellung bei *Albrecht*, ZInsO 2013, 1876.

1392 Exemplarisch Position Paper of the German Bar Association (DAV) by the Legislative Committee „Insolvency Law“ and the European Affairs Working Group of the Section of „Insolvency and Restructuring Law“ on the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council amending Council Regulation (EC) No. 1346/2000 on Insolvency proceedings COM(2012) 744 final vom Februar 2013; Stellungnahme Nr. 14 der Bundesrechtsanwaltskammer vom Juli 2013, Registernummer 25412265365-88; *Paulus*, BB 2013, Heft 4 S. I; *Beck*, ZVI 2013, 250; *Reuß*, EuZW 2013, 165; Stellungnahme der Gesellschaft für Restrukturierung – TMA vom 22.04.2014. Ein Überblick findet sich auch bei *Paulus*, NZI 2012, 297.

3. Die Reform der EuInsVO in der Fassung vom 20.05.2015

Nach Durchlaufen des Gesetzgebungsprozesses und Einarbeitung zahlreicher Änderungsvorschläge verabschiedete schließlich das Europäische Parlament am 20.05.2015 die neue Fassung der EuInsVO¹³⁹³.

Zuvor erfolgten auf Grundlage des Kommissionsvorschlags vom 12.12.2012 bereits in erster Lesung des Europäischen Parlaments zahlreiche Änderungsvorschläge¹³⁹⁴.

Im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens kam es im März 2015 zu einer Einigung der Kommission und des Europäischen Parlaments, sodass am 20.05.2015 in zweiter Lesung das Europäische Parlament mehrheitlich die im März 2015 gefundene Kompromisslösung verabschiedete.

Die Regelungen der reformierten Fassung der EuInsVO werden gem. Art. 84 Abs. 1 EuInsVO n. F. auf alle Insolvenzverfahren angewendet, die nach dem 26.06.2017 eröffnet werden. Für bis dahin beantragte „Altverfahren“ werden die Regelungen der Vorgängerfassung weiterhin gelten, Art. 84 Abs. 2 EuInsVO n. F., sodass in wesentlichen Teilen für einen Übergangszeitraum die alte und die neue Fassung der EuInsVO parallel gelten werden. Dieser Übergangszeitraum wird sich angesichts der Verfahrensdauer mancher Insolvenzverfahren (etwa wegen Anfechtungsstreitigkeiten, die sich über mehrere Instanzen nebst EuGH-Vorlage) über mehrere Jahre erstrecken, sodass die Parallelität der alten und neuen EuInsVO sich vermutlich erst im Laufe mehrerer Jahre faktisch erledigen wird. Art. 90 Abs. 4 EuInsVO n. F. sieht vor, dass die Kommission dem Europäischen Parlament, dem Rat und dem Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss spätestens bis zum 27.06.2020 eine Studie zur Frage der Wahl des Gerichtsstands in missbräuchlicher Absicht vorlegt. Diese Studie soll rascher vorgelegt werden als der Bericht zur Anwendung der EuInsVO, der gem. Art. 90 Abs. 1 EuInsVO n. F. erst am 27.06.2027, also zehn Jahre nach ihrem Inkrafttreten und sodann alle fünf weiteren Jahre vorgelegt werden soll.

Die EuInsVO wird an vielen Einzelstellen geändert und ergänzt. Da viele Änderungen den Entwicklungen des Insolvenzrechts von Gesellschaften (insbesondere Konzerninsolvenzen) geschuldet sind, sollen diese hier außer Betracht bleiben und der Fokus auf den für den Restschuldbefreiungstourismus zentralen Normen liegen.

1393 VERORDNUNG (EU) 2015/848 DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 20. Mai 2015 über Insolvenzverfahren, Abl. EU vom 05.06.2015 L 141/19.

1394 Siehe bspw. legislative Entschließung des Europäischen Parlaments vom 5. Februar 2014 zu dem Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates über Insolvenzverfahren (Com(2012)0744 – C-70413/2012 – 2012/0360(COD)). Vgl. auch Dok. 10284/14 JUSTCIV 134 EJUSTICE 54 CODEC 1366 des Rates der Europäischen Union vom 03.06.2014, der diese Änderungen aufgriff.

a. Die Reform der für die Fragen des Restschuldbefreiungstourismus zentralen Normen und Bewertung der einzelnen Regelungen

aa. Forum shopping im Fokus der EuInsVO n. F.

Die neue EuInsVO adressiert wiederum das *forum shopping* und diesmal auch ausdrücklich den Rechtsmissbrauch. Darüber hinaus werden an verschiedenen Stellen Regelungen modifiziert, die unerwünschtes *forum shopping* unterbinden oder jedenfalls erschweren sollen.

(1) Erweiterung der von der EuInsVO n. F. erfassten Verfahrensarten

Die Reform der EuInsVO beinhaltet unter anderem die Erweiterung des Anwendungsbereichs der EuInsVO um zahlreiche Verfahren. Die allgemeinen Kriterien, die der Aufnahme von Verfahren in Anhang A zugrunde liegen, sind in den Erwägungsgründen 10 bis 17 genannt.

Erwägungsgrund 9 sieht vor, dass die Verfahren, die nunmehr von der EuInsVO als Insolvenzverfahren erfasst sind, „erschöpfend in Anhang A“ aufgeführt sind. Hiernach muss ein Gericht folglich nicht prüfen, ob ein ausländisches Insolvenzverfahren neben der Bezeichnung des Verfahrenstyps auch weiteren inhaltlichen Anforderungen genügt. Dies vereinfacht wiederum die Abstimmung zwischen den Gerichten und vermeidet insoweit auch Anerkennungs- und Kompetenzkonflikte.

Die Einbeziehung zahlreicher nationaler Entschuldungsverfahren dient dazu, dass die Entschuldungswirkung nach der EuInsVO europaweit greift und der Schuldner nicht gegenüber ausländischen Gläubigern weiter haften müsste¹³⁹⁵. Darüber hinaus soll die Erweiterung des Anwendungsbereichs der EuInsVO die Freizügigkeit und Niederlassungsfreiheit stärken¹³⁹⁶.

Die Erweiterung der von der EuInsVO n. F. erfassten Verfahrensarten ermöglicht es den Schuldnern, von weiteren Verfahrensarten zu profitieren, die bis dato mangels Anerkennungsfähigkeit nicht im Fokus derjenigen Schuldner standen, die *forum shopping* betreiben wollten¹³⁹⁷. Die Erweiterung der erfassten Verfahren führt damit zu einem vom Ordnungsgeber gewollten oder jedenfalls gebilligten zusätzlichen Anreiz, *forum shopping* zu betreiben, wenn die Schuldner vom Anwendungsbereich eines solch raschen Entschuldungsverfahrens erfasst werden¹³⁹⁸. Die Gläubiger laufen daher aufgrund der vom Anwendungsbereich der EuInsVO n. F. erfassten Verfah-

1395 Commission Staff Working Document – Impact Assessment – Accompanying the document Revision of Regulation (EC) No 1346/2000 on insolvency proceedings, SWD(2012) 416 final, 3.2.2.

1396 Commission Staff Working Document – Impact Assessment – Accompanying the document Revision of Regulation (EC) No 1346/2000 on insolvency proceedings, SWD(2012) 416 final, 6.2.

1397 Vgl. Beck, ZVI 2013, 250 (250 f.), der z. B. auf das Individual Voluntary Agreement verweist. Zu diesem sehr einfachen und raschen Verfahren ausführlich Renger.

1398 Dieses Risiko erkennt auch die Kommission Commission Staff Working Document – Impact Assessment – Accompanying the document Revision of Regulation (EC) No 1346/2000 on insolvency proceedings, SWD(2012) 416 final, 6.2.

rensarten noch größere Gefahr, ihre Forderungen ohne Erzielung hoher Quote einzubüßen, auch wenn Erwägungsgrund 16 zeigt, dass Verfahren vom Anwendungsbereich der EuInsVO ausgenommen sein sollen, „in denen es um den Erlass von Schulden einer natürlichen Person mit sehr geringem Einkommen und Vermögen geht, sofern derartige Verfahren nie eine Zahlung an Gläubiger vorsehen“.

Trotz dieses zusätzlichen Anreizes für *forum shopping* ist die Erweiterung des Katalogs von Verfahren zu begrüßen. Denn sie vermeidet Ungleichbehandlungen von Schuldnern, die nur deswegen keine europaweit anzuerkennende Restschuldbefreiung erlangen können, weil ihr Heimatstaat zwischen den Verfahren z. B. wie England nach der Verfahrensgröße differenziert oder ein Entschuldungsverfahren zwar vorhanden ist, dieses aber nicht in den Anwendungsbereich der EuInsVO fällt¹³⁹⁹.

(2) Beibehaltung und Definition des COMI in Art. 3 EuInsVO n. F.

Ein veränderlicher COMI ist als Konzept beibehalten worden. Die Beibehaltung eines veränderlichen COMI ist bereits zuvor grundsätzlich befürwortet worden¹⁴⁰⁰. Das Konzept des COMI hat sich für die meisten Fälle als tragfähiges Entscheidungskriterium für die Durchführung eines grenzüberschreitenden Insolvenzverfahrens erwiesen¹⁴⁰¹. Dies geht auch aus einer Befragung hervor, die im Rahmen der Vorbereitung des Entwurfs der Kommission erfolgte¹⁴⁰². Jedoch zeigten die Stellungnahmen Umsetzungsprobleme auf¹⁴⁰³. Im Zusammenhang mit dem Kommissionsvorschlag vom 12.12.2012 und auch bereits zuvor wurden verschiedene Änderungs- und Ergänzungsvorschläge zur Verbesserung des COMI unterbreitet¹⁴⁰⁴.

Art. 3 Abs. 1 EuInsVO n. F. lautet:

Artikel 3 Internationale Zuständigkeit

„(1) Für die Eröffnung des Insolvenzverfahrens sind die Gerichte des Mitgliedstaats zuständig, in dessen Hoheitsgebiet der Schuldner den Mittelpunkt seiner hauptsächlichen Interessen hat (im Folgenden „Hauptinsolvenzverfahren“). Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen ist

1399 Vgl. *EuGH*, Urt. v. 08.11.2012 – Rs C-461/11, *EuZW* 2013, 72, m. Anm. *Cranshaw*, *ZInsO* 2013, 153.

1400 *Reuß*, S. 347 ff.; *Bufford*, *IILR* 2012, 341 (370 f.); *Mock*, *GPR* 2013, 156 (158); *Reuß*, *EuZW* 2013, 165 (167). Schon in der Anhörungsphase: Positionspapier des deutschen Anwaltsvereins Nr. 53/2012 vom Juni 2012, S. 10; *Paulus*, *BB* 2013, Heft 4 S. I: „Vorschläge allesamt wohl dosiert“. Position Paper of the German Bar Association (DAV) by the Legislative Committee „Insolvency Law“ and the European Affairs Working Group of the Section of „Insolvency and Restructuring Law“ on the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council amending Council Regulation (EC) No. 1346/2000 on Insolvency proceedings COM(2012) 744 final vom Februar 2013. *Wimmer*, *jurisPR-InsR* 7/2015, Anm. 1.

1401 *Paulus*, *NZI* 2012, 297 (298); in diesem Sinne auch *Thole*, in: *Kirchhof* (Hrsg.), *MünchKomm-InsO*, Bd. 4, 3. Aufl. 2016, Art. 3 VO (EG) 2015/848 Rn. 2.

1402 Commission Staff Working Document – Impact Assessment – Accompanying the document Revision of Regulation (EC) No 1346/2000 on insolvency proceedings, SWD(2012) 416 final, 3.4.1.1.

1403 Commission Staff Working Document – Impact Assessment – Accompanying the document Revision of Regulation (EC) No 1346/2000 on insolvency proceedings, SWD(2012) 416 final, 3.4.1.1.

1404 Z. B. die ausdrückliche Regelung von Einzelkriterien zur Bestimmung des COMI (*Reuß*, S. 349); *Moss/Paulus*, *Insolv. Int.* 2006, 1 (2); *Carstens*, S. 120.

der Ort, an dem der Schuldner gewöhnlich der Verwaltung seiner Interessen nachgeht und der für Dritte feststellbar ist.

[...]

Bei einer natürlichen Person, die eine selbständige gewerbliche oder freiberufliche Tätigkeit ausübt, wird bis zum Beweis des Gegenteils vermutet, dass der Mittelpunkt ihrer hauptsächlichsten Interessen ihre Hauptniederlassung ist. Diese Annahme gilt nur, wenn die Hauptniederlassung der natürlichen Person nicht in einem Zeitraum von drei Monaten vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens in einen anderen Mitgliedstaat verlegt wurde.

Bei allen anderen natürlichen Personen wird bis zum Beweis des Gegenteils vermutet, dass der Mittelpunkt ihrer hauptsächlichsten Interessen der Ort ihres gewöhnlichen Aufenthalts ist. Diese Annahme gilt nur, wenn der gewöhnliche Aufenthalt nicht in einem Zeitraum von sechs Monaten vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens in einen anderen Mitgliedstaat verlegt wurde.“

Abweichende Vorstellungen wie eine Fixierung des COMI bei Gesellschaften¹⁴⁰⁵, eine Fixierung des COMI am Schwerpunkt der Verbindlichkeiten¹⁴⁰⁶ oder eine freie Wahl des COMI¹⁴⁰⁷ sind nicht in die Verordnung aufgenommen worden.

Damit ist in Art. 3 Abs. 1 EuInsVO n. F. letztlich verbindlich geregelt, was bisher bereits aus dem Erwägungsgrund 13 a. F. herausgearbeitet wurde. Die Schaffung dieser Legaldefinition bringt insoweit Rechtssicherheit, als damit die Gerichte eine strikte Vorgabe zur Prüfung der Voraussetzungen der internationalen Zuständigkeit haben.

Dennoch werden sich auch mit einer Definition nicht alle Unsicherheiten und Konflikte vermeiden lassen¹⁴⁰⁸. Denn die unterschiedliche Bewertung von Tatsachen durch verschiedene Richter, die letztlich an ihr eigenes Verfahrensrecht mit den jeweiligen Bewertungsmaßstäben gebunden sind, kann nicht ausgeschlossen werden (z. B. bei der Notwendigkeit von Zeugenbefragungen zum Aufenthaltszeitraum des Schuldners). Allerdings wird der einheitliche Begriff des „gewöhnlichen Aufenthalts“, der

1405 Eidenmüller, ECFR 2009, 1 (24 ff., 28), befürwortet de lege ferenda eine Anknüpfung an ein starres Kriterium. Eine solche Fixierung des COMI hat den Nachteil, dass eine ohnehin komplexe Frage dadurch nur noch komplizierter und das Verfahren noch teurer wird (vgl. etwa Hoffmann, in: Parry (Hrsg.), The reform of international insolvency rules at European and national level, 2011, S. 191 (204)).

1406 Coburn, Insol. Int. 2012, 8 (10); ablehnend Walters/Smith, IIR 2010, 181 (206). Eine solche „Schwerpunktbildung“ hätte den Vorteil, dass die wichtigsten Gläubiger besser geschützt wären. Dies wird kaum mehr zu einer Verlagerung im direkten Vorfeld der Insolvenz führen (Coburn, Insol. Int. 2012, 8 [10]). Denn der Schuldner wird im Wegzugstaat seine meisten Verbindlichkeiten begründet haben, bevor er zur Durchführung des Insolvenzverfahrens sein COMI verlegt. Diese Anforderung würde zwar „unerwünschtes forum shopping“ effektiv verhindern. Neugläubiger könnten letztlich nur durch detaillierte Fragen und Aufstellungen zur Vermögenslage des Schuldners eine „Nichtverlagerung“ erkennen. Des Weiteren wird die Effektivität des Insolvenzverfahrens durch ein solches Vorgehen nicht gestärkt. Denn der Schuldner wird nicht an einem tatsächlichen Umzug gehindert. Es kann also sehr häufig dazu kommen, dass der Schuldner aus dem Ausland in seinem Insolvenzverfahren mitwirken muss. Dies bedeutet wiederum einen erheblichen finanziellen Mehraufwand und entsprechende Verzögerungen, weil sich die Unterlagen typischerweise beim Schuldner im Ausland befinden.

1407 In Bezug auf die Rechtswahl durch Gesellschaften Eidenmüller, EBOR 2005, 423 (431 ff.). Die „Vorhersehbarkeit“ anhand objektiver Kriterien würde von einem solchen Ansatz für viele Gläubiger verloren gehen.

1408 Kindler/Sakka, EuZW 2015, 460 (462).

auch in anderen EU-Vorschriften genutzt wird, zur Interpretation und Konkretisierung herangezogen werden können¹⁴⁰⁹.

Auch wenn das COMI nunmehr definiert wurde, bleiben auch auf normativer Ebene Unsicherheiten, etwa bei der Gewichtung von Faktoren, die der Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts zugrunde liegen. Die Gefahren einer Zuständigkeitser-schleichung werden sich durch die Definition des COMI kaum ändern¹⁴¹⁰.

Weiteren Konfliktstoff wird Erwägungsgrund 30 S. 3 bieten, weil dieser die Regelung des Art. 3 Abs. 1 EuInsVO um die Bewertung einer etwaigen Rechtsmissbräuchlichkeit anreichert¹⁴¹¹.

(3) Regelung einer *période suspecte* in Form einer widerlegbaren Vermutung

Neu geregelt ist in Art. 3 Abs. 1 EuInsVO auch eine *période suspecte* in Form einer widerlegbaren Vermutung. Bei selbstständig tätigen Personen wird vermutet, dass diese ihr COMI an ihrer Hauptniederlassung haben, wenn sie nicht innerhalb von drei Monaten vor Antragstellung ihr COMI verlagert haben. Bei Verbrauchern wird vermutet, dass sie ihr COMI am Ort ihres gewöhnlichen Aufenthalts haben, wenn sie nicht innerhalb von sechs Monaten vor Antragstellung ihr COMI verlagert haben.

Greift die Vermutung des Art. 3 Abs. 1 EuInsVO n. F. nicht, muss das COMI nach den allgemeingültigen Kriterien bestimmt werden¹⁴¹².

Die Regelung einer *période suspecte* wurde von der Kommission in ihrem Entwurf vom 12.12.2012 ursprünglich nicht vorgesehen, weil diese von der Wirksamkeit nicht überzeugt war¹⁴¹³. Die Schuldner könnten auch die *période suspecte* umgehen oder schlicht abwarten, bis die kritische Zeitphase verstrichen ist, obendrein würde die *période suspecte* ein weiteres Unsicherheitselement für die Gläubiger bedeuten, weil diese nicht abschätzen können, wann das COMI tatsächlich wechselt¹⁴¹⁴. Die Kommission ging dabei aber von einem „starren“ Zeitraum von bspw. einem Jahr aus.

Die *période suspecte* hat dabei in Bezug auf grenzüberschreitende Insolvenzverfahren einen historischen Vorläufer: Art. 6 des Übereinkommensentwurfs von 1980 sah in Abs. 1 eine *période suspecte* von sechs Monaten vor, bei deren Unterschreitung die Gerichte des ursprünglichen Vertragsstaates international für die Konkursöffnung zuständig waren. Nach Art. 7 führte eine Verlegung des Geschäftszentrums in einen Nichtvertragsstaat dazu, dass die Zuständigkeit des verlassenen Vertragsstaates sogar für zwölf Monate weiter fortbestand. Dies diente dazu, die Gläubiger vor „Kon-

1409 Kindler/Sakka, EuZW 2015, 460 (462).

1410 So schon zur Entwurfsfassung Thole, ZIP 2013, 550 (552).

1411 Dazu näher F.I.3.a.aa(6).

1412 Wimmer, jurisPR-InsR 7/2015, Anm. 1. Vgl. dazu C.II.3.b.

1413 Commission Staff Working Document – Impact Assessment – Accompanying the document Revision of Regulation (EC) No 1346/2000 on insolvency proceedings, SWD(2012) 416 final, 5.3.

1414 Commission Staff Working Document – Impact Assessment – Accompanying the document Revision of Regulation (EC) No 1346/2000 on insolvency proceedings, SWD(2012) 416 final, 5.3.

kursflüchtlingen“ zu bewahren¹⁴¹⁵. Der Schuldner wäre länger an sein ursprüngliches COMI gebunden gewesen. Die Gläubiger hätten in der Folge ihre Risiken besser einschätzen und in der wirtschaftlichen Krise einen zeitlichen Reaktionsspielraum gehabt, in dem sie hätten entscheiden können, ob sie eine Einzelvollstreckung durchführen oder ein Insolvenzverfahren einleiten.

Zur Vermeidung von unerwünschtem *forum shopping* wurde im Zuge der Diskussion um den Kommissionsentwurf die Regelung einer *période suspecte* – zumindest für natürliche Personen – gefordert bzw. begrüßt¹⁴¹⁶.

Bereits vor dem Kommissionsentwurf vom 12.12.2012 wurde die Regelung einer *période suspecte* gefordert¹⁴¹⁷. Die Vorschläge umfassten ein Spektrum von wenigen Monaten¹⁴¹⁸ über zwei¹⁴¹⁹ und drei¹⁴²⁰ Jahre bis hin zu fünf Jahren¹⁴²¹.

Ein relativ extremer Vorschlag beinhaltete die Einführung einer *période suspecte* von fünf Jahren, wenn der Schuldner noch offene Verbindlichkeiten an seinem vor-maligen COMI zurücklässt¹⁴²². Bisweilen wird auch eine *période suspecte* von bis zu drei Jahren für sinnvoll gehalten, wenn im Heimatstaat Verbindlichkeiten über einer gewissen Schwelle vorhanden bleiben¹⁴²³. Diese Vorschläge würden zwar das Vertrauen der Gläubiger am vorherigen COMI schützen, aber die Interessen der neuen Gläubiger am neu begründeten COMI außer Acht lassen. Denn die *période suspecte* würde alle Schuldner betreffen, auch wenn die noch offenen Verbindlichkeiten nur gering wären¹⁴²⁴. Die nach der COMI-Verlagerung hinzugekommenen Gläubiger wissen unter Umständen nichts von diesem alten COMI und können sich daher nicht ohne Weiteres darauf einstellen. Die Gläubiger können nicht erkennen, welche Altforderungen noch bestanden und bestehen, sodass sie das COMI des Schuldners nicht erkennen können¹⁴²⁵. Für sie ist das alte COMI in der Regel nicht erkennbar, wenn sie nicht ausdrücklich danach fragen. Das Risikoverhältnis zwischen Alt- und Neugläubigern wird damit schlicht umgekehrt.

Hinzu kommt die enorme Rechtsunsicherheit, wenn der Schuldner mehrfach sein

1415 Thieme, RabelsZ 45 (1981), 459 (472).

1416 Stellungnahme der Gesellschaft für Restrukturierung – TMA vom 22.04.2014; Stellungnahme Nr. 14 der Bundesrechtsanwaltskammer vom Juli 2013, Registernummer 25412265365-88.

1417 Z. B. Eidenmüller, KTS 2009, 137 (160); Eidenmüller, ECFR 2009, 1 (26); ähnl. Hoffmann, Journal of Consumer Policy 2012, 461 (470); d'Avoine, NZI 2011, 310 (313 f.), will auf eine (Absichts-) Erklärung bezüglich der Aufenthaltsdauer abstellen und sieht – negativ – in einer Aufenthaltsdauer über einem Jahr den Missbrauch als ausgeschlossen an.

1418 Christofaro, in: Gottwald/Huber (Hrsg.), Europ. InsR., 2008, S. 39 (62), schlägt etwa sechs Monate vor, innerhalb deren jede Verlagerung unwirksam ist.

1419 Walters/Smith, IIR 2010, 181 (207).

1420 Hoffmann, in: Parry (Hrsg.), The reform of international insolvency rules at European and national level, 2011, S. 191 (205).

1421 Moss/Paulus, Insolv. Int. 2006, 1 (3).

1422 Moss/Paulus, Insolv. Int. 2006, 1 (3).

1423 Hoffmann, in: Parry (Hrsg.), The reform of international insolvency rules at European and national level, 2011, S. 191 (205).

1424 Walters/Smith, IIR 2010, 181 (207).

1425 Reinhart, NZI 2012, 304 (306).

COMI wechselt und deshalb mehrere Gerichte in verschiedenen Mitgliedstaaten die Eröffnungszuständigkeit für sich beanspruchen¹⁴²⁶. In diesen Fällen wächst das Risiko eines positiven Kompetenzkonfliktes¹⁴²⁷.

Das Europäische Parlament hat im Zuge seiner ersten Lesung zum Reformvorschlag der EuInsVO eine „starre“ Regelung vorgesehen. Eine solche „starre“ Regelung hätte den Vorteil, dass *forum shopping* nur mit einer – für die Gläubiger mehr als zumutbaren – zeitlichen „Vorwarnung“ einherginge und eine Verlagerung des COMI daher keinen Rechtsmissbrauch darstellen würde.

Die Regelung einer starren *période suspecte* wird daher abgelehnt¹⁴²⁸. Eine *période suspecte* sei zu unflexibel¹⁴²⁹. Hinzu komme die Unsicherheit, wann genau die *période suspecte* überhaupt abgelaufen sei und das COMI wechsele¹⁴³⁰. Des Weiteren hindere eine *période suspecte* den Schuldner nicht daran, sein COMI im Vorfeld zu verlegen, wenn er nur hinreichend plane¹⁴³¹. Es bestehe auch die Gefahr, dass der Schuldner das Insolvenzverfahren hinauszögere, um die Phase der *période suspecte* abzuwarten, sodass es sein Vermögen unter Umständen noch weiter auszehre¹⁴³². Das letztgenannte Argument ist zwar unter Berücksichtigung der Gläubigerbefriedigung stichhaltig. Für eine absichtliche Verzögerung der Verfahrenseröffnung wird aber die anzuwendende *lex fori* Reaktionsmöglichkeiten des Gerichts bzw. des Verwalters vorsehen (vgl. etwa § 290 Abs. 1 Nr. 4 InsO: Versagung der Restschuldbefreiung wegen vorsätzlicher oder grob fahrlässiger Verzögerung der Eröffnung des Insolvenzverfahrens, ggf. fehlende „Redlichkeit“ des Schuldners nach Art. L670-1 Code de commerce).

Diese grundsätzliche Kritik an einer *période suspecte* zielt jedoch auf die im Entwurf von 1980 in der Literatur vorgeschlagene und im Änderungsvorschlag des Europäischen Parlaments vorgesehene „starre“ Regelung einer *période suspecte* ab und ist in Bezug auf diese auch berechtigt.

Die tatsächlich umgesetzte Regelung in Art. 3 Abs. 1 EuInsVO ist jedoch nicht „starr“ formuliert¹⁴³³. Sie ist daher keine klassische *période suspecte*, die unflexible Anknüpfungen vorsieht, sondern beinhaltet eine zugunsten des neuen COMI am Ort der Hauptniederlassung bzw. am Ort des gewöhnlichen Aufenthalts sprechende Vermutung, die erst nach Ablauf der Frist von drei bzw. sechs Monaten gilt.

Der Vorteil der vom Ordnungsgeber gewählten Regelung der Vermutung gegenüber einer „starrten“ Regelung liegt darin, dass den Besonderheiten des Einzelfalls stärker Rechnung getragen werden kann. Auch der Schuldner, der kurz nach seinem Umzug einen Insolvenzantrag stellt, kann belegen, dass sein COMI bereits verlagert

1426 Reuß, S. 162.

1427 Renger, S. 202.

1428 Renger, S. 203; Reuß, S. 161 f.; Reinhart, NZI 2012, 304 (306); Wimmer, jurisPR-InsR 13/2012, Anm. 1; Thole, in: Kirchhof (Hrsg.), MünchKomm-InsO, Bd. 4, 3. Aufl. 2016, Art. 3 VO (EG) 2015/848 Rn. 3. In Bezug auf den Reformvorschlag der Kommission Thole, ZIP 2013, 550 (552).

1429 Reinhart, NZI 2012, 304 (306).

1430 Renger, S. 202.

1431 Reuß, S. 161

1432 Renger, S. 202.

1433 Thole, in: Kirchhof (Hrsg.), MünchKomm-InsO, Bd. 4, 3. Aufl. 2016, Art. 3 VO (EG) 2015/848 Rn. 3.

ist (z. B. nach Beendigung rechtlicher und sozialer Beziehungen im Wegzugstaat). Der Gläubiger hingegen kann – wenn auch mit erheblichem Aufwand – beweisen, dass der Schuldner trotz eines Umzugs in einen anderen Mitgliedstaat seinen gewöhnlichen Aufenthalt gleichwohl noch im Wegzugstaat hat.

Die Folge der Unanwendbarkeit der Vermutung des COMI ist, dass dieser nach den objektiven Kriterien ermittelt werden muss¹⁴³⁴, wobei immer noch die genaue Feststellung des COMI ein Problem darstellt¹⁴³⁵. Dem Schuldner bleibt es unbenommen zu beweisen, dass sein COMI am behaupteten Ort liegt, jedoch spricht hierfür keine Vermutung.

Der Grund für die unterschiedlichen Zeiträume für die Anwendung der Vermutung (drei Monate bei Selbstständigen, sechs Monate bei Verbrauchern) liegt darin, dass der selbstständig tätige Schuldner im Rahmen seiner eigenständigen wirtschaftlichen Tätigkeit in der Regel viel schneller an seinem neuen Tätigkeitsort integriert ist als ein Verbraucher. Denn er wird geschäftliche und öffentlich-rechtliche Verbindungen in vielerlei Art in relativ kurzer Zeit begründen (z. B. Gewerbemeldung, Umsatzsteuer, Werbemaßnahmen zur Kundenakquise). Daher ist für die Gläubiger schnell erkennbar, dass das COMI sich geändert hat. Bei Verbrauchern hingegen werden zwar auch Anknüpfungspunkte geändert (z. B. im Melde- und Steuerrecht). Jedoch sind die Kontakte zu Gläubigern typischerweise weniger zahlreich, und nicht alle Gläubiger erkennen innerhalb kurzer Zeit den Umzug des Schuldners in einen anderen Mitgliedstaat. Sie gehen also noch für längere Zeit davon aus, dass das COMI des Schuldners unverändert fortbesteht¹⁴³⁶. Eine Frist von sechs Monaten ist angesichts der Notwendigkeit der Integration des Schuldners am neuen Wohnort, um einen gewöhnlichen Aufenthalt zu begründen, eine akzeptable Kompromisslösung¹⁴³⁷.

Die Regelung der *période suspecte* in ihrer jetzigen Fassung als widerlegbare Vermutung berücksichtigt die Interessen sowohl der Schuldner als auch der Gläubiger an einer Zuordnung des COMI. Die Differenzierung zwischen Selbstständigen und Verbrauchern bietet allerdings einen Anreiz, die Verlagerung des COMI mit der Aufnahme einer selbstständigen Erwerbstätigkeit zu kombinieren, um innerhalb einer kürzeren Zeitspanne unter Berufung auf die Vermutung des Art. 3 Abs. 1 EuInsVO n. F. die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens am neuen COMI beantragen zu können¹⁴³⁸.

Das Problem des Restschuldbefreiungstourismus lässt sich mit der in Art. 3 Abs. 1 EuInsVO n. F. vorgesehenen Regelung jedoch nicht vollends beheben¹⁴³⁹. Denn der Schuldner hat nach wie vor in der Regel die Initiative zur Stellung eines Insolvenzantrags. Er kann daher die Vermutungsfrist des Art. 3 Abs. 1 EuInsVO n. F. abwarten und – ggf. nach Abwarten eines weiteren Zeit-

1434 Wimmer, jurisPR-InsR 7/2015, Anm. 1.

1435 Kindler/Sakka, EuZW 2015, 460 (462).

1436 Wimmer, jurisPR-InsR 7/2015, Anm. 1, weist obendrein auf Wünsche Polens hin, da häufig Wohnungen bei Umzügen der Schuldner herrenlos zurückblieben. Aus diesem Grund sei bei Verbrauchern eine längere Frist wünschenswert.

1437 Ebenso Wimmer, jurisPR-InsR 7/2015, Anm. 1.

1438 Dazu auch unten F.I.3.a.aa(6)(f).

1439 Kindler/Sakka, EuZW 2015, 460 (462); *Commandeur/Römer*, NZG 2015, 988 (989).

raums als „Sicherheitszuschlag“ – anschließend den Insolvenzantrag stellen¹⁴⁴⁰. Ein Schuldner, der örtlich flexibel tätig ist und über Liquidität verfügt, wird seine Insolvenz mit größerem zeitlichen Vorlauf planen und sich bemühen müssen, die Gläubiger von einer Insolvenzantragstellung am alten COMI während der *période suspecte* abzuhalten¹⁴⁴¹. Der Schuldner kann dann belegen, dass er sein COMI tatsächlich für eine gewisse Zeit verlagert hat und er sich inzwischen sozial und rechtlich am neuen COMI integriert und seinen gewöhnlichen Aufenthalt begründet hat. Es bliebe daher nur die „Missbrauchskontrolle“, die Erwägungsgrund 30 S. 3 anspricht, die aber eine wirksame Verlagerung des COMI zur Nutzung des günstigeren Insolvenzrechts nicht verhindern kann¹⁴⁴². Gegen eine „künstlich“ verlängerte Aufenthaltsdauer vor Stellung des Insolvenzantrags zur Begründung der Vermutungswirkung des Art. 3 Abs. 1 EuInsVO n. F. können sich Regelungen der *lex fori concursus* als effektive Gegenmittel erweisen, wenn sie bspw. Sanktionen an die (schuldhaft) Verzögerung der Stellung des Insolvenzantrags knüpfen (vgl. etwa den Versagungsgrund des § 290 Abs. 1 Nr. 4 InsO).

Darüber hinaus besteht die Gefahr, dass die Gerichte den Ablauf der Frist des Art. 3 Abs. 1 EuInsVO n. F. zum Anlass nehmen, die Verlagerung des COMI nicht mehr allzu genau zu prüfen¹⁴⁴³. Eine genaue Prüfung ist jedoch nicht entbehrlich, insbesondere im Licht des neuen Erwägungsgrundes 28, der eine zeitnahe Unterrichtung der Gläubiger von einem COMI-Wechsel vorsieht¹⁴⁴⁴. Unterlässt der Schuldner die Information der Gläubiger, dann kann dies u.U. dazu führen, dass das Gericht feststellt, dass das COMI gar nicht verlagert wurde¹⁴⁴⁵.

Auch der Begriff der „Niederlassung“ des Schuldners hat eine leicht geänderte Definition erhalten, die eine wirtschaftliche Aktivität des Schuldners erfasst, die nicht von vorübergehender Art ist und der der Schuldner aktuell nachgeht „oder in den drei Monaten vor dem Antrag auf Eröffnung des Hauptinsolvenzverfahrens nachgegangen ist“. Damit wird es möglich, ein Sekundärinsolvenzverfahren auch noch nach Auflösung der Niederlassung einleiten zu können. Der Schuldner hat es daher – jedenfalls für drei Monate vor Antragstellung – nicht in der Hand, die Eröffnung eines Sekundärinsolvenzverfahrens durch Auflösung der Niederlassung zu verhindern.

1440 Vgl. *Reuß*, S. 161

1441 Je nach Maßnahme, die er dabei ergreift, droht ihm deswegen unter Umständen freilich eine Strafbarkeit. So können bspw. „haltlose“ Versprechen, die den Gläubiger von einer Forderungsrealisierung abhalten, zur Strafbarkeit wegen Betruges führen.

1442 Dazu näher unten F.I.3.a.aa(6).

1443 *Thole*, in: *Kirchhof* (Hrsg.), *MünchKomm-InsO*, Bd. 4, 3. Aufl. 2016, Art. 3 VO (EG) 2015/848 Rn. 3.

1444 *Thole*, in: *Kirchhof* (Hrsg.), *MünchKomm-InsO*, Bd. 4, 3. Aufl. 2016, Art. 3 VO (EG) 2015/848 Rn. 3.

1445 *Thole*, in: *Kirchhof* (Hrsg.), *MünchKomm-InsO*, Bd. 4, 3. Aufl. 2016, Art. 3 VO (EG) 2015/848 Rn. 3.

(4) Prüfung der internationalen Zuständigkeit von Amts wegen und Begründung der Entscheidung

Nach Art. 4 Abs. 1 S. 2 EuInsVO n. F. hat das angerufene Gericht von Amts wegen seine internationale Zuständigkeit zu überprüfen. Hiermit ist nunmehr geregelt, was bereits zuvor herrschende Auffassung war.

Die Forderung nach einer Amtsermittlungspflicht wurde schon früh erhoben¹⁴⁴⁶, jedenfalls wenn Anhaltspunkte für Zweifel bestehen, wurde bisher jedenfalls von einer Amtsermittlungspflicht ausgegangen¹⁴⁴⁷. Denn mit einer Prüfung von Amts wegen fallen missbräuchliche Gestaltungen und Simulationen wahrscheinlich früher auf¹⁴⁴⁸. Im Hinblick auf den Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens und die Schaffung dieser Vertrauensbasis durch die Gerichte hätte die Amtsermittlungspflicht auch ohne ausdrückliche Regelung in der EuInsVO eine „Selbstverständlichkeit“ sein müssen¹⁴⁴⁹. Die Kommission hat diese Überlegungen aufgegriffen und wollte bereits mit ihrem Entwurf vom 12.12.2012 mit der amtswegigen Prüfung der internationalen Zuständigkeit das *forum shopping* zurückdrängen¹⁴⁵⁰.

