

Brennpunkte des Insolvenz kollisionsrechts

Marc-Philippe Weller

I. Grundlagen

Grenzüberschreitende Insolvenzen nehmen mit der Globalisierung rapide zu. Dies überrascht nicht, wenn man sich die Vermögenswerte anschaut, die heimische Wirtschaftsunternehmen und Privatpersonen im Ausland haben. Die Bundesbank meldete vor Kurzem¹, dass die Forderungen deutscher Unternehmen und Privatpersonen gegenüber Gebietsfremden im Jahr 2009 um 12 % gestiegen seien – wohlge-merkt trotz der Finanzkrise! Sie betragen nun insgesamt 2.510 Billionen Euro; davon sind immerhin 57 Milliarden Euro in ausländische Zweigniederlassungen geflossen.²

Gerät ein Unternehmen, dessen Vermögen in verschiedenen Staaten belegen ist, in die Insolvenz, stellt sich aus rechtlicher Sicht zunächst die Frage, welche Insolvenzrechtsordnung Anwendung findet, da die Insolvenzrechte mehrerer Staaten in Frage kommen und um ihre Anwendbarkeit konkurrieren. Aufgelöst wird dieses Kollisionsproblem mittels einer rechtlichen Metaordnung, des IPR im weiteren Sinne. Für die hier interessierende Problematik ist ein Teilausschnitt des IPR relevant, das Internationale Insolvenzrecht. Dieses setzt sich aus zwei Komponenten zusammen: Zum einen aus international-verfahrensrechtlichen Regelungen und zum anderen – insbesondere soweit das Insolvenzrecht Regelungen zur Haftung oder dem Schicksal von Verträgen in der Insolvenz enthält – aus dem IPR im engeren Sinne.³

Im Unterschied zum Internationalen Gesellschaftsrecht, das weitgehend auf Richterrecht beruht⁴, ist das Internationale Insolvenzrecht kodifiziert. Entsprechend der allgemeinen Rechtsquellendogmatik des IPR⁵ (vgl. Art. 3 EGBGB) sind drei Rechtsquellen auseinanderzuhalten: (1.) das EU-Insolvenz kollisionsrecht, (2.) das völkerrechtliche Insolvenz kollisionsrecht und (3.) das autonome deutsche Insolvenz kollisionsrecht.⁶

In der Normenhierarchie genießt das EU-Kollisionsrecht in seinem Anwendungsbereich⁷ Vorrang gegenüber den anderen Rechtsquellen⁸, insbesondere wenn es in einer Verordnung kodifiziert ist, vgl. Art. 288 Abs. 2 AEUV. Einschlägig ist die Europäische Insolvenzverordnung (EuInsVO), die in Deutschland noch durch die Durchführungsbestimmungen in Art. 102 EGIInsO ergänzt wird. Sie gilt in räum-

1 Pressemitteilung der Deutschen Bundesbank v. 29.9.2010.

2 Pressemitteilung der Deutschen Bundesbank v. 29.9.2010.

3 Zum Begriff des IPR im engeren und weiteren Sinne von Hoffmann/Thorn, IPR, 9. Aufl. 2007, S. 5 f.

4 Hierzu MünchKommGmbHG/Weller (2009), Einleitung, Rn. 314 ff. (Internationales Gesellschaftsrecht).

5 Vgl. nur von Hoffmann/Thorn, IPR, 9. Aufl. 2007, S. 9 ff.

6 Näher MünchKommBGB/Kindler, Band 10, 5. Aufl. 2010, Einl IntInsR, Rn. 9 ff.

7 Ausführlich hierzu Hess, Europäisches Zivilprozessrecht, 2010, § 9, Rn. 9 ff.

8 Zum Anwendungsvorrang des Unionsrechts Wiedmann, in: Gebauer/Wiedmann (Hrsg.), Zivilrecht unter europäischem Einfluss, 2. Aufl. 2010, Kapitel 2, Rn. 7, 45 ff.

licher Hinsicht für alle Schuldner, deren vermögensmäßiger Schwerpunkt im Europäischen Justizraum liegt.⁹

Der Vorrang völkerrechtlicher gegenüber autonomen deutschen Kollisionsregeln folgt aus Art. 3 EGBGB, der insoweit konstitutive Wirkung entfaltet.¹⁰ Von großer Relevanz ist die völkerrechtliche Quelle im Insolvenzrecht indes nicht.¹¹ Immerhin gibt es ein Abkommen zwischen dem Königreich Bayern und mehreren Schweizer Kantonen über die gegenseitige Anerkennung von Konkursen von 1834, das noch immer in Kraft ist.¹²

Für sonstige Drittstaatenfälle greift das autonome deutsche Internationale Insolvenzrecht, das in den §§ 335 ff. InsO geregelt ist, etwa für Insolvenzen von Unternehmen mit Sitz in den USA.¹³

Im Folgenden soll der Fokus auf der EuInsVO liegen, welche für die Praxis am relevantesten ist. Diese hat drei große Fragestellungen zum Gegenstand¹⁴, die jeweils unter Einbeziehung aktueller Entwicklungen erörtert werden sollen:

- (1.) Welches Insolvenzgericht ist international zuständig (dazu unter III.)?
- (2.) Welches Insolvenzrecht ist anwendbar (dazu unter IV.)?
- (3.) Werden Insolvenzverfahren in anderen Staaten anerkannt? Und wenn ja, mit welchen Wirkungen (dazu unter V.)?

Zuvor soll ein Blick auf die Grundstruktur der EuInsVO geworfen werden. Diese wird nachvollziehbar, wenn man sich die beiden konträren Leitgedanken des Internationalen Insolvenzrechts vergegenwärtigt (dazu unter II.).

II. Leitgedanken der EuInsVO¹⁵

1. Universalitäts- und Einheitsprinzip

Auf der einen Seite steht das Universalitätsprinzip. Hiernach soll ein Insolvenzverfahren weltweite Beschlagswirkung entfalten. Im Idealfall wird das *gesamte* Vermögen des Schuldners in einem *einzigem* Insolvenzverfahren an die Gläubiger verteilt.

9 *Haubold*, in: Gebauer/Wiedmann (Hrsg.), *Zivilrecht unter europäischem Einfluss*, 2. Aufl. 2010, Kapitel 32 (EuInsVO), Rn. 29; *Hess*, *Europäisches Zivilprozessrecht*, 2010, § 9, Rn. 12.

10 Vgl. nur *von Hoffmann/Thorn*, IPR, 9. Aufl. 2007, S. 16 ff.

11 Vgl. MünchKommBGB/Kindler, Band 10, 5. Aufl. 2010, Einl IntInsR, Rn. 23.

12 Siehe OLG München, KTS 1982, 313, 315 f.

13 BGH, ZIP 2009, 2217 – Schnellverschlusskappe: Aus Sicht des deutschen Gerichts stellte sich die Frage, ob eine im Inland anhängige Patentstreitigkeit nach § 352 InsO durch ein Chapter 11-Verfahren in den USA unterbrochen wird. Der BGH qualifizierte das Chapter 11-Verfahren als „ausländisches Insolvenzverfahren“ i.S.d. § 343 InsO und bejahte damit die Unterbrechungswirkung nach § 352 InsO, hierzu *Brinkmann*, Die Auswirkungen der Eröffnung eines Verfahrens nach Chapter 11 U.S. Bankruptcy Code auf im Inland anhängige Prozesse, IPRax 2011, 143 ff.

14 Vgl. Erwägungsgrund Nr. 8 zur EuInsVO: „Zur Verwirklichung des Ziels einer Verbesserung der Effizienz und Wirksamkeit der Insolvenzverfahren mit grenzüberschreitender Wirkung ist es notwendig und angemessen, die Bestimmungen über den *Gerichtsstand*, die *Anerkennung* und das *anwendbare Recht* in diesem Bereich in einem gemeinschaftlichen Rechtsakt zu bündeln, der in den Mitgliedstaaten verbindlich ist und unmittelbar gilt.“ (Hervorhebung durch *Verf.*).

15 Zum Folgenden Abschnitt *Hess*, *Europäisches Zivilprozessrecht*, 2010, § 9, Rn. 1 ff.; *Weller*, *Inländische Gläubigerinteressen bei internationalen Konzerninsolvenzen*, ZHR 169 (2005), 570, 574 ff. mit weiteren Nachweisen.

Das Universalitätsprinzip geht folglich mit einem verfahrensrechtlichen Einheitsprinzip einher.

Für die Konzentration auf ein Insolvenzverfahren werden die Argumente der Gerechtigkeit und ökonomischen Effizienz angeführt. Es sei gerecht, weil alle Gläubiger denselben Regeln, etwa zum Rang ihrer Forderungen, unterworfen seien. Ferner sei es effizient, weil unnötige Partikularverfahren vermieden würden.

2. Territorialitäts- und Pluralitätsprinzip

Auf der anderen Seite steht das Territorialitätsprinzip. Dieses läuft darauf hinaus, dass jeder Staat ein eigenes Insolvenzverfahren über diejenige Vermögensteilmasse des Schuldners eröffnet, die auf seinem Territorium belegen ist. Zugleich wird die Beschlagswirkung ausländischer Insolvenzverfahren an der Grenze abgeblockt; für das Inlandsvermögen gilt allein das inländische Insolvenzrecht. Dies führt bei weitgestreuten Vermögen naturgemäß zu einer Vielzahl von Insolvenzverfahren. Mit dem Territorialitätsprinzip einher geht folglich eine Verfahrenspluralität.

Für das Territorialitäts- und Pluralitätsprinzip streiten die Interessen des Rechtsverkehrs. Aus Sicht der Gläubiger findet regelmäßig deren Umweltrecht Anwendung. Wenn etwa Arbeitnehmer in der Deutschlandfiliale eines US-Konzerns beschäftigt sind, vertrauen sie darauf, dass im Insolvenzfall die inländischen Schutzstandards gelten; sie wären überrascht, wenn auf sie das US-Insolvenzrecht Anwendung fände, wie es eine Konsequenz des Universalitätsprinzips wäre.

3. Kompromiss in der EuInsVO

a) Universalität: Art. 3, 4 und 16 EuInsVO

Die EuInsVO vereinigt in sich Elemente sowohl des Universalitäts- als auch des Territorialitätsprinzips: Im Grundsatz geht die EuInsVO zunächst vom Universalitäts- und Einheitsprinzip aus. Nach Art. 3 Abs. 1 EuInsVO soll das Hauptinsolvenzverfahren in dem Staat eröffnet werden, in dem der Schuldner den Mittelpunkt seiner hauptsächlichen Interessen hat. An die Verfahrenseröffnung wird das Insolvenzstatut gekoppelt. Für das Verfahren und seine Wirkungen ist nach Art. 4 EuInsVO nämlich das Insolvenzrecht des Staates der Verfahrenseröffnung maßgeblich. Es gibt also einen Gleichlauf zwischen internationaler Zuständigkeit und anwendbarem Recht.

Die universale Wirkung ist in Art. 16 und 17 EuInsVO normiert. Hiernach ist ein innerhalb der EU eröffnetes Hauptinsolvenzverfahren in allen anderen EU-Mitgliedstaaten ipso iure anzuerkennen. Es sperrt die Eröffnung eines zweiten Hauptinsolvenzverfahrens in einem anderen Mitgliedstaat.¹⁶ Nach dem in Art. 17 EuInsVO normierten Grundsatz der Wirkungserstreckung entfaltet ein ausländisches Haupt-

¹⁶ Nach Art. 16 EuInsVO ist eine Auslandsinsolvenz ohne eine sog. *révision au fond*, d.h. auch ohne Überprüfung der Zulässigkeitsvoraussetzungen, in allen anderen EU-Mitgliedstaaten anzuerkennen. Sofern es bei der Insolvenzeröffnung zu einem positiven Kompetenzkonflikt kommt, sich mithin die Gerichte mehrerer Mitgliedstaaten parallel für international zuständig halten, gilt das Prioritätsprinzip: das zeitlich als erstes eröffnete Insolvenzverfahren ist vom Zweitgericht anzuerkennen, und zwar selbst dann, wenn die Annahme der internationalen Zuständigkeit durch das Erstgericht objektiv unzutreffend ist, *Weller*, Die Verlegung des Center of Main Interest von Deutschland nach England, ZGR 2008, 835, 850 f.

insolvenzverfahren universelle Beschlagswirkung, es äußert mithin diejenigen Wirkungen, die ihm das Recht des Staates der Verfahrenseröffnung beimisst. Beispiel: Wird in Frankreich ein Insolvenzverfahren über einen dorthin ausgewanderten Deutschen eröffnet, so gelten die Wirkungen des französischen Insolvenzrechts auch in Deutschland. Hierauf wird infra unter V.2. im Zusammenhang mit dem Restschuldbefreiungstourismus zurückzukommen sein.

b) Territorialität und Pluralität

Das Universalitätsprinzip ist in der EuInsVO jedoch nicht uneingeschränkt verwirklicht. Es wird vielmehr durch das Territorialitäts- und Pluralitätsprinzip abgemildert. Rechtskonstruktiv geschieht dies auf drei Wegen¹⁷:

aa) Partikularverfahren (Art. 3 Abs. 2, 27 ff. EuInsVO)

Auf der Ebene der internationalen Zuständigkeit werden verfahrensrechtlich Partikularinsolvenzen in denjenigen Staaten zugelassen, in denen der Schuldner eine Niederlassung hat. Die Wirkungen der Partikularinsolvenz beschränken sich im Einklang mit dem Territorialitätsprinzip auf das im Staat der Niederlassung belegene Vermögen, Art. 3 Abs. 2 EuInsVO; Kriterien zur Ermittlung der Belegenheit von Vermögensgegenständen enthält z.B. Art. 2 (g) EuInsVO.