Die ausdrücklich geregelte Amtsermittlungspflicht für die mit der Verfahrenseröffnung befassten Gerichte verpflichtet diese, nicht nur einseitig dem Vortrag des Antragstellers Gehör zu schenken, sondern – im Rahmen des zeitlich Praktikablen und tatsächlich Möglichen – eigene Ermittlungen zur Überprüfung vorzunehmen¹⁴⁵¹. Zur Sachverhaltsermittlung ist es sinnvoll, die Gläubiger anzuhören, weil die Informationsbasis breiter wird und eine Simulation durch den Schuldner leichter auffallen wird¹⁴⁵². Fehlentscheidungen können so leichter vermieden werden. Nach Erwägungsgrund 32 soll das Gericht jedenfalls den Gläubigern Gelegenheit geben, sich zu der Frage der internationalen Zuständigkeit zu äußern. Zu beachten ist jedoch, dass die Anhörung aller Gläubiger zu lange dauern würde und zu umständlich wäre¹⁴⁵³.

Die Prüfung der internationalen Zuständigkeit von Amts wegen hat mehrere Vorteile. Zum einen ist das angerufene Gericht von vornherein gezwungen, sich mit seiner internationalen Zuständigkeit zu befassen. Dass diese Pflicht auch tatsächlich ausgeübt wird, bewirkt die Begründungspflicht in Art. 4 Abs. 1 S. 2 EuInsVO n. F., nach der die Eröffnungsentscheidung mit den wesentlichen Gründen für die Annahme der internationalen Zuständigkeit begründet werden muss. Die Prüfung von Amts wegen ist dabei auch kein Selbstzweck, sondern gewährleistet, dass bereits zu Verfah-

¹⁴⁴⁶ Reuß, S. 356.

¹⁴⁴⁷ BGH, Beschl. v. 01.12.2011 – IX ZB 232/10, ZIP 2012, 139 (140); BGH, Beschl. v. 19.07.2012 – IX ZB 6/12, ZIP 2012, 1615; AG Köln, Beschl. v. 19.01.2012 – 74 IN 108/10, ZVI 2012, 193 (196); AG Hamburg, Beschl. v. 09.05.2006 – 67c IN 122/06, ZIP 2006, 1105 (1106); Vallender, NJW 2012, 1633 (1634).

¹⁴⁴⁸ Reuß, S. 356 f.

¹⁴⁴⁹ Thole, ZIP 2013, 550 (552).

¹⁴⁵⁰ COM(2012) 744 final unter 3.1.2.

¹⁴⁵¹ Thole, in: Kirchhof (Hrsg.), MünchKomm-InsO, Bd. 4, 3. Aufl. 2016, Art. 4 VO (EG) 2015/848 Rn. 2.

¹⁴⁵² Reuß, S. 357.

¹⁴⁵³ Reuß, S. 357.

rensbeginn Verdachtsfälle entdeckt und aufgeklärt werden, ohne dass dies in Rechtsbehelfsverfahren nachträglich geschehen müsste. Mit einer entsprechend genauen Prüfung verringern sich die Möglichkeiten der Antragsteller, ein Verfahren bei einem international unzuständigen Gericht in Gang zu bringen. Darüber hinaus ist die Prüfung von Amts wegen eine Grundlage dafür, dass die zur Anerkennung berufenen Gerichte eine Eröffnungsentscheidung gem. Art. 19 EuInsVO n. F. tatsächlich anerkennen, weil sie der Entscheidung des eröffnenden Gerichts tatsächlich vertrauen können¹⁴⁵⁴ – ganz im Sinne des in Erwägungsgrund 65 S. 3 genannten Grundsatzes des gegenseitigen Vertrauens.

Die ausdrückliche Pflicht zur Prüfung der Voraussetzungen der internationalen Zuständigkeit von Amts wegen ist ebenso wie die Pflicht zur Begründung der Entscheidung zu begrüßen.

(5) Kontrolle der Eröffnungsentscheidung durch Rechtsbehelf

Selbst wenn die Gläubiger vor Eröffnung des Verfahrens angehört werden sollten, ist damit noch nicht gewährleistet, dass nicht doch eine rechtlich fehlerhafte Eröffnungsentscheidung ergeht. Zur Einlegung eines Rechtsmittels hiergegen sind die Gläubiger jedoch nur befugt, wenn die *lex fori concursus* dies gestattet. Nur in seltenen Fällen besteht die Möglichkeit, ausschließlich die internationale Zuständigkeit zu rügen.

In Deutschland ist der Gläubiger gem. § 34 InsO gerade nicht dazu befugt, gegen einen Eröffnungsbeschluss Beschwerde einzureichen¹⁴⁵⁵. Er könnte also nicht rügen, dass die Verfahrenseröffnung durch ein deutsches Gericht mangels internationaler Zuständigkeit verfahrensfehlerhaft gewesen wäre. Gerade das ist aber der entscheidende Punkt für viele Gläubiger, da vom nationalen Insolvenzrecht ihre Befriedigungsaussichten massiv beeinflusst werden.

Dass nunmehr einheitlich ein Rechtsbehelf zur Überprüfung der internationalen Zuständigkeit eingeführt wird, wurde bereits im Zusammenhang mit der ersten Entwurfsfassung der Kommission vom 12.12.2012 begrüßt¹⁴⁵⁶.

Details zum konkreten Verfahren, wie Fristen, Anwaltszwang, Rechtsmittelzuständigkeit usw., sind in der EuInsVO n. F. nicht geregelt. Insoweit wird das Verfahrensrecht der *lex fori concursus* heranzuziehen sein¹⁴⁵⁷. Wenn aber auf nationales Recht rekuriert werden muss, führt dies angesichts der völlig unterschiedlichen verfahrensrechtlichen Ausgestaltung in den Mitgliedstaaten zu erheblicher Unsicherheit,

1454 Vgl. Thole, in: Kirchhof (Hrsg.), MünchKomm-InsO, Bd. 4, 3. Aufl. 2016, Art. 4 VO (EG) 2015/848 Rn. 4, der die Begründung auch als positive Anerkennungsvoraussetzung nach Art. 19 EuInsVO n. F. ansieht.

1455 BGH, Beschl. v. 21.02.2008 – IX ZB 96/07, BeckRS 2008, 04207.

1456 Vgl. z. B. Stellungnahme Nr. 14 der Bundesrechtsanwaltskammer vom Juli 2013, Registernummer 25412265365-88; Thole, ZIP 2013, 550 (552), und Prager/Keller, NZI 2013, 57 (59), zur Entwurfsfassung des Art. 3b EuInsVO-E.

1457 Wimmer, jurisPR-InsR 7/2015, Anm. 1.

bis hier durch Harmonisierung Abhilfe geschaffen wird¹⁴⁵⁸. Des Weiteren muss auch das nationale Recht entsprechend angepasst werden. Für Deutschland erfolgt dies mit Wirkung zum 26.06.2017 für Verfahren im Anwendungsbereich der Neufassung der EuInsVO in Art. 102c § 4 EGIInsO unter Verweis auf die Vorschriften der sofortigen Beschwerde nach den §§ 574 ff. ZPO.

(6) Missbrauchsvorbehalt der EuInsVO

Erstmals nimmt die EuInsVO ausdrücklich nicht nur zum *forum shopping* allgemein, sondern in den Erwägungsgründen 29 und 30 auch ausdrücklich zu betrügerischem und missbräuchlichem *forum shopping* Stellung.

(a) Der Missbrauchsvorbehalt in den Erwägungsgründen

Erwägungsgrund 5 lautet:

„(5) Im Interesse eines ordnungsgemäßen Funktionierens des Binnenmarkts muss verhindert werden, dass es für Beteiligte vorteilhafter ist, Vermögensgegenstände oder Gerichtsverfahren von einem Mitgliedstaat in einen anderen zu verlagern, um auf diese Weise eine günstigere Rechtsstellung zum Nachteil der Gesamtheit der Gläubiger zu erlangen (im Folgenden „Forum Shopping“).“

Die Erwägungsgründe 29 bis 32 lauten:

„(29) Diese Verordnung sollte eine Reihe von Schutzvorkehrungen enthalten, um betrügerisches oder missbräuchliches Forum Shopping zu verhindern.“

„(30) Folglich sollten die Annahmen, dass der Sitz, die Hauptniederlassung und der gewöhnliche Aufenthalt jeweils der Mittelpunkt des hauptsächlichen Interesses sind, widerlegbar sein, und das jeweilige Gericht eines Mitgliedstaats sollte sorgfältig prüfen, ob sich der Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen des Schuldners tatsächlich in diesem Mitgliedstaat befindet. Bei einer Gesellschaft sollte diese Vermutung widerlegt werden können, wenn sich die Hauptverwaltung der Gesellschaft in einem anderen Mitgliedstaat befindet als in dem Mitgliedstaat, in dem sich der Sitz der Gesellschaft befindet, und wenn eine Gesamtbetrachtung aller relevanten Faktoren die von Dritten überprüfbare Feststellung zulässt, dass sich der tatsächliche Mittelpunkt der Verwaltung und der Kontrolle der Gesellschaft sowie der Verwaltung ihrer Interessen in diesem anderen Mitgliedstaat befindet. Bei einer natürlichen Person, die keine selbständige gewerbliche oder freiberufliche Tätigkeit ausübt, sollte diese Vermutung widerlegt werden können, wenn sich z. B. der Großteil des Vermögens des Schuldners außerhalb des Mitgliedstaats des gewöhnlichen Aufenthalts des Schuldners befindet oder wenn festgestellt werden kann, dass der Hauptgrund für einen Umzug darin bestand, einen Insolvenzantrag im neuen Gerichtsstand zu stellen, und die Interessen der Gläubiger, die vor dem Umzug eine Rechtsbeziehung mit dem Schuldner eingegangen sind, durch einen solchen Insolvenzantrag wesentlich beeinträchtigt würden.“

„(31) Im Rahmen desselben Ziels der Verhinderung von betrügerischem oder missbräuchlichem Forum Shopping sollte die Vermutung, dass der Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen der Sitz, die Hauptniederlassung der natürlichen Person bzw. der gewöhnliche Aufent-

1458 Mock, GPR 2013, 156 (158); vgl. auch Fuchs, S. 494.

halt der natürlichen Person ist, nicht gelten, wenn — im Falle einer Gesellschaft, einer juristischen Person oder einer natürlichen Person, die eine selbständige gewerbliche oder freiberufliche Tätigkeit ausübt, — der Schuldner seinen Sitz oder seine Hauptniederlassung in einem Zeitraum von drei Monaten vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens in einen anderen Mitgliedstaat verlegt hat, oder — im Falle einer natürlichen Person, die keine selbständige gewerbliche oder freiberufliche Tätigkeit ausübt — wenn der Schuldner seinen gewöhnlichen Aufenthalt in einem Zeitraum von sechs Monaten vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens in einen anderen Mitgliedstaat verlegt hat.“

„(32) Das Gericht sollte in allen Fällen, in denen die Umstände des Falls Anlass zu Zweifeln an seiner Zuständigkeit geben, den Schuldner auffordern, zusätzliche Nachweise für seine Behauptung vorzulegen, und, wenn das für das Insolvenzverfahren geltende Recht dies erlaubt, den Gläubigern des Schuldners Gelegenheit geben, sich zur Frage der Zuständigkeit zu äußern.

In Erwägungsgrund 29 werden „betrügerische“ und „missbräuchliche“ Vorgehensweisen des Schuldners gleichermaßen missbilligt, ohne dass zwischen diesen Vorgehensweisen des Schuldners, zwischen Simulation (fehlerhafte Tatsachenfeststellung) und Rechtsmissbrauch (rechtliche Bewertung von Tatsachen), differenziert wird. Zentrale Bedeutung für die Fälle des Restschuldbefreiungstourismus im Anwendungsbereich der EuInsVO n. F. wird Erwägungsgrund 30 S. 3 erlangt. Die genannten Kriterien des Verordnungsgebers entsprechen letztlich dem, was bisher bereits in Literatur und Rechtsprechung als denkbare Kriterien vorgebracht wurde¹⁴⁵⁹.

In den unmittelbar verbindlichen Regelungen der EuInsVO n. F. haben die in Erwägungsgrund 30 S. 3 genannten Kriterien allerdings keinen Niederschlag gefunden. Sie werden vielmehr bei der Auslegung von Art. 3 EuInsVO n. F. als Zielsetzungen des Verordnungsgebers Berücksichtigung finden müssen. Dass über die Reichweite und Wirkungen dieser Zielsetzungen Streit entstehen wird, ist absehbar, insbesondere weil die Kriterien nicht einmal abschließend aufgezählt sind („z. B.“) und daher der Rechtsentwicklung in der Rechtsanwendungspraxis letztlich ein freier Spielraum gegeben wird.

Im Einzelnen:

(b) Anhörung der Gläubiger in Zweifelsfällen

Im Rahmen des Eröffnungsverfahrens sollen bei Zweifeln die Gläubiger gehört werden, Erwägungsgrund 32. Dies ist sinnvoll, da die Gläubiger unter Umständen zahlreiche Informationen beisteuern können, die eine Eröffnung des Insolvenzverfahrens am falschen COMI von vornherein verhindern und die Inanspruchnahme des Rechtsmittels des Art. 5 EuInsVO n. F. auf Ausnahmefälle beschränken und so die Justiz entlasten.

¹⁴⁵⁹ Vgl. schon C.IV.3.

(c) Der gewöhnliche Aufenthalt und die Belegenheit von Vermögen

Erwägungsgrund 30 S. 3 sieht auch vor, dass bei einem Auseinanderfallen von gewöhnlichem Aufenthalt und der Belegenheit von wesentlichen Vermögensgegenständen das COMI abweichend vom gewöhnlichen Aufenthalt bestimmt werden kann.

Ist Vermögen des Schuldners in einem anderen Mitgliedstaat belegen, wird vor allem zu prüfen sein, ob das COMI tatsächlich an dem Ort des behaupteten gewöhnlichen Aufenthalts liegt oder ob es sich um eine Simulation handelt. So lässt bspw. das vom Schuldner bewohnte Haus im Eigentum des Schuldners im Mitgliedstaat A vermuten, dass der Schuldner sich nicht im Mitgliedstaat B befindet. Es geht also primär um die Aufdeckung von Simulationen des Schuldners. Aber auch für die Vermögensbelegenheit des Schuldners in einem anderen Mitgliedstaat werden sich plausible Gründe finden. So muss bspw. ein Wohnhaus erst noch verkauft werden. Oder aber das Wohnhaus ist vermietet, der Schuldner übt seine Vermietertätigkeit über die Grenzen hinweg aus.

Auch wenn den Gerichten die bloße Belegenheit von wesentlichem Vermögen genügen sollte, so wird der Schuldner im Zweifel derartige Gegenstände entweder mitnehmen, soweit diese beweglich sind, oder verwerten und den erlangten Erlös mit an sein neues COMI nehmen. Die Verwertung des Vermögens kann er damit begründen, dass er sein COMI verlagern will und zur Erfüllung seines Lebensbedarfs am neuen COMI und zur Befriedigung der Gläubiger liquide Mittel benötigt¹⁴⁶⁰.

Die Frage nach der Belegenheit von Vermögen wird daher in aller Regel bei gut vorbereiteten Schuldnern keine abweichende Zuordnung des COMI bewirken, zumal als Rechtsfolge lediglich die Vermutung des Art. 3 Abs. 1 EuInsVO n. F. nicht gilt. Gilt die Vermutung aber nicht, dann wird das COMI nach den allgemeingültigen Kriterien festgestellt¹⁴⁶¹, sodass der tatsächliche Aufenthalt des Schuldners nach wie vor eine große Rolle spielt und sich die Beurteilung des COMI im Einzelfall letztlich nicht ändert.

(d) Der „Hauptgrund für einen Umzug“ als subjektives Merkmal

Die in Erwägungsgrund 30 S. 3 angesprochenen Kriterien zur Feststellung eines „Missbrauchs“ sehen auch vor, dass das Ziel der Erreichung einer Entschuldung der „Hauptgrund für einen Umzug“ darstellen soll. Darüber hinaus scheint der Verordnungsgeber auch in Art. 90 Abs. 4 EuInsVO n. F. von der Möglichkeit eines „absichtlichen“ Missbrauchs der Möglichkeiten der EuInsVO auszugehen, da die Kommission eine Studie vorlegen soll über die „Wahl des Gerichtsstands in missbräuchlicher Absicht“.

1460 Hieraus werden sich noch zahlreiche tatsächliche und rechtliche Folgefragen, wie die Anfechtung der Veräußerung und die Prüfung des Verbleibs von leicht umsetzbaren Vermögensgegenständen oder Kontoguthaben, unter dem Gesichtspunkt des Bankrottstrafrechts ergeben (vgl. z. B. § 283 Abs. 1 Nr. 1 StGB).

1461 Wimmer, jurisPR-InsR 7/2015, Anm. 1.

Wie bereits oben gezeigt, ist das Abstellen auf subjektive Merkmale wie das „Hauptmotiv“ des Schuldners einer rechtssicheren Beurteilung der internationalen Zuständigkeit nicht förderlich¹⁴⁶². Denn der Schuldner, der eine Restschuldbefreiung anstrebt und sich zu den rechtlichen Voraussetzungen beraten lässt, wird sich auf die Frage nach dem „Hauptgrund“ oder einem etwaigen „Motivbündel“ entsprechend vorbereiten und weitere Motive für seinen Umzug nennen können. Daher wird auch die Anforderung weiterer Nachweise des Schuldners durch das Gericht in Zweifelsfällen (vgl. Erwägungsgrund 32) keinen Gewinn an Entscheidungssicherheit bringen. Denn solche „Nachweise“ (z. B. Arbeitsvertrag, Businessplan usw.) wird der vorbereitete Schuldner erbringen können, während für rein subjektive Wertvorstellungen, die dem Umzug zugrunde liegen kein objektivierbarer Nachweis möglich sein wird.

Selbst der BGH hat bereits verschiedene „zulässige“ Gründe für einen Umzug genannt: Steuer- und Sozialversicherung oder auch schlicht die Lebenshaltungskosten¹⁴⁶³. Es kommt also in der Praxis bspw. darauf an, ob das Gericht dem Schuldner glaubt, wenn dieser angibt, er sei wegen der Lebenshaltungskosten oder gar wegen der Lebensqualität nach England umgezogen. Die Entscheidung des Gerichts wird dann möglicherweise davon abhängen, wie der Richter die Lebenshaltungskosten, das Sozialversicherungssystem und die Lebensqualität in seinem eigenen Gerichtsbezirk beurteilt und ob daher die Einlassung des Schuldners von ihm als anerkennenswertes Motiv angesehen wird. Ein für die Beteiligten vorhersehbares Ergebnis ist damit nicht verbunden.

Die Überprüfung von subjektiven Motiven (und damit verbundenen Wertordnungen) ist nämlich kaum nachvollziehbar und eröffnet erhebliche Beurteilungsspielräume¹⁴⁶⁴. Letztlich werden die objektiven Kriterien des COMI mit einer subjektiven Bewertung der Gründe für die Verlegung aufgeweicht¹⁴⁶⁵. Hinzu kommt, dass der Schuldner sich nur entsprechend vorbereiten und einlassen muss, um die Restschuldbefreiung als „Hauptmotiv für einen Umzug“ in den Hintergrund treten zu lassen¹⁴⁶⁶.

Vorhersehbare und rechtssichere Ergebnisse für die Entscheidung über die internationale Zuständigkeit sind aufgrund der subjektiven Prägung nicht zu erwarten.

(e) Die „wesentliche Beeinträchtigung“ der Interessen der Gläubiger

Kumulativ zu dem „Hauptmotiv für den Umzug“ – bzw. je nach Interpretation des Satzbaus von Erwägungsgrund 30 S. 3 – müssen auch „die Interessen der Gläubiger,

1462 C.IV.3.b.bb.

1463 BGH, Beschl. v. 18.09.2001 – IX ZB 51/00, NJW 2002, 960 (961).

1464 Beck, ZVI 2013, 250 (252), zum Entwurf der Kommission, siehe auch schon oben C.IV.3.b.bb.

1465 So schon vor der Reform Christofaro, in: Gottwald/Huber (Hrsg.), Europ. InsR., 2008, S. 39 (61). Diese „Subjektivierung“ des COMI birgt des Weiteren die Gefahr, dass die zur Entscheidung berufenen Gerichte Schutz der eigenen nationalen Interessen (insbesondere der Gläubiger) abzielen (Christofaro, in: Gottwald/Huber (Hrsg.), Europ. InsR., 2008, S. 39 (61)).

1466 Beck, ZVI 2013, 250 (252 Fn. 14); siehe auch schon oben C.IV.3.b.bb.

die vor dem Umzug eine Rechtsbeziehung mit dem Schuldner eingegangen sind, durch einen solchen Insolvenzantrag wesentlich beeinträchtigt“ werden.

Worin die „wesentliche Beeinträchtigung“ bestehen soll, wird nicht erläutert¹⁴⁶⁷. Auf den ersten Blick wäre eine (wesentlich) kürzere Restschuldbefreiungsphase relevant, da der Schuldner dann weniger für die Befriedigung seiner Gläubiger tun müsste. Wie oben jedoch gezeigt, wäre eine Bezugnahme nur auf diese Faktoren nicht ausreichend. Denn es gibt in jeder Rechtsordnung Maßnahmen, die Masse durch Insolvenzanfechtung und Abschöpfung neu erworbenen Vermögens zu mehren. Auch all diese Möglichkeiten müssten einbezogen werden, um beurteilen zu können, ob eine vergleichsweise Schlechterstellung der Schuldner vorliegt.

Auch ist fraglich, ob konkrete wirtschaftliche Faktoren und nicht nur gesetzliche Regelungen zu betrachten wären. Denn die Erwerbsobliegenheit eines deutschen Schuldners nach § 295 Abs. 1 Nr. 1 InsO würde zwar möglicherweise während der regulär sechsjährigen Wohlverhaltensperiode normativ zu einer größeren Befriedigungsquote beitragen, aber ohne Anstellung in Deutschland wird der Schuldner faktisch überhaupt keine Quote erwirtschaften können. Demgegenüber kann eine *Income Payments Order* nach s. 310 IA 1986, die auf drei Jahre erstreckt wird, eine größere Befriedigung ermöglichen, wenn der Schuldner in England eine seiner Qualifikation angemessene Beschäftigung ausübt.

Die Einbeziehung derartiger Faktoren führt zwar theoretisch zu gerechteren Ergebnissen, weil auf die „tatsächliche“ Beeinträchtigung der Gläubigerinteressen abzustellen ist. Das Insolvenzgericht müsste jedoch neben einem (umfassenden) Rechtsvergleich auf unklarer Tatsachenbasis eine Prognose zum wirtschaftlichen Verfahrensergebnis nach dem eigenen und einer völlig fremden Rechtsordnung anstellen. Das Gericht wäre damit letztlich gehalten, über das Verfahrensergebnis zu spekulieren. Die damit verbundenen Unsicherheiten und der Verlust an Rechtssicherheit und Planbarkeit liegen auf der Hand.

(f) Beschränkung des „Missbrauchsvorbehalts“ auf Verbraucher

Erwägungsgrund 30 S. 3 spricht nur von einer „natürlichen Person, die keine selbstständige gewerbliche oder freiberufliche Tätigkeit ausübt“. Der Ordnungsgeber hat daher ausschließlich Verbraucher in den Blick genommen, nicht jedoch Selbstständige.

Um vom Wortlaut des Erwägungsgrundes 30 S. 3 nicht erfasst zu werden, könnten Schuldner sich als „Entrepreneure“ betätigen und versuchen, durch selbstständige Tätigkeit im Ausland ihr COMI zu verlagern. Damit könnten sie argumentieren, sie würden von vornherein nicht von dem „Missbrauchsvorbehalt“ des Art. 30 S. 3 EuInsVO erfasst. Darüber hinaus kommt den selbstständigen Schuldnern eine Verkürzung der *période suspecte* von sechs auf drei Monate zugute.

¹⁴⁶⁷ Kritisch auch Wimmer, jurisPR-InsR 7/2015, Anm. 1, der die Kombination der feststellbaren Kriterien mit dem Kriterium der Gläubigerbenachteiligung als „verwunderlich“ ansieht.

Obendrein müssten sie möglicherweise angesichts der Anknüpfung des Art. 3 EuInsVO n. F. an den Ort der Hauptniederlassung nicht einmal tatsächlich ihren Wohnort, sondern „nur“ ihre Hauptniederlassung in einem anderen Mitgliedstaat begründen. Bei einem Wohnort in Grenznähe oder Tätigkeiten, die der Schuldner in seinem Home Office erledigen kann (z. B. IT-Dienstleistungen, Erstellung von Rechtsgutachten, Übersetzungsdienste), sind zahlreiche Gestaltungen durch den Schuldner denkbar.

Dies sind erhebliche Anreize für Schuldner, sich selbstständig zu machen, um mit einer möglichst kurzen „Vorlaufzeit“ von drei Monaten einen Insolvenzantrag in dem Mitgliedstaat stellen zu können, in dem sich ihre Hauptniederlassung befindet.

In Zukunft werden sich die Gerichte daher häufiger mit Fällen beschäftigen müssen, in denen selbstständig tätige Schuldner die Eröffnung des Insolvenzverfahrens beantragen. Dabei wird aber insbesondere zu prüfen sein, ob die Schuldner tatsächlich selbstständig tätig sind, ob ein Fall der abhängigen Beschäftigung in Form der „Scheinselbstständigkeit“ oder schlicht ein Fall der Simulation einer selbstständigen Tätigkeit vorliegt.

Die Rechtssicherheit wird die Beschränkung in Erwägungsgrund 30 S. 3 auf eine „natürlichen Person, die keine selbstständige gewerbliche oder freiberufliche Tätigkeit ausübt“, nicht fördern, sondern mit der Differenzierung zwischen Verbrauchern und Selbstständigen ein neues Feld für Rechtsgestaltung und *forum shopping* gerade eröffnen.

(g) Fehlende zeitliche Beschränkung der „Missbrauchskontrolle“

Erwägungsgrund 30 S. 3 setzt für die Überprüfung der Verlagerung des COMI im Hinblick auf einen etwaigen Rechtsmissbrauch keine zeitliche Grenze. Dies hat zur Folge, dass das Gericht auch in Fällen, in denen die Verlagerung des COMI geraume Zeit vor Stellung des Insolvenzantrags erfolgte, die Verlagerung in Zweifel ziehen muss.

Ausgehend von der Zielsetzung des Verordnungsgebers, die Vermutungswirkung des Art. 3 Abs. 1 EuInsVO n. F. nach Ablauf der jeweiligen Frist zu widerlegen, kann diese Wirkung erst eintreten, wenn die Gerichte noch nach Ablauf der drei bzw. sechs Monate die Verlagerung des COMI noch auf einen Missbrauch hin überprüfen. Die Möglichkeit der Widerlegung des COMI muss daher auch noch über lange Zeit möglich sein. Dies ergibt sich auch letztlich aus der Bedeutung der Vermutung: Sie ist widerlegbar. Die Beweislast für die Widerlegung trifft denjenigen, der behauptet, das COMI sei nicht am Ort der Hauptniederlassung bzw. des gewöhnlichen Aufenthalts belegen. Und diese Widerlegung wird ihm im Laufe der Zeit immer schwerer fallen.

Wenn der Schuldner das COMI über lange Zeit bereits in diesem Mitgliedstaat hat, wird er regelmäßig zahlreiche private und berufliche Gründe darlegen und mit zahlreichen Nachweisen belegen können, die gegen einen Umzug aus dem „Hauptgrund“ der Restschuldbefreiung sprechen. Die Neugläubiger werden auf den neuen COMI bereits lange vertraut haben, und die Altgläubiger konnten sich im Laufe der

Zeit auf die erfolgte Verlagerung des COMI einstellen und entsprechend reagieren. Etwas Vermögen am alten COMI wird möglicherweise verwertet sein oder in einer Art genutzt werden, die es ausschließt, dass der Schuldner tatsächlich sein COMI noch im ursprünglichen Mitgliedstaat hat.

Die zunächst fehlende Sicherheit für den Schuldner wegen der fehlenden Befristung der „Missbrauchskontrolle“ im Sinne des Erwägungsgrundes 30 S. 3 wird sich daher in der Praxis durch Zeitablauf ergeben und bildet letztlich nur das stets vorhandene Risiko einer Vermutung ab: Sie kann widerlegt werden. Dieses Risiko muss der Schuldner tragen.

(h) Fazit

Die in Erwägungsgrund 30 S. 3 Var. 1 angesprochene Belegenheit von Vermögen ist letztlich nur eines von zahlreichen Kriterien zur Feststellung des COMI eines Schuldners und bringt daher nichts wesentlich Neues¹⁴⁶⁸.

Für Konfliktstoff wird hingegen Erwägungsgrund 30 S. 3 Var. 2 sorgen, der zur Folge hat, dass das Gericht über praktisch kaum objektiv nachprüfbare individuelle Motive und gleichzeitig über eine Beeinträchtigung der Interessen der Gläubiger zu entscheiden hat. Die Würdigung der in Erwägungsgrund 30 S. 3 ausgesprochenen Kriterien für einen Rechtsmissbrauch sind folglich alles anders als klar, sodass angesichts der unglücklichen Formulierung die Vorhersehbarkeit einer Entscheidung über die internationale Zuständigkeit nicht gewährleistet ist. Hinzu kommt, dass das Gericht innerhalb relativ kurzer Zeit hierüber entscheiden müsste – und zwar zu einem Zeitpunkt, zu dem es über die notwendigen Informationen (noch) nicht verfügt¹⁴⁶⁹.

Rechtsstreitigkeiten um einen angeblichen Rechtsmissbrauch und Unsicherheiten in der praktischen Handhabung durch die Gerichte sind zu erwarten. Hierdurch wird die Rechtssicherheit – zumindest bis der EuGH sich in einem Vorlageverfahren dazu unter Benennung klarer Kriterien geäußert hat – erheblich leiden. Die „Vorhersehbarkeit“ der anwendbaren Rechtsordnung ist nicht gewährleistet.

Daher ist es aus Gründen der Rechtssicherheit notwendig und nach wie vor die sinnvollste Lösung, die Harmonisierung der nationalen Insolvenzrechte voranzutreiben, um dem „unerwünschten“ und „missbräuchlichen“ *forum shopping* von vornherein den zentralen Anreiz zu nehmen: die im Vergleich zur eigenen Rechtsordnung (vermeintlich) günstigeren Regelungen zur Erlangung einer Restschuldbefreiung in einem anderen Mitgliedstaat¹⁴⁷⁰.

1468 C.II.3.b.cc.

1469 Reinhard, NZI 2012, 304 (306), weist daher zu Recht darauf hin, dass Regelungen zum *forum shopping* und zu einem etwaigen Rechtsmissbrauch nicht in rechtssicherer Weise getroffen werden können. Vielmehr soll zwischen der (zulässigen) Ausnutzung von Rechtsunterschieden und (unzulässigen) Simulationen unterschieden werden.

1470 Dazu mehr unter F.II. Vgl. auch Wessels, IILR 2014, 310 (322).

bb. Verfahrensrechtliche Verbesserungen

(1) Publizität des Verfahrens

Durch die Neufassung der EuInsVO sollen die bisher bestehenden Informationsdefizite wegen mangelnder Information über Insolvenzverfahren beseitigt werden. Dies dient nach Erwägungsgrund 76 u. a. der besseren Information der Gläubiger und der Gerichte, um die Eröffnung paralleler Verfahren zu vermeiden¹⁴⁷¹.

Neben der Publikation des Insolvenzverfahrens sollen nach Art. 24 Abs. 4 i. V. m. Art. 54 EuInsVO n. F. in bestimmten Fällen die Gläubiger direkt durch das Gericht bzw. den Verwalter informiert werden, wenn und weil die *lex fori concursus* die Veröffentlichung des Verfahrens bei Verbrauchern nicht vorsieht.

Die jeweiligen nationalen Insolvenzregister sollen auf Basis der in Art. 25 ff. EuInsVO n. F. geregelten Grundlagen vernetzt und finanziert werden.

Der Bedarf an europaweit verfügbaren Informationen zum Schutz der Gläubiger und zur Verhinderung von Kompetenzkonflikten kollidiert freilich mit den Interessen des Schuldners am Schutz seiner Daten vor einem unbeschränkten Zugriff¹⁴⁷². Aber auch hier schafft die EuInsVO einen Ausgleich. Sie ermöglicht es den Mitgliedstaaten, die Daten von Schuldern, die nicht selbstständig tätig sind, von der Erfassung in den zentralen Insolvenzregistern auszunehmen oder jedenfalls von weiteren Suchkriterien abhängig zu machen (Art. 24 Abs. 4 EuInsVO n. F.). Zum Ausgleich sollen Gläubiger direkt durch das Gericht individuell informiert werden. Die Rechte derjenigen Gläubiger, die nicht informiert wurden, sollen durch die Verfahren nicht berührt werden, Erwägungsgrund 80.

(2) Eröffnung und Anerkennung des Verfahrens

Klarer gefasst werden auch Regelungen zur Eröffnung und anschließenden Anerkennung des Insolvenzverfahrens.

Der „Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung“ wird in Art. 2 Nr. 8 als Zeitpunkt definiert, „zu dem die Entscheidung zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens wirksam wird, unabhängig davon, ob die Entscheidung endgültig ist oder nicht“. Art. 2 Nr. 7 ii) EuInsVO n. F. definiert als „Entscheidung zur Eröffnung eines Insolvenzverfahrens“ ausdrücklich „die Entscheidung eines Gerichts zur Bestellung eines Verwalters“. Dies hat zur Folge, dass eine anzuerkennende Eröffnungsentscheidung gem.

1471 Commission Staff Working Document – Impact Assessment – Accompanying the document Revision of Regulation (EC) No 1346/2000 on insolvency proceedings, SWD(2012) 416 final, 3.4.3. So schon zuvor Moss/Paulus, *Insolv. Int.* 2006, 1 (4); Fletcher, *Insolv. Int.* 2007, 60 (62); Ehrlicke, ZIP 2007, 2395 (2398); Schmittmann/Hesselmann, *ZInsO* 2008, 957 (962); Fritze, *jurisPR-InsR* 25/2009, Anm. 6; Nunner-Krautgasser, in: Clavara/Garber (Hrsg.), 2011, S. 31 (39); Frieze, *Insolv. Int.* 2010, 93 (94); Reuß, S. 361; Thole, ZIP 2013, 550 (556).

1472 Zur Entwurfsfassung schon Thole, ZIP 2013, 550 (556), der sich für Differenzierungen in Bezug auf den Umfang der Publikation bezieht.

Art. 19 Abs. 1 EuInsVO n. F. (Art. 16 Abs. 1 EuInsVO a. F.) nunmehr ausdrücklich vorliegt, wenn das Gericht einen Verwalter bestellt. Wer „Verwalter“ ist, definiert Art. 2 lit. 5 EuInsVO n. F. unter Nennung von fünf Kriterien und unter Verweis auf den Anhang B: „Die in Unterabsatz 1 genannten Personen und Stellen sind in Anhang B aufgeführt“. Dabei soll als Verwalter auch gelten, wer „auch vorläufig“ diese Aufgaben (Prüfung der Forderungsanmeldungen, Vertretung der Gesamtinteressen der Gläubiger, Verwaltung der Insolvenzmasse und deren Verwertung, Überwachung der Geschäftstätigkeit des Schuldners) wahrnimmt. Diese Kriterien sind nicht kumulativ, sondern alternativ, was sich aus der Formulierung „oder“ ergibt. Hätte er verbindlich den Kreis der Verwalter festlegen sollen, hätte es nahegelegen, als Verwalter die in Anhang B genannten Personen zu definieren. Der einzelnen Kriterien hätte es dann nicht bedurft. Angesichts der fünf Kriterien, die auch nicht kumulativ vorliegen müssen, wird es aber in der Praxis zu keinen großen Differenzen kommen, sodass sich die Gerichte im Anerkennungsfall an den in Anhang B genannten Ämterbezeichnungen orientieren können.

Mit der Neuregelung ist auch geklärt, dass die vorläufige Eröffnung des Insolvenzverfahrens mit Bestellung eines „schwachen“ Insolvenzverwalter bereits eine anerkennungsfähige und -pflichtige Eröffnungsentscheidung des Insolvenzgerichts darstellt. Zum einen unterscheidet Anhang B nicht zwischen dem „starken“ und dem „schwachen“ vorläufigen Insolvenzverwalter. Aufgeführt ist nur der „vorläufige Insolvenzverwalter“. Des Weiteren genügt nach Art. 2 Nr. 5 v) die vorläufige Überwachung des Schuldners für die Tätigkeit als Verwalter im Sinne der EuInsVO n. F.

Liegt mit Erlass der Entscheidung über die vorläufige Eröffnung des Insolvenzverfahrens eine anerkennungsfähige Entscheidung vor, so ist diese nach Art. 19 Abs. 1 EuInsVO n. F. anzuerkennen. In Kenntnis der Diskussion um die Frage, ob nur die durch „ein nach Art. 3 EuInsVO zuständiges Gericht“ eröffneten Verfahren anzuerkennen sind¹⁴⁷³, hat sich der Verordnungsgeber für die Beibehaltung des bereits in Art. 16 EuInsVO a. F. kritisierten Wortlauts entschlossen. Dementsprechend wird die Kritik an der Reform in diesem Bereich vermutlich weiterhin vehement geäußert werden. Diese Kritik ist jedoch nach wie vor unberechtigt. Der Verordnungsgeber hat in Erwägungsgrund 65 ausdrücklich betont, dass die zur Anerkennung verpflichteten Mitgliedstaaten „die Entscheidung dieses Gerichts keiner Überprüfung unterziehen dürfen“. Damit hat der Verordnungsgeber klargestellt, dass er eine revision au fond ablehnt.

Im selben Erwägungsgrund ist zugleich die Grundlage für die Lösung positiver Kompetenzkonflikte gelegt. Zum einen betont der Verordnungsgeber den Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens. Zum anderen soll „die Entscheidung des zuerst eröffnenden Gerichts [...] in den anderen Mitgliedstaaten anerkannt werden“, womit das Prioritätsprinzip seine Erwähnung findet. Bedauerlicherweise gibt es keine ausdrückliche Regelung hierzu, etwa in Art. 19 EuInsVO n. F. Erforderlich ist dies aber angesichts des Zusammenwirkens der Vorschriften des Art. 2 Nr. 5, 7 und 8 sowie Art. 19 EuInsVO n. F. nicht: Die vorläufige Eröffnung eines Insolvenzverfahrens stellt

¹⁴⁷³ Vgl. oben D.I.3.

eine Eröffnung des Verfahrens im Sinne des Art. 19 EuInsVO n. F. dar und bewirkt die Sperrwirkung für andere Verfahren, weil es nach wie vor nur ein COMI geben kann.

Die einzige Ausnahme von der Anerkennungspflicht bildet erneut der Vorbehalt des *ordre public*, Art. 33 EuInsVO n. F. Dieses gravierende Anerkennungshindernis soll aber nach dem Willen des Verordnungsgebers auf das „unbedingt notwendige Maß“ beschränkt werden. Dies wiederum entspricht der schon bisher ganz herrschend vertretenen Interpretation des Art. 26 EuInsVO a. F.¹⁴⁷⁴

(3) Regelungen zur Kooperation und Koordination des Verfahrens

Die EuInsVO n. F. enthält nunmehr auch Regelungen, die eine Kooperation und Koordination des Verfahrens beinhalten. Diese Regelungen sind sinnvoll und ermöglichen, es den Gerichten und Verwaltern, zahlreiche kosten- und zeitaufwendige Probleme zu vermeiden¹⁴⁷⁵.

Schon früher hat der High Court of Justice die Kooperation zur Koordination von Haupt- und Sekundärinsolvenzverfahren dadurch versucht, dass er die zur Eröffnung von potenziellen Sekundärverfahren zuständigen Gerichte gebeten hat, dem Verwalter des Hauptverfahrens Gelegenheit zur Stellungnahme einzuräumen¹⁴⁷⁶. Diese Möglichkeit ist dazu geeignet, gegenseitiges Vertrauen tatsächlich zu steigern und (Kompetenz-)Konflikte von vornherein zu vermeiden. Derartige Versuche, etwaige Kompetenzfragen einverständlich und auf „kurzem Dienstweg“ zu lösen, wurden schon ohne ausdrückliche Regelung hierzu begrüßt¹⁴⁷⁷ und eine Regelung der Kooperationspflicht wurde schon früh gefordert¹⁴⁷⁸.

Erwägungsgrund 48 spricht davon, dass in Haupt- und Sekundärverfahren „die beteiligten Akteure ordnungsgemäß zusammenarbeiten“ und sich „wechselseitig ausreichend informieren“. Nach Erwägungsgrund 49 sollen Verwalter und Gerichte Vereinbarungen schließen und Verständigungen herbeiführen, um die Verfahrensgestaltung zu koordinieren. Auch die Gerichte sollen durch Koordinierung der Verwalterbestellung zusammenarbeiten, Erwägungsgrund 50. Detaillierte Zielvorstellungen für Gruppeninsolvenzen finden sich in den daran anschließenden Erwägungsgründen.

In Art. 41 bis 43 EuInsVO n. F. wird nunmehr die Zusammenarbeit und Kommunikation von Verwaltern und Gerichten im Rahmen von Haupt-, Sekundär- und Partikularinsolvenzverfahren geregelt. Ziel dieser Regelungen ist die Vereinfachung der

1474 D.IV.2.a.

1475 Wimmer, jurisPR-InsR 7/2015, Anm. 1; siehe zur EuInsVO a. F. schon Vallender, KTS 2008, 59 (71 ff.); Wessels, in: Parry (Hrsg.), The reform of international insolvency rules at European and national level, 2011, S. 125 (132 f.).

1476 High Court of Justice London, Beschl. v. 11.02.2009 – [2009] EWHC 206 (Ch), ZIP 2009, 578 m. Anm. Mankowski, NZI 2009, 451, Paulus, EWiR 2009, 177.

1477 Moss/Paulus, Insolv. Int. 2006, 1 (4); Busch/Remmert/Rüntz u. a., NZI 2010, 417; zustimmend auch Reuß, S. 358; Bufford, IILR 2012, 341 (353 ff.).

1478 Ehricke, ZIP 2007, 2395 (2402); Ehricke, in: Gottwald/Huber (Hrsg.), Europ. InsR., 2008, S. 127 (167); Vallender, KTS 2008, 59; Vallender, IILR 2011, 309 (312).

Verfahrensabwicklung. Deswegen stellt der Ordnungsgeber die Vorgehensweise zur Koordination grundsätzlich den Beteiligten frei, Art. 42 Abs. 1 S. 2, Art. 42 Abs. 2, 43 Abs. 2 EuInsVO n. F. Es bieten sich bspw. Protokolle über die Zusammenarbeit zwischen den Beteiligten an¹⁴⁷⁹. Zu beachten haben die Beteiligten allerdings das für sie geltende Verfahrensrecht, das ihnen möglicherweise aus Gründen des Persönlichkeitsrechtsschutzes des Schuldners die Kommunikation untersagt oder jedenfalls beschränkt. Art. 42 Abs. 2 EuInsVO n. F. beschränkt die Kommunikation des Gerichts unter Bezugnahme auf die Vertraulichkeit der Information und die Wahrung der Verfahrensrechte der Verfahrensbeteiligten. Damit wird den Bedenken im Hinblick auf Datenschutzrecht¹⁴⁸⁰ hinreichend Rechnung getragen, da die lex fori jeweils Beschränkungen vorsehen kann.

(4) Erleichterte Teilnahme von Gläubigern am Insolvenzverfahren

Die Rechte der Gläubiger im laufenden Verfahren werden beträchtlich gestärkt, so dass sie nicht nur formal, sondern auch tatsächlich ihre Rechte im Verfahren geltend machen können. So sollen sie grundsätzlich über laufende Verfahren informiert werden (Erwägungsgründe 76, 77, 80).

Im Rahmen des Eröffnungsverfahrens sollen bei Zweifeln die Gläubiger gehört werden, Erwägungsgrund 32. Dies ist sinnvoll, da die Gläubiger unter Umständen zahlreiche Informationen beisteuern können, die eine Eröffnung des Insolvenzverfahrens am falschen COMI von vornherein verhindern und die Inanspruchnahme des Rechtsmittels des Art. 5 EuInsVO n. F. auf Ausnahmefälle beschränken und so die Justiz entlasten. Des Weiteren wird mit Art. 5 EuInsVO n. F. den Gläubigern ein neues Rechtsmittel an die Hand gegeben, um die internationale Zuständigkeit überprüfen zu lassen¹⁴⁸¹. Nach Art. 54 Abs. 1 EuInsVO n. F. unterrichtet das zuständige Gericht bzw. der Verwalter unverzüglich alle ausländischen Gläubiger. Darüber hinaus sollen Gläubiger individuell über das Insolvenzverfahren informiert werden, wenn der Mitgliedstaat der Verfahrenseröffnung die Daten über das Insolvenzverfahren des Schuldners gem. Erwägungsgrund 80 S. 1 nicht in das Insolvenzregister aufnimmt.

Diese Unterrichtung erfolgt durch ein Standardmitteilungsformular gem. Art. 54 Abs. 2 EuInsVO n. F. und enthält Angaben zu einzuhaltenden Fristen und Rechtsfolgen. Darüber hinaus wird ein Formular zur Forderungsanmeldung gem. Art. 55 Abs. 1 EuInsVO n. F. beigelegt. Die Standardisierung dieser Formulare wird

1479 Siehe dazu etwa die Darstellung der globalen Grundsätze für die Zusammenarbeit in grenzüberschreitenden Insolvenzen und der globalen Richtlinien für die gerichtliche Kommunikation, *Paulus*, RIW 2014, 194. Siehe auch *Wessels*, *Insolv. Int.* 2011, 65 (67); *Vallender*, KTS 2008, 59 (76 f.); *ausf. Bufford*, IILR 2012, 341 (349 ff.); *Busch/Remmert/Rüntz u. a.*, NZI 2010, 417 (418 ff.), zu verschiedenen Guidelines und ihrer Umsetzbarkeit in der deutschen Verfahrenswirklichkeit.

1480 *Ehrliche*, in: *Gottwald/Huber* (Hrsg.), *Europ. InsR.*, 2008, S. 127 (167); *Mankowski*, NZI 2009, 451 (451).

1481 Dazu schon F.I.3.a.aa(5).

wiederum gem. Art. 88 EuInsVO durch die Kommission unter Einhaltung des in Art. 89 Abs. 2 EuInsVO n. F. geregelten Verfahrens erfolgen.

Sowohl das Standardmitteilungsformular i. S. d. Art. 54 Abs. 2 EuInsVO n. F. wie auch das Formular zur Forderungsanmeldung i. S. d. Art. 55 Abs. 1 EuInsVO n. F. nehmen auf etwaige Sprachhindernisse Rücksicht und sind in allen Amtssprachen der Organe der Union überschrieben¹⁴⁸². Damit ist gewährleistet, dass der Gläubiger grundsätzlich erkennen kann, dass er von offizieller Stelle über ein Insolvenzverfahren informiert wird. Auch wenn er den Inhalt aufgrund der Amtssprache der *lex fori concursus* nicht versteht, kann er sich für die notwendigen weiteren Informationen sachkundigen Rat holen.

Welche Informationen die Anmeldung mittels des Standardformulars enthalten soll (z. B. Benennung der Forderung und ob ein Status als bevorrechtigter Gläubiger beansprucht wird), ist in Art. 55 Abs. 2 EuInsVO bereits detailliert geregelt. Die Anmeldung wird dem Gläubiger enorm erleichtert, weil er nach Art. 55 Abs. 5 S. 1 EuInsVO n. F. die Forderung in einer Amtssprache der Organe der Union anmelden kann. Allerdings kann das Gericht bzw. der Verwalter nach Art. 55 Abs. 5 S. 2 EuInsVO die Übersetzung in die anzuwendende Amtssprache verlangen. Der Gläubiger muss daher in der Regel doch mehr Aufwand betreiben. Ein wichtiger Vorteil der Forderungsanmeldung in der eigenen Sprache ergibt sich aber mittelbar aus Art. 55 Abs. 6 EuInsVO: Dem Gläubiger stehen mindestens 30 Tage ab Bekanntmachung der Eröffnung des Insolvenzverfahrens bzw. ab Unterrichtung des Gläubigers für die Forderungsanmeldung zur Verfügung¹⁴⁸³. Die Anmeldefrist wird sich leichter einhalten lassen, wenn die Forderungsanmeldung in der eigenen Sprache erfolgt. Die Folgen unvollständiger Anmeldungen sollen nach Erwägungsgrund 64 der *lex fori concursus* überlassen bleiben, wobei nach Art. 55 Abs. 7 EuInsVO n. F. dem Gläubiger Gelegenheit zu geben ist, etwaige Zweifel an einer angemeldeten Forderung zu beheben.

Soweit ein Gläubiger eine Information über das Insolvenzverfahren nicht erhalten hatte und er folglich am Verfahren nicht teilnahm, soll nach Erwägungsgrund 80 S. 2 die Forderung des Gläubigers durch das Verfahren nicht berührt werden. Diese Zielsetzung hat erkennbar den Schutz der unwissenden Gläubiger im Auge. Nach dem Wortlaut lässt sich dies sogar so weit interpretieren, dass die Forderung weder dem Grunde noch der Höhe nach durch das Insolvenzverfahren berührt wird – und insbesondere von einer Restschuldbefreiung nicht erfasst wird. Jedenfalls diese weitreichende Interpretation wird in der Praxis auf Umsetzungsprobleme stoßen. Denn die EuInsVO n. F. enthält keine ausdrückliche Regelung für diesen Fall. Der Schutz der Gläubiger muss daher auf Grundlage der *lex fori concursus* erfolgen. Allerdings kann ein Gläubiger bei Nichtanmeldung seine Forderung einbüßen (vgl. etwa § 301 Abs. 1 S. 2 InsO). Erwägungsgrund 80 S. 3 genügt aber nicht, um (zwingendes) nationales Recht der *lex fori concursus* unanwendbar zu machen, da die EuInsVO

1482 Befürwortend etwa *Prager/Keller*, NZI 2013, 57 (62), bereits zur Entwurfsfassung der EuInsVO.

1483 Die Mindestfrist Entwurfsfassung der EuInsVO begrüßt etwa *Prager/Keller*, NZI 2013, 57 (62). der EuInsVO

keine verbindliche Regelung enthält. Jedenfalls für deutsche Verfahren bieten die Schadenersatzansprüche gem. § 826 BGB bzw. 823 Abs. 2 BGB i. V. m. 263 StGB eine gewisse Handhabe – allerdings nur für die Höhe des tatsächlich entstehenden Schadens durch ein bewusstes Verschweigen des Gläubigers, sodass dieser am Verfahren nicht teilnehmen kann¹⁴⁸⁴. Abhilfe im Sinne des Ordnungsgebers wird hier nur die entsprechende Anpassung der Regelungen der nationalen Insolvenzrechte im Rahmen der fortschreitenden Harmonisierung schaffen¹⁴⁸⁵.

b. Bewertung der Reform als Ganzes

Die Reform der EuInsVO gibt dieser keine völlig neue Struktur, sondern setzt in weiten Teilen die Entwicklung der Rechtsprechung – insbesondere die des EuGH – um. Die seit Inkrafttreten der EuInsVO am 31.05.2002 entwickelten Kriterien werden umgesetzt und weiterentwickelt. Eine gänzliche neue Struktur der EuInsVO war nicht zu erwarten und wäre auch kontraproduktiv gewesen. Denn über die Jahre haben sich das Konzept des COMI als Anknüpfungspunkt für die internationale Zuständigkeit und die Bestimmung der *lex fori concursus* ebenso bewährt wie die automatische Anerkennung von Entscheidungen im Zusammenhang mit der Verfahrenseröffnung.

Die Änderungen sind daher insgesamt betrachtet sämtlich wünschenswert und zu begrüßen, da sie in weiten Teilen für die notwendige Rechtssicherheit sorgen.

Die Probleme des Restschuldbefreiungstourismus kann auch die Reform der EuInsVO nicht lösen. Nach wie vor besteht der Widerspruch zwischen der Missbilligung von *forum shopping* einerseits und der Möglichkeit der Verlagerung des COMI andererseits. Die Kommission hat keine deutliche Position bezogen, was genau unter missbilligtem *forum shopping* zu verstehen ist und wie es von einer berechtigten Wahrnehmung von Interessen zu unterscheiden wäre¹⁴⁸⁶.

Dass die EuInsVO keine unmittelbaren Regelungen zu einer Simulation enthält, lässt sich nachvollziehen. Denn in diesem Fall ist die internationale Zuständigkeit bei vollständiger Aufklärung aller Tatsachen eindeutig zuzuordnen: Das COMI hat sich nicht verändert.

Mit der Vermutungsregel im Zeitraum von drei bzw. sechs Monaten vor Stellung des Insolvenzantrags regelt Art. 3 Abs. 1 EuInsVO n. F. einen gelungenen Kompromiss zwischen dem Interesse des Schuldners, sein COMI verlegen zu können, und dem Interesse des Gläubigers, der bei kurzfristigen Verlagerungen des COMI in Zweifelsfällen auf das ihm zuvor bekannte COMI (noch) vertrauen kann. Aber auch unter Berücksichtigung der Vermutungsregelung bleibt ein *forum shopping* grundsätzlich möglich und der Schuldner kann beweisen, dass er innerhalb eines kürzeren Zeitraums sein COMI verlagert hat, auch wenn die Vermutung nicht für ihn streitet. Die-

1484 Dazu schon oben E.III.2.h. Hier treten dann verstärkt die Fragen nach dem anwendbaren Recht im Rahmen der Rom I-VO und der Rom II-VO auf.

1485 Siehe dazu sogleich F.II.

1486 Vgl. etwa *Mock*, GPR 2013, 156 (159).

se Regelung zeigt zugleich, dass *forum shopping* nicht per se abzulehnen ist, sondern gerade auch unter der EuInsVO n. F. nach wie vor möglich sein soll. Die Regelung der *période suspecte* zeigt im Gegenteil sogar, dass Verlagerungen des COMI, die länger zurückliegen als die in Art. 3 EuInsVO n. F. vorgesehenen drei bzw. sechs Monate, grundsätzlich anzuerkennen sind. Denn im Gegensatz zu Art. 3 Abs. 1 EuInsVO a. F. spricht nach Ablauf der jeweiligen Frist sogar eine Vermutung für das COMI am neuen Ort der Hauptniederlassung bzw. am gewöhnlichen Aufenthalt. Hält der Schuldner diese Vorgaben ein, kann ihm nicht der Vorwurf gemacht werden, er nehme die Möglichkeiten der EuInsVO nur missbräuchlich in Anspruch.

Allerdings wird Erwägungsgrund 30 S. 3 in absehbarer Zukunft für erhebliche Diskussionen und Konflikte bei der Feststellung des COMI sorgen, da der Verordnungsgeber hiermit keine verbindliche Regelung, sondern eine – nicht verbindliche – Zielvorgabe mit vielen unklaren Kriterien geschaffen hat.

Die Interessen der Gläubiger werden hinreichend dadurch geschützt, dass die Vermutung des Art. 3 Abs. 1 EuInsVO n. F. widerlegbar ist, also die Verlagerung des COMI nach wie vor angreifbar ist. Vor einer „oberflächlichen“ Prüfung und allzu schnellen Eröffnung eines Insolvenzverfahrens werden die Gläubiger durch die Pflicht zur Amtsermittlung und zur Begründung der Eröffnungsentscheidung gem. Art. 4 Abs. 1 EuInsVO n. F. geschützt. Des Weiteren können die Gläubiger selbst tätig werden und das Rechtsmittel gem. Art. 5 EuInsVO zur Prüfung der internationalen Zuständigkeit nutzen. Diese Änderungen sind notwendige Schritte, um den – auch hier bevorzugten – Schritt zur Beseitigung fehlerhafter Entscheidungen „an der Quelle“, nämlich im Staat der Verfahrenseröffnung, zu beseitigen. So muss weder der Vorbehalt des *ordre public* mit seinen Nebenfolgen bemüht noch riskiert werden, dass das Rechtsmittelrecht des Staates der Verfahrenseröffnung eine Rechtsmittelbefugnis des Gläubigers allein wegen der internationalen Zuständigkeit nicht kennt.

Es bleibt daher festzuhalten, dass die EuInsVO in ihrer neuen Fassung erneut bestätigt, dass ein Schuldner, der die Möglichkeiten der EuInsVO zur Erlangung einer Restschuldbefreiung ausschöpft und sein COMI nach den Vorgaben des Art. 3 EuInsVO n. F. verlagert, sich grundsätzlich keinem – begründeten – Vorwurf eines Rechtsmissbrauchs aussetzen wird.

4. Umsetzung der Reform der EuInsVO in nationales Recht

Der Gesetzgeber hat – wie bereits zur Erstfassung der EuInsVO – auch zur Neufassung der EuInsVO ein Durchführungsgesetz erlassen, das „Gesetz zur Durchführung der Verordnung (EU) 2015/848 über Insolvenzverfahren“ vom 05.06.2017 (BGBl. I 1476).

Gem. Art. 9 Abs. 1 tritt dieses Durchführungsgesetz am 26.06.2017 vorbehaltlich der Regelungen zum Konzerninsolvenzrecht in Kraft, also zum selben Zeitpunkt wie die Neufassung der EuInsVO. Damit ist der Gleichlauf der Vorschriften gewährleistet. Neben zahlreichen Änderungen in Nebengesetzen ist v.a. die Ergänzung der EGInsO

von zentraler Bedeutung. Diese erhält mit Art. 102c EGIInsO eine Übergangs- und Anwendungsvorschrift, welche die Durchführung der Neufassung der EuInsVO regelt.

Art. 102c § 1 Abs. 1 EGIInsO sieht eine ausdrückliche Zuständigkeit des Insolvenzgerichts am COMI des Schuldners vor, auch wenn keine Zuständigkeit nach § 3 InsO gegeben wäre. Damit wird lückenlos die Zuständigkeitsfrage für das deutsche Recht geklärt, wenn der Schuldner sein COMI in Deutschland hat.

Um dem Gericht die Entscheidung zu erleichtern, soll der Schuldner in seinem Eröffnungsantrag gem. Art. 102c § 5 EGIInsO weitere Angaben machen, insbesondere zum Auslandsbezug, zu Tatsachen, die für die Bestimmung seines COMI relevant sind, sowie zu etwaigen Eröffnungsanträgen oder gar eröffneten Hauptinsolvenzverfahren in anderen Mitgliedstaaten. Lediglich in Verbraucherinsolvenzverfahren nach § 305 Abs. 1 InsO finden diese Vorgaben keine Anwendung.

Zur Vermeidung von Kompetenzkonflikten sieht Art. 102c § 2 Abs. 1 EGIInsO vor, dass ein bei einem deutschen Insolvenzgericht gestellter Insolvenzantrag dann unzulässig ist, wenn in einem anderen Mitgliedstaat ein Hauptinsolvenzverfahren eröffnet wird. Sollte gleichwohl ein Verfahren eröffnet worden sein, so ist dieses als Sekundärinsolvenzverfahren fortzuführen, wenn die Voraussetzungen für ein solches Verfahren vorliegen. Andernfalls ist es einzustellen.

Lehnt hingegen das Gericht eines anderen Mitgliedstaates die Eröffnung des Verfahrens ab, weil ein deutsches Gericht zuständig wäre, dann darf nach Art. 102c § 2 Abs. 2 EGIInsO das deutsche Insolvenzgericht die Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht mit der Begründung ablehnen, dass die Gerichte des anderen Mitgliedstaates zuständig seien. Hiermit wird gewährleistet, dass es zu einer Verfahrenseröffnung kommt, wenn nicht das deutsche Gericht zur Auffassung gelangt, dass das COMI in einem dritten Staat belegen ist.

Zur Umsetzung von Art. 5 EuInsVO n. F. sieht Art. 102c § 4 EGIInsO ausdrücklich die sofortige Beschwerde vor, wenn die Entscheidung über die Eröffnung des Hauptinsolvenzverfahrens wegen Fehlens der internationalen Zuständigkeit gerügt werden soll. Die Vorschriften der §§ 574 ff. ZPO gelten entsprechend.

Mit diesen Vorschriften hat der Gesetzgeber die Grundlage geschaffen, dass die Insolvenzgerichte, die ab dem 26.06.2017 die Neuverfahren auf der Grundlage der Neufassung der EuInsVO bearbeiten müssen, darauf abgestimmte Verfahrensvorschriften anwenden können, um einen möglichst reibungslosen Ablauf zu ermöglichen.

II. Harmonisierung der nationalen Insolvenzrechte

Neben den bereits dargestellten Fragen auf Grundlage des Kollisionsrechts der EuInsVO und den damit verbundenen Fragen der Anwendung der richtigen Rechtsordnung bietet die Harmonisierung der nationalen Insolvenzrechte die besten Aussichten für eine Zurückdrängung des als unpassend angesehenen *forum shopping*.

1. Primärziel einer Harmonisierung: Verringerung der rechtlichen Anreize für *forum shopping* durch im Wesentlichen gleiche Voraussetzungen und Rechtsfolgen im Insolvenzverfahren

Die materiellen Insolvenzrechte der Mitgliedstaaten unterscheiden sich erheblich. Es bestehen daher derzeit nach wie vor erhebliche Anreize zum Wechsel der *lex fori concursus* und damit zum unerwünschten *forum shopping* oder gar zur Simulation. Daher sollte es ein langfristiges Ziel sein, die nationalen Rechte anzugleichen¹⁴⁸⁷. Denn je stärker die Angleichung ausfällt, desto eher entfallen die Anreize für ein *forum shopping*¹⁴⁸⁸. Dies gilt insbesondere für die auf den ersten Blick „auffälligsten“ Kriterien des Insolvenzverfahrens, also für die Voraussetzungen einer Restschuldbefreiung¹⁴⁸⁹ und die Verfahrensdauer.

Es ist Aufgabe der europäischen Harmonisierung, den notwendigen Ausgleich durch Mindestvorgaben in einer etwaigen Richtlinie vorzugeben. Dies betrifft vor allem den Umfang der Insolvenzmasse und die Voraussetzungen für die Erteilung einer Restschuldbefreiung. Der Umfang der Insolvenzmasse definiert, was den Gläubigern zur Verfügung stehen soll und was dem Schuldner zur Bestreitung seines Lebensbedarfs verbleiben kann. Die Voraussetzungen für die Erteilung einer Restschuldbefreiung beinhalten unter anderem die konkreten Fristen, nach deren Ablauf eine Befreiung erfolgt. Darüber hinaus sind aber auch Mindestquoten denkbar, obgleich gerade diese den Schuldner ohne Einkommen benachteiligen, da dieser diese Quoten letztlich kaum erfüllen kann. Auch die Frage nach den Obliegenheiten und Pflichten im Insolvenzverfahren sollten vereinheitlicht werden. Neben verfahrenssichernden „Selbstverständlichkeiten“, wie Mitteilungspflichten über den Wohnsitzwechsel, die Aufnahme oder Aufgabe einer Beschäftigung, den Erwerb und die Belegenheit von Vermögen, sind weitere Fragen, wie die Einschränkung von bestimmten Rechten (z. B. Post- und Telekommunikation), zu regeln.

Es gibt derzeit keine einheitliche europäische Insolvenzkultur, da die Zielsetzungen der Insolvenzordnungen der verschiedenen Mitgliedstaaten viel zu unterschiedlich sind¹⁴⁹⁰. Weil diese Unterschiede bei der Schaffung der EuInsVO vorhanden wa-

1487 Vgl. Hergenröder, DZWIR 2009, 309 (322); Hoffmann, in: Parry (Hrsg.), The reform of international insolvency rules at European and national level, 2011, S. 191 (203); Coburn, *Insolv. Int.* 2012, 8 (10); Wessels, *IILR* 2014, 310 (322). Darauf zielt auch die EU ab. Vgl. Commission Staff Working Document – Impact Assessment – Accompanying the document Commission Recommendation on a New Approach to Business Failure and Insolvency vom 12.03.2014, SWD(2014) 61 final sowie ausführlich F.II.4.

1488 Koch, in: Mansel (Hrsg.), FS Jayme, 2004, S. 437 (437); Hoffmann, in: Parry (Hrsg.), The reform of international insolvency rules at European and national level, 2011, S. 191 (203); Commission Staff Working Document – Impact Assessment – Accompanying the document Commission Recommendation on a New Approach to Business Failure and Insolvency vom 12.03.2014, SWD(2014) 61 final.

1489 Ähnl. Cranshaw, *jurisPR-InsR* 11/2006, Anm. 2; Wessels, *IILR* 2014, 310 (322), unter Bezugnahme auf Entscheidungen englischer Insolvenzgerichte, die 13 irischen Schuldnern ermöglichten, sich binnen einem Jahr von Schulden in Höhe von zwei Milliarden € (!) befreien zu lassen.

1490 Konecny, in: Kodek/Konecny (Hrsg.), *Insolvenz-Forum* 2007, 2008, S. 103 (110 f.); Konecny, *NZI* 2008, 416 (416); Kolmann, *IILR* 2011, 272 (273); ähnl. Wessels, *IILR* 2014, 310.

ren und sich nicht erst entwickeln, hat der Verordnungsgeber sie in Kauf genommen. Genau aus diesem Grunde wird auch zu einer gewissen Gelassenheit und zum Vergleich der Vor- und Nachteile der anderen Rechtsordnungen mit der eigenen geraten¹⁴⁹¹. Es wird in der Zukunft zu Reformen des Insolvenzrechts kommen, die mit einem verstärkten Vergleich der eigenen mit fremden Rechtsordnungen einhergehen werden¹⁴⁹².

Wichtig für Reformen ist eine Vereinheitlichung der verschiedenen Insolvenzrechtssysteme, um im gemeinsamen Binnenmarkt auch im Falle eines „Marktausscheidens“ eines Schuldners einheitliche und vorhersehbare Regelungsmechanismen zu haben, anhand deren Gläubiger wie Schuldner ihre Risiken kalkulieren können. Eine gänzliche Harmonisierung hätte den Vorteil, dass alle Beteiligten für grenzüberschreitende Insolvenzverfahren von denselben Ausgangspositionen ausgehen könnten. Eine Vollharmonisierung birgt aber auch die Gefahr, dass die praktische und rechtsdogmatische Diskussion um die rechtlich beste Lösung praktischer „Anwendungsfälle“ entbehren müsste¹⁴⁹³ und bis zu einer entsprechenden ausdrücklichen Regelung bloße Theorie bliebe. Dass (Detail-)Unterschiede zwischen den Rechtsordnungen bestehen bleiben, ist daher nicht zwingend schädlich. Aber eine grundsätzliche Harmonisierung der besonders zum *forum shopping* anreizenden Regelungen, die auch dem Laien sofort und ohne umfassende Sachkunde von der gesamten Rechtsordnung ins Auge fallen, ist zweckdienlich.

2. Die Richtung der Harmonisierung: race to the bottom oder race to the top?

Die EuInsVO und der von ihr ausgehende Anreiz zum (unerwünschten) *forum shopping* üben erheblichen Druck auf die nationalen Gesetzgeber aus, ihre Rechtsordnungen anzupassen¹⁴⁹⁴. Auch die EU wirkt auf die Harmonisierung hin. Dieser Druck macht auch deutlich, dass Recht zum „Produkt“¹⁴⁹⁵ wird und einem „Wettbewerb“¹⁴⁹⁶ ausgesetzt ist¹⁴⁹⁷. Als Exempel hierfür sollen die bereits angeführten Änderungen im deutschen und irischen Recht dienen. Der deutsche Vorschlag zur Verkürzung der Restschuldbefreiungsphase ist ein Teil der „Vermarktung“ der deutschen Insolvenzordnung¹⁴⁹⁸. Damit hat sich das deutsche Recht in Richtung des englischen Rechts entwickelt, auch wenn es nach wie vor erhebliche Unterschiede gibt. Ähnliches gilt

1491 Konecny, in: *Kodek/Konecny* (Hrsg.), Insolvenz-Forum 2007, 2008, S. 103 (112 f.).

1492 Konecny, in: *Kodek/Konecny* (Hrsg.), Insolvenz-Forum 2007, 2008, S. 103 (115), mit einigen Beispielen, in denen das bereits erfolgt ist.

1493 Vgl. Eidenmüller, ZGR 2006, 467 (470).

1494 Paulus, NZI 2012, 297 (298). Ringe, EBOR 9 (2008), 579 (03), weist zu Recht darauf hin, dass ein regulatorischer Wettbewerb nicht immer eine Verschlechterung der rechtlichen Rahmenbedingungen zur Folge haben muss.

1495 Eidenmüller, JZ 2009, 641. Siehe auch Weller, IPRax 2011, 150 (153).

1496 Eidenmüller, ZGR 2006, 467; Eidenmüller, JZ 2009, 641 (641). Siehe auch Weller, IPRax 2011, 150 (153) und Beck, ZVI 2013, 250 (250).

1497 Paulus, NZI 2012, 297 (298).

1498 May, ZInsO 2012, 165 (168).

für die Verkürzung der *discharge*-Phase von zwölf auf drei Jahre gem. s. 85 Abs. 1 des irischen Bankruptcy Act 1988.

Wird eine (weitere) Rechtsharmonisierung der nationalen Insolvenzrechte auf Grundlage des umgesetzten Vorschlags zur Richtlinie (COM(2018) 723 final) (dazu sogleich mehr) in Angriff genommen, stellt sich deshalb die Frage danach, in welche Richtung die Harmonisierung der Rechtsordnung erfolgen soll und wird. Zusammengefasst lässt sich fragen, ob es sich um ein „race to the top“ oder ein „race to the bottom“ handeln wird. Dabei ist dieses Schlagwort in dieser Kürze nur ein sehr grobes Bewertungskriterium. Denn es stellt sich schon von vornherein die Frage der Perspektive, aus der beurteilt wird, wo „bottom“ und wo „top“ liegen. Je schuldnerfreundlicher das Recht wird, desto besser ist es aus Sicht des Schuldners und desto schlechter ist es aus Sicht der Gläubiger. Je gläubigerfreundlicher das Recht wird, desto besser ist es aus Sicht der Gläubiger und desto schlechter ist es aus Sicht der Schuldner. Aufgrund dieser sich diametral gegenstehenden Positionen ist unklar, wo sich die beste und wo sich die ungünstigste Regelung befindet. Bezogen auf die Insolvenzen natürlicher Personen, lautet die Frage daher:

Auf welchen Standard soll die Harmonisierung hinauslaufen?

So verschieden die Interessen von Gläubigern und Schuldern sind, so unterschiedlich kann der Ausgleich dieser Interessen in Form harmonisierter Regelungen sein¹⁴⁹⁹. Jeder Mitgliedstaat verfolgt bestimmte Prioritäten durch sein Insolvenz- und Konkursrecht (z. B. umfassender Gläubigerschutz, rasche Reintegration des Schuldners, Erhalt von Arbeitsplätzen usw.). Es kann daher – zunächst – nur um einen Mindeststandard gehen, der die Interessen von Gläubigern und Schuldern zum Ausgleich bringt.

3. Beispiele für bisherige Änderungen der Rechtslage und der Rechtsanwendungspraxis in anderen Rechtsordnungen

Mehrere Rechtsordnungen haben in den vergangenen Jahren bereits auf den Wettbewerb der Insolvenzrechte reagiert und ihre Rechtsordnungen auch im Hinblick auf die internationalen Rechtsentwicklungen angepasst. Dass insoweit ein Anpassungsdruck aufgrund eines Wettbewerbs der Rechtsordnungen besteht¹⁵⁰⁰, ist nicht zu übersehen.

¹⁴⁹⁹ So plädiert etwa Jäger, ZVI 2012, 142 (145), dezidiert für ein hohes Gläubigerschutzniveau, um die Kumulation des Rechtsschutzes vor Einzelzwangsvollstreckung und rascher Entschuldung zulasten der Gläubiger zu vermeiden. Commission Staff Working Document – Impact Assessment – Accompanying the document Commission Recommendation on a New Approach to Business Failure and Insolvency vom 12.03.2014, SWD(2014) 61 final sieht die Gefahr, dass sich Kredite durch eine zu kurze Entschuldungsphase verteuern könnten, was wiederum zulasten des gemeinsamen Binnenmarktes ginge. Allemand/Baister/Kuglarz u. a., NZI 2014, 1, sehen die Tendenz zu einer relativ kurzen Restschuldbefreiungsphase.

¹⁵⁰⁰ Konecny, NZI 2008, 416 (417).

a. Deutschland

Wie bereits dargestellt, hat der deutsche Gesetzgeber die Vorschriften über die Restschuldbefreiung mit Wirkung zum 01.07.2014 novelliert und u. a. die Verkürzung der Restschuldbefreiungsphase auf drei Jahre bei Erfüllen einer Befriedigungsquote von 35 % der angemeldeten Forderungen nebst Verfahrenskosten geregelt, § 300 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 InsO.

aa. Bewertung der Neuregelungen im Hinblick auf ihre Anwendung auf Insolvenzverfahren nach deutschem Recht

Die mögliche Verkürzung der Restschuldbefreiungsphase erscheint auf den ersten Blick wie eine mögliche Halbierung von bisher sechs auf nunmehr drei Jahre. Allerdings ist fraglich, ob viele Schuldner in der Praxis hiervon profitieren werden, da die Verkürzung der Restschuldbefreiungsphase mit einem erheblichen finanziellen Aufwand einhergeht.

(1) Praktische Probleme bei der Erlangung der vorzeitigen Restschuldbefreiung nach § 300 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 InsO

Neben der noch darzustellenden rechtspolitischen Diskussion stellen sich auch praktische Fragen bei der Anwendung des § 300 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 InsO. Denn neben der Quote von 35 % der angemeldeten Forderungen müssen auch die Verfahrenskosten gedeckt sein.

Diese Kumulation hat im Einzelfall zur Folge, dass der Schuldner einen Betrag leisten muss, der deutlich über 35 % liegen wird¹⁵⁰¹.

Darüber hinaus ist noch nicht geklärt, auf welcher Grundlage die Quote von 35 % berechnet werden muss. Das Gesetz geht von den angemeldeten Forderungen aus. Es ist aber nicht geklärt, ob damit lediglich die bis zum Stichtag der Drei-Jahres-Frist angemeldeten Forderungen gemeint sind oder sämtliche Forderungen, die an einer Schlussverteilung teilnehmen können. Bei entsprechend langer Dauer des Insolvenzverfahrens steht unter Umständen nicht fest, welche Forderungen endgültig zum Verfahren angemeldet sind, weil gerade davon abhängt, ob der Schuldner die Quote von

¹⁵⁰¹ Vgl. die Berechnung, die *Leipold*, ZInsO 2013, 2052 (2053), anstellt: Bei einem relativ kleinvolumigen Insolvenzverfahren werden große Teile der verfügbaren Masse von den Kosten des Verfahrens aufgezehrt, die notwendige Masse zur Erzielung der gesetzlichen Quote von 35 % hat zur Folge, dass unter Einbeziehung der Kosten de facto 30.000 € bei einer Passivmasse von 40.000 € vorhanden sein müssten. Aus der Perspektive eines Anwalts gesprochen, bedeutet das, dass mit dem vorhandenen Kapital ohne Insolvenzverfahren eine für den Schuldner und die beteiligten Gläubiger deutlich wirtschaftlichere Lösung im Vergleichswege gefunden werden kann, falls der Schuldner noch über ausreichende Mittel für eine adäquate Quote verfügt. Mit ähnlicher Rechnung *Möhlen*, ZInsO 2015, 1603. Vgl. auch *Schmerbach*, NZI 2014, 554; *Hentrich*, ZInsO 2014, 1637 (1638).