Im Verhältnis zum universell wirkenden Hauptinsolvenzverfahren bezeichnet man diese Partikularverfahren als Sekundärinsolvenzverfahren, Art. 3 Abs. 3 EuInsVO. An den nationalen Partikularverfahren können neben den inländischen auch die ausländischen Gläubiger teilnehmen (Art. 32 EuInsVO); durch diese Beteiligungsoffenheit und durch ein Anrechnungsverfahren mit gemeinschaftsweit konsolidierten Befriedigungsquoten (Art. 20 Abs. 2 EuInsVO) wird zu gewährleisten gesucht, dass für alle Gläubiger die gleichen Befriedigungschancen gelten.¹⁸

bb) Sonderanknüpfungen (Art. 5–15 EuInsVO)

Auf der Ebene des anwendbaren Rechts sind in den Art. 5–15 EuInsVO Ausnahmen zu dem nach Art. 4 EuInsVO normierten Insolvenzstatut vorgesehen.¹⁹ Bei diesen Ausnahmen handelt es sich kollisionsrechtlich um sog. Sonderanknüpfungen. Z.B. gilt für die Wirkungen, die ein Insolvenzverfahren auf Arbeitsverträge hat, nach Art. 10 EuInsVO das auf den Arbeitsvertrag anwendbare Recht. Zur Ermittlung der *lex causae* ist Art. 8 Rom I-VO heranzuziehen, wonach der Arbeitsvertrag regelmäßig dem Recht des Staates unterliegt, in dem der Arbeitnehmer gewöhnlich seine Arbeit verrichtet.²⁰

17 Auch das autonome deutsche Internationale Insolvenzrecht mildert die Universalität über Sonderanknüpfungen (§§ 336 f. InsO) und Partikularverfahren (§§ 354 ff. InsO), vgl. die Begründung des Regierungsentwurfs eines Gesetzes zur Neuregelung des Internationalen Insolvenzrechts, abgedruckt in ZIP 2002, 2331, 2342.

18 Hess, *Europäisches Zivilprozessrecht*, 2010, § 9, Rn. 65 f.; *Pannen/Riedemann/Kühnle*, Zur Stellung der Insolvenzgläubiger nach der Europäischen Verordnung über Insolvenzverfahren, NZI 2002, 303, 304.

19 Hess, *Europäisches Zivilprozessrecht*, 2010, § 9, Rn. 41 ff.

20 Näher hierzu *Mankowski*, Employment Contracts under Article 8 of the Rome I Regulation, in: *Ferrari/Leible* (eds.), Rome I Regulation, 2009, S. 171 ff.

Anhand der Nortel-Entscheidung des LAG Frankfurt²¹ sei die Wechselwirkung zwischen dem Universalitätsprinzip und dem – hier durch Sonderanknüpfung realisierten – Territorialitätsprinzip illustriert: Der High Court of Justice in London eröffnete 2009 nicht nur ein Insolvenzverfahren über die englische Nortel-Muttergesellschaft, sondern auch über eine Reihe anderer in der EU angesiedelter Nortel-Tochtergesellschaften, darunter auch über die Nortel GmbH mit Sitz in Frankfurt/Main.²² Angestrebtes Ziel dieses Vorgehens ist die einheitliche Konzernsanierung, d.h. alle Nortel-Konzerngesellschaften sollen „im Paket“ nach dem englischen Administration-Verfahren saniert werden, um die im Konzern vorhandenen Synergien nicht durch eine Verfahrensvielfalt zu entwerten. Um für potentielle Käufer wirtschaftlich interessanter zu werden, kündigte der englische Insolvenzverwalter (administrator) ca. 200 Arbeitnehmern der Nortel-GmbH in Frankfurt.

Zwar finde, so das LAG Frankfurt, auf das Insolvenzverfahren grundsätzlich nach Art. 4 EuInsVO englisches Insolvenzrecht Anwendung. Dieses sei etwa maßgeblich für die Vertretungsmacht der administrators, die für den Ausspruch der Kündigungserklärung von Bedeutung ist.²³ Im Übrigen richteten sich die Kündigungsvoraussetzungen für die in Frankfurt tätigen Arbeitnehmer jedoch nicht nach englischem Recht, sondern gemäß der Sonderanknüpfung des Art. 10 EuInsVO nach deutschem (Insolvenz-)Arbeitsrecht. Dieses sei also maßgeblich für die Kündigungsvoraussetzungen einschließlich der insolvenzrechtlichen Besonderheiten in den §§ 113 ff. InsO.²⁴

cc) Sekundärinsolvenzstatut (Art. 28 EuInsVO)

Abgemildert wird das Universalitätsprinzip schließlich über das Instrument der Sekundärinsolvenz, Art. 3 Abs. 2 und 3 sowie Art. 27 ff. EuInsVO; diese blockt die Wirkungen eines ausländischen Hauptinsolvenzverfahrens im Inland weitgehend ab. Rechtstechnisch geschieht dies durch einen Insolvenzstatutenwechsel: Im Hinblick auf das Inlandsvermögen gilt nämlich gemäß der Kollisionsregel in Art. 28 EuInsVO das Insolvenzrecht desjenigen Staates, in dem das Sekundärinsolvenzverfahren eröffnet worden ist.

III. Internationale Insolvenzzuständigkeit (Art. 3 EuInsVO)

Im Anwendungsbereich der EuInsVO ist ein Insolvenzverfahren gemäß Art. 3 EuInsVO in demjenigen Staat zu eröffnen, in dem der Schuldner den Mittelpunkt seiner hauptsächlichen Interessen – den sog. COMI (= Center of Main Interest) – hat.

1. Bedeutung des COMI für Insolvenz- und Annexverfahren

Als Anknüpfungspunkt ist der COMI nicht nur für die internationale Zuständigkeit des Insolvenzgerichts von Bedeutung. Art. 3 Abs. 1 EuInsVO bildet nämlich im Anschluss an die EuGH-Entscheidungen *Gourdain* ./ *Nadler*²⁵ und *Seagon* ./ *Deko*

21 LAG Frankfurt, ZIP 2011, 289 – Nortel.

22 High Court of Justice, Beschluss v. 11.02.2009, (2009) EWHC 206 (Ch).

23 LAG Frankfurt, ZIP 2011, 289 – Nortel.

24 LAG Frankfurt, ZIP 2011, 289 – Nortel.

25 EuGH, Urt. v. 22.2.1979, C-133/78, Slg. 1979, 733 – *Gourdain* ./ *Nadler*.

Marty Belgium²⁶ auch den Anknüpfungspunkt für die internationale Zuständigkeit gewisser insolvenzbezogener Erkenntnisverfahren (sog. Annexverfahren).²⁷ Über das Gesamtverfahren Insolvenz hinaus werden auf diese Weise einige insolvenzbezogene Einzelverfahren in die EuInsVO mit einbezogen, für die ansonsten die EuGVO (Brüssel I-VO) gelten würde.

Dogmatische Grundlage der extensiven Interpretation des Art. 3 EuInsVO ist die Theorie der *vis attractiva concursus*.²⁸ Hiernach sind die Gerichte des Staates, in dem das Insolvenzverfahren eröffnet wird²⁹, auch für alle mit dem Insolvenzverfahren im unmittelbaren Zusammenhang stehenden Einzel-Prozesse ausschließlich international zuständig.³⁰ Entscheidend für eine insolvenzrechtliche Qualifikation der den Annexverfahren zugrunde liegenden Ansprüche ist u.a. die materielle Insolvenz als deren Tatbestandsmerkmal; ferner müssen die Ansprüche der Verwirklichung insolvenzrechtlicher Zwecke dienen, d.h. der Haftungsrealisierung unter Knappheitsbedingungen unter der Maxime der Gläubigergleichbehandlung (*par conditio creditorum*).³¹

Zu diesen Einzelverfahren³² zählen insbesondere Anfechtungsklagen³³, aber auch Klagen des Insolvenzverwalters gegen Gesellschafter auf Rückerstattung eigenkapitalersetzender Darlehen.³⁴ Ferner könnte die Existenzvernichtungshaftung den Gourdain./Nadler-Kriterien und damit der *vis attractiva concursus* unterfallen, da sie nach der Trihotel-Entscheidung des BGH³⁵ zwingend vom Insolvenzverwalter im Interesse der Gesamtgläubigerschaft geltend zu machen ist.³⁶

Entgegen der Ansicht des OLG Karlsruhe³⁷ ist schließlich auch die Klage des Insolvenzverwalters gegen den Geschäftsführer gemäß § 64 S. 1 GmbHG auf Ersatz von Zahlungen, die der Geschäftsführer nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft oder nach Feststellung ihrer Überschuldung geleistet hat, insolvenzrechtlich zu qualifizieren.³⁸ Denn das Verbot, solche Zahlungen im Stadium der In-

26 EuGH, Urt. v. 12.2.2009, C-339/07, NJW 2009, 2189 – Seagon ./Deko Marty Belgium.

27 Ausführlich *Haubold*, in: Gebauer/Wiedmann (Hrsg.), *Zivilrecht unter europäischem Einfluss*, 2. Aufl. 2010, Kapitel 32 (EuInsVO), Rn. 81 ff.

28 Näher *Willemer*, *Vis attractiva concursus* und die EuInsVO (2006), S. 9 ff.

29 EuGH, Urt. v. 12.2.2009, C-339/07, NJW 2009, 2189 – Seagon ./Deko Marty Belgium, Tz. 27: Es obliege den Mitgliedstaaten, „das örtlich und sachlich zuständige Gericht zu bestimmen, das nicht zwangsläufig dasjenige der Eröffnung des Insolvenzverfahrens sein muss.“

30 Die Ausführungen des EuGH, a.a.O., in Tz. 24 („Die Möglichkeit, dass verschiedene Gerichte für in unterschiedlichen Mitgliedstaaten erhobene Anfechtungsklagen zuständig wären, würde darauf hinauslaufen, die Verfolgung eines derartigen Ziels zu schwächen“), lassen auf die *Ausschließlichkeit* der internationalen Zuständigkeit im Staat der COMI-Belegenheit schließen. Die vor der EuGH-Entscheidung erörterte relativ-ausschließliche Zuständigkeit (vgl. *Oberhammer*, KTS 2009, 27, 47) findet in der EuGH-Entscheidung keine Stütze.

31 Zur insolvenzrechtlichen Qualifikation MünchKommGmbHG/Weller (2009), Einl. Int. GesR., Rn. 403 ff.

32 Näher zu den Einzelverfahren, die der *vis attractiva concursus* unterfallen, *Willemer*, *Vis attractiva concursus* und die EuInsVO (2006), S. 117 ff., 178 ff.

33 Die Insolvenzanfechtung gemäß §§ 129 ff. InsO ist Gegenstand der Entscheidung EuGH, Urt. v. 12.2.2009, C-339/07, NJW 2009, 2189 – Seagon ./Deko Marty Belgium.

34 OLG München, ZIP 2006, 2402, 2404; *Oberhammer*, KTS 2009, 27, 50.

35 BGH ZIP 2007, 1552; hierzu *Weller*, Die Neuausrichtung der Existenzvernichtungshaftung durch den BGH (Trihotel-Entscheidung), ZIP 2007, 1681 ff.

36 Näher zur Qualifikation der Existenzvernichtungshaftung MünchKommGmbHG/Weller (2009), Einl. Int. GesR., Rn. 403 ff., 415 ff.

37 OLG Karlsruhe, NZG 2010, 509.

38 Zutreffend *Haas*, Die internationale und örtliche Zuständigkeit für Klagen nach § 64 II GmbHG a.F. (bzw. § 64 S. 1 GmbHG n.F.), NZG 2010, 495, 496.

solvenzreife vorzunehmen, soll verhindern, dass einzelne Gläubiger bevorzugt befriedigt werden; es dient folglich der Massesicherung im Interesse aller Gesellschaftsgläubiger, einem genuin insolvenzrechtlichen Zweck. Die (ausschließliche) internationale Zuständigkeit für Klagen auf Grundlage des § 64 S. 1 GmbHG richtet sich mithin nicht nach der EuGVO, sondern Art. 3 Abs. 1 EuInsVO analog.

2. Lokalisierung des COMI

Angesichts der soeben skizzierten Bedeutung des COMI stellt sich die Frage nach seiner Lokalisierung.³⁹ Der von Art. 3 Abs. 1 EuInsVO verwandte Begriff des Mittelpunktes der hauptsächlichen Interessen des Schuldners ist verordnungsautonom auszulegen. Nach Erwägungsgrund Nr. 13 soll der Ort entscheidend sein, „an dem der Schuldner gewöhnlich der Verwaltung seiner Interessen nachgeht und damit für Dritte feststellbar ist.“ Entscheidend für die Lokalisierung sind mithin nicht schuldeninterne Umstände, sondern solche, die nach außen hin erkennbar sind. Dahinter steht die ratio, wonach der COMI für (potentielle) Gläubiger des Schuldners ex ante ersichtlich sein muss, damit sie bereits bei Aufnahme der Geschäftsbeziehung Insolvenzrisiken zu kalkulieren vermögen.

Vor diesem Hintergrund wird bei *selbständig Tätigen* auf deren Geschäftssitz, Kanzlei, Arztpraxis etc. abgestellt, bei *abhängig Beschäftigten* ist deren gewöhnlicher Aufenthalt maßgeblich.⁴⁰

Umstritten ist die COMI-Lokalisierung indes bei *Gesellschaften*⁴¹: Einige wollen hier auf den sog. *mind of management* abstellen, mithin auf den Ort, wo die Gesellschaft intern gesteuert wird, was etwa bei einer GmbH darauf hinauslaufen kann, den COMI am Sitz der weisungsgebenden *Gesellschafter* anzunehmen. Andere rekurren auf den effektiven Verwaltungssitz (head office), was letztlich mit dem Ort der *Geschäftsführung* zusammenfällt. Eine dritte Ansicht will den COMI schließlich am Ort der werbenden Tätigkeit (business activity) ansiedeln, mithin dort, wo schwerpunktmäßig der Vertrieb bzw. die Produktion stattfinden. In der Eurofood-Entscheidung⁴² hat sich der EuGH implizit – so jedenfalls die Interpretation durch die h.M. – gegen die mind of management-Theorie und für eine Anknüpfung an den effektiven Verwaltungssitz ausgesprochen.⁴³

3. Aktuelle Problemkreise

a) Forum shopping durch COMI-Verlegung

Zum COMI gibt es eine Reihe aktueller Streitfragen, die nachfolgend skizziert werden sollen. Sie hängen insbesondere damit zusammen, dass der COMI kein statischer Anknüpfungspunkt ist, sondern über die Grenze verlegt werden kann mit der Konsequenz, dass es zu einem Insolvenzstatutenwechsel kommt. Grundlage der Fle-

39 Vgl. hierzu *Haubold*, in: Gebauer/Wiedmann (Hrsg.), *Zivilrecht unter europäischem Einfluss*, 2. Aufl. 2010, Kapitel 32 (EuInsVO), Rn. 46 ff.; *Hess*, *Europäisches Zivilprozessrecht*, 2010, § 9, Rn. 15 ff.