35 % erreicht hat¹⁵⁰². Gerade bei lange andauernden Insolvenzverfahren (etwa wegen Anfechtungsprozessen, die über mehrere Jahre laufen), könnte die verkürzte Restschuldbefreiungsfrist schon verstrichen sein, obwohl das Insolvenzverfahren noch nicht abgeschlossen ist. Weil das Insolvenzverfahren aber noch läuft, können Gläubiger auch noch nachträglich ihre Forderungen anmelden¹⁵⁰³ – und damit die für die Erreichung der Quote notwendige Summe entsprechend erhöhen. Denn die Berechnungsgrundlagen für die Verfahrenskosten und die Befriedigungsquote sind nicht sicher im Voraus genau zu berechnen. Dabei können Zu- und Abschläge sowie Auslagen des Insolvenzverwalters nach der InsVV¹⁵⁰⁴ die Verfahrenskosten maßgebend beeinflussen.

Gerade bei kleineren Verfahren werden die Verfahrenskosten aufgrund der progressiven Staffelung einen relativ großen Anteil ausmachen und die zur Erlangung der frühzeitigen Restschuldbefreiung notwendigen Beträge entsprechend erhöhen. Die hieraus resultierende Unsicherheit für den Schuldner ist enorm. Dies gilt insbesondere, wenn er aus dem Privatbereich Hilfsquellen nutzt, deren Hilfe dann letztlich doch nicht zum gewünschten Erfolg durch Verfahrensverkürzung führen kann. Um Sicherheit zu erlangen, muss der Schuldner letztlich einen Sicherheitszuschlag einkalkulieren.

Erlangt der Schuldner wegen einer – auch nur geringfügigen – Verfehlung des Quorums die vorzeitige Erteilung nicht, so ist der zusätzliche Aufwand, den er überobligatorisch entfaltet oder nahestehenden abverlangt hat, aus seiner Sicht „verloren“, weil die Gläubiger hiervon profitieren und der Schuldner zumindest zwei weitere Jahre den Obliegenheiten des § 295 InsO unterliegt.

Neben dieser Frage ist auch ungeklärt, ob der Schuldner, der die Quote von 35 % zzgl. Verfahrenskosten i. S. d. § 300 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 InsO erst nach Ablauf der ersten drei Jahre der Wohlverhaltensperiode erreicht, zu diesem späteren Zeitpunkt, aber noch vor Ablauf der Fünf-Jahres-Frist des § 300 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 InsO die Restschuldbefreiung vorzeitig erlangen kann. Solche Fälle können eintreten, wenn der Schuldner im Laufe der Zeit durch seine wirtschaftliche Tätigkeit die Quote erwirtschaftet oder ihm plötzlich – etwa wegen einer Erbschaft – die notwendigen Mittel zur Verfügung stehen.

Während einerseits eine spätere Quotenerzielung unter Bezugnahme auf den Gesetzeswortlaut als nicht ausreichend für eine vorzeitige Restschuldbefreiung angesehen wird¹⁵⁰⁵, wird andererseits die nachträgliche Quotenerzielung mit einer möglichen Verkürzung der Restschuldbefreiung honoriert, um den Schuldner zu den über-

1502 Grote/Pape, AnwBl 2013, 601 (602); ähnl. Grote/Pape, AnwBl 2014, 614 (614); Ahrens, NJW 2014, 1841 (1844), schlägt daher einen Auskunftsanspruch des Schuldners vor.

1503 Wegen dieser Möglichkeiten kritisch z. B. Lissner, ZInsO 2014, 1150 (1155). Siehe auch Henning, ZVI 2014, 7 (13).

1504 Insolvenzrechtliche Vergütungsverordnung vom 19. August 1998 (BGBl. I S. 2205), zuletzt geändert durch Artikel 5 des Gesetzes vom 15. Juli 2013 (BGBl. I S. 2379).

1505 Grote/Pape, AnwBl 2013, 601 (602); Henning, ZVI 2014, 7 (13); zum Gesetzesentwurf, der noch auf eine Quote von 25 % abzielte, Schmerbach, NZI 2012, 689 (694).

obligatorischen Leistungen anzuhalten¹⁵⁰⁶. Dabei soll die Restschuldbefreiung zum Zeitpunkt der Quotenerzielung erfolgen. Dieser Möglichkeit ist der Vorzug zu geben. Die Möglichkeit einer noch vor Ablauf der Fünf-Jahres-Frist erteilten Restschuldbefreiung wird Schuldner, bei denen die Quotenerzielung binnen drei Jahren fraglich ist, dazu anhalten, die Quote später zu erzielen, um zu diesem späteren Zeitpunkt von ihren Verbindlichkeiten befreit zu werden. Würde dem Schuldner diese Option verwehrt, würde er in Fällen, in denen die Quotenerzielung nicht sicher ist, möglicherweise auf überobligatorische Anstrengungen verzichten und auch Dritte nicht zu seiner Unterstützung gewinnen können, da dieser Einsatz nicht den gewünschten Erfolg einer raschen Restschuldbefreiung bewirken kann.

(2) Rechtspolitische Bewertung der Möglichkeit einer vorzeitigen Erlangung einer Restschuldbefreiung nach § 300 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 InsO

Neben den praktischen Problemen ist die gesetzliche Regelung einer vorzeitigen Restschuldbefreiung bei Erreichen einer Quote ihrerseits umstritten.

Vertreter der Gläubigerinteressen kritisieren die grundsätzliche Möglichkeit einer Verkürzung der Wohlverhaltensperiode, da dies wirtschaftlich zulasten der Gläubiger gehe¹⁵⁰⁷. Ein einkommensstarker Schuldner könne eine vorzeitige Restschuldbefreiung erlangen, obwohl dieser bei einer längeren Verfahrensdauer einen noch größeren Anteil seiner Verbindlichkeiten tilgen könnte¹⁵⁰⁸. Gerade die wenigen Verfahren, in denen eine Befriedigung von 35 % möglich ist, können in längerer Zeit eine noch höhere Befriedigung erreichen, zumal der Schuldner sich erst nach einer gewissen Zeit wieder in „geordneten Bahnen“ bewegt und stabile pfändbare Beträge erwirtschaften wird¹⁵⁰⁹. An diesem Umstand ändere auch der Erfahrungswert nichts, dass in den meisten Verfahren keine hohen Quoten zu erwarten seien, da gerade der leistungsfähige Schuldner – und damit der Ausnahmefall – zulasten der Gläubiger privilegiert werde¹⁵¹⁰. Die Befriedigungsaussichten für Gläubiger sinken durch die Neuregelung, und sie können ihrerseits in wirtschaftliche Schieflage geraten – insbesondere wenn sie Existenzgründer sind¹⁵¹¹. Infolge dieser Risiken werden die Gläubiger dies in ihre Kalkulation einpreisen und damit zu Preiserhöhungen für alle Marktteilnehmer beitragen¹⁵¹².

1506 Jäger, ZVI 2012, 142 (145); Ahrens, NJW 2014, 1841 (1844); Harder, NZI 2012, 113 (116).

1507 Jäger, ZVI 2012, 142 (145).

1508 Stephan, VIA 2011, 25 (26); Köchling, ZInsO 2013, 316 (318).

1509 Vgl. Jäger, ZVI 2012, 142 (144, 145); Stephan, ZVI 2012, 85 (86).

1510 Köchling, ZInsO 2013, 316 (318); Stephan, ZVI 2012, 85 (86). Ähnl. auch Koark, ZInsO 2013, 64 (65).

1511 Jäger, ZVI 2012, 142 (143).

1512 Jäger, ZVI 2012, 142 (143).

Eine allzu leicht zu erlangende Restschuldbefreiung führt dazu, dass es eine „natürliche Person mit beschränkter Haftung“ gibt¹⁵¹³. Die Schuldner können ein risikoreiches Verhalten an den Tag legen, weil sie langfristig die Verbindlichkeiten nicht begleichen müssen¹⁵¹⁴.

Ein weiteres Problem der Quotenlösung liegt darin, dass der Schuldner keinen Anreiz hat, frühzeitig auf die Gläubiger zuzugehen und ihnen vor Verfahrenseröffnung bereits Zahlungen zu leisten. Denn diese werden nicht auf die 35 %-Quote angerechnet, während dem Schuldner später gerade diese Mittel fehlen, um im laufenden Verfahren die Quote erreichen zu können¹⁵¹⁵. Ein zurückhaltender Schuldner kann hingegen sein Vermögen bis zum Insolvenzverfahren schützen und dann über die erhöhte Quote viel schneller von den Restschulden befreit wird als andere Schuldner, die unter Berücksichtigung außerinsolvenzlicher Tilgungen möglicherweise sogar mehr an die Gläubiger geleistet haben, aber wegen dieses Verhaltens die Quote des § 300 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 InsO verfehlen¹⁵¹⁶.

Vertreter der Schuldnerinteressen halten hingegen eine Verkürzung der Restschuldbefreiungsphase grundsätzlich für sinnvoll, eine Quote im Umfang von 35 % hingegen für kaum realisierbar¹⁵¹⁷. Der Anreiz liege nur für diejenigen Schuldner vor, die erhebliche Einkünfte erzielen könnten oder denen jemand für die vorzeitige Restschuldbefreiung Mittel zur Verfügung stelle¹⁵¹⁸. Schuldner mit höheren Verdienstmöglichkeiten haben häufig auch proportional höhere Verbindlichkeiten, sodass auch diese die Befriedigungsquote häufig nicht erreichen werden¹⁵¹⁹. Darüber hinaus sei die Kreditvergabe sei das Risiko der Gläubiger¹⁵²⁰. Diese können ihre Risiken bewerten und dementsprechend einpreisen. Die Ausfallrisiken der Gläubiger seien obendrein nicht so hoch wie befürchtet, weil bereits jetzt kaum eine Quote erzielt werden könne¹⁵²¹.

Die Kritik an der Quote von 35 % ist nicht unberechtigt. Schuldner, die nicht über zurückbehaltene Reserven oder ausreichende Unterstützung durch Dritte verfügen, werden gerade bei hohen Verbindlichkeiten diese Quote häufig nicht erreichen kön-

1513 So der griffige Titel des Beitrags von *Wagner*, ZIP 2008, 630, der statt eines Insolvenzverfahrens mit anschließender Restschuldbefreiung ein eigenständiges Entschuldungsverfahren bevorzugt, das allerdings dem bekannten Verfahren sehr ähnlich ist, aber Kosten sparen soll, indem viele Tätigkeiten aus dem justiziellen Bereich ausgelagert werden sollen.

1514 *Jäger*, ZVI 2012, 142 (143); *Thole*, JZ 2011, 765 (773).

1515 Vgl. *Stephan*, VIA 2011, 25 (27).

1516 *Stephan*, ZVI 2012, 85 (86 f.).

1517 *Leipold*, ZInsO 2013, 2052 (2053), der gar von einer Tendenz „gegen „0“ spricht. *Frind*, BB 2013, 1674 (1676); *Stephan*, ZVI 2012, 85 (86). *Beck*, ZVI 2013, 250 (250), vermutet hinter der Erhöhung der Quote von 25 % auf 35 % wahlkampfpolitische Motive. Selbst die Bundesregierung ging im Vorgängerentwurf zur Entschuldung mittelloser Personen, zur Stärkung der Gläubigerrechte sowie zur Regelung der Insolvenzfestigkeit von Lizenzen (BT-Drs. 16/7416, S. 39) davon aus, dass eine Befriedigungsquote von 40 % innerhalb einer Frist von zwei Jahren nur in seltenen Fällen erreicht werden könnte.

1518 *Frind*, BB 2013, 1674 (1676).

1519 *Ritter*, ZVI 2014, 135 (136).

1520 *Kranzusch*, ZInsO 2012, 2169 (2175).

1521 *Kranzusch*, ZInsO 2012, 2169 (2175 f.), mit Nachweisen; *Stephan*, ZVI 2012, 85 (86).

nen. Sie müssen die gesamte Wohlverhaltensperiode über sechs Jahre durchlaufen und haben nur die Möglichkeit, bei Begleichung der Verfahrenskosten nach fünf Jahren die Restschuldbefreiung zu erlangen. Gerade die besonders leistungsfähigen Schuldner, die ihre Gläubiger relativ gut befriedigen könnten, werden durch die vorzeitige Restschuldbefreiung privilegiert, obwohl sie die Gläubiger noch besser befriedigen könnten.

Die von Vertretern der Gläubigerinteressen häufig im Fokus stehenden Schuldner, die übermäßig konsumieren und sich dann „viel zu einfach“ entschulden lassen können¹⁵²², werden diese Restschuldbefreiung regelmäßig nicht erhalten. Denn diese Schuldner werden häufig an den Versagungsgründen (etwa Vermögensverschwendung im Sinne des § 290 Abs. 1 Nr. 4 InsO) und Obliegenheiten scheitern und keine Restschuldbefreiung erhalten.

Des Weiteren ist nicht zu verkennen, dass der Gesetzgeber ein berechtigtes Interesse daran hat, dass Schuldner, die aufgrund ihrer Fähigkeiten besonders leistungsfähig sind, wieder volkswirtschaftlich sinnvoll tätig werden und u. a. Steuern zahlen. Hierzu ist die Möglichkeit einer raschen Entschuldung nötig. Ob die Neuregelung des § 300 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 InsO im Jahr 2014 den vom Gesetzgeber gewünschten Effekt einer schnelleren Entschuldung von Schuldnern bewirken wird, wird aufgrund der Evaluation der Bundesregierung gem. Art. 107 EGIInsO zu prüfen sein.

Ist die Quote aber für viele Schuldner praktisch nicht zu erreichen oder bestehen erhebliche Risiken an der ordnungsgemäßen Erbringung der Quote in ausreichender Höhe, ist – unabhängig von den rein nationalen rechtspolitischen Überlegungen – fraglich, ob die Reform dazu führen wird, dass Schuldner darauf verzichten, ihr CO-MI von Deutschland nach England oder Frankreich zu verlegen und „Insolvenztouristen“ zu werden.

bb. Mögliche Auswirkung der Reform auf den aus Deutschland heraus erfolgenden Restschuldbefreiungstourismus

Ob die Änderungen des deutschen Insolvenzrechts eine so große Attraktivität entfalten, dass Schuldner sich künftig von einer ausländischen Rechtsordnung von einem Umzug ins Ausland abhalten lassen werden, ist allerdings fraglich. Im Vergleich zu anderen Rechtsordnungen ist das deutsche System der Restschuldbefreiung nach wie vor kompliziert und aufwendig. Das Verfahren dauert lange, der Schuldner hat viele Pflichten zu erfüllen und kann sich durch Obliegenheitsverletzungen sehr leicht den Weg zur Restschuldbefreiung in diesem Verfahren verschließen. Allein die kürzestmögliche Frist von drei Jahren ist nach wie vor dreimal länger als in England. Auch trotz der Verkürzungsoption wird England daher zu Recht als attraktiver angesehen, da die Restschuldbefreiung schneller eintritt und vergleichsweise „sicher“ ist¹⁵²³. Gerade Schuldner mit erheblichen Schulden werden nicht in der Lage sein, binnen drei Jahren 35 % der Verbindlichkeiten zu tilgen. Schuldner, die ihr Vermögen zunächst

¹⁵²² Jäger, ZVI 2012, 142 (143); Thole, JZ 2011, 765 (773).

¹⁵²³ Beck, ZVI 2011, 355 (367).

außerinsolvenzlich zur Befriedigung ihrer Gläubiger einsetzen wollen, bleiben in einem anschließenden Verfahren keine Finanzreserven mehr, um die Quote von 35 % erfüllen zu können. Und diejenigen Schuldner, die über ein hohes laufendes Einkommen verfügen (könnten), werden in aller Regel auch die Ressourcen haben, ihr COMI geschickt zu verlegen und nach wie vor bestehende Rechtsunterschiede der nationalen Insolvenzrechte ausnutzen zu können. Der Gang ins Ausland ist daher nach wie vor deutlich simpler und finanziell reizvoller.

Der Insolvenztourismus führt daher letztlich zu zwei Schuldnerarten: solchen, die sich mit viel Aufwand unter professioneller Hilfe einen (Schein-)Wohnsitz im Ausland besorgen können, und solchen, die eine COMI-Verlagerung nicht organisieren können¹⁵²⁴.

Ein starker Anreiz gegen den Restschuldbefreiungstourismus ist daher in diesen neuen Regelungen nicht zu sehen.

Diese tatsächlichen und rechtlichen Unsicherheiten in Verbindung mit den notwendigen erheblichen Anstrengungen des Schuldners lassen es als unwahrscheinlich erscheinen, dass die wichtigste Gruppe des missbilligten Restschuldbefreiungstourismus, Personen mit guten Einkommensperspektiven und hohen Verbindlichkeiten, das Risiko eines Restschuldbefreiungsverfahrens nach deutschem Recht eingehen und möglicherweise an der Befriedigungsquote scheitern.

b. Österreich

Österreich hat seine Konkursordnung mit Wirkung vom 01.07.2010 durch die neu strukturierte Insolvenzordnung abgelöst¹⁵²⁵. Neben zahlreichen Verbesserungen und Modernisierungen im eigentlichen Verfahrensablauf sind auch die Vorschriften über die Restschuldbefreiung stark verändert worden. Österreich hat mit dieser Gesetzesänderung 2010 eine rasche Eröffnungs- und Sperrwirkung ermöglicht und bleibt somit bei der Frage einer möglichst raschen Verfahrenseröffnung „wettbewerbsfähig“¹⁵²⁶. Doch auch in Österreich wird bereits wieder über eine Reform der IO nachgedacht¹⁵²⁷. Denn nach wie vor dauert das Insolvenzverfahren mit einer Wohlverhaltensperiode von sieben Jahren (vgl. § 199 Abs. 2 IO) Jahren relativ lange. Gem. § 213 Abs. 1 Nr. 1 IO kann das sog. Abschöpfungsverfahren vorzeitig beendet werden, wenn die Gläubiger während der Laufzeit der Abtretungserklärung gem. § 199 Abs. 2 IO wenigstens eine Quote von 50 % ihrer Forderungen erhalten haben. Nach § 213 Abs. 1 Nr. 2 IO hat das Gericht nach Ablauf der Abtretungserklärung das Abschöpfungsverfahren zu beenden und gem. § 213 Abs. 1 S. 2 IO die Befreiung von den „im Verfahren nicht erfüllten Verbindlichkeiten gegenüber den Insolvenzgläubigern“ zu erklären, wenn der Schuldner mindestens 10 % der Forderungen der Gläubiger er-

1524 Cranshaw, jurisPR-HaGesR 3/2012, Anm. 4.

1525 Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2010 – IRÄG 2010, Bundesgesetzblatt I Nr. 29/2010.

1526 Reisinger, in: Clavara/Garber (Hrsg.), 2011, S. 143 (146).

1527 Siehe dazu bspw. Nunner-Krautgasser/Anzenberger, ZInsO 2012, 2359

füllt hat. Ist der Schuldner hingegen nicht in der Lage gewesen, eine Quote von 10 % an die Gläubiger zu leisten, hat das Gericht nach § 213 IO auf Antrag des Schuldners nach Billigkeit zu entscheiden, ob ihm die nicht erfüllten Forderungen der Gläubiger erlassen werden. Die Billigkeit leitende Gesichtspunkte sind in § 213 Abs. 2 S. 2 und Abs. 3 IO aufgeführt. Das Gericht kann im Einzelfall die Dauer des Abschöpfungsverfahrens mit Einverständnis des Schuldners um bis zu drei Jahre verlängern und das Verfahren nach Ablauf dieser Frist für beendet erklären, wenn der Schuldner mindestens 10 % der Forderungen beglichen hat. Dem Gericht ist es jedoch auch möglich, die Restschuldbefreiung nicht zu erteilen, falls es dies nicht als billig ansieht.

Dies bedeutet, dass die Erteilung der Restschuldbefreiung nach österreichischem Recht für den Schuldner nicht sicher ist, selbst wenn er ordnungsgemäß das Verfahren nicht durchlaufen hat und „lediglich“ an der Befriedigungsquote gescheitert ist. Die Reform des österreichischen Insolvenzrechts bietet gerade für hochverschuldete Schuldner keinen großen Anreiz, sich auf das Verfahren in Österreich einzulassen, denn es dauert mindestens drei Jahre und – was noch gravierender ist – die Erteilung der Restschuldbefreiung hängt letztlich vom Erreichen einer Quote ab.

c. Irland

Der irische Bankruptcy Act 1988 enthielt in s. 85 Abs. 4 die Möglichkeit einer Restschuldbefreiung nach Ablauf von zwölf Jahren. Da jedoch das benachbarte England eine Restschuldbefreiung nach lediglich zwölf Monaten ermöglichte, zogen viele Iren – zumindest zeitweise – nach England oder Nordirland, um in den Genuss der deutlich rascheren Restschuldbefreiung zu kommen. Dieser Insolvenztourismus veranlasste Irland, das nationale Insolvenzrecht schuldnerfreundlicher zu gestalten und die *automatic discharge* im Regelfall nach drei Jahren zuzulassen. Irland reagierte damit direkt auf einen „Wettbewerb“ um das schuldnerfreundlichere Insolvenzrecht.

4. Initiativen der EU zur Harmonisierung nationaler Insolvenzrechte

Neben den dargestellten durchgeführten bzw. denkbaren Harmonisierungen auf nationaler Ebene ist auch die EU tätig, um die Harmonisierung der nationalen Insolvenzrechte voranzutreiben. Zur Vorbereitung der Harmonisierung hat die EU im Vorfeld jeweils zahlreiche Gutachten zu einzelnen Aspekten und wirtschaftlichen Auswirkungen eingeholt¹⁵²⁸.

¹⁵²⁸ Exemplarisch etwa Harmonisation of insolvency law at EU level: Avoidance actions and rules on contracts, PE432.767; Entschließung des Europäischen Parlaments vom 15. November 2011 mit Empfehlungen an die Kommission zu Insolvenzverfahren im Rahmen des EU-Gesellschaftsrechts, P7_TA (2011) 0484; „A second chance for entrepreneurs: prevention of bankruptcy, simplification of bankruptcy procedures and support for a fresh start“, Bericht der Expertengruppe, Europäische Kommission, GD Unternehmen und Industrie, 2011.

Beispielsweise verabschiedete das Europäische Parlament am 15.11.2011 eine Entschließung zu Insolvenzverfahren¹⁵²⁹. Bereits in dieser Entschließung sah das Europäische Parlament vor, dass das nationale Recht harmonisiert werden sollte.

Ebenso enthielt die Mitteilung der Kommission zur Binnenmarktakte II vom 03.10.2012¹⁵³⁰ die Leitaktion, Unternehmern eine zweite Chance zu bieten. In diesem Zusammenhang sollte die Effizienz des nationalen Insolvenzrechts weiter gesteigert und es sollten einheitliche Wettbewerbsbedingungen geschaffen werden.

Auch die Mitteilung der Kommission „Ein neuer europäischer Ansatz zur Verfahrensweise bei Firmenpleiten und Unternehmensinsolvenzen“ vom 12.12.2012¹⁵³¹ weist darauf hin, dass gleiche rechtliche Ausgangsbedingungen zu einem gesteigerten Vertrauen von Unternehmen, Unternehmern und Privatpersonen führen und damit die Kreditwirtschaft und Investitionstätigkeit fördern könnten¹⁵³². Mit harmonisierten insolvenzrechtlichen Vorschriften gehe insoweit eine stärkere Akzeptanz der Kreditgeber einher, sodass wegen der bekannten Rahmenbedingungen Kredite leichter zu erhalten seien und der Binnenmarkt damit besser funktioniere¹⁵³³. Darüber hinaus solle dem Unternehmer eine „zweite Chance“ auf Wiederherstellung der Rentabilität des Unternehmens gegeben werden, was dem Binnenmarkt zugutekomme¹⁵³⁴. Diese „zweite Chance“ sei wiederum mit der „Entschuldungsfrist“ eng verbunden, wobei aber zwischen dem „redlichen“ und dem „betrügerischen“ Schuldner unterschieden werden müsse¹⁵³⁵. Für redliche Schuldner solle eine möglichst rasche und einfache Möglichkeit geschaffen werden, einen „zweiten Anlauf zu nehmen“, da diese Schuldner in der Regel aus ihren Fehlern lernen würden¹⁵³⁶. Die Entschuldungsfristen sollten möglichst kurz ausfallen, um die Schuldner möglichst frühzeitig wieder in den Wirtschaftskreislauf integrieren zu können¹⁵³⁷. Auch die Voraussetzungen zur Einleitung des Insolvenzverfahrens (Antragspflichten, Antragsgründe und Antragsfristen) sollten harmonisiert werden, da diese durchaus unterschiedlich ausfielen und bspw. als Kriterien zwei Wochen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit, zwei Monate nach Erkennen der eigenen Zahlungsunfähigkeit und 45 Tagen nach Einstellung der Zahlungen beinhalteten¹⁵³⁸. Die Unterschiede in den Fristen und den konkreten Antragspflichten und Antragsgründen können zur Folge haben, dass Schuldner mit dem COMI in einem Mitgliedstaat schon längst zur Stellung des Insolvenzantrags verpflichtet sind, nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaates aber noch nicht einmal zahlungsunfähig und deswegen (noch) gar nicht antragspflichtig sind.

1529 Entschließung des Europäischen Parlaments vom 15. November 2011 mit Empfehlungen an die Kommission zu Insolvenzverfahren im Rahmen des EU-Gesellschaftsrechts, P7_TA (2011) 0484.

1530 COM(2012) 573 final.

1531 COM(2012) 742 final.

1532 COM(2012) 742 final, S. 3.

1533 COM(2012) 742 final, S. 3.

1534 COM(2012) 742 final, S. 3.

1535 COM(2012) 742 final, S. 5.

1536 COM(2012) 742 final, S. 6.

1537 COM(2012) 742 final, S. 6.

1538 COM(2012) 742 final, S. 7.

Darüber hinaus nahm die Kommission den „Aktionsplan Unternehmertum 2020 – Den Unternehmergeist in Europa neu entfachen“¹⁵³⁹ am 09.01.2013 an. Die Kommission fordert hierin die Mitgliedstaaten auf, bis 2013 die Tilgungs- und Entschuldungsfrist für ehrliche Unternehmer nach Möglichkeit auf drei Jahre nach einer Insolvenz zu begrenzen und eine frühzeitige Sanierung zu fördern¹⁵⁴⁰. Hierbei soll möglichst auch das mit der Insolvenz einhergehende „Stigma“ vermieden werden, um selbstständige Unternehmer zu neuen Gründungen zu veranlassen, da diese aus ihren Fehlern lernen und bessere Erfolge erzielen könnten¹⁵⁴¹.

Am 12.03.2014 hat die Kommission auf Grundlage des Art. 292 AEUV eine Empfehlung abgegeben, die für einen „neuen Ansatz im Umgang mit unternehmerischem Scheitern und Unternehmensinsolvenzen“ wirbt¹⁵⁴². Aus Gründen der Verhältnismäßigkeit hat die Kommission – zumindest derzeit – auf den Erlass einer Richtlinie nach Art. 288 Abs 3 AEUV bzw. einen verbindlichen Beschluss nach Art. 288 AEUV verzichtet¹⁵⁴³. Die Folgen der Empfehlung der Kommission sollen aber evaluiert werden, sodass mit einer Reaktion der Kommission gerechnet werden kann, die verbindliche Regelungselemente beinhalten wird, wenn die Empfehlung vom 12.03.2014 nicht die gewünschte Wirkung zeigt.

Diese Empfehlung basiert auf den Erwägungen, dass die nationalen Vorschriften der Mitgliedstaaten sehr unterschiedliche Ansätze zum Umgang mit Krisensituationen und Insolvenzen enthalten und dementsprechend auch sehr unterschiedliche Auswirkungen auf die Befriedigungsaussichten der Gläubiger haben. Zwar hat die Empfehlung nur Unternehmer und keine Verbraucher im Fokus, jedoch sollen die Mitgliedstaaten prüfen, ob die Empfehlungen auch auf die Insolvenzen von Verbrauchern übertragen werden können. Neben der Harmonisierung des (Kern-)Insolvenzrechts soll dabei auch die außerinsolvenzliche Restrukturierung und Sanierung gesetzlich geregelt werden und u. a. den Schutz vor Zwangsvollstreckungen oder gar Insolvenzanträgen der Gläubiger beinhalten¹⁵⁴⁴. Der Schuldner soll als gescheiterter Unternehmer eine zweite Chance erhalten, indem er spätestens nach drei Jahren seit Eröffnung des Insolvenzverfahrens bzw. nach Beginn der Umsetzung eines Planes zur Schuldenbegleichung entschuldet wird¹⁵⁴⁵. Von diesen Regelungen sollen jedoch keine unredlichen Schuldner profitieren. Die Mitgliedstaaten sollen insoweit besondere Regelungen schaffen können, die auf unredliches Verhalten reagieren und bspw. bestimmte Arten von Verbindlichkeiten, etwa aus Delikt, von der vollständigen Entschuldung ausschließen¹⁵⁴⁶. Über die Umsetzung der Empfehlung sollen die Mit-

1539 COM(2012) 795 final.

1540 COM(2012) 795 final, S. 20 ff.

1541 COM(2012) 795 final, S. 20.

1542 Empfehlung der Kommission vom 12.03.2014, C(2014) 1500 final.

1543 Commission Staff Working Document – Impact Assessment – Accompanying the document Commission Recommendation on a New Approach to Business Failure and Insolvency vom 12.03.2014, SWD(2014) 61 final.

1544 C(2014) 1500 final, S. 6 f.

1545 C(2014) 1500 final, S. 10 f.

1546 C(2014) 1500 final, S. 11.

gliedstaaten nach zwölf Monaten berichten, sodass die Kommission weitere Maßnahmen innerhalb von sechs weiteren Monaten erwägen kann¹⁵⁴⁷.

Die in der Empfehlung genannten Ziele und Maßnahmen sind begrüßenswert. Die rasche Entschuldung von natürlichen, redlichen Personen ermöglicht diesen die rasche Wiederaufnahme ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit.

Die von dieser Empfehlung ausgehenden Wirkungen und die Anpassungen auf nationaler Ebene sind gut geeignet, einen – relativ – einheitlichen Rahmen für die Entschuldung natürlicher Personen zu schaffen und damit zugleich erhebliche rechtliche Anreize für den Restschuldbefreiungstourismus zu beseitigen. Dies wiederum kann dem gemeinsamen Binnenmarkt zugutekommen, da die Gläubiger nicht mehr mit relativ höheren Ausfallrisiken bei Kreditvergaben durch Auslandsinsolvenzen und erhöhtem Rechtsverfolgungsaufwand rechnen müssen¹⁵⁴⁸. Sie können ihre Ausfallrisiken einfacher kalkulieren und dementsprechend bei der Vertrags- und Preisgestaltung berücksichtigen.

Die Empfehlung der Kommission hatte in der Folgezeit jedoch nicht den gewünschten Erfolg. Die später eingeholten Informationen haben belegt, dass weiterer Handlungsbedarf besteht¹⁵⁴⁹.

Daher sah sich die Europäische Kommission veranlasst, einen Vorschlag für eine „Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über präventive Restrukturierungsrahmen, die zweite Chance und Maßnahmen zur Steigerung der Effizienz von Restrukturierungs-, Insolvenz- und Entschuldungsverfahren und zur Änderung der Richtlinie 2012/30/EU“ vom 22.11.2016 (COM(2016) 723 final) auszuarbeiten.

Ziel des Vorschlags ist die Harmonisierung des Insolvenzrechts der Mitgliedstaaten. Denn ein „gut funktionierendes Insolvenzrecht“ ist für Investitionsentscheidungen von großer Bedeutung¹⁵⁵⁰. Neben den Regelungsvorschlägen in Bezug auf Unternehmen bildet gerade auch die „zweite Chance“ für natürliche Personen einen Schwerpunkt des Vorschlags der Kommission. Angesichts der häufig langen Verfahrensdauer, bis eine Entschuldung eintrete – wenn diese überhaupt möglich sei – würden viele Schuldner in die Schattenwirtschaft abdriften oder ihr Unternehmen ins Ausland verlegen. Weder die eine noch die andere Folge seien für Gläubiger wünschenswert. Darüber hinaus werde wegen berufsrechtlicher Regelungen ein Neustart der Unternehmer nicht gefördert, obwohl die Überschuldung natürlicher Personen ein erhebliches wirtschaftliches und soziales Problem in der EU darstelle.

Angesichts der erheblichen Divergenzen zwischen den Regelungen der Mitgliedstaaten im Hinblick auf die Möglichkeit einer Schuldbefreiung, die Dauer eines sol-

1547 C(2014) 1500 final, S. 11 f.

1548 Diese Kostenfaktoren sieht auch die Kommission, Commission Staff Working Document – Impact Assessment – Accompanying the document Commission Recommendation on a New Approach to Business Failure and Insolvency vom 12.03.2014, SWD(2014) 61 final, 3.3.2.

1549 Vgl. z. B. die Zusammenstellung im Staff Working Document der Kommission, „Feedback Statement on the Green Paper „Building a Capital Markets Union“ (SWD(2015) 184 final), vom 30.09.2015 sowie die „Evaluation of the implementation of the commission recommendation of 12.3.2014 on a new approach to business failure and insolvency“ der Generaldirektion Justiz und Verbraucher vom 30.09.2015.

1550 Jahreswachstumsbericht 2016 der Kommission, Com(2015) 690 final vom 26.11.2015.

chen Verfahrens und die weiteren Auswirkungen (insbesondere auf etwaige Berufsverbote) sei eine gewisse Harmonisierung geboten. Gleichwohl hält sich der Vorschlag sehr zurück und erfasst ausdrücklich zentrale Fragen einer Insolvenz, wie Eröffnungsgründe, Insolvenzanfechtung und Rangfolge von Forderungen, nicht. Vielmehr will der Vorschlag die Neufassung der EuInsVO flankieren und die Umsetzung der Empfehlung der Kommission vom 12.3.2014 fördern, indem ein „harmonisierter Mindestrahmen“ geschaffen wird.

Erwägungsgrund 37 des Richtlinienvorschlags thematisiert den Anreiz eines überschuldeten Unternehmers, seinen Sitz in einen anderen Mitgliedstaat zu verlegen, um von kürzeren Entschuldungsfristen zu profitieren. Dies wiederum führt zu Rechtsunsicherheit und Mehraufwand für die Schuldbeitreibung für die Gläubiger. Überschuldete Unternehmer sollten aber eine zweite Chance erhalten, zumal erwiesen sei, dass Unternehmer bei einem zweiten Versuch bessere Aussichten auf Erfolg hätten. Aufgrunddessen solle die Dauer der Entschuldung und etwaiger Berufsverbote beschränkt werden. Dies solle allerdings nicht gelten, so Erwägungsgrund 38, wenn der überschuldete Unternehmer unredlich oder bösgläubig gehandelt habe. Hierfür könnten Ausnahmen geboten sein, um einem unredlichen Verhalten der Schuldner zu begegnen.

Die Regeln für die „Zweite Chance für Unternehmer“ finden sich sodann in Titel III des Vorschlags, Art. 19 ff.

Im Grundsatz sollen überschuldete Unternehmer grundsätzlich voll entschuldet werden, Art. 19 Abs. 1 des Vorschlags. Die Entschuldungsfrist soll dabei höchstens drei Jahre betragen, gerechnet ab dem Tag der Entscheidung für den Antrag im Falle eines Liquidationsverfahrens bzw. im Falle eines Tilgungsplans gerechnet ab dem Tag des Beginns der Umsetzung dieses Tilgungsplans, Art. 20 Abs. 1. Dabei soll dies – ähnlich der englischen *discharge* – automatisch und ohne neuen Antrag möglich sein. Nach Art. 21 sollen etwaige Berufsverbote automatisch und spätestens mit Ablauf der Entschuldungsfrist enden.

Diese sehr weitreichenden Privilegierungen sollen jedoch nicht ohne Einschränkungen gelten. Die Einschränkungen sind in Art. 22 näher erläutert. Art. 22 sieht Ausnahmen vor, die zur Beschränkung der Schuldbefreiung führen können, sei es durch Beschränkungen des Zugangs zur Entschuldung oder längere Fristen für eine volle Entschuldung. Auch etwaige Verbote sollen länger in Kraft bleiben. Voraussetzung ist, dass ein allgemeines Interesse diese Einschränkungen rechtfertigt. Ein solches allgemeines Interesse liegt nach Art. 22 Abs. 1 des Vorschlags insbesondere dann vor, wenn der überschuldete Unternehmer unredlich oder bösgläubig gehandelt hat, er einen Tilgungsplan oder sonstige gläubigerschützende Verpflichtungen nicht einhält, das Entschuldungsverfahren missbräuchlich in Anspruch nimmt oder das Entschuldungsverfahren innerhalb eines bestimmten Zeitraums wiederholt in Anspruch nimmt.

Darüber hinaus kann die Frist zur Entschuldung auch dann verlängert werden, wenn Vermögenswerte des überschuldeten Unternehmers im Insolvenzverfahren nicht verwertet werden können, um die Existenzgrundlage des überschuldeten Unternehmers und seiner Familie zu schützen, Art. 22 Abs. 2. Dies ist dadurch gerechtfertigt,

tigt, dass dem überschuldeten Unternehmer innerhalb einer kürzeren Frist nicht das gesamte Vermögen des Schuldners zur Befriedigung zur Verfügung steht. Es ist daher angemessen, insoweit die Entschuldungsfrist zu verlängern.

Ebenso soll der überschuldete Unternehmer nicht privilegiert werden, wenn bestimmte Schuldenkategorien wie Rechte und Ansprüche aus deliktischen Handlungen betroffen sind. Für Verbindlichkeiten dieser Schuldenkategorien sollen längere Entschuldungsfristen gelten oder die Entschuldung soll sogar ganz ausgeschlossen sein, wenn dies durch ein allgemeines Interesse gerechtfertigt ist, Art. 22 Abs. 3.