40 *Hess*, *Europäisches Zivilprozessrecht*, 2010, § 9, Rn. 16.

41 Zum Streitstand *Hess*, *Europäisches Zivilprozessrecht*, 2010, § 9, Rn. 19 ff.

42 EuGH, Slg. 2006, I-3813 – Eurofood.

43 *Weller*, *GmbH-Bestattung im Ausland*, ZIP 2009, 2029, 2031, mit weiteren Nachweisen.

xibilität des COMI sind die EU-Grundfreiheiten, namentlich die Niederlassungsfreiheit in Art. 49, 54 AEUV.⁴⁴ Für die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens entscheidend ist die COMI-Belegenheit im Moment der Insolvenzantragstellung.⁴⁵ Unerheblich ist es insoweit, wenn der COMI kurz vor der Insolvenz verlegt wird⁴⁶, da sich der Ordnungsgeber bewusst gegen eine bestimmte Dauer (z.B. 1 Jahr) ausgesprochen hat, während der der COMI an einem bestimmten Ort belegen sein muss, um rechtlich von Bedeutung zu sein (sog. *période suspecte*). In Konsequenz der Flexibilität des COMI und des Fehlens einer *période suspecte* eröffnet sich Schuldern die Möglichkeit des *forum shopping* durch ein bestimmtes Tatsachenarrangement; Art. 3 EuInsVO entpuppt sich damit zu einem Einfallstor für Rechtsarbitrage und Insolvenztourismus.⁴⁷

b) COMI-Verlegung ins Ausland

Phänomenologisch zu beobachten ist ein *forum shopping* in folgenden Fallgruppen, denen jeweils unterschiedliche Motive zugrunde liegen:

(1.) Bei Privatinsolvenzen spielt häufig das Motiv, im Ausland eine einfachere und schnellere Restschuldbefreiung zu erwirken, eine Rolle. Beliebte Destinationen sind England und Frankreich. Diesbezüglich ist sogar schon vom „Restschuldbefreiungstourismus“ die Rede.⁴⁸

(2.) Bei Firmenbestattungen im Ausland⁴⁹ geht es einmal um eine faktische Verschleierung der Vermögens- und Rechtsverhältnisse. Wird die Insolvenz eines Unternehmens im Ausland durchgeführt, werden Gläubiger mit einem ihnen oft fremden rechtlichen Umfeld und sprachlichen Barrieren konfrontiert, was grenzüberschreitende Forderungsdurchsetzungen unattraktiv macht. Hinzu kommt die rechtliche Problematik, welches Schicksal insolvenzrechtliche Haftungsinstrumente (wie etwa die Insolvenzverschleppungshaftung) durch den mit der COMI-Verlagerung einhergehenden Insolvenzstatutenwechsel erleiden.⁵⁰ Diese Rechtsunsicherheit spielt Firmenbestattern in die Hände.

(3.) Im Gegensatz dazu kann *forum shopping* auch betrieben werden, um einem sanierungsfreundlicheren Regime zu unterfallen; beliebt ist diesbezüglich insbesondere das englische Insolvenzrecht.⁵¹ Nicht zuletzt in Reaktion darauf soll nun auch die deutsche Insolvenzordnung (noch) sanierungsfreundlicher ausgestaltet werden.⁵²

44 Zum Gewährleistungsinhalt der Niederlassungsfreiheit Weller, in: Gebauer/Wiedmann (Hrsg.), Zivilrecht unter europäischem Einfluss, 2. Aufl. 2010, Kapitel 21, Rn. 3 ff., 8.

45 EuGH, Slg. 2006, I-701 – Staubitz-Schreiber.

46 A.A. Hess, Europäisches Zivilprozessrecht, 2010, § 9, Rn. 17 und 22, der hier den Missbrauchseinschrankung zulassen will. Dieser greift jedoch nur bei *simulierten*, nicht bei *objektiv tatsächlich* erfolgten COMI-Verlegungen, Weller, GmbH-Bestattung im Ausland, ZIP 2009, 2029, 2032 ff.

47 Eidenmüller, Recht als Produkt, JZ 2009, 641, 647.

48 So Hergenröder, Restschuldbefreiungstourismus, DZWIR, 2009, 309 ff.

49 Hierzu Oelschlegel, Die transnationale GmbH-Bestattung, 2010; Weller, GmbH-Bestattung im Ausland, ZIP 2009, 2029 ff.

50 Vgl. Weller, Die intertemporale Behandlung der Insolvenzverschleppungshaftung beim Insolvenzstatutenwechsel, FS Ganter (2010), S. 439 ff.

51 Weller, Die Verlegung des Center of Main Interest von Deutschland nach England, ZGR 2008, 835 ff.

52 Vgl. dazu den Diskussionsentwurf des Bundesjustizministeriums für ein „Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG)“, ZIP 2010, Beilage zu Heft 28, S. 1 ff.

(4.) Bei Konzerninsolvenzen erscheinen die Sanierungs- bzw. Befriedigungsaussichten für die Gläubiger günstiger, wenn die gesamte Gruppe einheitlich saniert bzw. abgewickelt wird, weil dann Verbundvorteile (z.B. ein internationales Vertriebsnetz über konzernzugehörige Tochtergesellschaften) nicht zerschlagen werden.⁵³ Zwar hat sich die EuInsVO gegen einen einheitlichen Konzerninsolvenzgerichtsstand entschieden, so dass pro Konzerngesellschaft ein gesondertes Insolvenzverfahren zu eröffnen ist. Allerdings versucht die Praxis durch entsprechende Gestaltungen, alle Konzerngesellschaften demselben Insolvenzstatut zu unterstellen und eine Kooperation der verschiedenen Verwalter zu erreichen.⁵⁴ Stellt man für die COMI-Belegenheit auf den mind of management oder den effektiven Verwaltungssitz ab, liegt dieser bei zentral strukturierten Konzernen oft am Ort, wo sich auch die Konzernspitze befindet. Auf dieser Grundlage wurden beispielsweise in den Fällen Nortel⁵⁵ und Rover⁵⁶ alle Konzerngesellschaften nach englischem Recht behandelt. Im Fall der Insolvenz der PIN-Gruppe⁵⁷ wurde der Verwaltungssitz der PIN-Muttergesellschaft, einer in Luxemburg inkorporierten Gesellschaft, noch vor Insolvenzantragstellung nach Köln verlegt, um die PIN-Mutter und alle PIN-Tochtergesellschaften nach deutschem Insolvenzrecht abwickeln zu können.

c) Gläubigerstrategien zur Verhinderung der COMI-Verlegung

Aus Sicht der Gläubiger kann sich das forum shopping, sofern jenes ohne ihre Einbindung geschieht, als äußerst misslich darstellen. Sie vergeben ihre Kredite auf Basis gewisser Ausfallrisiken, die wiederum auf Grundlage eines bestimmten Insolvenzstatuts kalkuliert werden. Kommt es nach der Kreditvergabe zu einem Insolvenzstatutenwechsel, gerät die Insolvenzrisikokalkulation durcheinander. Die Gläubigerrechte können etwa durch andere Vorrechte, Unterschiede im Rang der Forderungen, abweichende Vertragskündigungsmöglichkeiten etc. beeinträchtigt werden.

Aus Sicht der Gläubiger stellt sich mithin die Frage, ob sie ex ante Vorkehrungen gegen eine COMI-Verlagerung treffen können.⁵⁸ Die Festlegung des COMI durch eine Gerichtsstandvereinbarung, wie sie für den Einzelprozess möglich ist (vgl. Art. 23 EuGVO, § 38 ZPO), scheidet beim Kollektivverfahren Insolvenz indes aus. Die Parteiautonomie ist bei Kollektivverfahren eingeschränkt, da sie regelmäßig zu Lasten Dritter gehen würde, nämlich stets dann, wenn nicht die Gesamtheit der Gläubiger an der Gerichtsstandvereinbarung beteiligt ist. Abgesehen davon realisiert die Insolvenz den Parteiinteressen übergeordnete volkswirtschaftliche Interessen (Marktaustritt), so dass auch aus diesem Grund die COMI-Belegenheit der direkten Parteidisposition entzogen ist.

Wirksam und sinnvoll erscheint es stattdessen, im Kreditvertrag eine vertragliche Unterlassungspflicht zu vereinbaren, wonach die COMI-Verlegung nur mit Zustimmung des Gläubigers erfolgen kann. Dabei sollte auch geregelt werden, in welchen

53 K.Schmidt, Ein gesetzlicher „Konzerngerichtsstand“ im Insolvenzrecht, FS Ganter 2010, 351 ff.

54 Zur Problematik der Konzerninsolvenzen im Rahmen der EuInsVO Hess, Europäisches Zivilprozessrecht, 2010, § 9, Rn. 30 ff.

55 High Court of Justice, Beschluss v. 11.02.2009 – (2009) EWHC 206 (Ch).

56 High Court of Justice (Birmingham), ZIP 2005, 1610.

57 AG Köln, Beschluss v. 19.02.2008, 73 IE 1/08 – PIN.

58 Ausführlich zum Folgenden Mankowski, Gläubigerstrategien zur Fixierung des COMI, ZIP 2010, 1376 ff.

Fällen die Zustimmung vom Gläubiger zu erteilen ist, insbesondere wenn Rechte aus dem Kreditvertrag oder Sicherheiten nicht beeinträchtigt werden bzw. in Kompensation einer Beeinträchtigung zusätzliche Sicherheiten bestellt werden. Um die Erfüllung der Unterlassungsverpflichtung zu sichern, sollte diese mit Vertragsstrafen bewehrt werden. Adressaten der Unterlassungsverpflichtung sollten die Gesellschaft, deren Geschäftsführer und deren Gesellschafter sein; wird die Unterlassungsverpflichtung dagegen nur der Gesellschaft auferlegt, droht sie im Insolvenzfall leerzulaufen; die Vertragsstrafenforderung fällt nämlich in die Insolvenzmasse.

IV. Anwendbares Recht (Art. 4 EuInsVO)

1. Reichweite des Insolvenzstatuts

Der COMI ist zugleich auch der Anknüpfungspunkt für das Insolvenzstatut. Nach Art. 4 EuInsVO bestimmen sich nämlich die verfahrens- und materielle rechtlichen Wirkungen einer Insolvenz nach der *lex concursus* desjenigen Staates, der international zuständig ist. Es besteht folglich ein Gleichlauf zwischen internationaler Insolvenzzuständigkeit und Insolvenzstatut.

Insbesondere bei unternehmensrechtlichen Haftungsfiguren stellt sich die Frage nach ihrer Qualifikation, d.h. ob sie dem Insolvenzstatut, dem Gesellschafts- oder Deliktsstatut unterliegen. Deren Anknüpfungspunkte können insbesondere bei solchen Gesellschaften zu einer Divergenz des anwendbaren Rechts führen, deren Gründungs- und Verwaltungssitz auseinanderfallen. Dies kann nicht nur bei Briefkastengesellschaften wie z.B. der englischen Limited mit Verwaltungssitz in Deutschland vorkommen, sondern auch bei Gesellschaften, die real in mehreren Staaten operieren; dies belegen die Beispiele der Fluggesellschaft Air Berlin plc und der Anwaltssozietät Noerr LLP, die jeweils in England inkorporiert sind, ihren Verwaltungssitz jedoch in Deutschland haben.

Wenn, wie bei den vorgenannten Beispielen, für das Gesellschaftsstatut die Gründungstheorie⁵⁹ maßgeblich ist und das Insolvenzstatut derselben Gesellschaft von deren effektivem Verwaltungssitz abhängt, fallen Insolvenz- und Gesellschaftsstatut auseinander; dies kann zu den im IPR bekannten Problemen des Normwiderspruchs oder der Normenleere führen.⁶⁰ Das Problem stellt sich ferner, wenn eine deutsche Gesellschaft ihren Verwaltungssitz ins Ausland verlegt, was seit dem MoMiG etwa für die GmbH und AG möglich ist.⁶¹

2. Qualifikation von Haftungsfiguren

Beim Auseinanderfallen von Gesellschafts- und Insolvenzstatut spielt die Qualifikation von Haftungsfiguren, mithin deren Zuordnung zur gesellschafts- oder aber insolvenzrechtlichen Kollisionsregel, eine eminente Rolle.⁶² Im Kern hat sich dabei herauskristallisiert, dass rechtsformspezifische Haftungstatbestände einheitlich im

⁵⁹ Hierzu von *Hoffmann/Thorn*, IPR, 9. Aufl. 2007, S. 288, Rn. 24.

⁶⁰ Zum Normwiderspruch von *Hoffmann/Thorn*, IPR, 9. Aufl. 2007, S. 233, Rn. 35 f.

⁶¹ *Oelschlegel*, Die transnationale GmbH-Bestattung, 2010, S. 97 ff., 135 ff.

⁶² *Haubold*, in: Gebauer/Wiedmann (Hrsg.), Zivilrecht unter europäischem Einfluss, 2. Aufl. 2010, Kapitel 32 (EuInsVO), Rn. 90 ff.

Interesse der Gläubiger- und Gesellschaftergleichbehandlung gesellschaftsrechtlich zu qualifizieren sind.⁶³ Dies gilt namentlich für präventive Gläubigerschutzinstrumente wie z.B. die Kapitalaufbringungsregeln, welche der Preis für die Haftungsbeschränkung sind, oder die Haftung für Pflichtverletzungen, die untrennbar mit der Organisationsform verbunden sind, wie etwa die Geschäftsführerhaftung nach § 43 GmbHG.