Darüber hinaus können gem. Art. 22 Abs. 4 Verbotsfristen verlängert werden, wenn der Schuldner einem Berufsstand angehört, für den besondere ethische Regeln gelten, oder wenn das Verbot von einem Gericht in einem Strafverfahren ausgesprochen wurde.

Diese Einschränkungen der Entschuldung und der Verbote stehen freilich unter dem Vorbehalt, dass sie durch ein allgemeines Interesse gerechtfertigt sind. Darüber hinaus dürfen sie nicht eine vom nationalen Gesetzgeber als unangemessen angesehene Entschuldung in kurzer Zeit konterkarieren.

So wird z. B. der Existenzschutz durch Vorschriften wie § 36 InsO i. V. m. §§ 850 ff. ZPO nicht dazu führen dürfen, die Frist für eine Entschuldung über Gebühr zu verlängern. Entsprechendes wird für die Wiederholung eines Entschuldungsverfahrens zu gelten haben. Eine Frist von z. B. 30 Jahren wird hierfür sicherlich zu lange sein, während eine Frist von z. B. fünf Jahren zu kurz sein dürfte. Denn der überschuldete Unternehmer könnte sonst praktisch sehr kurzfristig nach einem Entschuldungsverfahren das nächste Entschuldungsverfahren betreiben.

Der „unredliche Schuldner“, der sich gegenüber den Gläubigern unredlich verhalten, möglicherweise die Gläubiger sogar bewusst geschädigt hat, verdient keine Privilegierung. Derartige Regelungen sind in der InsO bspw. in den §§ 290, 294 und 302 InsO abgebildet.

Diese Einschränkungsmöglichkeiten dürfen jedoch nicht dazu führen, das Ziel des Richtlinienvorschlags zu konterkarieren, indem die Entschuldungsmöglichkeiten derart beschnitten werden, dass ein überschuldeter Unternehmer von diesen Entschuldungsmöglichkeiten keinen Vorteil mehr hat. Insoweit wird verstärkt auf eine richtlinienkonforme Auslegung und Interpretation des jeweiligen nationalen Rechts zu achten sein, wenn dieser Richtlinienvorschlag – ggf. in modifizierter Form – als Richtlinie tatsächlich erlassen und in nationales Recht umgesetzt wird.

5. Vor- und Nachteile einer Harmonisierung der nationalen Insolvenzrechte

Für die Harmonisierung der nationalen Insolvenzrechte sprechen gute Gründe. Mit einer Anpassung der Voraussetzungen für eine erfolgreiche Restschuldbefreiung kann ein für den Schuldner entscheidender Anreiz gegen die Verlagerung seines COMI ausschließlich zum Zwecke der Entschuldung vermieden werden.

Gegen eine Vollharmonisierung der nationalen Insolvenzrechte wird zwar nicht ohne guten Grund vorgebracht, dass Innovationen und der Wettbewerb „um die bes-

sere Lösung“ unterbunden würden¹⁵⁵¹. Die Harmonisierung der Insolvenzrechte ist aber im Grundsatz zur Schaffung eines einheitlichen und funktionsfähigen Binnenmarktes sinnvoll¹⁵⁵². Zwar bestehen so große Unterschiede in den einzelnen Rechtsordnungen, dass eine Vollharmonisierung kaum durchzusetzen sein dürfte¹⁵⁵³ – jedenfalls in absehbarer Zeit. Die Harmonisierung muss nämlich die verschiedenen Schutzsysteme, also auch Sozialabsicherungen und Kreditpraxis sowie die dazugehörigen Regelungen, beachten¹⁵⁵⁴. Jedoch bedeutet Harmonisierung nicht die Schaffung eines europaweit einheitlichen Insolvenzrechts, sondern die Vereinheitlichung der zentralen Aspekte, wie z. B. Möglichkeiten und Voraussetzungen der Restschuldbefreiung, Insolvenzgründe und Insolvenzanfechtung.

Wären die konkreten Insolvenzverfahren mit ihren Voraussetzungen und Folgen relativ ähnlich ausgestaltet, würde es in sehr vielen Fällen für den redlichen Schuldner ökonomisch keinen Sinn ergeben, allein um der Restschuldbefreiung willen einen aufwendigen Wechsel des COMI durchzuführen. Der damit verbundene Aufwand wäre im Verhältnis den geringer werdenden Vorteilen aus einer Schuldbefreiung viel zu kostenintensiv. Fälle, die grenzüberschreitende Insolvenzverfahren wegen eines „rechtsmissbräuchlichen“ Schuldnerverhaltens betreffen, würden seltener – wenn gleich sie sich nie ganz vermeiden ließen, selbst wenn europaweit ein einheitliches Insolvenzrecht gälte¹⁵⁵⁵, denn der Schuldner kann gleichwohl sein COMI verlegen und der Gläubiger kann wegen des damit verbundenen Mehraufwands dies als missbräuchlich ansehen.

Der Vorschlag für eine „Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über präventive Restrukturierungsrahmen, die zweite Chance und Maßnahmen zur Steigerung der Effizienz von Restrukturierungs-, Insolvenz- und Entschuldungsverfahren und zur Änderung der Richtlinie 2012/30/EU“ vom 22.11.2016 (COM(2016) 723 final) zeichnet einen angemessenen Rahmen für eine – erste – Harmonisierung der nationalen Insolvenzrechte vor, um die wesentlichen Anreize für einen Restschuldbefreiungstourismus zu reduzieren.

1551 Paulus, NZI 2012, 297 (299). Vgl. auch Eidenmüller, JZ 2009, 641 (651 f.), der zwischen den Vor- und Nachteilen des Wettbewerbs der Rechtsordnungen und ihren Effekt für die beteiligten Marktteilnehmer differenziert.

1552 Zust. etwa Walters/Smith, IIR 2010, 181 (207); Paulus, Europäische Insolvenzverordnung, 4. Aufl. (2013), Einl. Rn. 20; Frieze, Insolv. Int. 2010, 93 (93 f.).

1553 Paulus, NZI 2012, 297 (299).

1554 Hoffmann, in: Parry (Hrsg.), The reform of international insolvency rules at European and national level, 2011, S. 191 (192); vgl. auch Wessels, in: Parry (Hrsg.), The reform of international insolvency rules at European and national level, 2011, S. 125 (134); Kolmann, IILR 2011, 272 (273).

1555 Dies zeigt ein Blick auf die deutsche InsO: Innerhalb Deutschlands kommt es trotz der einheitlichen Geltung der InsO im gesamten Bundesgebiet zu Verlagerungen des Sitzes von Gesellschaften, die als problematisch angesehen werden, vgl. BGH, Beschl. v. 13.12.2007 – IX ZB 238/06, IPRspr 2007; aus strafrechtlicher Sicht Hey/Regel, Kriminalistik 1999, 258; Hey/Regel, GmbHR 2000, 115; Kleindiek, ZGR 2007, 276.

G. Zusammenfassung und Fazit

I. Die Bewertung der Fallkonstellationen

Nachdem die rechtlichen Rahmenbedingungen des „Restschuldbefreiungstourismus“ de lege lata und de lege ferenda abgesteckt sind, sollen nun noch die oben exemplarisch angeführten Fallkonstellationen rechtlich bewertet werden.

1. Die tatsächliche Verlagerung des Lebensmittelpunktes

Hat der Schuldner tatsächlich sein COMI verlagert und will er im neu gewählten Mitgliedstaat bleiben, ist sein Verhalten grundsätzlich von der Niederlassungsfreiheit gem. Art. 49 ff. AEUV gedeckt. Eine Verlagerung vor Insolvenzreife ist unbedenklich. Nach Insolvenzreife, aber vor Stellung des Insolvenzantrags das COMI zu verlegen, mag nach Rechtsmissbrauch aussehen. In der Tat ist dies die typische Situation, in der es zum Restschuldbefreiungstourismus kommt. Dass der Schuldner gezielt die Möglichkeit nutzt, sich von seinen Schulden befreien zu lassen, kann allerdings nicht als rechtsmissbräuchlich angesehen werden. Er nutzt lediglich die noch nicht harmonisierten Unterschiede in den Rechtsordnungen des europäischen Binnenmarkts und das daraus resultierende Gefälle der gesetzlichen Voraussetzungen aus. Er profitiert von dem „Wettbewerb“¹⁵⁵⁶, dem sich die Rechtsordnungen stellen müssen. Ein solches Verhalten ist hinzunehmen und kein rechtsmissbräuchliches *forum shopping*. Eine erfolgte Restschuldbefreiung ist daher anzuerkennen.

2. Die Verlagerung für die Dauer des Insolvenzverfahrens

Auch die Verlagerung des COMI nur für die Dauer des Insolvenzverfahrens mit anschließendem Umzug in den Ursprungsstaat ist rechtlich grundsätzlich nicht zu beanstanden. Es gilt vielmehr auch hier die Freizügigkeit, auf die sich der Schuldner berufen kann¹⁵⁵⁷. Der Schuldner ist nach der Rechtsprechung des EuGH¹⁵⁵⁸ noch nicht einmal verpflichtet, während des laufenden Verfahrens im Staat der Verfahrenseröffnung zu bleiben, weil die perpetuatio fori ab Antragstellung gilt. Das einmal zuständige Gericht bleibt zuständig. Nicht ausgeschlossen ist, dass aus tatsächlichen Gründen

1556 So der Titel des Aufsatzes von Eidenmüller, ZGR 2006, 467; siehe auch Eidenmüller, JZ 2009, 641 (646 ff.).

1557 Vgl. d'Avoine, NZI 2011, 310 (310).

1558 EuGH, Urt. v. 17.01.2006 – Rs. C-1/04, Slg. 2006, 701 m. Anm. Vlas, NJ 2006, 2937.

im Nachhinein Zweifel entstehen, ob der Schuldner zuvor sein COMI überhaupt in diesen Mitgliedstaat verlegt hat, weil z. B. die Familie im ersten Mitgliedstaat zurückbleibt und der Aufenthalt des Schuldners von relativ kurzer Dauer ist. Dies ist aber ein Problem der Tatsachenfeststellung in einem etwaigen Widerrufsverfahren (z. B. nach § 303 InsO oder nach s. 282 IA 1986).

Hat der Schuldner aber tatsächlich sein COMI verlegt und erst nach Abschluss des Verfahrens zurückverlegt, ist dies nicht zu beanstanden und die nach Abschluss des Insolvenzverfahrens erteilte Restschuldbefreiung ist anzuerkennen.

3. Die Verlagerung nach Antragstellung

Diese Fallgestaltung lag dem EuGH zur Entscheidung vor¹⁵⁵⁹. In diesem Fall war das Interesse der Schuldnerin am deutschen Insolvenzrecht mit der Möglichkeit einer Restschuldbefreiung tragend für den Wunsch, das Insolvenzverfahren nach deutschem und nicht nach spanischem Recht durchzuführen. Denn das spanische Recht kannte keine Restschuldbefreiung. Vielmehr kann nach Abschluss des Insolvenzverfahrens gem. Art. 178 Ley Concursal wie nach dem früheren § 164 Abs. 1 KO frei nachgefordert werden. Die Schuldnerin hätte daher keinen Vorteil von einem Insolvenzverfahren nach spanischem Recht gehabt. An dem Bestehen des COMI vor seiner Verlagerung bestanden keine Zweifel, da die Schuldnerin zuvor die ganze Zeit in Deutschland lebte und erst nach Antragstellung ihr COMI verlagerte. Die Schuldnerin wollte gerade die *lex fori concursus* beibehalten, die ohne die Umsiedelung nach Spanien ohnehin auf ihr Verfahren hätte angewendet werden müssen. Sie hätte auch zuwarten können, bis das Verfahren abgeschlossen gewesen wäre, um erst dann nach Spanien zu ziehen.

Eine in diesem Verfahren erteilte Restschuldbefreiung ist anzuerkennen.

4. Die Verlagerung des Lebensmittelpunkts und Rückkehr nach dem Eröffnungsantrag

Das Verhalten des Schuldners kann anders als in der zuvor erörterten Konstellation betrachtet werden, wenn er sein COMI verlagert und anschließend sein COMI wieder zurückverlegt in den Mitgliedstaat seines vorherigen COMI. Für eine solche Rück- oder Weiterverlagerung kann es gute Gründe wirtschaftlicher wie auch persönlicher Natur geben. Sei es, dass er eine günstigere Anstellungsmöglichkeit in einem anderen Mitgliedstaat gefunden hat, sei es, dass er aus persönlichen Gründen zurückkehrt, etwa zur Pflege von Familienangehörigen. Ein solches Verhalten kann nicht als rechtsmissbräuchlich angesehen werden, auch wenn es aus Sicht der Gläubigergemeinschaft äußerst missliche Konsequenzen hat. Denn sie werden durch einen verhältnismäßig kurzen Aufenthalt des Schuldners im Ausland endgültig um große Teile ihrer Forderungen gebracht. Der Schuldner macht sich die Rechtsprechung des EuGH zur perpe-

¹⁵⁵⁹ EuGH, Urt. v. 17.01.2006 – Rs. C-1/04, Slg. 2006, 701.

tuatio fori ab der Antragstellung zunutze. Eine zeitlich später liegende Verlagerung des COMI ist demzufolge unbeachtlich. Die Entscheidungen des Insolvenzgerichts sind einschließlich der Restschuldbefreiung anzuerkennen.

Verlagert der Schuldner sein COMI jedoch unmittelbar nach Antragstellung, können hieraus in tatsächlicher Hinsicht Zweifel entstehen. Zum einen besteht die Möglichkeit, dass der Schuldner sein COMI nie verlagert hat, es sich also um eine Simulation handelt¹⁵⁶⁰. Hat der Schuldner sein COMI tatsächlich in den Eröffnungsstaat verlagert und kehrt er nach Verfahrensbeginn zurück, liegen die zuständigkeitsbegründenden Tatsachen vor. Es ist jedoch fraglich, ob das Verhalten des Schuldners nicht rechtsmissbräuchlich ist, weil er de facto nur die unabänderliche Mindestdauer im Eröffnungsstaat verbracht hat.

Die Zweifel, die sich hinsichtlich eines zu missbilligenden Verhaltens aufdrängen mögen, weil der Schuldner sein COMI in relativ kurzer Zeit mehrfach verlagert, begründen keinen zu missbilligenden Rechtsmissbrauch, sondern sind grundsätzlich von der Niederlassungsfreiheit und der vom EuGH auf den Antragszeitpunkt fixierten perpetuatio fori gedeckt. Zweifel an der Redlichkeit müssen auf der tatsächlichen Ebene gelöst werden, weil zu fragen ist, ob der Schuldner sein COMI überhaupt in den Staat der Verfahrenseröffnung verlegt hat. Dann handelt es sich aber wiederum um eine Simulation, der mit den entsprechenden Behelfen zu begegnen ist. Auch nicht ausgeschlossen ist, dass der Schuldner seinen Pflichten und Obliegenheiten zur Mitwirkung im Insolvenzverfahren nicht hinreichend entsprechen kann und deswegen aus verfahrensrechtlichen Gründen die Erteilung der Restschuldbefreiung riskiert.

Die erteilte Restschuldbefreiung ist anzuerkennen.

5. Die vorgetäuschte Verlagerung des Lebensmittelpunktes

Täuscht der Schuldner die Verlagerung des COMI lediglich vor, um in den Genuss einer ausländischen Restschuldbefreiung zu kommen, handelt es sich um eine Simulation der zuständigkeitsbegründenden Umstände. Das angerufene Gericht ist nicht tatsächlich gem. Art. 3 Abs. 1 EuInsVO international zuständig. Das COMI des Schuldners liegt noch im ursprünglichen Mitgliedstaat. Das zentrale praktische Problem stellt die Feststellung der Tatsachen dar, die eine Simulation aufzeigen. Hierzu bedarf es einer ausführlichen Prüfung aller Umstände, die erst bei detaillierter Aufarbeitung das richtige Bild vermitteln¹⁵⁶¹.

Mangels eines COMI in dem Mitgliedstaat, der das Verfahren eröffnet hat, fehlt es an der internationalen Zuständigkeit für die Eröffnungsentscheidung. Sie ist daher rechtswidrig. Da sie auf einer Täuschung beruht, kann ihr im Einzelfall die Anerkennung nach Art. 26 EuInsVO versagt werden, soweit sie nicht ohnehin bereits durch

¹⁵⁶⁰ Siehe zur Frage, ob es sich nur um eine Simulation handelt, ausführlich die Beweiswürdigung des *High Court of Justice Birmingham*, [2012] EWHC 2432 (Ch).

¹⁵⁶¹ Siehe nur exemplarisch die ausführlichen Beweiswürdigungen in *High Court of Justice Chancery Division*, Urt. v. 22.06.2007, BPIR 2007, 1636; *High Court of Justice London*, Decision v. 15.02.2011 – No. 9360/2008, IILR 2012, 460; *High Court of Justice Birmingham*, [2012] EWHC 2432 (Ch).

Rechtsmittel im laufenden Verfahren oder durch Wiederaufnahme im Staat der Verfahrenseröffnung beseitigt werden kann. Neben diesen verfahrensrechtlichen Vorgängen stellen sich weitere Fragen unter dem Gesichtspunkt des Schadenersatzes und der Strafbarkeit des Schuldners (und etwaiger weiterer Beteiligten) wegen seiner falschen Angaben, z. B. wegen Betrugs, Bankrotts und der Abgabe falscher eidesstattlicher Versicherungen¹⁵⁶².

6. Die vorgetäuschte Nichtverlagerung des Lebensmittelpunktes

Trägt der Schuldner bei Antragstellung vor, er habe sein COMI nicht verlagert, obwohl er es bereits getan hat, täuscht er ebenfalls über die zuständigkeitsbegründenden Umstände.

Diese Konstellation gleicht derjenigen, über die der EuGH im Falle Staubitz-Schreiber zu entscheiden hatte¹⁵⁶³. Der wesentliche Unterschied liegt darin, dass der Schuldner über die zuständigkeitsbegründenden Tatsachen täuscht, weil er bereits *vor* Antragstellung sein COMI tatsächlich verlegt hat. Dieser Fall ist also genauso wie das Vortäuschen einer angeblich erfolgten Verlagerung eine Simulation, und damit wird auch die internationale Zuständigkeit des Zuzugstaates begründet. Die Folgen der hierauf beruhenden fehlerhaften Entscheidung und die Anerkennungsfähigkeit derselben entsprechen der vorgetäuschten Verlagerung des Lebensmittelpunktes.

7. Begleiterscheinungen

Begleiterscheinungen, die im Rahmen der (angeblichen) Verlagerung des COMI stattfinden, sind in zweierlei Hinsicht für die Beurteilung der oben genannten Fallkonstellationen bedeutsam:

Zum einen können sie Zweifel an der Echtheit der Verlagerung des COMI begründen. Zu denken ist an Scheinmietverträge oder auffällig gestaltete Mietverträge¹⁵⁶⁴, die Beauftragung von Postservices, die Beauftragung eines Insolvenzberaters, der auch Quittungen aus Supermärkten usw. bereithält¹⁵⁶⁵. Werden diese Umstände festgestellt, wird eine Simulation zu prüfen sein.

Zum anderen können solche Begleiterscheinungen für einen Rechtsmissbrauch sprechen. So fällt bspw. auf, dass ein Facharzt für Radiologie für lediglich 500 GBP pro Monat plus Logis in London bei einer *limited* tätig ist, deren Gesellschafterin sei-

1562 Dabei können sich komplizierte Fragen des internationalen Strafrechts und der doppelten strafrechtlichen Verfolgung derselben Handlungen in mindestens zwei Ländern (nämlich im Staat der Verfahrenseröffnung und im Staat, in dem tatsächlich das COMI belegen war) stellen.

1563 *EuGH*, Urt. v. 17.01.2006 – Rs. C-1/04, Slg. 2006, 701.

1564 *Cour d'appel Colmar*, 15.03.2005 – N° 1 A 04/04718, *JurisData* 2005-279713; *Cour de cassation*, 09.10.2008 – N° 07-18.804, - *LexisNexis*; *Cour de cassation*, 15.02.2011 – N° 10-13832, *JurisData* 2011-001686; *AG Köln*, Beschl. v. 19.01.2012 – 74 IN 108/10, *ZVI* 2012, 193 (195).

1565 Vgl. den Fall des *AG Köln*, Beschl. v. 06.11.2008 – 71 IN 487/07, *NZI* 2009, 133.

ne Frau ist¹⁵⁶⁶. Solange diese Angaben aber auf Tatsachen beruhen und sich nachweisen lassen, wird auch dies von der Niederlassungsfreiheit gedeckt sein. Die Gläubiger haben grundsätzlich keinen Anspruch darauf, dass der Schuldner sich wirtschaftlich optimal verhält, solange er sich im Rahmen seiner insolvenzrechtlichen Pflichten und Obliegenheiten hält.

Dies bedeutet aber nicht, dass die Gläubiger vollkommen schutzlos gestellt sind. Zum einen werden solche Umstände einen entsprechenden Anlass bieten, die Frage der Simulation (erneut) intensiv zu prüfen (z. B. wenn der in England residierende Angestellte der *limited* sehr oft in Deutschland seine Arbeitsleistung erbringt). Zum anderen verfügen die einzelnen Rechtsordnungen über verschiedene Möglichkeiten, als „missbräuchlich“ angesehene Begleiterscheinungen einzudämmen. Der Insolvenzverwalter hat es in der Hand, die Mittel der *lex fori concursus* zu nutzen und die Rechtsverhältnisse des Schuldners einer genauen Prüfung auf ihre Wirksamkeit zu unterziehen. So können angemessene Lohnansprüche arbeitsrechtlich durchgesetzt werden. Privatrechtliche Ansprüche des Schuldners kann der Insolvenzverwalter ebenfalls durchsetzen. Nötigenfalls steht ihm das Mittel der Insolvenzanfechtung zur Verfügung. Damit haben die Gläubiger zumindest einen teilweisen finanziellen Ausgleich. Des Weiteren können die Begleiterscheinungen des Insolvenzverfahrens nach der *lex fori concursus* zu einer Versagung der Restschuldbefreiung führen, wenn der Schuldner dadurch seine Pflichten und Obliegenheiten verletzt (indem er bspw. keiner „angemessenen Erwerbstätigkeit“ i. S. d. § 295 Abs. 1 Nr. 1 InsO nachgeht). Werden Pflicht- und Obliegenheitsverletzungen später entdeckt, kommt auch ein Widerruf der Entscheidung über die Restschuldbefreiung in Betracht. Wird die Restschuldbefreiung versagt oder widerrufen, hat der Schuldner sein langfristiges Ziel nicht erreicht. Eines Rückgriffs auf die „Rechtsmissbräuchlichkeit“ der COMI-Verlagerung bedarf es in diesen Fällen zum Schutze der Gläubiger nicht.

II. Fazit der Untersuchung

1. Ergebnisse zum Umgang mit dem Restschuldbefreiungstourismus de lege lata

a. Ergebnisse zur Anwendung der EulnsVO in Bezug auf grenzüberschreitende Insolvenzverfahren

Die aktuelle Rechtslage bietet erhebliche Anreize für Schuldner, ihr COMI zu verlagern. Denn die tatsächlich vorgenommene Verlagerung ist grundsätzlich zulässig und die Unterschiede zwischen den Insolvenzrechtsordnungen können beträchtliche Auswirkungen auf die Dauer des Insolvenzverfahrens und die Möglichkeiten einer Restschuldbefreiung haben.

¹⁵⁶⁶ Vgl. *High Court of Justice Chancery Division*, Urt. v. 22.06.2007, BPIR 2007, 1636.

Maßgebend für die Eröffnung eines grenzüberschreitenden Insolvenzverfahrens ist der Ort, an dem der Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen (das COMI) des Schuldners liegt. Hiermit ist nämlich nach Art. 4 Abs. 1 EuInsVO das anwendbare Insolvenzrecht verbunden. Die Bestimmung des COMI ist daher von großer Bedeutung. Das COMI eines Verbrauchers bestimmt sich grundsätzlich nach dem gewöhnlichen Aufenthalt, das COMI eines Selbstständigen nach dem Ort seiner selbstständigen Tätigkeit, also nach seinem Kanzlei- oder Geschäftssitz¹⁵⁶⁷. Gibt ein Selbstständiger seine selbstständige Tätigkeit auf, bestimmt sich sein COMI nach wie vor nach dem Geschäftssitz, bis die Tätigkeit abgewickelt wird. Danach wird er wie ein Verbraucher behandelt.

Die Fixierung des COMI erfolgt zum Zeitpunkt der Stellung des Insolvenzantrags¹⁵⁶⁸. Damit einher geht eine *perpetuatio fori*. Nach Stellung des Insolvenzantrags führt eine Verlagerung des COMI nicht zu einer Änderung der internationalen Zuständigkeit. Damit wird einem nachträglichen *forum shopping* des Schuldners effektiv begegnet.

Eine Verlagerung des COMI vor Stellung des Insolvenzantrags ist hingegen grundsätzlich zulässig¹⁵⁶⁹. Dies gilt auch dann, wenn die Verlagerung nur den Zweck verfolgt, eine im Vergleich zum Wegzugstaat leichtere Restschuldbefreiung zu erlangen. Der Schuldner macht damit nur von seinen Grundfreiheiten und dem Wettbewerb der Rechtsordnungen Gebrauch. Eine unzulässige Gläubigerschädigung ist mit der Verlagerung des COMI nicht verbunden. Denn sämtliche Rechtsordnungen stehen gleichberechtigt nebeneinander und sie sehen auch – wenngleich in unterschiedlichem Ausmaß – Möglichkeiten vor, die Masse zu vermehren. Die Wahrnehmung der Freiheitsrechte mit dem „Makel“ des Missbrauchs zu belasten, ist unangebracht. Eine andere Sache ist es, wenn die Wahrnehmung der Freiheit nur vorgetäuscht wird. Denn in diesem Fall hat sich an der tatsächlichen Lage des COMI nichts geändert. Es handelt sich in diesem Fall um ein Problem der Sachverhaltsermittlung und nicht um eine Frage der Rechtsanwendung¹⁵⁷⁰.

Sehr viele der unter dem Aspekt des „Rechtsmissbrauchs“ diskutierten Fälle sind bei genauerer Betrachtung nicht auf „Rechtsmissbrauch“, sondern auf Täuschung über die Begründung eines neuen COMI zurückzuführen. Es darf nicht zu einer Verlagerung der praktischen Feststellungsprobleme auf die normative Ebene kommen, weil andernfalls die Rechtssicherheit und die Niederlassungsfreiheit der Schuldner über Gebühr beeinträchtigt wären. Die EU hat mit dem COMI ein wandelbares Kriterium zur Bestimmung der internationalen Zuständigkeit geregelt. Das COMI als Anknüpfungsmerkmal wird den Freiheitsrechten und der für den europäischen Binnenmarkt wünschenswerten Flexibilität am ehesten gerecht. Da das COMI aber leicht wandelbar ist, muss hingenommen werden, dass diese „Flüchtigkeit“ von den EU-Bürgern wahrgenommen wird. Das Ziel, das *forum shopping* zu vermeiden, kann die

1567 Näher C.II.3.a.

1568 Oben C.III.3.

1569 Oben C.III.1.

1570 Oben C.III.2.

EuInsVO also nicht erreichen, solange die internationale Zuständigkeit und damit das anwendbare Insolvenzrecht durch ein wandelbares COMI bestimmt werden.

Ist das Insolvenzverfahren eröffnet und die Entscheidung über die Restschuldbefreiung zugunsten des Schuldners ergangen, ist diese Entscheidung gem. Art. 16 bzw. 25 EuInsVO mit Ausnahme des *ordre public* gem. Art. 26 EuInsVO grundsätzlich anzuerkennen, auch wenn die ausländischen Regelungen die Gläubiger im Vergleich zum „eigenen“ Recht schlechterstellen¹⁵⁷¹.

Will der Gläubiger eine im Ausland erteilte Restschuldbefreiung nicht hinnehmen, kann und muss er grundsätzlich eine im Ausland erteilte Restschuldbefreiung mit den Rechtsbehelfen des Staates der Verfahrenseröffnung angreifen. Auf die Verletzung des *ordre public* gem. Art. 26 EuInsVO kann sich der Gläubiger nur im Einzelfall berufen¹⁵⁷². Unabhängig von der Verletzung des *ordre public* kann der Gläubiger von Ausnahmetatbeständen der *lex fori concursus* profitieren und seine Ansprüche, etwa weil sie aus vorsätzlicher unterlaubarer Handlung entstanden sind, trotz Erteilung der Restschuldbefreiung durchsetzen¹⁵⁷³. Vergleichbares gilt, wenn der Schuldner nach Anspruchsentstehung im laufenden Verfahren Pflichten und/oder Obliegenheiten verletzt und die Forderung des Gläubigers deshalb nach der *lex fori concursus* nicht erlischt.

b. Ergebnisse zur Anwendung der EuInsVO in Bezug auf Fälle des Restschuldbefreiungstourismus

Die objektive Anzahl der Verfahren, die auf „Insolvenztourismus“ beruhen, dürfte trotz der Aufmerksamkeit, die diese Fälle in der Rechtswissenschaft erfahren, im Verhältnis zu den regulären Insolvenzverfahren natürlicher Personen relativ gering sein. Dies hängt unter anderem damit zusammen, dass der Aufwand für einen Umzug und das ausländische Insolvenzverfahren vergleichsweise hoch ist. Neben dem Zeitfaktor sind auch die Kosten nicht zu unterschätzen. Denn die Beratungs- und Betreuungsleistung durch professionelle Insolvenzberater ist nicht billig¹⁵⁷⁴. Diese Summe muss der Schuldner liquide haben, da die Berater auf ihr Honorar bestehen, um nicht selbst zum „Opfer“ des Insolvenzverfahrens mit seiner Restschuldbefreiung zu werden. Es kommen folglich nur Schuldner als Zielgruppe in Betracht, die trotz aller Schulden in der Lage sind, diese Leistungen unverzüglich zu vergüten. Die Schuldner, die sich dieses Vorgehen leisten können, sind daher tendenziell solche, die über ein laufendes erhebliches Einkommen verfügen oder entsprechende Reserven aufweisen. Des Weiteren ist der Aufwand in Relation zum Nutzen zu setzen. Die Schuldner haben regelmäßig so hohe Verbindlichkeiten, dass sie sehr lange für die Begleichung den pfändbaren

1571 Dazu oben D.I.

1572 Dazu oben D.IV.

1573 Dazu oben E.III.2.g.

1574 Smyth, Financial Times vom 19.12.2011. Nach Beck, ZVI 2011, 355 (366), sollen entsprechende Kosten in Höhe von 15.000 bis 20.000 £ auf den Schuldner zukommen; May, ZInsO 2012, 165 (166); zwischen 5000 € und 17.500 €, je nach Anbieter und Mitgliedstaat.

Teil ihres Einkommens an die Gläubiger leisten müssten. Es handelt sich folglich um eine relativ eng umrissene Gruppe von Schuldern.

Die Auswirkungen sind aber wirtschaftlich für die Gläubiger umso verheerender: Diese Schuldnergruppe hat in der Vergangenheit eine hohe Kreditwürdigkeit aufgewiesen und so erhebliche Verbindlichkeiten angehäuft. Während sich aus Sicht des Schuldners ein Insolvenzverfahren mit möglichst kurzer Laufzeit trotz hoher Nebenkosten für die Beratung lohnt, stellt es für die Gläubiger einen massiven Ausfall dar. Wegen Gestaltungen des Schuldners im Vorfeld des Verfahrens (z. B. Angestelltentätigkeit für eine sehr niedrige Entlohnung) erhalten die Gläubiger de facto keine hohe Quote, während sie bei einem Insolvenzverfahren in Deutschland bei einem gut verdienenden Schuldner durch die Tilgungen während der Wohlverhaltensperiode wenigstens eine verhältnismäßig hohe Quote erhalten. Gerade die gut verdienenden Schuldner wollen aber unter Umständen ihr Einkommen nicht zur Schuldtilgung verwenden, sondern es nach Durchlaufen einer wirtschaftlich unangenehmen Insolvenzphase wieder selbst für den eigenen Lebensstandard nutzen. Dies fällt manchen Schuldnern umso leichter, als sie in dieser Zeit auch noch gleichsam „auf Umwegen“ wirtschaftlich sinnvoll tätig sein und das Erworbene auf andere Personen umleiten können. Als Exempel soll die Anstellung eines fachlich qualifizierten Akademikers für einen sehr niedrigen Lohn durch eine *limited* dienen, deren Gesellschafterin die Ehefrau des Schuldners ist. Die *limited* kann große Teile des Erworbenen als Gewinn verbuchen, weil sie keine großen Lohnkosten hat. Und den Gewinn erhält die Ehefrau des Schuldners, die ihrerseits nicht den Gläubigern haftet. Dass die Gläubiger über diese Vorgehensweise nicht erfreut sind und sie als rechtsmissbräuchlich ansehen, verwundert nicht. Immerhin war der Schuldner durch sein bisheriges typisches Einkommen in der Lage, wenigstens Teile seiner Verbindlichkeiten zu begleichen.

Dass der Restschuldbefreiungstourismus in England und Frankreich durch die Gerichte schwieriger gemacht wird, ist nicht von der Hand zu weisen. Dass durch die strengeren Maßstäbe der Gerichte an die Frage des tatsächlichen COMI die Attraktivität dieser Standorte gelitten hat¹⁵⁷⁵, mag sein. Gleichwohl haben die Standorte nicht so viel von ihrem „Charme“ eingebüßt wie gedacht¹⁵⁷⁶. Diejenigen, die in lauterer Absicht ein Insolvenzverfahren durchlaufen wollen, werden durch diese Hürden nicht nennenswert beeinträchtigt. Diejenigen, die keine lauterer Motive verfolgen oder gar betrügen wollen, werden sich auch durch diese Hürden nicht abschrecken lassen. Denn für jede neue „Hürde“, die Gerichte oder Gesetzgeber errichten, werden sich findige Berater eine Entgegnung ausdenken. Dies zeigt deutlich die Reaktion einiger Berater auf die detaillierten Fragen der Gerichte nach Beweisen für das tägliche Leben am neuen gewöhnlichen Aufenthalt: Gewisse „Schuldnerberater“ halten Quittungen bereit, die eine Lebenshaltung in einem bestimmten Ort nachweisen sollen¹⁵⁷⁷. Eine geplante Insolvenz verspricht daher immer noch gute Erfolgsaussichten¹⁵⁷⁸.

1575 So für Frankreich Mankowski, in: Konecny (Hrsg.), Insolvenz-Forum 2009, 2010, S. 51 (78).

1576 Vgl. aber Mankowski, in: Konecny (Hrsg.), Insolvenz-Forum 2009, 2010, S. 51 (78).

1577 Vgl. AG Köln, Beschl. v. 06.11.2008 – 71 IN 487/07, NZI 2009, 133.

1578 Vgl. Mankowski, in: Konecny (Hrsg.), Insolvenz-Forum 2009, 2010, S. 51 (78).

Eine regelrecht mit krimineller Energie geplante und durchgeführte COMI-„Verlagerung“, die auf geschickter Täuschung beruht, werden die Gerichte gleichwohl nicht immer verhindern können. Umso wichtiger ist es, diese Fälle im Nachgang umfassend aufarbeiten zu können. Neben den strafrechtlichen Sanktionen für Betrug, Untreue und Insolvenzdelikte kommen auch Rechtsbehelfe gegen die Entscheidung über die Restschuldbefreiung in Betracht. Genauso ist an die Durchsetzung der ursprünglichen Forderung zu denken, nötigenfalls in Gestalt eines Schadenersatzanspruchs, falls die Rechtsbehelfe der *lex fori concursus* nicht zum Erfolg führen. Erst im Zusammenspiel der weiterreichenden Möglichkeiten, für die die insolvenzrechtlichen Fragen nur Vorfragen darstellen, wird dem Restschuldbefreiungstourismus in seiner unerwünschten Form ein effektiver Riegel vorgeschoben – wenngleich auch dies nicht sämtliche Fälle präventiv verhindern oder wenigstens nachträglich „korrigieren“ kann. Doch kann eine entsprechende Aufarbeitung von Problemfällen eine erhebliche Präventionswirkung entfalten. Der Schuldner verliert nicht nur das bereits erlangte Privileg der Restschuldbefreiung, er wird unter Umständen auf Jahre hinaus von einer weiteren Restschuldbefreiung gesperrt, er hat vergeblich Vermögen und Zeit aufgewendet und nicht zuletzt kann er auch noch wegen seiner Gesetzesverstöße bestraft werden.

Die Gläubiger haben natürlich das Nachsehen, wenn sie ihre Forderung wegen einer Restschuldbefreiung nicht mehr realisieren können. Doch können jedenfalls die größeren und institutionellen Gläubiger diese Risiken in ihre Kreditkalkulation einbeziehen und sich entsprechend absichern, die Kredite teurer machen oder im Extremfall überhaupt nicht vergeben¹⁵⁷⁹. Dadurch werden freilich sämtliche Kredite letztlich teurer, da die Gläubiger sich vor einer verhältnismäßig schnellen Restschuldbefreiung absichern müssen. Mit einer Harmonisierung der Voraussetzungen und Rechtsfolgen einer Restschuldbefreiung würde zum einen ein erheblicher Anreiz für die Schuldner zum COMI-Wechsel entfallen, zum anderen könnten die Gläubiger mit einem geringeren Ausfallrisiko kalkulieren und damit die Kredite wieder verbilligen.

2. Ergebnisse zum Umgang mit dem Restschuldbefreiungstourismus *de lege ferenda*

Die Reform der EuInsVO ist nicht dazu geeignet, das Phänomen des Restschuldbefreiungstourismus gänzlich zu beseitigen. Denn nach wie vor bestimmt das wandelbare COMI die internationale Zuständigkeit und von hiervon hängt wiederum die anzuwendende *lex fori concursus* ab. Damit ist es dem Schuldner immer noch möglich, das COMI in eine ihm günstiger erscheinende Rechtsordnung zu verlegen. Angesichts der europäischen Grundfreiheiten ist dieser Befund nicht überraschend. Die hieraus entstehenden Auswüchse einzelner Fälle dürften sich mit dem ergänzten Instrumentarium – insbesondere in Bezug auf die Verfahrenskoordination und die Kommunikation der Beteiligten sowie die Rechtsbehelfsmöglichkeiten – besser bewältigen lassen.

¹⁵⁷⁹ Reuß, S. 4; vgl. auch Turck, S. 33, m. w. N.

Die einzige Möglichkeit, einem aus Sicht der Gläubiger unerwünschten, aber rechtlich zulässigem *forum shopping* wirksam zu begegnen, liegt in der Harmonisierung der nationalen Insolvenzrechtsordnungen. Die Mitgliedstaaten müssen ihre Rechtssysteme angleichen. Denn die Mechanismen zur Verhinderung von *forum shopping* und Schuldbefreiungstourismus mögen sich in der Praxis im Einzelfall bewähren. Aber das Eingreifen der rechtlichen Sanktionen des rechtswidrigen *forum shopping* hängt davon ab, dass dieses überhaupt entdeckt wird. Letztlich einfacher und im Hinblick auf die Rechtssicherheit aller Beteiligten vorteilhafter ist es, wenn die verschiedenen Systeme weitgehend angeglichen werden, sodass sich das Interesse des Schuldners, aus dem Rechtsgefälle einen Vorteil ziehen zu können, in Grenzen halten wird. Ob die Anpassung der Rechtssysteme aber ein „race to the bottom“ oder ein „race to the top“ wird, hängt davon ab, wie stark einzelne Mitgliedstaaten bereit sind, ihre Extrempositionen in der einen wie der anderen Richtung aufzugeben. Die entsprechenden Veränderungen der Gesetzeslage werden zumindest von den Beratern mit Aufmerksamkeit verfolgt werden. Einzelne Reformen in den Mitgliedstaaten werden jedoch wenig bewirken, soweit sie sich nicht auf die schuldnerefreundlichen Rechtsordnungen zubewegen, weil eine Verschärfung der dortigen Rechtsordnungen kaum zu erwarten ist. Damit bestehen für den Schuldner nach wie vor Anreize zum Wechsel der *lex fori concursus*.

Erst mit einer weitgehenden Harmonisierung entfallen die zentralen Anreize für den Schuldner, „Restschuldbefreiungstourismus“ zu betreiben. Die weiter gehende Integration Europas und der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen ist daher die einzig erfolversprechende Option, um den „Restschuldbefreiungstourismus“ einzudämmen. Doch selbst diese Vereinheitlichung wird nicht verhindern können, dass Schuldner in Einzelfällen durch Täuschungen versuchen werden, die Forderungen ihrer Gläubiger nicht tilgen zu müssen. Denn gegen den flüchtenden und manipulierenden Schuldner hilft auch die beste Rechtslage nichts¹⁵⁸⁰.

III. Schlussbetrachtung

Es hat sich gezeigt, dass es *de lege lata* grundsätzlich nur zwei Arten der Verlagerung des COMI zum Zwecke der Erlangung der Restschuldbefreiung gibt:

1. Die auf Täuschung basierende angebliche Verlagerung des COMI, der mit dem bereits vorhandenen rechtlichen Instrumentarium sehr gut begegnet werden kann, wenn die Täuschung überhaupt entdeckt wird und die betroffenen Gläubiger den Zeit- und Kostenaufwand zur Verfolgung ihrer Rechte nicht scheuen.

Die Entdeckung von Täuschungen ist jedoch ein praktisches Problem, das sich rechtlich nie in zufriedenstellender Weise lösen lassen wird, selbst wenn durch übermäßige Einbeziehung bloßer „Verdachtsfälle“ Verlagerungen des COMI erfasst werden sollten, die sich letztlich als tatsächlich vorgenommene und legitime Verlagerungen erweisen. Dem Vermeiden von tatsächlichen Feststellungsproblemen durch ein

¹⁵⁸⁰ Mankowski, NZI 2006, 154 (155).

Ausweichen auf die normative Ebene des „Rechtsmissbrauchs“ in „Verdachtsfällen“ ist entschieden zu widersprechen. Die Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit von Entscheidungen bliebe nämlich für Gläubiger wie für Schuldner auf der Strecke.

2. Die tatsächliche Verlagerung des COMI zur Erlangung der Restschuldbefreiung und deren „Begleiterscheinungen“ wie schlecht entlohnte Arbeitsverhältnisse, die hinter den Verdienstmöglichkeiten des Schuldners zurückbleiben, müssen im Einzelfall freilich kritisch geprüft werden. Ihnen muss erforderlichenfalls mit den Mitteln der *lex fori concursus* entgegnet werden muss.

Solange die EuInsVO mit dem COMI ein veränderbares Kriterium für die Bestimmung der internationalen Zuständigkeit und damit zugleich für die anwendbare *lex fori concursus* beibehält, wird sich an der Möglichkeit eines *forum shopping* durch Schuldner – seien es juristische, seien es natürliche Personen – nichts ändern. Trotz der Missbilligung des *forum shopping* durch den Ordnungsgeber bleibt es ein grundsätzlich zulässiges Verhalten. Durch die vom EuGH vorgenommenen Begrenzungen, wie die Geltung der *perpetuatio fori* ab Antragstellung und die Anerkennungspflicht auch bei vorläufig eröffneten Verfahren, wurden einem *forum shopping* des Schuldners ausreichend Grenzen gezogen. Fälle einer isolierten COMI-Verlagerung, die ohne weitere „unbillige Gestaltungen“ sonstiger Rechtsverhältnisse des Schuldners erfolgen (z. B. bewusst niedriger Verdienst) und dennoch einen offensichtlichen Rechtsmissbrauch darstellen und entsprechende Folgen für das weitere Verfahren haben könnten, können unter Berücksichtigung der durch die EuInsVO und die Grundfreiheiten gewährten Freiräume praktisch nicht auftreten. Etwaigen Gestaltungen des Schuldners, die als „missbräuchlich“ anzusehen sind, ist mit den Mitteln der *lex fori concursus* zu begegnen. Dies führt zwar nicht zur Unbeachtlichkeit der Verlagerung des COMI wegen eines Rechtsmissbrauchs, sondern zu Folgen im Rahmen der *lex fori concursus*, die bis zur Versagung der Restschuldbefreiung führen können.

Bis auf Weiteres wird, insbesondere auch unter Berücksichtigung der Reform der EuInsVO und der Harmonisierungsbestrebungen hinsichtlich der nationalen Insolvenzrechte, daher grundsätzlich zu gelten haben: Simulierte Verlagerungen des COMI sind eine (im Einzelfall auch als Betrug strafbare) Täuschung durch unredliche Schuldner, echte Verlagerungen des COMI sind für redliche Schuldner eine günstige Gelegenheit, aber kein Rechtsmissbrauch.

H. Literaturverzeichnis

- Abeln, Rufus F./Abeln Tom G.*, Report on the Conference on the Future of the European Insolvency Regulation, IILR 2011, S. 351–362.
- Abenheimer, Arno*, BFH: Zwingender Widerruf der Bestellung als Steuerberater wegen Vermögensverfall bei Gefährdung der Interessen der Auftraggeber, FD-InsR 2008, S. 257413.
- Ackmann, Hans-Peter*, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 25.05.1993 – IX ZR 254/92, EWiR 1993, S. 803–804.
- Ackmann, Hans-Peter/Wenner, Christian*, Inlandswirkung des Auslandskonkurses: Verlustscheine und Restschuldbefreiungen, IPRax 1990, S. 209–214.
- Adam, Dietmar*, Zuständigkeitsfragen bei der Insolvenz internationaler Unternehmensverbindungen, Baden-Baden 2006.
- Aderhold, Eltje*, Auslandskonkurs im Inland – Entwicklung und System des deutschen Rechts mit praktischen Beispielen unter besonderer Berücksichtigung des Konkursrechts der Vereinigten Staaten von Amerika, Englands, Frankreichs sowie der Schweiz, Berlin 1992.
- Ahrens, Hans-Jürgen*, Nicht benannte Gläubiger im Restschuldbefreiungsverfahren, NZI 2013, S. 721–729.
- Ahrens, Martin*, Entschuldungsverfahren und Restschuldbefreiung, NZI 2007, S. 193–197.
- Ahrens, Martin*, Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 25.09.2008 – IX ZB 205/06, LMK 2010, S. 297035.
- Ahrens, Martin*, Gesetz zur Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens und zur Stärkung der Gläubigerrechte, NJW 2014, S. 1841–1847.
- Albrecht, Achim*, Die Reform der EuInsVO nimmt Fahrt auf – der Änderungsvorschlag der Europäischen Kommission in der Übersicht, ZInsO 2013, S. 1876–1884.
- Allemand, Hildegard/Baister, Stephen/Kuglarz, Pawel/Mathijssen, Hans/O'Neill, Barry/Potamitis, Stathis/Vallender, Heinz*, Mindeststandards für Entschuldungsverfahren in Europa?, NZI 2014, S. 1–9.
- Ambach, Jödis*, Reichweite und Bedeutung von Art. 25 EuInsVO, Berlin 2009.
- Andres, Dirk/Grund, Andreas*, Die Flucht vor den deutschen Insolvenzgerichten nach England, NZI 2007, S. 137–143.
- Arbeitskreis für Insolvenzwesen Köln e.V.* (Hrsg.), Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 3. Aufl. 2009 (zitiert: Bearbeiter, in: *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*).
- Arnold, Hans*, West-Ost-Wanderung zwecks Schuldbefreiung, BB 1992, S. 2227–2233.
- Arnold, Hans/Gottwald, Peter* (Hrsg.), Nachtrag „Gesamtvollstreckungsordnung“ zum Insolvenzrechts-Handbuch 1993 (zitiert: Bearbeiter, in: *Nachtrag Handbuch InsR*).
- Bachner, Thomas*, The Battle over Jurisdiction in European Insolvency Law, ECFR 2006, S. 310–329.
- Baetge, Dietmar*, Auf dem Weg zu einem gemeinsamen europäischen Verständnis des gewöhnlichen Aufenthalts, in: *Baetge, Dietmar/Hein, Jan von/Hinden, Michael von* (Hrsg.), Die richtige Ordnung – Festschrift für Jan Kropholler zum 70. Geburtstag, FS Kropholler, Tübingen 2008, S. 77–88.
- Bähr, Biner/Riedemann, Susanne*, Anmerkung zu AG Mönchengladbach, Beschluss vom 27.04.2004, 19 IN 54/04, ZIP 2004, S. 1066–1068.

- Ballmann, Alexander*, Der High Court of Justice erschwert die Flucht deutscher Unternehmen ins englische Insolvenzrecht, Der Fall Hans Brochier – Hintergründe und Folgen, BB 2007, S. 1121–1125.
- Balz, Manfred*, Das neue Europäische Insolvenzübereinkommen, ZIP 1996, S. 948–955.
- Bamberger, Heinz Georg/Roth, Herbert* (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar BGB, 42. Edition Stand: 01.02.2017 (zitiert: Bearbeiter, in: *Beck-OK-BGB*).
- Bariatti, Stefania*, Recent Case-Law Concerning Jurisdiction and the Recognition of Judgements under the European Insolvency Regulation, *RabelsZ* 73 (2009), S. 629–659.
- Basedow, Jürgen*, Die Verselbständigung des ordre public, in: *Coester, Michael/Martiny, Dieter/Sachsen Gessaphe, Karl-August Prinz von* (Hrsg.), *Privatrecht in Europa – Vielfalt, Kollision, Kooperation – Festschrift für Hans Jürgen Sonnenberger zum 70. Geburtstag*, FS Sonnenberger, 2004, S. 291–319.
- Baumert, Andreas*, Offene Praxisfragen beim internationalen Gerichtsstand bei Insolvenzanfechtungsklagen in Drittstaatenfällen – Art. 3 EuInsVO analog, NZI 2014, S. 106–107.
- Becker, Christoph*, Insolvenz in der Europäischen Union – Zur Verordnung des Rates über Insolvenzverfahren, ZEuP 2002, S. 287–315.
- Becker, Christoph*, Bancarottierer, KTS 2008, S. 3–19.
- Beck, Frank*, Insolvenz in England – Insolvenztourismus und „Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen“ als Abgrenzung zwischen legitimem und illegitimem forum shopping, ZVI 2011, S. 355–367.
- Beck, Frank*, Ordre public und Schuldnerflucht nach England, ZVI 2012, S. 433–441.
- Beck, Frank*, EU-Kommission gibt Reform des Insolvenzrechts neuen Schub, ZVI 2013, S. 250–254.
- Benecke, Martina*, Gesetzesumgehung im Zivilrecht – Lehre und praktischer Fall im allgemeinen und internationalen Privatrecht, Tübingen 2004.
- Berner, Olaf/Klöhn, Lars*, Insolvenzantragspflicht, Qualifikation und Niederlassungsfreiheit, ZIP 2007, S. 106–114.
- Beutler, Barbara/Debus, Stefan*, Anmerkung zu LG Klagenfurt, Beschl. v. 02.07.2004 – 41 S 75/04 h, EWIR 2005, S. 217–218.
- Bierbach, Axel W.*, Wettlauf der Gläubiger um den Insolvenzgerichtsstand – Anfechtungsbefugnisse des Insolvenzverwalters nach Art. 18 Abs. 2 Satz 2 EuInsVO, ZIP 2008, S. 2203–2207.
- Binder, Kathrin*, Gilt das Prinzip der perpetuatio fori unbeschränkt im Insolvenzeröffnungsverfahren?, euro.lexunit 2006.
- Birk, Rolf/Rixecker, Roland/Säcker, Franz Jürgen/Sonnenberger, Hans Jürgen* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum BGB*, Band 10, Internationales Privatrecht, Rom I-Verordnung; Rom II-Verordnung; Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 1–24), 6. Aufl. Bd. 10 2015 (zitiert: Bearbeiter, in: *Münch-Komm-BGB*, Bd. 10).
- Bloching, Micha*, Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 18.09.2001 – IX ZB 51/00, DStR 2002, S. 2185–2187.
- Bode, Juliane*, Möglichkeiten und Grenzen der Wahl des Insolvenzstatuts im Rahmen der EuInsVO, Göttingen 2011.
- Bork, Reinhard*, Internationale Zuständigkeit und ordre public, ZIP 2016, S. 11–14.
- Braun, Arthur*, Das neue tschechische Insolvenzrecht, ZInsO 2008, S. 355–360.
- Braun, Eberhard*, Der neue Sport in Europa: Forumshopping in Insolvenzverfahren oder: die moderne Form von „Britannia rules the waves“, NZI 2004, S. V–VII.
- Brenner, Barbara*, Anmerkung zu Schlussanträgen GA Colomer v. 06.09.2005 – C-1/04, ZIP 2005, S. 1646–1648.
- Briggs, John*, Debtor Forum shopping, *Insolv. Int.* 2010, S. 28–30.

- Briggs, John*, The recent court decision of *Taithabatha v Williamson*: creditors' right to an IPO/IPA over more than the debtor's „pension in payment“, *Insolv. Int.* 2012, S. 65–71.
- Brinkmann, Moritz*, Zu Voraussetzungen und Wirkungen der Art. 15, 25 EuInsVO. Die Wirkung der Anordnung von Sicherungsmaßnahmen im Insolvenzverfahren auf im Ausland anhängige Prozesse, *IPRax* 2007, S. 235–238.
- Brinkmann, Moritz*, Von COMI, forum shopping und Insolvenztourismus – Ein kurzer Rundgang durch das internationale Insolvenzrecht, *BRJ* 2013, S. 5–12.
- Brinkmann, Moritz*, Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 16.01.2014 – C-328/12 – Schmid, *LMK* 2014, S. 356291.
- Bufford, Samuel L.*, Revision of the European Union Regulation on Insolvency Proceedings – Recommendations, *IILR* 2012, S. 341–375.
- Busch, Peter/Remmert, Andreas/Rüntz, Stefanie/Vallender, Heinz*, Kommunikation zwischen Gerichten in grenzüberschreitenden Insolvenzen, *NZI* 2010, S. 417–430.
- Carstens, Nis*, Die internationale Zuständigkeit im europäischen Insolvenzrecht, Köln, Berlin, München 2005.
- Christofaro, Marco de*, Probleme der Internationalen Zuständigkeit und des forum shopping aus ausländischer Sicht, in: *Gottwald, Peter/Huber, Peter* (Hrsg.), *Europäisches Insolvenzrecht, kollektiver Rechtsschutz*, *Europ. InsR.*, Bd. 18, Bielefeld 2008, S. 39–77.
- Clark, Lucy*, Personal insolvency and the professional, *Insolv. Int.* 2010, S. 97–102.
- Coburn, Amy*, The growth of bankruptcy tourism in the United Kingdom, *Insolv. Int.* 2012, S. 8–11.
- Commandeur, Anja/Römer, Alexander*, Neufassung der Europäischen Insolvenzordnung, *NZG* 2015, S. 988–991.
- Conceição, Ana Filipa*, Changing the Spanish Bankruptcy Law: a Brief Approach to the New Rules on Consumer Bankruptcy, in: *Parry, Rebecca* (Hrsg.), *The reform of international insolvency rules at European and national level*, *The reform of international insolvency rules at European and national level*, Nottingham [u. a.] 2011, S. 87–95.
- Corno, Giorgio*, Regulation (EC) n. 1346/2000 Rules on Closure and Measures Closing Insolvency Proceedings: A Commentary, *IILR* 2011, S. 148–155.
- Correnti, Roberta/Schulte-Frohlinde, Robert*, Einführung in das italienische Insolvenzrecht und seine Reform, *ZInsO* 2006, S. 1020–1029.
- Costa, Concetto*, Die Reform des italienischen Insolvenzrechts, *ZInsO* 2006, S. 1071–1078.
- Cranshaw, Friedrich L.*, Anmerkung zu LG Leipzig, Beschl. v. 27.02.2006 – 12 T 1207/05, *jurisPR-InsR* 26/2006, S. Anm. 6.
- Cranshaw, Friedrich L.*, Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 09.02.2006 – IX ZB 418/02, *jurisPR-InsR* 11/2006, S. Anm. 2.
- Cranshaw, Friedrich L.*, Anmerkung zu OLG Hamburg, Urt. v. 17.04.2008 – 10 U 9/07, *jurisPR-InsR* 26/2008, S. Anm. 5.
- Cranshaw, Friedrich L.*, Anmerkung zu VG Leipzig, Urt. v. 13.09.2011 – 6 K 86/08, *jurisPR-InsR* 22/2011, S. Anm. 4.
- Cranshaw, Friedrich L.*, Das Urteil „Interedil“ des EuGH – Fortentwicklung des COMI, Durchbrechung von Bindungswirkungen, Folgen?, *DZWIR* 2012, S. 53–60.
- Cranshaw, Friedrich L.*, Zehn Jahre EuInsVO und Centre of Main Interests – Motor dynamischer Entwicklungen im Insolvenzrecht?, *DZWIR* 2012, S. 133–141.
- Cranshaw, Friedrich L.*, Anmerkung zu LG Köln, Urt. v. 14.10.2011 – 82 O 15/08, *jurisPR-HaGesR* 3/2012, S. Anm. 4.
- Cranshaw, Friedrich L.*, Anmerkung zu BGH, EuGH-Vorlage v. 10.10.2013 – IX ZR 265/12, *jurisPR-InsR* 23/2013, S. Anm. 1.

- Cranshaw, Friedrich L.*, „Schuldbefreiung“ für Schuldner mit Sitz in der Europäischen Union durch mitgliedschaftliche „Entschuldungsverfahren“ – Das Urteil „Radziejewski“ des EuGH, ZInsO 2013, S. 153–160.
- Cranshaw, Friedrich L.*, Anmerkung zu OLG Celle, Beschl. v. 27.11.2012 – 2 U 147/12, jurisPR-InsR 6/2013, S. Anm. 5.
- Cranshaw, Friedrich L.*, Anmerkung zu AG Göttingen, Beschl. v. 10.12.2012 – 74 IN 28/12, jurisPR-InsR 7/2013, S. Anm. 4.
- Dahl, Michael*, Der EuGH und die „Vis attractiva concursus“ im europäischen Insolvenzrecht, NZI 2009, S. VI–VII.
- Dahl, Michael*, Internationales Insolvenzrecht in der EU, NJW-Spezial 2009, S. 245–246.
- Dahl, Michael*, Kenntnis von Insolvenzeröffnung wegen Internetveröffentlichung, NJW-Spezial 2010, S. 501–502.
- Dahl, Michael/Thomas, Johanna*, The centre of main interest of the debtor, IILR 2012, S. 435–436.
- Dahns, Michael*, Aufgabe der Selbständigkeit bei Vermögensverfall – die Rettung?, NJW-Spezial 2011, S. 638–639.
- Dammann, Reinhard*, Mobility of companies and localization of assets – Arguments in favor of a dynamic and teleological interpretation of EC Regulation No 1346/2000 on Insolvency Proceedings, in: *Affaki, Georges* (Hrsg.), *Faillite internationale et conflit de juridictions – Regards croisés transatlantiques – Faillite internationale et conflit de juridictions*, 2007, S. 105–124.
- Dammann, Reinhard/Undritz, Sven-Holger*, Die Reform des französischen Insolvenzrechts im Rechtsvergleich zur InsO, NZI 2005, S. 198–205.
- d’Avoine, Marc*, Internationale Zuständigkeit des deutschen Insolvenzgerichts bei offenkundiger „Rückkehroption“ des ehemals selbständig wirtschaftlich tätigen Schuldners (Unternehmer, Freiberfler, Arzt, Anwalt, Notar etc.) mit dem Ziel der Restschuldbefreiung – Wann wird forum-shopping unerlaubt und verstößt unter Umständen gegen den Ordre public?, NZI 2011, S. 310–314.
- Degenhardt, J. Ernst*, Die Reform des französischen Insolvenzrechts vom 12.3.2014 – Stärkung der Prävention und Einführung eines Schuldenbefreiungsverfahrens ohne vorgeschaltetes Insolvenzverfahren, NZI 2014, S. 433–439.
- Deipenbrock, Gudula*, Das neue europäische Internationale Insolvenzrecht – von der „quantité négligeable“ zu einer „quantité indispensable“, EWS 2001, S. 113–119.
- Delzant, Ellen/Schütze, Pascal*, Die Restschuldbefreiung für Privatpersonen in den französischen Départements Bas-Rhin, Haut-Rhin und Moselle im Rahmen einer Privatinsolvenz (faillite civile), ZInsO 2008, S. 540–547.
- Deutscher Anwaltverein*, Stellungnahme des deutschen Anwaltvereins durch den Insolvenzrechtsausschuss zum Entwurf eines Gesetzes zur Entschuldung völlig mittelloser Personen und zur Änderung des Verbraucherinsolvenzverfahrens 2007a.
- Deutscher Anwaltverein*, Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins durch die Ausschüsse Insolvenzrecht, Steuerrecht und Strafrecht zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Entschuldung mittelloser Personen, zur Stärkung der Gläubigerrechte sowie zur Regelung der Insolvenzfestigkeit von Lizenzen 2008b.
- Dimmling, Andreas*, Schuldenfrei in the UK?, ZInsO 2007, S. 1198–1201.
- Dornblüth, Susanne*, Fortbestehende Geschäftsführerhaftung gem. § 823 Abs. 2 BGB, § 266a StGB trotz in England erlangter Restschuldbefreiung, ZIP 2014, S. 712–716.
- Duursma, Dieter/Duursma-Kepplinger, Henriette-Christine*, Gegensteuerungsmaßnahmen bei ungerechtfertigter Inanspruchnahme der internationalen Zuständigkeit gemäß Art. 3 Abs. 1 EuInsVO, DZWIR 2003, S. 447–452.
- Duursma-Kepplinger, Henriette-Christine*, Checkliste zur Eröffnung eines Insolvenzverfahrens nach der Europäischen Insolvenzverordnung und zum anwendbaren Recht, NZI 2003, S. 87–91.

- Duursma-Kepplinger, Henriette-Christine*, Aktuelle Entwicklungen in Bezug auf die Auslegung der Vorschriften über die internationale Eröffnungszuständigkeit nach der Europäischen Insolvenzverordnung, DZWIR 2006, S. 177–183.
- Duursma-Kepplinger, Henriette-Christine*, Aktuelle Entwicklungen zur internationalen Zuständigkeit für Hauptinsolvenzverfahren – Erkenntnisse aus Staubitz-Schreiber und Eurofood, ZIP 2007, S. 896–903.
- Duursma-Kepplinger, Henriette-Christine*, Anmerkung zu AG Nürnberg, Beschl. v. 15.08.2006 – 8004 IN – 1326 – 1331/06, EWiR 2007, S. 81–82.
- Duursma-Kepplinger, Henriette-Christine/Duursma, Dieter/Chalupsky, Ernst* (Hrsg.), Europäische Insolvenzverordnung, Kommentar 2002 (zitiert: Bearbeiter, in: *EuInsVO*).
- Eckardt, Diederich*, Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 29.05.2008 – IX ZB 102/07, ZZP 122 (2009), S. 345–355.
- Ehlers, Harald*, Vermeidung des Widerrufs der Zulassung als kammergebundener Freiberufler wegen Vermögensverfalls, NJW 2008, S. 1480–1485.
- Ehret, Patrick*, Les jeux sont faits ... rien ne va plus? – Blickpunkt Frankreich: Insolvenztourismus und Restschuldbefreiung versus Gläubigerrechte, DAS 2010, S. 66–67.
- Ehret, Patrick*, OLG Celle: Unzulässigkeit einer Zahlungsklage nach Durchführung eines elsässischen Privatinsolvenzverfahrens, FD-InsR 2010, S. 298651.
- Ehricke, Ulrich*, Zur Anerkennung einer im Ausland einem Deutschen erteilten Restschuldbefreiung, Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 18.09.2001 – IX ZB 51/00, IPRax 2002, S. 505–508.
- Ehricke, Ulrich*, Überblick über Regelungsansätze zur Verbraucherinsolvenz und/oder zur Restschuldbefreiung in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union, ZVI 2005, S. 285–290.
- Ehricke, Ulrich*, Zur Kooperation von Insolvenzgerichten bei grenzüberschreitenden Insolvenzverfahren im Anwendungsbereich der EuInsVO, ZIP 2007, S. 2395–2403.
- Ehricke, Ulrich*, Probleme der Verfahrenskoordination, – Eine Analyse der Kooperation von Insolvenzverwaltern und Insolvenzgerichten bei grenzüberschreitenden Insolvenzverfahren im Anwendungsbereich der EuInsVO –, in: *Gottwald, Peter/Huber, Peter* (Hrsg.), Europäisches Insolvenzrecht, kollektiver Rechtsschutz, Europ. InsR., Bd. 18, Bielefeld 2008, S. 127–168.
- Eidenmüller, Horst*, Europäische Verordnung über Insolvenzverfahren und zukünftiges deutsches internationales Insolvenzrecht, IPRax 2001, S. 2–15.
- Eidenmüller, Horst*, Der Markt für internationale Konzerninsolvenzen: Zuständigkeitskonflikte unter der EuInsVO, NJW 2004, S. 3455–3459.
- Eidenmüller, Horst*, Free Choice in International Company Insolvency Law in Europe, EBOR 2005, S. 423–447.
- Eidenmüller, Horst*, Wettbewerb der Insolvenzrechte, ZGR 2006, S. 467–488.
- Eidenmüller, Horst*, Abuse of Law in the Context of European Insolvency Law, ECFR 2009, S. 1–28.
- Eidenmüller, Horst*, Recht als Produkt, JZ 2009, S. 641–653.
- Eidenmüller, Horst*, Rechtsmissbrauch im Europäischen Insolvenzrecht, KTS 2009, S. 137–161.
- Eidenmüller, Horst/Frobenius, Tilmann/Prusko, Wolfram*, Regulierungswettbewerb im Unternehmensinsolvenzrecht: Ergebnisse einer empirischen Untersuchung, NZI 2010, S. 545–550.
- Ernst, Irene Marianne*, Grundzüge des Internationalen Insolvenzrechts – insbesondere Zuständigkeitsregelungen nach der EuInsVO und deren Wirkungen, ZVI 2010, S. 253–259.
- Eyber, Klaus U.*, Auslandsinsolvenz und Inlandsrechtsstreit, ZInsO 2009, S. 1225–1234.
- Fahl, Holger/Winkler, Lars*, Nicht insolvenzfeste Forderungen aus vorsätzlicher unerlaubter Handlung (§ 302 Nr. 1 InsO) – Risiken für privilegierte Insolvenzgläubiger im geltenden Recht, NZI 2010, S. 288–291.

- Fecht, Wolf-Rüdiger von der*, Die Insolvenzverfahren nach der neuen EG-Verordnung, in: *Betteray, Wolfgang van/Delhaes, Wolfgang* (Hrsg.), Festschrift für Friedrich Wilhelm Metzeler, FS Metzeler, Köln 2003, S. 121–135.
- Fehrenbach, Markus*, Die prioritätsprinzipwidrige Verfahrenseröffnung im europäischen Insolvenzrecht, (zu BGH, 29.5.2008 – IX ZB 102/107), IPRax 2009, S. 51–55.
- Fischer, Michael*, Die Verlagerung des Gläubigerschutzes vom Gesellschafts- in das Insolvenzrecht nach „Inspire Art“, ZIP 2004, S. 1477–1486.
- Fletcher, Ian F.*, COMI at the relevant time, *Insolv. Int.* 2007, S. 60–62.
- Flitsch, Michael/Hinkel, Lars*, Anmerkung zu BGH, Beschluss v. 02.03.2006 – IX ZB 192/04, DZWIR 2006, S. 256.
- Freitag, Robert*, Internationale Zuständigkeit für Schadenersatzklagen aus Insolvenzverschleppungshaftung, ZIP 2014, S. 302–309.
- Freitag, Robert/Leible, Stefan*, Justizkonflikte im Europäischen Internationalen Insolvenzrecht und (k)ein Ende? Zugleich eine Besprechung von EuGH, RIW 2006, 619 – Eurofood, RIW 2006, S. 641–651.
- Frieze, Steven*, Harmonisation of insolvency law at the EU level, *Insolv. Int.* 2010, S. 93–94.
- Frind, Frank*, Praxis-Prüfstand: Die Vorschläge zur Neuordnung des Insolvenzverfahrens natürlicher Personen – Teil 1, ZInsO 2012, S. 475–479.
- Frind, Frank*, Neue Möglichkeiten zur schnelleren Erlangung der Restschuldbefreiung, BB 2013, S. 1674–1679.
- Frind, Frank*, Das hindernisreiche Insolvenz-Planverfahren für natürliche Personen, BB 2014, S. 2179–2185.
- Fritz, Daniel Friedmann/Bähr, Rainer M.*, Die Europäische Verordnung über Insolvenzverfahren – Herausforderung an Gerichte und Insolvenzverwalter, DZWIR 2001, S. 221–235.
- Fritze, Marc*, Anmerkung zu AG Hamburg, Beschl. v. 11.02.2009 – 67c IE 1/09, jurisPR-InsR 25/2009, S. Anm. 6.
- Fritze, Marc*, Anmerkung zu AG Köln, Beschl. v. 06.11.2008 – 71 IN 487/07, jurisPR-InsR 26/2009, S. Anm. 6.
- Fuchs, Felix*, Nationale und internationale Aspekte des Restschuldbefreiungs-Tourismus, Eine Untersuchung der Hintergründe dieses Phänomens und der Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Anerkennung einer ausländischen Restschuldbefreiung – zugleich ein Beitrag zur Bestimmung des Mittelpunktes der hauptsächlichen Interessen natürlicher Personen, zum Umgang mit „forum shopping“ im Europäischen Insolvenzrecht und zur ordre-public-Kontrolle im Internationalen Insolvenzrecht 2015.
- Gaillot, Laurent*, The interpretation by French courts of the EU COMI notion: an EU perspective, IBA – Insolvency, Restructuring and Creditors’ Rights Section Home 2006, S. 38–44.
- Geimer, Reinhold*, „Windhunde“ und „Torpedos“ unterwegs in Europa – ist Art. 27 EuGVVO bzw. Art. 21 EuGVÜ/LugÜ anwendbar trotz Parteiverschiedenheit, Anm. zu OLG Köln, 8.9.2003 – 16 U 110/02, IPRax 2004, S. 505–507.
- Geimer, Reinhold*, Betrachtungen zur Europäischen Insolvenzverordnung, in: *Bammer, Armin/Holzinger, Gerhart/Vogl, Mathias, u. a.* (Hrsg.), Rechtsschutz gestern – heute – morgen, Festgabe zum 80. Geburtstag von Rudolf Machacek und Franz Matscher, FS Machacek und Matscher, Wien 2008, S. 743–762.
- Gergen, Thomas*, Die Nichtigkeit von Rechtshandlungen in der „période suspecte“ nach französischem Insolvenzrecht, RNotZ 2013, S. 599–604.
- Gerhardt, Walter*, Vom Makel des Konkurses. Eine kritische Betrachtung, in: *Pawlowski, Hans-Martin/Wieacker, Franz* (Hrsg.), Festschrift für Karl Michaelis zum 70. Geburtstag am 21. Dezember 1970, FS Michaelis, Göttingen 1972, S. 100–117.
- Geroldinger, Andreas*, EuGH in Sachen Eurofood – ein Wespennest, euro.lexunited 2007/3.

- Giese, Ernst/Krüger, Michael, Das neue Insolvenzrecht in der Tschechischen Republik – ein Überblick, NZI 2008, S. 12–17.
- Goslar, Björn, Annullierung englischer Insolvenzeröffnungsentscheidungen nach sec. 282 Insolvency Act (UK), NZI 2012, S. 912–917.
- Gottwald, Peter, Der Insolvenzantrag als Angriffsmittel des Schuldners, NZI 2002, S. Heft 8 – Editorial.
- Gottwald, Peter/Bertram, Peter (Hrsg.), Insolvenzrechts-Handbuch, Handbuch InsR, 5. Aufl. 2015 (zitiert: Bearbeiter, in: *Handbuch InsR*).
- Graeber, Thorsten, Das private Entschuldungsverfahren in Frankreich – Eine Darstellung im Vergleich mit der InsO, ZInsO 2002, S. 920–924.
- Graf, Ulrike, Die Anerkennung ausländischer Insolvenzscheidungen, Tübingen 2003.
- Griedl, Florian/Mack, C., Anmerkung zu AG Deggendorf, Beschl. v. 14.02. und 08.03.2007 – IK 255/03, ZInsO 2007, S. 558–559.
- Grote, Hugo/Pape, Gerhard, Endlich: Die Reform der Verbraucherinsolvenz – lohnte das den Aufwand?, AnwBl 2013, S. 601–614.
- Grote, Hugo/Pape, Gerhard, 1. Juli 2014: Reform der Entschuldung natürlicher Personen tritt in Kraft, AnwBl 2014, S. 614–617.
- Group for International & European Studies of the Autonomais University of Barcelona, Proposals on the Reform of the Council Regulation (EC) No 1346/2000 of 29 May 2000 on Insolvency Proceedings Amsterdam, 28 April 2011, IILR 2011, S. 336–344.
- Gruber, Urs Peter, Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 29.05.2008 – IX ZB 102/07, DZWIR 2008, S. 467–470.
- Haas, Ulrich, Insolvenzrechtliche Annexverfahren und internationale Zuständigkeit, ZIP 2013, S. 2381–2390.
- Habscheid, Edgar J., Grenzüberschreitendes (internationales) Insolvenzrecht der Vereinigten Staaten von Amerika und der Bundesrepublik Deutschland – Systeme und Wechselwirkungen rechtsvergleichend auch zu anderen Rechtsordnungen, insbesondere der Schweiz, Berlin 1998.
- Handrup, Moritz Steffen, Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 01.12.2011 – IX ZB 232/10, BB 2012, S. 927.
- Hanisch, Hans, BGH zum Konkursverlustschein, IPRax 1993, S. 385–386.
- Harder, Sebastian, Die geplante Reform des Verbraucherinsolvenzrechts, NZI 2012, S. 113–119.
- Häsemeyer, Ludwig, Schuldbefreiung und Vollstreckungsschutz, in: Gerhardt, Walter (Hrsg.), Festschrift für Wolfram Henckel zum 70. Geburtstag am 21. April 1995, FS Henckel, Berlin 1995, S. 353–367.
- Haubold, Jens, Europäisches Zivilverfahrensrecht und Ansprüche im Zusammenhang mit Insolvenzverfahren. Zur Abgrenzung zwischen Europäischer Insolvenzverordnung und EuGVO, EuGVÜ und LugÜ, IPRax 2002, S. 157–163.
- Haubold, Jens, Mitgliedstaatenbezug, Zuständigkeitserschleichung und Vermögensgerichtsstand im Internationalen Insolvenzrecht, IPRax 2003, S. 34–41.
- Heinrichs, Helmut/Rebmann, Kurt/Säcker, Franz Jürgen (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 11, 6. Aufl. 2015 (zitiert: Bearbeiter, in: *MünchKomm-BGB, Bd. 11*).
- Heneweer, Jens Christoph Rainer, Das Forum-Shopping einer GmbH unter der deutschen Insolvenzordnung und der europäischen Insolvenzverordnung, Frankfurt am Main 2010.
- Henning, Kai, Die Änderungen in den Verfahren der natürlichen Personen durch die Reform 2014, ZVI 2014, S. 7–17.
- Hentrich, Dirk/Hollik, Lisa, Die vorzeitige Restschuldbefreiung im Verbraucherinsolvenzverfahren, ZInsO 2014, S. 1637–1642.