Demgegenüber ist eine Haftungsfigur insolvenzrechtlich zu qualifizieren, wenn der Haftungstatbestand darauf abzielt, die Bevorzugung einzelner Gläubiger zu vermeiden und die Masse im Interesse der Gläubigergesamtheit zu mehren.⁶⁴ Indizien für eine insolvenzrechtliche Qualifikation sind ferner die materielle Insolvenz als Tatbestandsmerkmal der Haftung und die Einziehungs- und Prozessführungsbefugnis des Insolvenzverwalters.

Vor diesem Hintergrund hat beispielsweise das OLG Köln⁶⁵ in seiner PIN-Entscheidung die Eigenkapitalersatzregeln der §§ 32a, 32b GmbHG a.F., 39 Nr. 5 InsO a.F. (sog. Novellenregeln, nicht dagegen die sog. Rechtsprechungsregeln zum Eigenkapitalersatz!) insolvenzrechtlich qualifiziert. Es konnte diese Bestimmungen daher auf die in Luxemburg inkorporierte PIN-Holdinggesellschaft (eine luxemburgische S.A.) anwenden, weil ihr Verwaltungssitz in Köln lag. Deren Gesellschafter hatten der in der Krise befindlichen Holding ein Darlehen in Höhe von ca. 80 Mio. Euro gestundet (sog. Stehenlassen von Gesellschafterdarlehen). Auf die PIN-Holding findet nach Ansicht des OLG Köln mithin luxemburgisches Gesellschaftsrecht und deutsches Insolvenzrecht Anwendung.

M.E. überzeugt die insolvenzrechtliche Qualifikation der Novellenregeln. Zum einen ist die in § 39 Nr. 5 InsO a.F. angeordnete Nachrangigkeit eine typisch insolvenzrechtliche Rechtsfolge (vgl. Art. 4 Abs. 2 (i) EuInsVO). Zum anderen kommen die §§ 32a/b GmbHG a.F. nur in der Insolvenz zum Tragen (anders als die Rechtsprechungsregeln zum Eigenkapitalersatz). Ferner gelten die Novellenregeln rechtsformübergreifend (vgl. § 129a HGB für Personenhandelsgesellschaften). Und schließlich liegt ihr Schutzzweck nicht in der Kapitalerhaltung, sondern in der Erhaltung der Insolvenzmasse für Fremdgäubiger der Gesellschaft.

V. Anerkennung ausländischer Verfahren

1. Anerkennungsprinzip (Art. 16 EuInsVO)

Nach dem in Art. 16 EuInsVO normierten Anerkennungsprinzip ist ein innerhalb der EU eröffnetes Hauptinsolvenzverfahren in allen anderen EU-Mitgliedstaaten ipso iure anzuerkennen.⁶⁶ Dies machen sich insbesondere Schuldner, die eine Restschuldbefreiung in einem gegenüber dem Inland günstigeren Insolvenzrechtsregime anstreben, zunutze.⁶⁷

63 Zur gesellschaftsrechtlichen Qualifikation MünchKommGmbHG/Weller (2009), Einleitung, Rn. 396 ff.

64 Zur insolvenzrechtlichen Qualifikation MünchKommGmbHG/Weller (2009), Einleitung, Rn. 403 ff.

65 OLG Köln, ZIP 2010, 2016 – PIN.

66 Vgl. auch Art. 102 § 3 und § 4 EGIInsO; BGH, ZIP 2008, 2029; näher Oberhammer, Von der EuInsVO zum europäischen Insolvenzrecht, KTS 2009, 27, 53 ff.; Weller, Forum shopping im Internationalen Insolvenzrecht, IPRax 2004, 412, 416 f.

67 Vgl. Hergenroder, DZWIR, 2009, 309 ff.

Ein aktuelles Beispiel liefert eine Entscheidung des OLG Celle⁶⁸: Ein Schuldner wird im Jahr 2002 vor dem Landgericht Stade auf Zahlung von Werklohn für die Restaurierung einer Stadtvilla in Anspruch genommen. Während des laufenden Bauprozesses, Mitte 2004, verlegt er seinen Wohnsitz von Deutschland nach Frankreich. Auf seinen Antrag hin eröffnet das französische Tribunal de Grande Instance im Jahr 2006 das Insolvenzverfahren über sein gesamtes Vermögen; es nimmt die tatsächliche COMI-Belegenheit des Schuldners in Frankreich an und bejaht infolgedessen seine internationale Insolvenzzuständigkeit nach Art. 3 Abs. 1 S. 1 EuInsVO. Eine Überprüfung dieser Entscheidung durch deutsche Gerichte ist nach Art. 16 EuInsVO ausgeschlossen.

2. Wirkungserstreckung nach Art. 17 EuInsVO

Der Grundsatz der Anerkennung wird um den der Wirkungserstreckung ergänzt, Art. 17 EuInsVO.⁶⁹ Hiernach erstrecken sich die Wirkungen eines in der EU eröffneten Insolvenzverfahrens auf alle anderen EU-Mitgliedstaaten.⁷⁰ Zu diesen Wirkungen zählen nach Art. 4 Abs. 2 (k) EuInsVO beispielsweise „die Rechte der Gläubiger nach der Beendigung des Insolvenzverfahrens“. Insbesondere ein etwaiger Rechtsverlust der Gläubiger, der durch eine vom ausländischen Insolvenzstatut angeordnete Restschuldbefreiung des Schuldners bewirkt wird, hat Konsequenzen für die ggf. einer anderen Rechtsordnung unterliegenden Insolvenzforderungen.⁷¹

Im supra genannten Fall des OLG Celle⁷² wurde das Insolvenzverfahren mangels Masse kurze Zeit später wieder eingestellt. Aus Sicht des vor dem LG Stade klagenden Werklohngläubigers stellte sich damit die Frage, ob er seinen Anspruch aus § 631 BGB gegen den Schuldner weiterverfolgen darf, wie es dem deutschen Insolvenzrecht entspräche, vgl. §§ 201, 299 InsO.⁷³ Gemäß Art. 17 EuInsVO kommt es jedoch für die Rechtsposition der Gläubiger nach Beendigung des Insolvenzverfahrens nicht auf das deutsche, sondern auf das französische Insolvenzrecht an. Hier ordnet Art. L.643-11 Code de Commerce für Insolvenzforderungen den dauerhaften Verlust der Klagbarkeitsbefugnis (*droit de poursuite individuelle*) selbst in dem Fall an, dass das Insolvenzverfahren mangels Masse eingestellt wird.⁷⁴ Der Entzug der Klagbarkeit erfasst über Art. 17 Abs. 1 EuInsVO die Insolvenzforderung auch dann, wenn für diese ein ausländisches Forderungsstatut maßgeblich ist. Vorliegend wird somit der dem deutschen Vertragsstatut (Art. 3 ff. Rom I-VO) unterliegenden Werklohnforderung (§ 631 BGB) die Klagebefugnis entzogen. Bei der Klagbarkeit handelt es sich seit

68 OLG Celle, IPRax 2011, 186; hierzu Weller, Windscheids Anspruchsbegriff im Strudel der Insolvenzrechtsarbitrage, IPRax 2011, 150.