- Herchen, Axel*, Scheinauslandsgesellschaften im Anwendungsbereich der Europäischen Insolvenzordnung, ZInsO 2003, S. 742–747.
- Herchen, Axel*, Aktuelle Entwicklungen im Recht der internationalen Zuständigkeit zur Eröffnung von Insolvenzverfahren: Der Mittelpunkt der (hauptsächlichen) Interessen im Mittelpunkt der Interessen, ZInsO 2004, S. 825–831.
- Herchen, Axel*, International-insolvenzrechtliche Kompetenzkonflikte in der Europäischen Gemeinschaft – zugleich Besprechung der Entscheidungen des High Court of Justice Leeds v. 16.5.2003 und des AG Düsseldorf v. 19.5./6.6.2003, ZInsO 2004, S. 61–66.
- Herchen, Axel*, Das Prioritätsprinzip im internationalen Insolvenzrecht – Zugleich Besprechung Stadtgericht Prag, Beschl. v. 26.4.2005 – 78 K 6/05-127, ZIP 2005, S. 1401–1406.
- Herchen, Axel*, Wer zuerst kommt, mahlt zuerst!, NZI 2006, S. 435–437.
- Hergenröder, Curt Wolfgang*, Internationales Verbraucherinsolvenzrecht, ZVI 2005, S. 233–246.
- Hergenröder, Curt Wolfgang*, Entschuldung durch Restschuldbefreiungstourismus?, DZWIR 2009, S. 309–322.
- Hergenröder, Curt Wolfgang*, Arbeitnehmerfreizügigkeit versus Restschuldbefreiung, EuZA 2013, S. 512–527.
- Hergenröder, Curt Wolfgang/Alsmann, Christine*, Das Privatsolvenzrecht auf der britischen Insel, ZVI 2007, S. 337–347.
- Hergenröder, Curt Wolfgang/Alsmann, Christine*, Das Privatsolvenzrecht in Belgien, Luxemburg und den Niederlanden, ZVI 2009.
- Hergenröder, Curt Wolfgang/Alsmann, Christine*, Das Privatsolvenzrecht in Skandinavien, ZVI 2010, S. 413–421.
- Hergenröder, Curt Wolfgang/Alsmann, Christine*, Das Privatsolvenzrecht in Österreich, der Schweiz und Tschechien, ZVI 2012, S. 1–10.
- Herweg, Christian/Tschauener, Heiko*, Anmerkung zu AG Hamburg, Beschluss vom 01.12.2005 – 67a IN 450/05, EWIR 2006, S. 169–170.
- Hess, Burkhard*, Methoden der Rechtsfindung im Europäischen Zivilprozessrecht, IPRax 2006, S. 348–363.
- Hess, Burkhard/Laukemann, Björn*, Anmerkung zu EuGH, Urteil v. 17.01.2006 – Rs. C-1/04 – Susanne Staubitz-Schreiber, JZ 2006, S. 671–673.
- Hess, Burkhard/Laukemann, Björn*, Überlegungen zum ordre-public-Vorbehalt der Europäischen Insolvenzverordnung, in: *Flitsch, Michael* (Hrsg.), Festschrift für Jobst Wellensiek zum 80. Geburtstag, München 2011, S. 813–820.
- Hess, Burkhard/Laukemann, Björn/Seagon, Christopher*, Europäisches Insolvenzrecht nach Eurofood: Methodische Standortbestimmung und praktische Schlussfolgerungen, IPRax 2007, S. 89–98.
- Hess, Burkhard/Pfeiffer, Thomas*, Interpretation of the Public Policy Exception as referred to in EU Instruments of Private International and Procedural Law 2011.
- Hess, Harald/Binz, Fritz/Wienberg, Rüdiger*, Gesamtvollstreckungsordnung, Kommentar zum Konkursrecht für die Länder Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen, 4. Aufl., Neuwied 1998.
- Hess, Harald/Röpke, Andreas*, Die Insolvenz der kammerabhängigen freien Berufsangehörigen, NZI 2003, S. 223–238.
- Hey, Andreas/Regel, Andreas*, „Firmenbestatter“ – Das Geschäft mit der Pleite, Kriminalistik 1999, S. 258–262.
- Hey, Andreas/Regel, Gerd*, Firmenbestatter – Strafrechtliche Würdigung eines neuen Phänomens, GmbHR 2000, S. 115–125.

- Hirte, Heribert*, Die organisierte „Bestattung“ von Kapitalgesellschaften: Gesetzgeberischer Handlungsbedarf im Gesellschafts- und Insolvenzrecht, ZInsO 2003, S. 833–844.
- Hoes, Volker*, Die Anerkennung einer Schuldbefreiung nach amerikanischem Recht in Deutschland, in: *Schäfer, Hans-Bernd* (Hrsg.), Konsequenzen wirtschaftsrechtlicher Normen, Kreditrecht – Verbraucherschutz – allgemeines Wirtschaftsrecht ; Festschrift für Claus Ott zum 65. Geburtstag, FS Ott, Wiesbaden 2002, S. 81–98.
- Hoffmann, Thomas*, Consumer Insolvency Tourism and the EIR – Stuck between Convergence Needs and the Stockholm Action Plan?, in: *Parry, Rebecca* (Hrsg.), The reform of international insolvency rules at European and national level, The reform of international insolvency rules at European and national level, Nottingham [u. a.] 2011, S. 191–206.
- Hoffmann, Thomas*, The Phenomenon of „Consumer Insolvency Tourism“ and its Challenges to European Legislation, Journal of Consumer Policy 2012, S. 461–475.
- Hölzle, Gerrit*, Wege in die Restschuldbefreiung und Schuldenerlass im Exil – Oder: Lohnt die Flucht nach Frankreich wirklich?, ZVI 2007, S. 1–7.
- Huber, Peter*, Internationales Insolvenzrecht in Europa, ZZP 114 (2001), S. 133–166.
- Huber, Peter*, Die Europäische Insolvenzverordnung, EuZW 2002, S. 490–496.
- Huber, Peter*, Der deutsch-englische Justizkonflikt – Kompetenzkonflikte im Internationalen Insolvenzrecht, in: *Lorenz, Stephan* (Hrsg.), Festschrift für Andreas Heldrich zum 70. Geburtstag, FS Heldrich, München 2005, S. 679–693.
- Huber, Peter*, Probleme der Internationalen Zuständigkeit und des forum shopping aus deutscher Sicht, in: *Gottwald, Peter/Huber, Peter* (Hrsg.), Europäisches Insolvenzrecht, kollektiver Rechtsschutz, Europ. InsR., Bd. 18, Bielefeld 2008, S. 1–37.
- Huber, Ulrich*, Das für die anfechtbare Rechtshandlung maßgebende Recht, in: *Lorenz, Stephan* (Hrsg.), Festschrift für Andreas Heldrich zum 70. Geburtstag, FS Heldrich, München 2005, S. 695–718.
- Jacoby, Florian*, Der ordre public-Vorbehalt beim forum shopping im Insolvenzrecht, GPR 2007, S. 200–206.
- Jäger, Ulrich*, Schnellere Restschuldbefreiung durch Mindestquote – § 300 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 InsO-RefE 2012 auf dem Prüfstand, ZVI 2012, S. 142–146.
- Jahn, Uwe/Sahm, Anne* (Hrsg.), Insolvenzen in Europa, 4. Aufl. 2004 (zitiert: Bearbeiter, in: *Insolvenzen in Europa*).
- Kammel, Volker*, Die Bestimmung der zuständigen Gerichte bei grenzüberschreitenden Konzerninsolvenzen, NZI 2006, S. 334–338.
- Kebekus, Frank*, Anmerkung zu AG Nürnberg, Beschluss vom 01.10.2006 – 8034 IN 1326/06, ZIP 2007, S. 84–87.
- Keggenhoff, Carsten*, Internationale Zuständigkeit bei grenzüberschreitenden Insolvenzverfahren, Der Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen gemäß Art. 3 Abs. 1 EuInsVO bei Gesellschaften und juristischen Personen, Hamburg 2006.
- Kemper, Jutta*, Die Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 über Insolvenzverfahren, ZIP 2001, S. 1609–1621.
- Kilper, Raik*, Unternehmensabwicklung außerhalb des gesetzlichen Insolvenz- und Liquidationsverfahrens in der GmbH 2009.
- Kindler, Peter*, Sitzverlegung und internationales Insolvenzrecht – zu EuGH, 17.1.2006 – Rs. C-1/04 – Staubitz-Schreiber, IPRax 2006, S. 114–116.
- Kindler, Peter/Nachmann, Josef* (Hrsg.), Handbuch Insolvenzrecht in Europa, 4. Aufl. 2014 (zitiert: Bearbeiter, in: *Handbuch Insolvenzrecht in Europa*).
- Kindler, Peter/Sakka, Samy*, Die Neufassung der Europäischen Insolvenzverordnung, EuZW 2015, S. 460–466.

- Kirchhof, Hans-Peter, Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 02.03.2006 - IX ZB 192/04, WuB VI A. § 3 InsO 2.06.
- Kirchhof, Hans-Peter, Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Insolvenzrecht, WM 2008, Sonderbeilage Nr. 1.
- Kirchhof, Hans-Peter (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, 3. Aufl. Bd. 2 2013 (zitiert: Bearbeiter, in: *MünchKomm-InsO*, Bd. 2).
- Kirchhof, Hans-Peter (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, Band 4, EuInsVO 2000, Art. 102 und 102a EGIInsO, EuInsVO 2015, Länderberichte, Internationales Insolvenzrecht, Insolvenzsteuerrecht, Sachverzeichnis für die Bände 1-3, 3. Aufl., Bd. 4, 2016 (zitiert: Bearbeiter, in: *MünchKomm-InsO*, Bd. 4).
- Klados, Charalabos, § 826 BGB - Ein legitimes Mittel zur Durchbrechung der Rechtskraft?, JuS 1997, S. 705-710.
- Kleindiek, Detlef, Organisierte Liquidation durch organisierte „Firmenbestattung“, ZGR 2007, S. 276-310.
- Kleine-Cosack, Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 25.06.2007 - AnwZ(B) 101/05, EWiR 2007, S. 685-686.
- Klöhn, Lars, Anmerkung zu AG Hamburg, Beschl. v. 16.08.2006 - 67a IE 1/06, NZI 2006, S. 653-655.
- Klöhn, Lars, Statische oder formale Lebenssachverhalte als „Interessen“ i. S. des Art. 3 I 1 EuInsVO? - Zum Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen einer im Ausland gegründeten Gesellschaft bei Einstellung ihrer werbenden Tätigkeit im Inland, NZI 2006, S. 383-386.
- Klöhn, Lars, Verlegung des Mittelpunkts der hauptsächlichen Interessen iSd Art. 3 Abs. 1 S. 1 EuInsVO vor Stellung des Insolvenzantrags, KTS 2006, S. 259-290.
- Klose, Andreas, Der Widerruf der Anwaltszulassung in der Insolvenz des Rechtsanwalts, BRAK-Mitt. 2010, S. 6-14.
- Knof, Béla, Europäisches Insolvenzrecht und Schuldbefreiungs-Tourismus, zugleich Anmerkung AG Celle, Beschl. v. 18.4.2005 - 29 IN 11/05, ZInsO 2005, S. 1017-1026.
- Knof, Béla, Perpetuatio fori und Attraktivkraft des Erstantrags im Europäischen Insolvenzrecht, Anm. zu BGH Beschl. v. 2.3.2006 - IX ZB 192/04, ZInsO 2006, S. 754-758.
- Knof, Béla, Der Ordre-Public-Vorbehalt nach Art. 26 EuInsVO - eine Allzweckwaffe gegen forum shopping im europäischen Insolvenzrecht? - zugleich eine Anmerkung zu den Entscheidungen im Insolvenzverfahren der Hans Brochier Holdings Ltd., ZInsO 2007, S. 629-637.
- Knof, Béla, Anmerkung zu High Court of Justice London, Urt. v. 26.11.2009 - [2009] EWHC 3199 (Ch), EWiR 2010, S. 563-564.
- Knof, Béla/Mock, Sebastian, Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 02.05.2006 - C-341/04, ZIP 2006, S. 911-915.
- Knof, Béla/Mock, Sebastian, Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 17.01.2006, Rs. C-1/04 - Susanne Stau-bitz-Schreiber, ZIP 2006, S. 189-192.
- Knof, Béla/Mock, Sebastian, Innerstaatliches Forum Shopping in der Konzerninsolvenz - Cologne Calling?, zugleich Anmerkung zu AG Köln, Beschluss v. 01.02.2008 - 73 IN 682/07, ZInsO 2008, S. 253-261.
- Koark, Anne, Restschuldbefreiung: Sozial ungerechte Quote ohne vernünftiges Wirtschaftsergebnis für das Schuldungsverfahren als „Gegenleistung“ für Verhaltensveränderungen tauschen?, ZInsO 2013, S. 64-66.
- Kocher, Eva, Die Restschuldbefreiung vor dem Bundesverfassungsgericht. Zu den Anforderungen an Richtervorlagen nach Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG, DZWIR 2004, S. 187-190.
- Koch, Harald, Europäisches Insolvenzrecht und Schuldbefreiungs-Tourismus, in: Mansel, Heinz-Peter (Hrsg.), Festschrift für Erik Jayme, FS Jayme, München 2004, S. 437-444.

- Köchling, Marcel, Der Gesetzesentwurf zur Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens und zur Stärkung der Gläubigerrechte – Stellungnahme aus Sicht eines Gläubigers, ZInsO 2013, S. 316–321.
- Kodek, Georg E., Das anwendbare Recht in grenzüberschreitenden Insolvenzen – Grundzüge und ausgewählte Probleme, in: Kodek, Georg E./Konecny, Andreas (Hrsg.), Insolvenz-Forum 2007, Vorträge anlässlich des 14. Insolvenz-Forums Grundlsee im November 2007, Insolvenz-Forum 2007, Wien 2008, S. 207–223.
- Köhler, Michael, Entschuldung und Rehabilitierung vermögensloser Personen im Verbraucherinsolvenzverfahren, Baden-Baden 2003.
- Köhler, Michael, Reform des Verbrauchersanierungsverfahrens in Frankreich – der lange Weg zur Restschuldbefreiung, ZVI 2003, S. 626–645.
- Kolmann, Stephan, Thoughts on the governing insolvency law, IILR 2011, S. 272–284.
- Konecny, Andreas, Europäische Insolvenzkultur(en) – Kampf oder Harmonisierung?, NZI 2008, S. 416–417.
- Konecny, Andreas, Vom Umgang mit dem europäischen Insolvenzrecht, in: Kodek, Georg E./Konecny, Andreas (Hrsg.), Insolvenz-Forum 2007, Vorträge anlässlich des 14. Insolvenz-Forums Grundlsee im November 2007, Insolvenz-Forum 2007, Wien 2008, S. 103–139.
- Konecny, Andreas, Vertrauen ist gut – will aber verdient sein!, in: Clavara, Selena/Garber, Thomas (Hrsg.), Grenzüberschreitende Insolvenzen im europäischen Binnenmarkt – die EuInsVO, Wien, Graz 2011, S. 17–29.
- Kourouvani, Eleni, Das künftige Verbraucherinsolvenzverfahren in Griechenland – endlich raus aus den Schulden?, ZVI 2010, S. 96–97.
- Kranzusch, Peter, Zur Reform des Insolvenzrechts im Bereich Restschuldbefreiung laut Regierungsentwurf, ZInsO 2012, S. 2169–2179.
- Krebber, Sebastian, Europäische Insolvenzordnung, Drittstaatengesellschaften und innergemeinschaftliche Konflikte, IPRax 2004, S. 540–543.
- Kroholler, Jan, Das Unbehagen am forum shopping, in: Henrich, Dieter (Hrsg.), Festschrift für Karl Firsching zum 70. Geburtstag, FS Firsching, München 1985, S. 165–173.
- Kübler, Bruno M., Der Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen nach Art. 3 Abs. 1 EuInsVO, in: Schilken, Eberhard (Hrsg.), Festschrift für Walter Gerhardt, FS Gerhardt, Köln 2004, S. 527–562.
- Lai, Luigi, Polish Consumer Insolvency Law, in: Parry, Rebecca (Hrsg.), The reform of international insolvency rules at European and national level. The reform of international insolvency rules at European and national level, Nottingham [u. a.] 2011, S. 97–101.
- Laroche, Peter, Entschuldung natürlicher Personen und Restschuldbefreiung nach deutschem und niederländischem Recht, Aachen 2003.
- Laroche, Peter/Prukowski, Wolfgang/Schöttler, Alexandra/Siebert, Volker/Vallender, Heinz, Insolvenzrechtsreform 2. Stufe – die geplanten Änderungen in der Insolvenz natürlicher Personen, ZIP 2012, S. 558–568.
- Laukemann, Björn, Rechtshängigkeit im europäischen Insolvenzrecht, RIW 2005, S. 104–112.
- Laukemann, Björn, Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 21.01.2010 – C-444/07 – Probud, LMK 2010, S. 299062.
- Laukemann, Björn, Der ordre public im europäischen Insolvenzverfahren, IPRax 2012, S. 207–215.
- Leible, Stefan/Staudinger, Ansgar, Die europäische Verordnung über Insolvenzverfahren, KTS 2000, S. 533–575.
- Leipold, Dieter, Zum künftigen Weg des deutschen Internationalen Insolvenzrechts (Anwendungsbereich, internationale Zuständigkeit, Annerkennung und Vollstreckung), in: Stoll, Hans (Hrsg.), Vorschläge und Gutachten zur Umsetzung des EU-Übereinkommens über Insolvenzverfahren im deutschen Recht, Vorschläge und Gutachten zum EuInsÜ, Tübingen 1997, S. 185–201.

- Leipold, Dieter*, Starker Auftritt – der Europäische Gerichtshof zum Europäischen Insolvenzrecht, in: *Hau, Wolfgang/Schmidt, Hubert* (Hrsg.), Facetten des Verfahrensrechts. Liber amicorum Walter F. Lindacher zum 70. Geburtstag am 20. Februar 2007, FS Lindacher, Köln 2007, S. 65–76.
- Leipold, Harald*, Anmerkungen eines Rechtspflegers in Insolvenzsachen zum Gesetz zur „Verkürzung der Wohlverhaltensphase“, ZInsO 2013, S. 2052–2053.
- Leonhardt, Peter/Smid, Stefan/Zeuner, Mark* (Hrsg.), Internationales Insolvenzrecht, 2. Aufl. 2012 (zitiert: Bearbeiter, in: *Int InsR*).
- Leutheusser-Schnarrenberger, Sabine*, Rede der Bundesjustizministerin beim siebten Deutschen Insolvenztage, NZI-aktuell, S. VII–X.
- Liersch, Oliver*, Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 27.11.2003 – IX ZB 418/02, NZI 2004, S. 141–142.
- Liersch, Oliver*, Nach der Eurofood-Entscheidung des EuGH: Genugtuung, aber auch viel Nachdenklichkeit, NZI 2006, S. Heft 6.
- Liersch, Oliver*, OLG Innsbruck: Anordnung einer so genannten „starken“ vorläufigen Insolvenzverwaltung in Deutschland ist als „Eröffnung“ eines Hauptinsolvenzverfahrens anzuerkennen, FD-InsR 2008, S. 265300.
- Lincke, Karl H.*, Das neue Konkursrecht für Spanien, NZI 2004, S. 69–72.
- Lissner, Stefan*, Die neuen Wege aus der Schuldenfalle, ZInsO 2014, S. 1150–1155.
- Lowitzsch, Jens/Balcerowicz, Ewa* (Hrsg.), Das Insolvenzrecht Mittel- und Osteuropas – Acht Länderanalysen sowie das internationale Insolvenzrecht im Vergleich, Insolvenzrecht Mittel- und Osteuropas Bd. 63 2004 (zitiert: Bearbeiter, in: *Insolvenzrecht Mittel- und Osteuropa*).
- Lüer, Hans-Jochem*, Art. 3 Abs. 1 EuInsVO – Grundlage für ein europäisches Konzerninsolvenzrecht oder Instrumentarium eines „Insolvenz-Imperialismus“?, in: *Piepenburg, Horst* (Hrsg.), Festschrift für Günter Greiner. Zum 70. Geburtstag am 19. März 2005, FS Greiner, Köln 2005, S. 201–214.
- Mackenroth, Geert*, Die GmbH-Reform: Kampf den Firmenbestattern, NJ 2009, S. 1–6.
- Magnus, Robert*, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 14.01.2014 – II ZR 192/13, LMK 2014, S. 358488.
- Mair, Julia*, Europäisches Insolvenzrecht und die Entscheidungen im Fall Stojevic, ZIK 2008, S. 83–88.
- Mankowski, Peter*, Anmerkung zu CA (Cour d’appel) Versailles, Urteil vom 04.09.2003 – 05038/03, EWiR 2003, S. 1239–1240.
- Mankowski, Peter*, Entwicklungen im Internationalen Privat- und Prozessrecht 2003/2004 (Teil 2), RIW 2004, S. 587–602.
- Mankowski, Peter*, Anmerkung zu Court of Appeal, Urt. v. 27.07.2005 – [2005] EWCA Civ 974, NZI 2005, S. 575–576.
- Mankowski, Peter*, Anmerkung zu High Court of Justice, Chancery Division, Birmingham, Urteil vom 18.04.2005 – 2375-2382/05, EWiR 2005, S. 637–638.
- Mankowski, Peter*, Entwicklungen im Internationalen Privat- und Prozessrecht 2004/2005 (Teil 2), RIW 2005, S. 561–579.
- Mankowski, Peter*, Grenzüberschreitender Umzug und das center of main interests im europäischen Internationalen Insolvenzrecht, NZI 2005, S. 368–373.
- Mankowski, Peter*, Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 02.03.2006 – IX ZB 192/04, EWiR 2006, S. 397–398.
- Mankowski, Peter*, Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 17.01.2006 – C-1/04 – Susanne Staubitz-Schreiber, NZI 2006, S. 154–155.
- Mankowski, Peter*, Klärung von Grundfragen des europäischen Internationalen Insolvenzrechts durch die Eurofood-Entscheidung?, Centre of main interests (COMI), Anerkennung, ordre public, vorläufige Insolvenzverwaltung, BB 2006, S. 1753–1759.

- Mankowski, Peter*, Anmerkung zu AG München, Beschl. v. 05.02.2007 – 1503 IE 4371/06, NZI 2007, S. 360–361.
- Mankowski, Peter*, Anmerkung zu High Court of Justice, Beschl. v. 20.12.2006 – No. 9849/02, EWIR 2007, S. 463–464.
- Mankowski, Peter*, Anmerkung zu High Court of Justice, Chancery Division, Beschl. v. 15.08.2006 – No. 5618/06, EWIR 2007, S. 177–178.
- Mankowski, Peter*, Rechtsbehelfe gegen Zwangsvollstreckungsmaßnahmen, die trotz einer ausländischen Insolvenz erfolgen, ZInsO 2007, S. 1324–1331.
- Mankowski, Peter*, Anmerkung zu OLG Innsbruck, Beschl. v. 08.07.2008 – 1 R 176/08d, NZI 2008, S. 703–704.
- Mankowski, Peter*, Lässt sich eine Konzerninsolvenz durch Insolvency Planning erreichen?, NZI 2008, S. 355–356.
- Mankowski, Peter*, Anmerkung zu High Court of Justice, Beschl. v. 11.02. 2009 – [2009] EWHC 206 (Ch), NZI 2009, S. 451–452.
- Mankowski, Peter*, Bestimmung der Insolvenzmasse und Pfändungsschutz unter der EuInsVO, NZI 2009, S. 785–789.
- Mankowski, Peter*, Keine Litispendsenzsperre unter der EuInsVO, KTS 2009, S. 453–466.
- Mankowski, Peter*, Anmerkung zu Cour d'appel Colmar, Urt. v. 31.03.2010 – 1re ch. civ. B 08/04852, EWIR 2010, S. 453–454.
- Mankowski, Peter*, Gläubigerstrategien zur Fixierung des schuldnerischen Centre of Main Interests (COMI), ZIP 2010, S. 1376–1386.
- Mankowski, Peter*, Keine Anordnung von Vollstreckungsmaßnahmen nach Eröffnung des Hauptinsolvenzverfahrens in anderem Mitgliedsstaat – EuGH, Urt. v. 21.01.2010 – C-444/07 – MG Pro-bud Gdynia sp. o. o., NZI 2010, S. 178–179.
- Mankowski, Peter*, Neues zur Europäischen Insolvenzverordnung (EuInsVO) – eine Momentaufnahme, in: *Konecny, Andreas* (Hrsg.), Insolvenz-Forum 2009, Vorträge anlässlich des 16. Insolvenz-Forums Grundsee im November 2009, Insolvenz-Forum 2009, Wien, Graz 2010, S. 51–80.
- Mankowski, Peter*, Anmerkung zu LG Köln, Urt. v. 14.10.2011 – 82 – O 15/08, NZI 2011, S. 958–959.
- Mankowski, Peter*, Case Note, IILR 2011, S. 109–111.
- Mankowski, Peter*, Der ordre public im europäischen und im deutschen Internationalen Insolvenzrecht, KTS 2011, S. 185–218.
- Mankowski, Peter*, Internationale Nachlassinsolvenzverfahren, ZIP 2011, S. 1501–1506.
- Mankowski, Peter*, Anmerkung zu LG Passau, Schlussurt. v. 16.01.2014 – 1 O 721/13, NZI 2014, S. 1020–1021.
- Mankowski, Peter/Willemer, Charlotte*, Die internationale Zuständigkeit für Insolvenzanfechtungsklagen, RIW 2009, S. 669–679.
- Mansel, Heinz-Peter*, Grenzüberschreitende Restschuldbefreiung – Anerkennung einer (automatic) discharge nach englischem Recht und ordre public, in: *Kronke, Herbert/Thorn, Karsten* (Hrsg.), Grenzen überwinden – Prinzipien bewahren. Festschrift für Bernd von Hoffmann zum 70. Geburtstag, FS von Hoffmann, Bielefeld 2012, S. 683–687.
- Martini, Torsten*, Anmerkung zu OVG Münster, Beschl. v. 04.05.2011 – 4 A 697/10, jurisPR-InsR 14/2011, S. Anm. 4.
- Mäsch, Gerald*, Vitamine für Kartellopfere – Forum Shopping im europäischen Kartellrecht, (zu Provimi Ltd. ./ Roche Products Ltd. and other actions, 6.6.2003, [2003] EWHC 961 (Comm) [2003], 2 All ER (Comm) 683, und LG Dortmund, 1.4.2004 – 13 O 55/02, IPRax 2005, S. 509–516.

- Matscher, Franz*, Der verfahrensrechtliche ordre public im Spannungsfeld von EMRK und Gemeinschaftsrecht, Bemerkungen zu den Urteilen des EuGH und des EGMR in der Sache Krombach (zu EGMR, 13.2.2001 - No. 29731/96 - Krombach c. Frankreich), IPRax 2001, S. 428–436.
- May, Hartmut*, „Wo Du nicht bist, da ist das Glück“ - Die Konkurs-Wanderungen entbehrlich machen, ZInsO 2012, S. 165–169.
- McCormack, Gerard*, Jurisdictional competition and forum shopping in insolvency proceedings, C.L.J. 68 (2009), S. 169–197.
- McCormack, Gerard*, Time to Revise the Insolvency Regulation, IILR 2011, S. 122–130.
- McDonald, Henry*, Irish dogde debts through UK „bankruptcy tourism“, The Guardian vom 27.05.2012.
- McGuire, Mary-Rose*, Forum Shopping und Verweisung, ZfRV 2005, S. 83–93.
- McKenzie Skene, Donna W.*, Forgiving our Debtors: a Scottish Perspective on a Fresh Start for Debtors, IIR 2005, S. 1–26.
- Medicus, Dieter*, Schulden und Verschulden. Zum Verhältnis zwischen Zivilrecht und Restschuldbefreiung, DZWIR 2007, S. 221–227.
- Mehring, Thomas*, Die Durchsetzung von Ansprüchen trotz Restschuldbefreiung nach englischem oder französischem Recht, ZInsO 2012, S. 1247–1253.
- Mock, Sebastian*, Das (geplante) neue europäische Insolvenzrecht nach dem Vorschlag der Kommission zur Reform der EuInsVO, GPR 2013, S. 156–166.
- Möhlen, Peter*, Trägerischer Anreiz 35 % - die Kostenhürde auf dem Weg zur vorzeitigen Restschuldbefreiung nach 3 Jahren gem. § 300 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 InsO, ZInsO 2015, S. 1603–1607.
- Mohrbutter, Harro*, Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 18.09.2001 - IX ZB 51/00, WuB VI C. § 3 InsO 1.02.
- Moore, Susan*, COMI migration: the future, Insolv. Int. 2009, S. 22–25.
- Moss, Gabriel S.*, Jurisdiction follows the sun: debtor successfully moves COMI to Spain, Insolv. Int. 2005, S. 60.
- Moss, Gabriel S.*, Viennese waltz for two main proceedings: the Stojevic saga, Insolv. Int. 2005, S. 141–143.
- Moss, Gabriel S.*, Asking the right questions? Highs and lows of the ECJ judgment in Eurofood, Insolv. Int. 2006, S. 97–102.
- Moss, Gabriel S.*, When is a proceeding opened?, Insolv. Int. 2008, S. 33–40.
- Moss, Gabriel S./Fletcher, Ian F./Isaacs, Stuart* (Hrsg.), The EC regulation on insolvency proceedings. A commentary and annotated guide, 2. Aufl. 2009 (zitiert: Bearbeiter, in: *The EC regulation on insolvency proceedings*).
- Moss, Gabriel S./Paulus, Christoph G.*, The European Insolvency Regulation - the case for urgent reform, Insolv. Int. 2006, S. 1–5.
- Müller, Hans-Friedrich*, Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 02.03.2006 - IX ZB 192/04 (LG München I) und BGH, Beschluss vom 09.02.2006 - IX ZB 418/02 (LG Wuppertal), LMK 2006, S. 178796.
- Müller, Karsten*, Anmerkung zu AG München, Beschluss vom 05.02.2007 - 1503 IE 4371/06, EWiR 2007, S. 277–278.
- Müller, Nicole*, Anmerkung zu LG Hamburg, Beschl. v. 18.08.2005 - 326 T 34/05, FD-InsR 2006, S. 182297.
- Nawroth, Mario*, Anmerkung zu AG Hildesheim, Beschl. v. 18.06.2009 - 51 IE 2/09, ZInsO 2009, S. 1545–1546.
- Nerlich, Jörg*, Die Europäische Insolvenzverordnung - Globalisierung des Insolvenzrechts?, NZI 2002, S. Heft 6.

- Niggemann, Friedrich/Blenske, Holger*, Die Auswirkungen der Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 auf den deutsch-französischen Rechtsverkehr, NZI 2003, S. 471–480.
- Nunner-Krautgasser, Bettina*, Rechtsprobleme der Prüfung der Zuständigkeit nach der EuInsVO, in: *Clavora, Selena/Garber, Thomas* (Hrsg.), Grenzüberschreitende Insolvenzen im europäischen Binnenmarkt – die EuInsVO, Wien, Graz 2011, S. 31–39.
- Nunner-Krautgasser, Bettina/Anzenberger, Philipp*, Verbraucherinsolvenz in Österreich: Rechtslage und Reformbestrebungen, ZInsO 2012, S. 2359–2369.
- Oberhammer, Paul*, Europäisches Insolvenzrecht in praxi – „Was bisher geschah“, ZInsO 2004, S. 761–773.
- Oberhammer, Paul*, Von der EuInsVO zum europäischen Insolvenzrecht – Eine Zwischenbilanz über rechtspolitische Gestaltungsmittel, KTS 2009, S. 27–67.
- O’Carroll, Lisa*, Ireland turns to bankruptcy tourism, The Guardian vom 18.02.2011.
- Oechsler, Jürgen/Horn, Norbert/Staudinger, Julius von* (Hrsg.), §§ 826 – 829, Neubearbeitung 2014 Neubearb. 2014 (zitiert: Bearbeiter, in: *Staudinger*).
- Osterloh-Konrad, Christine*, Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 18.07.2013 – Rs. C-147/12 – ÖFAB, JZ 2014, S. 44–47.
- Pannen, Klaus/Kühnle, Tina/Riedemann, Susanne*, Die Stellung des deutschen Insolvenzverwalters in einem Insolvenzverfahren mit europäischen Bezug, NZI 2003, S. 72–78.
- Pannen, Klaus/Riedemann, Susanne*, Der Begriff des „centre of main interests“ i.S. des Art. 3 I 1 EuInsVO im Spiegel aktueller Fälle aus der Rechtsprechung, NZI 2004, S. 646–651.
- Pape, Gerhard*, Keine Prozesskostenhilfe für den Gesamtvollstreckungsschuldner zwecks Restschuldbefreiung?, ZIP 1997, S. 190–195.
- Pape, Gerhard*, Vorzeitige Erteilung der Restschuldbefreiung bei fehlenden Forderungsanmeldungen, NZI 2004, S. 1–7.
- Pape, Gerhard*, Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 17.3.2005 – IX ZB 214/04, ZInsO 2005, S. 599–600.
- Pape, Gerhard*, Entwicklung der Rechtsprechung zum Verbraucher- und Restschuldbefreiungsverfahren im Jahre 2004 – Teil II, ZInsO 2005, S. 682–691.
- Pape, Gerhard*, Gesetzwidrigkeit der Verweisung des Insolvenzverfahrens bei gewerbsmäßiger Firmenbestattung, ZIP 2006, S. 877–883.
- Pape, Gerhard*, Anmerkung zu Schulden und Verschulden – Zum Verhältnis zwischen Zivilrecht und Restschuldbefreiung von Dieter Medicus, ZInsO 2007, S. 933.
- Pape, Gerhard*, Entwicklung der Rechtsprechung zum Verbraucherinsolvenz- und Restschuldbefreiungsverfahren in den Jahren 2005 – 2007 (Teil 2), ZInsO 2007, S. 1289–1318.
- Pape, Gerhard*, Rechtsprechungsüberblick zum Regelinsolvenzverfahren für die Jahre 2004 – 2006, Teil 2: Insolvenzeröffnungsverfahren/Insolvenzfähigkeit/Gläubiger- und Schuldneranträge/Antragserledigung/vorläufige Insolvenzverwaltung/Verfahrensunterbrechung, ZInsO 2007, S. 173–188.
- Pape, Gerhard*, Entwicklung der Rechtsprechung zur Eröffnung des Regelinsolvenzverfahrens im Jahre 2007/2008 – Teil I, ZInsO 2008, S. 985–997.
- Pape, Gerhard*, Verbraucherinsolvenz 2012 – gefühlter und tatsächlicher Bedarf, ZVI 2012, S. 150–155.
- Pape, Gerhard/Uhlenbruck, Wilhelm/Voigt-Salus, Joachim*, Insolvenzrecht, 2. Aufl., München 2010.
- Paulick, Andreas/Simon, Carla*, „EU-Grenzgänger“ und die Anwendbarkeit der deutschen Pfändungsschutzvorschriften, ZInsO 2009, S. 1933–1939.
- Paulus, Christoph G.*, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 27.05.1993 – IX ZR 254/92, ZEuP 1994, S. 309–317.
- Paulus, Christoph G.*, Verbindungslinien des neuen Insolvenzrechts, ZIP 2000, S. 2189–2195.

- Paulus, Christoph G.*, Die europäische Insolvenzordnung und der deutsche Insolvenzverwalter, NZI 2001, S. 505–516.
- Paulus, Christoph G.*, Zuständigkeitsfragen nach der Europäischen Insolvenzverordnung. Zugleich Besprechung von High Court of Justice Leeds, Beschl. v. 15.5.2003 – No 861-876/03, ZIP 2003, S. 1725–1729.
- Paulus, Christoph G.*, Über den Einfluss des europäischen Insolvenzrechts auf das deutsche Insolvenzwesen, in: *Haarmeyer, Hans/Hirte, Heribert/Kirchhof, Hans-Peter, u. a.* (Hrsg.), Verschuldung, Haftung, Vollstreckung, Insolvenz – Festschrift für Gerhart Kreft zum 65. Geburtstag, FS Kreft, Recklinghausen 2004, S. 469–481.
- Paulus, Christoph G.*, Anmerkung zu OLG Wien, Beschl. v. 09.11.2004 – 28 R 225/04w, NZI 2005, S. 62–63.
- Paulus, Christoph G.*, Der EuGH und das moderne Insolvenzrecht, NZG 2006, S. 609–613.
- Paulus, Christoph G.*, Anmerkung zu Arrondissementsgericht Amsterdam, Beschluss vom 31.01.2007 – FT RK 07-93 und 07-122, EWiR 2007, S. 143–144.
- Paulus, Christoph G.*, Anmerkung zu High Court of Justice London, Beschluss vom 20.12.2006 – No. 9849/02, NZI 2007, S. 367.
- Paulus, Christoph G.*, Anmerkung zu LG Patra, Beschluss vom 02.05.2007 – 316/06, EWiR 2007, S. 563–564.
- Paulus, Christoph G.*, The aftermath of „Eurofood“ – BenQ Holding BV and the deficiencies of the ECJ decision, *Insolv. Int.* 2007, S. 85–87.
- Paulus, Christoph G.*, Anmerkung zu AG Köln, Beschluss vom 19.02.2008, 73 IE 1/08, EWiR 2008, S. 531–532.
- Paulus, Christoph G.*, Anmerkung zu OLG Innsbruck, Beschl. v. 08.07.2008 – 1 R 176/08d, EWiR 2008, S. 653–654.
- Paulus, Christoph G.*, Die EuInsVO – wo geht die Reise hin?, NZI 2008, S. 1–6.
- Paulus, Christoph G.*, Anmerkung zu High Court of Justice London, Beschl. v. 11.02.2009 – [2009] EWHC 206 (Ch), EWiR 2009, S. 177–178.
- Paulus, Christoph G.*, Ein Kaleidoskop aus der Geschichte des Insolvenzrechts, JZ 2009, S. 1148–1155.
- Paulus, Christoph G.*, Restschuldbefreiung in der Zwangsvollstreckung, DGVZ 2010, S. 98–101.
- Paulus, Christoph G.*, Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 08.03.2012 – IX ZB 178/11, EWiR 2012, S. 315–316.
- Paulus, Christoph G.*, EuInsVO: Änderungen am Horizont und ihre Auswirkungen, NZI 2012, S. 297–303.
- Paulus, Christoph G.*, Shaping the contours of a hybrid concept – Mr Quinn’s COMI: Irish Bank Resolution Corporation Ltd v Quinn [2012] NICH 1, *Insolv. Int.* 2012, S. 75–76.
- Paulus, Christoph G.*, Die EuInsVO in ihrer künftigen Gestalt: Keine Rundum-Erneuerung, aber deutlich modernisiert, BB 2013, S. Heft 4 S. I.
- Paulus, Christoph G.*, Europäische Insolvenzverordnung, 4. Aufl., Frankfurt am Main 2013.
- Paulus, Christoph G.*, Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 16.01.2014 – Rs C-328/12 – Schmid, EWiR 2014, S. 85–86.
- Paulus, Christoph G.*, Globale Grundsätze für die Zusammenarbeit in grenzüberschreitenden Insolvenzen und globale Richtlinien für die gerichtliche Kommunikation, RIW 2014, S. 194–211.
- Pel, Uwe*, Neues zur Insolvenzflucht nach England – ein Gläubigervertreterbericht („Londoner Radiologe III“), ZVI 2008, S. 152–155.
- Pel, Uwe*, Für Insolvenzflüchtlinge in England brechen härtere Zeiten an, INDat-Report 2010, S. 30–31.

- Petkovich, Drazan/McKenna, Cameron*, The correct time to determine the debtor's COMI – case note an commentary on Staubitz-Schreiber (ECJ) and Vlieland-Boddy (UKCA), IL and P 2006, S. 76.
- Piekenbrock, Andreas*, EUGH: Wohnsitzerfordernis für Zuständigkeit für die Restschuldbefreiung verletzt Niederlassungsfreiheit, LMK 2013, S. 342338.
- Pinterich, Claudia*, Das grenzüberschreitende europäische Insolvenzverfahren nach der EuInsVO, ZfRV 2008, S. 221–238.
- Poertzen, Christoph/Adam, Dietmar*, Die Bestimmung des „centre of main interests“ gem. Art. 3 Abs. 1 EuInsVO, Anmerkung zum Ur. des EuGH („Parmalat“) v. 2.5.2006 – C-341/04 – ZInsO 2006, 484 ff., ZInsO 2006, S. 505–510.
- Prager, Martin/Keller, Christoph*, Die Einrede des Art. 13 EuInsVO, NZI 2011, S. 697–701.
- Prager, Martin/Keller, Christoph*, Der Vorschlag der Europäischen Kommission zur Reform der EuInsVO, NZI 2013, S. 57–64.
- Priebe, Klaus*, Bankrott in Britain, ZInsO 2012, S. 2074–2083.
- Priebe, Klaus*, Zur Anerkennung der Wirkungen eines Insolvenzverfahrens nach englisch-walisischem Recht in Deutschland, Anmerkung zu BGH, Ur. v. 10.09.2015 – IX ZR 304/13, ZInsO 2016, S. 601–610.
- Regen, Ekkehard*, Prozessbetrug als Anerkennungshindernis. Ein Beitrag zur Konkretisierung des Ordre-public-Vorbehaltes, Jena 2008.
- Reilly, Jerome*, Bankruptcy tourism to grow as debtors declare in UK, Independent.ie vom 13.11.2011.
- Rein, Andreas*, Der Insolvenzplan im Verbraucherinsolvenzverfahren, ZVI 2014, S. 239–244.
- Reinhart, Stefan*, Die Bedeutung der EuInsVO im Insolvenzeröffnungsverfahren – Verfahren bei internationaler Zuständigkeit nach Art. 102 EG InsO, NZI 2009, S. 73–79.
- Reinhart, Stefan*, Die Überarbeitung der EuInsVO, NZI 2012, S. 304–311.
- Reisenhofer, Barbara*, Zur Insolvenzmasse nach der EuInsVO – Lohnpfändungsschutz in der grenzüberschreitenden Insolvenz, in: *Clavara, Selena/Garber, Thomas* (Hrsg.), Grenzüberschreitende Insolvenzen im europäischen Binnenmarkt – die EuInsVO, Wien, Graz 2011, S. 157–168.
- Reisinger, Manuel*, Die Befugnisse des Insolvenzverwalters, in: *Clavara, Selena/Garber, Thomas* (Hrsg.), Grenzüberschreitende Insolvenzen im europäischen Binnenmarkt – die EuInsVO, Wien, Graz 2011, S. 143–156.
- Renger, Christoph*, Verfahrensunterbrechung gem. § 240 ZPO durch Bankruptcy-Verfahren, VIA 2011, S. 62–63.
- Renger, Christoph*, Wege zur Restschuldbefreiung nach dem Insolvency Act 1986. Mit Bezügen zum deutschen Recht und unter Berücksichtigung anerkennungsrechtlicher Probleme nach der EuInsVO, Frankfurt am Main, Berlin, Brüssel, New York, Oxford, Wien 2011.
- Reuß, Philipp M.*, Forum shopping und das Rechtsmissbrauchsverbot im Europäischen Insolvenzrecht, in: *Clavara, Selena/Garber, Thomas* (Hrsg.), Grenzüberschreitende Insolvenzen im europäischen Binnenmarkt – die EuInsVO, Wien, Graz 2011, S. 81–103.
- Reuß, Philipp M.*, „Forum Shopping“ in der Insolvenz. Missbräuchliche Dimension der Wahrnehmung unionsrechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten, Tübingen 2011.
- Reuß, Philipp M.*, Europäisches Insolvenzrecht 3.0 oder doch nur Version 1.1?, EuZW 2013, S. 165–169.
- Ringe, Wolf-Georg*, Forum Shopping under the EU Insolvency Regulation, EBOR 9 (2008), S. 579–620.
- Ringe, Wolf-Georg*, Sekundärinsolvenzverfahren der Europäischen Insolvenzverordnung, IPRAx 2013, S. 330–336.

- Ritter, Matthias, Die neue 25 %-Quote zur Verkürzung der Restschuldbefreiungsphase – geht die Reform ins Leere, ZVI 2014, S. 135–136.
- Rörmann, Volker, Anmerkung zum Beschluss des Anwaltssenats des BGH vom 25.06.2007 – AnwZ (B) 101/05, AnwBl 2007, S. 715–716.
- Rossbach, Oliver, Europäische Insolvenzverwalter in Deutschland, Köln 2006.
- Rostegge, Jochen P., Zuständigkeitsfragen bei der Insolvenz in- und ausländischer Konzerngesellschaften, ZIP 2008, S. 955–962.
- Rumberg, Carsten, Entwicklungen der „Rescue Culture“ im englischen Insolvenzrecht. Neue Gründe für ein „Forum Shopping“ in Insolvenzverfahren, RIW 2010, S. 358–367.
- Runkel, Hans-Peter, Der Freiberufler in der Insolvenz, ZVI 2007, S. 45–54.
- Saenger, Ingo/Klockenbrink, Ulrich, Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 17.01.2006 – Rs. C-1/04, WuB VI A. § 4 InsO 1.06.
- Saenger, Ingo/Klockenbrink, Ulrich, Anerkennungsfragen im internationalen Insolvenzrecht gelöst? Zugleich Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 2.5.2006 – Rs. C-341/04 (Eurofood/Parmalat), EuZW 2006, S. 363–367.
- Saenger, Ingo/Klockenbrink, Ulrich, Neue Grenzen für ein forum shopping des Insolvenzschuldners?, DZWIR 2006, S. 183–185.
- Sander, Florian/Breßler, Steffen, Das Dilemma mitgliedstaatlicher Rechtsgleichheit und unterschiedlicher Rechtsschutzstandards in der Europäischen Union. Zum Umgang mit sogenannten „Torpedoklagen“, ZZP 122 (2009), S. 157–185.
- Schall, Alexander, Deutsches Case Law? – zur Anwendung englischen Rechts unter § 293 ZPO, ZZP 122 (2009), S. 293–325.
- Schildt, Charlotte, Die Insolvenz des Freiberuflers, Baden-Baden 2006.
- Schilling, Simon/Schmidt, Jessica, Anmerkung zu LG Hamburg, Beschluss vom 18.08.2005 – 326 T 34/05, EWiR 2006, S. 15–16.
- Schilling, Simon/Schmidt, Jessica, COMI und vorläufiger Insolvenzverwalter – Problem gelöst? Die Schlussanträge in der Rechtssache „Eurofood/Parmalat“ als wesentlicher Schritt zur Lösung der Kontroverse um die Auslegung der EuInsVO, ZInsO 2006, S. 113–118.
- Schmerbach, Ulrich, Die geplante Entschuldung völlig mittelloser Personen, NZI 2007, S. 198–203.
- Schmerbach, Ulrich, Der Regierungsentwurf vom 18.07.2012 – Änderungen in Insolvenzverfahren natürlicher Personen, NZI 2012, S. 689–695.
- Schmerbach, Ulrich, Gesetz zur Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens und zur Stärkung der Gläubigerrechte verabschiedet – Ende gut, alles gut?, NZI 2013, S. 566–573.
- Schmerbach, Ulrich, Kosten bei vorzeitiger Erteilung der RSB nach drei Jahren gem. § 300 InsO nF und beim Insolvenzplan, NZI 2014, S. 554–555.
- Schmidt, Jessica, Perpetuatio fori im europäischen internationalen Insolvenzrecht, Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 17.1.2006 – Rs C-1/04, „Susanne Staubitz-Schreiber“, ZInsO 2006, S. 88–90.
- Schmidt, Jessica, Eurofood – Eine Leitentscheidung und ihre Rezeption in Europa und den USA, ZIP 2007, S. 405–410.
- Schmidt, Jessica, Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 21.01.2010 – Rs C-444/07 – Probud, EWiR 2010, S. 77–78.
- Schmidt, Jessica, Anmerkung zu EuGH (GA) v. 10.03.2011 – Rs C-396/09, EWiR 2011, S. 345–346.
- Schmidt, Karsten (Hrsg.), Insolvenzgesetze KO/VglO/GesO, 17. Aufl. 1997 (zitiert: Bearbeiter, in: *Insolvenzgesetze KO/VglO/GesO*).
- Schmidt, Karsten, Flexibilität und Praktikabilität im Konzerninsolvenzrecht – Die Zuständigkeitsfrage als Beispiel, ZIP 2012, S. 1053–1058.

- Schmidt, Nikolaus/Liebscher, Marc*, Der Wirtschaftsstandort Polen heute – Der Insolvenzstandort von morgen? Gegenüberstellung von deutschem und polnischem Insolvenzrecht, ZInsO 2007, S. 393–405.
- Schmittmann, Jens M.*, Vermögensverfall und Widerruf der Bestellung bei freien kammergebundenen rechts- und steuerberatenden Berufen, NJW 2002, S. 182–185.
- Schmittmann, Jens M.*, Widerruf der Anwaltszulassung wegen Vermögensverfalls trotz Anstellungsverhältnisses, VIA 2011, S. 71–72.
- Schmittmann, Jens M./Hesselmann, Thomas*, Die internationale Zuständigkeit und Wirkungserstreckung in der EuInsVO unter besonderer Berücksichtigung von Kompetenzkonflikten, ZInsO 2008, S. 957–967.
- Schollmeyer, Eberhard*, Vollstreckungsschutz kraft ausländischen Insolvenzrechts und Inlandsklausel, IPRax 2003, S. 227–230.
- Schönen, Simone*, Verbraucherinsolvenzrecht im internationalen Vergleich unter besonderer Berücksichtigung der Vorschriften zur Restschuldbefreiung (Teil I), ZVI 2009, S. 229–240.
- Schönen, Simone*, Verbraucherinsolvenzrecht im internationalen Vergleich unter besonderer Berücksichtigung der Vorschriften zur Restschuldbefreiung (Teil II), ZVI 2010, S. 81–95.
- Schönke, Adolf/Schröder Horst* (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. (2014) (zitiert: Schönke/Schröder, StGB).
- Schön, Wolfgang*, Der „Rechtsmissbrauch“ im Europäischen Gesellschaftsrecht, in: *Wank, Rolf* (Hrsg.), Festschrift für Herbert Wiedemann zum 70. Geburtstag, FS Wiedemann, München 2002, S. 1271–1295.
- Schroeders, Kathrin*, Anmerkung zu OLG Köln, Urt. v. 28.02.2013 – 18 U 298/11, NZI 2013, S. 512.
- Schulte, Johannes*, Die europäische Restschuldbefreiung – Zu den rechtsvergleichenden und kollisionsrechtlichen Aspekten der Restschuldbefreiung im europäischen Insolvenzrecht, Berlin, Heidelberg 2001.
- Schurig, Klaus*, Die Gesetzesumgehung im Privatrecht, in: *Heldrich, Andreas/Sonnenberger, Hans-Jürgen/Ansay, Tugrul, u. a.* (Hrsg.), Festschrift für Murad Ferid, FS Ferid, Frankfurt am Main 1988, S. 375–422.
- Schwemmer, Anja-Sophia*, Die Verlegung des centre of main interests (COMI) im Anwendungsreich der EuInsVO, NZI 2009, S. 355–359.
- Seibert, Ulrich*, Die rechtsmissbräuchliche Verwendung der GmbH in der Krise – Stellungnahmen zu einer Umfrage des Bundesministeriums der Justiz, in: *Crezelius, Georg* (Hrsg.), Festschrift für Volker Röhrich zum 65. Geburtstag, Gesellschaftsrecht, Rechnungslegung, Sportrecht, Köln 2005, S. 585–601.
- Seraglini, Christophe*, L'ordre public et la faillite internationale: Une première application dans le cadre de l'affaire Eurofood, in: *Affaki, Georges* (Hrsg.), Faillite internationale et conflit de juridictions, Regards croisés transatlantiques, Faillite internationale et conflit de juridictions, 2007, S. 171–196.
- Sitz, Hans-Joachim*, Anmerkung zu LG Schwerin, Beschl. v. 15.06.2006 – 2 Ss 66/06, VersR 2007, S. 401.
- Smid, Stefan* (Hrsg.), Gesamtvollstreckungsordnung, Kommentar: das Insolvenzrecht der fünf neuen Bundesländer und Ostberlins, 3. Aufl. 1997 (zitiert: Bearbeiter, in: *GesO*).
- Smid, Stefan*, Grenzüberschreitende Insolvenzverwaltung in Europa, in: *Schütze, Rolf A.* (Hrsg.), Einheit und Vielfalt des Rechts – Festschrift für Reinhold Geimer zum 65. Geburtstag, FS Geimer, München 2002, S. 1215–1240.
- Smid, Stefan*, Vier Entscheidungen englischer und deutscher Gerichte zur europäischen internationalen Zuständigkeit zur Eröffnung von Hauptinsolvenzverfahren, DZWIR 2003, S. 397–404.
- Smid, Stefan*, Judikatur zum internationalen Insolvenzrecht, DZWIR 2004, S. 397–411.

- Smid, Stefan*, Anmerkung zu Supreme Court of Ireland, Entscheidung vom 27.04.2004 - 147/04, DZWIR 2005, S. 64–67.
- Smid, Stefan*, EuGH zu „Eurofood“, BGH zur internationalen Zuständigkeit: Neueste Judikatur zur EuInsVO, DZWIR 2006, S. 325–329.
- Smid, Stefan*, Internationales Insolvenzrecht im Spiegel ausgewählter Verfahren und Entscheidungen, DZWIR 2006, S. 45–50.
- Smid, Stefan*, Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 02.03.2006 - IX ZB 192/04, jurisPR-InsR 12/2006, S. Anm. 1.
- Smid, Stefan*, Gegen den Strom – Eröffnet das deutsche Insolvenzgericht durch Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters ein Hauptinsolvenzverfahren?, NZI 2009, S. 150–153.
- Smid, Stefan*, Verfahren bei Zweifeln an der internationalen Zuständigkeit des deutschen Insolvenzgerichts, in: *Geimer, Reinhold/Schütze, Rolf A./Garber, Thomas* (Hrsg.), Europäische und internationale Dimension des Rechts, Festschrift für Daphne-Ariane Simotta, FS Simotta, Wien 2012, S. 545–558.
- Smid, Stefan*, Voraussetzungen der Eröffnung eines deutschen Sekundärinsolvenzverfahrens – Geltendes Recht und Reformpläne, ZInsO 2013, S. 953–970.
- Smyth, Jamie*, Bankruptcy tourists cross Irish Sea, Financial Times vom 19.12.2011.
- Spellenberg, Ulrich*, Der ordre public im Internationalen Insolvenzrecht, in: *Stoll, Hans/Karatzenis, Fotios* (Hrsg.), Stellungnahmen und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Insolvenzrechts – Im Auftrag der Sonderkommission „Internationales Insolvenzrecht“ des Deutschen Rates für Internationales Privatrecht, Stellungnahmen und Gutachten, 1992, Tübingen 1992, S. 183–200.
- Springeneer, Helga*, Der insolvenzrechtliche Umgang mit „Masselosen“: Die US-amerikanische „Straight liquidation“, das französische „Retablissement personelle“ und die britische „Debt relief order“, VuR 2005, S. 441–446.
- Stanley, Clare*, Excessive pension contributions in bankruptcy, Insolv. Int. 2002, S. 68–69.
- Stephan, Guido*, Die Reform des Verbraucherinsolvenz- und Restschuldbefreiungsverfahrens, VIA 2011, S. 25–27.
- Stephan, Guido*, Stellungnahme zum Referentwurf eines Gesetzes zur Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens, zur Stärkung der Gläubigerrechte und zur Insolvenzfestigkeit von Lizenzen, ZVI 2012, S. 85–92.
- Stürner, Rolf*, Anerkennungsrechtlicher und europäischer Ordre Public als Schranke der Vollstreckbarerklärung – der Bundesgerichtshof und die Staatlichkeit in der Europäischen Union, in: *Schmidt, Karsten/Canaris, Claus-Wilhelm* (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof – Zivilprozeß, Insolvenz, Öffentliches Recht, 50 Jahre BGH, München 2000, S. 677–697.
- Stürner, Rolf/Fix, Michael*, Das maßgebliche Recht im Sinne des Art. 13 EuInsVO – Bestimmung und Geltungsumfang, in: *Flitsch, Michael* (Hrsg.), Festschrift für Jobst Wellensiek zum 80. Geburtstag, München 2011, S. 833–843.
- Sujecki, Bartosz*, Die Möglichkeiten und Grenzen der Abschaffung des ordre public-Vorbehalts im Europäischen Zivilprozessrecht, ZEuP 2008, S. 458–479.
- Summ, Cornelia*, Anerkennung ausländischer Konkurse in der Bundesrepublik Deutschland – Eine Darstellung am Beispiel englischer, italienischer und französischer Insolvenzverfahren, Berlin 1992.
- Tashiro, Annerose*, AG Hamburg: Einmal zuständig – immer zuständig I, FD-InsR 2006, S. 182287.
- Tashiro, Annerose*, EuGH: Einmal zuständig – immer zuständig II, FD-InsR 2006, S. 182286.
- Tashiro, Annerose*, High Court of Justice: Die Freiheit zum Forum Shopping – frei nach „As you like it“ (Shakespeare), FD-InsR 2008, S. 263933.
- Tashiro, Annerose*, Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 16.01.2014 - C-328/12 - Schmid, FD-InsR 2014, S. 354993.

- Tate, Sam/Katz, Laurence, Personal insolvency and the professional: Part 1, *Insolv. Int.* 2002, S. 57–60.
- Tate, Sam/Katz, Laurence, Personal insolvency and the professional: Part 2, *Insolv. Int.* 2002, S. 65–68.
- Taupitz, Jochen, Das (zukünftige) europäische Internationale Insolvenzrecht – insbesondere aus international-privatrechtlicher Sicht, *ZZP* 111 (1998), S. 314–348.
- Thieme, Jürgen, Der Entwurf eines Konkursübereinkommens der EG-Staaten von 1980, *RabelsZ* 45 (1981), S. 459–499.
- Thole, Christoph, Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 02.05.2006 – Rs. C-341/04, *ZEuP* 2007, S. 1140–1151.
- Thole, Christoph, Vertragsgestaltung im Schatten des Insolvenzrechts – Prolegomena zu einer Systematik der insolvenzbezogenen Verträge, *KTS* 2010, S. 383–404.
- Thole, Christoph, Vom Totengräber zum Heilsbringer, *Insolvenzkultur und Insolvenzrecht im Wandel*, *JZ* 2011, S. 765–774.
- Thole, Christoph, Negative Feststellungsklagen, *Insolvenztorpedos und EuInsVO*, *ZIP* 2012, S. 605–613.
- Thole, Christoph, Der Kommissionsvorschlag zur Reform der EuInsVO, *ZIP* 2013, S. 550–558.
- Thomas, Johanna Charlotte, Grenzüberschreitende Insolvenzeröffnungsverfahren. Eine rechtsvergleichende und kollisionsrechtliche Untersuchung vor dem Hintergrund der EuInsVO, Hamburg 2013.
- Tkatchenko, Nikita, Anerkennung der Restschuldbefreiung nach der EuInsVO. Unter Berücksichtigung der Auswirkungen der Reform der Restschuldbefreiung, Frankfurt am Main 2009.
- Tollenaar, Nicolaes W. A., Report on the panel on reform of the European Insolvency Regulation at the Cologne conference on 16 May 2011 organised in cooperation with IILR, *IILR* 2011, S. 555–557.
- Turck, Tilman, Priorität im Europäischen Insolvenzrecht – Perpetuatio fori und Entscheidungsanerkennung in der EuInsVO, München 2013.
- Tzakas, Dimitrios-Panagiotis, Das neue griechische Insolvenzrecht, *RIW* 2008, S. 119–127.
- Uhlenbruck, Wilhelm, Vom „Makel des Konkurses“ zur gesteuerten Insolvenz, in: *Schilken, Eberhard* (Hrsg.), *Festschrift für Walter Gerhardt*, FS Gerhardt, Köln 2004, S. 979–998.
- Uhlenbruck, Wilhelm, Zur Geschichte des Konkurses, *DZWIR* 2007, S. 1–5.
- Uhlenbruck, Wilhelm (Hrsg.), *Insolvenzordnung, Kommentar*, 14. Aufl. 2015 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *InsO*).
- Uhlenbruck, Wilhelm/Vallender, Heinz, Zehn Jahre Insolvenzordnung – eine kritische Zwischenbilanz, *NZI* 2009, S. 1–11.
- Ulmer, Peter/Rebmann, Kurt/Habersack, Mathias (Hrsg.), *Schuldrecht, Besonderer Teil III. Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, §§ 705 – 853; Partnerschaftsgesellschaftsgesetz, Produkthaftungsgesetz*, 6. Aufl. Bd. 5 2013 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *MünchKomm-BGB, Bd. 5*).
- Ulrich, Stephan/Poertzen, Christoph/Pröm, Catherine, Einführung in das französische Insolvenzrecht, *ZInsO* 2006, S. 64–69.
- Vallender, Heinz, Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 25.09.2008 – IX ZB 205/06, *WuB VI A. § 301 InsO* 1.09.
- Vallender, Heinz, Das Schicksal nicht berücksichtigter Forderungen im Verbraucherinsolvenz- und Restschuldbefreiungsverfahren, *ZIP* 2000, S. 1288–1291.
- Vallender, Heinz, Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 19.09.2001 – IX ZB 51/00, *ZInsO* 2001, S. 1011.
- Vallender, Heinz, Aufgaben und Befugnisse des deutschen Insolvenzrichters in Verfahren nach der EuInsVO, *KTS* 2005, S. 283–329.
- Vallender, Heinz, Gefahren für den Insolvenzstandort Deutschland, *NZI* 2007, S. 129–137.

- Vallender, Heinz, Anmerkung zu LG Hannover, Beschluss vom 10.04.2008 – 20 T 5/08, NZI 2008, S. 632–633.
- Vallender, Heinz, Gerichtliche Kommunikation und Kooperation bei grenzüberschreitenden Insolvenzverfahren im Anwendungsbereich der EuInsVO – eine neue Herausforderung für Insolvenzgerichte –, KTS 2008, S. 59–78.
- Vallender, Heinz, Wirkungen und Anerkennung einer im Ausland erteilten Restschuldbefreiung, ZInsO 2009, S. 616–621.
- Vallender, Heinz, Scheinohnsitz im Ausland, VIA 2010, S. 6–7.
- Vallender, Heinz, Anmerkung zu LG Köln, Urt. v. 14.10.2011 – 82 O 15/08, EWIR 2011, S. 775–776.
- Vallender, Heinz, Der Weg zur Entschuldung wird steiniger – Die Entscheidung des High Court of Justice in Bankruptcy v. 10.06.2009 in Re Vitus Anton Mittenfellner, Case-Nr. 10421 of 2008, VIA 2011, S. 17–18.
- Vallender, Heinz, Judicial cooperation within the EC Insolvency Regulation, IILR 2011, S. 309–312.
- Vallender, Heinz, Die Entwicklung des Regelinsolvenzverfahrens im Jahre 2011, NJW 2012, S. 1633–1638.
- Vallender, Heinz, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 14.01.2014 – II ZR 192/13, NZI 2014, S. 285–286.
- Vallender, Heinz/Zipperer, Helmut, „Ach Europa!“ – Aus dem Alltag des Gerichtsvollziehers, VIA 2011, S. 81–83.
- van Apeldoorn, Jan C., The „Fresh Start“ for Individual Debtors: Social, Moral an Practical Issues, IIR 2008, S. 57–72.
- Virgos, Miguel/Schmit, Etienne, Erläuternder Bericht zu dem EU-Übereinkommen über Insolvenzverfahren, in: Stoll, Hans (Hrsg.), Vorschläge und Gutachten zur Umsetzung des EU-Übereinkommens über Insolvenzverfahren im deutschen Recht, Vorschläge und Gutachten zum EuInsÜ, Tübingen 1997.
- Vlas, P., Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 17.01.2006 – C-1/04 – Susanne Staubitz-Schreiber, NJ 2006, S. 2937–2939.
- Vogler, Daniela, Die internationale Zuständigkeit für Insolvenzverfahren, Wien 2004.
- Vogl, Thorsten/Herbert, Joachim, Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 17.01.2006 – Rs C-1/04 – Sabine Staubitz-Schreiber, EWIR 2006, S. 141–142.
- Wagner, Magnus, Anmerkung zu AG Hamburg, Beschluss vom 09.05.2006 – 67c IN 122/06, EWIR 2006, S. 433–434.
- Wagner, Paul, Die natürliche Person mit beschränkter Haftung, ZIP 2008, S. 630–635.
- Walters, Adrian, Individual Voluntary Arrangements: A „Fresh Start“ for Salaried Consumer Debtors in England and Wales?, IIR 2009, S. 5–36.
- Walters, Adrian/Smith, Anton, „Bankruptcy Tourism“ under the EC Regulation on Insolvency Proceedings: A View from England an Wales, IIR 2010, S. 181–208.
- Wautelet, Patrick, Some considerations on the Center of Main Interests as jurisdictional test under the European Insolvency Regulation, in: Affaki, Georges (Hrsg.), Faillite internationale et conflit de juridictions, Regards croisés transatlantiques, Faillite internationale et conflit de juridictions, 2007, S. 73–104.
- Webel, Benjamin, Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 13.12.2007 – IX ZB 238/06, EWIR 2008, S. 181–182.
- Wehdeking, Silke, Reform des Internationalen Insolvenzrechts in Deutschland und Österreich, DZWIR 2003, S. 133–143.
- Weidehaas, Björn, EuGH: Zuständigkeit der Gerichte des neuen Sitzes für Hauptinsolvenzverfahren bei Sitzverlegung vor Insolvenzantragstellung, GWR 2011, S. 554.
- Weller, Marc-Philippe, Forum Shopping im Internationalen Insolvenzrecht?, IPRAx 2004, S. 412–417.

- Weller, Marc-Philippe, Inländische Gläubigerinteressen bei internationalen Konzerninsolvenzen, ZHR 2005, S. 570–593.
- Weller, Marc-Philippe, Die Verlegung des Center of Main Interest von Deutschland nach England, ZGR 2008, S. 835–866.
- Weller, Marc-Philippe, GmbH-Bestattung im Ausland, ZIP 2009, S. 2029–2037.
- Weller, Marc-Philippe, Windscheids Anspruchsbegriff im Strudel der Insolvenzrechtsarbitrage, IPRax 2011, S. 150–155.
- Weller, Marc-Philippe, Brennpunkte des Insolvenz kollisionsrechts, in: *Kronke, Herbert/Thorn, Karsten* (Hrsg.), Grenzen überwinden – Prinzipien bewahren, Festschrift für Bernd von Hoffmann zum 70. Geburtstag, FS von Hoffmann, Bielefeld 2012, S. 513–525.
- Wenner, Christian/Schuster Michael, § 20 Recht der internationalen Insolvenzen, in: *Mohrbutter, Harro/Ringstmeier, Andreas* (Hrsg.), Handbuch der Insolvenzverwaltung, Hdb. Insolvenzverwaltung, 9. Aufl., Köln 2015, S. 921–1032.
- Wenzel, Frank, Die Geltendmachung der Gesamtvollstreckungsverlustforderung gemäß § 18 Abs. 2 Satz 3 GesO, ZIP 1991, S. 425–431.
- Wenzel, Frank, Interlokaler Restschuldtourismus, MDR 1992, S. 1023–1025.
- Wenzel, Frank, Die „Restschuldbefreiung“ in den neuen Bundesländern. Zur Sanierung natürlicher Personen durch erweiterten Vollstreckungsschutz, Köln 1994.
- Werner, Norman, Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 21.01.2010 – C-444/07 – Probud, GWR 2010, S. 42.
- Wessels, Bob, COMI: Are English courts coming-out?, IILR 2010, S. 2–9.
- Wessels, Bob, Amending the EU Insolvency Regulation: Shaken or Stirred?, in: *Parry, Rebecca* (Hrsg.), The reform of international insolvency rules at European and national level, Nottingham [u. a.] 2011, S. 125–135.
- Wessels, Bob, COMI: past, present and future, *Insolv. Int.* 2011, S. 17–23.
- Wessels, Bob, The role of courts in solving cross-border insolvency cases, *Insolv. Int.* 2011, S. 65–73.
- Wessels, Bob, On the future of European Insolvency Law, IILR 2014, S. 310–332.
- Weston, Charlie, Bankrupt high-flyers risk losing pensions in UK courts, Independent.ie vom 24.04.2012.
- Wiedemann, Carolin, Kriterien und maßgeblicher Zeitpunkt zur Bestimmung des COMI, ZInsO 2007, S. 1009–1017.
- Wiedemann, Ulrich/Guglia, Eugen, Die Verbraucherinsolvenz in England für in Deutschland verschuldete Personen, ZVI 2014, S. 397–405.
- Wimmer, Klaus, Die Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 über Insolvenzverfahren, ZInsO 2001, S. 97–103.
- Wimmer, Klaus, Anmerkungen zum Vorlagebeschluss des irischen Supreme Court in Sachen Parmalat. Bemerkungen anlässlich der deutschen Stellungnahme gegenüber dem EuGH zu dem Vorabentscheidungsersuchen des Supreme Court (Irland) RS C-341/04, ZInsO 2005, S. 119–126.
- Wimmer, Klaus, Die Reform der EuInsVO, jurisPR-InsR 13/2012, S. Anm. 1.
- Wimmer, Klaus, Übersicht zur Neufassung der EuInsVO, jurisPR-InsR 7/2015, S. Anm. 1.
- Wimmer, Klaus/Ahrens, Martin (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung, FK-InsO; mit EuInsVO, InsVV und weiteren Nebengesetzen, 8. Aufl. 2015 (zitiert: Bearbeiter, in: FK-InsO).
- Wright, David/Fenwick, Sam, Bankruptcy tourism – what it is, how it works and how creditors can fight back, IILR 2012, S. 45–54.
- Wyen, Jan-Henning, Rechtswahlfreiheit im europäischen Insolvenzrecht, Eine Untersuchung zum forum shopping unter der EuInsVO unter besonderer Berücksichtigung von Effizienzgesichtspunkten, Tübingen 2014.
- Zeek, Sebastian, Das internationale Anfechtungsrecht in der Insolvenz – Die Anknüpfung der Insolvenzanfechtung, Tübingen 2003.

- Zenker, Wolfgang*, Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 21.01.2010 - C-444/07 - MG Probud, NJ 2010, S. 159–160.
- Zeuner, Mark*, Die Restschuldbefreiung ist eingeführt – Ein Beitrag zum interlokalen Recht der alten und neuen Bundesländer, BB 1991, Supplement Folge 23, S. 10–14.
- van Zwoll, Christiane/Mai, Vera/Eckardt, Bernd/Rehborn, Martin*, Die Arztpraxis in Krise und Insolvenz, Köln 2007.

I. Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
a. E.	am Ende
a. F.	alte Fassung
Abl. EG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
Abl. EU	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AG	Amtsgericht
Anm.	Anmerkung
AnwBl	Anwaltsblatt
AnwGH	Anwaltsgerichtshof
AO	Abgabenordnung
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Betriebsberater
Bd.	Band
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
Beschl.	Beschluss
BFH	Bundesfinanzhof
BFH/NV	Sammlung nicht veröffentlichter Entscheidungen des BFH
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BNotO	Bundesnotarordnung
BPIR	Bankruptcy and Personal Insolvency Reports
BRAK-Mitt.	BRAK-Mitteilungen
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
BR-Drs.	Drucksache des Bundesrates
BRO	bankruptcy restriction order
BRJ	Bonner Rechtsjournal

BT-Drs.	Drucksache des Bundestages
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
COMI	Centre of Main Interests
d. h.	das heißt
DAS	Deutscher Anwaltsspiegel
DGVZ	Deutsche Gerichtsvollzieher-Zeitung
DStR	Deutsches Steuerrecht
DZWIR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht
EBOR	European Business Organization Law Review
ECFR	European Company and Financial Law Review
EG	Europäische Gemeinschaft
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGVÜ	Übereinkommen vom 27. Septmeber 1968 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen
EuGVVO	Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen
EuInsÜ	Europäisches Übereinkommen über Insolvenzverfahren vom 23. November 1995
EuInsVO	Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates vom 29. Mai 2000 über Insolvenzverfahren
EuInsVO n. F.	Verordnung (EU) 2015/848 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2015 über Insolvenzverfahren
EuZA	Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
f.	folgende
FD-InsR	Fachdienst Insolvenzrecht
ff.	folgende (Seiten)
FS	Festschrift für
GA	Generalanwalt
GesO	Gesamtvollstreckungsordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. Mai 1991
GG	Grundgesetz

GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau
GPR	Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
i.	im/in
i. d. R.	in der Regel
i. S. d.	im Sinne des/der
i. S. v.	im Sinne von
i. V. m.	in Verbindung mit
IILR	International Insolvency Law Review
IIR	International Insolvency Review
IL and P	Tolley's Insolvency Law and Practice
INDat-Report	INDat-Report Fachmagazin für Restrukturierung, Sanierung und Insolvenz
InsO	Insolvenzordnung
Insolv. Int.	Insolvency International
InsVV	Insolvenzrechtliche Vergütungsverordnung
IO	Österreichisches Bundesgesetz über das Insolvenzverfahren (IO)
Iprax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
IPRspr	Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des Internationalen Privatrechts
jurisPR-HaGesR	juris-Praxisreport Handels- und Gesellschaftsrecht
jurisPR-InsR	juris-Praxisreport Insolvenzrecht
JuS	Juristische Schulung
JZ	JuristenZeitung
Kap.	Kapitel
KO	Konkursordnung
KS	Kölner Schrift
KTS	Zeitschrift für Insolvenzrecht
LG	Landgericht (Deutschland)
LG	Landesgericht (Österreich)
lit.	Buchstabe
LMK	Kommentierte BGH-Rechtsprechung Lindenmaier-Möhring
LugÜ	Übereinkommen von Lugano vom 16.09.1988 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen
m.	mit
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen

MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
n. F.	neue Fassung
n°	Nummer
NdsVBl	Niedersächsische Verwaltungsblätter
NJ	Neue Justiz
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report Zivilrecht
No.	Nummer
Nr.	Nummer
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZI	Neue Zeitschrift für Insolvenz- und Sanierungsrecht
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privat- recht
RG	Reichsgericht
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
Rn.	Randnummer
RNotZ	Rheinische Notar-Zeitschrift
Rom II-VO	Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht
S.	Satz/Seite
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) vom 11. April 1889
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes und des Ge- richts Erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften
sog.	sogenannter/sogenannte/sogenanntes
StGB	Strafgesetzbuch
u.	und
u. a.	und andere/unter anderem
UK	United Kingdom
Urt.	Urteil
v.	vom/von/vor

Versäumnisurt.	Versäumnisurteil
VersR	Versicherungsrecht
vgl.	vergleiche
VglO	Vergleichsordnung
VIA	Verbraucherinsolvenz aktuell
VuR	Verbraucher und Recht
WM	Wertpapier-Mitteilungen - Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
WuB	Entscheidungssammlung zum Wirtschafts- und Bankrecht
z.	zu/zum/zur
z. B.	zum Beispiel
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
Ziff.	Ziffer
ZIK	Zeitschrift für Insolvenzrecht und Kreditschutz
ZInsO	Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZVI	Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