69 Hierzu EuGH, Urt. v. 21.1.2010, C-444/07 – Probud Gdynia.

70 BGHZ 177, 12, Tz. 21 ff.

71 Vgl. Lüer, in Uhlenbruck, InsO, 13. Aufl. 2010, Art. 4 EuInsVO, Rn. 59; Paulus, Europäische Insolvenzverordnung, 2. Aufl. 2009, Art. 4, Rn. 34.

72 OLG Celle, IPRax 2011, 186.

73 Zum sog. Nachforderungsrecht der Insolvenzgläubiger Uhlenbruck, in Uhlenbruck, InsO, 13. Aufl. 2010, § 201, Rn. 3 ff.

74 Art. L.643-11 Abs. 1 Code de Commerce statuiert als Grundsatz: „Le jugement de clôture de liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif ne fait pas recouvrer aux créanciers l'exercice individuel de leurs actions contre le débiteur (...)“. Es folgen sodann einige Ausnahmen, die in casu jedoch nicht einschlägig sind.

Bernhard Windscheid um eine materiellrechtliche Eigenschaft der Forderung.⁷⁵ Die Werklohnklage wäre damit als unbegründet abzuweisen gewesen.⁷⁶

VI. Zusammenfassung in Thesen

1. Das zunehmend an praktischer Bedeutung gewinnende Insolvenz kollisionsrecht umfasst sowohl Elemente des Internationalen Zivilverfahrensrechts (IZVR) als auch des IPR im engeren Sinne. Seine Hauptfragestellungen sind die internationale Zuständigkeit, die Anerkennung ausländischer Insolvenzverfahren und das anwendbare Recht.
2. Entsprechend der allgemeinen kollisionsrechtlichen Rechtsquellendogmatik (vgl. Art. 3 EGBGB) sind drei Ebenen auseinanderzuhalten:
 - (1.) das EU-Insolvenz kollisionsrecht, kodifiziert in der Europäischen Insolvenzverordnung (EuInsVO) sowie ergänzend in Art. 102 EGInsO,
 - (2.) das völkerrechtliche Insolvenz kollisionsrecht, das jedoch kaum praktische Bedeutung hat, und
 - (3.) das autonome deutsche Insolvenz kollisionsrecht, geregelt in den §§ 335 ff. InsO.
3. Beide Antagonismen des Internationalen Insolvenzrechts, das Universalitäts- und Einheitsprinzip auf der einen und das Territorialitäts- und Pluralitätsprinzip auf der anderen Seite, haben sich in der EuInsVO niedergeschlagen. Nach Art. 3 Abs. 1 i.V.m. Art. 16 EuInsVO entfaltet *ein* (Haupt-)insolvenzverfahren unionsweite Wirkung. Es gilt unionsweit *ein* Insolvenzstatut, nämlich das Recht des Staates der Verfahrenseröffnung, Art. 4 EuInsVO. Die darin zum Ausdruck kommende Universalität und Einheit wird indes durch verschiedene Instrumente zum Schutz inländischer Interessen aufgelockert bzw. durchbrochen: durch territorial begrenzte Partikular- bzw. Sekundärinsolvenzverfahren (Art. 3 Abs. 2 i.V.m. Art. 27 ff. EuInsVO), die mit einem Insolvenzstatutenwechsel einhergehen (Art. 28 EuInsVO), sowie durch Sonderanknüpfungen (Art. 5–15 EuInsVO).
4. Der Center of Main Interest (COMI) als Anknüpfungspunkt des Art. 3 Abs. 1 EuInsVO hat nicht nur Bedeutung für die (ausschließliche) internationale Zuständigkeit für Insolvenzverfahren, sondern auch für sog. Annexverfahren. Hierzu zählen u.a. neben Insolvenzanfechtungsklagen auch Klagen gegen den Geschäftsführer auf Ersatz von Zahlungen nach § 64 S. 1 GmbHG.
5. Für die Lokalisierung des COMI ist seine Erkennbarkeit für den Rechtsverkehr ausschlaggebend; nur so haben potentielle Gläubiger die Chance, Insolvenzrisiken des Schuldners ex ante zu kalkulieren. In zeitlicher Hinsicht ist der Moment der Insolvenzantragstellung für die Bestimmung des COMI maßgeblich.

75 Ausführlich Weller, Windscheids Anspruchsbegriff im Strudel der Insolvenzrechtsarbitrage, IPRax 2011, 150, 151 f.

76 Das OLG Celle hat die Forderung als *unzulässig* abgewiesen; damit hat es immerhin im Ergebnis richtig entschieden.

6. Bei Gesellschaften ist die Lokalisierung des COMI umstritten. Nach der Eurofood-Entscheidung des EuGH ist die Literaturansicht vorzugswürdig, die auf den effektiven Verwaltungssitz (head office) abstellt. Nicht maßgeblich sollten demgegenüber der mind of management oder der Ort der business activity sein.
7. Der COMI ist flexibel; er kann über die Grenze verlegt werden und eröffnet Schuldner so die Möglichkeit des forum shopping. Diesbezügliche Einschränkungen (z.B. eine période suspecte) hat der Ordnungsgeber wegen der Grundfreiheiten (Niederlassungsfreiheit!) bewusst nicht vorgenommen.
8. Unter dem Gesichtspunkt des forum shopping lassen sich phänomenologisch vier Fallgruppen auseinanderhalten: (1.) Restschuldbefreiungstourismus von Privatpersonen, (2.) Firmenbestattungen im Ausland, (3.) Restrukturierung unter einem sanierungsfreundlicheren ausländischen Insolvenzregime und (4.) Eröffnung der Tochter-Insolvenz im Staat der Mutter-Insolvenz (Rover, Nortel) oder vice versa (PIN) mit dem Ziel einer weitgehend einheitlichen Konzerninsolvenz.
9. Gläubiger können ex ante versuchen, eine COMI-Verlagerung zu verhindern, indem sie das Schuldnerunternehmen und deren Geschäftsführer und Gesellschafter zu entsprechenden Unterlassungsverpflichtungen bewegen und diese mit einer Vertragsstrafe bewehren. Gerichtsstandvereinbarungen über den COMI sind dagegen unwirksam.
10. Bei der Bestimmung des anwendbaren Rechts stellt sich insbesondere das (Qualifikations-)Problem der Abgrenzung gesellschafts- und insolvenzrechtlicher Haftungsfiguren. Relevant wird diese Frage beim Auseinanderfallen von statutarischem Sitz und Verwaltungssitz (Beispiele: Air Berlin plc, Noerr LLP, PIN S.A., die alle ihren Verwaltungssitz in Deutschland haben). Insolvenzrechtlich zu qualifizieren sind etwa die Novellenregeln zum Eigenkapitalersatz (§§ 32a/b GmbHG a.F.), so dass sie auch auf eine Auslandsgesellschaft mit Verwaltungssitz in Köln (PIN S.A.) heranzuziehen sind.
11. Nach dem Grundsatz der Wirkungserstreckung (Art. 17 EuInsVO) ist ein im Rahmen eines ausländischen Insolvenzverfahrens eintretender Klagbarkeitsverlust von Forderungen auch im Inland zu respektieren mit der Folge, dass gerichtlich geltend gemachte Forderungen als unbegründet abzuweisen sind.